

PAŃSTWO
PRAWO
GOSPODARKA

PAŃSTWO PRAWO GOSPODARKA



KOŹMIŃSKI
KOLEGIUM PRAWA

15 LECIE

15-LECIE KOLEGIUM PRAWA
AKADEMII LEONA KOŹMIŃSKIEGO

wydawnictwo
poltext

Redakcja
Anna Goryńska

Projekt okładki
Amadeusz Targoński, targonski.pl

Skład i łamanie
JOLAKS – Jolanta Szaniawska

© Copyright by Poltext sp. z o.o.
© Copyright by Akademia Leona Koźmińskiego
Warszawa 2016

Wydanie publikacji zostało dofinansowane
przez Akademię Leona Koźmińskiego

Poltext sp. z o.o.
02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 118
tel.: 22 632-64-20
e-mail: wydawnictwo@poltext.pl
internet: www.poltext.pl

ISBN 978-83-7561-685-9

Spis treści

Wstęp	9
-------------	---

CZĘŚĆ I

PRZEDRUKI TEKSTÓW OBECNYCH PRACOWNIKÓW NAUKOWYCH KOLEGIUM PRAWA

Jolanta Jabłońska-Bonca Problemy ze spójnością prawa i regulacjami pozaprawnymi a siła sprawcza państwa – zarys tematu	15
Agnieszka Doczekalska Interpretacja wielojęzycznego prawa Unii Europejskiej	33
Marek Kuryłowicz Od totalitaryzmu do humanitaryzmu. Literackie wizje prawa rzymskiego	53
Marzena Dyjakowska Rejestracja stanu cywilnego w zaborze austriackim	75
Jan Wawrzyniak Zasada podziału władz a problem nadużywania władzy	93
Ewa Popławska A New Paradigm of Consultations in the Law-making Process in Poland	105
Joanna Kielin-Maziarz, Aleksander Maziarz The Principle of Equality as a Basis for Constitutional Complaint	121
Leszek Kubicki Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (przestępstwo z art. 192 k.k.)	135

Lech K. Paprzycki	
Granice ochrony życia nienarodzonego w systemie polskiego prawa karnego	153
Monika Całkiewicz	
Nowelizacja art. 305 ust. 1 Prawa własności przemysłowej i jej praktyczne skutki	171
Celina Nowak, Małgorzata Skórzewska-Amberg	
Preparatory Colloquium Verona (Italy), 28–30 November 2012. Section I – Information Society and Penal Law. Poland	191
Przemysław Drapała	
Pełnomocnik rzekomy jako <i>negotiorum gestor</i>	211
Wanda Stojanowska	
Postulat przeniesienia amerykańskiej koncepcji „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców na grunt prawa polskiego	227
Maciej de Abgaro Zachariasiewicz	
Autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej w międzynarodowym arbitrażu handlowym	257
Magdalena Olczyk	
Idea Uniwersyteckich Poradni Prawnych – uwagi po 15 latach funkcjonowania poradni prawnych w Polsce	287
Elwira Macierzyńska-Franaszczyk	
Umowy o świadczenie usług w prawie szwajcarskim	297
Joanna Buchalska	
Swobodne wykonywanie praktyk religijnych – uwagi na tle orzecznictwa	319
Tomasz Szanciło	
Status prawny spedytora jako przewoźnika w przewozie drogowym przesyłek towarowych	337
Tadeusz Wiśniewski	
Problematyka instancyjności postępowania sądowego w sprawach cywilnych	351
Waldemar Hoff	
Kosmopolityczna emancypacja sędziów	399

Andrzej Kabat Rola Naczelnego Sądu Administracyjnego w kształtowaniu jednolitego orzecznictwa sądów administracyjnych	415
Jan Chmielewski Wykładnia autentyczna w praktyce orzeczniczej sądów administracyjnych	439
Alicja Pomorska Prawnopodatkowe skutki własności rzeczy i praw majątkowych. Wybrane problemy	465
Artur Mudrecki Wykładnia gospodarcza w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego	485
Robert Zieliński Taxation of Clergymen Revenues from Pastoral Services – an Attempt of Estimation	497
Rafał Pasternak Ustalanie wydatków konsumpcyjnych podatnika w postępowaniu podatkowym prowadzonym w sprawie opodatkowania dochodów nieujawnionych	519
Jan Barcz Reforma Unii Europejskiej a status Polski w procesie integracji europejskiej	531
Jerzy Kranz Polsko-niemieckie kontrowersje prawne – próba syntezy	553
Anna Pudło Funkcja europejska parlamentów państw członkowskich Unii Europejskiej	603
Teresa Wyka Prawne pojęcie mobbingu i jego skutki zdrowotne	623
Magdalena Kuba Monitoring w miejscu pracy – refleksje na tle aktualnego stanu prawnego	641
Arleta Nerka Mobbing a ochrona danych osobowych pracownika	653

CZĘŚĆ II

OPRACOWANIA ABSOLWENTÓW KOLEGIUM PRAWA

Aleksandra Wojtaszewska	
Odnawialne źródła energii w Unii Europejskiej	673
Daniel Pawluczuk	
Zasada kontrydiktoryjności w kodeksie postępowania cywilnego	697
Edyta Dębska-Liszewska	
Obowiązek alimentacyjny dzieci na rzecz rodziców w świetle badań empirycznych	717
Grzegorz Wymysłowski	
Zakłócanie procesu przetargu publicznego w świetle art. 305 k.k.	737
Kamil Górecki	
Pełnomocnik procesowy w sprawie cywilnej	759
Karolina Sterna-Zielińska	
Mediacje w sprawach gospodarczych – kolejna dekada	781
Mateusz Walczyński	
Pozycja prawna nabywcy wobec dewelopera w ustawie o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego	809
Katarzyna Bajak	
Dobra (zła) wiara na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i polskich sądów administracyjnych w sprawach podatkowych	831
Agnieszka Kapuśniak	
Alkoholizm jako przyczyna rozkładu pożycia małżeńskiego w świetle badań aktowych	845
Zuzanna Bodzon, Jadwiga Tryniecka	
Osmologia a genetyka sądowa	859
Informacje o autorach	889

Wstęp

W 2016 roku przypada jubileusz 15-lecia istnienia Kolegium Prawa w Akademii Leona Koźmińskiego. 15 lat to niezbyt długi okres nawet w życiu człowieka, cóż dopiero mówić o trwaniu instytucji. A jednak, z punktu widzenia osób w pracujących w Kolegium Prawa, istotne jest, aby nie doszło do zapomnienia najważniejszych wydarzeń, osiągnięć czy też niedociągnięć zaistniałych w minionych 15 latach. I temu w gruncie rzeczy mają służyć obchody nawet niewielkich jubileuszy. A jeszcze inaczej mówiąc: powinny uświadamiać dokonania przeszłości i wytyczać realne, ale i ambitne zadania na bliższą i tę bardziej odległą przyszłość.

Dla realizacji tego celu warto przedstawić pokrótce najważniejsze wydarzenia, jakie miały miejsce w minionych 15 latach istnienia Kolegium Prawa.

Magisterskie studia prawnicze istnieją w ALK od 1 października 2001 roku. Ich pomysłodawcą był ówczesny Rektor prof. Andrzej K. Koźmiński. Misję zorganizowania tych studiów podjął – na prośbę Rektora – prof. dr hab. Cezary Kosikowski. Uczynił to z właściwą sobie energią i zaangażowaniem. A przyznać trzeba, że stanęło przed nim zadanie niełatwe. Wszak w Warszawie funkcjonowały już wtedy studia prawnicze na dwóch uniwersytetach i w czterech niepublicznych szkołach wyższych. Konkurencja była zatem duża. Żeby się z nią skutecznie zmierzyć trzeba było zaoferować studentom oryginalny, atrakcyjny, stojący na możliwie najwyższym poziomie program nauczania o zróżnicowanym charakterze. Dlatego niemal od początku minionego 15-lecia zmierzano nie tylko do spełniania jak najwyższych wymogów przez podstawowy dla studiów prawniczych kurs magisterski (stacjonarny i niestacjonarny), ale i do uzupełniania go innymi formami zawodowego doskonalenia w zakresie prawa. Uruchomiono studia podyplomowe dla zainteresowanych problemami bardziej szczegółowymi absolwentów prawa (ale i innych kierunków). Rozwijaniu wiedzy studentów służyły i służą koła naukowe, praktyki od-

bywane w renomowanych kancelariach prawniczych, sądach, prokuraturach i urzędach, aktywnie działająca poradnia prawna, szeroka współpraca międzynarodowa.

Swego rodzaju syntetycznym ukoronowaniem pierwszego etapu rozwoju studiów prawniczych na ALK było przyznanie Akademii w 2009 roku uprawnień do nadawania stopnia doktora nauk prawnych. Trafność tej decyzji została pośrednio potwierdzona przez Polską Komisję Akredytacyjną, która oceniała studia prawnicze na ALK w 2012 roku. Komisja ta wydała ocenę wyróżniającą w odniesieniu do jakości kształcenia. Ocena taka sformułowana została wobec prawa na Akademii Leona Koźmińskiego jako wówczas jedynej uczelni niepublicznej.

Prawnicze seminarium doktorskie może się poszczycić (mimo krótkiego okresu funkcjonowania) znaczącymi osiągnięciami. W dotychczasowych edycjach tego seminarium wzięło udział ponad 200 osób. Stopień doktora nauk prawnych uzyskało blisko 40 osób, wszczęto ponad 60 przewodów doktorskich. Spośród obronionych prac dziewięć ogłoszono drukiem, dwie prace zostały wyróżnione w konkursie prestiżowego miesięcznika „Państwo i Prawo”, zaś jedna rozprawa uznana została za najlepszą pracę doktorską w konkursie Rzecznika Praw Dziecka w 2012 roku.

Współcześnie jedną z miar jakości studiów jest międzynarodowa aktywność uczelni, która wyrażona jest w rozmaitych formach. Chodzi tu zarówno o aktywność pracowników naukowych, jak i studentów, zarówno o wymianę doświadczeń dydaktycznych, jak i naukowych, badawczych, a także o wspólne (dwu- bądź wielostronne) poszukiwania najlepszych rozwiązań organizacyjnych dla skutecznych działań dydaktycznych oraz badawczych.

Spośród wielu form umiędzynarodowienia zarówno studiowania w Kolegium Prawa, jak i prowadzenia prac badawczych trzeba wymienić przynajmniej kilka.

W celu doskonalenia programu studiów powołana została i efektywnie działa Międzynarodowa Rada Konsultacyjna Prawa, w skład której wchodzi przedstawiciele światowych ośrodków akademickich oraz praktycy o doświadczeniu międzynarodowym.

Kolegium Prawa od kilku lat uczestniczy w pracach międzynarodowych – światowych i europejskich – organizacji zrzeszających szkoły prawa. Należą do nich International Association of Law Schools (IALS), European Law Faculties Association (ELFA), Association Internationale de Droit des Assurance (AIDA). Stowarzyszenia te, zajmujące się różnymi aspektami dydaktyki i badania prawa, stanowią znakomite forum wymiany doświadczeń i umożliwiają zaznajamianie się z najnowszymi trendami w tych dzie-

dzinach. Zaznaczyć też trzeba, że przynależność do tych stowarzyszeń stanowi swego rodzaju nobilitację dla Kolegium Prawa ALK.

Kolegium to podpisało także szereg dwustronnych umów o współpracy z wydziałami prawa w wielu krajach Unii Europejskiej, co umożliwia korzystanie z dobrodziejstw choćby programu „Erasmus +”. Lista tych umów stale się rozszerza. Jest to korzystne zarówno dla pracowników naukowych, jak i studentów. Poprzez stypendia, udział w konferencjach, wygłaszanie referatów pozwala – zwłaszcza studentom – na wczesne międzynarodowe „otrząskanie się”, tak przecież potrzebne w przyszłej praktyce zawodowej.

O znaczącym umiędzynarodowieniu Kolegium Prawa może z pewnością świadczyć udział jego pracowników w międzynarodowych projektach badawczych, co – poza innymi, merytorycznymi korzyściami – pozwala naszemu kierunkowi stawać się bardzo szybko równorzędnym partnerem dla wielu, znacznie starszych, renomowanych uczelni europejskich. Tytułem przykładu można wymienić choćby dwa projekty, w których uczestniczy wiele ośrodków naukowych z państw europejskich – PADEMIA oraz OPAL. Projekty te dotyczą głównie prawa Unii Europejskiej i ich aktywnym uczestnikiem jest m.in. prof. Jan Barcz.

Pisząc o Kolegium Prawa ALK, nie można i wřęcz nie należy abstrahować od tego, że jest ono częścią właśnie Akademii Leona Koźmińskiego, uczelni o profilu przede wszystkim biznesowym, ekonomicznym, finansowym, zarządczym. Mając szerokie oparcie w aktywności tego właśnie profilu, jest rzeczą zrozumiałą, że Kolegium Prawa zmierza przede wszystkim do rozwijania tych gałęzi prawa, które mają istotny związek z problematyką gospodarczą. Aby się o tym choćby po części przekonać, wystarczy sięgnąć po kolejne tomy czasopisma naukowego Kolegium Prawa zatytułowanego: „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem”, którego redaktorem naczelnym jest prof. Jolanta Jabłońska-Bonca, wieloletni prorektor ds. studiów prawniczych.. To punktowane czasopismo także świadczy o tym, że rozwój Akademii Leona Koźmińskiego odbywa się w ramach owocnej symbiozy dydaktycznej i badawczej obu wymienionych dziedzin życia społecznego: gospodarki i prawa. Dlatego m.in. w roku akademickim 2010/2011 zostały uruchomione dla najzdolniejszych maturzystów elitarne studia „Prawo +”. Uczestnicy tych studiów podejmują magisterskie studia prawnicze uzupełnione wybranym, dodatkowym drugim kierunkiem – finanse, zarządzanie.

Pierwsze lata doświadczeń skłoniły władze Kolegium Prawa do modyfikacji programu nauczania na „Prawie +” w kierunku większego nasycenia dydaktyki przedmiotami o nachyleniu prawno-gospodarczym oraz przed-

miotami wykładanymi w języku angielskim. W ten sposób absolwent „Prawa +” powinien być człowiekiem w znaczącym stopniu przygotowanym do podjęcia bezpośrednio po studiach odpowiedzialnych zadań o charakterze menedżerskim.

Ta istotna zmiana w programie nauczania na kierunku „Prawo +” zbiega się w czasie właśnie z jubileuszem 15-lecia Kolegium Prawa i zapewne będzie jednym z wyznaczników jego rozwoju w dalszych latach.

Wspomniano, że swego rodzaju podsumowaniem pierwszego etapu rozwoju Kolegium Prawa było przyznanie mu w 2009 roku uprawnień do nadawania stopnia naukowego doktora nauk prawnych. Wyznacznikiem przejścia w tym jubileuszowym roku do nowego etapu, otwierającego jeszcze szersze perspektywy działania Kolegium jest przyznanie mu uprawnień do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego nauk prawnych. Ten fakt powinien stanowić podstawy wyznaczające strategię działania Kolegium Prawa na najbliższe lata.

Publikowane w dalszej części książki opracowania (przedruki napisanych wcześniej tekstów i artykuły powstałe na podstawie prac magisterskich) powinny zaś być dowodem na to, że w Kolegium Prawa, w jego pracownikach, studentach i absolwentach, tkwi znaczący potencjał badawczy, który będzie ulegał dalszemu istotnemu pomnożeniu w następnych latach.

Prof. ALK dr hab. Monika Całkiewicz
Prorektor ds. studiów prawniczych

Prof. dr hab. Jan Wawrzyniak
Przewodniczący Rady Programowej

PAŃSTWO
PRAWO
GOSPODARKA

CZĘŚĆ I

PRZEDRUKI TEKSTÓW
OBECNYCH PRACOWNIKÓW NAUKOWYCH
KOLEGIUM PRAWA

JOLANTA JABŁOŃSKA-BONCA

Problemy ze spójnością prawa i regulacjami pozaprawnymi a siła sprawcza państwa – zarys tematu¹

Streszczenie

Siła sprawcza państwa w XXI wieku zależy od spójności prawa i rangi regulacji pozaprawnych wielkich korporacji. Współcześnie utrzymanie spójności prawa w pozytywistycznym rozumieniu nie jest możliwe, multcentryczność, wielopoziomowość i siła *soft law* korporacji prowadzą do przeobrażeń wewnętrznych prawa i zmiany jego funkcji. Ponadto państwo, rezygnując z opiekuńczości i prywatyzując zadania, traci istotne elementy zwierzchnictwa prawnego, terytorialnego i personalnego. Czy oddanie wielu nowych pól aktywności normatywnej oznacza trwale osłabienie siły sprawczej państwa?

Słowa kluczowe: spójność prawa, pluralizm prawny, *soft law*, regulacje korporacji międzynarodowych

Challenges with the consistency of laws and regulations and a causative force of the state – an outline of the topic

Abstract

The causative force of the state in the 21st century depends on the coherence of the law and the importance of non-legal regulations of large corporations. Multi-centricity, multi-level structure and the strength of „soft law” of corporations lead to the transformation of internal law and altering of its function. In addition states give up their welfare and privatise various tasks. They lose the essential elements of the legal, territorial and personal sovereignty. Does

¹ „Krytyka Prawa” 2015, tom 7, s. 157–175.

giving away numerous normative areas mean that the states do weaken their causative force?

Keywords: coherence of the law, legal pluralism, "soft law", international corporations regulations

1.

Celem tego tekstu jest wskazanie, że siła sprawcza państwa jest uzależniona od poziomu spójności systemu prawa i autorytetu norm pozaprawnych regulatorów.

Spójność prawa *hic et nunc* w demokratycznych państwach prawa poddawana jest wielu „testom” weryfikującym zdolności homeostatyczne systemu. Takie zjawiska jak: „multicentryczność” prawa, jego „wielopoziomowość”, deterytorializacja państwa prowadzą do istotnych zmian w wykonywaniu zwierzchnictwa prawnego, terytorialnego i personalnego. Zmienia się moc regulatywna norm prawnych, przekształca dostrzegalność wartości uzasadniających obowiązek posłuszeństwa i zmienia sugestywność regulacji.

Z drugiej strony, na skutek wycofywania się państw z realizacji wielu zadań, w opuszczone pola regulacji wkraczają wielkie korporacje gospodarcze i organizacje międzynarodowe, następuje rozwój *soft law*. Prawo staje się „porowate” – w lukach sadowią się pozaprawne regulacje o rosnącym znaczeniu społecznym. Państwa, prywatyzując zadania, niepostrzeżenie dla obywateli „zacierają swoje kontury”. Notowane jest rozpraszanie władzy, rozpraszanie nadzoru i kontroli między podmioty publiczne i prywatne w sposób, który powoduje, że relacje władzy, podporządkowania i odpowiedzialności stają się w coraz większym stopniu nieprzejrzyste dla jednostki. Jest to zjawisko ze sfery świadomości politycznej i prawnej, mające bezpośredni wpływ na działania i decyzje osób fizycznych i prawnych, na postrzeganie prawa i siły sprawczej państwa.

2.

System prawa w demokratycznym państwie prawa powinien być spójny i pozostawać w równowadze, nie tracąc swojej tożsamości aksjologicznej i formalnej². Tylko takie prawo ma siłę sprawczą i może być skuteczne. Siła

² W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000, s. 40.

sprawcza demokratycznego państwa, rozumiana jako skuteczność finityczna jego decyzji i działań, zależy m.in. od poziomu spójności prawa.

Spójny zbiór ma wbudowane w swoją strukturę mechanizmy i narzędzia zdolne do przywracania homeostazy w przypadkach zdarzających się zakłóceń (w systemie prawa chodzi o usuwanie luk i sprzeczności). Dzięki spójności system jako całość ma (jest postrzegany jako mający) pewne cechy, których nie mają poszczególne elementy systemu. Systemy mogą się przekształcać i oczywiście także rozpadać. Osiągając „efekt masy krytycznej”, mogą „zapadać się pod własnym ciężarem”³.

Spójność systemu prawa służy jego pewności i sile sprawczej państwa. Uznaje się, że prawo pewne, to prawo niesprzeczne, zupełne, uporządkowane, jasne. Takie prawo jest fundamentalną wartością we współczesnych, demokratycznych państwach. „Zasada ochrony zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą – twierdzi Trybunał Konstytucyjny. – Jednostka winna mieć możliwość zarówno określenia konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych”⁴.

Spójność prawa wyraża się w spójności legislacyjnej oraz związanej z nią spójności sądowej (spójność orzekania o prawie). Spójność sądowa to konieczność rozpatrywania przez sędziów prawa – w pojedynczych przypadkach, jak i w odniesieniu do całej swojej działalności profesjonalnej – jako całości, a nie jako oderwanych od siebie decyzji, dla których reszta prawnego i prawniczego zbioru jest tylko tłem⁵. Aby osiągnąć spójność,

³ Praca została wykonana w ramach grantu NCN Opus 5 „Prywatna ochrona bezpieczeństwa. »Niepaństwowe prawo«”? UMO-2013/09/B/HS5/02671.

⁴ Wyrok TK SK 19/06 OTK – A- 2007/ 4/37.

⁵ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977. Inne podejście do spójności mają np. N. MacCormick i O. Weinberger, którzy widzą system prawa jako zbiór norm i faktów instytucjonalnych; oryginalną systemową teorię prawa (system autopojetyczny) stworzył m.in. N. Luhmann, zdaniem którego specyfiką systemu prawnego jest to, że komunikuje w swoim obrębie tylko informacje relewantne z punktu widzenia dystynkcji: prawo/bezprawie.

stabilnym przepisom musi więc towarzyszyć utrwalona interpretacja oraz stabilne zasady stosowania prawa.

Rozchwiane i niepewne prawo, prawo wtapiające się w inne decyzje polityczne, osiągające „efekt masy krytycznej”, „zapadające się pod własnym ciężarem” nadmiaru, obfitości i przeregulowania, może być użyteczne (w jakimś czasie) i służyć sile sprawczej państwa tylko w systemach autorytarnych⁶. Amorfia i destrukcja normatywności spojona mitami politycznymi służy w takich systemach uprzedmiotowieniu społeczeństwa oraz ukrywaniu rzeczywistych celów władzy.

W demokratycznych państwach prawa doktryna, prawodawca i praktyka, dążąc do pewności prawa, zajmują się wspólnie usuwaniem luki sprzeczności w systemach.

Powodami wielu problemów ze spójnością jest zwykła nieostrość systemu prawa. Nieostrość systemu prawa jest pochodną nieuniknionej nieostrości znaczenia reguł oraz nieostrości obowiązywania⁷.

Złożoność systemów prawa i wielokulturowość wielu zachodnich państw wymaga ponadto rozwiązywania m.in. zagadnień recepcji, zapożyczeń, przeszczepów, klonowania, dyfuzji, akulturacji, kopiowania formatów prawnych⁸.

Osiągnięcie spójności, a co za tym idzie stworzenie jednego z ważnych warunków do utrzymania wysokiej skuteczności decyzji władzy politycznej, administracyjnej i sądowej, utrudniają też zjawiska z zakresu techniki i polityki prawodawczej: defragmentacja prawa polegająca na rozczłonkowaniu materii i delegowaniu kompetencji do regulacji elementów różnym podmiotom, tzw. delegowanie kaskadowe, w tym także do podmiotów pozapaństwowych, co powoduje tworzenie się wielu względnie autonomicznych podsystemów o niejasnym statusie. Problemem są też lawinowe nowelizacje, tzw. resortowe tworzenie prawa oraz tzw. prawodawstwo *ad hoc*.

W Europie legislacja i stosowanie prawa mają też dodatkowe trudne zadania do wykonania: europejska przestrzeń normatywna łączyła i łączy różne tradycje, ideologie, doktryny, różne siatki pojęciowe i zasady wykładni, różne systematyki prawa, różne podejścia do źródeł prawa, a w szczególności do reguł i zasad prawa oraz do precedensów, różne zasady hierarchii

⁶ Por. szeroko: J. Jabłońska-Bonca, *Prawo w kręgu mitów*, Gdańsk 1995.

⁷ J. Wróblewski, *Nieostrość systemu prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1983, t. XXXI; por. też szeroko: J. Jabłońska-Bonca, *Prawo powielaczowe*, Gdańsk 1986.

⁸ Szczegółowo por. T. Stawecki, *Konwergencja i dywergencja porządków prawnych w sferze tworzenia prawa*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, Warszawa 2012, s. 24 i nast.

wartości, różne relacje między najwyższymi instancjami sądowymi, różne podejścia do legalizmu. Ta różnorodność, indywidualizm i destrukuralizacja tworzą także rozliczne pola potencjalnych konfliktów. Systemy prawne poszczególnych państw i prawo unijne są rozbudowywane, komplikują się wewnętrznie w sensie formalnym i materialnym, łączą i przenikają w zawiły sposób, a granice prawa poprzez liczne klauzule generalne, zwroty niedookreślone i inne odesłania pozasystemowe stają się coraz mniej szczelne.

Jaki wpływ na siłę sprawczą państw mają powyższe zjawiska związane ze spójnością prawa, a zwłaszcza jego multicentryczność?⁹ Multicentryczność zakłada, że różne ośrodki mogą w sposób wiążący wypełniać swoim działaniem tę samą przestrzeń prawną. Trybunał Konstytucyjny w Polsce pisał o „wieloskładnikowej strukturze systemu prawa (...), na terenie Polski współobowiązują więc podsystemy regulacji prawnych, pochodzące z różnych centrów prawodawczych. Winny one koegzystować na zasadzie obopólnie przyjaznej wykładni i kooperatywnego współstosowania. Okoliczność ta w innej perspektywie ukazuje potencjalną kolizję norm oraz pierwszeństwo jednego z wyróżnionych systemów”¹⁰.

Istotne znaczenie mają zwłaszcza koncepcje ewolucji prawa w stronę systemów autopoietycznych (samoreprodukujących normy prawne, samoodnoszących się, samoorganizujących się i samoregulujących)¹¹. Rozwijana jest szeroko idea „refleksyjnego”, wariantowego opanowywania różnorodności i uzyskiwania spójności z zachowaniem warunków brzegowych¹².

Spójność prawa, rozumiana w pozytywistyczny sposób, została także poddana doktrynalnej próbie zakwestionowania jej zasad przez filozofię postmodernizmu.

Sędzia europejski ma władzę, lecz jest uwikłany w skomplikowany układ ośrodków legislacji wewnętrznych i ponadnarodowych¹³. Aby wyważyć sprawiedliwe rozstrzygnięcie, musi kierować się przede wszystkim

⁹ E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 3–16.

¹⁰ Punkt 2 uzasadnienia wyroku z 11 maja 2005 r.

¹¹ Analiza i ocena koncepcji por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 120 i nast.

¹² G. Teubner, H. Wilke, *Dezentrale Kontextstreuung in Recht intermediarer Verbande*, [w:] G. Teubner, H. Wilke, *Kontext und Autonomie*, „Zeitschrift für Rechtssoziologie” 1984, vol. 1; G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989.

¹³ J. Jabłońska-Bonca, *Wymiar sprawiedliwości a przemiany kultury prawnej w Europie*, [w:] W. Morawski (red.), *Powiązania zewnętrzne. Modernizacja Polski*, Warszawa 2012, s. 296–313.

wieloaspektową proporcjonalnością i widzieć poza prawem krajowym także wielosegmentową przestrzeń prawa europejskiego. Ta skomplikowana sytuacja sprawia, że każdy sędzia ma o wiele więcej władzy nad znaczeniami, ale uwikłany jest w sieci wielopoziomowego systemu regulacji.

Prawo unijne wyraża koncepcję „systemu wielopoziomowego”, w którym spójność jest wynikiem uzgodnień wertykalnych (odnoszących się do określonego terytorium) i horyzontalnych (funkcjonalnych). Siła sprawcza pojedynczego państwa mierzona jest inaczej niż przed 50 laty. Unia jest (ma być) zintegrowanym systemem uzgodnieniowym na poziomie regionów, państw i całej wspólnoty. „Charakterystyczny przy tym dla »europejskiego systemu wielopoziomowego« jest (ma być) brak hierarchicznego podporządkowania poszczególnych poziomów działania i decyzyjnych oraz asymetria w posiadanych kompetencjach”¹⁴. Ta tendencja to duży problem dla tradycyjnie, pozytywnie rozumianej spójności i pewności prawa i duży problem dla państw.

Transformacja prawa, państwa, a nawet koncepcji wojen i bezpieczeństwa to elementy transformacji struktur społecznych i transformacji struktur regulacyjnych „w jedną globalną sieć informacyjną, co następuje poprzez wchłanianie ich, w wyniku czego wszystko staje się czymś innym niż było. Jest to kryzys wielokierunkowy, tworzący, splątany, wieloczynnikowy, często wewnętrznie sprzeczny proces przyczynowo skutkowy, niejednokrotnie oparty na zależnościach zwrotnych. Wszystko co było, gospodarka, instytucje, kultura, typ tożsamości czy ładu społecznego, musi zostać ponownie określone w relacji do globalnej sieci i poprzez nią”¹⁵.

Pilnie potrzebne są więc modele nowych relacji państwo–organizacje–prawo w niejasnej „patchworkowej” perspektywie wielopoziomowej (lokalnej, państwowej, ponadnarodowej, transnarodowej) dla projektowania adekwatnych sposobów tworzenia prawa. Dekompozycja i mała użyteczność poznawcza oraz praktyczna XX-wiecznych wzorów i paradygmatów jest faktem.

3.

Nie tylko spójność wewnętrzna prawa jest problemem. Spójność prawa jest także współcześnie poddana silnej presji z zewnątrz – ze strony innych

¹⁴ J. Czaputowicz, *Rola państwa w Unii Europejskiej*, Warszawa 2004.

¹⁵ Pogląd Manuela Castellsa zacytowany w: K. Wielecki, *Kryzys i socjologia*, Warszawa 2012, s. 299; por. szeroko: M. Castells, *Siła tożsamości*, Warszawa 2009.

systemów i źródeł normatywnych. Źródła te są silne; po pierwsze – obejmują obszary normowania sprywatyzowanych zadań państwa, nad którymi kontrola została oddana w ostatnich 30 latach podmiotom prywatnym; po drugie – obejmują zupełnie nowe obszary regulacji wyłaniające się wraz z globalizacją, rewolucją informacyjną i technologiczną. Te zjawiska nie są obojętne dla prawa; powodują otwieranie jego granic, entropię prawa, pobudzają dyskusję o równoważnych instytucjonalnych porządkach normatywnych, pluralizmie prawnym i *soft law*.

Różne zbiory norm pozaprawnych mają coraz poważniejsze znaczenie w regulacji życia społecznego i gospodarczego na podstawie prawnych odesłań, zwrotów niedookreślonych i klauzul generalnych. Czy ma to znaczenie dla siły państw?

Powodem wzrostu rangi tych norm jest odwrót państw zachodnich od koncepcji państwa opiekuńczego (a co za tym idzie także rezygnacja z bezpośrednich regulacji). Władza państwa rezygnująca z opiekuńczości, „sącząca” się coraz częściej na niejasnych zasadach „poprzez” instytucje prywatne (globalne, ponadpaństwowe i lokalne) w swoistym „kolażu” z elementami etatystycznej, centralistycznej wewnętrznej władzy tradycyjnej, utrudnia przez swoją policentryczność, partycypacyjność, wielopoziomowe zarządzanie i „sieciowość” orientację kto, kiedy i za co odpowiada w przestrzeni publicznej, komu trzeba albo komu warto się podporządkować¹⁶.

Przyjrzyjmy się bliżej kilku przykładowym zjawiskom z tego zakresu.

W pierwszej kolejności zajmiemy się siłą sprawczą regulacji stanowionych przez wielkie, międzynarodowe korporacje gospodarcze i organizacje międzynarodowe¹⁷.

Korporacje poprzez swoje decyzje o lokalizacji produkcji w różnych miejscach przyczyniają się do restrukturyzacji gospodarek poszczególnych państw. Ich strategie mają istotny wpływ na międzynarodowy podział pracy.

Ich akty normatywne oraz regulacje powstające w koordynacji mają społeczną i polityczną siłę równą sile umów międzynarodowych, a czasem mają realną przewagę. Ta siła wynika m.in. z prowadzenia działalności w wielu krajach, czasem z powodu „globalnego mandatu” (wybrana filia działa nie dla rynku lokalnego, ale dla całego świata), z elastyczności organizacyjnej. Wynika z racji posiadanego ogromnego potencjału ekonomicznego, niekiedy znacznie przewyższającego niektóre państwa. Na przykład

¹⁶ K. Wielecki, *Kryzys...*, s. 299.

¹⁷ B. Roach, *Corporate Power in Global Economy*, Medford 2007.

wartość rynkowa Apple przekroczyła 600 mld dolarów. To znaczy, że „można by za nią kupić 2,14 Grecji”¹⁸.

Korporacje produkcyjne, usługowe i finansowe działają w znacznym zakresie niezależnie od sytuacji i interesów państw będących terenem ich ekspansji. Polityka prowadzona na poziomie państwa narodowego staje się faktycznie wyłącznie lokalna, bo nie może rozwiązać żadnych kluczowych problemów o zasięgu globalnym.

Sieć kontaktów, przedsiębiorstw transnarodowych, organizacji międzynarodowych i stowarzyszeń ponad państwami narodowymi kreuje nowe formy współpracy, a najważniejsze decyzje zapadają w gremiach nieformalnych (G8 czy G20). Anthony Giddens twierdził, że państwo, które ma zapewnić sprawność zarządzania, zdolność konkurencji w globalizującym się świecie, równość, zaufanie, poczucie bezpieczeństwa, opiekę – musi to dziś robić zupełnie inaczej niż niegdyś. Jednym z jego fundamentów będzie gospodarka mieszana, która łączy ze sobą elementy regulacji i deregulacji, prywatyzacji i własności prywatnej oraz społecznej, wolności i ograniczeń¹⁹. Czy miał rację?

Deregulacja i prywatyzacja prowadzą do istotnych zmian w wykonywaniu zwierzchnictwa terytorialnego i personalnego. Zjawisko określane jest jako „deterytorializacja” państwa i utrata „nieprzenikliwości” – swobodny przepływ osób, towarów i usług, zanikanie granic wewnętrznych (UE), obywatele nie są już poddani władzy państwa, lecz mają prawa uniwersalne, poddane międzynarodowej kontroli. Prawo petycji w Unii Europejskiej, Europejski Trybunał Praw Człowieka, ochrona przed dyskryminacją – przynajmniej w Europie przeobrażają sytuację.

Pojawiły się także poglądy, że kierunek zmian w życiu społecznym wcale nie jest przesądzony, nie jest wykluczone ryzyko dryfowania zachodnich systemów politycznych w stronę tak zwanych demokracji. Ten neologizm opisuje sytuację, w której funkcjonują fasadowe struktury demokratyczne, ale faktyczną władzę sprawują ponadnarodowe korporacje infiltrujące, korumpujące i uzależniające od siebie wszystkie główne struktury państwa. Państwo usuwa się z areny gospodarczej, przyszłość jest w rękach nieuchwytnych globalnych sił gospodarczych.

¹⁸ O. Szewczyk, *Odpowiedzialność*, „Wprost”, 1.08.2012, dane za magazynem „Mac Format”.

¹⁹ A. Giddens, *Trzecia droga. Odnowa socjaldemokracji*, Warszawa 1999, s. 99.

4.

W otoczeniu prawa wewnętrznego, międzynarodowego i unijnego powstają i obowiązują liczne poważne regulacje tychże podmiotów. Nie mają legitymacji demokratycznej jak prawo, nie stoi za nimi aparat przymusu państwa. Ich moc dyrektywalna wsparta jest o słuszność, użyteczność albo racjonalność ekonomiczną oraz aktualność rozwiązań. Regulacje korporacji są wymuszane przez potrzebę pilnego uregulowania nowych zjawisk globalizacyjnych²⁰. Bywają nazywane paraprąwem.

Są to akty działające zewnątrz, regulujące wprost albo odblaskowo istotne społecznie prawa i obowiązki użytkowników i klientów korporacji. Są to regulacje kwalifikowane tradycyjnie (pozytywistycznie) jako pozasystemowe, często jednak obowiązek ich przestrzegania wynika z prawa (opierają się na odesłaniach o różnym charakterze prawnym), a dotyczą też adresatów nie podporządkowanych służbowo firmom.

Prawodawcy krajowi, związani skomplikowanymi procedurami legislacyjnymi, nie chcą albo nie są w stanie reagować tak mobilnie jak podmioty prywatne²¹. Pola regulacyjne obejmują szybciej od państw wielkie korporacje. Jest faktem, że legitymizowane formalnie struktury prawodawcze państw i organizacji międzynarodowych, jeżeli w ogóle decydują się na podjęcie kroków regulacyjnych w wielu nowych obszarach, to dopiero wtedy, gdy określone zjawiska (np. w cyberprzestrzeni) mają już charakter stosunkowo trwały, nie zaś wtedy, gdy one powstają.

Regulacje paraprąwne zalicza się na ogół do kategorii *soft law*, a często nazywa także *lex ferenda*. *Soft law*, czyli „miękkie prawo”, nie jest formalnie wiążące z woli państwa, a *lex ferenda* to takie regulacje z obszaru *soft law*, które mają szansę na przekształcenie w *hard law*.

Przykładami mogą być obszary norm zwane: *lex sportiva*, *lex informatica* czy prywatne normy ochrony bezpieczeństwa.

Kosmopolityczne rozumienie regulacji dotyczy np. tzw. *lex sportiva*²². Tak też uzasadniane są wprost niektóre regulacje międzynarodowych

²⁰ Przykładem mogą być powszechnie stosowane wytyczne ISDA – International Swaps and Derivatives Association inc. albo semiperatywny autonomiczny porządek normatywny, w którym decyduje ICANN – Internetowa Korporacja ds. Rozdziału Nazw i Adresów ID. Jest to prywatna agencja pożytku publicznego. Wykształcił się też autonomiczny system arbitrażu i polityka jednolitego rozstrzygnięcia konfliktów.

²¹ J. Jabłońska-Bonca, *Tempus Fugit*, „Studies in the Philosophy of Law” 2014, nr 8, s. 58.

²² Por. pr. zbior. red. A. Szwarc, *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, Poznań 2014.

sportowych organizacji. Autonomię regulacyjną zadeklarowało jednoznacznie w 1992 roku Międzynarodowe Stowarzyszenie Federacji Lekkoatletycznych (IAAF): „Sądy stwarzają nam mnóstwo problemów w zwalczaniu dopingu, ale my mówimy, że w najmniejszym stopniu nie liczymy się z nimi, gdyż mamy własne reguły, które są nadrzędne”²³.

Podobnie uzasadnia się także próby budowania autonomicznego porządku normatywnego Internetu (w zakresie ochrony znaków towarowych, wolności ekspresji i dóbr osobistych)²⁴. Legitymacja Internetowej Korporacji ds. Rozdziału Nazw i Adresów (ICANN) nie jest legalistyczna i demokratyczna, a charyzmatyczna, profesjonalistyczna i efektywnościowa²⁵. ICANN pełni funkcję internetowego nawigatora i kartografa, jest prywatną organizacją pożytku publicznego.

Podobne zjawiska zachodzą w obszarze prywatnej ochrony bezpieczeństwa. Na przykład Międzynarodowy kodeks postępowania dla prywatnych dostawców usług bezpieczeństwa ustanawia „globalne standardy dla prywatnego sektora bezpieczeństwa”²⁶. Tzw. standardy globalne wynikające z własnego zobowiązania podejmowanego w stosunku do wszystkich (niepodporządkowanych organizacyjnie i służbowo) uczestników obrotu są coraz ważniejszym źródłem norm. Korporacja lub organizacja pozarządowa zobowiązuje się wprowadzać we wszystkich jurysdykcjach, w których operuje, najwyższe standardy działalności obowiązujące w innej jurysdykcji²⁷. Jeśli w jednym z państw obowiązują najwyższe standardy, wynikające np. z przepisów prawa danego państwa, to działalność globalnej korporacji lub organizacji pozarządowej będzie dostosowywana również we wszystkich innych jurysdykcjach do tych najwyższych standardów, niezależnie od krajowych norm i panującej kultury prawnej. Siła sprawcza państwa o zasięgu wewnętrznym nie ma większego znaczenia. W ten sposób kształtują się w XXI wieku oryginalne pisane normy pozaprawne o zasięgu globalnym.

²³ Cyt. za: K. Foster, *Is there a global sports law?*, „Entertainment Law” Spring 2003, vol. 2, no. 1, s. 1.

²⁴ K. Dobrzeńcki, *Autonomiczne prawo cyberprzestrzeni: mit czy rzeczywistość?*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008; idem, *Lex informatica*, Toruń 2008.

²⁵ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

²⁶ Bliżej por. J. Jabłońska-Bonca, *Policentryczność źródeł norm w zakresie bezpieczeństwa obywateli. Problem czy margines?*, [w:] pr. zbior. red. S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel, *Prawo, język, logika*, Warszawa 2013, s. 59.

²⁷ Por szerzej: T. Braun, *Charakterystyka zadań i normy tworzone przez funkcję compliance w bankowości – wyzwania rynków regulowanych*, „Krytyka prawa” 2014, nr 6 (w druku).

W sposób zamierzony dochodzi więc do autonomicznej regulacji ważnych podsystemów społecznych, a prawo pozostaje daleko w tyle. Czy ma to wpływ na prestiż państwa?

5.

Czy zjawisko to można nazwać „pluralizmem prawnym”, odchodząc od tradycyjnego pozytywistycznego powiązania prawa i państwa w XXI wieku?²⁸

John Griffiths w 1987 roku w tekście *What is legal pluralism?* 1986 r. pisał: „pluralizm prawny jest faktem, a centralizm prawny mitem, postulatem i ideologią”. Twierdził, że należy zaaprobować autonomię spontanicznie powstających porządków prawnych, a pluralizm prawny jest „współbieżny” z pluralizmem społecznym²⁹. „Mit centralizmu prawnego” to fałszywe wierzenie, że prawo tworzy tylko państwo. Gdyby Griffiths miał rację, także centralna siła sprawcza państwa jako prawotwórcy byłyby mitem.

Zajmujący się tym zagadnieniem badacze przypominają, że w historii policentryczność podmiotów regulujących życie społeczne była normą, dominacja prawa pochodzącego od państwa nie była w świadomości społecznej tak wyraźna i przytaczają przykłady obszarów powszechnego działania prawa kościelnego, prawa gildii, miejscowych systemów prawnych w Imperium Rzymskim³⁰. Dominacja prawa pochodzącego od państwa narodowego w świadomości społecznej w czasach nowożytnych obejmuje około 200 lat.

Być może lepszą koncepcją opisującą tę sytuację jest „interlegalność”. Bonaventura de Sousa Santos, twórca koncepcji „interlegalności”, twierdzi, że prawo składa się z wielu nakładających się na siebie obszarów, które można uporządkować za pomocą metafory mapy. Zjawisko to wiąże się z ograniczaniem działalności prawotwórczej państwa wycofującego się z wielu obszarów. Opuszczoną przestrzeń zajmują spontanicznie powstające, niepaństwowe porządki prawne. Nie są wyraźnie wyodrębnione, nie mają ostrych granic systemowych. Wykorzystanie „porowatości” współ-

²⁸ M.A. Torre, *Legal pluralism as evolutionary achievement of community law*, „Ratio Iuris” 1999, vol. 12, no. 2, s. 182–194; por. szeroko: J. Winczorek, *Pluralizm prawny wczoraj i dziś. Kilka uwag o ewolucji pojęcia*, [w:] D. Budnikowski, K. Dobrzeńcki (red.), *Pluralizm prawny*, Toruń 2009, s. 12–35.

²⁹ Za J. Winczorek, *Pluralizm...*, s. 23.

³⁰ Podobnie prywatne wojska i prawo do prywatnego odwetu były przejawem policentryczności podejścia do legalnego użycia siły.

czesnego prawa może, zdaniem Santosa, zostać wykorzystane dla zrealizowania projektu „oddolnej globalizacji”, możliwej bez jednego centrum decyzyjnego³¹. Santos wiąże więc swoją koncepcję utraty spójności przez prawo w pozytywistycznym rozumieniu ze zmianą roli państwa, ze słabnięciem jego siły sprawczej.

Siła sprawcza państwa, oddającego współcześnie nowe pola regulacyjne podmiotom prywatnym, mogłaby być utrzymana, gdyby działał skuteczny nadzór publiczny. Ten jednak nie jest często w ogóle zorganizowany prawnie i faktycznie albo jest kruchy i nieszczelny. W szczególności jest dyskusyjne, czy współcześnie owe pozaprawne rozwiązania, tworzone jakoby z powodu ich użyteczności, służą zawsze interesowi publicznemu lub interesowi państwa, a nawet, czy zawsze służą całemu podsystemowi społecznemu, dla którego powstały (np. dla sportu) na równych zasadach. Niewykluczone jest, że mogą tworzyć się prywatne monopole normatywne niesłużące dobru wspólnemu, państwu albo regulowanemu środowisku. Silne korporacje i organizacje tworzą je często głównie dla siebie, dla własnych partykularnych interesów, eliminując wpływ słabszych podmiotów z regulowanego środowiska na ich treść. Władze korporacji nie są przecież zorientowane na osiągnięcie celów w długich horyzontach czasowych i nie są powiązane, tak jak władze państwa, z terytorium i ludnością. Zastąpienie prawnej regulacji regulacją prywatną prowadzić może też do utraty poczucia bezpieczeństwa obywateli, ponieważ tracą oparcie w państwie, a nie uzyskują na ogół podobnego oparcia w normach korporacji.

Sieci korporacji transnarodowych nie realizują aksjologii państw, a działają „ponad” państwami, tworzą oderwane od państw globalne układy i aksjologie. Prawo wewnętrzne państw nie nadąża za tymi przeobrażeniami, siła sprawcza państw nie sięga skutecznie do tego obszaru³².

Regulacje pozaprawne wielkich korporacji i międzynarodowych organizacji są adresowane nie tylko do pracowników i innych podmiotów pozostających w bezpośredniej relacji z tymi korporacjami, ale często działają „odblaskowo” – wyznaczają obowiązki znacznie szerszej kategorii

³¹ B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common sense. Law, Globalization, And Emancipation*, London 2002.

³² Na przykład: Czy po sprywatyzowaniu cały dotychczasowy porządek publiczny w dotychczasowym kształcie musi być respektowany przez nowy podmiot? Czy dobro publiczne sprywatyzowane wyklucza dostęp do informacji publicznej? Czy spory związane z zadaniami sprywatyzowanymi powinny być rozstrzygane przez sądy administracyjne? Jakie są konsekwencje tych prywatyzacji dla praw jednostki?

adresatów, niepodporządkowanych formalnie korporacjom³³. Szeroki zasięg tych unormowań wynika między innymi z tego, że podmioty te prowadzą równocześnie działalność w kilkudziesięciu jurysdykcjach, ich pracownicy to setki tysięcy, a klienci to nawet miliony osób.

Legitymacja korporacji dla regulacji zewnętrznych nie ma oczywiście charakteru demokratycznego, wynika natomiast z posiadanej władzy ekonomicznej, głównie opartej na własności, ponadto z autorytetu środowiskowego, wysokiego profesjonalizmu i specjalizacji, czasem z pozycji monopolisty. Liczą się w tym przypadku głównie: wartość ekonomiczna reguł pozaprawnych, ich racjonalność ekonomiczna, użyteczność regulacji dla grupy interesów albo ich słuszność ceniona z powodu doświadczeń zbiorowości. Ważna jest siła gospodarcza pozaprawnych autorytetów normatywnych.

Adresatami wielu aktów są nie tylko pracownicy tych firm, ale także klienci i osoby postronne, np. odwiedzające obiekty użyteczności publicznej, parki, stadiony, poczty, centra handlowe, niemające żadnych umów z korporacjami, a często w ogóle niemające i niemogące mieć świadomości, że mogą znaleźć się w orbicie działania takich norm. Choć regulacje pochodzą od prywatnych firm i nie są wydane na podstawie upoważnień ustawowych i odesłań pozasystemowych, mają czasem zastosowanie do osób niepodporządkowanych. Określają ich stanowcze prawa i obowiązki (ale jakie? – pozaprawne? nieprawne?), jednak bez jakiegokolwiek wiedzy jednostek o takiej regulacji (nie działa tu zasada *ignorantia iuris nocet*, bo nie jest to prawo). Na przykład: Czy w Polsce można otrzymać od firmy monitorującej budynek mieszkalny film z monitoringu z własnym wizerunkiem nagrany przez tę firmę? Czy wymaga to wyroku sądowego? Czy można wnieść w Polsce parasol na stadion? Czy można skutecznie i legalnie w świetle prawa międzynarodowego odzyskać broń od pracownika firmy ochrony podczas konfliktu zbrojnego (odebrać mu broń jak jeńcowi)?

Podobną kategorię ważnych pozaprawnych regulacji o niejasnym statusie tworzą regulacje ostrożnościowe wydawane przez różne, istotne politycznie i gospodarczo podmioty administracji publicznej, niedysponujące w państwach kompetencjami prawotwórczymi, a nazywane w praktyce działalności gospodarczej „regulatorami” poszczególnych rynków³⁴.

³³ Por. np. J. Jabłońska-Bonca, *Policentryczność...*, s. 59–75.

³⁴ M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 509 i nast.

Głównie są to normy o zadaniach prewencyjnych, zapobiegające zachowaniom niepożądanym³⁵.

Do nowych zjawisk ograniczających siłę sprawczą państw, związanych z globalizacją i poszukiwaniem spójności ponad granicami, należy także transgraniczna skuteczność przepisów krajowych w działalności korporacji. Chodzi o wprowadzenie do porządku prawnego jednego z państw takich przepisów, które zobowiązują podmioty z tego państwa do przestrzegania określonych reguł oraz do zapewnienia, że te same obowiązki będą wykonywane przez inne podmioty tej grupy, także w innych krajach, ewentualnie też przez dostawców usług, a nawet klientów.

Autonomiczne, legitymizowane profesjonalnie regulacje podsystemów normatywnych, tworzone intencjonalnie, mające status publiczny często połączone w systemem jednolitej, międzynarodowej, polubownej jurysdykcji, odwołują się do dyskusyjnego założenia, że można wyodrębnić wspólny fundament aksjologiczny ich globalnych zasad. Te zasady dopuszczają możliwość przyjęcia koncepcji istnienia globalnego prawa bez państwa, rozumianego szeroko, w duchu pluralizmu.

6.

Globalizacja oraz rozszerzanie pól regulacji przez państwa i jednocześnie zlecenie albo delegowanie wielu zadań do organizacji pozarządowych, ponadnarodowych, korporacji gospodarczych itd., a więc w dół, w bok i do góry struktury władzy, powoduje rozpraszenie różnych form kontroli, nadzoru i odpowiedzialności między rozmaite podmioty. Ma to wpływ na siłę sprawczą państw. Coraz większe „otwory” między „węzłami” w rozrastającej się „sieci” prawa nie pozostają puste. Wypełniają je rozmaite normy pozaprawne. Nie są też powszechnie dostępne, nie powstają pod nadzorem demokratycznych organów przedstawicielskich. Są wprawdzie często tworzone we współpracy z państwem (np. są uzgadniane), ale obywatel (jednostka), trafiając na ich działanie w obszarze sprywatyzowanych zadań, poprzednio należących do państwa, na ogół nie rozumie, kto i w jakim zakresie teraz ma nad nim władzę. „Oblicze” prawa widziane z bliska staje się wobec tego mgliste, a przez „zasłony” norm prywatnych

³⁵ Tworzone są na poziomie międzynarodowym, unijnym i krajowym. Na przykład bankowe normy ostrożnościowe tworzy: Bazylejski Komitet ds. Nadzoru Bankowego, Komitet Europejskich Organów Nadzoru Bankowego, w Polsce – Komisja Nadzoru Finansowego. Por. szeroko: M. Olszak, *Bankowe normy ostrożnościowe*, Białystok 2011.

organizacji, które przejmują obecnie od państwa różne zadania, staje się często zupełnie niewyraźne.

Wiele centrów normowania, publicznych, społecznych i prywatnych, standaryzuje, penetruje, ocenia, robi audyty, nadzoruje, ewidencjonuje w ramach zadań zleconych, partnerstwa publiczno-prywatnego albo z powodu dokonanej prywatyzacji.

Nowa wielowymiarowość i wielopodmiotowość norm pochodzących z różnych źródeł państwowych i pozarządowych pozbawia obywatela twardej, tradycyjnych, kulturowo zakorzenionych punktów odniesienia. Małe narracje pofragmentaryzowanego życia są formatowane z niejasnych powodów przez coraz liczniejsze podmioty. To prowadzić może do wykluczeń osób nieorientowanych w strukturze publiczno-prywatnej władzy XXI wieku.

Dla adresata nie ma na ogół poważnego znaczenia, kto dokładnie jest normodawcą, ale czy czuje, że są to normy mające ważną legitymację, należy tych norm przestrzegać oraz jakie za ich nieprzestrzeganie grożą sankcje?

Jeśli za naruszenie regulaminu zachowania na stadionie albo w cywilnym porcie lotniczym w Polsce – oba typy aktów stanowią podmioty prywatne i oczywiście nie należą do kategorii konstytucyjnej źródeł prawa – grożą sankcje wynikające z ustaw (a tak jest w Polsce w ustawie o organizacji imprez masowych i w prawie lotniczym) i możliwość orzeczenia sądu zasądzającego grzywnę albo zastępczo areszt – to osoba bez wykształcenia prawniczego sądzi, że to jest prawo. Paradoksalnie, obszar ekskluzji społecznej wcale nie musi się kurczyć, a wręcz przeciwnie – może też się rozrastać. Obywatele z jednej strony dostrzegają rozpościerającą się coraz rozległej, także w skali globalnej, sieć prawa, mającego jakoby zapewnić im bezpieczeństwo, ale z drugiej – tracą też demokratyczną, przedstawicielską kontrolę nad wieloma ważnymi, wcale nie wyłącznie prywatnymi, obszarami regulacji życia, jakie wypełniają oka tej sieci.

Ponadto coraz częściej państwa nie czerpią swojej dominującej legitymizacji z monopolu na legalne użycie siły, nie czerpią jej także z tonącej w kryzysach gospodarki, więc jeśli przestają być partnerami dla wielkich, bogatych korporacji i tracą władzę nad rynkami, w konsekwencji słabną też politycznie, a władza gospodarcza i polityczna, siła sprawstwa, stopniowo przenosi się prawdopodobnie do korporacji³⁶. Ale czy na pewno?

Czy rozproszenie tradycyjnej spójności prawa, kontroli i bezpieczeństwa na różne podmioty, państwowe i prywatne jest objawem słabości instytucji

³⁶ Por. dyskusje o bankructwie Grecji, zbankrutowane miasta w USA itd.

państwa, czy może znaczy coś wręcz odwrotnego: świadomie zatajoną obecność państwa, utajoną władzę działającą „poprzez” instytucje partycypacji?

Czy państwo zachodnie w XXI wieku, szukające dróg odwrotu od opiekuńczości lat 70. XX wieku, powinno teraz zmienić radykalnie strategię działań legislacyjnych? Może powinno, obserwując i monitorując regulacje pozaprawne, spróbować działać mobilniej, jednak wyprzedzać je i konkurować z nimi własnymi aktami? A może zorganizować lepszy nadzór?

Czy oddanie wielu nowych pól aktywności normatywnej oznacza trwale osłabienie siły sprawczej państwa? A może nie, może to raczej nowy sposób ukrytego sterowania poprzez organizacje pozarządowe? Czy i w jakim zakresie państwo może w ukryty sposób sterować poprzez *soft law* społeczeństwem? Może oddolna, pełzająca globalizacja wcale nie oznacza rozszerzania zakresu wolności? A może z uwagi na tendencje do oszczędzania i ograniczania funkcji państwa w liberalnych demokracjach – państwo powinno zachować umiar, pogodzić się z ograniczeniem swojej władzy i wykazać rzeczywistą obojętność oraz uznać pełną autonomię podsystemów? Prawdopodobnie czas kapitalizmu państwowego, państwa opiekuńczego, socjalnego, dobiega końca. Konieczna jest więc nowa konceptualizacja badań nad zadaniami państwa. Nie udaje się bowiem na prostej osi: więcej państwa – mniej państwa wyjaśnić i rozwiązać wielu transnarodowych, globalnych problemów, także prawo w percepcji społecznej nie ma już dostatecznej legitymizacji, charyzmy i siły³⁷.

Bibliografia

- Bączyk M., Fojcik-Mastalska E., Góral L., Pisuliński J., Pyziół W., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2003.
- Braun T., *Charakterystyka zadań i normy tworzone przez funkcję compliance w bankowości – wyzwania rynków regulowanych*, „Krytyka Prawa” 2014, nr 6.
- Castells M., *Siła tożsamości*, Warszawa 2009.
- Czaputowicz J., *Rola państwa w Unii Europejskiej*, Warszawa 2004.
- Dobrzeńcki K., *Autonomiczne prawo cyberprzestrzeni: mit czy rzeczywistość?*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008.
- Dobrzeńcki K., *Lex informatica*, Toruń 2008.

³⁷ Na przykład starzenie się społeczeństw nie daje się włączyć w koncepcję „więcej państwa”, bo oznacza wzrost podatków, a to rodzi ucieczki biznesu do innych państw; nie daje się też włączyć w koncepcję „mniej państwa” bo ludzie starzy jako masowi żebracy na ulicach nie mieszczą się w standardach moralnych i kulturowych społeczeństwa zachodu.

- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, London 1977.
- Foster K., *Is there a global sports law?*, „Entertainment Law” Spring 2003, vol. 2, no. 1.
- Giddens A., *Trzecia droga. Odnowa socjaldemokracji*, Warszawa 1999.
- Gromski W., *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000.
- Jabłońska-Bonca J., *Policentryczność źródeł norm w zakresie bezpieczeństwa obywateli. Problem czy margines?*, [w:] S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel (red.), *Prawo, język, logika*, Warszawa 2013.
- Jabłońska-Bonca J., *Prawo powielaczowe*, Gdańsk 1986.
- Jabłońska-Bonca J., *Prawo w kręgu mitów*, Gdańsk 1995.
- Jabłońska-Bonca J., *Tempus Fugit*, „Studies in the Philosophy of Law” 2014, nr 8.
- Jabłońska-Bonca J., *Wymiar sprawiedliwości a przemiany kultury prawnej w Europie*, [w:] W. Morawski (red.), *Powiązania zewnętrzne. Modernizacja Polski*, Warszawa 2012.
- Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4.
- Olszak M., *Bankowe normy ostrożnościowe*, Białystok 2011.
- Roach B., *Corporate Power in Global Economy*, Medford 2007.
- Sousa Santos de B., *Toward a New Legal Common sense. Law, Globalization, And Emancipation*, London 2002.
- Stawecki T., *Konwergencja i dywergencja porządków prawnych w sferze tworzenia prawa*, [w:] O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, Warszawa 2012.
- Szewczyk O., *Odpowiedzialność*, „Wprost”, 1.08.2012.
- Szwarc A. (pr. zbior. red.), *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, Poznań 2014.
- Teubner G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989.
- Teubner G., Wilke H., *Dezentrale Kontextsteuerung in Recht intermediärer Verbände*, [w:] G. Teubner, H. Wilke, *Kontext und Autonomie*, „Zeitschrift für Rechtssoziologie” 1984, vol. 1.
- Torre M.A., *Legal pluralism as evolutionary achievement of community law*, „Ratio Iuris” 1999, vol. 12, no. 2.
- Wielecki K., *Kryzys i socjologia*, Warszawa 2012.
- Winczorek J., *Pluralizm prawny wczoraj i dziś. Kilka uwag o ewolucji pojęcia*, [w:] D. Budnikowski, K. Dobrzeniecki (red.), *Pluralizm prawny*, Toruń 2009.
- Wróblewski J., *Nieostrość systemu prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1983, t. XXXI.

AGNIESZKA DOCZEKALSKA

Interpretacja wielojęzycznego prawa Unii Europejskiej¹

Wstęp

Wielojęzyczność Unii Europejskiej charakteryzuje się nie tylko niespotykaną w żadnym kraju lub organizacji międzynarodowej liczbą języków urzędowych, ale również zasadą równości między tymi językami, która w odniesieniu do prawa oznacza, że akty prawne tworzone są we wszystkich językach urzędowych i wszystkie wersje są autentyczne oraz uwzględniane w procesie interpretacji. Zatem sędzia stosujący prawo unijne powinien wyprowadzić znaczenie normy prawnej na podstawie 24 autentycznych wersji językowych. Niniejszy artykuł przedstawia metody interpretacji wielojęzycznego prawa unijnego.

W części pierwszej scharakteryzowano system językowy UE, a w szczególności zasadę równej autentyczności wersji językowych aktu prawnego. W drugiej – wskazano na charakterystyczne cechy prawa unijnego i właściwości jego języka będące przyczyną określonych trudności interpretacyjnych oraz wpływające na zasady wykładni. Następnie przedstawiono zasady i metody wykładni związane z wielojęzycznością prawa, którymi kieruje się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej i do których odwołują się rzecznicy generalni. Analiza ta oparta jest przede wszystkim na orzecznictwie TSUE oraz opiniach rzeczników generalnych i dotyczy głównie wykładni aktów wtórnego prawa unijnego, parę uwag odnosi się jednak także do interpretacji umów międzynarodowych, których Unia jest stroną oraz do wykładni orzeczeń TSUE.

¹ Uaktualniona wersja artykułu, który po raz pierwszy ukazał się w maju 2006 r. w „Europejskim Przeglądzie Sądowym”, s. 14–21, wydawanym przez Wolters Kluwer SA.

System językowy i wielojęzyczność prawa Unii Europejskiej

Kiedy powstawała Europejska Wspólnota Węgla i Stali, pierwsza z trzech Wspólnot, będących załącznikiem obecnej Unii Europejskiej, Traktat ją ustanawiający był autentyczny tylko w jednym języku – języku francuskim². Traktaty rzymskie tworzące dwie pozostałe Wspólnoty: Europejską Wspólnotę Energii Atomowej i Europejską Wspólnotę Gospodarczą były autentyczne już w czterech językach³ i zawierały postanowienia będące podstawą systemu językowego Wspólnot. Artykuł 190 Traktatu ustanawiającego Euroatom i artykuł 217 Traktatu ustanawiającego EWG (obecnie artykuł 342 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) powierzyły ukształtowanie systemu językowego Radzie Ministrów, która swoje pierwsze rozporządzenie (rozporządzenie Rady nr 1 z dnia 15 kwietnia 1958 r. w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Atomowej⁴ i równobrzmiące rozporządzenie Rady nr 1 z dnia 15 kwietnia 1958 r. w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej⁵)⁶ poświęciła kwestiom językowym. Rozporządzenie wymienia języki urzędowe i robocze⁷ instytucji Wspólnot (od 1992 r. Unii Europejskiej) oraz

² Wskazuje na to art. 100 Traktatu ustanawiającego EWWiS; por. Geert van Calster, *The EU's Tower of Babel – The Interpretation by the European Court of Justice of Equally Authentic Texts Drafted in more than one Official Language*, w: A. Barav i D. A. Wyatt (red.), „Yearbook of European Law” 1997/17, Clarendon Press, Oxford, s. 366 oraz Siegfried Albert Dickschat, *Problèmes d'interprétation des traités européens résultant de leur plurilinguisme*, w: „Revue belge de droit international” 1968/4(1), s. 46.

³ Por. art. 225 Traktatu ustanawiającego Euroatom oraz art. 248 Traktatu ustanawiającego EWG. Oba artykuły stanowią, że Traktat został sporządzony w jednym egzemplarzu w językach francuskim, niderlandzkim, niemieckim i włoskim (nowe języki dodawane z każdym rozszerzeniem Wspólnoty), przy czym wszystkie cztery teksty są na równi autentyczne.

⁴ Dz.U. 17 z 6.10.1958, s. 385.

⁵ Dz.U. 17 z 6.10.1958, s. 401.

⁶ Rozporządzenia te zmienione ostatnio Rozporządzeniem Rady (UE) nr 517/2013 z dnia 13 maja 2013 r. dostosowujące niektóre rozporządzenia i decyzje [...] w związku z przystąpieniem Republiki Chorwacji, Dz.U. L 158 z 10.6.2013, s. 71. Oba rozporządzenia dalej zwane ‘rozporządzeniem nr 1’.

⁷ Obecnie zgodnie z art. 1 nowelizowanego wielokrotnie rozporządzenia nr 1 z 1958 dwadzieścia cztery języki mają status języków urzędowych i roboczych; są nimi w polskim porządku alfabetycznym: angielski, bułgarski, chorwacki, czeski, duński, estoński, fiński, francuski, grecki, hiszpański, irlandzki, litewski, łotewski, maltański, niemiecki, niderlandzki, polski, portugalski, rumuński, słowacki, słoweński, szwedzki, węgierski i włoski.

wymaga, aby rozporządzenia i inne dokumenty powszechnie obowiązujące były sporządzane we wszystkich językach urzędowych (art. 4), oraz by Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej⁸ publikowany był we wszystkich tych językach (art. 5). Zatem rozporządzenie Rady nr 1 z 1958 r. stanowi podstawy prawne wielojęzyczności prawa unijnego.

W odniesieniu do prawa wymóg wielojęzyczności oznacza nie tylko obowiązek tworzenia aktu prawnego we wszystkich językach urzędowych, ale również to, że wszystkie wersje językowe danego aktu prawnego powinny być traktowane jako mające jednakową moc obowiązującą, innymi słowy jako równie autentyczne. Z uwagi na równą autentyczność wszystkich wersji językowych aktu prawnego, wersje te nazywane są tekstami autentycznymi⁹. Wszystkie autentyczne wersje językowe danego aktu prawnego mają taką samą moc prawną, są prawnie skuteczne i wywołują ten sam skutek prawny. Tę właściwość prawa unijnego wyraża zasada równej autentyczności wersji językowych aktu prawnego¹⁰. Zasada ta ma ogromny wpływ na tworzenie prawa i jego interpretację. Z jednej strony wskazuje, w jaki sposób prawo powinno być interpretowane, z drugiej – wprowa-

⁸ Do lutego 2013 r. nazywany Dziennikiem Urzędowym Wspólnot Europejskich. Zmiana wprowadzona Traktatem z Nicei z 2001 r. (art. 38), który wszedł w życie 1 lutego 2003 r.

⁹ W niniejszym artykule termin „wersja” i „tekst” stosowany jest zamiennie i odnosi się do autentycznego tekstu lub wersji, chyba że wyraźnie wskazano inaczej. Należy zauważyć, że terminy te stosowane są w odmienny sposób w prawie międzynarodowym. W celu uniknięcia nieporozumień Komisja Prawa Międzynarodowego zaproponowała, aby termin „tekst” oznaczał tekst autentyczny, tzn. tekst przyjęty przez państwa członkowskie lub zgodnie z zasadami proceduralnymi, natomiast termin „wersja” odnosił się do innych wersji językowych (tzn. do tekstów oficjalnych czyli podpisanych, ale nie przyjętych przez państwa oraz do tłumaczeń oficjalnych); por. Shabtai Rosenne, *The Meaning of "Authentic Text" in Modern Treaty Law*, w: Rudolf Bernhardt (red.), *„Völkerrecht Als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler”*, 1983, s. 759–784; Susan Šarčević, *New Approach to Legal Translation*, The Hague: Kluwer Law International 2000, s. 20 oraz Mala Tabory, *Multilingualism in International Law and Institutions*, Alphen aan den Rijn: Stijthoff & Noordhoff Publishers B. V. 1980, s. 171. W odniesieniu do prawa unijnego to terminologiczne rozróżnienie nie jest stosowane. Np. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoich orzeczeniach posługuje się sformulowaniem „autentyczne wersje językowe” (por. np. §18 wyroku z 6.10.1982 r. w sprawie Cilfit przeciwko Ministerstwo Zdrowia 283/81, Zb. Orz. z 1982 r., s. 3415) lub „wersje językowe tekstu wspólnotowego” (por. np. §14 wyroku z 27.10.1977 r. w sprawie Regina przeciwko Pierre Bouchereau 30/77, Zb. Orz. 1977 r., s.1999).

¹⁰ W piśmiennictwie polskim nie ma ustalonej terminologii opisującej tę zasadę; np. Anna Jopek posługuje się nazwą „zasada równoprawności wszystkich wersji językowych” (A. Jopek, *O tłumaczeniu prawniczym po nowemu*, w: „Lingua Legis”, 2000, nr 8, s. 51).

dzając pewne założenia umożliwia dokonanie jednolitej wykładni. Bez tej zasady istnienie prawa wielojęzycznego nie byłoby możliwe. Zasada równej autentyczności opiera się na kilku założeniach i fikcjach. Pierwsze założenie wyraża tzw. teoria tekstów oryginalnych, która przyjmuje, że wszystkie teksty autentyczne danego aktu prawnego są oryginałami bez względu na sposób ich tworzenia czy czas ich powstania¹¹. Teoria i jej założenie są istotne dla interpretacji wielojęzycznego prawa unijnego. Wynika z nich bowiem, że wszystkie wersje językowe, o ile mają status tekstów autentycznych, powinny być uwzględniane w procesie wykładni. Obecnie akty prawa unijnego mają 24 (wraz z irlandzkim)¹² autentyczne wersje językowe. Tworzenie aktu jednocześnie w tylu językach nie jest możliwe. Mimo że zgodnie z rozporządzeniem Rady nr 1 z 1958 r. wszystkie języki urzędowe mają status również języków roboczych instytucji Unii Europejskiej, to jednak w praktyce (zwłaszcza w Komisji) językami roboczymi są zazwyczaj angielski, francuski i w niewielkim zakresie niemiecki¹³. Zatem propozycje Komisji nowych aktów prawnych tworzone są w jednym języku (najczęściej w języku angielskim)¹⁴, a następnie tłumaczone na pozostałe języki urzędowe. Mimo że tłumaczona jest nie tylko wersja końcowa aktu, a przeciwnie przekład jest zapewniany na każdym

¹¹ Por. Susan Šarčević, *New Approach to Legal Translation*, s. 20, 64.

¹² Rozporządzenie Rady nr 920/2005z dnia 13 czerwca 2005 r. (Dz.U. L 156/3 z 18.6.2005) wprowadziło odstępstwo od rozporządzenia nr 1, przyjmując, że instytucje Unii Europejskiej nie mają obowiązku sporządzania wszystkich aktów prawnych w języku irlandzkim lub publikowania ich w tym języku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Obowiązkiwanie odstępstwa zostało przedłużone Rozporządzeniem Rady nr 2015/2264 z dnia 3 grudnia 2015 r. (Dz.U. L 322/1 z 8.12.2015) na okres pięciu lat od dnia 1 stycznia 2017 r.

¹³ Na temat rozróżnienia języków urzędowych i roboczych oraz ich stosowania w instytucjach Unii, por. Marc Abélès, *La vie quotidienne au Parlement européen*, Paris: Hachette 1992, s. 5–20; Harald Koch, "Legal aspects of a language policy for the European Communities: Language risks, equal opportunities, and legislating a language" w: Florian Coulmas, (red.) "A Language Policy for the European Union: prospect and quandaries", (Contributions to the sociology of language; 61), Berlin and New York: Mouton de Gruyter 1991, s. 147–161; Robert Phillipson, *English – Only Europe? Challenging Language Policy*, London and New York: Routledge 2003, s. 118, 157–159; Carsten Quell, *Language Choice in Multilingual Institutions: A Case Study at the European Commission with Particular Reference to the Role of English, French and German as Working Languages*, w: „Multilingua” 1997/16(1), s. 57–76; Claude Truchot, "Languages and supranationality in Europe: The linguistic influence of the European Union", w: Jacques Maurais and Michael A. Morris (red.) "Languages in a Globalising World", Cambridge: University Press 2003, s. 99–110.

¹⁴ Informacja uzyskana podczas wywiadów z pracownikami służb tłumaczeniowych Komisji UE i Rady UE, przeprowadzonych w grudniu 2015 r.

etapie jego tworzenia, to jednak istnieje obawa, że podczas wykładni pierwszeństwo będzie przyznawane wersji w języku angielskim. Przyjęcie założenia, że wszystkie wersje są oryginałami uniemożliwia powoływanie się w celu uwzględnienia tylko jednej lub niektórych wersji na to, że akt wspólnotowy tworzony był *de facto* tylko w jednym lub kilku językach. Ponadto teoria ta zapewnia równy status autentycznym wersjom językowym powstałym po przyjęciu aktu unijnego przez instytucje UE. Z taką sytuacją mamy do czynienia głównie w związku z rozszerzeniem Unii o nowe państwa członkowskie, co z reguły wiąże się z nadaniem statusu języka urzędowego UE nowym językom¹⁵. Wówczas nowe wersje językowe tekstów istniejących aktów powstają w drodze przekładu. Teoria tekstów oryginalnych zakłada jednak, że wszystkie wersje językowe są oryginałami, wobec tego wszystkie mają taki sam status i wartość interpretacyjną. Drugim założeniem, na którym opiera się zasada równej autentyczności wersji językowych jest założenie jedności wielojęzycznego aktu prawnego, zgodnie z którym wszystkie teksty autentyczne danego aktu prawnego wyrażają to samo znaczenie i wszystkie wspólnie konstruują znaczenie aktu prawnego. Zatem wersje językowe pozostają ze sobą w relacji współzależności. Założenia, iż wszystkie wersje językowe są oryginałami oraz że składają się na znaczenie aktu prawnego opierają się na fikcjach (np. fikcja ekwiwalentnych oryginałów, fikcja jednoczesnego tworzenia wszystkich wersji językowych, fikcja identyczności tekstów autentycznych), jednak dzięki nim jest możliwe istnienie wielojęzycznego prawa i jego jednolita wykładnia.

Zatem, zgodnie z zasadą równej autentyczności wersji językowych, wielojęzyczność wymaga tworzenia prawa we wszystkich językach urzędowych i uwzględniania wszystkich autentycznych wersji językowych w procesie wykładni prawa. Mimo trudności, jakie wiążą się z tymi wymogami oraz wielu propozycji zmniejszenia liczby języków urzędowych Unii, nic nie wskazuje na to, aby takie ograniczenie rzeczywiście nastąpiło¹⁶. Przeciwnie, podczas rozszerzenia w maju 2004 r. maltański, który obok angielskiego jest językiem oficjalnym Malty uzyskał status języka urzęd-

¹⁵ Na temat dodania nowego języka do listy języków urzędowych Unii niezwiązanego z jej rozszerzeniem, por. dalszą część artykułu opisującą status języka irlandzkiego w Unii.

¹⁶ Na temat propozycji ograniczenia liczby języków urzędowych i roboczych Unii, por. Robert Phillipson, *English – Only Europe?...*, s.136; Sue Wright, *Community and Communication: The Role of Language in Nation State Building and European Integration*, Clevedon–Buffalo–Toronto–Sydney: Multilingual Matters Ltd. 2000, s. 166.

dowego Unii. Spodziewano się, iż maltański zostanie co najwyżej językiem traktatów, jak język irlandzki, który podobnie jak maltański na Malcie dzielił z angielskim status języka oficjalnego Irlandii. W takiej sytuacji również irlandzki uzyskał status języka urzędowego i roboczego instytucji Unii¹⁷. Ponadto Rada umożliwiła oficjalne użycie języków innych niż języki urzędowe UE, którym konstytucja państwa członkowskiego przyznaje status języka urzędowego na całości lub części terytorium tego państwa i które zgodnie z prawem mogą być używane jako język narodowy¹⁸. Zezwolenia na użycie języków udziela Rada na podstawie porozumienia administracyjnego zawartego między nią a państwem członkowskim. Dotychczas takie porozumienie zostało zawarte między Radą UE a Królestwem Hiszpanii i dotyczy baskijskiego, galicyjskiego i katalońskiego¹⁹. Oznacza to między innymi, że akty prawne będą tłumaczone również na te języki. Przekłady jednak nie będą tekstami autentycznymi. Jednak zwiększenie liczby języków urzędowych następuje z reguły w związku z kolejnymi rozszerzeniami UE.

Dodanie każdego nowego języka mnoży trudności i komplikuje zarówno tworzenie prawa, jak i jego interpretację²⁰. Podczas gdy problemowi wielojęzycznego tworzenia prawa oraz przekładu prawnego poświęcono wiele pozycji, również w piśmiennictwie polskim, zwłaszcza w związku z przedakcesyjnym tłumaczeniem *acquis communautaire* na język polski, to jednak prace dotyczące wykładni prawa unijnego w niewielkim tylko stopniu zajmują się specyfiką interpretacji wynikającą z wielojęzyczności prawa²¹.

¹⁷ Zob. Rozporządzenie Rady (WE) nr 920/2005 z dnia 13 czerwca 2005 r. zmieniające rozporządzenie nr 1 z dnia 15 kwietnia 1958 r. w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej oraz rozporządzenie nr 1 z dnia 15 kwietnia 1958 r. w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej oraz wprowadzające tymczasowe środki stanowiące odstępstwa od tych rozporządzeń, Dz.U. z 18.06.2005, L 156/3. Rozporządzenie to stosuje się od dnia 1 stycznia 2007 r.

¹⁸ Zob. Konkluzje Rady z dnia 13 czerwca 2005 r. dotyczące oficjalnego użycia dodatkowych języków w Radzie i ewentualnie innych instytucjach i organach Unii Europejskiej, Dz. U. z 18.06.2005, C 148/01.

¹⁹ Dz. U. z 17.02.2006, C 40/02

²⁰ Por. Mala Tabory, *Multilingualism in International Law and Institutions*, op. cit., s. 146 oraz Susan Šarčević, *New Approach to Legal Translation*, op. cit., s. 223–224.

²¹ Por. Krystyna Michałowska-Gorywoda, *Śłużby lingwistyczne Unii Europejskiej*, w: „Studia Europejskie” 2001/3, s. 81–98; Jerzy Pieńkos, *Podstawy juryslingwistyki. Język w prawie – Prawo w języku*, Warszawa: Oficyna Prawnicza Muza 1999, s. 187–198; Maria Rzewuska (red.) *Tłumaczenie *acquis communautaire* na język polski. Materiały z konferencji, 20 kwietnia 2001 r.*, Warszawa: Urząd Komitetu Integracji Europejskiej, 2001; Maria Rzewuska, *Tłumaczenie *acquis communautaire**, w: „Biuletyn Analiz UKIE”,

Niniejszy artykuł jest próbą uzupełnienia tej luki²². W jego dalszej części zostaną przedstawione trudności związane z zapewnieniem jednolitej wykładni wynikające z wielojęzyczności prawa unijnego oraz jego specyfiki.

Wymóg jednolitej wykładni a wielojęzyczność prawa

Wielojęzyczność prawa nie jest charakterystyczna wyłącznie dla Unii Europejskiej. Wymóg tworzenia prawa w więcej niż jednym języku istnieje w krajach wielojęzycznych, również instrumenty prawa międzynarodowego są formułowane i autentyczne w kilku językach. Prawo unijne z jednej strony jest ściśle powiązane z klasycznym prawem międzynarodowym oraz wewnętrznym prawem krajowym, z drugiej strony różni się zarówno od prawa krajowego, jak i międzynarodowego²³. W odróżnieniu od prawa krajowego państwa wielojęzycznego, prawo unijne, chociaż stanowi autonomiczny system prawny, odnosi się nie do jednego porządku prawnego, ale jest stosowane w kilkudziesięciu (obecnie 28) systemach prawnych państw członkowskich²⁴. Ponadto, w określonych sytuacjach prawo unijne, co odróżnia je od prawa międzynarodowego, bezpośrednio obowiązuje (tzn. normy prawa unijnego obowiązują na terytorium państw członkowskich bez konieczności odrębnego wprowadzenia ich do wewnętrznego porządku prawnego w drodze ratyfikacji lub inkorporacji), jest bezpośrednio

nr 6, maj 2001 http://www.doc.ukie.gov.pl/cd-rom/cd2/dokumenty/05_opracowania/analizy/analiza_6_9.pdf; Maria Rzewuska, *Tłumaczenie prawa UE na języki krajów kandydujących – stan prac na blisko rok przed przystąpieniem*, w: „Biuletyn Analiz UKIE”, nr 10, październik 2002, http://www.doc.ukie.gov.pl/cd-rom/cd2/dokumenty/05_opracowania/analizy/ba_10_analiza_10.pdf.

²² Po 2006 r. ukazały się opracowania w języku polskim dotyczące wykładni wielojęzycznego prawa UE, m.in. por. M. Fryźlewicz, *Znaczenie komparatystyki językowej w wykładni sądów luksemburskich*, w: C. Mik (red.) „Wykładnia prawa Unii Europejskiej”, Toruń 2008; M. Lasota i A. Zienkiewicz, *Wielojęzyczność a interpretacja europejskiego prawa wspólnotowego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2009, nr 9, s. 405–411, A. Doczekalska i J. Jaśkiewicz *Wykładnia aktów wielojęzycznego prawa pochodnego Unii Europejskiej przez polskie sądy administracyjne*, w: „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, nr 5.

²³ Por. T. Wasilewski, *Stosunek wzajemny: porządek międzynarodowy, prawo międzynarodowe, europejskie prawo wspólnotowe, prawo krajowe*, Dom Organizatora 2004; Andrzej Wróbel, *Rozdział 1 – Źródła Prawa Wspólnot Europejskich i Prawa Unii Europejskiej*, w: A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Zakamycze 2005.

²⁴ Por. Hélène Bauer-Bernet, *Le multilinguisme du droit de la Communauté européenne*, w: J.-C. Gémard (red.), „Langage du droit et traduction. Essais de jurilinguistique./The Language of the Law and Translation. Essays on Jurilinguistics” Montréal: Linguatex et Conseil de la langue français 1982.

stosowane (tzn. normy prawa unijnego mogą być podstawą prawną rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed sądem lub innym organem państw członkowskich, czyli mogą być stosowane przez te organy bez konieczności wydawania odpowiednich przepisów prawa unijnego) oraz bezpośrednio skuteczne w państwach członkowskich – tzn. normy unijne przyznają obywatelom UE prawa podmiotowe (bezpośredni skutek w znaczeniu subiektywnym), na które można powoływać się w postępowaniu przed organami wewnętrznymi (bezpośredni skutek w znaczeniu obiektywnym)²⁵.

Bezpośredniość obowiązywania, stosowania i skuteczności prawa unijnego wymaga, aby prawo to było jednolicie stosowane we wszystkich państwach członkowskich, a zatem powinno być ono jednolicie interpretowane. Zapewnienie jednolitej wykładni prawa wyrażonego w wielu językach, obowiązującego i znajdującego zastosowanie w różnych krajowych porządkach prawnych, jest o wiele trudniejsze niż w przypadku wykładni prawa, którego tylko jedna wersja językowa jest autentyczna i które obowiązuje na terytorium tylko jednego państwa. Można wskazać na kilka problemów mających swoje źródło w specyfice i wielojęzyczności prawa unijnego, które należy rozwiązać w procesie interpretacji.

Gdy prawo jest wyrażone w wielu językach i wszystkie wersje są uwzględniane w procesie wykładni, mogą ujawnić się rozbieżności między wersjami językowymi. Podczas tworzenia prawa podejmowane są środki, których celem jest zapewnienie zgodności wersji językowych (praca służb tłumaczeniowych oraz prawników lingwistów porównujących i weryfikujących wersje językowe aktu prawnego)²⁶, lecz rozbieżności są nie do uniknięcia. Czasem różnice wynikają z pomyłek technicznych bądź trans-

²⁵ Pojęcia bezpośredniego obowiązywania, stosowania i skuteczności nie są jednoznacznie definiowane i istnieją spory co do ich znaczenia. Problematyka ta jak również omówienie warunków, w jakich normy unijne bezpośrednio obowiązują, są bezpośrednio stosowane i skuteczne w państwach członkowskich pozostaje poza zakresem niniejszego artykułu. Na ten temat por. *inter alia* Maciej Szpunar, *Bezpośredni skutek prawa wspólnotowego – jego istota i próba uporządkowania terminologii*, w: „Europejski Przegląd Sądowy”, listopad 2005, s. 4–17; A. Wróbel, *Rozdział szósty – Sądowa kontrola przestrzegania prawa Wspólnot Europejskich i sądowa ochrona praw i wolności obywateli Unii Europejskiej*, w: A. Wróbel (red.) „Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej)”, Zakamycze 2002.

²⁶ Por. Geert van Calster, *The EU’s Tower of Babel – The Interpretation by the European Court of Justice of Equally Authentic Texts Drafted in more than one Official Language*, w: A. Barav and D. A. Wyatt (red.), „Yearbook of European Law” 1997/17, Clarendon Press, Oxford, s. 373 oraz na temat jakości tworzenia prawa i pracy prawników-lingwistów w Radzie UE por. Martin Westlake i David Galloway, *The Council of the European Union*, 2004, s. 361–362.

latorskich. Jednak często ich źródłem jest sama natura języków, które różnią się od siebie składniowo, gramatycznie i semantycznie. Eugene Nida stwierdził, iż nie istnieje absolutna zgodność między językami, ponieważ nie ma dwóch identycznych języków zarówno w odniesieniu do znaczenia, jakie przypisują odpowiednim znakom, jak również co do sposobu w jaki łączą te znaki w zwroty i zdania²⁷. Nie mogą zatem istnieć dwie absolutnie identyczne wersje językowe tego samego tekstu, co dopiero dwadzieścia cztery wersje. Ścisła zgodność nie jest wymogiem w odniesieniu do aktów unijnych²⁸. Dopóki wersje oddają taką samą treść prawną, dopuszczalne są niewielkie różnice stylistyczne i składniowe. Rozbieżności między tekstami wynikają najczęściej z różnych zakresów semantycznych terminów stanowiących ekwiwalenty w poszczególnych wersjach językowych. Geert Van Castler wyróżnia następujące rodzaje różnic, jakie mogą pojawić się w wielojęzycznych tekstach prawnych:

- istnienie oczywistej sprzeczności między wersjami językowymi;
- użycie w jednej wersji lub w kilku wersjach terminu niemającego znaczenia lub o znaczeniu niejasnym, podczas gdy terminy w pozostałych wersjach są jasne;
- użycie w jednej wersji lub w kilku wersjach terminu wieloznacznego (któremu można przypisać więcej niż jedno znaczenie), podczas gdy terminy w pozostałych wersjach są jednoznaczne;
- użycie w jednej wersji językowej lub w kilku wersjach terminu o szerszym znaczeniu niż to, jakie można przypisać terminowi w pozostałych wersjach;
- posłużenie się w jednej wersji lub w kilku wersjach kategorią, która nie występuje w pozostałych wersjach²⁹.

W klasyfikacji Van Castlera pojawia się pojęcie 'terminu wieloznacznego' oraz 'niejasnego znaczenia'³⁰. Brak jednoznaczności i precyzyjności w tekście prawnym nie jest charakterystyczny tylko dla prawa wieloję-

²⁷ E. A. Nida, *Principles of correspondence*, w: L. Venuti (red.) *The Translation Studies Reader*, Routledge, London and New York 2000 (1964), s. 126.

²⁸ Por. Susan Šarčević, *New Approach to Legal Translation*, op. cit., s. 224–226; w języku polskim pewne uwagi o swobodzie i kreatywności tłumaczy prawa unijnego zawiera recenzja wymienionej publikacji S. Šarčević por. Anna Jopek, *O tłumaczeniu prawniczym po nowemu*, op. cit, s. 48–54.

²⁹ Geert van Calster, *The EU's Tower of Babel...*, op. cit, s. 374.

³⁰ Na temat wieloznaczności w interpretacji prawniczej por. Tomasz Gizbert-Studnicki, *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978.

zycznego, jednak wielość wersji językowych przy wystąpieniu niejasności czyni zadanie odnalezienia właściwego znaczenia o wiele bardziej skomplikowanym³¹. Nieostrość terminów i wieloznaczność sformułowań wynika ponadto ze specyfiki tworzenia prawa unijnego. Nieprecyzyjne, pozwalające na wyprowadzenie wielu znaczeń terminy i sformułowania są niejednokrotnie celowo wprowadzane do tekstów prawa UE. Są wynikiem kompromisu osiągniętego podczas tworzenia prawa przez instytucje unijne³². Tego typu sformułowania i terminy są właśnie dlatego użyte, że są nieostre (tzw. zamierzona lub umyślna nieostrość)³³. Ma to umożliwić elastyczną interpretację w przyszłości.

Problemy interpretacyjne prawa unijnego mogą również wynikać z tego, że prawo to obowiązuje i stosuje się (w określonych sytuacjach w sposób bezpośredni bez konieczności ratyfikacji lub inkorporacji unijnych aktów prawnych) w państwach członkowskich, które nie tylko mają własne odrębne systemy prawne, ale również związane z nimi języki prawne. Każdy krajowy system prawny posługuje się własną terminologią, która niekoniecznie koresponduje z językiem prawnym innego państwa³⁴. Dotyczy to również systemów prawnych, które posługują się tym samym językiem. W odniesieniu do języków, które są językami narodowymi i mają status języka urzędowego w kilku krajach (jak ma to miejsce np. w przypadku francuskiego, który jest językiem urzędowym m.in. Francji, Belgii i Kanady) zauważono, że stanowią one odrębne języki prawne w poszczególnych państwach. Zatem język prawny różni się w państwach mających ten sam język etniczny³⁵. Nie istnieje jednolita terminologia prawna np. języka niderlandzkiego mająca zastosowanie jednocześnie w Holandii i Belgii³⁶. Rów-

³¹ Na temat niejasności w prawie unijnym wynikających z wielojęzyczności tego prawa oraz z metod jego tworzenia por. Trevor C. Hartley, *Five Forms of Uncertainty in European Community Law*, w: „Cambridge Law Journal”, Lipiec 1996, 55(2), s. 266–273.

³² Por. Emma Wagner, *Quality of Written Communication in a Multilingual Organisation*, w: „Terminology et traduction” 2000/1, s. 13.

³³ Na temat zamierzonej nieostrości (‘deliberate uncertainty’) por. Trevor C. Hartley, *Five Forms of Uncertainty in European Community Law*, op. cit, s. 273.

³⁴ A.M. López-Rodríguez, *Towards a European Civil Code without a Common European Legal Culture? The Link between Law, Language and Culture*, w: „Brooklyn Journal of International Law” 2004/29(3), s.1200.

³⁵ V. Heutger, *Law and Language in the European Union*, w: „Global Jurist Topics” 2003/3, s. 1–15.

³⁶ Por. G.-R. De Groot, *Law, Legal Language and the Legal System: Reflections on the Problems of Translating Legal Texts*, w: V. Gessner, A. Hoeland, C. Varga (red.) „European Legal Cultures”, Dartmouth 1996, s.156.

niez w niektórych z państw członkowskich UE status języka urzędowego został nadany temu samemu językowi etniczemu (np. wspomniany niderlandzki jest językiem oficjalnym w Holandii i Belgii (zwany zwyczajowo flamandzkim), francuski – we Francji, Belgii i Luksemburgu, niemiecki – w Niemczech, Austrii, Belgii i Luksemburgu, angielski – w Wielkiej Brytanii, Irlandii, na Cyprze i na Malcie). Wobec tego akty prawne w tych krajach tworzone są w tym samym języku etnicznym³⁷. Języki, które są językami oficjalnymi w państwach członkowskich stają się językami urzędowymi instytucji UE, zatem również językami, w których tworzone są autentyczne wersje aktów prawnych Unii. Chociaż podstawy prawa unijnego mają swoje źródło w europejskiej tradycji prawnej, jednak prawo to należy traktować jako autonomiczny system prawny³⁸, który wykształcił swoje własne zasady, pojęcia oraz posługuje się własną terminologią. Prawo to jest wyrażane w językach, w których formułowane i opisywane jest prawo państw członkowskich. Należy jednak odróżnić język prawa unijnego od języków prawa państw członkowskich, pamiętając przy tym, że niektóre języki urzędowe Unii są językami oficjalnym w więcej niż jednym państwie członkowskim³⁹. Dokonując wykładni trzeba mieć na uwadze, że nawet jednobrzmiące terminy w danym języku naturalnym mają inne znaczenie prawne w obrębie Unii i w ramach systemu prawnego państwa członkowskiego. Prawo unijne wykształciło wiele pojęć i opisujących je terminów, które nie istnieją w wewnętrznych porządkach prawnych państw

³⁷ Przyjmuje się, że język prawny jest odmianą języka etnicznego, por. Tomasz Gierzbert-Studnicki, *Czy istnieje język prawny?*, w: „Państwo i Prawo” 1979/3, s. 49–60.

³⁸ Por. wyrok z 15.07.1964 w sprawie Costa przeciwko ENEL C-6/64, Zb. Orz. z 1964 r., s. 1251, w którym ETS stwierdził, że Traktat ustanawiający EWG stworzył swój własny system prawny.

³⁹ Mając świadomość różnic między niemieckim językiem, którym posługują się mieszkańcy Niemiec oraz niemieckim językiem funkcjonującym w Austrii do aktu akcesyjnego zawartego przez UE z Austrią i innymi krajami (Norwegią, Finlandią i Szwecją) dołączono Protokół nr 10 (Dz.Urz. UE z 29.08.1994, C 241, s. 370) określający stosowanie specyficznych terminów austriackich języka niemieckiego w obrębie Unii Europejskiej. Do Protokołu dołączono aneks zawierający określone, specyficzne austriackie terminy języka niemieckiego i ich ekwiwalenty w języku niemieckim funkcjonującym w Niemczech przyjmując, że terminy austriackie mają taki sam status i odnoszą taki sam skutek jak odpowiadające im terminy stosowane w Niemczech. Ponadto przewidziano, że w nowych aktach w języku niemieckim do terminów stosowanych w Niemczech dodane zostaną w odpowiedniej formie ich austriackie ekwiwalenty określone w aneksie.

członkowskich, jak również nadało istniejącym w prawie wewnętrznym pojęciom inne nazwy⁴⁰.

W następnej części artykułu przedstawiam jakimi zasadami kieruje się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), aby zapewnić jednolitą wykładnię, mimo trudności wynikających z wielojęzyczności prawa unijnego.

Jednolita wykładnia wielojęzycznego prawa unijnego w orzecznictwie luksemburskim

Prawo unijne wymaga, aby wykładnia prawa była jednolita i czyni odpowiedzialnym za zapewnienie takiej wykładni Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁴¹. Akty unijne nie przewidują jednak żadnych reguł odnoszących się do specyfiki tej wykładni wynikającej z wielojęzyczności prawa i zasady równej autentyczności⁴². Dlatego przedstawiając powyższe zagadnienie odwołuję się głównie do stanowiska Trybunału oraz do opinii rzeczników generalnych⁴³.

⁴⁰ Por. przykłady podane przez Giannantonio Benacchio w: *Diritto Privato della Comunità Europea*, Fonti, Modellie, Regole 1998, s. 47.

⁴¹ Por. art. 220 (dawny art. 164) Traktatu ustanawiającego WE, który w pierwszym zdaniu stanowił, że: „Trybunał Sprawiedliwości i Sąd Pierwszej Instancji, każdy w zakresie swojej właściwości, czuwają nad poszanowaniem prawa w wykładni i stosowaniu niniejszego Traktatu.”

⁴² Takie reguły istnieją w prawodawstwie niektórych krajów wielojęzycznych (np. § 2615 Kodeksu Cywilnego Dolnej Kanady z 1866, który określa sposoby usunięcia różnic, jakie mogą pojawić się między autentycznymi tekstami w języku angielskim i francuskim), jak i na gruncie prawa międzynarodowego (należy tu przede wszystkim zwrócić uwagę na art. 33 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z dnia 23.05.1969 (ratyfikowanej również przez Polskę; Dz.U. 90.74.439) dotyczący interpretacji traktatów, których autentyczny tekst został ustalony w dwóch lub więcej językach).

⁴³ Zadaniem rzecznika generalnego jest publiczne przedstawienie w sposób całkowicie niezależny i bezstronny umotywowanych opinii w sprawach wniesionych do Trybunału, w celu ułatwienia mu wykonywania zadań (art 222 (dawny 166) TWE). Mimo że Trybunał nie jest związany opinią rzecznika i nie zawsze wykorzystuje proponowane przez niego rozwiązania, jednak odwołanie się do tych opinii może okazać się owocne, gdyż rzecznik dokonuje analiz wcześniejszego orzecznictwa Trybunału, jak również sądów krajowych i poglądów doktryny. Por. Janet Dine, *Procedure and the European Court*, London: Centre of European Law Chancery Law Publishing 1991, s. 4; E. Skibińska, *Rozdział 10 – Sądy Wspólnotowe*, w: A. Wróbel (red.), M. Bychowska, M. Dąca, W. Postulski, E. Skibińska, A. Szoplińska, I. Twardowska-Mędrek, *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej)*, Zakamycze, 2002; Bolesław Banaszekiewicz, *Urząd Adwokata Generalnego w Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, część I, „Radca Prawny” 3/2000.

Podobnie jak sądy krajowe i międzynarodowe, TSUE rozpoczyna interpretację od metod wykładni językowej. W celu ustalenia znaczenia normy prawa unijnego analizuje tekst aktu prawnego uwzględniając jego autentyczne wersje językowe. Konieczność analizy i porównania wszystkich wersji językowych interpretowanego aktu wynika z równej autentyczności wszystkich wersji wyrażonych w językach urzędowych Unii i jest niezbędne dla zapewnienia jednolitej wykładni. Tę zasadę wyrażał wielokrotnie Europejski Trybunał Sprawiedliwości, a następnie TSUE. W wyroku w sprawie Cilfit (283/81) Trybunał zwrócił uwagę na to, że prawo wspólnotowe tworzone jest w kilkunastu językach i poszczególne wersje są w równym stopniu autentyczne⁴⁴. Wobec tego wykładnia postanowień prawa unijnego obejmuje porównanie różnych wersji językowych (§ 18). Takie samo stwierdzenie zawarte jest w wyroku Sądu Pierwszej Instancji w połączonych sprawach T-22/02 oraz T-23/02 (§ 46)⁴⁵. Trybunał wielokrotnie wskazywał na to, że z uwagi na jednolitą wykładnię przeprowadzaną w celu zapewnienia jednolitego stosowania prawa niedopuszczalne jest uwzględnianie jednej wersji tekstu w odizolowaniu od pozostałych. Natomiast należy dokonywać interpretacji w świetle wszystkich wersji językowych⁴⁶. Takie postępowanie jest zgodne z zasadą równorzędności autentycznych wersji językowych, która przyjmuje, jak wyjaśniono wyżej, że wszystkie wersje są równie autentyczne i w równym stopniu kształtują znaczenie normy prawnej. Wszystkie wersje są od siebie wzajemnie zależne, zatem niedopuszczalne jest analizowanie jednej wersji bez uwzględnienia pozostałych. Trybunał konsekwentnie stosuje zasadę uwzględniania wszystkich wersji. Na przykład w wyroku w sprawie The Queen przeciwko Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL (C-296/95) Trybunał odrzucił argumentację proponowaną przez powodów zgodnie, z którą nie należy uwzględniać, różniących się od pozostałych tekstów, duńskiej i greckiej wersji art. 8 Dyrektywy Rady nr 12 z 1992 r., mimo że wersje duńska i grecka

⁴⁴ Wyrok z 6.10.1982 r. w sprawie Cilfit przeciwko Ministerstwu Zdrowia 283/81, Zb. Orz. z 1982 r., s. 3415.

⁴⁵ Wyrok z 6.10.2005 w połączonych sprawach Sumitomo Chemical Co. Ltd oraz Sumika Fine Chemicals Co. Ltd przeciwko Komisji Europejskiej T-22/02 i T-23/02, Zb. Orz. z 2005, s. 349, § 42 i 46.

⁴⁶ Por. wyrok z 12.07.1979 w sprawie Koschninske przeciwko Raad van Arbeid C-9/79, Zb. Orz. z 1979 r., s. 2717, § 6; wyrok z 27.03.1990 w sprawie Cricket St Thomas przeciwko Milk Marketing Board of England and Wales C-372/88, Zb. Orz. z 1990 r., s. I-1345, § 19; wyrok z 17.10.1996 w sprawie Konservenfabrik Lubella Friedrich Buker GmbH & Co. KG przeciwko Hauptzollamt Cottbus C-64/95, Zb. Orz. z 1996 r., s. I-5105, § 17.

są najbardziej precyzyjne i jasne, ponieważ w czasie, gdy Dyrektywa była przyjmowana, mieszkańcy Danii i Grecji stanowili w sumie tylko 5% populacji 12 państw członkowskich oraz zrozumienie duńskiego i greckiego przysparzało trudności – obywatelom pozostałych państw członkowskich (§ 34)⁴⁷. Trybunał zdecydowanie odrzucił taką propozycję jako sprzeczną z ustalonym dotychczas orzecznictwem, zgodnie z którym, aby zapewnić jednolitą wykładnię należy analizować tekst postanowienia w świetle wszystkich wersji autentycznych. Ponadto przyjmuje się, że wszystkie wersje językowe mają taką samą wagę, która nie różni się w zależności od wielkości populacji państw członkowskich posługującej się danym językiem (§ 36). Stanowisko, zgodnie z którym należy brać pod uwagę wszystkie wersje autentyczne interpretowanego aktu zajmowali niejednokrotnie rzecznicy generalni powołując się na § 18 wyroku w sprawie Cilfit⁴⁸.

Trybunał Sprawiedliwości UE nie tylko deklaruje zasadę uwzględniania wszystkich wersji językowych podczas wykładni, ale rzeczywiście stara się to czynić. Bierze również pod uwagę, zgodnie z teorią tekstów oryginalnych, te wersje, których język nie miał statusu języka urzędowego w czasie, kiedy dany akt powstawał i był przyjęty. Jako przykład takiej praktyki można podać wyrok z 24.10.1996 w sprawie Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. przeciwko Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland⁴⁹, w którym Trybunał ustalając wykładnię punktu 10 (e) Aneksu II Dyrektywy Rady nr 337 z 1985 r., powołując się na §18 wyroku w sprawie Cilfit wziął pod uwagę wszystkie wersje językowe, również fińską i szwedzką, chociaż Finlandia i Szwecja stały się członkami UE dopiero w 1995 r., wobec tego wspomniana dyrektywa z 1985 r. nie mogła być tworzona w tych językach⁵⁰. Jednak po przystąpieniu Szwecji i Finlandii do Unii, języki oficjalne tych państw stały się językami urzędowymi Unii, a zatem również fińskie i szwedzkie wersje aktów prawnych są tekstami oryginalnymi i są traktowane jako

⁴⁷ Wyrok z 2.04.1998 w sprawie The Queen przeciwko Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham C-296/95, Zb.Orz. z 1998, s. I-1605.

⁴⁸ Por. m.in. § 28 i 29 opinii Albera z 16.05.2002 w sprawie Nani Givane i inni przeciwko Secretary of State for the Home Department C-257/00, Zb. Orz. z 2003 r., s. I-345; § 34 i 35 opinii Legera z 13.11.2003 w sprawie Bjornekulla Fruktindustrier AB przeciwko Procordia Food AB C-371/02, Zb. Orz. z 2004 r., s. I-5791; § 17 opinii Stix-Hackla z 10.05.2005 w sprawie Transport Maatschappij Traffic BV przeciwko Staatssecretaris van Economische Zaken C-247/04, Zb. Orz z 2005 r., s. 00.

⁴⁹ C-72/95, Zb. Orz. z 1996, s. I-5403.

⁵⁰ Por. § 28 i 29 orzeczenia C-72/95.

równoprawne z pozostałymi tekstami autentycznymi⁵¹. Również w opiniach rzeczników generalnych można znaleźć odwołania do wersji językowych, które nie istniały, kiedy interpretowany akt był przyjmowany⁵².

Porównanie wersji językowych i wykładnia postanowień prawa w świetle wszystkich wersji może okazać się pomocna, gdy terminy bądź sformułowania w jednym lub kilku językach są niejasne⁵³. Z drugiej strony porównanie autentycznych wersji może ujawnić rozbieżności lub nawet wyraźną sprzeczność między nimi. W doktrynie prawa międzynarodowego, które często jest wyrażane w kilku tekstach autentycznych⁵⁴, proponuje się niekiedy, aby w sytuacji różnic między tekstami autentycznymi, wybrać znaczenie wynikające z jednego lub kilku tekstów, pomijając pozostałe teksty autentyczne. Przyjmuje się różne rozwiązania, m. in. wskazuje się, że należy przyjąć znaczenie, które wynika z wersji jednoznacznej i jasnej, która nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych (tzw. teoria jasnego tekstu)⁵⁵. Proponuje się również, aby wybrać znaczenie wynikające z wersji wyrażonej w języku (lub językach), w którym akt był tworzony (tzw. teoria tekstu oryginalnego, której nie należy mylić z teorią tekstów oryginalnych przedstawioną powyżej)⁵⁶. Inne rozwiązanie zakłada, że powinien być uwzględniony ten tekst, który przewiduje najmniej zobowiązań dla stron umowy lub traktatu międzynarodowego⁵⁷. Istnieje także teoria zgodnie, z którą państwo jest związane tylko tym tekstem traktatu,

⁵¹ Innymi przykładami orzeczeń, w których Trybunał w celu ustalenia znaczenia terminu lub normy uwzględnił wszystkie wersje językowe bez względu na to czy dane języki były językami urzędowymi Unii w czasie tworzenia interpretowanego aktu są: wyrok z 7.12.1995 w sprawie Rockfon A/S przeciwko Specialarbejderforbundet i Danmark, C-449/93, Zb. Orz. z 1995 r., s. I-4291, por. § 26; wyrok z dnia 14.12.1999 w sprawie General Motors Corporation przeciwko Yplon S.A., C-375/97, Zb. Orz. z 1999 r., s. I-5421 ustalający wykładnię art. 5(2) dyrektywy nr 104 z 1989 r. por. § 20, 21, 22; wyrok z 14.09.2000 w sprawie D przeciwko W, C-384/98, Zb. Orz. z 2000 r., s. I-6795 ustalający wykładnię art. 13A(1)(c) dyrektywy Rady nr 388 z 1977 r., por. § 17.

⁵² Por. np. § 14 i 15 opinii rzecznika generalnego Elmera z 2.10.1997 w sprawie C-292/96, Zb. Orz. z 1998 r., s. I-165.

⁵³ Przykładem odwołania się Trybunału do innych wersji językowych w celu wyjaśnienia niejasności terminu jest wyrok z 28.03.1985 r. w sprawie Komisja przeciwko Wielkiej Brytanii 100/84, Zb. Orz. z 1985 r., s. 1169, por. Richard Wainwright, *Techniques of Drafting European Community Legislation: Problems of Interpretation*, w: „Statute Law Review” 1996/17(1), s. 14.

⁵⁴ Na temat użycia terminu ‘tekst’ i ‘wersja’ w prawie międzynarodowym por. przypis 8.

⁵⁵ Por. Geert van Calster, *The EU’s Tower of Babel...*, s. 378.

⁵⁶ Por. Geert van Calster, *The EU’s Tower of Babel...*, s. 380.

⁵⁷ Por. Geert van Calster, *The EU’s Tower of Babel...*, s. 385.

który był sporządzony w jego języku oficjalnym⁵⁸. Wydaje się oczywiste w świetle przedstawionej wcześniej zasady równej autentyczności wersji językowych, zgodnej z nią praktyki Trybunału uwzględniania wszystkich autentycznych wersji interpretowanego aktu unijnego oraz wymogu jednolitej wykładni, że żadne z przedstawionych rozwiązań nie może być zastosowane na gruncie prawa unijnego.

Ponieważ wszystkie wersje autentyczne uczestniczą w tworzeniu znaczenia aktu prawnego, Trybunał w razie niezgodności między nimi powinien znaleźć znaczenie wspólne wszystkim wersjom. Sporną kwestią jest, czy sąd stwierdzając rozbieżności między wersjami językowymi powinien rozstrzygnąć je za pomocą analizy semantycznej, czy też od razu zastosować inne metody wykładni. Geert van Castler twierdzi, że należy zastosować metody wykładni językowej w celu usunięcia rozbieżności⁵⁹. Jeśli te metody nie pozwalają jednak ustalić znaczenia należy posłużyć się wykładnią teleologiczną i systemową. Przeciwnego zdania jest M. W. M. Van De Leur, który przyjmuje, że jeżeli wykładnia językowa ujawni rozbieżności między wersjami, należy odejść od tej wykładni i od razu przejść do interpretacji celowościowej i historycznej⁶⁰. Trybunał wielokrotnie potwierdzał, że różne wersje językowe tekstu unijnego muszą być interpretowane jednolicie, zatem w przypadku rozbieżności między wersjami, dane postanowienie powinno być interpretowane zgodnie z celem (wykładnia teleologiczna) i ogólnym systemem reguł, których część stanowi (wykładnia systemowa)⁶¹.

Ponieważ prawo unijne wyrażone jest w językach, które są językami urzędowymi państw członkowskich, a zatem również językami aktów prawnych tych państw, należy podczas wykładni postanowień prawa UE pamiętać, że konieczne jest zapewnienie nie tylko jednolitej, ale również autonomicznej interpretacji prawa unijnego. Zwrócił na to uwagę Trybunał w cytowanej już sprawie Cilfit. Paragraf 19 wyroku we wspomnianej sprawie stanowi, że trzeba wziąć pod uwagę to, iż nawet jeżeli wersje językowe

⁵⁸ Por. Geert van Calster, *The EU's Tower of Babel...*, s. 381.

⁵⁹ Geert van Calster, *The EU's Tower of Babel...*, s. 377.

⁶⁰ *Ibidem*, przypis 77.

⁶¹ Por. § 14 wyroku z 27.10.1977 w sprawie Regina przeciwko Pierre Bouchereau 30/77, Zb. Orz. z 1977 r., s. 1999; § 17 wyroku z 28.03.1985 w sprawie Komisja przeciwko Wielka Brytania 100/84, Zb. Orz. z 1985 r., s. 1169; § 22 wyroku w sprawach połączonych C-267/95 i C-268/95, Zb. Orz. z 1996 r., s. I-6285; § 28 wyroku z 7.12.1995 w sprawie Rockfon A/S przeciwko Specialarbejderforbundet i Danmark, C-449/93, Zb. Orz. z 1995 r., s. I-4291; § 16 wyroku z 14.09.2000 w sprawie C-384/98, Zb. Orz. z 2000 r., s. I-6795. Podobne stanowisko wyraził Sąd Pierwszej Instancji w wyroku w sprawach połączonych T-22/02 i T-23/02, por. przypis 44.

są ze sobą całkowicie zgodne, to prawo unijne używa terminologii, która jest charakterystyczna dla tego prawa. Ponadto Trybunał w paragrafie 19 podkreśla, że pojęcia prawne niekoniecznie mają takie samo znaczenie w prawie wspólnotowym, jak w prawie poszczególnych państw członkowskich. Takie stanowisko Trybunał zajął wyraźnie w sprawie Rockfon (C-449/93), kiedy ustalał definicję terminu 'establishment' ('zakład')⁶². Trybunał stwierdził, że Dyrektywa nr 129 z 1975 r. nie definiuje terminu 'przedsiębiorstwo' (§ 23), ale termin ten tak jak został użyty w Dyrektywie jest terminem prawa unijnego i nie może być definiowany poprzez odwołanie się do prawa państw członkowskich (§ 25). Kolejny przykład potwierdzający konieczność autonomicznej wykładni postanowień wspólnotowych można znaleźć w wyroku z 26.05.2005 w sprawie Kingscrest Associates Ltd and Montecello Ltd przeciwko Commissioners of Customs & Excise C-498/03⁶³. W sprawie tej Trybunał odpowiadał na pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni art. 13A(1)(g) i (h) Szóstej Dyrektywy Rady nr 388 z 17.05.1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych. Pytanie sądu brytyjskiego dotyczyło tego czy słowo 'charitable' ('charytatywny') użyte w angielskiej wersji art. 13A(1)(g) i (h) powinno być zdefiniowane w sposób odmienny od tego, w jaki słowo to jest definiowane w krajowym porządku prawnym i jeśli tak, to czy wykładnia powyższego słowa musi uwzględnić wszystkie wersje językowe Szóstej Dyrektywy (por. § 21). Trybunał stwierdził, że słowo 'charitable' ma swoje własne niezależne znaczenie w prawie wspólnotowym, które musi być ustalone na podstawie wszystkich wersji językowych Dyrektywy, czego wymaga jednolita wykładnia prawa (por. § 22, 26 i 27). Z uwagi na autonomiczny i ponadnarodowy charakter porządku prawnego UE, pojęcia unijne z reguły nie są definiowane poprzez odwołanie się do systemu prawnego jednego lub kilku systemów prawnych państw członkowskich, chyba że jest to wyraźnie przewidziane⁶⁴. Zatem przyjmuje się, że niezdefiniowane terminy pojawiające się w tekstach prawa

⁶² Por. przypis 60.

⁶³ Zb. Orz. z 2005 r., s. I-4427.

⁶⁴ Por. wyrok z 1.02.1972 w sprawie Hagen OGH przeciwko Einfuhr C-49/71, Zb.Orz. z 1972 r., s. 23; wyrok w sprawie Corman C-64/81, Zb.Orz. z 1982, s. 13; wyrok z 15.07.1982 w sprawie Felicitas Rickmers-Linie KG & Co. przeciwko Finanzamt für Verkehrsteuern C-270/81, Zb.Orz. z 1982 r., s.2771 oraz wyrok z 18.01.1984 w sprawie Ekro BV Vee-en Vleeshandel przeciwko Produktschap voor Vee en Vlees C-327/82, Zb. Orz. z 1984 r., s. 107; a także hasło 'interpretation of Community law' w: A. G. Toth, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, Clarendon Press, Oxford 1990.

unijnego mają niezależne znaczenie unijne, które powinno być określone na podstawie zasad i celów unijnego porządku prawnego i przeważać nad różnymi i czasem sprzecznymi znaczeniami, jakie przypisywane są terminom w porządkach prawnych państw członkowskich⁶⁵.

Oprócz wykładni prawa unijnego Trybunał Sprawiedliwości dokonuje również interpretacji umów międzynarodowych, których Unia Europejska jest stroną, niekiedy również wyjaśnia swoje własne orzeczenia. Te dwa rodzaje wykładni charakteryzują się nieco odmiennymi zasadami.

W odniesieniu do wykładni umów międzynarodowych obok zasad unijnych mają także zastosowanie reguły prawa międzynarodowego⁶⁶. Wobec tego możliwe jest odwołanie się do reguł interpretacyjnych przewidzianych w Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów (dział 3) zwłaszcza do art. 33 dotyczącego interpretacji traktatów, których autentyczny tekst został przyjęty w dwóch lub więcej językach. Ponadto Trybunał częściej uwzględnia *travaux préparatoires* w celu ustalenia znaczenia aktu. Interesującą ilustracją metod wykładni stosowanych w celu ustalenia znaczenia postanowień umowy międzynarodowej przez Trybunał jest opinia rzecznik generalnej Stix-Hackl z 11.01.2005 w sprawie Simutenkov C-265/03, dotycząca wykładni art. 23 Porozumienia o partnerstwie i współpracy między WE a Federacją Rosyjską. Rzecznik generalna rozpoczyna interpretację od metod wykładni językowej, a zatem zgodnie z unijną zasadą porównuje wszystkie autentyczne wersje językowe (co w tym wypadku oznacza wersje w językach urzędowych Unii oraz w języku rosyjskim) (§ 14). Porównanie to wykazuje, że istnieją rozbieżności między wersjami językowymi (§ 15). Rzecznik proponuje szereg metod, które mają prowadzić do ustalenia znaczenia pomimo różnic istniejących między wersjami. Między innymi powołuje się na art. 31(1) Konwencji Wiedeńskiej (§ 29), jak i analizuje *travaux préparatoires* stwierdzając, że językiem, którym posługiwano się w trakcie negocjacji był angielski i tekst Porozumienia powstał w tym języku. Zatem angielski tekst służył jako tekst wyjściowy

⁶⁵ Por. A. G. Toth, *The Oxford Encyclopaedia...*, s. 324. Niekiedy jednak zwłaszcza rzecznicy generalni odwołują się do tego, jak dane terminy są rozumiane i interpretowane w porządku prawnym państwa członkowskiego; por. J. F. McMahon, *The Court of the European Communities, judicial interpretation and international organization*, w: "British Yearbook of International Law", 1961/37, s. 336 i cytowane tam opinie.; por. również Kurt Lipstein, *Some Practical Comparative Law: the Interpretation of Multi-lingual Treaties with Special Regard to the EEC Treaty*, w: "Tulane Law Review" 1973–1974/48, s. 914.

⁶⁶ Na temat pozycji prawa międzynarodowego w prawie wspólnotowym, por. Anna Peters, *Position of International Law within European Community Legal Order*, w: "German Book of International Law" 1997/40, s. 9–77.

do przekładu Porozumienia na pozostałe języki (§ 19). Rzecznik proponuje ustalenie znaczenia na podstawie oryginalnego tekstu angielskiego oraz wersji (będących w większości), które zawierają takie samo znaczenie jak wersja angielska.

Jednym ze źródeł pierwotnego prawa unijnego są ogólne zasady tego prawa, które formułowane są przez Trybunał Sprawiedliwości. Powołując się na te zasady odwołujemy się zatem do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Ustalanie znaczenia orzeczeń Trybunału podlega innym pod względem językowym zasadom niż wykładnia aktów prawa unijnego⁶⁷. Wynika to z tego, że w Trybunale Sprawiedliwości UE obowiązuje inny niż w pozostałych instytucjach Unii system językowy, do którego nie ma zastosowania rozporządzenie Rady nr 1 z 1958 r.⁶⁸. Postępowanie przed Trybunałem może toczyć się w każdym języku urzędowym Unii. Język, w którym toczy się postępowanie jest językiem sprawy i orzeczenie wydane w sprawie, chociaż publikowane we wszystkich językach urzędowych, jest autentyczne tylko w języku, w jakim toczyło się postępowanie. Wobec tego tylko ta jedna wersja językowa orzeczenia jest decydująca przy ustalaniu znaczenia orzeczenia. Językiem roboczym Trybunału jest język francuski, zatem obrady toczą się w tym języku i orzeczenie jest sporządzane po francusku, a następnie tłumaczone na język sprawy. Jeżeli językiem sprawy jest inny język niż francuski, autentyczna wersja orzeczenia jest w rzeczywistości przekładem, co jednak nie narusza jej autentyczności. Ponieważ orzeczenie jest autentyczne tylko w jednym języku, nie pojawiają się tutaj problemy jakie wiąże się z wykładnią prawa wielojęzycznego, bowiem w razie rozbieżności między wersjami językowymi o znaczeniu decyduje wersja autentyczna.

Podsumowanie

Na podstawie ustalonego i konsekwentnego orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, jak również na podstawie opinii prezentowanych przez

⁶⁷ Przykładem interpretacji przez Trybunał jego własnego orzeczenia jest np. wyrok w sprawie Assider przeciwko High Authority C-5/55, Zb. Orz. z 1954–1956 r., s. 135, por. L. Neville Brown and Tom Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, London: Sweet&Maxwell 2000, s. 291.

⁶⁸ Por. art. 7 rozporządzenia nr 1 z 1958 roku, który stanowi, że „system językowy postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości jest określony w jego regulaminie” oraz art. 217 Traktatu ustanawiającego WE zgodnie z którym „system językowy instytucji Wspólnoty określa Rada stanowiąc jednomyślnie, bez uszczerbku dla postanowień regulaminu Trybunału Sprawiedliwości”.

rzeczników generalnych można stwierdzić, że istnieje określona hierarchia metod wykładni prawa unijnego. Najwyższą pozycję w tej hierarchii zajmuje wykładnia teleologiczna i systemowa, najniższą językowa i historyczna⁶⁹. Jednak Trybunał zawsze rozpoczyna interpretację od wykładni językowej i porównania autentycznych wersji językowych. Pominięcie tej wykładni i przejście od razu do ustalenia celu lub intencji twórcy aktu oznaczałoby odrzucenie zasady równej autentyczności wersji językowych, która jest istotą wielojęzyczności prawa unijnego.

Summary

EU multilingualism requires not only that the law should be enacted in all official languages, but also that texts of a single legal instrument expressed in official languages be treated as equally authentic. The purpose of this article is to examine how legal multilingualism and the principle of equality of authentic texts influence the method of interpretation of EU multilingual law. To do so, it first briefly describes multilingualism of EU law, then reviews challenges for uniform and autonomous interpretation of multilingual law, and finally tackles the question how judges in Luxembourg rise to these challenges, especially how the discrepancies between different language versions are solved and how borders between EU and domestic legal concepts are drawn. The analysis is based mainly on decisions of the Court of Justice as well as on the opinions of Advocates General.

⁶⁹ Por. Susan Šarčević, *New Approach to Legal Translation*, op. cit., s. 223.

MAREK KURYŁOWICZ

Od totalitaryzmu do humanitaryzmu. Literackie wizje prawa rzymskiego¹

1.

Przyjęło się w nauce prawa rzymskiego wyróżnianie kilku znaczeń nazwy „prawo rzymskie”. Najczęściej ma się na myśli prawo starożytnego Rzymu i opinia ta jest prawidłowa: pierwsze i podstawowe znaczenie to właśnie prawo rzymskie antyczne, tj. obowiązujące w państwie rzymskim w okresie jego istnienia. Dołącza się do tego często pojęcie prawa rzymskiego jako tradycji romanistycznej. Chodzi tu o wpływ prawa rzymskiego, które różnymi drogami, głównie poprzez recepcję, objęło przede wszystkim kraje Europy kontynentalnej, a z czasem dotarło i do tych miejsc, w których recepcja nie miała miejsca. W rezultacie prawo rzymskie stało się fundamentem europejskiej nauki prawą, opartej na nieprzerwanej tradycji znajomości i stosowania prawa rzymskiego od starożytności do czasów dzisiejszych. Co więcej, pojęcie tradycji romanistycznej nie ogranicza się do zjawisk jurydycznych. W szerszej perspektywie historycznej prawo rzymskie stało się komponentem także zjawisk kulturowych i cywilizacyjnych wielu narodów. Tu pojawia się jeszcze jedno znaczenie „prawa rzymskiego”, wyróżnione przez włoskiego uczonego Riccardo Orestano², a w polskiej romanistyce propagowane głównie przez profesora Witolda Wołodkiewicza³. Chodzi tu o prawo rzymskie w postaci „romanizmu” (*romanesimo*), oznaczającego pewną ideę, która może służyć różnym celom: czasem jest szlachetną ideą, wzmacniającą poglądy i dążenia, czasem zaś jest synonimem prawa

¹ „Zeszyty Prawnicze” 2011, nr 11.1, s. 13–37.

² R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, s. 457.

³ Por. ostatnio W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Warszawa 2009, s. 13–14; 23–24.

złego, które należało i należy zwalczać. W takim sensie występuje najczęściej prawo rzymskie w utworach i wizjach literackich, w których pełni rolę symbolu prawa – stosownie do potrzeb – słusznego i ludzkiego albo złego i niesprawiedliwego⁴.

W tej postaci, jako abstrakcyjna idea prawa, jako PRAWO RZYMSKIE pisane wielkimi literami, stało się ono przedmiotem uwielbienia przez innych, potępienia przez drugich, a w każdym razie tematem nieustających badań, dyskusji i refleksji, także literackich.

Oceny takie pojawiają się w różnych aspektach, zarówno w odniesieniu do rzymskiego prawa prywatnego, jak też w ogólniejszym ujęciu prawa imperialnego i totalitarnego państwa rzymskiego.

Podstawą do traktowania prawa rzymskiego prywatnego jako krążącej od wieków po dzień dzisiejszy po całym cywilizowanym świecie idei prawa słusznego i sprawiedliwego stało się przekonanie o wartościach etycznych, jakie wyrażało i niosło ze sobą prawo rzymskie, traktowane w tym ujęciu również jako wiedza etyczna i filozoficzna⁵. Punktem wyjścia stało się tu znane już rzymskie określenie prawa jako umiejętności odnajdywania i stosowania tego, co dobre i słuszne – *ius est ars boni et aequi* (Ulpianus za Celsusem, D. 1,1,1 pr.). *Aequitas* jako słusność, równość i stosowność) znalazła swój wyraz w wielu innych jeszcze sentencjach⁶. U podłoża pojęcia prawa leżała z kolei sprawiedliwość (*iustitia*) jako stała i niezmienna wola przyznawania każdemu należnego mu uprawnienia. Łącznikiem między prawem a sprawiedliwością były w tym ujęciu zasady postępowania według prawa (*iuris praecepta...: honestae vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* – „...uczciwie żyć, drugiego nie krzywdzić, każdemu oddać to, co mu się należy”). W wymienionych określeniach i zaleceniach można widzieć zatem nie tylko nakazy prawa, lecz w ogóle etyczne zasady godnego i uczciwego życia. Odniesienie tych filozoficznych i etycznych pojęć do rzymskiej praktyki tworzenia i stosowania prawa przypadło jurysprudencji. Zadanie jej widzi rzymski jurysta Ulpian w uprawianiu sprawiedliwości oraz w upowszechnianiu dobra i słuszości. W ten sposób

⁴ W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo rzymskie*, op. cit., s. 13–14.

⁵ Por. M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie: historia – tradycja – współczesność*, Lublin 2003, s. 161–165 z literaturą na s. 172–173. W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 21–25.

⁶ Por. M. Kuryłowicz, *Etyka i prawo w sentencjach rzymskich jurystów*, [w:] *W kręgu problematyki władzy, państwa i prawa – księga jubileuszowa w 70-lecie urodzin prof. Henryka Groszyka*, Lublin 1996, s. 125–134, Tenże, *Etyczne aspekty rzymskiego prawa*, „*Ius Antiquum/Drewnieje prawo*” 2.7/2000, s. 195–200.

również prawnicy pełnią rolę kapłanów prawa i sprawiedliwości (*sacerdotes iustitiae*)⁷.

Z drugiej strony, spotyka się także poglądy o prawie rzymskim jako przejawie niesprawiedliwości i tyranii, w którym można znaleźć liczne przykłady norm prawnych, stanowiących dogodnie narzędzia ochrony interesów klasowych wyższych warstw rzymskiego społeczeństwa, zaś niewolnicy i wolny plebs nie mogli liczyć na skuteczną pomoc ze strony magistratur i sędziów. W tym ujęciu również sformułowana przez Celsusa definicja prawa jako sztuki stosowania tego co dobre i słuszne, kwalifikowana jest jako powierzchowna formuła, nie precyzująca, o czyje dobro i słusność w tak pojmowanym prawie chodziło⁸. Takie krytyczne spojrzenie znajduje dobre wsparcie w koncepcji totalitarnego państwa rzymskiego, podbijającego bezwzględnie i bez skrupułów coraz to nowe tereny i ludy. Już więc o obszarze antycznego państwa i prawa rzymskiego można znaleźć odmienne oceny: od totalitaryzmu do humanitaryzmu. Tym ciekawsze staje się w tej sytuacji pytanie, skąd się wzięło późniejsze i współczesne przekonanie o wysokich i ponadczasowych walorach moralnych prawa rzymskiego oraz o jego doniosłym znaczeniu dla tradycji, kultury i cywilizacji europejskiej. Dwadzieścia lat temu profesor Jan Kodrębski zauważył, że „Ten mit prawa rzymskiego przetrwał do dziś dnia i stanowi interesujący problem badawczy z dziedziny historii mentalności”⁹. Być może jednej przyczyn należałoby szukać w stosunku nowożytnych państw totalitarnych do prawa rzymskiego, który W. Wołodkiewicz określa jako „podejście irracjonalne”, w którym prawo rzymskie grało często rolę mitycznego wroga lub przyjaciela. W opozycji do takiego traktowania prawa rzymskiego narastało przekonanie o konieczności uwypuklenia roli prawa rzymskiego oraz jego jurydycznych i etycznych wartości dla kultury i cywilizacji europejskiej. Także w odniesieniu do XXI wieku formułuje się postulaty „rewaloryzacji prawa rzymskiego i jego przydatności m.in. dla dążeń do unifikacji prawa w jednoczącej się Europie”¹⁰.

⁷ Por. M. Kuryłowicz, *'Sacerdotes iustitiae'*, [w:] *'Ecclesia et status'. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. Józefa Krukowskiego*, Lublin 2004, s. 699–713.

⁸ Por. w tej kwestii m.in. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie* 5, zaktualizował J. Kodrębski, Warszawa 1997, s. 26. Tamże (w podręczniku) liczne przykłady surowości i klasowego podłoża norm rzymskiego prawa prywatnego. Por. też W. Wołodkiewicz, M. Ząbłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje* 5, Warszawa 2009, s. 4.

⁹ J. Kodrębski, *Prawo rzymskie w Polsce w XIX w.*, Łódź 1990, s. 215 przyp. 286.

¹⁰ W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo rzymskie*, op. cit., s. 14.

2.

Pozostawiając tutaj te interesujące problemy do dalszych studiów, skoncentruję się na ocenach znaczenia prawa rzymskiego w wybranych polskich dziełach literackich. Nietrudno bowiem zauważyć, że owe literackie wizje stały się jedną ze ścieżek kształtowania wskazanych wyobrażeń o prawie rzymskim i jego uniwersalnej roli.

Zacznijmy od XIX wieku. Charakterystyczne dla stosunku literatury tego okresu do antycznego Rzymu jest ujmowanie jego historii w kategoriach Rzymu imperialnego, totalitarnego i pogańskiego w opozycji do rodzącego się i z czasem triumfującego Rzymu chrześcijańskiego

Takie przeciwstawienie widoczne jest przede wszystkim u Zygmunta Krasińskiego (1812–1859). To w jego twórczości epoka antyczna jest przeciwstawiona epoce chrześcijańskiej a Rzym pogański chrześcijańskiemu¹¹. Niezależnie od tego trzeba przypomnieć, że Krasiński czuł się bardzo związany z dziejami Rzymu i miał do jego ruin szczególny kult. Zapewniło mu to oryginalną i uznaną pozycję wśród polskich romantyków oraz przydomek „poeta ruin”¹². Interesowało go w szczególności Rzym antyczny. W 1833 r. pisał: „...nigdzie moja stopa nowego Rzymu się nie tknęła. Ja chcę żyć w starym, chcę zapomnieć o dwu tysiącach lat i rozpatrzyć się w tym mieście, co tak umiało ciężyc nad narodem ludzkim, wszystkie narodowości zagubić, niszczyć pamięć ojców w sercach synów, mordować i przekupywać, budować i gladiatorować, procesować się i starych królów zapisy podchwytywać...”¹³. Nie jest to obraz idealny starożytnego Rzymu, ale warto zauważyć wzmianki o morderstwach i przekupstwach, procesach i ustawach królów, a więc obrazki z praktyki prawnej. Obok – czy naprzeciw – tego Rzymu występuje u poety oczywiście Rzym chrześcijański.

Jak wiadomo, fascynacja Rzymem pogańskim i Rzymem chrześcijańskim, owocuje przede wszystkim w „Irydionie”¹⁴. Ukazane są tu m.in.

¹¹ Patrz na ten temat ostatnio M. Śliwiński, *Antyk i chrześcijaństwo w twórczości Z. Krasińskiego*, Słupsk 1986, s. 47–63; tenże, *Czytając romantyków*, Zielona Góra 1997, s. 55–80. Patrz też S. Stabryła, *Hellada i Roma. Recepcja antyku w literaturze polskiej w latach 1976–1990*, Kraków 1996, s. 201.

¹² M. Śliwiński, *Antyk i chrześcijaństwo*, op. cit., s. 50 z przypisem 12 na s. 210.

¹³ Z listu do Zofii Ankwiczej – cytowane za M. Śliwińskim, *Antyk i chrześcijaństwo*, op. cit., s. 53.

¹⁴ M. Śliwiński, *Antyk i chrześcijaństwo*, op. cit., s. 55; tenże, *Czytając romantyków*, s. 81–106, a także *Tradycja antyczno-chrześcijańska w „Irydionie” Krasińskiego*, *Filomata* nr 414, 1993, s. 151–164; *Tradycja antyczno-chrześcijańska w „Irydionie”*, *Pamiętnik Literacki* 1996 z. 2, s. 34–52.

takie cechy życia politycznego i społecznego antycznego Rzymu, jak pragmatyzm władzy, despotia administracji, szaleństwa cesarów, korupcja i zepsucie arystokracji.

Nie jest oczywiście naszym zadaniem analizować tu tę dręczącą pokolenia uczniów lekturę, ale zainteresowanie może wzbudzić osoba Domitiusza Ulpiana, jednego z bohaterów dramatu. Jest to znany z kolei studentom wybitny rzymski prawnik z przełomu II i III w. n.e. (zm. w 223 r.), wpływowy politycznie prefekt pretorianów za panowania cesarza Aleksandra Sewera¹⁵.

„Heliogabal...

A ten Ulpianus, co przyleciał z Antiochii, ha, czy wiesz, co on zamyśla?

Irydion. Słyszałem często o nim, jako o zawałanym prawniku.

Heliogabal. Ty go chwalisz, o bogi nieśmiertelne, a ja ci mówię, że bez tego człowieka od lat trzydziestu żaden spisek się nie obszedł. Domicjanus Ulpianus, słodki na pozór w mowie, ale stoik nieubłagany, zawsze gotów zabić panującego, lub jeśli się nie uda, samego siebie – istny spisek chodzący, jedzący, pijący – żywe przekleństwo dla jakiegokolwiek rządu – miecz Damoklesa nad moją głową – i ty mi go chwalisz będziesz! – Prawnika zawałanego. Proh Jupiter! nie tylko jego, jabym samo prawo zamordował!”¹⁶.

Prawnicy i prawo rzymskie są tu instrumentami politycznej władzy, w której intrygach uczestniczą także prawnicy. Trudno powiedzieć, czy w Irydionie odnosi się to tylko do osoby Ulpiana, który w koncepcji Krasieńskiego opowiada się jednak po dobrej stronie spisku przeciwko Heliogabalowi¹⁷, ale ze stwierdzenia „ja bym samo prawo zamordował”¹⁸ można wnioskować, że w ogólnej ocenie prawo państwa rzymskiego nie wypada idealnie. Wzmianek o różnych aspektach prawnych jest w Irydionie więcej,

¹⁵ W. Litewski, *Jurysprudencja rzymska*, Kraków 2000, s. 154.

¹⁶ *Irydion*, część pierwsza, obraz V, wersety 920–933. Cytowane według wydania: Zygmunt Krasieński, *Irydion*, Wstępem i objaśnieniami zaopatrzył Tadeusz Sinko, Nakładem Rady Polonii Amerykańskiej, Chicago 1947, s. 64.

¹⁷ Por. komentarz T. Sinki w: Z. Krasieński, *Irydion*, cit, s. XXXVIII; także T. Sinko, *Hellada i Roma w Polsce. Przegląd utworów i objaśnieniami* na tematy klasyczne w literaturze polskiej ostatniego stulecia, Lwów 1933, s. 21–22.

¹⁸ Tak miał się już o prawie wyrazić cesarz Kaligula (Suet. *Cal.* 34); patrz Z. Krasieński, *Irydion*, op. cit., s. 64 przypis do w. 933.

historyk prawa rzymskiego może zobaczyć tu interesujący temat, zwłaszcza że ta strona dramatu jest mniej opracowana¹⁹.

Do przeciwstawienia Rzymu pogańskiego i chrześcijańskiego dołączyć tu można obraz z wiersza Konstantego Gaszyńskiego (1809–1866), przyjaciela Zygmunta Krasińskiego, opublikowanego w 1854 roku pod tytułem *Rzym starożytny*.

*Romo cesarów, której hołdował świat cały!
Gdzież twych cyrków, pałaców i świątyń tysiące,
Wyrzeźbione w marmurach, greckim spiżem lśniące ?
Twe termy i teatra kędyż się podziały ?
Z Koloseum olbrzymie grunty pozostały,
Z portyków Forum szczątki gdzieniegdzie sterczące,
Zapadły łuk tryumfu – i na proch lecące
Reszty gzymsów i kolumn bezkształtne kawały!
O, te po siedmiu wzgórzach rozsnute ruiny
To kara zasłużona – należna zapłata
Za katowanie chrześcijan – za łupiestwa świata –
Za proskrypcje Sylli, za rzezie Mariusza,
Za szaleństwa Nerona, zbrodnie Tyberiusza
I za niewypowiedziane zbytki Messaliny!²⁰*

Zapewne ze względu na ówczesne rygory obyczajowe do katalogu godnych potępienia występków dołączył autor zbytki Messaliny, ale w całości niewątpliwie obraz zbrodniczego, pogańskiego Rzymu jest nakreślony z autentyczną mściwością, może przesadną w kontekście wymienionego jednocześnie chrześcijańskiego ducha. Można tu dopatrzeć się również pewnych refleksów prawnych, zwłaszcza co do ustroju państwa i rzymskiego prawa publicznego, w tym karnego.

Podobnie w wydany w 1851 r. *Promethidionie* Cypriana Kamila Norwida (1821–1883). Tu Rzym jawi się jako państwo totalitarne, nasycone pragmatyzmem politycznym, któremu towarzyszy w tej funkcji również prawo.

¹⁹ Nie podejmuje tego wątku np. M. Śliwiński, *Antyk i chrześcijaństwo*. Por. także wzmiankę o „dzieciach kodeksu rzymskiego” w liście do Adama Potockiego, cytowaną przez M. Korolko, *Słownik kultury śródziemnomorskiej w Polsce*, Warszawa 2004, s. 527.

²⁰ Cytowane za: *Rzym polskim piórem opisany. Antologia*, opracował Jan Okoń, Kraków 1997, s. 82. Wiersza Gaszyńskiego nie odnotowuje T. Sinko, *Hellada i Roma w Polsce*.

Jest to jednocześnie Rzym pogański, który w istocie nie poddał się chrześcijańskim ideałom. Barbarzyńskie pozostało prawo:

*O! Rzymie – ciebie że kiedyś kochano,
W kodeksie jeszcze widzę barbarzyńskim,
Którego krzyżem dotąd nie złamano
W akademickim języku łatyńskim
W pofalszowanych Cezarach i w słowie
Roma: odwróć – Amor ci odpowie.²¹*

Jak pisze badacz tematu, Marian Śliwiński²² „... podważa Norwid wartość prawa i rzymskiego aparatu polityczno-administracyjnego. W rozumieniu poety prawo rzymskie oparte jest na materializmie i racjonalizmie w ramach zeświecczonej, ateistycznej koncepcji państwa i władzy, w rezultacie czego przyjmuje kierunek rozwoju biegunowo odmienny od tego, jaki mogłoby wytyczyć chrześcijaństwo”. Prawo rzymskie – pisze w *Album Orbis w szkicu* (XI,397) – podążało ciągle w kierunku prawdy, ale nie poprzez dobrą wiarę, lecz przez subtylizację teorii i legalizację władz²³. Z kolei w poemacie *Quidam* (1854) przeciwstawia Norwid prawo rzymskie prawu mojżeszowemu. Rzymskiemu zarzuca racjonalizm i formalizm oraz pomijanie w treściach prawnych relacji między człowiekiem a Bogiem. Prawo rzymskie odrzuca bowiem konsekwentnie wszelkie przesłanki i motywacje typu nadprzyrodzonego, absolutnego i chyba dlatego zostało rozbudowane do monstrialnych obrazów w przeciwieństwie do zwięzłego mojżeszowego dekalogu.

*... Prawo ? – przypomnij, proszę samo prawo:
To nie w dziesięciu wierszykach spisane
Krótkich, że mógłbyś ręką je wziąć prawą
I w torbę schować lub przybić na ścianę.
To ksiąg folianty, to biblioteki*

²¹ *Promethidion* (Bogumił). Patrz M. Śliwiński, *Norwid wobec antyczno-średniowiecznej tradycji uniwersalizmu europejskiego*, Słupsk 1992, s. 73; a także artykuły tegoż autora: *Norwid wobec tradycji antyku i chrześcijaństwa*, „Słupskie Prace Humanistyczne” 11a/1993(1992) s. 213–242; „Roma pogańska” Norwida – retrospektywna utopia totalitaryzmu. „Filomata” 415/1993, 215–228. Por. też M. Korolko, op. cit., s. 527.

²² M. Śliwińskim, *Norwid*, op. cit., s. 93–94.

²³ Według T. Sinki, *Hellada i Roma w Polsce*, op. cit., s. 82, w *Promethidionie* Norwid jednak „uznał wpływ Rzymu na nowoczesne prawo i politykę”.

Takie, że gdyby barbarzyńiec który
Tybrowi oddał je licznymi wory
Skąpałby miasto przez sam wylew rzeki...²⁴

Wizja prawa rzymskiego u Norwida daleka jest więc od symbolu dobra, słuszności i sprawiedliwości. Intencjonalnych wzmianek na ten temat znaleźć można więcej, a zagadnienie zasługuje na dokładniejsze zbadanie²⁵.

Wiek XIX to również „rzymskie” powieści i nowele Ignacego Kraszewskiego (1812–1887), Henryka Sienkiewicza (1846–1911) oraz Elizy Orzeszkowej (1841–1910)²⁶. U tej ostatniej autorki widoczne jest wyraźnie odcho-
dzenie od wizji walki o chrześcijański Rzym w stronę historii politycznej i społecznej²⁷.

3.

W wieku dwudziestym prawo rzymskie ujawnia się w literaturze dotyczącej drugiej wojny światowej i czasów bezpośrednio powojennych. Tu pojawia się przede wszystkim znana fraza „prawo rzymskie przestało istnieć”, pochodząca z wiersza Mieczysława Jastruna (1903–1983), opublikowanego w 1955 roku pod tytułem *Z pamiętnika byłego więźnia obozów koncentracyjnych*²⁸. Tło utworu stanowi doświadczenie czasów niemieckiej okupacji, prowadzącej ludzi do pozycji więźniów, poddanych bezwzględnej i nieludzkiej władzy, przemocy i terrorowi. Czasy okupacji i totalitaryzmu

²⁴ *Quidam XVI*. Cytowane za M. Śliwińskim, *Norwid*, op. cit., s. 94; Patrz też M. Śliwiński, *Rzym pogański w „Quidamie” Norwida*, „Słupskie Prace Humanistyczne” 8a/1990 (1987), s. 85–104.

²⁵ Interesujące są inne również wzmianki, np. o prawie zawierania przez Rzymian małżeństw na prowincjach (*Kleopatra*), o skazaniu Westalki na śmierć głodową (tragedia *Stodycz*) czy o przebiegu procesu św. Pawła (*Dwa męczeństwa*) – patrz T. Sinko, *Hellada i Roma w Polsce*, s. 79, 83, 85.

²⁶ Por. obszernie omówienie powieści Kraszewskiego u T. Sinki, *Hellada i Roma w Polsce*, op. cit., s. 169–181; tamże (s. 241–247) o *Quo vadis* Sienkiewicza.

²⁷ Patrz już T. Sinko, *Hellada i Roma w Polsce*, op. cit., s. 231–240, a ostatnio B. Obsulewicz, *Rzym Elizy Orzeszkowej*, [w:] *Twórczość Elizy Orzeszkowej*, Lublin 2001, s. 121–133, która obszernego tekstu T. Sinki oczywiście nie zauważyła.

²⁸ O związkach twórczości Mieczysława Jastruna z prawem rzymskim patrz szerzej w książce M. Kuryłowicza, *Symbol prawa rzymskiego. Szkice o prawie rzymskim w utworach Louisa Aragona i Mieczysława Jastruna*, Lublin 2008; o wątkach antycznych w twórczości S. Stabryły, *Hellada i Roma w Polsce Ludowej. Recepcja antyku w literaturze polskiej w latach 1945–1975*, Kraków 1983, s. 100; *Hellada i Roma. Recepcja antyku w literaturze polskiej w latach 1976–1990*, Kraków 1996, s. 45–46; *Antyk w poezji Mieczysława Jastruna (w latach 1929–1959)*, „Eos” vol. LXV, 1977, s. 285–302.

to również pogarda dla wartości ludzkich, wśród których umieszcza pisarz prawo. Ideą oczekiwaną jest sprawiedliwość, a symbolem prawa ludzkiego i sprawiedliwego jest tutaj prawo rzymskie, przeciwstawiane nieludzkiemu prawu czasów wojny i okupacji.

(...)
*Żyłem w latach,
Gdy mord masowy miał sankcję najwyższą
Państwa, w którym prawo rzymskie przestało istnieć.
To okropne, że ludzie zaczęli się przyzwyczajać
Do faktu, że prawo rzymskie przestało istnieć,
Że śmierć z ręki kata jest rzeczą pospolitą,
A ludzka rzecz jest wymysłem i przesądem
Wolnomyślicieli.*
(...)

Ten motyw prawa rzymskiego jako prawa ludzkiego powraca u poety jeszcze kilkakrotnie w esejach i wspomnieniach, także w odniesieniu do czasów powojennych.

Wiersz Mieczysława Jastruna, a także opowiadanie Luisa Aragona *Le droit romain n'est plus*²⁹, przytoczył w 1956 roku Jerzy Falenciak, profesor prawa rzymskiego na Wydziale Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego w międzynarodowej ankiecie włoskiego czasopisma „Labeo. Rassegna di diritto romano” na temat znaczenia nauki i nauczania prawa rzymskiego³⁰. W wyniku kolejnych publikacji wiersz Jastruna został przyjęty jako wyraz uznania prawa rzymskiego za „prawo ludzkie” ze wszystkimi jego aspektami etycznymi, w szczególności w przeciwstawieniu do czasów, gdy prawo rzymskie miało być zastąpione brutalnym prawem niemieckich najeźdźców i totalitarnego państwa hitlerowskiego³¹. Także w powracających od czasu do czasu dyskusjach nad przydatnością nauczania prawa rzymskiego

²⁹ O opowiadaniu Aragona patrz w w mojej książce wymienionej w przypisie 28.

³⁰ *Studio e insegnamento del diritto romano* – Labeo nr 2 (1956) 1, Napoli, s. 66–69 (16. George Falenciak), także Labeo 2 (1956) 3, s. 342. Por. też Michał Staszków w *Czasopiśmie Prawno Historycznym* tom IX, zeszyt 2, 1957, s. 386.

³¹ Por. literatura podana u M. Kuryłowicza, *Symbol prawa ludzkiego*, op. cit., s. 7–10; tenże, *Prawo rzymskie jako uniwersalna metafora etyczna – na przykładzie utworów Louisa Aragona i Mieczysława Jastruna*, [w:] *Prawo rzymskie a kultura prawna Europy*, Lublin 2008, s. 143–151; wersja angielska: *Roman law as a universal ethical metaphor (on the example of Louis Aragon and Mieczysław Jastrun)*, [w:] *Roman Law and European Culture*, Lublin 2008, s. 107–115.

celowość przedmiotu znajduje wsparcie właśnie w tym literackim symbolu prawa rzymskiego jako prawa ludzkiego w przeciwstawieniu do prawa ustrojów totalitarnych, kiedy to prawo rzymskie na pewien czas „przestało istnieć”³².

Tytuł wiersza: *Z pamiętnika byłego więźnia obozu koncentracyjnego* jest w pierwszym skojarzeniu mylący, ponieważ Mieczysław Jastrun nie był więźniem obozu koncentracyjnego, a więc nie chodzi tutaj o jego własne wspomnienia. Bardziej prawdopodobne wydaje się, że Jastrun posługuje się pojęciem więzienia i obozu koncentracyjnego w odniesieniu do całego okresu okupacji, tak bowiem odczuwał sytuację ludzi, w tym swoją, w czasie wojny, pod hitlerowskim jarzmem. A prawo rzymskie pełni u Jastruna rolę symbolu prawa ludzkiego, dobrego i słusznego, ustanowionego przez człowieka dla realizacji wolnej myśli i sprawiedliwości. Bez tych etycznych i prawnych podstaw, ludzie w państwie, w którym prawo rzymskie przestało istnieć, doszli na skraj przepaści, gdy „mord i ujarzmienie stały się prawem” a „demokracja zagłady zastąpiła demokrację życia”³³.

Jest to prawo zaliczane do podstawowych wartości w wymiarze człowieka jako jednostki oraz w skali całego społeczeństwa, prawo stawiane na równi z odwiecznymi i uświęconymi normami dekalogu. Pisze o tym kilkakrotnie w swoich esejach.

*Od chwili gdy nie tylko prawo rzymskie, ale jakiegokolwiek prawo ustanowione przez człowieka przestało istnieć, odkąd tablice wszystkich dekalogów świata, na których człowiek wyrył swoim mądrym rylcem: „Nie zabijaj!” zostały strzaskane i pohańbione, odkąd za bzdurę wymyśloną przez wolnomyslicieli uznał wróg potężny miłość i litość, a za prawo najwyższe zbrodnię i nienawiść, odkąd ja sam byłem śmiertelnie chory, zdruzgotany kłeską, która śmiesznymi i niegodnymi pamięci uczyniła wszystkie moje dawne marzenia o mądrym i łagodnym rodzaju ludzkim, którego rąk nie splami krew człowieka ani nawet krew gołębia*³⁴.

³² Por. M. Kuryłowicz, *Aspetti etici e simbolici nell'insegnamento del diritto Romano*, [w:] *XII Colloquio dei romanisti dell' Europa centro-orientale e dell'Asia*, Irkuck 2009, s. 204–211 (w jęz. rosyjskim ze streszczeniem włoskim); ponadto tenże, *Państwo, w którym prawo rzymskie przestało istnieć*, [w:] *O prawie i jego dziejach* książki dwie. *Studia ofiarowane profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin*, II, Białystok–Katowice 2010, s. 235–243.

³³ Z eseju M. Jastruna, *Czy dehumanizacja słowa?*, [w:] *Forma i sens poezji*, Warszawa 1988, s. 176.

³⁴ *Mgła*, [w:] *Dzienniki i wspomnienia*, Warszawa 1955, s. 19; przedruk: *W innym miejscu, w innym czasie*, Warszawa 1994, s. 70.

Któż z nas po zakończeniu wojny nie wierzył, że zaczął się nowy okres dziejów człowieka? Kto nie myślał, że z dymiących jeszcze krematoriów zrodzi się protest, nowa moralność, że ludzkość wstrząśnięta skutkami własnego szaleństwa, podźwignie się z upadku, że z popiołów wzleci feniks wolności?

Był to jeden z błędów najczęściej powtarzanych. Z masowych mordów, z poniżenia godności człowieka, ze zgnojenia go w obozach zagłady i pracy niewolniczej nie mogła narodzić się żadna jutrzienka. Z chwilą, gdy stało się jasne, że można mordować i zadręczać całe narody i społeczeństwa w sposób nieograniczony ludzkość znalazła się nad przepaścią głęboką jak nigdy dotąd. Prawo rzymskie przestało działać. Nie tylko prawo rzymskie. Pierwszy, z zamierzchłej przeszłości wywodzący się zakaz „Nie zabijaj” został przekroczony w skali, o której nie śniło się ludziom pierwotnym. Jakby na urągowisko potomkowie rasy, która zakaz ten utwierdziła wśród przykazań społecznego bytowania, zostali skazani na śmierć i w ogromnej masie zgładzeni³⁵.

4.

Tradycji antycznego Rzymu, tak jak całej starożytności, poeta nie idealizował. Przeciwny winkelmanowskiej wizji harmonijnego antyku bez skazy³⁶, dostrzegał wady greckich ustrojów, okrucieństwa wojen, widział też *imperium Romanum* z całą jego potęgą, podbojami i narzucaniem władzy oraz ustrojem niewolniczym, wspieranym przez prawo rzymskie.

Imperium rzymskie, wchłonąwszy Grecję, stało się z czasem wzorem dla wszystkich późniejszych mocarstw. Ukazało ono na przykładzie swych dziejów, jak w laboratorium, niezwykle prawidłowy rozwój i przebieg wielkiej choroby władzy, obnażyło psychologię tyranii, słabość uczucia sprawiedliwości i prawdy wobec przemocy, szaleństwo wielkich mas ludzkich i posępną samotność władców. Cyrki z walkami ludzi i dzikich zwierząt świadczyły jawnie o rzeczywistej cenie, jaką miał człowiek w tym imperium panów i niewolników³⁷.

³⁵ M. Jastrun, *Czy dehumanizacja słowa*, op. cit., s. 175–176.

³⁶ Winckelmann Johann Joachim (1717–1768), niemiecki historyk i teoretyk sztuki. W 1764 r. wydał swoją główną pracę *Geschichte der Kunst des Altertums* (polska adaptacja pióra Stanisława Kostki Potockiego: *O sztuce u dawnych, czyli Winkelman polski* (1815). Winckelmann traktował antyk (zwłaszcza klasyczną rzeźbę grecką) jako wzniosły ideał piękna absolutnego.

³⁷ *Podobny do bogów*, [w:] M. Jastrun, *Eseje*, Warszawa 1973, s. 17 (ze zbioru *Mit Śródziemnomorski*).

Rzym stworzył nowe wartości (nie tylko w dziele prawodawstwa) i tym wartościom, urodzonym w okresach względnej wolności myśli, umiał nadać nowe znaczenia w epoce Augusta, dopóki nie zmarnował ich pod rządami zwyrodniałych tyranów. Imperium doprowadziło do ostateczności zarysowane w Grecji konflikty i formy władzy; uczyniło w końcu z tyranii instytucję, z wojny prawo i obowiązek, z niewolnictwa regułę. Okrucieństwo w połączeniu z organizacją – podstawy imperium – będą stanowiły przykład dla następców³⁸.

Rzym to ponadto imperium, prowadzące stale okrutne wojny, usprawiedliwane obowiązującym wówczas prawem.

*To właśnie Rzym uprawomocnił doskonałym językiem swych prawników, których poszczególne sformułowania przeszły w przysłowia, gwałt i podbój. Co prawda Cezar, podobnie jak i inni ówczesni dowódcy, wyrzynał miasta i całe plemiona, a jeńcom obcinał ręce. Jego *De bello Gallico* jest – mimo wielkich zalet stylistycznych – książką okropną. Jest to – wespół z *'Commentarii de bello civili'* – *'Mein Kampf'* rzymskiego wodza³⁹.*

W całości pisarz nie ma złudzeń, że prawo w starożytności służyło władzy i potędze państwa. Ocena Rzymu jest więc surowa i nie pozostawia miejsca na mit.

Mamy więc do czynienia z dwojakim widzeniem przez pisarza prawa rzymskiego. W totalitarnym państwie rzymskim w czasach antycznych prawo rzymskie służyło władzy i było instrumentem realizowania imperialnych celów. Dwa tysiące lat później, w wieku dwudziestym, prawo rzymskie skonfrontowane z totalitarnym państwem niemieckim, staje się symbolem prawa ludzkiego i sprawiedliwego. Trudno chyba o lepszy przykład zmiennych losów prawa rzymskiego w kategorii „od totalitaryzmu do humanitaryzmu”. Zmienne są też tutaj pojęcia prawa rzymskiego. Prawo w czasach antycznych rozumiane jest jako prawo wówczas obowiązujące i stosowane w państwie rzymskim, związane z funkcjami państwa. Prawo rzymskie w XX wieku to już jego tradycja w dziejach Europy jako fundament

³⁸ *Klucz od przepaści – Eseje*, s. 174 (ze zbioru *Mit śródziemnomorski*). s. 292. Podobny pogląd na miejsce niewolnictwa w antycznym świecie prezentuje np. P. Kuncewicz, *Antyk zmęczonej Europy*, s. 225.

³⁹ *Chmura nad Śródziemnomorzem*, [w:] *Eseje*, s. 159–160 (ze zbioru: *Mit śródziemnomorski*).

jej cywilizacji i kultury prawnej, a jednocześnie jako wielka, uniwersalna metafora etyczna, jako ponadczasowy symbol prawa humanitarnego⁴⁰.

5.

Literackie wizje Rzymu imperialnego i totalitarnego znaleźć można nie tylko u Jastruna. Tak np. Jerzy Braun (1901–1975) w wierszu *Forum Romanum* pisze między innymi:

(...)
Już wielka aula senatu wre ciżbą wzburzonych postaci
Gdy patrycjat swe veto rzuca republice
Już zaludnia się plac i grzmi tętent rydwanów
Zgięte plecy Numidów złote lektyki niosą
Z rostrów gadają trybuni i nawołuje Kato
By w stos dymiących zgliszcz dumną zżużlić Carthago
Trwoży Jogurty jęk z podziemia Mamertinum
Cezar-pontifex z czary płyn ofiarny leje
I oklaskuje plebs
Pochód podbitych z kolumny Trajana
Jak Gigant przebudzony powstaje zuchwała wola
garnie pod siebie świat i prowincjom granice wytycza
znad siedmiu wzgórz obwieszcza tablice prawa
by z kurzu wojen i krwi wzrósć mogła Pax Romana
i wokół słońca Romy zodiak ludów i wiar chciał krążyć.⁴¹
(...)

Ponownie pojawia się tu prawo w roli instrumentu totalitarnej władzy rzymskiej.

Wymowna konfrontacja władzy i prawa z wolnością przekonań i poglądów w wierszu Janusza Pasierba (1929–1993) *Dialog*:

⁴⁰ W tym sensie pisał J. Falenciak (...an ethical metaphor, a great metaphor) – patrz wyżej przypis 2; ponadto M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie jako uniwersalna metafora etyczna – na przykładzie utworów Louisa Aragona i Mieczysława Jastruna*, [w:] *Prawo rzymskie a kultura prawna Europy*, Lublin 2008, s. 143–151.

⁴¹ *Rzym polskim piórem opisany*, op. cit., s. 298. Ten dłuższy utwór zawiera inne jeszcze odniesienia do prawa rzymskiego, publicznego i karnego.

*Trzeba wierzyć w bogów i słuchać cesarzy
Prefekt Rzymu Rusticus mówi do Justyna
(chrześci przy rozwijaniu nowiutki pergamin)
Pyta dalej jakie wyznaje poglądy
Justyn odpowiada że że starał się poznać
(lekko skrzypli calamus cicho szepce piasek)
Wszystkie możliwe doktryny
Lecz przyjął prawdę chrześcijańską
choć nie jest uznawana przez żyjących w błędach
(spokojnie brzmi głos wytrawnego retora)
Nauczał prowadził dysputy
Lecz dialog z prefektem
Poszedł mu gorzej niż z Żydem Tryfonem
Prefekt o wymaganiach religii państwowej
Justyn o prywatnej
(świszczą wydobyte dla ćwiczenia bicz)
Prawo przewidywało najpierw biczowanie
(zgrzytnął miecz wprawna dłoń wysuwany z pochwy)
Następnie ścięcie wyrok wykonano
Zginął Justyn filozof wszystko to się działo
Okolo roku 163 za rządów Marka Aureliusza
Który filozofował ale był cesarzem.⁴²*

Powraca tu znany już motyw walki władzy rzymskiej z chrześcijaństwem, także przy pomocy prawa, które – tak jak i cesarska władza – ma oczywistą przewagę nawet nad łagodną filozofią stoicką.

Interesującym dopełnieniem obrazu totalitarnego Rzymu jest wiersz Jacka Kaczmarskiego.

(...)
*Nad Europą twarzą krok legionów grzmi
Nieunikniony wróży koniec republiki
Gniją wzgórza galijskie w pomieszanej krwi
A Juliusz Cezar pisze swoje pamiętniki
„Galia est omnis divisa in partes tres*

⁴² *Rzym polskim piórem opisany*, op. cit., s. 342. O rzezi chrześcijan w Lyonie za czasów Marka Aureliusza także Roman Brandstaetter w wierszu *Mark Aureliusz* – patrz S. Stabryła, *Hellada i Roma w Polsce Ludowej*, s. 161.

*Quorum unam incolunt Belgae aliam Aquitani
Tertiam qui ipsorum lingua Celtae nostra Gali apelantur
Ave Caesar morituri te salutant!"*
Cywilizuje podbite narody nowy ład
Rosną krzyże przy drogach od Renu do Nilu
Skargą krzykiem i płaczem rozbrzmiewa cały świat
A Juliusz Cezar ćwiczy lapidarność stylu!⁴³
(...)

A Zbigniew Herbert (1924–1998) dodaje:

Wielkie drewniane ucho zatkałe watą i nudziarstwami Cyclerona. Wspaniały stylista – mówią wszyscy. Nikt już dzisiaj takich długich zdań nie pisze. I co za erudycja. W kamieniu nawet umie czytać. Tylko nigdy nie domyśli się, że żyłki marmuru w termach Dioklecjana to są pęknięte naczynia krwionośne niewolników z kamieniołomów⁴⁴.

6.

Zastanawiająca jest ponadto u Jastruna przytoczone już zestawienie Cezara i jego dzieła (*De bello Gallico*) z *Mein Kampf* Hitlera. Pojawia się również skojarzenie syrakuzkańskiego obozu z obozami koncentracyjnymi Himmlera.

Można podziwiać rzeźbę antyczną, zachwycać się poezją, ale trzeba czytać obronę Sokratesa i Historię wojny peloponeskiej Tukidydesa, żeby otrząsnąć się z fałszywej wizji wszelkiego rodzaju winckelmannistów. Trzeba przeczytać tę wnikliwą, obiektywną historię wojny peloponeskiej, aby odnaleźć w miniaturze śródziemnomorskiej wszystkie szaleństwa, zdrady, wreszcie ludobójstwo naszego czasu. Nie tylko obłąd tłumów, nie tylko zwyrodnienie tyranów, mord, pożoga i dżuma, ale również pierwszy obóz koncentracyjny. Nawet nie lord Kitchener, lecz Himmler byłby zadowolony z metody zastosowanej przez Syrakuzkańczyków wobec jeńców ateńskich.

⁴³ *Lekcja historii klasycznej* (w zbiorze: *Wiersze i piosenki*, Paryż 1983); S. Stabryła, *Hellada i Roma*, Kraków 1996, s. 107. O gramatycznych zainteresowaniach Cezara niezależnie od okoliczności, wspomina już Norwid w tragedii Kleopatra i Cezar – patrz T. Sinko, *Hellada i Roma w Polsce*, s. 77.

⁴⁴ *Rzym polskim piórem opisany*, s. 307.

„Z umieszczonymi w kamieniołomach Ateńczykami – pisze Tukidydes⁴⁵ – obchodzili się Syrakuzanie w pierwszym okresie surowo. Stłoczeni w znacznej liczbie w miejscu ciasnym i zapadłym, wystawieni byli z braku osłony na żar słoneczny, by z kolei w czasie jesiennych nocy znosić dokuczliwe zimno. Te zmiany temperatury wywoływały wśród nich choroby. Z powodu ciasnoty wszystkie potrzeby załatwiali na miejscu, a w dodatku gromadziły się stosy trupów; umierali z ran i chorób wywołanych zmianą temperatury czy z innych podobnych przyczyn. Zaduch był nie do zniesienia, nękał ich głód i pragnienie. Syrakuzanie bowiem dawali im w ciągu ośmiu miesięcy tylko po jednej kotyli wody i dwie kotyle zboża na osobę. Narażeni też byli, jak sobie to można wyobrazić, na wszelkie inne przykrości związane z pobytem w takim miejscu”⁴⁶.

Podobne skojarzenia nasunęły się Antoniemu Słonimskiemu (1895–1976) na widok Colosseum:

Tu próżno by szukać rymu,
Ten widok brzydzi.
Colosseum, Majdanek Rzymu
Pierwsi chrześcijanie, Żydzi.⁴⁷

W świetle własnych doświadczeń podsumowuje obraz starożytności Tadeusz Borowski (...) w opowiadaniu *U nas, w Auschwitzu...*⁴⁸.

Pracujemy pod ziemią i na ziemi, pod dachem i na deszczu, przy łopacie, lorze, kilofie i łomie. Nosimy wory z cementem, układamy cegły, tory kolejowe, grodzimy grunta, depczemy ziemię... Zakładamy podwaliny jakiejś nowej, potwornej cywilizacji. Teraz dopiero poznałem cenę starożytności. Jaka potworna zbrodnia są piramidy egipskie, świątynie i greckie posagi! Ile krwi musiało spłynąć na rzymskie drogi, wały graniczne i budowle miasta! Ta starożytność,

⁴⁵ Por. Tukidydes, *Wojna peloponeska* (z języka greckiego przełożył, przedmową i przypisami opatrzył K. Kumaniecki), Warszawa 1988, s. 456.

⁴⁶ Z tekstu *Podobny do bogów – Mit śródziemnomorski*, [w:] *Eseje*, s. 14–16. Por. też M. Jastrun, *Podróż do Grecji*, Kraków 1978, 72; 85.

⁴⁷ *Rzym polskim piórem opisany*, s. 171; S. Stabryła, *Hellada i Roma w Polsce Ludowej*, op. cit., s. 61.

⁴⁸ T. Borowski, *Wspomnienia, wiersze, opowiadania*, Warszawa 1977, s. 89–127, w szczególności s. 118–119. S. Stabryła, *Hellada i Roma w Polsce Ludowej...*, poza wzmianką o Borowskim w kontekście turpizmu (s. 128 przyp. 160), utworów jego nie przytacza i nie omawia.

która była olbrzymim koncentracyjnym obozem, gdzie niewolnikowi wypalano znak własności na czole i krzyżowano za ucieczkę. Ta starożytność, która była wielką zmową ludzi wolnych przeciw niewolnikom! Pamiętasz, jak lubiłem Platona. Dziś wiem, że kłamał. Bo w rzeczach ziemskich nie odbija się ideał, ale leży ciężka, krwawa praca człowieka.

(...) Nie ma piękna, jeśli leży w nim krzywda człowieka. Nie ma prawdy, która te krzywdę pomija. Nie ma dobra, które na nią pozwala.

Cóż wie starożytność o nas? Zna przebiegłego niewolnika z Terencjusza i Plauta, zna trybunów ludowych Grakchów i imię jednego tylko niewolnika – Spartakusa.

Oni robili historię i byle zbrodniarza – Scypiona, byle adwokata – Cycera czy Demostenesa, pamiętamy doskonale. Zachwycamy się wycięciem Etrusków, wybiciem Kartaginy, zdradami, podstępem i łupiestwem. Prawo rzymskie! I dziś jest prawo! [tj. u nas, w Auschwitzu]

Powraca więc wizja obozu koncentracyjnego i prawa, które zawsze jest i służy aktualnym zamysłom władzy⁴⁹.

Nie można w tych opisach odnaleźć klasycznej wizji wspaniałego Rzymu, szlachetnych senatorów i sprawiedliwego prawa, w obozach koncentracyjnych nie ma miejsca dla *ars boni et aequi* czy wzniosłych *praecepta iuris*. Tu Rzym jest władczy, totalitarny, „mroczny, ponury i krwawy”⁵⁰.

7.

Totalitarne tło dla prawa rzymskiego, pojmowanego jako symbol prawa humanitarne, stanowiły również państwa socjalistyczne. Przykładem jest utwór Adama Ważyka pod tytułem *Geniusz konsekwencji*.

(...)

*Kto kierował tą bandą, kto wszedł bez przepustki
do centrali jajczarskiej? Ty, który to czytasz!
Przypomnij sobie dobrze, przypomnij, przypomnij.
W każdym gramie powietrza jest wróg potencjalny.
Oddychasz, to wystarczy. Wczoraj się zachwiałeś*

⁴⁹ Odniesienia do obozów koncentracyjnych także u G. Morcinka, *Listy z mojego Rzymu*, Warszawa 1957; por. Stabryła, *Hellada i Roma w Polsce Ludowej...*, s. 537.

⁵⁰ Por. R. Matthews, *Rzym. Mroczny, ponury i krwawy*, Warszawa 2007.

*Od nadmiaru powietrza i z nadejściem wiosny
mistyczna chwiejność pchnęła cię do telefonu!
Prawo rzymskie nie działa. Przyznasz się do winy.⁵¹*

Utwór został napisany w 1956 roku i odnosi się do czasów realnego socjalizmu, nasyconych m.in. podejrzliwością wobec potencjalnych wrogów ustroju, donosami (tu: telefonicznymi), przesłuchaniami i oskarżeniami, wymuszaniem zeznań. Prawo rzymskie w wierszu Ważyka jest symbolem prawa sprawiedliwego, jakiego wówczas zabrakło⁵². O ile jednak utwory Jastruna odnosiły się do czasów II wojny światowej i hitlerowskiej okupacji, to Ważyk swój wiersz kieruje przeciwko okresowi stalinowskiemu – okresowi, którym był sam wcześniej zafascynowany i w którym spełnił rolę ważnego „politruka od sztuki i herolda socrealizmu”⁵³. Z czasem odwrócił się od komunizmu i poczuł powołanie do rozliczania minionego okresu. Posłużył się wówczas prawem rzymskim czy – jak pisze W. Wołodkiewicz – „podał się mitowi sprawiedliwego i ludzkiego prawa rzymskiego, które winno stanowić remedium na chorobę, która przeszedł on sam, czy też może system wartości, w który wierzył”⁵⁴.

W humanistycznej wizji wszystkich wymienionych dotychczas pisarzy państwem, w którym prawo rzymskie przestało istnieć, były państwa totalitarne: faszystowskie i komunistyczne. To temat ciągle zasługujący na zainteresowanie⁵⁵.

⁵¹ Pierwszy raz w zbiorze *Poemat dla dorosłych i inne wiersze*, Warszawa 1956, s. 31. S. Stabryła, *Hellada i Roma w Polsce Ludowej...*, s. 158 wymienia Ważyka wśród poetów związanych z kulturą śródziemnomorską, ale twórczości jego nie omawia.

⁵² Wiersz Ważyka pierwszy przypomniał chyba M. Staszków, CPHIX, zeszyt 2, 1957, s. 386. Ostatnio na ten temat obszernie W. Wołodkiewicz, *Prawo rzymskie lekiem na ukąszenie komunizmem. Przypadek Adama Ważyka*, Palestra nr 9–10, 2008, s. 162–170.

⁵³ Określenie S. Kisielewskiego – cyt. za Wołodkiewiczem, Palestra 9–10, 2008, s. 169. O Ważyku w okresie stalinowskim ostatnio obszernie M. Shore, *Kawior i popiół...*, passim.

⁵⁴ W. Wołodkiewicz, Palestra 9–10, 2008, s. 170.

⁵⁵ Por. A. Bosiacki, *Prawo rzymskie w systemach totalitarnych (przypadek ZSRR, Włoch i Niemiec)*, Studia Iuridica tom 37 (Miscellanea), Warszawa 2000, s. 7–13; W. Wołodkiewicz, *Reżimy autorytarne a prawo rzymskie*, [w:] *Czy prawo rzymskie przestało istnieć*, s. 305–314. Wcześniej o państwach totalnych już B. Łapicki, *Jednostka i państwo w Rzymie starożytnym. Rozważania historyczne na tle przeobrażeń prawa i państwa w dobie obecnej*, Warszawa 1939, s. 262–272 oraz Dodatki I i II (s. 279–287). S. Stabryła, *Hellada i Roma w Polsce Ludowej*, op. cit., s. 585 zauważa, że powojenne 30-lecie przyniosło odejście od winkelmanowskiej idealizacji czy młodopolskiej estetyzacji antyku i w sumie jego wyraźną demitologizację na rzecz autentyzmu.

W innym kontekście występuje prawo rzymskie w wierszu Leopolda Lewina (1910–1995), zatytułowanym *Prawo rzymskie*.

Z trzech słupów
Prawa rzymskiego
Ognistych –
Do mnie
Jak śpiewak natchniony
Przemawia
Ten,
Który głosi:
„Nie krzywdzić drugiego.”
Bo żyć przystojnie
To rzecz sprawiedliwa;
„Przydzielać sobie
To,
Co się należy,”
Jest rzeczą słuszną,
Szacowną,
Szlachetną;
Lecz słup z napisem:
„Nie krzywdzić drugiego”
Winien być tak wysoki,
By go ludzie
Zewsząd widzieli
I drżeli z przejęcia,
Jak przed świętością.⁵⁶

Okoliczności powstania wiersza nie są jasne, ponieważ Lewin (1910–1995), poeta oraz tłumacz poezji niemieckiej, rosyjskiej i radzieckiej, należał przede wszystkim do tzw. nurtu realizmu socjalistycznego. Do prawa rzymskiego poza wymienionym wierszem nie odwoływał się, aczkolwiek wyraźny jest w jego twórczości również wątek antyczny. Nauka prawa rzymskiego nie była jednak mu obca, ponieważ – w odróżnieniu od wcześniej wymienianych pisarzy – odbył studia prawnicze na Wydziale Prawa Uniwersytetu

⁵⁶ Leopold Lewin, *Wiersze z półwiecza*, Warszawa 1981, s. 193. Pierwszy raz wiersz opublikowany w zbiorze *Wyznania* w 1969 r. S. Stabryła, *Hellada i Roma w Polsce Ludowej...*, tego wiersza L. Lewina nie powołuje – por. s. 84–85.

Warszawskiego i ukończył sądową aplikację. Prawo rzymskie było więc mu znane, a pamięć o jego zasadach powróciła po latach. Wiersz napisany został w 1968 roku, być może w związku z wydarzeniami w Polsce, kiedy to poeta uznał za potrzebne wyrazić swoją solidarność z pokrzywdzonymi pobratymcami⁵⁷.

Odniesienia do prawa rzymskiego są wyraźne, ponieważ chodzi tu o znane *praecepta iuris* według Ulpiana:

Ulpianus D. 1;1,10, 1: Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

(Nakazy prawa są następujące: uczciwie żyć, drugiego nie krzywdzić, każdemu przyznać to, co mu się należy)⁵⁸.

Tak też ujmuje je Leopold Lewin: „żyć przystojnie” to przecież *honeste vivere*, „przydzielać [sobie]⁵⁹ to, co się należy” – *suum cuique tribuere*, a „nie krzywdzić drugiego” to *alterum non laedere*. Poeta odnosi się więc do tych naczelných wartości prawa rzymskiego, które uznane zostały za uniwersalne zasady prawa i zachowały ponadczasową, globalną wartość. Również dzisiaj zasada *neminem laedere*, uznana jest za podstawową zasadę prawa obligacyjnego⁶⁰. W tym sensie łączy się z intencją wyrażoną w przytoczonym wierszu Leopolda Lewina, gdzie *alterum non laedere* pełni rolę naczelnego i ponadczasowego nakazu, aby nie krzywdzić drugiego człowieka. Zasady wywodzącej się z prawa rzymskiego i jego późniejszej tradycji⁶¹.

⁵⁷ W Polskiej Bibliografii Literackiej za rok 1969 (Wrocław 1972, s. 264; Lewin Leopold 3222) tom *Wyznania* odnotowany jest jako wydanie z 1969 r. z adnotacją, że „właściwie 1968”. Por. L. Bartelski, *Polscy pisarze współcześni 1939–1991*, Warszawa 1995 (Leopold Lewin); *Literatura polska XX wieku. Przewodnik encyklopedyczny*, Warszawa 2000, s. 361; *Współcześni polscy pisarze i badacze literatury. Słownik bibliograficzny*, tom V, Warszawa 1997, s. 76–78.

⁵⁸ Patrz też Inst. 1,1,3; *Institucje Justyniana* (przełożył Cezary Kunderewicz), Warszawa 1986, s. 16; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Institucje*, 5, Warszawa 2005, s.14 („Nadrzędnymi zasadami prawa, według Ulpiana, są: żyć szlachetnie, innym nie szkodzić, dać każdemu, co mu się należy”). W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Warszawa 2001, s. 21.

⁵⁹ Tłumaczenie Lewina jest tu niedokładne, ponieważ *suum cuique tribuere* oznacza „oddać każdemu, co mu się należy”, a nie „sobie”. Por. wyżej przypis 5.

⁶⁰ K. Osajda, glosa opublikowana w „Przeglądzie Sądowym” nr 9 z 2006 r., s. 179 przyp. 22; P. Sobczyński, *Zadośćuczynienie za niewykonanie zobowiązania*, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 24, s. 1386.

⁶¹ Por. M. Kuryłowicz, *Alterum non laedere i ponadczasowość rzymskich zasad prawa*, [w:] Państwo i prawo w dobie globalizacji, pod red. S. Saguna, Rzeszów 2011, s. 171–181.

8.

Przedstawiony pobieżny z konieczności przegląd pozwala na kilka podsumowań.

Po pierwsze, zwraca uwagę wielość wątków literackich, związanych z państwem i prawem rzymskim. Oczywiście, w większości dotyczą one ustroju rzymskiego imperium, cesarskiej władzy i administracji, polityki, politycznych rozgrywek, podbojów i represji. Przeważa zatem prawo publiczne i prawo karne, ale odnaleźć można także sporo wątków prywatnoprawnych czy odnoszących się do naczelnych zasad i wartości prawa rzymskiego. W sumie obszerny materiał do uporządkowania, systematycznego zbadania i oceny.

Po drugie, przytoczone wyżej przykłady nie wspierają przekonania o prawie rzymskim jako symbolu prawa dobrego, ludzkiego i sprawiedliwego. Mit ten zrodził się w określonym czasie, być może jako reakcja na faszystowskie i komunistyczne doświadczenia państw totalitarnych. Ale dzieje owego „romanesimo”, tego uniwersalnego symbolu prawa rzymskiego, zasługiwałyby również na dokładniejsze badania i analizy.

Wreszcie po trzecie, cały obszar literackich wizji prawa rzymskiego stanowi wdzięczny temat do pogłębionych studiów. Oczywiście, tematyka antyku w literaturze jest od dawna badana, głównie przez historyków literatury oraz przez filologów klasycznych. Od tych ostatnich można oczekiwać zainteresowania również prawem rzymskim, ale okazuje się, że są to oczekiwania próżne. Przed wojną ukazała się wymieniona już praca Tadeusza Sinki, zatytułowana *Hellada i Roma w Polsce. Przegląd utworów na tematy klasyczne w literaturze polskiej ostatniego stulecia* (Lwów 1933), temat kontynuował Stanisław Stabryła, wydając najpierw tom: *Hellada i Roma w Polsce Ludowej. Recepcja antyku w literaturze polskiej w latach 1945–1975* (Kraków 1983) oraz *Hellada i Roma. Recepcja antyku w literaturze polskiej w latach 1976–1990* (Kraków 1996). Z dużym trudem można doszukać się kilku wzmianek o prawie rzymskim bądź odesłania do literatury z tego zakresu⁶².

⁶² S. Stabryła, *Hellada i Roma*, s. 10 przypis 1 wymienia wśród prac „naświetlających funkcję antyku” w różnych współczesnych dziedzinach artykuł J. Sondla, *O współczesnych wartościach prawa rzymskiego* (wyżej przypis 24) oraz monografię W. Wołodkiewicza, *Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego*, Warszawa 1978; ponadto na s. 18 przypis 10 wymienia słownik prawa rzymskiego pod red. W. Wołodkiewicza, *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986. Ale nawet w osobnym szkicu, poświęconym antykowi w twórczości Mieczysława Jastruna, odniesienia do prawa rzymskiego w znanej frazie o państwie, w którym „prawo rzymskie przestało istnieć”, S. Stabryła w ogóle nie uwzględnił (patrz wyżej przypis 28).

W podsumowującym przeglądzie dziedzin, dotyczących kultury antycznej, wymienia S. Stabryła literaturę, historię, kulturę, filozofię, poszukiwanie starożytności oraz archeologię i sztukę – dla prawa rzymskiego czy szerzej: praw antycznych, miejsca zabrakło⁶³.

Może więc czas już, aby zagadnieniu recepcji prawa rzymskiego w polskiej literaturze przyjrzał się również historyk państwa i prawa rzymskiego.

From Totalitarianism to Humanitarianism. Literary Visions of Roman Law

Summary

In literary works the Roman law usually performs the part of the symbol of law, either just and human or bad and unfair according to needs. Those visions became one of the paths to create the notion of Roman law and its universal role in European history. The article shows such examples from the Polish literature.

For the 19th century it was characteristic to regard the history of Rome as an opposition of imperial, totalitarian and pagan state and the nascent and finally triumphing Christian Rome. In the 20th century there appears a literary symbol of Roman law as humanitarian law established by the people to fulfil free thought and justice. Such an image was born in certain times as a reaction to fascist and communist experience of totalitarian states, when Roman law – according to literary wording (L. Aragon; M. Jastrun) – for some time „ceased to exist”.

Consequently we have to do with a dual literary vision of Roman law. In the totalitarian Roman state in antiquity the law served the authorities and was an instrument to achieve imperial purposes. Two thousands years later, in 20th century, Roman law confronted with totalitarian states became a symbol of humanitarian and just law. This interesting subject is certainly worth further investigation.

⁶³ Por. S. Stabryła, *Hellada i Roma w Polsce Ludowej...*, s. 532–579 (rozdział VI: Od literatury do archeologii); tenże, *Hellada i Roma*. s. 197–217. Wśród prac historycznych powołana jest książka S. Łosia, *Sylwetki rzymskie*, Warszawa 1958, zawierająca m.in. „prawo dwunastu tablic” oraz *Monumentum Ancyranum* cesarza Augusta.

MARZENA DYJAKOWSKA

Rejestracja stanu cywilnego w zaborze austriackim¹

Obszar zaboru austriackiego do połowy XIX w. ulegał zmianom. W wyniku pierwszego rozbioru Polski Austria zagarnęła tereny położone na południe od górnej Wisły oraz linii Sandomierz – Frampol – Dubienka, a na wschodzie po rzekę określoną w traktacie rozbiorowym jako Podgorcze (identyfikowaną ze Zbruczem). Były to części województwa krakowskiego z Księstwem Oświęcimskim i Zatorskim, województwa sandomierskiego, ruskiego, bełskiego, podolskiego i wołyńskiego. Obszar ten nazwano Królestwem Galicji i Lodomerii, a nazwa ta związana była z uzasadnianiem przez władze austriackie pierwszego rozbioru prawami monarchii habsburskiej do Rusi Halicko-Włodzimierskiej, która w XIII w. na krótki czas dostała się pod panowanie węgierskie. W czasie powstania kościuszkowskiego wojska austriackie wkroczyły na terytorium Lubelszczyzny i Wołynia, a rezultatem trzeciego rozbioru było zajęcie Krakowa oraz pozostałych części województw: krakowskiego, sandomierskiego, lubelskiego i bełskiego, oraz części województw: podolskiego, mazowieckiego i wołyńskiego; ziemie te nazwano Galicją Zachodnią². Dekretem Franciszka II z 13 maja

¹ „Metryka” 2014, R. 4, nr 1, s. 15–32.

² S. Grodziski, *Historia ustroju społeczno-politycznego Galicji 1772–1848*, Wrocław 1971, s. 26–28. Autor zaznacza, iż niektóre ziemie polskie dostały się pod panowanie austriackie jeszcze przed pierwszym rozbiorem. Po utracie w połowie XVIII w. Śląska na rzecz Prus w granicach monarchii habsburskiej pozostało Księstwo Cieszyńskie, Opawskie, Korniońskie oraz część Nyskiego. W roku 1769, korzystając z zamieszek wywołanych przez konfederację barską, wojska austriackie zajęły Spisz, a w następnym roku – znaczną część starostw: nowotarskiego, czorsztyńskiego i sądeckiego (tamże, s. 25–26). Zob. także: T. Mencil, *Galicja Zachodnia 1795–1809. Studium z dziejów ziem polskich zaboru austriackiego po III rozbiorze*, Lublin 1976, s. 16 i n.; tenże, *Początki organizacji Galicji Zachodniej w latach 1795–1796*, „Kwartalnik Historyczny” 1970, R. 77, passim.

1803 r. doszło do połączenia obu Galicji, co likwidowało odrębność administracyjną ziem polskich ostatniego zaboru austriackiego³. Na mocy traktatu w Schönbrunn z 14 października 1809 r. Galicja Zachodnia została włączona do Księstwa Warszawskiego, ponadto z pierwszego zaboru przyłączono do Księstwa okręg zamojski i Podgórze koło Krakowa. Na rzecz Rosji Austria odstąpiła wschodnią część Galicji (tzw. okręg tarnopolski). Traktat austriacko-rosyjski zawarty 3 maja 1815 r. w Wiedniu przywrócił Austrii okręg tarnopolski, zaś Kraków wraz z częścią powiatu chrzanowskiego otrzymał status wolnego miasta pod protektoratem trzech państw zaborczych. Po upadku powstania krakowskiego wojska austriackie zajęły Kraków wraz z okręgiem w marcu 1846 r.; oficjalnie został wcielony do Austrii 6 listopada 1846 r., otrzymując nazwę Wielkiego Księstwa Krakowskiego⁴.

Rejestracja stanu cywilnego posiadała – podobnie jak na ziemiach polskich pod zaborem rosyjskim – charakter wyznaniowy, księgi stanu cywilnego prowadzone były przez duchownych. Zarazem jednak w Austrii aż do 1848 r. panował system absolutystyczny, uznający za jedyne źródło prawa wolę monarchy⁵ i zakładający daleko posuniętą ingerencję państwa w życie obywateli, a co za tym idzie – całkowite podporządkowanie Kościoła państwu. Do istotnego ograniczenia uprawnień Kościoła doszło już za panowania cesarzowej Marii Teresy (1740–1780), ale rozwój tendencji do jego „upaństwowienia” przypadł na panowanie Józefa II (1780–1790), przybierając postać kierunku zwanego „józefinizmem”⁶. Przepisy o aktach stanu cywilnego wydawane były zatem nie przez organy kościołów i związków wyznaniowych, lecz były przepisami państwowymi o charakterze administracyjnym: zarówno osoby prowadzące ewidencję stanu cywilnego, jak i akty podlegały kontroli władz administracyjnych. Jednocześnie, w celu wprowadzenia na terenie monarchii habsburskiej zasad jednakowych dla wszystkich zamieszkującej ją narodów, stopniowo likwidowano utrzymywany początkowo polski system prawny⁷.

³ T. Mencil, *Galicja Zachodnia...*, s. 307.

⁴ S. Grodziski, op. cit., s. 28.

⁵ S. Grodziski, *Źródła prawa w Galicji w latach 1772–1848*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1964, R. 16, z. 2, s. 176.

⁶ Zob. szerzej: tegoż, *Historia...*, s. 110 i n.

⁷ Narzucenie austriackiego systemu prawnego Królestwu Galicji i Lodomerii, jak nazywano zagarnięte ziemie polskie, nastąpiło dopiero po trzecim rozbiórce polski, w latach 1796–1798; normy prawa polskiego utrzymywały się jeszcze w praktyce sądowej do końca pierwszej połowy XIX w. Zob. szerzej: tenże, *Źródła prawa...*, s. 178 i n.

Działania administracyjne i prawodawcze władz zaborczych zmierzały najpierw do uporządkowania metryk prowadzonych przez Kościół katolicki, a następnie do rozszerzenia uprawnień i obowiązków duchowieństwa katolickiego o prowadzenie w imieniu państwa metryk dla innych wyznań⁸. Jednym z pierwszych zarządzeń w sprawie metryk kościelnych był list gubernium lwowskiego z dnia 10 lipca 1775 r. do biskupów: przemyskiego Józefa Kierskiego i krakowskiego, Kajetana Sołtyka, w którym zobowiązano duchowieństwo parafialne do „rzetelnego i dokładnego prowadzenia ksiąg ochrzczonych, zaślubionych i zmarłych”. Niedługo później patentem cesarskim z dnia 3 lutego oraz nowym zarządzeniem gubernium lwowskiego z dnia 10 maja 1776 r. polecono, aby „metryki zaślubionych, ochrzczonych i zmarłych były prowadzone w dobrym porządku, by w wypadku potrzeby w każdej chwili gdy zajdzie konieczność wglądnięcia do nich, mogły służyć dokumentacji prawdy. Równocześnie władze państwowe posłały konsystorzom biskupim wydrukowane formularze metryk, które należało rozprowadzić wśród duchowieństwa parafialnego⁹. Dekretem kancelarii nadwornej z dnia 15 marca 1782 r. przekazano obowiązki urzędników stanu cywilnego proboszczom również w stosunku do wszystkich wyznań akatolickich; odąd księgi metrykalne prowadzone przez gminy protestanckie i żydowskie miały mieć charakter prywatny¹⁰.

Zasadnicza reforma ksiąg metrykalnych przeprowadzona została na mocy patentu cesarskiego Józefa II z 20 lutego 1784 r.¹¹, stanowiącego w § 1, iż „Każdy proboszcz powinien w swojej parafii prowadzić trzy odmienne rejestry, tj. księgę ślubów, księgę urodzonych i księgę umarłych”. Postanowienie to odnosiło się do ksiąg trzech obrządków katolickich: rzymskiego, greckiego i ormiańskiego. Nowym rozwiązaniem było wprowadzenie rejestracji urodzin w miejsce stosowanej dotychczas rejestracji chrztów, co tłumaczyć należy obowiązkiem prowadzenia przez proboszczów katolickich metryk również dla wyznawców religii mojżeszowej¹².

⁸ A. Gulczyński, *Stan cywilny i jego rejestracja na ziemiach polskich pod zaborem austriackim*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1993, R. 45, z. 1–2, s. 116.

⁹ B. Kumor, *Reforma metryk kościelnych w zaborze austriackim (1775–1778)*, „Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie” 1974, nr 70, s. 349–350.

¹⁰ Tenże, *Przepisy państwowe i kościelne dotyczące metryk kościelnych w zaborze austriackim (1800–1914)*, „Przeszłość Demograficzna Polski” 1975, R. 7, s. 95.

¹¹ *Zbiór ustaw i rozporządzeń administracyjnych opracowany przez J. Piwockiego*, wyd. 2 przy współudziale W. Stesłowicza, t. 3, Lwów 1911 (dalej cyt.: J. Piwocki), s. 212–213.

¹² B. Kumor, *Przepisy...*, s. 94. W przepisach patentu autor dopatruje się ponadto istotnego *novum*, jakim był nakaz prowadzenia ksiąg metrykalnych osobno dla poszczególnych wsi parafialnych, ponieważ dotychczas proboszczowie prowadzili w każdej

Omawiany patent nakładał na biskupów obowiązek kontroli metryk podczas wizytacji parafii (§ 7); podobny obowiązek ciążył na urzędnikach powiatowych (starostach), którzy „powinni od czasu do czasu przekonywać się, czy te księgi są wszędzie według przepisu prowadzone” (§ 8).

Zgodnie z § 4 powołanego patentu rejestr urodzonych winien zawierać następujące rubryki: rok, miesiąc i dzień urodzenia, numer domu, imię ochrzczonego, jego płeć, informację o jego małżeńskim lub pozamałżeńskim pochodzeniu, imiona i nazwiska rodziców, ich wyznanie, a także imiona i nazwiska rodziców chrzestnych. Odnotowywano zatem nie tylko sam fakt urodzenia, ale i przyjęcie chrztu.

Dużą wagę, jaką przywiązywano do określenia pochodzenia dziecka, należy tłumaczyć licznymi ograniczeniami, jakich doznawały w prawie austriackim dzieci nieślubne. W szczególności nie powstawał stosunek prawnego pokrewieństwa pomiędzy dzieckiem a ojcem, dziecko nie mogło zatem nosić nazwiska ojca oraz – ewentualnie – rościć sobie prawa do ojcowskiego tytułu szlacheckiego i herbu (§ 165 ABGB), nie dziedziczyło po ojcu z ustawy (§ 754 ABGB), zaś ojciec, pomimo istniejącego obowiązku przyczyniania się do utrzymywania dziecka, nie był zobowiązany do wypłacenia córce posagu (§ 1220 ABGB)¹³. W razie pozamałżeńskiego pochodzenia dziecka patent zastrzegał, iż „nie trzeba zapisywać imienia ojca do księgi urodzonych, ponieważ takie zapisywanie, polegające na zeznaniu matki, na niepewnych wieściach lub domniemaniu duszpasterstwa, zawsze jest wątpliwe, domniemanego ojca zawstydzia, a wobec prawa niema ani dla matki, ani dla dziecięcia żadnego znaczenia. Tylko wtenczas przy nieślubnym dziecku zapisać należy imię ojca, jeżeli ten ostatni sam do tego się przyzna”. W tym samym paragrafie zastrzeżono, że akt urodzenia powinni podpisać lub własnoręcznie znakować również rodzice chrzestni.

Do kwestii rejestracji urodzin dzieci pozamałżeńskich władze państwowe – wobec prawdopodobnych nieprawidłowości w tym zakresie – musiały odnosić się jeszcze kilkakrotnie. I tak dekret cesarskiej kancelarii

z ksiąg zapisy dla całej parafii. Zdaniem autorki niniejszego studium, wnioski takie nie wynika z analizy tych przepisów.

¹³ Zob. szerzej: E. Till, *Prawo prywatne austriackie*, t. 5, *Wykład prawa familijnego*, cz. 2, *Stosunek rodzicielski, opieka i kuratela*, Lwów 1902, s. 300 i n.; S. Liebermann, *Dzieci nieślubne według prawa austriackiego*, „*Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne*”, R. 8, 1907, s. 331 i n.; F. Zoll, *Prawo cywilne opracowane głównie na podstawie przepisów obowiązujących w Małopolsce*, przy współudziale J. Gwiazdomorskiego, K. Oberlendera i T. Sołtysika, t. 4, *Prawo familijne i spadkowe*, wyd. 3, Poznań 1933, s. 132 i n.

nadwornej z 21 października 1813 r., ogłoszony rozporządzeniem gubernialnym z 19 listopada 1815 r., wobec zdarzających się przypadków, że „duszpasterze w błąd wprowadzeni wpisują dzieci nieślubnego pochodzenia jako ślubne, jako też żonatych mężczyzn jako ojców dzieci nieślubnych”, stanowił, iż nazwisko zarówno matki, jak i ojca dziecka należy przed wpisaniem do metryki potwierdzić bądź to zeznaniem dwóch pewnych świadków, bądź urzędowym dochodzeniem, a prawe pochodzenie dziecka winno być udokumentowane aktem zawarcia małżeństwa jego rodziców. Pod groźbą odpowiedzialności karnej, a nawet utraty prawa wykonywania zawodu akuszerzy i akuszerki mieli obowiązek informowania duszpasterza prowadzącego księgi metrykalne „co im o nazwisku matki dziecięcia i o jej zaślubieniu lub niezaślubieniu jest znane”¹⁴. W dołączonej do dekretu *Instrukcji dla duszpasterzy i prowadzących księgi urodzonych* szczegółowo uregulowano sposoby weryfikacji danych dotyczących rodziców dziecka i jego małżeńskiego pochodzenia. Przykładowo, z uwagi na przyjęte w prawie austriackim domniemaniu prawnego pochodzenia dziecka urodzonego po upływie szóstego miesiąca od zawarcia małżeństwa (§ 138 kodeksu cywilnego – ABGB) i na możliwość zaprzeczenia przed sądem przez męża matki ojcostwa dziecka urodzonego przed tym czasem (§ 156 ABGB) punkt 2 instrukcji zezwalał na wpisanie nazwiska męża jako ojca takiego dziecka tylko wtedy, gdy złożył on oświadczenie o uznaniu dziecka za swoje. Z drugiej strony powyższe domniemanie nakazywało w rubryce „ojciec” wpisać nazwisko męża matki, jeśli z aktu małżeństwa wynikało, „że on z matką dziecięcia jest poślubiony dłużej, aniżeli sześć miesięcy (...) nawet wtedy, chociażby ojciec podniósł wątpliwość co do dochowania mu wierności przez matkę dziecięcia i nie chciał dziecka tego za swoje uważać”¹⁵. Austriackie prawo cywilne pozostawiało natomiast nieuregulowaną kwestię domniemania macierzyństwa, a jego potwierdzenie w księgach metrykalnych następowało, zgodnie z punktem 1 instrukcji, na podstawie poświadczenia akuszera lub akuszerki, a w drugiej kolejności na podstawie zeznań dwóch świadków, znanych duszpasterzowi jako ludzie rzetelni. W braku powyższych dowodów duszpasterz winien wpisać nazwisko matki z dodaniem „rzekomo” i zawiadomić o takim przypadku władzę polityczną, a po otrzymaniu od niej wyniku ustalenia wpisać go do księgi. Po ustaleniu danych osobowych matki należało stwierdzić dane ojca, a od weryfikacji tych ostatnich odstępowano tylko w przypadku,

¹⁴ Cyt. za: J. Piwocki, s. 215.

¹⁵ Tamże, s. 218.

„jeżeli matka dziecka się przyzna, że nie jest zaślubiona i nie żąda wpisania ojca, natenczas wpisać należy dziecko jako nieślubnie urodzone, a rubrykę, przeznaczoną na nazwisko ojca, pozostawić próżną”¹⁶. W takiej sytuacji – na mocy dekretu kancelarii nadwornej z 13 stycznia 1814 r.¹⁷ – prowadzący metryki był jednocześnie zwolniony z obowiązku ustalenia danych osobowych matki, gdyż, jak to ujęto, nie należy zmuszać kobiet upadłych do ujawnienia prawdziwego nazwiska; wpisywano wówczas nazwisko podane przez kobietę z adnotacją „rzekomo”.

Zgodnie z § 161 ABGB dziecko pozamałżeńskie mogło zostać legitymowane, tj. uzyskać status dziecka prawego, przez małżeństwo rodziców zawarte po jego urodzeniu (*per subsequens matrimonium*), co rodziło pytanie o sposób uwidocznienia tego faktu w akcie urodzenia. Początkowo – w myśl dekretu kancelarii nadwornej z 27 kwietnia 1820 r. – uznano, że nie można wprowadzać zmian w metryce chrztu, dlatego w celu wykazania prawego pochodzenia dziecka należało posłużyć się jednocześnie dwoma dokumentami: świadectwem chrztu oraz świadectwem zawarcia małżeństwa przez jego rodziców¹⁸. Aby tego uniknąć, dekret kancelarii nadwornej z 18 lipca 1834 r. polecał wystawianie w takich przypadkach zamiast metryki chrztu świadectwa chrztu, w którym brak było wzmianki o nieślubnym pochodzeniu¹⁹. Dopiero reskrypt Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 12 września 1868 r. upoważniał organy prowadzące metryki do uzupełnienia metryk urodzin przez „wpisanie nazwiska nieślubnego ojca i uwagi o skutecznym później zawarciu małżeństwa”. Podkreślono zarazem konieczność zaznaczenia, że wpisu nazwiska ojca dokonano później²⁰. W przypadku, gdy sami małżonkowie nie mogli złożyć przed duchownym stosownego oświadczenia, w myśl reskryptu Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 7 listopada 1884 r. uzupełnienie aktu urodzenia mogło nastąpić na polecenie organu politycznej władzy krajowej za pośrednictwem starostwa, które winno zwrócić uwagę, że deklaracja ojcostwa małżonka wymaga potwierdzenia ze strony matki dziecka²¹. Tytułem uzupełnienia powyższych przepisów reskrypt Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 21 marca 1892 r. zalecał, by w celu uniknięcia żmudnej niekiedy drogi administracyjnej, koniecznej w przypadku niemożności uzyskania oświadczenia

¹⁶ Tamże, s. 217.

¹⁷ Tamże, s. 219.

¹⁸ Provinzialgesetzsammlung z 1820 r., poz. 79.

¹⁹ Reichsgesetzblatt z 1834 r. Nr 83; zob. także: F. Zoll, op. cit., s. 141.

²⁰ J. Piwocki, op. cit., s. 231.

²¹ Tamże, s. 231–232.

męża matki w kwestii ojcostwa dziecka urodzonego przed zawarciem małżeństwa, duchowni zachęcali osoby wstępujące w związek małżeński, a mające już dzieci, aby niezwłocznie dokonały uzupełnienia w ich aktach urodzenia²². Reskrypt Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 17 czerwca 1907 r. stanowił, iż uznanie ojcostwa przez męża matki połączone z żądaniem wpisania jego nazwiska do aktu urodzenia dziecka, a także zgoda matki dziecka musiały zostać złożone prowadzącemu metrykę w obecności dwóch świadków; małżonkowie winni przedłożyć świadectwo urodzenia dziecka oraz świadectwo ślubu, a z powyższych czynności sporządzany był protokół. Małżonkowie mogli także złożyć oświadczenia przed organem władzy politycznej lub przed sądem²³. Na podstawie rozporządzenia Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 25 września 1868 r. za ślubne zostały uznane także dzieci urodzone w małżeństwach zawartych przed władzą świecką (tzw. małżeństwo cywilne z konieczności – *Notzivilehe*, zob. niżej), co należało zaznaczyć w akcie urodzenia, a odnotowania w akcie urodzenia legitymacji dziecka przedmałżeńskiego dokonywał w takich wypadkach duszpasterz prowadzący metrykę, który mógł też odesłać rodziców dziecka do organu władzy politycznej.

Warto zaznaczyć, że ze względu na przyjęte w ABGB domniemanie żywego urodzenia dziecka (§ 23) w metryce rejestrowano fakt narodzin nawet w przypadku, gdy dziecko przyszło na świat martwe. Uwzględniano zarazem stopień rozwoju noworodka, gdyż w myśl reskryptu Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 2 lipca 1886 r. „do metryki wpisuje się tylko te płody, które przyszły na świat w stanie rozwiniętym i uzdalniającym je do życia, albo nieżywe. Nie należy więc wpisywać niedorozwiniętych płodów przedwczesnych”²⁴.

Jak już wspomniano, metryki urodzenia stanowiły zarazem – w odniesieniu do wyznań chrześcijańskich – dokument poświadczający przyjęcie chrztu, dlatego w przypadku ochrzczenia dziecka przez proboszcza parafii, prowadzącego zarazem księgę metrykalną, nie istniała obawa, że fakt ten nie zostanie odnotowany. Niebezpieczeństwo takie związane było natomiast z tzw. chrztem z wody (*Nottaufe*), którego w wypadkach nagłych i w niebezpieczeństwie śmierci udzielić mógł każdy człowiek, bez względu na wyznanie i płeć, jeżeli miał intencję ochrzczenia. W późniejszym czasie należało natomiast uzupełnić ceremonię kościelną lub w wypadkach

²² Tamże, s. 232–234.

²³ Tamże, s. 235–236.

²⁴ Tamże, s. 219.

wątpliwych ponowić chrzest warunkowo²⁵, zapewne jednak nie należały do rzadkości przypadki zaniechania zgłoszenia faktu udzielenia chrztu w tej formie, skoro cesarz Franciszek I dekretem kancelarii nadwornej z 27 kwietnia 1812 r. zwrócił się do proboszczów, by „nie dawali bez ważnych powodów, zachodzących szczególnie wtedy, jeżeli nowo narodzone dziecko jest osłabione, na oddzielenie chrztu z wody od chrztu uroczystego”. Chrzest taki należało odnotować w metryce urodzenia, ale rubryki przeznaczone na wpisanie danych rodziców chrzestnych pozostawić puste, a uzupełnić je dopiero po chrzcie w uroczystej formie²⁶. Zapewne w powołanym dekrete chodziło nie tylko o zezwolenie proboszczów, gdyż możliwość udzielenia chrztu z wody wynikała z przepisów obowiązującego wówczas *Corpus Iuris Canonici*, co również o uświadomienie parafian, że tego rodzaju chrzest winien być udzielany tylko w szczególnych przypadkach. Być może to właśnie brak znajomości przepisów prawa kanonicznego był powodem, że często decydowano się na tę nie wymagającą uroczystej oprawy formę chrztu, gdyż, zdaniem A. Gulczyńskiego²⁷, nie należy dopatrywać się tu chęci uniknięcia zwłaszcza przez uboższą ludność opłat związanych z *iura stolae*. Opłaty za chrzest zostały bowiem zniesione dekretem nadwornym z 1 lipca 1785 r.²⁸

W przypadku, gdy dziecko zostało ochrzczone w innej parafii, reskrypt Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 10 sierpnia 1886 r. nakładał na duszpasterza udzielającego chrztu obowiązek wpisania chrztu do ksiąg swojej parafii, ale bez liczby porządkowej, a w ciągu ośmiu dni winien on przesłać pełny odpis aktu właściwemu proboszczowi. Ten ostatni powinien wpisać pełny akt do własnych ksiąg metrykalnych z liczbą porządkową i odpowiednią adnotacją w uwagach²⁹.

Odnośnie do księgi ślubów patent z 20 lutego 1794 r. stanowił w § 1, iż winny one zawierać następujące metryki: rok, miesiąc i dzień zawarcia małżeństwa, numer domu, imię i nazwisko nupturienta, jego wyznanie, wiek, a także stan cywilny – „czy jest stanu wolnego, czy wdowcem” (ana-

²⁵ B. Kumor, *Przepisy...*, s. 99.

²⁶ Reichsgesetzblatt z 1812 r., Nr 59; cyt. Za: J. Piwocki, op. cit., s. 214.

²⁷ Op. cit., s. 106.

²⁸ Opłaty za chrzest obowiązywały natomiast w Wolnym Mieście Krakowie, a następnie – po jego wcieleniu do Galicji – w okręgu krakowskim, również w sytuacji prowadzenia aktów stanu cywilnego przez władze świeckie. Zob. szerzej: A. Karabowicz, *Opłaty związane z prowadzeniem akt stanu cywilnego jako dodatkowe źródło dochodu państwa na ziemiach polskich w XIX wieku*, [w:] *Podstawy materialne państwa. Zagadnienia prawnoprawno – historyczne*, red. D. Bogacz, M. Tkaczuk, Szczecin 2006, s. 246–247.

²⁹ B. Kumor, *Przepisy...*, s. 99.

logiczne rubryki odnosiły się do kobiety zawierającej małżeństwo), wreszcie imiona, nazwiska i zawód, czy raczej pozycję społeczną („stan”) świadków. W świetle § 2 i 3 rubryki w akcie małżeństwa miał wypełniać ten, „kto ślub daje”, świadkowie natomiast winni się podpisać lub, jeśli nie umieli pisać, własnoręcznie znakować akt („kto inny podpisze ich imię, a oni ten podpis stwierdzą znakiem krzyża lub innym znakiem, położonym własną ręką”). Na każdej kartce księgi swój podpis powinien złożyć proboszcz, a jeśli sam nie asystował przy zawarciu małżeństwa, dodatkowo podpisywał się właściwy kapłan, dodając informację o swym charakterze służbowym. § 80 ABGB wprowadzał ponadto wymóg wpisywania imion, nazwisk i stanu rodziców nupturientów, a wymóg ten potwierdzony został rozporządzeniem gubernialnym z 20 listopada 1840 r. Ponieważ, w myśl § ABGB, do zawarcia małżeństwa przez osoby małoletnie oraz pełnoletnie, ale nie mające pełnej zdolności do czynności prawnych, wymagana była zgoda ślubnego ojca, a w dalszej kolejności opiekuna lub władzy sądowej, dekret kancelarii nadwornej z 4 lipca 1813 r. określał szczegóły rejestracji takiej zgody w aktach stanu cywilnego. Przykładowo, zezwolenie ojca „oświadcza osobiście ślubny ojciec u proboszcza w obecności dwóch świadków. Oświadczenie to zapisuje się do księgi zaślubin i potwierdza własnoręcznym podpisem albo podpisem innej osoby umiejącej pisać, stwierdzonym przez świadków. Gdyby zaś ślubny ojciec nie był obecny, pozwolenie jego stwierdzić musi wystawiony przez niego wobec świadków (...) dokument prawny, który należy przechowywać przy aktach ślubnych”³⁰.

Ustawa z 25 maja 1868 r. dodawała wymóg odnotowania w ramach dotychczasowych rubryk miejsca zamieszkania obojga nupturientów, a także – za § 80 ABGB – uwagi, czy pozostawali oni wcześniej w związku małżeńskim. Akt małżeństwa winien ponadto zostać podpisany przez oboje małżonków³¹.

Gdyby małżeństwo zawierano poza terenem parafii każdego z nupturientów, § 281 ABGB nakazywał, by duszpasterz udzielający delegacji odnotował ten fakt w księdze ślubów, wskazując miejsce, w którym małżeństwo zostanie zawarte, zaś zgodnie z § 82 ABGB duszpasterz delegowany winien sporządzić akt małżeństwa w księdze swojej parafii wymieniając nazwisko proboszcza delegującego, a tego ostatniego miał obowiązek zawiadomić w ciągu ośmiu dni o zawarciu małżeństwa. Zgodnie z powyższymi przepisami oraz z rozporządzeniem Ministerstwa spraw Wewnętrznych

³⁰ Reichsgetzblatt z 1813 r. Nr 2. Cyt. za: J. Piwocki, op. cit., s. 220.

³¹ Reichsgetzblatt z 1868 r. Nr 47.

z 6 sierpnia 1882 r. proboszcz delegowany wpisywał małżeństwa do księgi ślubów swojej parafii według liczby porządkowej, zaś proboszcz delegujący po otrzymaniu zawiadomienia dokonywał wpisu do swojej księgi, ale bez liczby porządkowej. Do wydawania świadectwa ślubu uprawniony był jedynie proboszcz, który asystował przy zawarciu małżeństwa³².

Nowym rozwiązaniem, przewidzianym w art. II powyższej ustawy, była świecka forma zawarcia małżeństwa, dopuszczalna – w myśl § 1 – tylko w przypadku, gdyby duchowny właściwy dla jednego z nupturientów odmówił ogłoszenia zapowiedzi lub przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński z powodu istnienia przeszkody nie uznanej przez prawo państwowe³³. Nupturienti mogli wówczas zwrócić się o dokonanie tych czynności do właściwej władzy politycznej, którą była władza powiatowa (starostwo), a w miastach mających własne statuty (na ziemiach polskich – Kraków i Lwów) – władza gminna (magistrat). Przed tą władzą nupturienti winni udowodnić fakt odmowy duchownego poświadczony jego pismem lub zeznaniem dwóch świadków mieszkających w danym okręgu, a w razie braku takiego dowodu obowiązkiem władzy politycznej było wystosowanie do duchownego wezwania do głoszenia zapowiedzi lub przyjęcie oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński. Gdyby duchowny nadesłał odpowiedź odmowną lub zaniechał udzielenia odpowiedzi w ciągu ośmiu dni, powyższych czynności miała dopełnić władza polityczna. I tak w myśl art. II § 5 ustawy ogłoszenie zapowiedzi winno nastąpić przez zamieszczenie ich treści na urzędowej tablicy obwieszczeń, wraz z publicznym ogłoszeniem w urzędzie gminnym miejsca zamieszkania każdego z nupturientów³⁴. Oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński należało złożyć przed naczelnikiem właściwej władzy politycznej lub przed jego zastępcą w obecności dwóch świadków i zaprzysięzonego

³² J. Piwocki, op. cit., s. 223.

³³ Do przeszkód takich należała przykładowo różnica wyznania chrześcijańskiego i niechrześcijańskiego (§ 64 ABGB). W tym miejscu warto wspomnieć, że powołana ustawa przywracała moc obowiązującą przepisów ABGB o małżeństwie, zastąpione wcześniej przepisami patentu cesarskiego z 8 października 1856 r. (Reichsgesetzblatt z 1856 r. poz. 185). Patent ten, wydany w następstwie zawarcia w 1855 r. konkordatu pomiędzy cesarstwem austriackim a Stolicą Apostolską, wprowadzał w stosunku do katolików wyznaniową formę zawarcia małżeństwa. Zob. szerzej np.: U. Heyzmann, *Wykład prawa o małżeństwie katolików w państwie austriackim patentem cesarskim z 8 października ogłoszonego*, Kraków 1861, *passim*.

³⁴ Ten sam artykuł stanowił, że zapowiedzi należy ogłosić także ustnie na rokach urzędowych, lecz do ważności małżeństwa wystarczy ogłoszenie na piśmie. To ostatnie powinno pozostać na tablicy przez trzy tygodnie, a z ważnych powodów władza krajowa mogła ten termin skrócić lub nawet od niego odstąpić.

protokolanta (§ 7), a z aktu zawarcia małżeństwa sporządzano protokół, który podpisywali małżonkowie, świadkowie oraz osoby urzędowe, tj. naczelnik i protokolant (§ 8).

Prowadzenie ksiąg zapowiedzi i rejestrów małżeństw, a także wydawanie świadectw urzędowych o zawarciu małżeństwa, należało do władzy politycznej. Świadectwo takie władze miały obowiązek przesłać z urzędu właściwym duchownym (art. II § 10 powołanej ustawy, a na jego podstawie duchowny miał obowiązek zarejestrować małżeństwo w odpowiedniej księdze. Obowiązek ten wywoływał niejednokrotnie opór duchownych, niechętnie nastawionych do nowej instytucji postrzeganej przez nich jako konkubinat, co znajdowało wyraz w zaznaczaniu, iż małżeństwo zostało zawarte cywilnie; również przy określaniu pochodzenia dzieci urodzonych w takich związkach zamieszczano wzmiankę, iż chodzi o małżeństwo cywilne. Dlatego reskrypt Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 25 września 1869 r. zakazywał posługiwania się w metrykach kościelnych terminem „małżeństwo cywilne”, „albowiem ustawa tego wyrażenia nie używa, prawne wyrażenie jest: małżeństwo przed władzą świecką zawarte”. W myśl reskryptu dzieci urodzone w takich małżeństwach należało wyraźnie określić jako „ślubne”, niedopuszczalne było ponadto zamieszczanie w przypadku legitymacji dzieci poprzez małżeństwo rodziców przed władzą świecką zastrzeżenia, że legitymacja wywiera skutek tylko na gruncie prawa państwowego (*pro foro civili*), a pełna legitymacja nastąpi dopiero po zawarciu małżeństwa kościelnego. Ponowiono także nakaz, by małżeństwa zawarte przed władzą świecką rejestrować w metrykach kościelnych „nie zaś w osobnym zeszycie lub w odrębnej księdze zanotować”³⁵.

Od 1781 r., tj. od czasu wprowadzenia patentu tolerancyjnego (Toleranzpatent) Józefa II, w cesarstwie austriackim małżeństwo mogły zawrzeć jedynie osoby należące do prawnie uznanych wyznań: katolicy, prawosławni,

³⁵ Cyt. za: J.S. Pelczar, *Prawo małżeńskie katolickie z uwzględnieniem prawa cywilnego obowiązującego w Austrii, w Prusach i w Królestwie Polskiem*, Kraków 1890, s. 392–393. Szerzej o małżeństwach cywilnych w prawie austriackim zob. np. J. Roth, *Forma zaręczyn i małżeństwa w prawie kościelnem katolickim z uwzględnieniem prawa cywilnego austriackiego*, Kraków 1908, s. 108–109; J. Gwiazdomorski, *Osobowe prawo małżeńskie obowiązujące w b. dzielnicy austriackiej*, Poznań 1932, s. 24 i n.; A. Dziadzio, *Osobowe prawo małżeńskie w Austrii na tle stosunków państwo – Kościół katolicki (XVIII–XIX wiek)*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa”, 2004, s. 141 i n.; A. Karabowicz, *Małżeństwo cywilne z konieczności (Notzivilehe) w Galicji w latach 1868–1918*, [w:] *Prawo blisko człowieka. Z dziejów prawa rodzinnego i spadkowego. Materiały konferencji zorganizowanej przez Sekcję Historii Państwa i Prawa Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 7–8 marca 2007 r., red. M. Mięka, Kraków 2008, s. 59 i n.

protestanci i Żydzi. Ten stan rzeczy zmieniła wspomniana już wyżej ustawa z 9 kwietnia 1870 r. o prowadzeniu metryk stanu osób nie należących do żadnego prawnie uznanego kościoła. W myśl § 1 w stosunku do takich osób obligatoryjną formą zawarcia małżeństwa była forma cywilna, zaś co do zapowiedzi i przeszkód małżeńskich zastosowano odesłanie do przepisów ustawy z 25 maja 1868 r. Do prowadzenia metryk małżeństw osób nienależących do prawnie uznanych wyznań i bezwyznaniowców zobowiązane były starostwa powiatowe lub władze gminne; w takim wypadku władze nie przysyłały do duchownych świadectw urzędowych zobowiązujących do zarejestrowania małżeństwa w księdze ślubów³⁶.

Zgodnie z patentem z 20 lutego 1794 r. księga zmarłych powinna zawierać następujące rubryki: rok, miesiąc i dzień śmierci, numer domu, imię (i nazwisko), wyznanie, płeć i wiek zmarłego, rodzaj choroby oraz przyczyna śmierci. Ta ostatnia rubryka winna zostać wypełniona w oparciu o informacje dostarczone przez lekarzy³⁷. Zgodnie z dekretem kancelarii nadwornej z 23 października 1788 r. podstawą zarejestrowania zgonu mogła być tylko karta dostarczona przez uprawnionego oglądacza zwłok, zaś w myśl dekretu kancelarii nadwornej z 28 lipca 1798 r. w przypadku gwałtownej śmierci – postanowienie sądu³⁸. Reskrypt Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 27 lipca 1870 r. zobowiązywał ponadto prowadzących metryki do przysyłania w ciągu ośmiu dni metryki zgonu osób poniżej dwudziestego trzeciego roku życia organom, które sporządziły akt urodzenia, w celu dokonania odpowiedniej adnotacji w tym akcie³⁹. Odnośnie do bezwyznaniowców ustawa z 9 kwietnia 1870 r. nakładała obowiązek rejestracji zgonów na organy prowadzące metryki dla nich; zgon winien zostać zgłoszony w ciągu ośmiu dni kolejno przez: małżonka, najbliższego krewnego, wreszcie osobę, w której mieszkaniu lub domu zgon nastąpił, a jeżeli miało to miejsce w instytucji publicznej – przełożony tej instytucji. Osoba zgłaszająca winna ponadto przedłożyć świadectwo oględzin pośmiertnych.

W myśl powołanego już wyżej reskryptu Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 6 sierpnia 1882 r. zgon należało odnotować w metryce prowadzonej w miejscowości, gdzie zgon nastąpił. Jeśli pogrzeb miał miejsce w miejscowości innej, niż zgon, w akcie zgonu należało odnotować miejsce pogrzebu i dokonać odpowiedniej adnotacji w rejestrze cmentarza

³⁶ J. Gwiazdomorski, op. cit., s. 35.

³⁷ J. Piwocki, op. cit., s. 213.

³⁸ Tamże, s. 221–222.

³⁹ Tamże, s. 222.

ewentualnie w metryce zgonów prowadzonej w miejscowości, gdzie znajdował się cmentarz, bez liczby porządkowej⁴⁰.

Odrębnie uregulowano rejestrację stanu cywilnego Żydów. Zgodnie z § 6 uniwersału z 20 lutego 1784 r. Żydzi mieli prowadzić, podobnie jak proboszczowie katolicy, trojaki rejestry, ze zmianami wynikającymi z ich wyznania⁴¹. Zadanie to spoczywało – jak stanowił patent z 1794 r. – na osobach wyznaczonych przez gminę wyznaniową, zaś sposób prowadzenia rejestrów regulowało szczegółowo rozporządzenie Ministerstwa spraw Wewnętrznych z 15 marca 1875 r.⁴² Prowadzący metryki musieli być wyznania mojżeszowego, posiadać obywatelstwo austriackie, mieszkać w miejscu pełnienia swej funkcji, być osobami godnymi zaufania o pełnej zdolności do czynności prawnych. Prowadzących oraz ich zastępców mianował starosta (we Lwowie i w Krakowie – prezydent miasta) na podstawie wyniku konkursu; w razie jednakowych kompetencji kandydatów pierwszeństwo przysługiwało rabinowi względnie nauczycielowi religii (tzw. szkolnikowi). Nowo mianowani winni zaprzysiąc swój urząd wobec starosty (prezydenta miasta).

Przepisy powołanego rozporządzenia uzupełnione zostały *Instrukcją o prowadzeniu izraelickich metryk urodzin, zaślubin i śmierci*. W świetle powyższych aktów prawnych metryki każdego rodzaju miały być prowadzone w dwóch egzemplarzach z wykorzystaniem oprawionych ksiąg dostarczonych przez polityczną władzę powiatową; na ostatniej stronie księgi umieszczona była liczba kart, podpis urzędowy i pieczęć, a prowadzący metrykę nie mógł dokonywać jakichkolwiek zmian w układzie księgi. W styczniu każdego roku jeden z egzemplarzy należało przesłać władzy powiatowej (§ 1,5,i 14 instrukcji). Do władzy tej należała także kontrola nad właściwym prowadzeniem ksiąg i nad zgodnością obu egzemplarzy (§ 6 rozporządzenia, § 14 instrukcji). Prowadzący metryki dokonywał wpisów na podstawie zgłoszeń, które winny nastąpić w ciągu ośmiu dni od zdarzenia (§ 7 rozporządzenia, § 2 instrukcji)⁴³. Zgłoszenie urodzenia

⁴⁰ Tamże, s. 223.

⁴¹ Tamże, s. 213.

⁴² Provinzialgesetzsammlung z 1876 r. Nr 55. Zob. także: J. Piwocki, op. cit., s. 241 i n.

⁴³ Katalog osób zobowiązanych do dokonania zgłoszenia był analogiczny jak w przypadku metryk prowadzonych przez duchownych katolickich. I tak do zgłoszenia urodzenia dziecka zobowiązani byli kolejno ślubny ojciec, akuszer lub akuszerka, właściciel mieszkania, gdzie odbył się poród, matka dziecka. Zgon winien zgłosić małżonek zmarłego, następnie najbliższy krewny, wreszcie właściciel mieszkania lub domu, w którym nastąpił zgon. Jeśli powyższe zdarzenia miały miejsce w instytucjach publicznych, informował o tym przełożony instytucji. Zawarcie małżeństwa

winno być połączone ze wskazaniem nadanego dziecku imienia, a zgonu – z okazaniem karty oględzin zwłok. Powołane osoby miały także obowiązek informowania o obrzezaniu chłopców, nadaniu imienia (jeśli nie uczyniono tego przy zgłoszeniu urodzenia) oraz o pogrzebach (§ 7 i 12 rozporządzenia). Odnośnie do prowadzenia metryk urodzin instrukcja nakazywała rejestrowanie także urodzeń dzieci zmarłych przed obrzezaniem lub nadaniem imienia (§ 16 instrukcji). Należało określić także pochodzenie dziecka przy użyciu terminów „ślubne”, „nieślubne” lub „rzekomo ślubne” – ten ostatni przypadek zachodził w szczególności, gdy małżeństwa rodziców dowodzono nie za pomocą dokumentu urzędowego, ale zeznań świadków (§ 18 instrukcji). Podobnie jak w przypadku metryk katolickich, do aktu urodzenia dziecka nieślubnego nazwisko ojca mogło zostać wpisane tylko wtedy, gdy mężczyzna wskazany przez matkę dziecka wyraził na to zgodę; tożsamość mężczyzny winno w razie wątpliwości potwierdzić dwóch wiarygodnych świadków (§ 27 instrukcji). Znana była ponadto legitymacja dziecka *per subsequens matrimonium*; fakt zawarcia przez rodziców dziecka związku małżeńskiego należało odnotować w akcie urodzenia, jednak tylko wówczas, gdy mąż matki dziecka uznał ojcostwo i jego nazwisko było uprzednio wpisane do metryki urodzenia (§ 31 instrukcji). Spośród przepisów instrukcji odnoszących się do prowadzenia metryk ślubów warto wymienić § 14, regulujący sposób rejestracji małżeństwa zawartego przed innym zwierzchnikiem religijnym niż uprawniony przez daną gminę wyznaniową albo w okręgu, do którego nie należało żadne z nupturientów lub – w myśl ustawy z 25 maja 1868 r. – przed władzą świecką, a także § 35–36 dotyczące przeszkód do zawarcia małżeństwa oraz rejestracji konwalidacji małżeństwa nieważnego, zawartego przy istnieniu przeszkody⁴⁴. Odnośnie do metryk zgonu § 39 instrukcji nakazywał dokładnie oznaczyć czas zgonu, a w razie niemożności jego ustalenia czas, gdy zgon stwierdzono. W razie wątpliwości czas ten winna zbadać władza polityczna, do której należało także ustalenie nieznanego personaliów zmarłego oraz wydanie polecenia zarejestrowania zgonu w przypadkach zaginięcia, po

odnotowywał w księdze sam prowadzący, jeśli był przełożonym religijnym (rabinem lub szkolnikiem) i jeżeli sam asystował przy tym akcie; w innym przypadku przełożony religijny lub władza świecka, przed którymi małżeństwo zostało zawarte, zgłaszały ten fakt właściwemu miejscowo prowadzącemu (§ 7 i 11 rozporządzenia).

⁴⁴ Do przeszkód należał brak zgody na zawarcie małżeństwa: ojca ślubnego lub władzy opiekuńczej w stosunku do małoletnich, właściwej władzy w stosunku do poborowych, władzy wojskowej w odniesieniu do osób wojskowych, a także brak poświadczenia ustania poprzedniego małżeństwa.

sądowym stwierdzeniu zgonu (§ 40 i 45 instrukcji). Przepisy instrukcji regulowały ponadto sposób składania podpisu (§ 7) oraz dokonywania poprawek (§ 8) i sprostowań (§ 9).

Ewolucja przepisów dotyczących rejestracji stanu cywilnego zmierzała w kierunku nadania mocy urzędowej także rejestracji prowadzonej przez duszpasterzy wyznań akatolickich. Początkowo – o czym była już mowa – metryki osób należących do innego niż katolickie wyznań prawnie uznanych prowadzili proboszczowie katolickcy. Zmianę w tym względzie wprowadził dekret kancelarii nadwornej z 26 listopada 1829 r., nakładając na duszpasterzy akatolickich obowiązek rejestrowania urodzeń, małżeństw i zgonów, które miały miejsce w ich okręgach, zaś księgi metrykalne miały odpowiadać ustawowym wymogom przewidzianym dla ksiąg katolickich⁴⁵. Duplikaty metryk powinny następnie zostać przesłane proboszczom katolickim, którzy winni dokonać rejestracji także w swoich księgach. Księgi prowadzone przez pastorów protestanckich uzyskały pełną moc urzędową na mocy rozporządzenia z 30 maja 1849 r. Przepisy odnoszące się do rejestracji stanu cywilnego zawarte były ponadto w szczegółowych regulacjach dotyczących poszczególnych wyznań, jak choćby w postanowieniu Ministerstwa Stanu z 23 stycznia 1866 r. zatwierdzającym zasady organizacyjne Kościoła ewangelickiego (*evangelische Kirchenverfassung*), uchwalone przez ewangelicki synod wyznania augsburskiego i helweckiego⁴⁶, w dotyczącym tegoż wyznania rozporządzeniu Ministerstwa Wyznań i Oświecenia publicznego z 15 grudnia 1891 r.⁴⁷ czy też w rozporządzeniu Ministerstwa Wyznań z 18 października 1879 r.⁴⁸ uznające na podstawie ustawy z 20 maja 1874 r.⁴⁹ organizację Kościoła starokatolickiego.

Jak zauważa B. Kumor, na przestrzeni stu trzydziestu lat nie dokonano zmian dotyczących formularza metryk. Dopiero reskrypt Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 5 stycznia 1907 r. wprowadził nową rubrykę „uwagi” jako ostatnią do wszystkich ksiąg metrykalnych, a ponadto łączył w jedną rubrykę w księgach urodzonych i ochrzczonych „imię i nazwisko rodziców chrzestnych” i „ich stan”, a w formularzach zaślubionych „imię i nazwisko świadków” i „ich stan”⁵⁰.

⁴⁵ Reichsgesetzblatt z 1829 r. Nr 57.

⁴⁶ Reichsgesetzblatt z 1866 r. Nr 15.

⁴⁷ Reichsgesetzblatt z 1892 r. Nr 4.

⁴⁸ Reichsgesetzblatt z 1877 r. Nr 100.

⁴⁹ Reichsgesetzblatt z 1874 r. Nr 68.

⁵⁰ Przepisy..., s. 95.

Na mocy patentu cesarskiego z 20 lutego 1784 r. językiem urzędowym ksiąg metrykalnych obrządków katolickich w Galicji był język łaciński. Wobec postulatów duchownych unickich, wysuwanych w drugiej połowie XIX w. na skutek rozwoju ruchu narodowego wśród Ukraińców, by księgi metrykalne przez nich prowadzone były spisywane w języku ukraińskim, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych reskryptem z 16 września 1875 r. wyjaśniło, że używanie języka łacińskiego winno zostać zachowane ze względu na zabezpieczanie przez metryki ważnych interesów zarówno publicznych, jak i prywatnych. Dopuszczono natomiast posługiwanie się przez strony, wpisujące do ksiąg własnoręcznie swoje imię, nazwisko i stan, do posługiwania się także językiem polskim, ruskim i niemieckim⁵¹. W odniesieniu do metryk żydowskich instrukcja dołączona do rozporządzenia Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 15 marca 1875 r. stanowiła, że nagłówki rubryk w księgach metrykalnych będą sformułowane w języku niemieckim i polskim lub ruskim (§ 6). Już na podstawie dekretu kancelarii nadwornej z 22 października 1816 r. niedopuszczalne było posługiwanie się w dokumentach publicznych, a więc także w metrykach, językiem hebrajskim, pod sankcją nieważności dokumentu⁵².

Odnośnie do mocy dowodowej aktów stanu cywilnego należy stwierdzić, że metryki kościelne uzyskały moc dokumentu publicznego na podstawie dekretu kancelarii nadwornej z 13 stycznia 1878 r., ale tylko co do okoliczności, dla których zostały sporządzone, a nie dla okoliczności ubocznych⁵³. Metrykom żydowskim przyznawała taką moc ustawa z 10 lipca 1868 r., a metrykom ewangelickim – obwieszczenia Ministerstwa Wyznań i Oświecenia publicznego z 15 grudnia 1891 r.⁵⁴ Pełną moc dowodową posiadały także – na podstawie § 3 ustawy z 10 kwietnia 1870 r. – metryki prowadzone przez władze polityczne dla osób nie należących do żadnego z prawnie uznanych wyznań⁵⁵.

Kwestie sprostowania metryk i dokonywania dodatkowych wpisów regulowane były dekretem gubernialnym z 27 października 1836 r.⁵⁶ i z 8 maja 1844 r.⁵⁷, a także rozporządzeniem namiestnictwa z 10 stycznia 1876 r.⁵⁸

⁵¹ J. Piwocki, op. cit., s. 213. Zob. także: B. Kumor, *Przepisy...*, s. 95–96.

⁵² J. Piwocki, op. cit., s. 214.

⁵³ Tamże, s. 226.

⁵⁴ Reichsgesetzblatt z 1892 r. Nr 4.

⁵⁵ Reichsgesetzblatt z 1870 r. Nr 51.

⁵⁶ Provinzialgesetzsammlung z 1836 r., Nr 159.

⁵⁷ Provinzialgesetzsammlung z 1844 r., Nr 70.

⁵⁸ J. Piwocki, op. cit., s. 229–230.

W myśl pierwszego z wymienionych aktów, jeśli w metrykach nie został zapisany akt urodzenia, małżeństwa lub zgonu, nie można było z oczywistych względów wydać poświadczenia takiego aktu, a poświadczenie mogło dotyczyć tylko faktu braku wpisu stosownego aktu w metryce. Jeśli natomiast akt został zapisany, lecz miała miejsce pomyłka co do imienia, nazwiska, cyfry oznaczającej rok lub innej istotnej okoliczności, wówczas mogło nastąpić sprostowanie. Nie wolno było jednak dokonywać w metryce przekreśleń lub wyskrobań, ale obok błędnego wpisu należało dokonać wzmianki o sprostowaniu z podaniem prawdziwych danych, z powołaniem się na rozporządzenie władz upoważniające do sprostowania.

Dekret z 8 maja 1844 r. stanowił, iż w razie zaniechania wpisu do metryki lub jej całkowitego bądź częściowego zniszczenia może zostać dokonany na polecenie władzy krajowej dodatkowy wpis; na podstawie takiego wpisu wolno było wydawać poświadczenia parafialne i wyciągi z metryk. Odnośnie do metryk żydowskich rozporządzenie namiestnictwa z 10 stycznia 1876 r. regulowało m. in. okoliczność dodatkowego wpisu urodzenia, kiedy to należało „naprzód dokładnie przesłuchać rodziców, będących przy życiu, zbadać, dlaczego mający być dodatkowo immatrykulowany nie był dotąd wpisany do ksiąg metrykalnych, następnie sprawdzić, czy osoba mająca być immatrykulowana pochodzi ze związku małżeńskiego (...) oraz stwierdzić tożsamość osoby, o której immatrykulację chodzi (...)”. W celu ustalenia powyższych informacji osoba dokonująca rejestracji winna posłużyć się zeznaniami świadków, a po weryfikacji ich wiarygodności i stopnia pokrewieństwa ze stronami oraz po ich zaprzysiężeniu „każdy świadek winien być osobno w nieobecności innych świadków przesłuchany”.

Jak słusznie zauważa A. Gulczyński, system rejestracji stanu cywilnego na ziemiach polskich zaboru austriackiego był – z niewielkimi wyjątkami – systemem rejestracji wyznaniowej, w którym istniał ścisły związek między dopełnieniem obrzędu religijnego a rejestracją⁵⁹. Należy jednak pamiętać o podporządkowaniu Kościoła państwu, a rejestrację regulowały w pierwszym rzędzie przepisy państwowe, a dopiero na ich podstawie metryki prowadzone przez duchownych katolickich, a z czasem także przez uprawnionych z innych wyznań, posiadały charakter dokumentów publicznych. Ingerencja państwa przejawiała się także w stworzeniu w 1868 r. możliwości zawierania małżeństw cywilnych i wreszcie we wprowadzeniu w 1870 r. metryk świeckich dla osób nie należących do prawnie uznanych

⁵⁹ Op. cit., s. 116.

wyznań. W Austrii nie doszło do przekształcenia wyznaniowego systemu rejestracji na świecki, ale pozostawiono rejestrację w gestii uznanych przez państwo wyznań, pod reglamentacją i kontrolą państwa⁶⁰.

⁶⁰ Por. A. Rzewski, I. Szwarzman, *Przewodnik dla urzędów stanu cywilnego uzupełniony tekstami obowiązującymi na wszystkich ziemiach polskich ustaw, rozporządzeń i okólników oraz wzorami aktów i formularzy*, wyd. drugie zmienione i rozszerzone, Łódź 1923, s. 12.

JAN WAWRZYNIAK

Zasada podziału władz a problem nadużywania władzy¹

Z pewnym trudem można by wskazać koncepcję dotyczącą funkcjonowania władzy w państwie, która – tak, jak jest to w przypadku monteskiuszowskiej zasady – zachowywałaby przez tak długi czas aktualność, wywołując równocześnie nieustające spory, dyskusje i polemiki, co do swej treści, sposobu rozumienia, istoty².

Monteskiusz opublikował swoje dzieło *O duchu praw* zawierające jego credo dotyczące zasady podziału i równowagi władz w 1748 roku, czyli dokładnie 260 lat temu. Mimo to do dnia dzisiejszego (a przypuszczać należy, że sytuacja ta trwać będzie jeszcze dość długo) nie ma ani w literaturze

¹ *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej*, red. M. Laskowska i J. Wawrzyniak, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2009, s. 131–138.

² Świadczyć może o tym choćby szereg publikacji polskich konstytucjonalistów; tytułem przykładu wymienić można także prace jak: R.M. Małajny, *Trzy teorie podzielonej władzy*, Warszawa 2001; M. Kruk, *I principi fondamentali*, w: *La nuova Costituzione della Repubblica polacca* (red. N. Greco), Roma 2000, s. 13–28, zwłaszcza s. 19; A.N. Wróblewski, *Dwie interpretacje Monteskiusza*, w: „Państwo i Prawo”, nr 12/1977; A. Pułło, *O jedno rozumienie podziału władz w nauce prawa konstytucyjnego*, w: „Państwo i Prawo”, nr 6/1983; A. Pułło, „Podział władzy”. Aktualne problemy w doktrynie, prawie i współczesnej dyskusji konstytucyjnej w Polsce, w: „Przegląd Sejmowy”, nr 3/1993; P. Sarnecki, *Współczesne rozumienie podziału władzy*, w: *Nowa konstytucja RP. Wartość, jednostka, instytucje*. Toruń 1992; K. Grzybowski, *Montesquieu – kompromis feudalno-mieszczański*, w: „Państwo i Prawo”, nr 9–10/1948; A. Burda, *Doktryna konstytucyjna Monteskiusza*, w: *Monteskiusz i jego dzieło*, Wrocław 1956; Z. Izdebski, *Rewizja teorii podziału władz*, w: „Państwo i Prawo”, nr 11/1957.

Co ciekawe, z tego pobieżnego przeglądu literatury wynika, że koncepcja podziału władzy i Monteskiusz byli przedmiotem żywego zainteresowania nauki prawa konstytucyjnego (zwłaszcza), także w czasach, gdy w Polsce obowiązywała doktrynalnie i prawnie zasada jednolitości władzy państwowej. Najlepszym na to dowodem jest zorganizowanie znaczącej sesji naukowej przez Komitet Nauk Prawnych PAN (27–28 października 1955) w związku z dwusetną rocznicą śmierci sławnego Bredeńczyka.

prawniczej, ani politologicznej, ani w orzecznictwie sądowym pełnej zgody, co do tego, jak zasadę tę należy rozumieć. Jednocześnie jest zasada ta, poczynając od 1787 roku, czyli od uchwalenia Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki, stale obecna zarówno w aktach prawnych, literaturze naukowej, jak i orzecznictwie sądowym.

Punktów spornych związanych bezpośrednio albo pośrednio z dziełem Charlesa Louisa de Secondat, barona de la Bréde et de Montesquieus jest wiele. Krótki esej nie jest miejscem na ich szczegółowe roztrząsanie, skoro pisano na ten temat także dość opasłe księgi. Niemniej na niektóre problemy chciałbym zwrócić uwagę.

Spór o charakterze – można powiedzieć – genetycznym dotyczy dwu spraw: po pierwsze – czy koncepcja podziału władz towarzyszy myśli ustrojowej już od czasów starożytnych, czy też jej powstanie datować należy na przełom wieków XVII i XVIII; po drugie – czy rzeczywistym twórcą zasady podziału władz był (jak to się potocznie przyjmuje) właśnie Monteskiusz, czy może nie on jest jej twórcą a tylko tym autorem, który „przy-sporzył jej największej sławy”³.

Odpowiedź na te pytania nie może być jednoznaczna, skoro stwierdzono, że spór trwa. Można więc jedynie wskazać, że raczej na pierwsze z pytań przeważa odpowiedź o istnieniu przynajmniej niektórych elementów koncepcji podziału władz już w czasach starożytnych⁴. Ale równocześnie podkreślić trzeba, że są autorzy zwracający uwagę na nową jakość tego, co można by nazwać „nowożytną zasadą podziału władz”. Ta nowa jakość wyraża się w podkreślaniu roli omawianej zasady w przeciwstawianiu się doktrynie i praktykom absolutyzmu królewskiego, wedle których cała władza powinna być skupiona w ręku jednego podmiotu⁵. W opozycji do tego rodzaju sądu kształtuje się opinia o niezbędności oparcia struktury instytucjonalnej państwa demokratycznego właśnie na zasadzie podziału władz. Znalazło to bezpośredni wyraz w art. 16 francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 roku, gdzie stwierdza się: „Społeczeństwo, w którym nie ma należytej gwarancji praw ani określonego z góry podziału władzy, nie ma ustroju konstytucyjnego”. Jak trafnie zauważa A. Pułło „to ostatnie słowo było w tamtych czasach synonimem przymiotnika »demokratycznego«”⁶.

³ A. Pułło, „Podział władzy”, *Aktualne problemy...*, s. 17.

⁴ Por. R.M. Małajny, op. cit., s. 471.

⁵ Por. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 70.

⁶ A. Pułło, „Podział władzy”, *Aktualne problemy...*, s. 23.

Jeśli idzie o drugie z pytań, to przytłaczająca większość autorów wypowiadających się na ten temat przyznaje, że błędem byłoby uznanie Monteskiusza za jedynego twórcę zasady podziału i równowagi władz. Pośrednio wynika to zresztą z odpowiedzi na poprzednie pytanie. Spośród twórców niemal współczesnych Monteskiuszowi trzeba podkreślić zasługi Johna Locke'a. Z drugiej jednak strony trudno zgodzić się z tezą sformułowaną przez M. Richtera, jakoby żadna myśl Monteskiusza dotycząca zasady podziału władz nie wywodziła się od niego samego⁷.

Wydaje się jednak, że mówiąc o zasadzie podziału władz trzeba postawić pytanie następujące: dlaczego w dość powszechnym rozumieniu początek budowania omawianej zasady wiąże się jednak z przełomem XVII i XVIII wieku, z epoką Oświecenia, a w szczególności z nazwiskiem Monteskiusza. Jak to już stwierdziłem, część odpowiedzi łączy się z anty-absolutystycznym charakterem myśli Oświecenia, w tym przede wszystkim omawianej zasady. Absolutyzm to epoka władzy skupionej nie tylko w jednym organie, ale w istocie w ręku jednego człowieka – monarchy absolutnego. Należała do niego pełnia władzy, ograniczona (bardziej doktrynalnie, niż praktycznie) – co najwyżej – nakazami i zakazami prawa naturalnego. Było tak, ponieważ normy prawa państwowego stanowione były przez samego monarchę absolutnego, a w każdym razie, zgodnie z jego wolą. Z jednej zatem strony monarcha taki mógł postępować zgodnie jedynie z własnymi pomysłami, czy wręcz zachciankami, z drugiej zaś – trudno było wtedy mówić o nadużywaniu władzy, bowiem była ona w istocie nieograniczona. Zatem ważnym novum oświeceniowych koncepcji podziału i równowagi władz było uświadomienie społeczeństwu, że ochrona człowieka przed nadużyciami ze strony władzy państwowej jest możliwa dopiero wtedy, gdy osoba pełniąca funkcje władcze nie może postępować w sposób arbitralny. Znaczy to, że w swoim postępowaniu musi kierować się prawidłowo ustanowionym prawem, na straży przestrzegania którego stoją instytucje mające realną możliwość wyciągnięcia konsekwencji wobec funkcjonariuszy państwa łamiących prawo.

Nowe podejście do zasady podziału władz w ujęciu Locke'a i Monteskiusza wyraża się ponadto w istotnym jej wzbogaceniu w stosunku do wcześniej występujących elementów tej zasady. Wyraźnie formułuje tę nową jakość L. Garlicki. „O podziale władzy czy władz (terminologia w tym zakresie jest chwiejna) można mówić mając na względzie znaczenie przed-

⁷ M. Richter, *The Political Theory of Montesquieu*, Cambridge 1977, s. 87 (cyt. za A. Pułło, „Podział władzy”. *Aktualne problemy...*, s. 17).

miotowe i podmiotowe tego pojęcia. W sensie przedmiotowym (funkcjonalnym) podział władz oznacza wydzielenie pewnych rodzajowo odmiennych kierunków (sfer) działania państwa, takich jak stanowienie prawa, wykonywanie prawa, sądzenia. Tego typu podejście (choć oparte na innej klasyfikacji przedmiotowej) można było odnaleźć już u Arystotelesa. Zaslugą Locke'a i Monteskiusza było natomiast powiązanie przedmiotowego i podmiotowego rozumienia podziału władz, to znaczy postawienia tezy, w myśl której każdej z trzech wyodrębnionych dziedzin działania państwa powinny odpowiadać trzy oddzielone od siebie grupy organów państwowych (podział władz w znaczeniu podmiotowym, organizacyjnym). Zasada podziału władz wymaga zatem odrębnego istnienia organów władzy ustawodawczej, organów władzy wykonawczej i organów władzy sądowniczej, powołanych do wykonywania swojego odcinka władzy państwowej. Drugim klasycznym elementem zasady podziału władz jest tak zwany system hamulców i równowagi lub też system wzajemnego hamowania się i równoważenia władz⁸.

Wydaje się zatem, że bez obawy popełnienia błędu można stwierdzić, iż zasada podziału władz przyjęła rozwiniętą postać – w dużym stopniu aktualną po dzień dzisiejszy – dopiero w opracowaniach, które powstały na przełomie XVII i XVIII wieku, zwłaszcza zaś w koncepcji Monteskiusza. Można chyba wręcz zaryzykować stwierdzenie, że gdyby nie oświeceniowe dyskusje wokół omawianej zasady, nie zauważono by jej elementów (o przedmiotowym charakterze) już u Arystotelesa i późniejszych teoretyków.

Na ogół dość zgodnie przyjmuje się, że punktem wyjścia Monteskiusza dla myślenia o koncepcji podziału władz może być jego znane sformułowanie: „(...) wiekuiste doświadczenie uczy, iż wszelki człowiek, który posiada władzę skłonny jest jej nadużyć; posuwa się tak daleko, aż napotka granicę”⁹.

Z cytatu tego wynika, że Monteskiuszowi tworzącemu zasadę podziału władz najprawdopodobniej przyświecała idea położenia tamy nadużywaniu władzy przez ludzi ją sprawujących. To był cel podstawowy zasady, uzasadniony nieograniczonym w istocie woluntaryzmem władców absolutnych. Zwróciłem już uwagę na to, że z formalnego punktu widzenia trudno było zarzucić władzy absolutnej jej nadużywanie. Ale biorąc pod uwagę coraz wyraźniej kształtujące się w doktrynie Oświecenia przywiązanie ówczesnych myślicieli (z J. Locke'em na czele) do niezbywalnych praw

⁸ L. Garlicki, op. cit. s. 70.

⁹ Monteskiusz, *O duchu praw*, Kęty 1997, s. 170.

i wolności przysługujących każdemu człowiekowi, trudno się dziwić, że uznawano doktrynę absolutyzmu królewskiego za trudną do pogodzenia z tymi tendencjami myśli oświeceniowej. A zatem, że Monteskiusz mógł (w tym sensie) pisać o nadużywaniu władzy.

Konsekwencją takiego kierunku rozważań było właśnie sformułowanie zasady podziału i równowagi władz, która zmierzała do możliwie konkretnego wytyczenia granic uniemożliwiających (a w każdym razie znacznie utrudniających) realizację niejako naturalnej skłonności ludzi posiadających władzę do jej nadużywania. W sposób najbardziej zwięzły a chyba i najprecyzyjniejszy strukturę ustroju opartego na podziale i równowadze władz przedstawił Monteskiusz (jak to już stwierdziłem) w dziele *O duchu praw*, zwłaszcza zaś w księdze jedenastej (chyba nie bez przyczyny zatytułowanej: *O prawach tworzących wolność polityczną w jej związku z ustrojem państwa*), a w szczególności w rozdziale szóstym tej księgi zatytułowanym z kolei: *O ustroju Anglii*. Mimo takiego tytułu, trudno byłoby rozdział ten uznać za wierny opis właśnie ustroju Anglii. Jest to w istocie przedstawienie głównych cech, które charakteryzować winny państwo ustrojowo oparte na zasadzie podziału i równowagi władz (niezależnie od tego, w jakim stopniu charakterystyka ta przystaje do istniejącego wówczas ustroju Anglii).

Oczywiście, wizja ustroju charakteryzującego się urzeczywistnieniem idei podziału i równowagi władz przedstawiona przez Monteskiusza była właśnie bardziej wizją, bardziej modelem, niż systemem reguł, które byłyby możliwe do bezpośredniego przeniesienia do jakiegokolwiek konkretnego państwa. Ale – z drugiej strony – szereg elementów tego modelowego rozwiązania do dziś (w węższym bądź szerszym zakresie) uwzględnia się w państwach opartych na zasadzie podziału i równowagi władz. Tytułem przykładu wymienić można choćby takie elementy jak: podział władzy na ustawodawczą, wykonawczą i sędziowską, różny stopień zależności władzy ustawodawczej od wykonawczej i wykonawczej od ustawodawczej, czy też współzależność jednej izby parlamentu od drugiej (w przypadkach istnienia parlamentu dwuizbowego). Z drugiej jednak strony szereg rozwiązań proponowanych przez Monteskiusza utraciły w istotnej mierze swą aktualność, jak choćby postulat tworzenia izby arystokratycznej i izby ludu w parlamencie. Inaczej zresztą chyba być nie mogło. Monteskiusz był arystokratą, mocno zaangażowanym w trwanie systemu feudalnego, choć w znacznie bardziej postępowej postaci niż miało to miejsce w monarchiach absolutnych. Geniusz Monteskiusza (a i Locke'a) polegał nie na zdolnościach profetycznych, ale na zaproponowaniu rozwiązań ustrojowych, które wprowadzałyby pewną równowagę między instytucjami władzy w pań-

stwie a społeczeństwem, nie mającym dotąd żadnych szans na wpływanie na kierunek działania tych instytucji.

Niektóre propozycje niejako musiały okazać się w przyszłości nieaktualne, bowiem stworzone one zostały – co prawda – po rewolucyjnych wydarzeniach w XVII-wiecznej Anglii, ale jednak przed – kluczowymi dla dalszej przyszłości kontynentu amerykańskiego i europejskiego – to znaczy przed wojną o niepodległość oraz Deklaracją Niepodległości Stanów Zjednoczonych Ameryki, a przede wszystkim przed Rewolucją Francuską. Niemniej pamiętać trzeba o ogromnym wpływie, jaki na te właśnie wydarzenia wywarły idee Monteskiusza i Locke’a, z zasadą podziału i równowagi władz na czele. To ona przyczyniła się w znaczącym stopniu do przemian ustrojowych o antyfeudalnym i prokapitalistycznym charakterze, niosących stopniową demokratyzację stosunków społecznych. Jedną z tego konsekwencji było – początkowo powolne – później (w II połowie XIX wieku zwłaszcza zaś w wieku XX) szybkie powstawanie masowych partii politycznych, które zrewolucjonizowały struktury władzy oraz funkcjonowanie państw.

W tym miejscu może ktoś postawić pytanie o związek między zasadą podziału i równowagi władz a powstaniem masowych partii politycznych, czy partii politycznych w ogóle.

Wydaje się, że związek ten można dostrzec już w toku lektury *Ducha praw*. Jednak nie wtedy, kiedy dzieło to powstawało i ukazywały się jego pierwsze wydania. Związek ten dostrzec można z perspektywy lat, w których partie polityczne odgrywać zaczęły coraz większą rolę w funkcjonowaniu państwa, zwłaszcza zaś w procedurach wyborczych. Pisze bowiem Monteskiusz: „Zna się o wiele lepiej potrzeby własnego miasta niż innych; sądzi się lepiej o zdatności sąsiadów niż o zdatności innych obywateli. Nie trzeba tedy, aby członków ciała prawodawczego wybierano ogólnie z całego narodu; lepiej jest, aby w każdej większej miejscowości mieszkańcy wybierali sobie przedstawiciela”¹⁰. Zdań tych zapewne Monteskiusz nie napisałby, gdyby już w I połowie XVIII wieku istniały i odgrywały odpowiednią rolę partie polityczne. To one bowiem w przyszłości (począwszy od II połowy XIX wieku) zdominują wybory parlamentarne i wszelkie inne, mające polityczne znaczenie. Zresztą wraz ze wzrostem znaczenia partii rosnąć będą także kontrowersje wokół ocen, jakie formułowano pod ich adresem. Zwracał na to uwagę już w latach 30-tych ubiegłego wieku Zenon Wachlowski: „Partię kocha się lub nienawidzi, uważa za dar lub dopust Boży, za

¹⁰ Ibidem, s. 173, 174.

przyczynę wszelkiego dobra lub wszelkich nieszczęść. W rządach partyjnych jedni widzą geniusz ludzki, inni widzą w »partyjnictwie« rozkład społeczeństwa i anarchię polityczną”¹¹.

Mimo tak różnych ocen formułowanych wobec partii politycznych, w szybkim tempie postępował ich rozwój wyrażający się zarówno w coraz większej ich ilości, jak i różnorodności ideowej, programowej i organizacyjnej. Można by też wskazać jedynie znikomą ilość poglądów zaprzeczających wielkiej roli, jaką partie odgrywały i nadal to czynią w tzw. upodmiotowieniu społeczeństwa (tworzeniu społeczeństwa obywatelskiego) oraz w spełnianiu funkcji ciała pośredniczącego między władzą państwową a obywatelami, czy też stwarzaniu platformy jednoczącej ludzi o podobnych poglądach na sprawy polityczne, społeczne – generalnie – publiczne.

W związku z takim ukształtowaniem się miejsca partii politycznych w procesie funkcjonowania państwa mniemać należy, że Monteskiusz nie wyrażałby postulatów dotyczących sposobu wyboru przedstawicieli w postaci wyżej zaprezentowanej. Bowiem to właśnie partie polityczne stały się głównymi instytucjami aktywnie (oraz mniej lub bardziej demokratycznie) wpływającymi na wszelkiego rodzaju wybory w państwie. Dylemat Monteskiusza: wybierać przedstawicieli „ogólnie z całego narodu”, czy też „w każdej większej miejscowości” został bowiem rozwiązany dzięki powstaniu partii politycznych wiele lat po rozważaniach zawartych w *Duchu praw*.

Jak to już stwierdzono, główna zasługa Monteskiusza (a i Locke’a) dla nadania znaczącej roli zasadzie podziału i równowagi władz polega na powiązaniu przedmiotowego i podmiotowego rozumienia tej zasady, czyli na uznaniu, że każdej z wyodrębnionych dziedzin funkcjonowania państwa (u Monteskiusza – ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej) odpowiadać winny odrębne a nie te same organy (grupy organów) państwa. Inaczej mówiąc, według Monteskiusza warunkiem koniecznym dla postawienia tamy nadużyciom ze strony ludzi władzy było istnienie organów państwowych wyposażonych tylko w niezbędne do realizacji wyznaczonych zadań kompetencje, organizacyjnie względem siebie jednak odrębnych.

Takie rozumienie podmiotowego charakteru zasady podziału i równowagi władz mogło wystarczać w czasach Monteskiusza, kiedy zarówno system organów państwowych, jak i innych instytucji funkcjonujących w państwie był stosunkowo wąski. A w każdym razie dość długo jeszcze nie miało być

¹¹ Z. Wachlowski, *Stronnictwa polityczne w państwie współczesnym*, Warszawa–Kraków, s. 1 (cyt. za M. Bartoszewicz, *Nadzór nad partiami politycznymi w polskim porządku konstytucyjnym*, Warszawa 2006, s. 6).

w tym systemie miejsca na partie polityczne, zwłaszcza te o masowym charakterze. Można było oczywiście mówić o różnego rodzaju koteriach dworskich, grupach wpływu, ale nie był to zinstytucjonalizowany system mogący „odkształcająco” wpływać na funkcjonowanie organów państwa.

Natomiast wraz ze wzrostem siły i oddziaływania partii politycznych na system organów państwowych coraz częściej zaczęto sobie stawiać pytanie o to, który z systemów: państwowy czy partyjny w sposób bardziej znaczący wpływa na funkcjonowanie państwa. O rosnącej roli partii politycznych w sposób najbardziej chyba wyrazisty można mówić wraz z tzw. konstytucjonalizacją partii, czyli zamieszczeniem (przynajmniej od końca II wojny światowej) w ustawach zasadniczych postanowień dotyczących właśnie partii. To był moment niejako formalnego wprowadzenia tych organizacji w obręb struktur oddziaływujących na podmiotową stronę zasady podziału i równowagi władz. Faktycznie zaś, mieliśmy z tym do czynienia znacznie wcześniej – przynajmniej od czasu, gdy funkcjonariusze partyjni w praktyce decydowali o personalnym składzie organów państwowych, czyli wówczas, gdy partie stały się de facto organizatorami wyborów do ciał przedstawicielskich (i nie tylko do nich).

Zasada podziału i równowagi władz stanęła niejako przed nowym wyzwaniem. Organy władzy stały się bowiem w pewnym sensie zakładnikami partii politycznych. Abstrakcyjnie pojmowana zasada monteskiuszowska przestała być wystarczającym zabezpieczeniem przed nadużywaniem władzy. Po pierwsze dlatego, że decyzje mogły być formalnie podejmowane przez organy państwowe (oddzielone od siebie i wzajemnie się hamujące), ale treść tych decyzji mogła pochodzić z zupełnie innego źródła – partyjnego. Po drugie, dlatego że – jeśli to partyjne źródło dyspozycyjne działa w odniesieniu do różnych kategorii organów państwowych, ale pochodzi od jednej i tej samej partii (koalicji partii) to taka sytuacja w istocie niweluje podmiotową stronę zasady podziału i równowagi władz. Najkrócej rzecz ujmując: jeśli ta sama partia rządząca (ewentualnie koalicja) decyduje o rzeczywistym funkcjonowaniu zarówno organów władzy ustawodawczej, jak i wykonawczej (w skrajnych przypadkach nawet sędowniczej) to tym samym przestaje działać system hamowania i równowagi między nimi – jądro zasady podziału i równowagi władz, mającej zapobiegać nadużyciu władzy. O tym, że takie niebezpieczeństwo powstało wraz ze wzrostem roli partii politycznych świadczą rozmaite środki zaradcze zmierzające do jego zminimalizowania. Tytułem przykładu wymienić można wymóg zrzeczenia się członkostwa w partii nałożony na sędziów, czy też istnienie opozycji w parlamencie.

Nie znaczy to, że zasada podziału i równowagi władz może być uznana za panaceum na wszelkie przejawy nadużywania władzy. Splot rozmaitych okoliczności może prowadzić do równoczesnego obowiązywania (przynajmniej formalnie) zasady podziału i równowagi władz i występowania – nawet na bardzo szeroką skalę – zjawisk nadużywania władzy. Wskazałem na – moim zdaniem – głównego winowajcę, czyli partie polityczne. Nie znaczy to jednak, że rola, jaką zyskały w ostatnich dziesięcioleciach partie musi zawsze prowadzić do swego rodzaju unieważnienia pozytywnych aspektów funkcjonowania zasady podziału i równowagi władz. W demokratycznie funkcjonującym systemie politycznym państwa partie polityczne mogą wręcz wspierać pozytywne efekty działania zasady monteskiuszowskiej. Kiedy zatem – najogólniej rzecz biorąc – można spodziewać się nasilenia zjawisk nadużywania władzy **mimo** istnienia w systemie konstytucyjnym państwa zasady podziału i równowagi władz?

Wydaje się, że może się tak stać (choć nie ma tu żadnego automatyzmu) przede wszystkim wówczas, gdy przez długi czas władza w państwie należy do jednej partii politycznej (bądź koalicji bardzo blisko współpracujących partii). Niebezpieczeństwo takie grozi nawet wtedy, gdy wybory odbywają się w myśl reguł demokracji. Dlaczego? Dlatego, że wśród nieustannie zwyciężskich partii wpływających na kadry i program działania organów państwowych wytworzyć się może (mniej czy bardziej uświadomiane) poczucie bezkarności a nawet monopolu na sprawowanie władzy.

Czy można wskazać konkretne przykłady tego rodzaju sytuacji? Wydaje się, że jest ich nie tak mało. Przykładem szczególnie ewidentnym na kontynencie europejskim są Włochy do około połowy lat 90-tych.

To kraj, którego konstytucja bez wątpienia oparta była i jest na zasadzie podziału i równowagi władz¹², choć ustawa zasadnicza Włoch nie mówi wprost o tej zasadzie, jako swoim fundamentie¹³. Nie jest to jednak sytuacja wyjątkowa a raczej reguła. Jak stwierdza Bogusław Banaszak: „Zasadę podziału władz ustanawiają *expressis verbis* jedynie nieliczne konstytucje (...). Inne czynią to w sposób dorozumiany i wynika ona z konstytucyjnej systematyki regulacji dotyczących organów państwa (...)”¹⁴. I tak właśnie jest w odniesieniu do Konstytucji Republiki Italii.

¹² Por. G. de Vergottini, *Diritto costituzionale*, Padova 2006, s. 418 i nast.

¹³ Z. Witkowski, *Ustrój konstytucyjny współczesnych Włoch*, Toruń 2004, s. 36.

¹⁴ B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Zakamycze 2004, s. 392.

Na czym polega „przypadek włoski” w dziedzinie oddziaływania na siebie trzech czynników: zasady podziału i równowagi władz, systemu partyjnego oraz nadużywania władzy. Otóż kluczową rolę w procesie narastającego nadużywania władzy przez rozmaite organy państwowe odegrała specyfika włoskiego systemu partyjnego. Specyfika ta sprowadzała się przede wszystkim do faktycznego zablokowania po 1948 roku możliwości udziału największej włoskiej partii opozycyjnej, tzn. Włoskiej Partii Komunistycznej w rządzie republiki. Równocześnie towarzyszył temu niemal monopol największej partii rządzącej (Chrześcijańskiej Demokracji) na udział we wszystkich rządach po tymże 1948 roku. Wchodzące zaś w skład ewentualnych koalicji partie były (z wyjątkiem Partii Socjalistycznej) na tyle małe, że w istocie nie zagrażały dominacji chadecji. Prowadziło to właśnie do utrwalającego się poczucia bezkarności włoskich partii rządzących (z chadecją i socjalistami na czele). Sytuacja ta trwała do początku lat 90-tych (upadek ZSRR i innych państw socjalistycznych w Europie Środkowo-Wschodniej). Utrzymywanie się przy władzy przez zbliżony układ partyjny przez ponad 40 lat, utrwał w członach tego układu (partiach) przekonanie, że to one decydują o najważniejszych sprawach w państwie, choć formalnie decyzje podejmowane były najczęściej przez rząd. Przekonanie to umacniane było także dominacją owego układu w obu izbach parlamentu włoskiego. Generalnie, w wytworzonej sytuacji mówienie o możliwości przeciwdziałania nadużyciom władzy przez samo istnienie zasady podziału i równowagi władz było raczej czystą fikcją.

A że nadużycia były ogromne świadczą o tym najlepiej procesy, które miały miejsce we Włoszech w toku tzw. akcji „czyste ręce” w latach 90-tych¹⁵. W sumie spowodowało to całkowitą niemal przebudowę włoskiego systemu partyjnego, odblokowanie tzw. „demokracji zablokowanej” lat 1948–1993.

Z dość podobną sytuacją mieliśmy do czynienia przez szereg dziesięcioleci w Meksyku. Tam rolę włoskiej chadecji w jeszcze bardziej dominujący sposób oraz przez jeszcze dłuższy czas odgrywała Partia Instytucjonalno-Rewolucyjna. Efektem takiej sytuacji w Meksyku były dość długotrwałe rozruchy społeczne i znaczący spadek zaufania do rządzącej klasy politycznej.

Natomiast nieco inaczej przedstawia się sytuacja w Japonii, gdzie także przez cały okres powojenny dominującą rolę w polityce odgrywa Partia Liberalno-Demokratyczna. Jednak różnica między Włochami i Meksykiem

¹⁵ Szerzej na ten temat: J. Wawrzyniak, *Transformacja systemowa we Włoszech*, w: *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 501–510.

a Japonią polega na tym, że w tym ostatnim kraju nie doszło (jak dotąd) do tak drastycznej kumulacji napięć, jak miało to miejsce w dwu pierwszych krajach. Wydaje się, że w Japonii tworzące się napięcia będące wynikiem nadużywania władzy przez jedną ekipę partii rządzącej są rozwiązywane niejako „na bieżąco” poprzez wymianę ekipy kierowniczej.

W tym świetle wydaje się, że można sformułować kilka uwag ogólniejszej natury, dotyczących użyteczności zasady podziału i równowagi władz dla przeciwdziałania nadużyciom władzy w warunkach funkcjonowania w państwie partii politycznych.

Zasada Monteskiusza nie może być uważana za wystarczające antidotum na występujące w gruncie rzeczy w każdym państwie tendencje ludzi władzy do jej nadużywania. Siła przeciwdziałająca omawianej zasadzie maleje w sposób znaczący, gdy w państwie przez długi okres władza należy do ludzi wywodzących się z tej samej partii, albo z partii ściśle i długotrwanie ze sobą współdziałających. Wtedy granice, które ludziom sprawującym władzę miały wytyczać reguły podziału i równowagi zostają albo złamane, albo przynajmniej poważnie zachwiane przez fakt przynależności formalnie podzielonych władz do tego samego źródła formułującego decyzje państwowe (albo przynajmniej ich projekty), czyli do partii politycznych. Jeśli partie te stosunkowo często zmieniają się u władzy (system alternacji) niebezpieczeństwo na tyle silnego zdominowania aparatu państwowego przez aparat partyjny, że partie tracą poczucie obawy przed kontrolą ze strony innych instytucji władczych jest znikome. Jeśli jednak brak systemu alternacji partii u władzy wspomniana obawa zanika i może (nie musi) dochodzić do (nawet znaczących) nadużyć władzy w przekonaniu, że szanse ich wykrycia są znikome. Na ogół jest to przekonanie na dłuższą metę mylne, ale szkody wyrządzone państwu i społeczeństwu mogą być znaczące. Wydaje się, że – w związku z tym – można (parafrazując Monteskiusza) stwierdzić, że „partie polityczne, które przez długi czas posiadają władzę, skłonne są jej nadużyć; posuwają się tak daleko, aż napotykać granicę”. Granicą tą jest najczęściej protest społeczny przywracający – prędzej czy później – wyeliminowanie podmiotów umożliwiających naruszanie zasady podziału i równowagi władz.

Czy partie polityczne wyczerpują katalog czynników zakłócających spełnianie przez zasadę podziału i równowagi władz jej głównej misji – przeciwdziałaniu nadużywania władzy? Oczywiście nie. Ale, według wszelkiego prawdopodobieństwa stanowią tego katalogu czynnik najważniejszy, przynajmniej we współczesnych państwach demokratycznych.

EWA POPLAWSKA

A New Paradigm of Consultations in the Law-making Process in Poland¹

Consultations are one of the forms of influencing the decisions made by public authorities, which form has not so far been either comprehensively regulated in statutory law or mentioned in the Constitution. References to consultations in the Polish law show that there is no coherent concept thereof, as demonstrated by the multiplicity and variety of eligible entities and the diversity of forms which are used. Public entities, the vast majority of them state ones, which, apart from non-public entities, are eligible to issue opinions on legislative bills, perform this task on the basis of other systemic and teleological arguments.

We can distinguish two generations of forms of consultations concerning legal instruments. The difference between them is not only the period when they were introduced, but also their axiological basis, expressed by a different optics of the relationship between the law-maker and an individual. The first generation includes consultations with public organizations, whose genesis goes back to the period of 'softening' the communist regime in 1980s, and consultations with bodies directly or indirectly responsible for the rule of law in the state (including the Prosecutor General, the Supreme Court, the National Council of the Judiciary). The second generation covers the new type of consultations referred to as public ones, which means that all parties concerned are able to express their opinions about the legislative bill in electronic form, which are made public (including opinions on legislative bills in the Senate, the President's Office and the Council of Ministers and drafts of local regulations). Public hearings may be included in this group.

¹ *Metamorfózy práva ve Střední Evropě IV. Žijeme v nejlepším z možných právních světů?*, red. F. Cvrček i H. Jermanová, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk s.r.o., Plzeň 2014 (wydane w 2015), s. 172–188.

A universal definition of issuing opinions about legal instruments may be formulated by paraphrasing a statement on regulatory impact assessment method, of which consultations with stakeholders are an element. Consultations are 'an expression of utilitarian approach to the law as an instrument for achieving social and economic goals'. They are a 'rationalizing' factor in the process of law-making, which enables 'avoiding inefficient regulations and counteracting the effects of information deficit, which adversely impacts the correctness of assessments'².

The essence of consultations is that a public authority asks selected entities for opinions on a specific topic, the opinions being of a non-binding character. In case of consultations conducted in connection with enacting laws, we can distinguish their three basic goals, the hierarchy of which goals depends on the adopted conception of the essence and purpose for which the law is enacted. Firstly, obtaining opinions about the drafted legal instrument from entities which will apply it in the future should serve filling it with content which takes into account the existing practice and expectations of the addressees and thus ensure the instrument's efficiency. Secondly, when the addressees of the future instrument participate in its preparation, this should result in strengthening the acceptance for it, internalizing it and consequently make them readier to observe its norms. And thirdly, inclusion of the parties concerned in the law-making process additionally legitimizes it, strengthening its legality³.

The aim of this text is answering the question about the meaning of consultations on legislative bills both in the parliament and at the pre-legislative stage, as well as in bodies of local authorities, with special focus on new regulations and practices in this field. It is necessary to place public consultations in the legal system of the Republic of Poland, especially against the background of fundamental constitutional principles, which express, among other things, the relationship between the state and an individual.

² Cf.: Wojciech Kozłowski, Marcin Matczak, Oskar Luty, *Ocena skutków regulacji a krajowy i wspólnotowy proces prawotwórczy* [Regulatory impact assessment and the national and Community legislative processes], in: Maria Kruk, Jan Wawrzyniak (eds.), *Polska w Unii Europejskiej* [Poland in the European Union], Zakamycze 2005, p. 179–180.

³ This corresponds to the modern conception of legitimacy of state authority, 'ensuring broad participation of citizens in the political process and their consent for the existing order'. Anna Młynarska-Sobaczewska, *Autorytet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej* [Authority of the State. The Law's Legitimizing Importance in a State Undergoing Systemic Transformation], TNOiK, Toruń 2010, p. 64.

Without expressly mentioning public consultations, the Constitution establishes strong grounds for using them. First of all, public authorities seeking citizens' opinions is a way of implementing of the principle of subsidiarity enshrined in the Preamble of the Constitution. It says that '[w]e, the Polish Nation, all citizens of the Republic [...], [h]ereby establish this Constitution of the Republic of Poland as the basic law for the State, based on respect for freedom and justice, cooperation between the public powers, social dialogue as well as on the principle of subsidiarity in strengthening the powers of citizens and their communities.' From the context of reference to the principle of subsidiarity in the Constitution's Preamble one may draw a conclusion as to the general axiology of the fundamental law. This law has a regulatory function over the relationship between the public and the state and setting the limit of the state's interference with public life⁴. In this context, legal scholars distinguish the vertical (territorial) and horizontal (functional) aspects of the principle of subsidiarity⁵. The first group refers to the suitable attribution of powers to levels of the hierarchically organized apparatus of public authorities (state and local ones), while the latter group, which includes consultations, does not concern the territorial range of operation, but its kind. Public authorities act when private entities prove inefficient, while reducing the use of powers resulting from authority and including the parties concerned in its execution⁶. In this sense the principle of subsidiarity is closely tied with the constitutional principles of civic society (Art. 12), in particular those of the status of self-governments of public trust professions (Art. 17 para. 1), social dialogue (Preamble) and dialogue between social partners as an element of the principle of social market economy (Art. 20).

The link between public consultations and the principle of subsidiarity is confirmed by the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, annexed to the Treaty on European Union

⁴ Mirosław Granat, *Zasada pomocniczości jako norma konstytucyjna. Czy wstęp do Konstytucji RP zobowiązuje? [Principle of subsidiarity as a constitutional norm. Does the Preamble to the Polish Constitution bind?]*, in: Jan Wawrzyniak, Marzena Laskowska (eds.), *Instytucja prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana prof. Marii Kruk-Jarosz*, [Constitutional Law in the Era of European Integration. Jubilee Book for Prof. Maria Kruk-Jarosz] Warsaw 2009, p. 63.

⁵ Francis Delpérée, *Observations liminaires* [in:] Francis Delpérée (ed.), *Justice constitutionnelle et subsidiarité*, Bruxelles 2000, p. 22–23.

⁶ Ewa Popławska, *Funkcionalni aspekt ústavni zásady subsidiarity v polském právu* in: Zdeněk Masopust, Helena Jermanová (eds.), *Dvacet let poté: Právo ve víru metamorfoz*, Praha–Plzeň 2010, p. 150–151.

and the Treaty on the Functioning of the European Union. Obliging every EU institution to ensure constant respect for the principles of subsidiarity and proportionality, as laid down in Article 5 of the Treaty on European Union, the Protocol also stipulates that '[b]efore proposing legislative acts, the Commission shall consult widely. Such consultations shall, where appropriate, take into account the regional and local dimension of the action envisaged. In cases of exceptional urgency, the Commission shall not conduct such consultations. It shall give reasons for its decision in its proposal'⁷. Information about the consultations that were held should be included in the reasons for a proposal of a legislative instrument, while any shortcomings in this field are considered, in the light of case law of the Court of Justice of the European Union, manifestations of formal defects of the instrument and may result in repealing it. As early as in the 'European Governance – A White Paper' of 2 July 2001 and especially in the Interinstitutional Agreement adopted soon afterwards, it was recognized that the philosophy of governance in the EU needed change by making it more public, among others by taking into account participation of social partners, including NGOs in the creation of laws, in order to prevent alienation of the decision-making process. The White Paper pointed out the need to base 'good governance' in the EU on the principle of social partners' involvement in the drafting of EU law starting from the regulations' conceptual phase⁸.

The idea of consulting a draft legislative instrument is also consistent with the principle of a democratic state ruled by law. Although in the 1920s Robert von Mohl obviously did not postulate making the process of enacting laws more public, but there are no doubts that it is the opposite or arbitrary actions of the state as the law-maker and an instrument of ensuring protection for citizens' trust in the state and the laws enacted by it. In line with the case law of the [Polish] Constitutional Court, this principle is also referred to as the principle of loyalty of the state to the addressee of legal norms. It is expressed by enacting and applying laws in such a way that they do not become traps for the citizen; citizens should be able to conduct their affairs trusting that they do not expose themselves to legal effects which could not be foreseen at the time when such decisions were

⁷ Protocol (No. 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality C 83/206 PL OJEU of 30 Mar. 2010.

⁸ C 231/01 OJEU of 16 Dec. 2003. Cf. more broadly: Ewa Popławska, *Standardy tworzenia prawa w Unii Europejskiej* [Standards of enacting laws in the European Union], in: Maria Kruk, Jan Wawrzyniak (eds.), *Polska w Unii Europejskiej, op. cit.*, p. 163–177.

made and that their actions are consistent with the laws in force and will be recognized by the legal order also in future. The new norms adopted by the legislator cannot surprise their addressees, who should have enough time for adjustment to the amended regulations and for making decisions as to the future actions without being rushed⁹. All the more so, being consulted in the process of creating new regulations and being able to influence them corresponds with this principle.

Identifying public consultations with the principle of 'sovereign power of the Nation, all citizens of the Republic', as some legal academics do, arouses a number of doubts¹⁰. The fact that they are a basic instrument of deliberative democracy, which is only starting to grow in Poland and which does not have constitutional grounds, does not change the fact that in the light of the Polish fundamental law they cannot be identified with the Nation's exercise of its sovereign rights. The second paragraph of Art. 4 of the Constitution mentions two forms of exercising sovereign authority, with the direct form having a secondary, supplementary character vis-à-vis representative government¹¹. Ascribing a similar function to public consultations and recognizing them as the third, not expressly mentioned, form of exercise of the sovereign's power, just like classifying them as a mechanism of accomplishing direct democracy, does not seem correct¹². By their very nature, consultations are not binding, in addition they are conducted

⁹ Cf. Polish Constitutional Court judgment of 15 Feb. 2005, file No. K 48/04.

¹⁰ Mariusz Gulczyński, *Zasada zwierzchnictwa narodu [Principle of nation's sovereign power]*, in: Wojciech Sokolewicz (ed.), *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warsaw 1998, p. 114–115.; Marek Sobolewski, *O pojęciu suwerenności ludu [On the notion of people's sovereignty]*, in: *Księga pamiątkowa ku czci Konstantego Grzybowskiego [Konstanty Grzybowski's Commemorative Book]*, Kraków 1971, p. 241–242 quoted with a critical commentary by Marcin Kudej, *Problematyka konstytucyjnej zasady suwerenności ludu [Problems of the constitutional principle of people's sovereignty]*, in: Eugeniusz Zwierzchowski (ed.), *Podstawowe pojęcia pierwszego rozdziału Konstytucji RP [Basic Notions of the First Chapter of the Polish Constitution]*, Katowice 2000, p. 56–57.

¹¹ This standpoint was assumed by the Constitutional Court in judgment of 27 May 2003, file No. K 11/03.

¹² The thesis that public consultations are a form of direct democracy is promoted, among others, by Andrzej Piasecki, *Demokracja bezpośrednia w Polsce po 1989 roku [Direct democracy in Poland after 1989]*, "Przegląd Sejmowy" 2006, No. 1, p. 25 and Marta Banat, *Konsultacje społeczne w samorządzie terytorialnym [Public consultations in local self-government]*, "Samorząd Terytorialny" 2014, No. 1–2, p. 13. On this basis the latter author draws a conclusion relating to the binding force of consultations: 'Due to the fact that public consultations are one of the forms of direct democracy, which enables citizens' participation in making decisions which affect them directly, their result should be taken into account in decision-making processes.' *Ibid.*, p. 24.

not as a general principle, but only in specific cases, which are decided on by state authorities either introducing the duty to hold them in a legislative instrument (mandatory consultations) or ordering them in separate cases (optional consultations)¹³. With respect to the function and character of public consultations, the Constitutional Court held unequivocally in the judgment of 19 November 1996 that 'enacting laws is, by virtue of the Constitution, a power of the Sejm, while the role of entities which were granted the right to give opinions is limited to expressing a standpoint so as to allow the Sejm to learn it'¹⁴.

The mechanism of public consultations was introduced into the Polish legal order by the Act of 6 May 1987 on Public Consultations and Referendum, which, as the historical context has changed, cannot be a valuable point of reference for these reflections¹⁵. In the current state of law mandatory and optional public consultations on a local scale are provided for by the statute regulating the system of local self-government. In case of municipal self-government, the consultations concern establishing, dividing or abolishing municipalities and determining their boundaries, granting the status of town/city to municipalities or localities and determining the boundaries thereof, determining or changing the names of municipalities and registered offices of their authorities and establishing auxiliary units. As the relevant changes of status, boundaries, registered offices are regulated in a Regulation of the Council of Ministers, the statute obliges the minister in charge of public administration to first seek the opinions of the municipal councils concerned, which in turn hold the relevant consultations with

¹³ One should agree with a statement by Kazimierz Działocha that 'although it does not mean that, not institutionalized in the constitution in the form of representative and direct democracy, those manifestations of civic activity are on an equal footing in the process of exercising power with the forms of democracy which are institutionalized in the constitution. It is only acts undertaken as within the framework of representation or direct democracy that are acts of the nation's sovereign power, state authority in the strict sense of this word. It is only them that are capable of shaping the activity of state authorities and the duties of citizens.' *Idem, Komentarz do artykułu 4 [Commentary on Art. 4]*, in: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz [Constitution of the Republic of Poland]*, L. Garlicki (ed.), vol. V, Warsaw 2007, p. 22.

¹⁴ Constitutional Court judgment of 19 Nov. 1996, file K 7/95; also CC judgment of 28 Nov. 2007, file No. K 39/07.

¹⁵ Polish official gazette Dz.U. No. 14 item 83 as amended. The Act does not provide for a duty to hold consultations in any situation. It defines 'citizens' as the subject to be consulted and their subject-matter is limited to 'pivotal' issues, that is, ones important for the development of the country, a certain area or citizens' interests and living conditions.

inhabitants¹⁶. The Act on County Self-Government provides for a duty to hold consultations in similar situations¹⁷. Both the aforementioned statutes, as well as the Act on Provincial Self-Government, permit holding consultations in 'in situations provided for in statutory law and in other important matters' of the given unit of local self-government¹⁸. In such a case the principles and procedure of holding consultations with inhabitants are determined by a resolution of the relevant decision-making body of local self-government¹⁹. These provisions result from obligations assumed by the Republic of Poland by ratification of the European Charter of Local Self-Government²⁰.

The obligation to hold public consultations on a local scale results also from the Act on the System of Government of the Capital City of Warsaw (establishing an auxiliary unit)²¹, the Act on Official Names of Localities and Physiographic Features (application for determination, change or abolition of an official name or opinion concerning determination, change or abolition of an official name)²², the Act on National and Ethnic Minorities and on Regional Language (application for determination of additional

¹⁶ Art. 4a and 4b of the Act of 8 Mar. 1990 on Municipal Self-Government, Dz.U. 2013 item 594, consolidated text as amended.

¹⁷ Art. 3a, 3b and 3c of the Act of 5 Jun. 1998 on County Self-Government, Dz.U. 2013 item 595, consolidated text as amended.

¹⁸ Disputes among academics are caused by the expression 'important matter' of the local community, which does not clarify whether the subject-matter of consultations must be within the powers of local self-government. Marta Banat convincingly advocates the broad interpretation of the term, due to, among other things, lack of an express provision limiting the scope of consultations, like in the provision concerning the local referendum and the relevant provision of the European Charter of Local Self-Government. Marta Banat, *op. cit.*, p. 14–15.

¹⁹ Art. 10a of the Act of 5 Jun. 1998 on Provincial Self-Government, Dz.U. 2013 item 596, consolidated text as amended.

²⁰ Cf. respectively Art. 5 of the European Charter of Local Self-Government, concerning protection of the boundaries of local communities: 'Changes in local authority boundaries shall not be made without prior consultation of the local communities concerned, possibly by means of a referendum where this is permitted by statute' and Art. 4 para. 6, concerning the scope of operation local self-government: 'Local communities [the French text speaks of 'les collectivités locales', while the official English version mentions 'local authorities'] shall be consulted, insofar as possible, in due time and in an appropriate way in the planning and decision-making processes for all matters which concern them directly.' Dz.U. 1994, No. 124 item 607.

²¹ Art. 5 para. 2 of the Act of 15 Mar. 2002 on the System of Government of the Capital City of Warsaw, Dz.U. 2002 item 361 as amended.

²² Art. 8 paras. 2 and 3 of the Act of 19 Aug. 2003 on Official Names of Localities and Physiographic Features, Dz.U. 2003 item 1612.

name of locality or physiographic feature)²³ and, additionally, from the Act on Making Available Information about the Environment and its Protection, Participation of the Public in Environmental Protection and on Environmental Impact Assessments (matters relating to environmental protection)²⁴ and the Act on Public Benefit and Volunteer Activity (scope of activity in the sphere of public measures)²⁵. But mandatory consultations are an exception to the rule of holding consultations when the relevant decision-making body of local self-government so decides.

In September 2013 the Speaker of the Sejm received the presidential bill on cooperation in local self-government for local and regional development and on amendments to certain acts, One of the bill's aims was to 'strengthen the foundations for cooperation of inhabitants for local and regional development'²⁶. The bill contains elements of definition of public consultations, which are universal in nature. Consultations were defined as a 'method of obtaining opinions of the self-governing community on important matters concerning said community, especially when the law provides for an obligation to hold consultations', with the reservation that 'results of consultations are not binding for the municipal authorities' (Art. 47 para. 6 of the bill). What is characteristic is that the bill's author mentioned in the reasons that he was motivated by the intention to modify provisions on self-government in order to realise 'efficient state serving its citizens', among other things by making the legislative process more public. He also referred to inspiration of the 'good governance' model, that is, standards of desirable ways of discharging public tasks, developed e.g. by

²³ Art. 12 para. 7 subpara. 1 and Art. 13 para. 1 of the Act of 6 Jan. 2005 on National and Ethnic Minorities and on Regional Language, Dz.U. 2005 No. 17 item 141.

²⁴ A number of provisions of the Act of 3 Oct. 2008 on Making Available Information about the Environment and its Protection, Participation of the Public in Environmental Protection and on Environmental Impact Assessments, Dz.U. 2008 No. 199 item 1227 as amended.

²⁵ Art. 3, 4, 5 and 5a of the Act of 24 Apr. 2003 on Public Benefit and Volunteer Activity, Dz.U. 2003 No. 96 item 873 as amended.

²⁶ Art. 1 para. 1, parliamentary print No. 1699/VII term of office. The bill contains a detailed regulation of the mechanism of public consultations at municipal level, introducing consultations requested by inhabitants of the municipality; makes the scope of entities to be consulted more flexible (not only inhabitants are eligible for consultations, depending on needs consultations can be limited to a group of inhabitants selected on the basis of a specific criterion); determines the powers of entities in the field of initiating and holding consultations; and clarifies the scope of matters to be decided by a resolution of the municipal council in the matter of holding consultations.

the United Nations. They emphasise creating the possibility for all citizens participating in the government process, through discussion, dialogue and deliberation²⁷. The bill is at the stage of parliamentary work: a public hearing took place and the Council of Ministers submitted its opinion²⁸.

At the national level, like the aforementioned European Charter of Local Self-Government at the level of local authorities, the obligation to hold public consultations was introduced as a result of international obligations. In 1997 OECD states implemented the programme of regulatory reform, part of which was introduction of regulatory impact assessment, including consultations with the entities concerned, as a permanent element of the legislative process. At the time when Poland was harmonizing its legal order to the requirements of the forthcoming accession, the European Union adopted a similar strategy of building 'European governance'. The first result of its implementation in Poland was addition in the Rules of the Council of Ministers of the duty to conduct assessments of the regulatory impact of governmental legislative bills, including e.g. identification of the entities affected by the legislative instrument and the results of consultations held²⁹. Currently the obligation to seek opinions of the entities interested in the decision on a given issue prior to the Council of Ministers taking a decision to prepare a bill is provided for in the Principles of Legislative Technique³⁰, while the Council of Ministers' Work Rules require appending to the bill the reasons, including an assessment of the regulation's impact, which 'presents the results of assessment of socio-economic impact of the drafted normative instrument and includes, among other things, information about consultations held before preparing the bill, as well as

²⁷ According to the bill's justification: 'Making decisions and taking measures in public administration must be characterized by the involvement of all parties concerned, respect for laws, transparency, is must answer the public needs, strive to achieve consensus, take into account minority votes, be efficient and also responsible to the society in the broad sense. The cornerstone is participation: all citizens should be able to participate in the process of governing, because it is the only way to set goals important for the society as a whole. (cf.: *What is good governance?*, UNESCAP). This model corresponds on level of political theory to deliberative democracy, whose principles are discussion, dialogue and deliberation as a way of shaping the public will and opinion.'

²⁸ *The bill was not adopted because of the expiry of the term of office of the Sejm in November 2015 (the principle of discontinuation).*

²⁹ § 10 para. 6 of the resolution of the Council of Ministers of 19 Mar. 2002. Rules of the Council of Ministers, official governmental gazette M.P. No. 13 item 221.

³⁰ 'Principles of Legislative Technique', schedule to Regulation of the Prime Minister of 20 Jun. 2002 on the Principles of Legislative Technique, Dz.U. No. 100 item 908.

the scope of public consultations and opinions about the bill, including the duty to obtain opinions from certain entities, provided for in separate provisions³¹.

Those recently introduced principles result from the programme 'Better Regulations 2015', adopted by the Council of Ministers upon the initiative of the ministries of economy and of administration and digitalization³². The programme's title refers to the title of the European Commission's annual reports on the observance of principles of subsidiarity and proportionality. Two out of three goals of the programme are particularly closely connected with the issue of consultations: 'transparent enactment of laws efficiently solving real problems' and 'improved communication with stakeholders'. The programme is the Polish equivalent of *Better/Smart Regulation* initiative, carried out in the field of EU law by the European Commission and continued at national level by all EU Member States³³.

Part 6.III. of the programme is devoted to improved communication with stakeholders and particularly streamlining the public consultation process. The task is to be achieved, by e.g. providing access to reliable information, developing forms in which the authorities ask the public for opinions, dialogue initiated by both public authorities and the public, as well as partnership assuming division of responsibilities and cooperation between the authorities and representatives of the public at each stage of the decision-making process³⁴. The Council of Ministers pointed out the need for continued and good-faith observance of the applicable laws, including the Act of 23 May 1991 on Trade Unions, the Act of 23 May 1991 on Employer Organizations, the Act of 6 July 2001 on the Tripartite Commission for Socio-Economic Matters and Provincial Commissions of Social Dialogue, all of which provide for mandatory consultations of legislative

³¹ § 28(2) of the resolution of the Council of Ministers No. 190 of 29 Oct. 2013 Work Rules of the Council of Ministers, M.P. item 979.

³² Communiqué of the Minister of Economy of 12 Apr. 2013 about the Council of Ministers' resolution in the matter of adopting a development programme entitled 'Better Regulations', M. P. of 2013, item 341.

³³ <http://www.mg.gov.pl/Prawo%20dla%20przedsiębiorcy/Program%20Lepsze%20regulacje%202015>.

³⁴ Witold Michałek, *Zwiększenie uczestnictwa strony społecznej w procesie stanowienia prawa – najlepsze praktyki europejskie [Increasing Participation of the Public in the Legislative Process: Best European Practices]*, material from the 5th expert seminar *Dobre praktyki w zakresie stanowienia prawa [Good Practices in the Field of Legislation]*, which was held on 12 Dec. 2011 as part of the Public Debate Forum at the Office of the President of the Republic of Poland.

bills. The practical implementation of the programme, coordinated by the Ministry of Economy and the Ministry of Labour and Social Policy includes, without limitation, developing IT communication tools (online consultation system), setting up a website enabling employers to participate in improving economic regulations, adopting a NGO cooperation programme, using working meetings with the stakeholders as one of the forms of gathering opinions and information, as well as creating a list of entities involved in the process of consulting drafts of governmental documents.

A detailed discussion of the solutions adopted so far is impossible due to the limited size of this text, but according to the report entitled 'Drafting and consulting governmental bills' prepared by the Stefan Batory Foundation, relatively comprehensive and promising legal regulations on the mechanism of consultations at governmental level have been adopted and in order to ensure their efficiency it is necessary to consistently implement organizational changes in ministerial administration and to improve staff qualifications. Report authors indicate the need for comprehensive statutory regulation of the whole legislative process, which would enable avoiding discrepancies and actual gaps in respect of other entities' participation in the process. But this request has slim chances of being put into practice, because the dominant view among the Polish constitutional law scholars is that autonomy of individual bodies, especially the houses of the parliament, takes priority and that 'binding them by statute' as to the procedure to be followed would not be appropriate³⁵.

The aforementioned new instruments of making governmental work on drafts of acts and implementing regulations more public demonstrate coherent assumptions and consistency of the Council of Ministers. Pursuant to the Polish Constitution, the right of legislative initiative is enjoyed, apart from the government, by the President, the Senate (whole house), groups of at least 15 deputies and committees of the Sejm, as well as at least 100,000 citizens having the right to vote in elections to the Sejm (people's legislative initiative). These entities, in various forms and to different extents, allow the organizations and individuals concerned to express their views on the

³⁵ Grażyna Kopińska, Grzegorz Makowski, Piotr Wąglowski, Marcin Michał Wiszowaty, *Tworzenie prawa i konsultowanie rządowych projektów ustaw. Raport z badania nad sposobem prowadzenia konsultacji publicznych i tworzenia dokumentów towarzyszących rządowym projektom ustaw w 2012 roku* [Enacting Laws and Consulting Governmental Bills. Report about Research on the Manner of Holding Public Consultations and Creating Documents Accompanying Governmental Bills in 2012], Stefan Batory Foundation, Warsaw 2014.

drafted acts, which results from their systemic character and their policy of openness.

The catalogue of entities which are consulted is very diverse. Various acts provide for holding mandatory consultations with some 40 entities whose names are specified and around 20 categories (capacious notion defining their character) of organizations and bodies. It is a highly heterogeneous set and the powers to issue opinions were granted in various periods. In addition most entities were identified in the statutes by proper names, e.g. 'Office of Attorney General of the Treasury', 'Parliament of Polish Students' or 'Polish Committee for Standardization', while others by generic names, e.g. 'farmers' chambers', 'socio-professional organizations of farmers' or 'consumer organizations'. In the latter case statutes usually specify in more detail what entities belong to a given category, but sometimes very unclearly, shifting the burden of their identification to the author of the bill.

The eligible entities into 'institutions' and 'organizations' can also be roughly classified on the basis of the Senate's Rules³⁶. Simplifying the issue, one can say that the first group includes entities which, exercising state authority, were made guardians of certain interests and values and when such interests and values are also protected in legal instruments ranking above statutes they have the additional task of safeguarding the conformity of any new laws to them. Entities from the latter group, which represent mainly certain groups and professional interests, safeguard their protection in the bill, including the possibility of signalling the bill's inconsistency with higher-ranking instruments.

The Sejm's Rules introduce, in Art. 34 para. 3, a differentiation of entities due to the requirements pertaining to the reasons for the bill in the area of consultations. The provision stipulates that 'the reasons shall also present the results of consultations and information about the presented versions and opinions, especially if the obligation to seek such opinions results from statutory provisions. In case of committees' and MPs' bills, for which no consultations were held, the Speaker of the Sejm prior to submission for the first reading shall send the bill for consultations according to the procedure and principles specified in separate statutes'³⁷. This means a differ-

³⁶ Cf.: Radosław Tymiński, *Informacja prawna na temat podmiotów ustawowo uprawnionych do opiniowania projektów ustaw [Legal information about entities with statutory right to issue legislative bills]*, document of the Analysis Bureau of the Office of the Sejm of 2 Sep. 2011, ref. No. BAS-WEP-1174/11.

³⁷ Resolution of the Sejm of the Republic of Poland of 30 Jul. 1992 – Rules of the Sejm of the Republic of Poland, M.P. 2012, item 32, consolidated text as amended.

entiation between 'Sejm' and 'extra-Sejm' holders of legislative initiative. The Rules permit the former – Sejm committees and groups of MPs – to submit bills with incomplete reasons, while the Speaker, who has the option to return the bill on the grounds of it being incomplete (Art. 34 para. 7), does not use this power, but submits the bill for the consultations required by the law.

For understandable reasons, the procedure according to which the President prepares legislative motions is not regulated in any legal instrument, in particular it is not defined the By-Laws of Office of the President of the Republic of Poland, which are limited to regulating its structure³⁸. It is somewhat paradoxical that the President, who made perfecting legislation his priority and was the patron of preparing the 'Green Paper: System of enacting laws in Poland' with the participation of experts and NGOs, not only fails to comply very diligently with the statutory requirement of holding consultations on bills, but even does not hold public consultations³⁹. And the Paper, which was to inspire public discussion on, among other things, making the legislative process more public, contained an appendix being a short online questionnaire, which enabled all parties concerned to express opinions about the diagnoses and recommendations presented in the Paper.

In the Senate's case, the Rules formulate in Art. 77 para. 2 requirements, very similar to those in the Sejm's Rules, concerning the contents of the reasons for the bill to be discussed by the this house of the Parliament⁴⁰. Before the first reading of the bill, the Chairperson of the Legislative Committee asks the relevant institutions and organizations for their opinions about the bill if the obligation results from the domestic or EU law. At the same time the bill is submitted for public consultations using the Senate's website. The new Art. 79a paras. 2 and 3 of the Senate's Rules, which entered into force on 20 July 2013, provide for open public consultations of bills submitted to the Speaker of the Senate and the possibility of public hearing with respect to the Senate's legislative initiatives. Anyone interested in the Senate's legislative initiative can express his or her opinion about the pro-

³⁸ Schedule to Order No. 1 of the President of the Republic of Poland of 28 Mar. 2006 – By-Laws of the Office of the President of the Republic of Poland, as amended.

³⁹ For example, a presidential bill to amend the Act on the Protection of Farm Land and Forests was submitted to the Speaker of the Sejm on 10 December 2014 bypassing the required consultations.

⁴⁰ Resolution of the Senate of the Republic of Poland of 23 November 1990 – the Rules of the Senate, M.P. 2010, No. 39, item 542, consolidated text as amended.

posed regulation and present his or her remarks using a form which can be found in 'Public Consultations' tab of this house's website, at a time which permits taking them into account during the first reading of the bill at this Committee's meeting⁴¹.

Due to the requirements of Art. 24 of the Act on Personal Data Protection, there were modifications to the principles of providing the particulars of the person giving an opinion on the bill⁴². The Senate's Office was identified as the administrator of data provided in the consultation form; additionally, both the contents of remarks on the bill and the name of the person submitting them were held to be public information. This has a decisively positive influence on the importance and form of remarks which are submitted.

The Senate's Rules (Art. 80 para. 1b) regulate also the public hearing in a way similar to public hearing in the Sejm, but they do so without any prompt because the Act on Lobbying in the Legislative Process does not mention the second house⁴³. The committees examining the draft of the Senate's legislative initiative can adopt a resolution in the matter of a public hearing, which is published on the Senate's website at least 21 days before the day of the hearing. The right to take part in a public hearing is enjoyed by anyone who notified the committees of such an intention at least 7 days before the day of the hearing, indicating among other things the interest which he or she intends to protect with respect to the given regulation or the legal solution whose inclusion he or she will request (Art. 80a).

In case of people's legislative initiative the statute which regulates it provides that 'the bill submitted by the citizens shall comply with the requirements laid down in the Constitution and in the Rules of the Sejm of the Republic of Poland and in this Act' (Art. 4 para. 1), confirming that the burden of holding the consultations and presenting their results is borne by the promoters⁴⁴.

Summarizing, the Sejm's Rules do not provide for the Speaker replacing 'extra-Sejm' promoters of the bill in submitting the bill for consultations. The duty to submit to the Speaker a bill together with the reasons, including information about the results of consultations, follows indirectly from the

⁴¹ <http://www.senat.gov.pl/formularz-konsultacyjny/>.

⁴² Dz. U. of 2014, item 1182 consolidated text.

⁴³ Act of 7 Jul. 2005 on Lobbying in the Legislative Process, Dz. U. of 2005, item 1414.

⁴⁴ Act of 24 Jun. 1999 on Citizens' Exercising the Legislative Initiative, Dz. U. No. 62, item 688.

Sejm's Rules, which in Art. 112 stipulate the 'manner in which state authorities exercise their constitutional and statutory obligations to the Sejm', while the basic source of these obligations is separate statutes providing for the right of certain entities to issue opinions about bills, imposing at the same time the relevant obligation on the authors of bills.

The Sejm's Rules, in Art. 34 para. 3, expressly indicate the two possible kinds of consultations concerning bills: mandatory ones, conducting which is a statutory duty, and optional ones, in which case consultations are held by the bill promoter voluntarily. This is demonstrated by the expression 'in particular'. Non-obligatory consultations may be helpful in gathering knowledge about the 'actual state of affairs in the area to be regulated', the 'need to enact a statute' and in particular the 'anticipated social, economic, financial and legal results' of the instrument (cf. mandatory elements of reasons for the bill in Art. 34 para. 2). In both cases the entity vested with legislative initiative is obliged to provide information about the results of consultations. The Rules introduce a differentiation between two types of consultations inasmuch as they oblige the Speaker of the Sejm (the provision uses the present tense) to submit 'Sejm' entities' bills for mandatory consultations if these entities failed to comply with this obligation themselves and, a contrario, does not provide for such a duty if the consultations are not required by a separate statute, but only desirable for the promoter of the bill. This does not mean, however, that the Speaker does not have the right to approach the identified organization or body for its opinion on such a bill.

In the light of the Sejm's Rules, the conditions for admitting a bill to work in the Sejm should be the same for all bill promoters. Yet the practice clearly shows that the Speaker has a less strict approach to 'Sejm' bills, which are consulted observing less stringent requirements than at the level of the Council of Ministers or even omitted. This led to the emergence of a regrettable practice of groups of MPs from the majority coalition presenting bills which actually come from the Council of Ministers in order to bypass the consultation procedures, which are observed by the government more rigorously. This shows the correctness of the request for comprehensive statutory regulation of the legislative procedure, including consultations of legislative bills.

Consultations of legislative bills held with various entities have an important role to play in ensuring high quality of the laws enacted by the Sejm, regardless of the character of those entities. What gives rise to doubts is lack of an unequivocal concept of such opinion-giving activity, which is

demonstrated by the randomness of the list of eligible entities, as well as lack of homogeneity of using invitations to optional consultations. Moreover, it would be desirable for the method of public consultations to be extended to other holders of legislative initiative: make it possible for all those interested in the scope of the planned regulation to speak their minds using the Internet. As shown by the example of the Senate, the method of revealing personal data improved the content-related level of the entries. In order to increase the efficiency of online consultations it is worthwhile to disseminate information about them, for example, through advertisements on public media, because so far familiarity with them is very limited and the number of entries is small.

Going back to the goals of consultations of the mechanism of legislative bills identified at the beginning, creating their legal 'instrumentarium', for the time being at the level of the Council of Ministers and the Senate, is an argument in support of recognizing the legislative process as legitimized from the legislator's point of view. In order for the remaining goals – enhanced efficiency of the law by making the legislative process more public and identification of the addressees with the norms – to be achieved we need a broader participation of those concerned, the determining factor being the friendly regime of holding consultations (including appropriately long deadlines for presenting opinions, clarity of the bill's text and intentions of the promoter, broad availability of information about holding them), but first and foremost the citizen's trust in the state, for which trust everyday experiences are of pivotal importance.

The Principle of Equality as a Basis for Constitutional Complaint¹

The admissibility of a constitutional complaint based on the infringement of the principle of equality provided for in Art. 32 of the Constitution, without referring at the same time to specific freedoms and rights, was resolved for the first time by the Constitutional Tribunal (CT) in its decision dated 24 October 2001². The Tribunal adopted the view that this principle is not a touchstone by which to measure constitutionality. It may raise doubts evidenced by the dissenting opinions of the justices. The aim of this article is to present arguments both for lodging a complaint based solely on the principle of equality and against it.

In order to discuss the arguments for the complaint as outlined above it is necessary to take a closer look at the place of the constitutional complaint in the Polish legal system and the meaning of the constitutional principle of equality.

According to the provisions Art. 32 of the Constitution of the Republic of Poland, all persons are equal before the law and all persons have the right to equal treatment by public authorities. Art. 32 prohibits discrimination and applies to all within the jurisdiction of the Polish state. It was formulated by the Constitutional Tribunal which stated that „since in the new Polish Constitution the legislator used, with respect to the scope of the principle of equality, the terms „all persons” and „no one”, in place of terms previously used („citizen”, „human being”), it cannot be said, as it was possible under Art. 67 sec. 2 of the constitutional provisions, that today this principle applies only to citizens. It should rather be assumed that subjects of the principle of equality under Art. 32 include „all persons”, to include

¹ „Krytyka Prawa” 2011, tom 6(1), s. 117–129.

² Decision of 24.10.2001, SK 10/01, OTK 2001, No. 7, item 225.

natural and legal persons”³. The principle set out in Art. 32 sec. 1 is a *lex generalis* in relation to other constitutional provisions on equality⁴.

Under the said principle similar entities in similar situations should be treated similarly, whereas different entities should be treated differently. Equality between two or more entities lies in their affiliation to at least one class distinguished by a specific relevant feature⁵. Depending on the criterion entities can be categorized as the same class⁶. As L. Garlicki⁷ put it, the key is to find a „relevant feature” that determines whether comparable entities are similar or different. If it is established that law does not treat similar entities similarly, the next question is whether such differentiation is admissible under the principle of equality⁸. One should consider its various aspects. Interpretation of „all persons shall have the right to equal treatment by public authorities” is debatable in the light of what the Tribunal has said. Decoding Art. 32 sec. 1 makes it possible to answer the question whether it contains a subjective right and, consequently, whether it can be the basis of a constitutional complaint⁹. Equality in law means that the said principle must be taken into account in interpretation of law¹⁰. Equality is also one of the principles of the system of rights and freedoms. Hence, as L. Garlicki¹¹ observed, it should be considered strictly in connection with the principle of human dignity and the principle of freedom.

A constitutional complaint serves the protection of fundamental rights of individuals. However, its definitions vary. One can say that „the constitutional complaint an instrument serving a natural or legal person (under private or public law) for the protection of its fundamental civil rights, infringed by the acts of public authorities, by way of special proceedings before a constitutional court”¹². It does not protect against infringing on constitutional

³ Decision of 24.2.1999, SK 4/98, OTK 1999, No. 2, item 24.

⁴ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Liber, Warsaw 2008, pp. 94 et seq.

⁵ W. Sadurski, *Równość wobec prawa*, Państwo i Prawo 1978, No. 8–9, p. 52.

⁶ L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do art. 32 Konstytucji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warsaw, p. 6.

⁷ L. Garlicki, op. cit., p. 7.

⁸ Ibidem.

⁹ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do art. 32*, Warsaw 2009.

¹⁰ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warsaw 2008, p. 94.

¹¹ L. Garlicki, op. cit., p. 11.

¹² B. Banaszak, *Sądownictwo konstytucyjne a ochrona podstawowych praw obywatelskich RFN, Austria, Szwajcaria*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1990, p. 104.

rights and freedoms by lack of activity¹³ or lack of regulation¹⁴. Its definition includes an obligation to exhaust all legal remedies prior to filing¹⁵. Art. 79 of the Constitution stipulates that everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for a judgment on the conformity to the Constitution of a statute or another normative act on the basis of which a court or a body of public administration has made a final decision on his/her freedoms or rights or on his/her obligations specified in the Constitution. There are two interpretations of the constitutional complaint. According to the first one, the grounds for complaint are limited to an allegation that the infringing decision was based on an unconstitutional provision, thus becoming a complaint against a norm – which is a narrowing construction¹⁶. A broader construction allows to allege that the judgment itself was in breach of the Constitution, making it a complaint both against a norm and a judgment¹⁷. The Polish model of a constitutional complaint includes the admissibility of lodging a complaint against an unconstitutional act, following a narrow interpretation.

Among the basic elements of a constitutional complaint the first is a person entitled to lodge the complaint. The second is the scope of „constitutional rights or freedoms” which is the basis of the constitutional complaint, and a model of control of constitutionality. The third is „finality” of the infringing judicial or administrative decisions. Finality speaks of a subsidiary nature of the constitutional complaint¹⁸. Another element of a complaint is its objective scope, i.e. specification of a statute or another normative act that was the basis of a final judgment. The procedure of lodging a complaint is also important as a fulfilment of the requirements specified in the Act on the Constitutional Tribunal¹⁹.

The question of who entitled to lodge a complaint is answered by Art. 79 of the Constitution. It names „everyone whose constitutional freedoms or

¹³ B. Banaszak, op. cit.

¹⁴ Judgement of 13.1.2004, SK 10/03, OTK-A 2004, No. 1, item 2.

¹⁵ B. Banaszak, *Skarga konstytucyjna*, „Państwo i Prawo” 1995, No. 12, p. 5; L. Garlicki, *Trybunał Konstytucyjny w projekcie Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, „Państwo i Prawo” 1996, No. 2, p. 12.

¹⁶ L. Garlicki, op. cit., p. 366.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Z. Czeszejko-Sochacki, *Skarga Konstytucyjna w Prawie Polskim*, „Przegląd Sejmowy” 1998, No. 1, p. 35.

¹⁹ *Act on the Constitutional Tribunal of 1 September 1997*, Journal of Laws No. 102, item 643.

rights have been infringed". In the opinion of J. Trzciński²⁰, the term „everyone” should be understood broadly. Thus, it includes not only Polish citizens but also other persons subject to Polish jurisdiction, and legal persons²¹. It does not include public authorities however. As far as legal persons are concerned they are eligible to lodge a complaint only to the extent they can benefit from the constitutional rights and freedoms²². In addition, the Tribunal has denied to right to complain to public business entities wholly owned by the Treasury²³. At the same time, the right to lodge a complaint does not apply to the subject-matter of Art. 37 sec. 2 of the Constitution as well as to the so-called stateless persons. According to the author cited above, in order to determine entities eligible to lodge a constitutional complaint it is right to draw an analogy between Art. 45 providing for the right of access to courts and Art. 79. The author is right that a constitutional complaint is a variation of the right to justice, which explains its subjective scope. A similar view was expressed by Z. Czeszejko-Sochacki²⁴, who pointed out that both institutions are procedural, constitutional guarantees, stating, just as J. Trzciński has, that the right to a constitutional complaint is a variation of the right of access to courts, qualified as to the object of the protection and procedure.

²⁰ J. Trzciński, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do Art. 79 Konstytucji*, in: L. Garlicki (ed.), *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warsaw, p. 4.

²¹ Bogusław Banaszak emphasised that the extension of the scope of entities eligible to lodge a complaint by legal persons in private law aims at strengthening the protection of natural persons of which they are made. Despite theoretical controversies in some countries judgements of constitutional courts allow to resort to a constitutional complaint if applicants “act on the basis of civil law or are in any other way (...) in the same situation as citizens and the state act they challenge relate to them on similar terms as to private persons.” (Judgement of the Swiss Federation Tribunal – Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgericht. Amtliche Sammlung (BGB), volume 103IA, p. 59.) in: B. Banaszak, *Skarga konstytucyjna*, “Państwo i Prawo” 1995, No. 12, pp. 5–6; According to Z. Czeszejko-Sochacki, foreign jurisprudence excludes filing of a constitutional complaint by public law persons, unless their constitutionally protected rights are at stake, in which case they are in the same situation as natural or legal persons, a view applicable in Poland, Z. Czeszejko-Sochacki, op. cit., pp. 40–41.

²² The Constitutional Tribunal admitted lodging the constitutional complaint by legal persons in its judgement of 24 February 1999, SK 4/98 and 8 June 1999, SK 12/98 and of 21 March 2000, SK 6/99.

²³ Decision of the Constitutional Tribunal of 20.12.2007, SK 67/05, OTK-A 2007, No. 11, item 168.

²⁴ Z. Czeszejko-Sochacki, op. cit., p. 40.

The existence of a „normative act upon which basis a court or organ of public administration has made a final decision” authorizes „everyone” to lodge the constitutional complaint.²⁵ In the Polish model by lodging the complaint, it is a statute or another normative act which is appealed against. However, as noticed J. Trzciński²⁶ the applicant lodges complaint due to the fact that a court has issued a judgment unfavourable to him/her on the basis of a statute or another normative act – thus the judgment is indirectly appealed against.

Discussing this issue, it is necessary to point to another condition under which a complained may be filed, its finality. The finality of a judgment opens the way to lodging a complainant. The Constitutional Tribunal will consider the complaint only if the applicant has exhausted all means of appeal or remedies to which he/she is entitled in the civil, criminal or administrative proceedings. In the civil procedure, according to Art. 3981 of the Code of Civil Procedure, a cassation can be lodged against a final judgment. The proceedings do not involve three instances, then in order to exhaust all remedies it is sufficient to appeal. As P. Tuleja²⁷ notes, a cassation complaint as an extraordinary remedy, not part of the „exhaustion”. It is similar in criminal proceedings, where in view of the Tribunal, finality is associated with the passing a judgment by the court of second instance²⁸. The cassation in criminal proceedings is an extraordinary measure of appeal. With respect to administrative proceedings the Constitutional Tribunal decided that where decisions are subject to judicial review, the exhaustion of this procedure allows to lodge the constitutional complaint²⁹. According to the Tribunal, „as long as the procedure at a given level has not be exhausted, it cannot be assessed whether we deal with unconstitutionality of a normative act being the basis for a judgment or just a defect of a decision applying law”³⁰.

The charge of a breach of the Constitution must refer only to the rights and freedoms contained therein. Rights and freedoms are contemplated

²⁵ Ibidem, p. 41.

²⁶ J. Trzciński, op. cit., s. 11.

²⁷ P. Tuleja, Dopuszczalność złożenia skargi konstytucyjnej po nowelizacji przepisów kodeksu postępowania cywilnego dotyczących skargi kasacyjnej, Opinia Dyrektora Zespołu Wstępnej Kontroli Skarg Konstytucyjnych i Wniosków, <http://www.trybunal.gov.pl/epublikacje/download/DopuszczalnoscZlozeniaSkargi.pdf>.

²⁸ Decision of the Constitutional Tribunal dated 1.08.200, case file ref. Ts 71/00.

²⁹ P. Tuleja, op. cit.

³⁰ Decision of the Constitutional Tribunal dated 4.02.1998, case Ts 1/97.

in Chapter II of the Constitution. It is undisputable that the constitutional complaint cannot be filed only on the basis of a breach of rights and freedoms expressed in international agreements binding Poland³¹. This opinion was expressed by the Tribunal, which stated that „Art. 79 sec. 1 of the Constitution does not provide for the right to appeal due to a non-compliance of a normative act with an international agreement”³². However, the complaint may be grounded not exclusively on the rights and freedoms rooted in Chapter II. Other provisions of the Constitution may also be taken into account, provided that they concern rights and freedoms. J. Trzciński³³ is of the opinion that in formulating the grounds for a constitutional complaint, it is possible to invoke any other constitutional provision from which one could derive rights and freedoms „understood as provisions specifying subjective rights of a citizen or another entity and that this provision affects legal situation of a citizen, and, finally, that the addressee of the norm is free to choose to comply with the norm or not”. A complaint, as B. Szmulik points out, cannot be based on „the traditional principles of the political system such as sovereignty of the nation, or separation of powers”. In his opinion, „it seems that, for instance, the principle of freedom of economic activity or the principle of protection of ownership or the rule of law can be used for this purpose”³⁴. Authors differ with regard to admissibility of program norms as the basis for a constitutional complaint. Prevails the view that it is impossible to file a constitutional complaint on the basis of program norms or the Preamble to the Constitution³⁵. J. Trzciński takes a different stance, according to which program norms which express certain economic and social rights may be violated and thus be the basis for the constitutional complaint³⁶. He identifies the following circumstances in which such norms can be violated by the legislator: improper interpretation of constitutional provision setting a goal or a task for public authority; violation of the essence of a right or a freedom; regulating a right or a freedom below the minimal standard. In addition, he goes on, if programs contain

³¹ The example of such standpoint can be a judgement of the Constitutional Tribunal of 13 January 2004, SK 10/03.

³² Judgement of 13.1.2004, SK 10/03, OTK-A 2004, No. 1, item 2.

³³ J. Trzciński, op. cit., p. 5.

³⁴ B. Szmulik, *Skarga konstytucyjna. Polski model na tle porównawczym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warsaw 2006, p. 92.

³⁵ B. Banaszak, A. Preisner (eds.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warsaw 2002, p. 769.

³⁶ J. Trzciński, op. cit., p. 10.

the minimum of civil rights corresponding to the minimum obligations of public authorities, then Chapter II program norms carrying the minimum of rights, can become legal grounds for a constitutional complaint³⁷.

Taking into account the above comments, the following two issues concerning Art. 32 should be considered. The first is the place of the principle of equality and the consequences thereof resulting from the systemic interpretation adopted by the Tribunal. The second concerns the concept of „subjective rights” (*prawa podmiotowe*) that are the basis for lodging the complaint.

In a decision of 24 October 2001, SK 10/01, the Constitutional Tribunal rejected the admissibility a constitutional complaint on the basis of the principle of equality. The applicants submitted a plea for the examination of the compliance of Art. 2 item 2 of the Act on pecuniary benefits for persons deported as forced labourers and imprisoned in work camps by the Third Reich and in the Soviet Union of 31 May 1996, with the principle of equality envisioned in Art. 32 of the Constitution. According to the complainants, a relevant criterion was the fact of being a forced labourer. They further submitted that acquisition of the right to a benefit conditional on residence at the time of deportation constituted a breach of Art. 32. Dismissing the complaint, the Tribunal was of the opinion that the right to equal treatment is a „second-degree law” (a „meta-right”), vested in connection with legal norms or other actions of public authorities and inseparable from them³⁸. The Tribunal indicated that in order to consider the principle of equality as a basis for a constitutional complaint other provisions of the Constitution must be referred to since only such interpretation allows to determine the constitutional status of an individual, negatively affected by statutory or sub-statutory regulation. In the statement of reasons the Tribunal said: „we deal here with a situation of ‘co-application’ of two provisions of the Constitution, thus not only with the right to equal treatment but with a specific right to equal exercise of certain rights and freedoms”³⁹. The Tribunal perceives the principle of equality only as a general rule, hence Art. 32 must be referred to more specific provisions of the Constitution in order to become the basis for a constitutional complaint. Rejecting the literal interpretation in favour of systemic interpretation, the Tribunal decided that equality can only be referred to as a general principle

³⁷ Ibidem.

³⁸ SK 10/01, OTK 2001, No. 7, item 225.

³⁹ Ibidem.

due to the fact that Art. 32 is positioned under the heading of „General Principles” which constitutes only a general formula, preceding the enumeration of specific freedoms and bearing on their implementation⁴⁰.

Commenting on the above decision, B. Banaszak⁴¹ criticized the concept of meta-right envisioned in the justification, stating that both in legal writings and in the court judgments in many democratic countries the concept of internal hierarchy of constitutional rights and freedoms has not been popular. In his opinion, it is difficult to distinguish norms of higher and smaller binding force in the Constitution which, itself, is the act that has the highest force, known from the concept of meta-rights. The author was doubtful whether the meta-rights should be regarded as superior, or, perhaps, inferior since it transpires from the justification that the Tribunal is putting down their significance. The above position of the Tribunal is confirmed by inadmissibility of a constitutional complaint based on the meta-rights. B. Banaszak states that there are no sufficient grounds to adopt such a concept, and that „in order to deny any group of the advantages provided in the fundamental rights of the highest legal force, an explicit decision of the legislator is necessary”⁴², and no such decision can be found in the Constitution.

Similarly, K. Kolasieński⁴³ does not agree with the Tribunal, pointing out that any part of Chapter II may constitute a basis for the constitutional complaint. Thus, in his opinion, there are no grounds for a different treatment of constitutional rights and freedoms formulated in the first part of this chapter on „General Principles”. He argues that the subchapter „General Principles” contained in Chapter II of the Constitution also contains specifically formulated constitutional rights, including the acquisition of the Polish citizenship by birth by Polish citizens (Art. 34), the right of national and ethnic minorities to establish their own educational and cultural institutions and institutions for the protection of religious identity (Art. 35 sec. 2)⁴⁴. In his opinion, wording individual rights and freedoms in more general

⁴⁰ Justification to the decision of the Constitutional Tribunal dated 24.10.2001, SK 10/01, OTK 2001, No. 7, item 225.

⁴¹ B. Banaszak, *Glosa do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego* of 24.10.2001, SK 10/01, „Przegląd Sejmowy” 2002, No. 2(49), p. 128.

⁴² Ibidem.

⁴³ A dissenting opinion of judge K. Kolasieński on the decision of the Constitutional Tribunal of 24.10.2001, SK 10/01, OTK2001, No. 7, item 225.

⁴⁴ Opinion K. Kolasieński on the decision of the Constitutional Tribunal of 24.10.2001, SK 10/01, OTK 2001, No. 7, item 225.

terms is not the same as „deprivation of the provisions in which they are contained of their normative content, and consequently, that they do not provide for constitutional rights”. A similar view could be found in a dissenting opinion by justice J. Stępień⁴⁵ who also referred to a very specific nature of the regulations contained in the subchapter „General Principles”, being a source of subjective rights. J. Stępień holds that the subchapter above is not only a set of rules but rather „the expression of legislator’s will to treat certain subjective rights as particularly important from the point of view of the constitutional position of an individual”⁴⁶. In his opinion, the location in the Constitution of the principle of equality and of other provisions does not diminish their role, nor prevent admissibility of a constitutional complaint. On the contrary, they are no less important for being „general” but rather more important for being mentioned first in the order of constitutional framework.

J. Trzciński⁴⁷ notes that making the principle of equality part of the subchapter on the „General Principles” does not predetermine the „strength” of the right. Like the authors cited above, J. Trzciński adopts the view that the remaining rights set forth in the subchapter cannot be considered subjective rights and freedoms. Trzciński states that their place is to stress their importance and not belittle them. He suggests that in the context of the entire Chapter II those general principles „mean fundamental principles crucial for the characteristics of the rights of human being”⁴⁸. B. Banaszak⁴⁹ also takes a stance on that issue indicating, however the irrelevance of the dispute. He notes that the nature of other rights mentioned in this subchapter as subjective rights as well as the possibility of their being the basis for a constitutional complaint has not been questioned so far. R. Arnold, commenting on the decision of the Tribunal, said that the term „general principles” fails to provide an argument against „the thesis on the subjective nature of the guarantees contained in this fragment of the Constitution”⁵⁰. The position of the Constitutional Tribunal, accepting the auxiliary nature of

⁴⁵ Opinion of J. Stępień on the decision of the Constitutional Tribunal of 24.10.2001, SK 10/01, OTK 2001, No. 7, item 225. p. 11, p. 17.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Opinion of J. Trzciński on the decision of the Constitutional Tribunal of 24.10.2001, SK 10/01, OTK 2001, No. 7, item 225, p. 19.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ B. Banaszak, op. cit., p. 128.

⁵⁰ Opinion of R. Arnold on the decision of the Constitutional Tribunal of 24.10.2001, SK 10/01, Przegląd Sejmowy 2002, No. 2(49), p. 119.

Art. 32⁵¹ „deprives” the guarantee of the right to equality of its independent character as a subjective right.

One of the major issues in a debate on the constitutional complaint is the existence of subjective rights as a manifestation of equality, particularly that the applicants must invoke a violation of their subjective rights. As B. Banaszak⁵² rightly points out in his comment on the Tribunal decision, the difficulty in interpreting the phrase „all persons shall have the right to equal treatment” obscures the meaning of Art. 32. One can ask if this article contains a subjective right, and, consequently, is it possible to base on it a constitutional complaint? In the justification the Tribunal stated that „the wording of the entire Art. 32 allows to assume that the legislator had no clear vision if the equality before the law is only a general rule (...) or a subjective right (...), or a kind of a combination of ‘subjective’ and ‘objective’ elements”⁵³. The Tribunal said that Art. 32, first of all sets a „systemic rule” and a special subjective right, however, in the Tribunal’s opinion, this is only a second degree right, so to speak a meta-right, which cannot be applied individually. This is the right which has no independent legal meaning⁵⁴. It is possible to allege the infringement of the constitutional principle of equality only with a simultaneous indication of a breach of another, specifically named constitutional right or freedom. In Tribunal’s opinion, the constitutional complaint may be based on the principle of equality only „in connection with specific legal norms or other actions of public authorities”. M. Safjan⁵⁵, referring to the above statement, was of the opinion that Tribunal’s reasoning on the principle of equality „would make sense and be justified only if it was not possible at all to determine the meaning of the content of the right to equal treatment (...) that is if a directive derived from Art. 32 had no immediate application in the assessment of the legal position of an individual”. In response to the above comments J. Trzciński⁵⁶ observed that Art. 32 set out both the principle of equality and the right to equal treatment paralleled by equality before the law and the equality in the law. He emphasized that thanks to the Constitution of 1997, according to which

⁵¹ Ibidem.

⁵² B. Banaszak, *op. cit.*, p. 125.

⁵³ Decision of the Constitutional Tribunal of 24.10.2001, SK 10/01, OTK 2001, No. 7, item 225.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Opinion of M. Safjan on the decision of the Constitutional Tribunal of 24.10.2001, SK 10/01, OTK 2001, No. 7, item 225, p. 12.

⁵⁶ J. Trzciński, *op. cit.*, p. 20.

the principle of equality is understood as the right to equal treatment, the subjective nature of Art. 32 has been clearly stressed, and thus the doubts arising from the previous constitutional provisions were dispersed⁵⁷. L. Garlicki⁵⁸, in his dissenting opinion, argues similarly, stating that Art. 32 of the Constitution formulates not only the systemic rules – the objective right – but also subjective right of an individual. In his opinion, there is no doubt that the founders of the new Constitution gave the principle of equality a new character by including a subjective right into it. As Garlicki puts it in his commentary to the Constitution⁵⁹, the subjective rights arising from Art. 32 result, firstly, from the explicit wording of sec. 1 sentence 2 which guarantees „the right to equal treatment by public authorities to all persons”. He points out that such a stance is supported by the content of Art. 32. If the Parliament had a different intention, it would have not couched the provisions in question in terms typical of subjective rights⁶⁰. Thus „Equality before the law” contained in Art. 32 has become the right of an individual. R. Arnold⁶¹ also expressed the view that the norm contained in Art. 32 of the Constitution can be treated as a guarantee of the subjective right rather than only a subjective constitutional norm which as such could not be the basis for a constitutional complaint under Art. 79. At the same time, it is not important that the first sentence of Art. 32 expresses a principle formulated in an objective way. The aforementioned author emphasises that the expression „of this kind” can be found in many constitutions and irrespective of their wording are typically treated as a subjective right⁶². In the light of textual interpretation, referred to by B. Banaszak⁶³ and rejected (in the case at hand) by the Constitutional Tribunal, it raises no doubt that Art. 32 refers to a subjective right. In Banaszak’s opinion, the arguments given by the Tribunal, being too general, is not sufficient to resolve such a fundamental issue. The argument, that the normative content of Art. 32 would not have changed if the provision had omitted the noun „right”, contradicts the principle of rationality of a legislator who, by definition,

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Opinion of L. Garlicki on the decision of the Constitutional Tribunal dated 24.10.2001, SK 10/01, OTK 2001, No. 7, item 225.

⁵⁹ L. Garlicki, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ R. Arnold, *op. cit.*, p. 118.

⁶² Ibidem.

⁶³ B. Banaszak, *op. cit.*, pp. 124–125.

consciously, resorts to specific terms⁶⁴. The legislator used the said noun to „purposefully to formulate a subjective right and not only an obligation of a public authority”. J. Stępień, in his dissenting opinion, elaborates on the above, taking a stance that it is normatively insignificant whether the noun „right” is used in Art. 32 since its „hypothetical omission in the analyzed part of Art. 32 sec. 1 of the Constitution in fact does not change its normative content; this type of textual operation (if admissible) even more emphasises the constitutional nature of the right of all persons to equal treatment by public authorities (...)”⁶⁵.

The equality principle serves as a basis of instruments other than the constitutional complaint. Questions of law in individual cases and applications addressed to the Constitutional Tribunal (control in abstracto) may be formulated exclusively by reference to the principle of equality. Therefore Art. 32 is interpreted as an independent basis of control of constitutionality. The principle of equality as the basis for specific and abstract control is not only a meta-right, subject to further specification. Referring to different prerequisites of a constitutional complaint and a preliminary ruling, M. Safjan⁶⁶ stated that the duality of the right to equal treatment as a constitutional model is incomprehensible. It is difficult to understand, he argued, why, in Tribunal’s opinion, this right is good enough for assessing the constitutionality of laws, but not applicable to constitutional complaints⁶⁷. To J. Trzciński⁶⁸ the difference between the grounds for a preliminary question and a constitutional complaint is unjustified. Limitation of constitutional rights only to those which the Tribunal considers to be a model for a constitutional complaint makes „a totally unjustified limitation of the „constitutional rights and freedoms”, and, by extension, a limitation of the individual right to lodge a constitutional complaint”⁶⁹. This stance is shared by L. Garlicki⁷⁰ who holds there are no grounds to presume that a breach of Art. 32 cannot be an exclusive basis for constitutional complaints. Depriving the „right to equal treatment” of its protection arising out of Art. 79, would be

⁶⁴ Ibidem, p. 125.

⁶⁵ J. Stępień, op. cit., p. 17.

⁶⁶ M. Safjan, op. cit., p. 13.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ J. Trzciński, op. cit., p. 20.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Opinion of L. Garlicki on the decision of the Constitutional Tribunal dated 24.10.2001, SK 10/01, OTK2001, No. 7, item 225.

acceptable only if the Constitution expressly provided so, as it stipulates in Art. 79 sec. 2 in relation to certain rights of foreigners.

On a similar note B. Banaszak⁷¹ wrote that the „constitutional courts in many democratic countries accept the principle of equality as a legal basis substantiating the rights and claims of an individual, without expressing any doubts, even if they do not result from any of the rights covered by constitutional regulations”⁷². To confirm his standpoint, the author quotes judgments of the constitutional tribunals in the Federal Republic of Germany, Switzerland or Austria⁷³. The Human Rights Committee took a similar stance stating that the principle of equality and non-discrimination is an independent enforceable right even in matters not covered by the Convention⁷⁴.

The way the Constitutional Tribunal justified the impossibility to base a constitutional complaint on the principle of equality remains strongly disputed in legal writings. Denying the principle of equality the position of a subjective right, and in consequence making it impossible to provide grounds for a constitutional complaint has met with vehement objections even within the Tribunal. It was expressed by as many as five dissenting opinions. It seems that B. Banaszak rightly notes that the judgment of the Tribunal would have been different had the Tribunal applied a textual interpretation which it had considered the only proper interpretation in a similar case in 1999⁷⁵. Applying a textual interpretation resulted in taking away from Art. 32 its status as a subjective right. Legal academics view the Tribunal's justification as too vague⁷⁶. The concept of meta-rights also failed to fetch their acceptance. It was a product of the systemic interpretation adopted in the justification of the judgment, driving a wedge between the rights contained in Chapter II of the Constitution. It is not fully known whether meta-rights should be treated as superior or rather inferior laws if they cannot serve as a basis for a constitutional complaint. Considerable doubts remain particularly in the light of the principle of equality in other democratic countries.

⁷¹ B. Banaszak, op. cit., p. 126.

⁷² Ibidem.

⁷³ Judgement of the German Federal Constitutional Court contained in volume 1 of the official collection of judgements, p. 82; judgement of the Swiss Federal Tribunal contained in volume 6 of the official collection of judgements, p. 173; judgement of the Austrian Constitutional Court No. 6240 of the official collection of judgements of 1970.

⁷⁴ R. Wieruszewski, *Zasada równości i niedyskryminacji w świetle orzecznictwa Komitetu Praw Człowieka, (wybrane aspekty)*, „Państwo i Prawo” 2000, No. 4, pp. 40 et seq.

⁷⁵ Judgement of the Constitutional Tribunal of 24.02.1999 SK 48/98, OTKZU 1999, No. 2, item 24, p. 158.

⁷⁶ B. Banaszak, op. cit., p. 125.

LESZEK KUBICKI

Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (przestępstwo z art. 192 k.k.)¹

I.

Nowy kodeks karny z 1997 r. określa w art. 192 nowy rodzaj przestępstwa polegającego na wykonywaniu zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Przepis ten rozciąga więc bezpośrednią ochronę prawno-karną na wartość o szczególnym znaczeniu, jaką jest autonomia jednostki w zakresie stowienia o swoim zdrowiu i życiu. W perspektywie historycznej ta nowa decyzja ustawodawcza stanowi istotny etap w długiej ewolucji kształtowania regulacji prawnej stosunku między lekarzem a pacjentem, zamykając – miejmy nadzieję – ostatecznie dominację paternalistycznego charakteru tej relacji.

Nie wolno bowiem zapominać, że znaczenie zgody pacjenta na czynności lecznicze wyjątkowo mozolnie torowało sobie drogę w rozwoju lekarskiej deontologii i ustawodawstwa medycznego. Dla podkreślenia osiągniętego dziś w tej mierze postępu warto przypomnieć na przykład formuły zawarte w tekście „Zasad obowiązków i praw lekarzy” przyjętym przez Warszawskie Towarzystwo Lekarskie na posiedzeniu w dniu 29 IV 1884 r.², a więc już w końcu XIX w. W art. 11 „Zasad” stanowiono: „Lekarz z wszelką słusnością żądać może od chorych spełnienia **wszystkiego**, co dla zdrowia tych ostatnich, wedle **jego przekonania** jest pożyteczne” (podkr. – L.K.). Trudno przyjąć, aby tak ujętą omnipotencję ograniczała treść art. 9 owych „Zasad”, w którym stwierdzono: „Z natury swojego stosunku do chorego lekarz zyskuje nad nim **przewagę** moralną. Wpływu tego lekarzowi nadużywać nie wolno” (podkr. – L.K.).

¹ „Prawo i Medycyna”, nr 3/2000.

² A. Tulczyński: *Polskie lekarskie kodeksy deontologiczne*, Warszawa 1975, s. 85–94.

W „Kodeksie deontologii lekarskiej” przyjętym na X Zjeździe Lekarzy i Przyrodników Polskich we Lwowie 24 VII 1907 r. problem zgody pacjenta zupełnie pominięto³. Podobnie także w „Zbiorze zasad deontologii lekarskiej” przyjętym przez Naczelną Izbę Lekarską w dniu 16 VI 1935 r.⁴

Znaczenia zgody pacjenta na leczenie początkowo nie dostrzegano też nie tylko w sferze deontologicznej, lecz również w płaszczyźnie legislacyjnej. W pierwszej przedwojennej ustawie dotyczącej zawodu lekarza⁵ problematyka ta w ogóle nie występuje. Dopiero w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 22 III 1928 r. o zakładach leczniczych⁶ w art. 37 stanowiono, iż „zabiegi operacyjne można podejmować tylko za zgodą chorego”. W przypadku niepełnoletniości pacjenta, jego niedojrzałości umysłowej lub braku zdolności – ze względu na stan zdrowia – oceny potrzeby zabiegu operacyjnego – wymagana była zgoda zastępcy prawnego chorego. W sytuacji niebezpieczeństwa dla życia zabieg był dopuszczalny bez jakiegokolwiek zgody, natomiast o potrzebie wykonania zabiegu decydował dyrektor zakładu. Przesłanki dopuszczalności zabiegu operacyjnego dokonywanego **poza** zakładem leczniczym określało wydane cztery lata później Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 25 IX 1932 r. o wykonywaniu praktyki lekarskiej⁷. W art. 12 tego Rozporządzenia uzależniono dopuszczalność takiego zabiegu od „uprzedniej zgody chorego lub jego prawnego zastępcy”, z tym, że zgoda pacjenta nie była wymagana w przypadku, gdy „życiu grozi bezpośrednie niebezpieczeństwo”. Ustawodawca w tym akcie legislacyjnym niestety abstrahował w ogóle od zdolności chorego do wyrażenia zgody.

Należy jednak podkreślić, że zgodnie z art. 25 wskazanego Rozporządzenia naruszenie przez lekarza zasady uprzedniej zgody pacjenta na dokonanie zabiegu operacyjnego zagrożone było odpowiedzialnością karno-administracyjną (m.in. z karą aresztu do 3 miesięcy), o ile za czyn taki nie groziła kara surowsza. Ta ostatnia klauzula nie była należycie jasno sformułowana i nie wskazywała wyraźnej podstawy dla ustalenia przesłanek ewentualnej odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo przeciwko wolności człowieka a jego odpowiedzialnością karno-administracyjną za samo dokonanie zabiegu operacyjnego bez zgody pacjenta.

³ Tamże, s. 108–118.

⁴ Tamże, s. 115–154.

⁵ Ustawa z dnia 21 XII 1921 r. w przedmiocie wykonywania praktyki lekarskiej w Państwie Polskim. Dz.U. RP z 1921 r., Nr 105 poz. 762.

⁶ Dz.U. RP Nr 38, poz. 582.

⁷ Dz.U. RP Nr 81, poz. 712.

W szczególności klauzula ta nie pozwalała w sposób oczywisty odpowiedzieć na pytanie, czy przepis o odpowiedzialności karno-administracyjnej lekarza za działanie bez zgody pacjenta stanowił *lex specialis* w stosunku do przepisów karnych o ochronie wolności bądź nietykalności cielesnej czy też tylko tzw. przepis subsydiarny.

Stan przedwojennego prawa medycznego w odniesieniu do fundamentalnej kwestii zgody pacjenta trudno ocenić pozytywnie. Przede wszystkim wskazać trzeba, że regulacja prawna miała charakter ograniczony, gdyż dotyczyła tylko jednej kategorii czynności leczniczej a mianowicie zabiegu operacyjnego. Ponadto poziom legislacyjny tej regulacji nasuwał szereg zasadniczych zastrzeżeń. Brak było wyraźnej spójności między art. 37 rozporządzenia o zakładach leczniczych z 1928 r. a art. 12 rozporządzenia z 1932 r. o wykonywaniu praktyki lekarskiej, nie określono należycie precyzyjnie zakresu wyjątków od zasady zgody, a zwłaszcza pojęcia „groźby niebezpieczeństwa dla życia”, co poddał wnikliwej analizie współczesny surowy krytyk ówczesnego stanu prawa w tej dziedzinie G. Popower⁸, zastrzeżenia budziły też – jak już podkreślano – przepisy karne związane z naruszeniem zasady zgody pacjenta, choć istotny był sam fakt sankcjonowania tego naruszenia.

W pierwszej powojennej ustawie o zawodzie lekarza z 26 X 1950 r.⁹ braków tych niestety nie usunięto. W art. 17 ustawy kwestię zgody pacjenta (lub jego zastępcy prawnego) potraktowano równie rudymmentarnie, ograniczając ją tylko do zgody na zabieg operacyjny. Od obowiązku uzyskania zgody zwalniał „stan nieprzytomności chorego”, gdy zwłoka w wykonaniu zabiegu mogła „spowodować ujemne następstwo”. Tak więc granice wyjątku określono tu w istocie szerszej niż w rozporządzeniu z 1932 r., gdyż wymagano w nim „bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia”, podczas gdy nowa regulacja tylko możliwości „ujemnego następstwa”.

W ustawie utrzymano w formie blankietowej (art. 26 ust. 5) odpowiedzialność karno-administracyjną (za wykroczenie) za naruszenie jej przepisów, a więc również za naruszenie art. 17, pomijając kwestię relacji do odpowiedzialności karnej.

Istotny przełom w tej dziedzinie następował w Polsce stopniowo w końcu lat pięćdziesiątych.

⁸ *Encyklopedia podręczna prawa karnego* pod red. W. Makowskiego, t. II (bez roku wydania) – hasło *Lekarz*, s. 805–825.

⁹ Dz.U. Nr 50, poz. 458.

Złożyło się nań kilka powodów, spośród których za najważniejsze uznać należy następujące:

- 1) Międzynarodowy konwencyjny ruch na rzecz ochrony praw człowieka akcentował rangę podstawowej kategorii tych praw – autonomii jednostki, jej prawa do samostanowienia o swym losie i pełnej prywatności; w konsekwencji w sferze prawa medycznego musiało to prowadzić do upodmiotowienia pacjenta w jego relacji z lekarzem i zakładem opieki zdrowotnej.
- 2) Ujawniony na tym tle anachroniczny stan polskiego prawa medycznego, rażące luki w zakresie prawnej regulacji statusu pacjenta, brak należycie określonych podstaw prawnych leczenia przymusowego, zwłaszcza w dziedzinie lecznictwa psychiatrycznego – wskazywały na potrzebę gruntownej zmiany ustawodawstwa i stymulowały podejmowanie przez doktrynę prawa prac badawczych w tym kierunku.
- 3) Część środowiska lekarskiego, głównie akademickiego, dostrzegła istnienie głębokich nawarstwień tradycyjnego paternalizmu w postawie lekarzy wobec pacjentów. Fakt ten pobudzał do rozwoju dyskusji nad problemami deontologii zawodowej i stanu prawa medycznego. Znamionem jej przejawem była żywa debata toczona na łamach prasy lekarskiej („Służba Zdrowia”) na przełomie lat 1961–1962 na temat operacyjnego – ewentualnie przymusowego – leczenia gruźlicy¹⁰.

Przełom, o którym mówimy, wiązał się z działalnością przede wszystkim dwóch postaci – spośród lekarzy Tadeusza Kielanowskiego – spośród prawników – Jerzego Sawickiego.

Tadeusz Kielanowski ogłosił w 1959 r. obszerny, kompetentnie opracowany własny projekt kodeksu deontologii lekarskiej¹¹, w którym eksponuje zasadę zgody pacjenta jako przesłanki dopuszczalności wszelkiej czynności leczniczej a nie tylko operacyjnej. W art. 47 projektu autor stwierdzał: „Leczenie lub operowanie chorego wbrew jego woli lub wbrew woli jego rodziców lub prawnych opiekunów, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez prawo, jest ciężkim przekroczeniem zawodowym, bez względu na wynik leczenia lub operacji”. W tym ujęciu działanie bez zgody uznano za delikt zawodowy *sui generis* naruszający samą wolność pacjenta

¹⁰ Por. w tej sprawie J. Sawicki: *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966, s. 105.

¹¹ A. Tulczyński, op. cit., s. 162–170.

niezależnie od szkodliwego rezultatu czynności, a także niezależnie od przestrzegania w toku zabiegu zasad działania *lege artis*.

Jerzy Sawicki natomiast poświęcił problematyce zgody pacjenta specjalną monografię (w dwu wydaniach), w której analizował problem w świetle bogatego materiału historycznego i prawnoporównawczego¹². Autor szeroko uzasadnia tezę, iż „regułą zasadniczą postępowania lekarza nie jest jakaś norma ogólna uprawniająca do leczenia bliźnich, nawet bez ich zgody i wbrew ich woli, do dbania o zdrowie człowieka również wtedy, kiedy sobie tego wyraźnie nie życzy¹³. W pracy tej Sawicki wyraził też pogląd, że jakikolwiek zabieg lekarski „dokonany wbrew sprzeciwowi zainteresowanego... ocenić należy jako «wymuszenie»” z art. 251 obowiązującego wówczas k.k. z 1932 r.¹⁴ Stanowiska tego szerzej jednak nie uzasadnił. Uzasadnienie to byłoby zresztą trudne ze względu na to, że przepis art. 251 k.k. z 1932 r. zawierał znamię „przemocy”, którego zakres nie był adekwatny do sytuacji lekarza działającego wbrew woli pacjenta.

Zapewne z tych powodów Sawicki był inicjatorem wprowadzenia do projektu kodeksu karnego z 1963 r. nowego odrębnego przepisu penalizującego – jak to określał – „samowolny zabieg lekarski”.

Nieznany dotąd¹⁵ typ przestępstwa określono następująco:

„Art. 266

§ 1. Kto dokonuje zabiegu leczniczego na innej osobie bez wymaganej na to jej zgody lub zgody innej osoby uprawnionej albo wbrew jej sprzeciwowi, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2 lub grzywny.

§ 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego¹⁶”.

Sformułowanie tego przepisu z kilku względów trudno uznać za szczęśliwe, zwłaszcza wobec trudnej do ustalenia relacji między brakiem „wymaganej zgody” a „sprzeciwem” niemniej z pełną aprobatą odnieść się należy do samej idei objęcia odrębną ochroną prawnokarną wartości tak doniosłej jak autonomia jednostki w sferze decydowania o własnym zdrowiu

¹² *Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa*, Warszawa 1964 oraz *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966.

¹³ *Przymus leczenia...*, Warszawa 1966, s. 74.

¹⁴ *Jw.*, s. 79.

¹⁵ Podobny przepis wprowadzono do austriackiego k.k. dopiero w 1974 r.

¹⁶ *Projekt kodeksu karnego*, Warszawa 1963. Por. komentarz J. Sawickiego do tego przepisu w wywiadzie: *Nie zgadzam się na zabieg*, „Służba Zdrowia” nr 5/1965, s. 1 i 5.

i życiu. Omawiany przepis stanowi niewątpliwy pierwowzór obecnie obowiązującego nowego typu przestępstwa z art. 192 k.k.

Projekt kodeksu karnego, komentarz J. Sawickiego do tego przepisu w wywiadzie: „Nie zgadzam się na zabieg”, „Służba Zdrowia” nr 5/1965, s. 1 i 5 został jednak – z przyczyn pozamerytorycznych – odrzucony w dość hałaśliwej atmosferze demagogiczno-politycznej, która niestety nierzadko fatalnie służy rozwojowi racjonalnego ustawodawstwa. Autorzy kodeksu karnego z 1969 r. propozycji projektu k.k. z 1963 r. nie podjęli, a tym samym w odniesieniu do odpowiedzialności karnej za „samowolny zabieg leczniczy” utrzymali wysoce niejasny stan prawny. A. Zoll uznawał w związku z tym potrzebę zmiany tego stanu „za nagłą”¹⁷.

Wypada jednak zaznaczyć, że wprowadzenie omawianego przepisu karnego w życie nastęrczałoby poważne trudności w praktyce, gdyż ówczesny stan prawa medycznego był – jak wskazywano – anachroniczny. Pojęcie „wymaganej zgody” nie miało przecież należytego określenia w ustawie o zawodzie lekarza z 1950 r., ani w zasadach deontologii zawodowej. Brak też było reguł nierozzerwalnie związanych z właściwym rozumieniem istoty instytucji zgody, tj. reguł dotyczących obowiązku należytego informowania pacjenta. Warunkiem prawnej relewancji zgody była bowiem przesłanka zgody wyrażanej przez osobę należycie poinformowaną.

Ważnym etapem w kształtowaniu tych reguł było przyjęcie przez Walne Zgromadzenie Delegatów Polskiego Towarzystwa Lekarskiego w dniu 3 czerwca 1967 r. „Zasad Etyczno-Deontologicznych PTL”¹⁸. Zgodnie z postanowieniem I.6 „Zasad” – „lekarz, podejmując leczenie, powinien poinformować chorego bądź jego opiekuna o zamierzonych zabiegach i metodach postępowania oraz uzyskać jego zgodę”. Ta reguła deontologiczna – choć nader jeszcze lakoniczna – była o tyle istotna, że pojęcie zgody odnosiła do każdej czynności lekarskiej oraz wiązała z powinnością lekarza informowania chorego.

Problematyka zgody pacjenta w sposób należycie pogłębiony i wielotorowy podjęta została dopiero w pracach nad projektem kompleksowej ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, jakie rozpoczęto z początkiem lat siedemdziesiątych. W pierwszych wersjach projektu określono po raz pierwszy w Polsce rozbudowane przepisy dotyczące zgody pacjenta,

¹⁷ A. Zoll: *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 16.

¹⁸ A. Tulczyński, op. cit., s. 171–176.

uwzględniając podstawowe aspekty tej problematyki¹⁹. Stały się one następnie wzorem – niestety w okrojonym zakresie – ujęcia praw pacjenta w ustawie z dnia 30 VIII 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (głównie art. 19–22)²⁰ a następnie – w postaci już bardzo rozwiniętej – przepisów o zgodzie pacjenta zawartych w ustawie z dnia 5 XII 20 1996 r. o zawodzie lekarza²¹ (art. 31–35), a także w ostatecznej wersji ustawy z dnia 19 VIII 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego²².

Z ubolewaniem należy stwierdzić, że problematyka zgody pacjenta nie została w należyтым stopniu uwzględniona w tekście Kodeksu Etyki Lekarskiej, o czym świadczy treść art. 13 i 15 Kodeksu. Po wejściu w życie ustawy o zawodzie lekarza Kodeks ten powinien zresztą ulec istotnej modyfikacji.

II.

Próbe analizy nowego typu przestępstwa, określonego w art. 192 k.k., należy rozpocząć od przypomnienia jego ustawowego brzmienia:

„§ 1. Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.
§ 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

Tak określone przestępstwo – ze względu na ustawowe granice sankcji – stanowi występki. Jednocześnie należy do wąskiej kategorii czynów, które są ścigane z oskarżenia publicznego, lecz **tylko** na wniosek pokrzywdzonego. Brak wniosku zamyka drogę postępowania karnego.

Opis czynu w występku z art. 192 k.k. zawiera dwa podstawowe elementy: zabieg leczniczy i „zgoda pacjenta” – wydawałoby się proste i jasne, rodzą one jednak – jak się okazuje – gęsty las problemów.

Przedmiotem ochrony prawnokarnej w omawianym przepisie jest prawo samostanowienia (autonomia) pacjenta w sferze jego zdrowia i życia²³. Sfera ta jest elementem szerszej rozumianej wolności człowieka, gwarantowanej odpowiednimi normami prawa międzynarodowego oraz Konstytucji RP. Art. 41 ust. 1 Konstytucji zapewnia każdemu nietykalność osobistą i wolność osobistą, a art. 47 Konstytucji deklaruje prawo każdego

¹⁹ Por. W. Daszkiewicz, I. Dąbrowski, L. Kubicki: *Prawna regulacja ochrony zdrowia psychicznego*, „Państwo i Prawo” z. 8–9/1974.

²⁰ Dz.U. Nr 91, poz. 408.

²¹ Dz.U. z 1997 r. Nr 28, poz. 158 z późn. zm.

²² Dz.U. Nr 111, poz. 555 z późn. zm.

²³ Por. *Kodeks karny. Część szczególna*. Komentarz pod red. A. Zolla, t. II, s. 476.

do decydowania o swoim życiu osobistym. Podpisana zaś przez Polskę tzw. Konwencja bioetyczna w art. 5 stanowi, że „nie można przeprowadzi interwencji medycznej bez swobodnej i świadomej zgody osoby jej poddanej”.

Szczegółowe zasady wyrażania przez pacjenta zgody na świadczenie zdrowotne oraz sytuacje, w których zgoda wyjątkowo nie jest wymagana, określają przepisy zawarte w art. 32–35 ustawy o zawodzie lekarza oraz przepisy niektórych innych ustaw. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia zakresu zachowania lekarskiego w świetle art. 192 k.k.

Przedmiotem wykonawczym, wobec którego przestępstwo z art. 192 k.k. może być popełnione, jest według określenia kodeksowego **pacjent**. Pojęcie to – z merytorycznego punktu widzenia – należy rozumieć szeroko. Nie może być ono ograniczane wyłącznie do osoby leczonej, a więc tylko chorej. Przedmiotem czynności medycznej może być bowiem osoba zdrowa poddawana np. zabiegom profilaktycznym (np. szczepieniu profilaktycznemu), badaniom profilaktycznym lub kontrolnym, dawca komórki, tkanki lub organu, czy też ten kto poddaje się eksperymentowi czysto badawczemu. Dlatego też przez ustawowe określenie „pacjent” należy rozumieć każdego, wobec kogo dokonywana jest jakakolwiek „interwencja medyczna” – jak to nazwano w Konwencji bioetycznej czy też – jak to sformułowano w art. 32 ustawy o zawodzie lekarza – każda osoba badana bądź której udzielane jest „inne świadczenie zdrowotne”.

Analogicznie więc należy szeroko pojmować kodeksową formułę dla **czynności wykonawczej** tego przestępstwa ujętą jako wykonywanie „zabiegu leczniczego”. Pojęcie to obejmować może zarówno działania polegające na badaniu stanu zdrowia, tzn. najszerzej rozumianą diagnostykę, całokształt działalności profilaktycznej, wszelkie postępowanie terapeutyczne (w tym pobranie przeszczepu od osoby zdrowej), rehabilitacyjne, jak też postępowania związane z pracami badawczymi w dziedzinie medycyny, farmakologii, fizjologii i biologii, także badania połączone z eksperymentem. Zabiegiem „leczniczym” – w rozumieniu omawianego przepisu – jest także taki zabieg medyczny nie spełniający funkcji leczniczej sensu stricto (jak np. zabieg z zakresu chirurgii kosmetycznej, czy też dopuszczalny prawnie zabieg przerwania ciąży dokonywany z innych wskazań, niż medyczne), który uznawany jest w obowiązującym systemie prawnym za czynność o charakterze medycznym²⁴.

²⁴ Za szerokim rozumieniem pojęcia „zabieg leczniczy” opowiada się również A. Zoll, jw., s. 477 oraz M. Filar: *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, z. 18, s. 86.

Najważniejszym znamieniem przestępstwa z art. 192 k.k. jest **brak zgody** osoby, wobec której wykonywana jest interwencja medyczna. Pojęcie takiej zgody określają przepisy prawa medycznego, w szczególności przepisy ustawy o zawodzie lekarza. Należy tu wszakże mieć na względzie również przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz art. 19 ust. 1 pkt. 3, art. 21 i 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej.

Zgoda, o której mowa w analizowanym przepisie, odpowiadać musi kilku istotnym warunkom.

Przede wszystkim musi być to zgoda wyrażana przez osobę zdolną jej wyrażenia. Zdolność ta jednak nie może być utożsamiana ze zdolnością do czynności prawnych w rozumieniu przepisów prawa cywilnego²⁵. Trafnie zauważa M. Safjan, że zdolność do wyrażenia zgody przez pacjenta „jest coraz częściej traktowana jako kategoria niezależna od zdolności do czynności prawnych, co stanowi logiczne następstwo założenia, wedle którego zgoda nie jest oświadczeniem woli sensu stricto. W kategoriach aksjologicznych jest to podejście całkowicie uzasadnione. Zgoda ma być aktem realizującym ochronę autonomii danej osoby w odniesieniu do podstawowych dóbr człowieka, zatem stopień respektu dla podejmowanych w tym obszarze aktów woli podmiotu powinien być z natury rzeczy większy niż przy określeniu zdolności do czynności prawnych. Zdecydowana większość współczesnych europejskich systemów prawnych stoi na gruncie coraz szerszego poszanowania – w kontekście medycznym – autonomii osób małoletnich, ubezwłasnowolnionych czy dotkniętych zaburzeniami psychicznymi, a więc osób należących do kategorii niezdolnych do czynności prawnych”²⁶.

Ustawodawca polski wyraźnie podzielił powyższe założenia aksjologiczne i dał temu wyraz w szeregu przepisach prawnych. Wskazać tu należy na następujące:

- 1) stosownie do art. 32 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza – na przeprowadzenie badania – obok zgody przedstawiciela ustawowego osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej – konieczne jest również uzyskanie zgody tej osoby, jeżeli jest ona w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie badania;

²⁵ Zdaniem T. Dukiet-Nagórskiej „samodzielnie zgodę wyrazić może tylko osoba posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych” (*Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim – „Prawo i Medycyna” nr 6–7/2000, s. 87*). Autorka nie uwzględnia jednak odmienności regulacji tej kwestii w ustawie o zawodzie lekarza i ustawie o ochronie zdrowia psychicznego.

²⁶ M. Safjan: *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 35–36.

- 2) zgodnie z art. 32 § 5 ustawy o zawodzie lekarza niezależnie od zgody przedstawiciela ustawowego małoletniego na badanie wymagana jest także zgoda pacjenta, który ukończył lat 16;
- 3) na podstawie art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza sprzeciw małoletniego, który ukończył 16 lat, osoby ubezwłasnowolnionej, osoby chorej psychicznie lub upośledzonej umysłowo, lecz dysponującej dostatecznym rozeznaniami, wobec czynności medycznej, powoduje konieczność wyrażenia zgody przez sąd opiekuńczy, mimo zgody przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego.

Należy też wskazać, że art. 3 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego zawiera szczególną definicję zgody wyrażonej przez osobę z zaburzeniami psychicznymi. Zgodnie z tą definicją pojęcie to oznacza „swobodnie wyrażoną zgodę osoby z zaburzeniami psychicznymi, która niezależnie od stanu jej zdrowia psychicznego – jest rzeczywiście zdolna do zrozumienia przekazywanej w dostępny sposób informacji o celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, jej stanie zdrowia, proponowanych czynnościach diagnostycznych i leczniczych oraz o dających się przewidzieć skutkach tych działań lub ich zaniechania”. Ta interesująca definicja, która mogłaby mieć walor ogólniejszy, stanowi *lex specialis* wobec powołanego przepisu art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza w odniesieniu do leczenia psychiatrycznego.

W rozumieniu art. 3 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego zgoda wyrażona przez osobę spełniającą warunki określone w tym przepisie, ma charakter zgody udzielonej samodzielnie, niezależnie od zdolności tej osoby do czynności prawnych w rozumieniu kodeksu cywilnego²⁷. Zdolność do czynności prawnych wymagana jest jedynie na podstawie art. 9 ustawy transplantacyjnej – przy wyrażeniu zgody ze strony dawcy – po udzieleniu mu szczegółowej informacji – na pobranie komórek, tkanek lub narządów w celu ich przeszczepienia określonego biorcy.

Dalszym istotnym elementem „zgody” jako znamienia art. 192 k.k., jest „rozeznanie pacjenta” co do przedmiotu proponowanej mu lub wykonywanej wobec niego czynności medycznej. Decyzja pacjenta (przedstawiciela ustawowego) musi opierać się na należytej informacji. W art. 31 ustawy o zawodzie lekarza nałożono na lekarza obowiązek udzielenia pacjentowi (jego przedstawicielowi ustawowemu) przystępnej informacji dotyczącej

²⁷ Por. uwagi na ten temat art. 3 ust. 4 – I. Dąbrowski, J. Pietrzykowski: *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 66–70.

jego zdrowia, ustalono niezbędny jej zakres oraz określono zasady wykonywania tego obowiązku²⁸.

Zgoda na czynność medyczną nie może być bowiem aktem li tylko formalnym ani pozornym, musi być aktem rzeczywistym, subiektywnie adekwatnym do rodzaju podejmowanej interwencji, opartym na należytym przyswojeniu niezbędnych informacji tzn. na właściwym rozeznaniu sytuacji. Dlatego też zgoda na czynności medyczne nie może mieć charakteru generalnego aktu woli, nie może być „blankietowym” upoważnieniem do wszelkich „potrzebnych” czynności. Zgoda musi dotyczyć konkretnej czynności, musi mieć też charakter pozytywny, nie może jej zastępować tylko brak manifestowanego sprzeciwu. Podnieść jednak trzeba, że przepis art. 31 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza zwalnia lekarza z obowiązku udzielania pacjentowi informacji na jego żądanie. Spełnienie tego żądania sprawia, że zgoda pacjenta nie będzie miała waloru pełnej miarodajności, gdyż była wyrażana bez uprzedniego należytego poinformowania. Ta wadliwość powstaje jednak na wyraźne życzenie pacjenta. Lekarz powinien w takim przypadku dążyć do tego, aby tego rodzaju okoliczność była udokumentowana.

Odrębne – choć merytorycznie zbliżone – zasady dotyczą wyrażenia zgody na dokonanie eksperymentu medycznego. Zostały one określone w art. 24, 25 i 27 ustawy o zawodzie lekarza. Kwestie te wymagałyby specjalnego omówienia, które jednak w tym przypadku zostanie celowo pominięte. Wiąże się to z zasadniczą ułomnością legislacyjną całego rozdziału czwartego ustawy poświęconego eksperymentowi medycznemu. Ten fragment ustawy powinien bowiem zostać gruntownie zmodyfikowany.

Zgoda, która legalizuje czynność medyczną, musi być oczywiście dobrowolna, tzn. podjęta bez przymusu w jakiegokolwiek postaci oraz bez ewentualnych różnych form nacisku, związanych zwłaszcza z wykorzystaniem stosunku zależności ze strony osób trzecich. Trafnie natomiast zwraca się uwagę w piśmiennictwie, że „sama perswazja ze strony najbliższych lub lekarza, wskazująca na dobro i interes chorego nie może być oczywiście uznana za formę niedopuszczalnego nacisku na wolę chorego”²⁹.

Jeśli chodzi o **formę** wyrażenia wymaganej zgody, to ustawa o zawodzie lekarza wyróżnia dwie jej postacie, które można nazwać jako podstawową oraz kwalifikowaną.

²⁸ Szerzej na ten temat T. Dukiet-Nagórska, op. cit., s. 78 i nast.

²⁹ S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski, op. cit., s. 68.

Postać podstawową określa art. 32 ust. 4 tej ustawy. Przepis ten stanowi, że zgoda może być wyrażona ustnie albo nawet poprzez takie zachowanie, które w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym.

Postać kwalifikowaną stanowi – wymagana w przypadkach wyraźnie w ustawie określonych – forma pisemna bądź ustna w obecności dwu świadków. Zgoda w formie pisemnej dotyczy następujących przypadków:

- 1) przyjęcia osoby z zaburzeniami psychicznymi do szpitala psychiatrycznego (art. 22 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego),
- 2) wykonania zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta (art. 34 ustawy o zawodzie lekarza),
- 3) wykonania przerwania ciąży (art. 4 a ust. 4–7 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży),
- 4) przeprowadzenia eksperymentu medycznego, przy czym w odniesieniu do tej sytuacji za równoważną formę pisemnej uznaje się wyrażenie zgody ustnie, złożone w obecności dwóch świadków (art. 25 ustawy o zawodzie lekarza).

Pisemna forma wymagana jest także co do wypisania ze szpitala na własne żądanie (art. 22 ust. 5 ustawy o z.o.z.).

Wymóg pisemności odnosi się również w każdym ze wskazanych przypadków do zgody wyrażanej przez przedstawiciela ustawowego osoby poddawanej czynności medycznej.

Przepisy prawa medycznego przewidują – obok zgody osoby bezpośrednio zainteresowanej – również instytucję tzw. **zgody zastępczej**. Oparta jest ona generalnie na zasadzie określonej w art. 32 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza i art. 21 ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, zgodnie z którą, jeżeli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego. W odniesieniu do samego tylko badania zgodę może wyrazić także opiekun faktyczny, którego definicję zawarto w art. 31 ust. 8 tej ustawy. Wskazywane już dążenie do zwiększenia autonomii pacjenta sprawiło, że ustawodawca przewidział w wielu sytuacjach wymóg tzw. zgody „**podwójnej**” czy „**równoległej**”, tzn. zgody przedstawiciela ustawowego i jednoczesnej zgody osoby przez niego reprezentowanej. Dotyczy to zwłaszcza małoletnich, którzy ukończyli lat 16 i osób ubezwłasnowolnionych, które wykazują rozeznanie (art. 32 ust. 4 i 5, art. 25 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza). Na

udział w eksperymencie medycznym wymagana jest również równoległa zgoda małoletniego, który nie ukończył 16 lat, lecz może wypowiedzieć się z rozeznaniem (art. 25 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza). Podobnie przyjęcie osoby małoletniej powyżej 16 lat lub osoby ubezwłasnowolnionej zdolnej do wyrażenia zgody do szpitala psychiatrycznego wymaga wyrażenia przez nią zgody niezależnie od zgody przedstawiciela ustawowego (art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Także na pobranie szpiku od małoletniego powyżej 13 lat – obok zgody przedstawiciela ustawowego – potrzebna jest zgoda samego małoletniego.

Szczególną formą zgody zastępczej jest **zgoda sądu opiekuńczego**. Jest ona przewidywana w prawie medycznym w wielu sytuacjach. Za najbardziej typowy należy uznać przypadek, gdy osoba małoletnia lub niezdolna do świadomego wyrażania zgody nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie z nim jest niemożliwe. Wówczas właśnie wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego (art. 32 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza). Analogiczna zasada dotyczy zabiegu operacyjnego lub czynności stwarzającej podwyższone ryzyko (art. 34 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza). Zgoda sądu opiekuńczego potrzebna jest także wtedy, gdy przedstawiciel ustawowy nie wyraża zgody na zabieg kwalifikowany, a czynność ta jest niezbędna dla usunięcia niebezpieczeństwa dla życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstrój zdrowia (art. 34 ust. 6). Sąd opiekuńczy wyraża również zgodę wówczas, gdy wymagane jest udzielenie zgody równoległej a między przedstawicielem ustawowym danej osoby a nią samą występuje zasadnicza odmienność stanowiska (art. 34 ust. 6 i art. 25 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza). Zgoda sądu opiekuńczego jest konieczna na udział w eksperymencie medycznym osoby, która ma pełną zdolność do czynności prawnej lecz nie jest w stanie wypowiedzieć się z rozeznaniem co do swego uczestnictwa w eksperymencie (art. 25 ust. 5 ustawy o zawodzie lekarza). Sąd – na wniosek lekarza – może wyrażać także zgodę na udział w eksperymencie nawet wówczas, gdy zgody takiej odmówił przedstawiciel ustawowy osoby poddawanej eksperymentowi (art. 25 ust. 6 powyższej ustawy). To rozwiązanie jednak nasuwa istotne zastrzeżenie merytoryczne. Do kompetencji sądu należy również ocena zasadności odmowy wypisania pacjenta ze szpitala na żądanie przedstawiciela ustawowego, gdy stan zdrowia chorego w opinii lekarza wymaga leczenia w szpitalu (art. 22 ustawy o z.o.z.).

Szczególna rola przypada sądowi opiekuńczemu w leczeniu psychiatrycznym. W przypadku sprzecznych oświadczeń w sprawie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego małoletniego powyżej 16 lat, bądź osoby

ubezważnionych i ich przedstawiciela ustawowego, zgodę na przyjęcie wyraża sąd opiekuńczy (art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Należy też wskazać, że zgoda na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego wyrażona przez przedstawiciela ustawowego osoby, który nie pozostaje pod władzą rodzicielską, wymaga zezwolenia sądu opiekuńczego (art. 22 ust. 5 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). O ogromne znaczenie ma fakt, że o przymusowym leczeniu w szpitalu psychiatrycznym chorego psychicznie, który z powodu tej choroby zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób orzeka wyłącznie (co prawda następczo) sąd opiekuńczy (art. 25 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Sąd orzeka też o takim przyjęciu w przypadku innych przesłanek, które określa art. 29 ustawy psychiatrycznej, a także rozpatruje wnioski o wypisaniu ze szpitala osoby leczonej przymusowo (art. 36 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Decyzja sądowa wymagana jest również o przyjęciu bez zgody do domu pomocy społecznej (art. 39 omówionej ustawy). Decyzja sądu jest także wymagana na leczenie przymusowe małoletniego uzależnionego od środków narkotycznych, (art. 17 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z 21 IV 1977 r.).

Zezwolenie sądu jest ponadto wymagane na pobranie szpiku od małoletniego (art. 9 ust. 4 ustawy transplantacyjnej), a także na pobranie komórek tkanek i narządu na rzecz osoby bliskiej dawcy, z którą nie łączy go więzy pokrewieństwa (art. 10 ustawy transplantacyjnej).

W prawie medycznym występuje w jedynym przypadku zasada zgody domniemanej. Dotyczy ona zgody na dokonanie przeszczepu ex mortuo. Zabieg taki jest prawnie dopuszczalny, jeżeli osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu, złożonego w określonej w ustawie formie. Sprzeciw może być również wyrażony przez przedstawiciela ustawowego małoletniego lub innej osoby, nie mającej pełnej zdolności do czynności prawnych, za ich życia. Małoletni powyżej lat 16, bądź osoba, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, mogą także za życia wyrazić sprzeciw samodzielnie (art. 4 i 5 ustawy transplantacyjnej).

W polskim systemie prawnym występuje kilka szczególnych sytuacji, w których **uchyla się z mocy prawa** wymóg stosownej zgody na wykonanie określonej czynności medycznej.

W pewnym sensie klauzulą generalną, uchylającą wymóg zgody, jest przepis art. 33 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza. Według tego przepisu dopuszczalne jest wykonanie czynności medycznej bez zgody, jeżeli osoba poddana tej czynności wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może ona wyrazić zgody i nie ma

możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym. W takim przypadku lekarz powinien „w miarę możliwości” skonsultować swą decyzję z innym lekarzem. Podobnie dopuszczalne jest wykonanie zabiegu operacyjnego lub czynności o podwyższonym ryzyku, „gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia” (art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza). Ustawa o zawodzie lekarza upoważnia także lekarza (art. 35) do zmiany – bez zgody pacjenta – zakresu zabiegu operacyjnego lub stosowanej metody leczniczej lub diagnostycznej, jeżeli w trakcie ich wykonywania wystąpią okoliczności, których, nieuwzględnienie groziłoby niebezpieczeństwem wystąpienia podobnych skutków, „a nie ma możliwości niezwłocznie uzyskać zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego”. Treść tego przepisu uznać należy za stanowczo zbyt szeroką, co starałem się wykazać w jednej z publikacji³⁰. Bez zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego dopuszczalne jest badanie osoby, której zachowanie wskazuje na to, że z powodu zaburzeń psychicznych może zagrażać bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, bądź nie jest zdolna do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych (art. 21 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego).

Listę ustawowych zwolnień od wymogu zgody uzupełniają przepisy ustaw o zwalczaniu chorób zakaźnych³¹, zwalczaniu gruźlicy³², dekrety o zwalczaniu chorób wenerycznych³³, które przewidują dokonywanie badań, a także hospitalizacji bądź kwarantanny przy zastosowaniu trybu administracyjnego postępowania przymusowego.

Ponadto przepisy kodeksu postępowania karnego pozwalają w odniesieniu do oskarżonego na przeprowadzenie bez jego zgody, z zastosowaniem przymusu, badań psychiatrycznych połączonych na podstawie orzeczeń sądu z obserwacją kliniczną oraz badań połączonych z dokonaniem zabiegów, z wyjątkiem chirurgicznych, jeżeli jest to nieodzowne. W szczególności oskarżony jest obowiązany poddać się pobraniu krwi lub wydzielin organizmu (art. 74 § 2 pkt. 2, art. 205 i 215 k.p.k.). W postępowaniu cywilnym sąd może zarządzić badania psychiatryczne w zakładzie lecz-

³⁰ Por. L. Kubicki: *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, „Prawo i Medycyna” nr 4/1999, s. 9–10.

³¹ Ustawa z dnia 15 XI 1965 r., Dz.U. nr 50/1965, poz. 279, art. 2 i 7.

³² Ustawa z dnia 22 IV 1959 r., Dz.U. Nr 27/1959, poz. 170, w szczególności art. 6.

³³ Dekret z 16 IV 1946 r., Dz.U. nr 51/1946, poz. 594.

niczym (art. 554 k.p.c.) bez zgody osoby, co do której rozpoznawany jest wniosek o ubezwłasnowolnienie.

Powyższy przegląd różnych dziedzin obowiązującego systemu prawnego uwydatnia jak złożona i skomplikowana jest problematyka zgody na wykonanie czynności medycznej, stanowiącej przecież podstawowe ustawowe znamię nowego przestępstwa z art. 192 k.k. Występuje tu niezwykle bogata mozaika różnych kategorii i postaci pojęcia zgody. Próbując dokonać tu pewnej syntezy należy stwierdzić, że zgoda na czynność medyczną występować może w następujących postaciach:

- 1) samodzielnej zgody pacjenta, który zdolny jest do jej wyrażenia z należywym rozeznaniem,
- 2) zgody zastępczej wyrażonej przez przedstawiciela ustawowego pacjenta, a w niektórych przypadkach jego opiekuna faktycznego,
- 3) podwójnej czy równoległej zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta oraz jego samego, gdy spełnia on pewne ustawowo określone warunki,
- 4) zgody sądu opiekuńczego orzekającego na wniosek lub z urzędu,
- 5) zgody wyrażanej w szczególnej kwalifikowanej postaci na niektóre rodzaje czynności medycznych.

Jednocześnie w systemie prawnym przewiduje się szereg sytuacji, w których ustawodawca – z różnych nadzwyczajnych powodów natury faktycznej lub prawnej – znosi wymóg uzyskania zgody na wykonanie interwencji medycznej.

Wskazana różnorodność postaci „zgody” sprawia, że to określenie występujące w opisie czynu przestępnego z art. 192 k.k., stanowi w istocie znamię „blankietowe”, którego treść musi być ustalona i konkretyzowana na podstawie wnikliwej analizy szeregu przepisów ustawowych pozakodeksowych, mających zastosowanie do ocenianego konkretnego zdarzenia. Analizę tę utrudnia nie zawsze dostateczna precyzja wchodzących w grę przepisów, brak ich spójności merytorycznej, a także często niejednolitość terminologiczna w odniesieniu do kwestii o istotnym znaczeniu. Dotyczą one np. kryteriów zdolności do wyrażenia zgody („rozeznanie”, „rzeczywista zdolność do zrozumienia przekazywanej informacji”, itp.). Sprawę komplikuje nadto ogólnikowość i często wysoka ocenność szeregu klauzul, upoważniających do rezygnacji z uzyskiwania zgody (np. wymóg „niezwłoczności pomocy lekarskiej”, „zwłoka grożąca niebezpieczeństwem”).

Rodzi się również pytanie, czy o przestępności czynu, opisanego w art. 192 k.k., decyduje tylko brak zgody samego pacjenta, czy przestępność

tego czynu zachodzi także w przypadku braku wszelkich postaci zgody zastępczej. Ograniczenie karalności omawianego występku wyłącznie do braku zgody samego pacjenta prowadziłyby do sytuacji paradoksalnych i powodowałyby to depenalizację naruszenia wolności jednostki, która nie jest w stanie samodzielnie stanowić o swoim losie. Ratio legis tej normy przemawia za przyjęciem stanowiska, iż karalność tzw. samowolnego leczenia występuje zarówno w sytuacji braku samodzielnej zgody pacjenta bądź wymaganej jego zgody równoległej, jak też w sytuacji braku wyrażanej w imieniu i interesie pacjenta przez przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sądu opiekuńczego.

Wątpliwości tych ustawodawca mógł uniknąć, gdyby nawiązując do pierwowzoru nowego przepisu, tzn. do brzmienia art. 266 projektu k.k. z 1965 r., wprowadził do art. 192 formułę o działaniu „bez wymaganej zgody pacjenta lub innego uprawnionego podmiotu”.

W piśmiennictwie prawniczym zarysował się spór co do znamienia **podmiotu** przestępstwa z art. 192 k.k. Zdaniem jednych³⁴ podmiotem tego występku może być tylko lekarz jako osoba wyłącznie upoważniona do wykonania „zabiegu leczniczego”. W tym ujęciu przestępstwo z art. 192 k.k. należałoby do kategorii tzw. przestępstw indywidualnych, które mogą być popełniane przez osoby o szczególnych właściwościach.

Zdaniem drugich³⁵ podmiotem omawianego występku mogą być również inne osoby, bądź uprawnione do pewnych rodzajów czynności medycznych (np. pielęgniarki, technicy medyczni), bądź w ogóle nie uprawnione, lecz wykonujące de facto czynności lecznicze. W tym ujęciu byłoby to tzw. przestępstwo powszechne. Ogólne zasady wykładni przemawiają za trafnością właśnie tego drugiego stanowiska.

Występek z art. 192 k.k. należy do kategorii tzw. **przestępstw formalnych** bezskutkowych. Dokonanie tego czynu następuje bowiem już w chwili samego podjęcia czynności medycznej bez wymaganej zgody, niezależnie od skutku tej czynności oraz niezależnie od tego, czy czynność ta wykonywana była lege artis. Naruszenie zasad sztuki otwiera natomiast nową kwestię odpowiedzialności karnej za ewentualne przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, pozostające w zbiegu z występkiem z art. 192 k.k.

³⁴ Z. Kallus: *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, Warszawa, z. 2, s. 94 oraz E. Góral: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1988, s. 262.

³⁵ J. Wojciechowski: *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997, s. 554; M. Filar, op. cit., s. 86–87; O. Górniok: *Kodeks karny. Komentarz*. T. III, Gdańsk 1999, s. 165.

Omawiany występki może być popełniony tylko **umyślnie**, tzn. z zamiarem bezpośrednim lub zamiarem ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wówczas, gdy podmiot ma pełną świadomość, że nie została wyrażona prawnie wymagana zgoda na podejmowaną czynność medyczną, a mimo to czynność tę wykonuje, a także gdy wie, że zgoda pacjenta została wyrażona w wyniku celowo fałszywej informacji pacjentowi udzielanej, a więc w istocie jest pozorna lub wręcz wyłudzona. O zamiarze ewentualnym można mówić natomiast wówczas, gdy działający podmiot podejmuje czynność medyczną dopuszczając brak prawnie wymaganej na nią zgody. Analizując stronę podmiotową tego przestępstwa w konkretnym przypadku należy też zawsze wnikliwie badać czy nie występował tu błąd sprawcy co do prawa, bądź co do faktu, gdyż okoliczności te wyłączają winę umyślną.

Granice ochrony życia nienarodzonego w systemie polskiego prawa karnego¹

Jak wszystko w demokratycznym państwie prawnym², również problematyka prawnej ochrony życia człowieka ma swoje konstytucyjne zakotwiczenie, wobec stwierdzenia w art. 38 ustawy zasadniczej, że Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia. Przepis ten, jak i pozostałe unormowania Konstytucji, nie definiują pojęcia „człowiek”, ale również nie stanowią, że ochrona życia człowieka, na całej jego przestrzeni, jest chronione z taką samą intensywnością. Przekonanie o konieczności precyzyjnego określenia początku prawnej – konstytucyjnej ochrony życia człowieka zdecydowało o przygotowaniu przez grupę posłów Sejmu V kadencji projektu zmiany art. 38 Konstytucji, który miał otrzymać brzmienie: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia od momentu poczęcia”³.

Propozycja takiego zapisu zdaje się sugerować, że, z jednej strony, mamy do czynienia z życiem człowieka przed poczęciem, które jednak nie podlega prawnej ochronie, albo też, że nie ma życia człowieka przed poczęciem, ale nie znaczy to, że kobiece, jak i męskie prapoczątki życia nie podlegają prawnej ochronie, a z drugiej strony, że od poczęcia musi być zapewniona pełna ochrona przysługująca człowiekowi. To ostatnie mogłoby jednak zostać skutecznie zakwestionowane z powołaniem się na wykładnię, dokonywaną także przez Trybunał Konstytucyjny w kontekście ustawy regu-

¹ „Krytyka Prawa” 2010, nr 2, s. 291–307.

² Art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 473 ze zm.) stanowi: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

³ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej V kadencja, Druk Nr 993.

lującej problematykę przerywania ciąży⁴, obowiązującego przepisu art. 38 Konstytucji. Ustawa zasadnicza, w tym zakresie, nie została zmieniona, ale problem pozostał – określenia początku i końca życia człowieka. Również w kontekście unormowania art. 30 Konstytucji, stanowiącego, że „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela”; jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Tym bardziej, jeżeli uwzględni się obowiązki wynikające z art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w świetle protokołów Nr 6 i Nr 13, unormowań art. 1 i art. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, które włączone zostały do Traktatu Ustanawiającego Konstytucję dla Europy z 2004 roku, by ostatecznie znaleźć się w oczekującym na przyjęcie Traktacie Lizbońskim.

Określenie końca życia człowieka zdaje się budzić coraz mniejsze wątpliwości, może przede wszystkim z prawnego punktu widzenia, gdyż kwestia zasadnicza, w dobrym znaczeniu tych słów, pozostaje w sferze medycyny. Nie ma dziś wątpliwości, że życie człowieka kończy się nie z ustaniem krążenia krwi czy oddychania, lecz wraz ze śmiercią mózgu i to pnia mózgu. Postęp medycyny, ujęty w normę prawną, może tę chwilę określić jeszcze bardziej precyzyjnie, a nawet posługując się innymi kryteriami.

Podobnie jest, choć tylko pozornie, jeżeli chodzi o początek życia człowieka. Nawet zwolennicy skrajnego poglądu, jako początek życia określają chwilę poczęcia, w sposób naturalny albo sztuczny, nie proponując takiej samej ochrony w okresie wcześniejszym. Jednak również tak wskazany początek życia człowieka budzi zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia medycyny, ale także wątpliwości prawników, odwołujących się zresztą do argumentów medycznych⁵.

⁴ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 roku o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm. – zob. w szczególności przepisy art. 4a, w tym w ust. 1 pkt 4, uchylony orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 grudnia 1997 roku (Dz.U. Nr 157, poz. 1040).

⁵ Zob. O. Nawrot, *Status prawny pre-embrionu*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 3, s. 5–19 oraz powołane tam piśmiennictwo, także: M. Safjan, *Bioetyka pod dywanem*, „Newsweek”, 29.04.2007, obszerna argumentacja za bezwzględną ochroną życia człowieka od chwili poczęcia do naturalnej śmierci, ostatnio: P. Krajewski, *Prawno-kanoniczna ochrona człowieka w kontekście zagrożeń inżynierii genetycznej*, Olsztyn 2008, s. 31 nast., s. 64 nast., s. 86 nast., a w szczególności s. 110 nast. oraz 133–164, z końcowym stanowczym stwierdzeniem, odwołującym się do społecznej nauki Kościoła Katolickiego: „W sposób bezwzględny bronione jest prawo do życia, niezależnie od fazy i stopnia rozwoju – od poczęcia do naturalnej śmierci” (s. 164), zob. w szczególności powołane tam piśmiennictwo i dokumenty kościelne.

Co więcej, Europejski Trybunał Praw Człowieka w swym orzecznictwie jednoznacznie stwierdza, że embriion ludzki nie ma prawa do życia w rozumieniu art. 2 Konwencji Europejskiej z 1950 roku⁶, co nakazywałoby przeniesienie granicy prawnej ochrony życia człowieka na dalszy etap rozwoju, gdy rozwijający się organizm uzyskuje zdolność do życia poza organizmem matki, zdolność do samodzielnego (nie wspomaganego) życia poza organizmem matki, gdy rozwój prenatalny już się zakończył, gdy rozpoczął się już poród, gdy dziecko opuściło organizm matki, a nawet gdy nastąpiło odłączenie rodzącego się dziecka od organizmu matki, a noworodek przejawia funkcje życiowe. Nie chodzi przy tym o dowolność, ani nawet swobodę wyboru przez ustawodawcę, lecz o podjęcie takiej decyzji na podstawie istotnych, merytorycznych przesłanek.

Spójrzmy zatem na całą „przestrzeń” życia człowieka, w najszerszym ujęciu – od poczęcia do śmierci pnia mózgu. Po to tylko, by ułatwić przedstawienie problematyki ochrony prawnokarnej, i to wyłącznie na gruncie prawa polskiego. Wówczas okaże się, że zbadanie intensywności tego rodzaju ochrony prowadzi do wniosku, iż pełna ochrona przysługuje człowiekowi od zakończenia porodu do chwili śmierci pnia mózgu, jest ona mniejsza w okresie porodu, jeszcze bardziej ograniczona w okresie porodu, ale gdy organizm nie jest zdolny do samodzielnego życia poza organizmem matki, a najmniejsza od chwili poczęcia do osiągnięcia zdolności do samodzielnego życia. Czy znaczy to, że w istocie mamy do czynienia z człowiekiem *sensu lato* (od poczęcia do śmierci pnia mózgu) i człowiekiem *sensu stricto* (od rozpoczęcia porodu do śmierci pnia mózgu)? Oczywiście nie! To tylko decyzja ustawodawcy o różnej intensywności ochrony życia człowieka, w zależności od stopniu rozwoju organizmu – najmniejsza w chwili poczęcia i pełna od chwili rozpoczęcia porodu.

Nie będzie przedmiotem dalszych rozważań problematyka eutanazji⁷ czy też zaprzestania powstrzymywania nieuchronnego procesu umierania,

⁶ Zob. pkt 56 wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 10 kwietnia 2007 roku skarga Nr 6339/05, glosa krytyczna M. Gałązka, „Palestra” 2006, nr 11–12, s. 274 nast. oraz powołane tam orzecznictwo i piśmiennictwo.

⁷ Na ten temat zob. w szczególności: M. Tarnawski, *Zabójstwa uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1981, s. 121 nast.; A. Wąsek, *Prawnokarne problematyka samobójstwa*, Warszawa 1982, s. 94 nast.; M. Szewczyk, *Eutanazja – rozważania prawnoporównawcze*, Problemy Nauk Penalnych, Katowice 1996; K. Poklewski-Kozieł, *O eutanazji w świetle nowych koncepcji prawniczych*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 1; K. Bączek, *Eutanazja i „wspomagane samobójstwo” w prawie porównawczym*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 4; J. Warylewski, *W sprawie prawnokarnego postrzegania eutanazji*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 3; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*.

także w stanach terminalnych, choć są one niezwykle społecznie doniosłe i wzbudzają, także w ostatnim okresie, zrozumiałe emocje⁸. Ograniczyć się bowiem trzeba, w ramach tego opracowania, do ustalenia, na gruncie obowiązującego w Polsce prawa karnego – Kodeksu karnego z 1997 roku, od kiedy rozwijającemu się organizmowi ludzkiemu w ogóle przysługuje prawnokarna ochrona życia i zdrowia, a od kiedy pełna ochrona. Nie będą to jednak granice „człowieka”, bo to, w istocie, leży poza prawem karnym, w którym ustawodawca decyduje jedynie: komu (czemu) i w jakim zakresie (jak intensywna) przysługuje ta szczególna ochrona.

Tytuł rozdziału XIX Kodeksu karnego z 1997 roku „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”, w kontekście treści jego przepisów, nie pozostawia wątpliwości, że przedmiotem ochrony jest w tych wszystkich wypadkach życie i zdrowie „człowieka” i tylko człowieka, choć w unormowaniach tych odnajdujemy różne określenia: „człowiek”, „osoba”, „dziecko w okresie porodu”, „przerwanie ciąży” i „dziecko poczęte”, co jednak w każdym z tych przepisów oznacza „istotę ludzką”, którym to określeniem jednak ustawa karna w ogóle się nie posługuje, oraz o ludzkie „życie” i „zdrowie”, a tylko chronione w różnym zakresie.

Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2000, s. 235 i nast.; R. Feningsen, *Śmierć z wyboru?*, Poznań 2002; P. Konieczniak, *Czynna eutanazja – nowe tendencje w niektórych europejskich systemach prawnych*, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 12; M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo w świecie. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 2004; L. Izrael, *Eutanazja czy życie aż do końca*, Kraków 2005; R. Krajewski, *Przestępstwo eutanazji w kk z 1997*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 2; M. Żmudka, *Zabójstwo eutanatyczne*, Kraków 2006 – maszynopis pracy magisterskiej, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

⁸ Zob. m.in. A. Zoll, *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5; M. Szeroczyńska, *Czy pacjent ma prawo do śmierci?*, „Standardy Medyczne” 2000, nr 2(5); E. Zielińska, *Powinności lekarza w wypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5; a także ostatnio w prasie codziennej i tygodnikach: P. Winczorek, *Czy konstytucja zezwala na testament życia*, „Rzeczpospolita”, 08.12.2008; M. Safjan, *Czy zabito Eluanę, czy jej ciało?*, „Gazeta Wyborcza”, 13.02.2009; A. Boniecki, *Pytanie o Eluanę Englaro*, „Tygodnik Powszechny”, 15.02.2009; P. Semka, *Pełzająca eutanazja*, „Rzeczpospolita”, 25.02.2009; J. Bojko, *Dobre życie, a nie dobra śmierć*, „Gazeta Wyborcza”, 26.02.2009; A. Boniecki, *Pytania Eluany*, „Tygodnik Powszechny”, 08.02.2009; J. Baczak, *Rozważania o głowie*, „Tygodnik Powszechny”, 08.02.2009; M. Lehnert, *Włochy: nie mówmy już o tym*, „Tygodnik Powszechny”, 22.02.2009; P. Kowalczyk, *Ojciec Eluany mordercą?*, „Rzeczpospolita”, 01.03.2009; idem, *Eluana zaczęła umierać z głodu*, „Rzeczpospolita”, 09.02.2009; T. Bielecki, *Eluana umiera w Udine*, „Gazeta Wyborcza”, 09.02.2009; T. Orłowski, *Konstytucyjne zagłodzenie*, „Rzeczpospolita”, 10.02.2009; T. Bielecki, *Eluana nie żyje*, „Gazeta Wyborcza”, 10.02.2009; P. Kowalczyk, *Włochy: spory o śmierć*, „Rzeczpospolita”, 11.02.2009; T. Bielecki, *Śmierć i politycy*, „Gazeta Wyborcza”, 11.02.2009; B. Dziobkowski, *Wybawienie ze stanu biologicznego trwania*, „Rzeczpospolita”, 13.02.2009.

Czy zakres tej ochrony jest dobrze określony w polskiej ustawie karnej? To kwestia poglądu, ale dostrzeżenie nawet niekonsekwencji ustawodawcy jest chyba możliwe. Przyjrzyjmy się w takim razie w istocie całości unormowań tego rozdziału kodeksu, pamiętając, że człowiek, nazywany w tych przepisach osobą, dzieckiem w okresie porodu i dzieckiem poczętym, to istoty ludzkie będące podmiotami, których życie i zdrowie stanowi przedmiot ochrony prawnokarnej.

Dobrym punktem wyjścia dla tego rodzaju rozważań okazał się przepis art. 160 § 1 kk stanowiący, że ponosi odpowiedzialność karną, „kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu”. Sąd Najwyższy, w jednym z orzeczeń z 2006 roku⁹ nie rozważając tego, czy rozwiązania w rozdziale XIX kk są najlepsze z możliwych, swoją uwagę skupił na tym, czy w przepisie art. 160 § 1 kk określenie „człowiek” odnosi się do całej przestrzeni życia istoty ludzkiej – od poczęcia do śmierci pnia mózgu, czy też tylko do części tej przestrzeni, tak jak jest to ujęte, przede wszystkim w przepisach art. 148 kk i art. 149 kk. Unormowanie art. 38 Konstytucji przemawia za koniecznością szerokiego ujęcia, ale dalsze przepisy tego rozdziału: art. 152, 153 i 157a kk, które stanowią, w istocie, konsekwencję obowiązującego w Polsce, poza wyjątkami określonymi w ustawie z dnia 7 stycznia 1993 roku o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach przerywania ciąży, zakazu przerywania ciąży, prowadzą do wniosku, że w okresie ciąży, przed rozpoczęciem porodu, istota ludzka nie jest określana w rozdziale XIX kk mianem „człowieka”, oczywiście tylko dlatego, że w tym okresie nie korzysta ona z pełnej ochrony prawnokarnej. Gdyby nie te szczególne unormowania (art. 152, 153 i 157a kk), to także art. 160 § 1 kk chroniłby życie i zdrowie istoty ludzkiej od poczęcia do początku porodu, w okresie którego kobieta rodząca dziecko, w wypadku spełnienia wszystkich wymogów określonych w art. 149 kk, ponosi łagodniejszą odpowiedzialność karną.

Nieprzypadkowo ustawodawca w art. 160 § 1 kk, jak i w innych przepisach rozdziału XIX kk, posługuje się określeniem „człowiek”. Czym zatem różni się „człowiek” od „dziecka poczętego” i „dziecka w okresie porodu”? Odwołanie się do wykładni językowej¹⁰ niewiele wnosi, poza ustaleniem,

⁹ Uchwała z dnia 26 października 2006 roku I KZP 18)06 OSNKW 2006, Nr 11, poz. 97; L.K. Paprzycki, *Granice prawnokarnej ochrony życia i zdrowia człowieka na tle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r. I KZP 18/06*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 3, s. 53 nast.

¹⁰ Na temat wykładni, także językowej, zob. przede wszystkim: Z. Radwański, M. Zieliński, w: M. Safjan (red.) *System Prawa Prywatnego*, tom 1, *Prawo cywilne – część*

że chodzi na pewno o różne podmioty. Konieczne było, wobec tego, sięgnąć do wykładni systemowej i funkcjonalnej, ale z uwzględnieniem tego, co wynika z wiedzy z zakresu medycyny. Nawet jednak ograniczenie się do próby bezpośredniego rozumienia norm tego rozdziału, bez przystępowania do ich wykładni, a także wsparcie się intuicją językową i doświadczeniem życiowym każdego dorosłego człowieka, prowadzi do niewątpliwego i na pewno trafnego wniosku, że „człowiekiem” w rozumieniu tych przepisów jest „istota ludzka”, która została urodzona, której udziałem są czynności życiowe, a więc człowiekiem jest „życie urodzone”. Dostrzeżenie unormowania art. 149 kk pozwala stwierdzić, że także „życie rodzące się”, które ustawa karna nie nazywa „człowiekiem” ani „osobą”, ale już nie „dzieckiem poczętym”, a „dzieckiem w okresie porodu”, którego matka, ale tylko ona, może ponieść łagodniejszą odpowiedzialność karną. Układ przepisów art. 148 kk i art. 149 kk oraz art. 152 kk, art. 153 kk i art. 157a kk wskazuje, że osoba inna niż rodząca kobieta, ale także ona, jeżeli nie zostały spełnione warunki łagodniejszej odpowiedzialności karnej, w wypadku umyślnego spowodowania śmierci dziecka w okresie porodu, poniosą odpowiedzialność nie za śmierć dziecka poczętego, ale pełną odpowiedzialność karną, na podstawie art. 148 kk, za śmierć „człowieka”. Zatem „dziecko” w okresie porodu (art. 149 kk), to „człowiek” w rozumieniu wszystkich przepisów rozdziału XIX kk.

Wydaje się, że akurat to nie tylko nie powinno, ale na pewno nie budzi wątpliwości i od dawna jest aprobowane zarówno orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie. Zatem, już w tym miejscu można stwierdzić to, co w kontekście art. 160 § 1 kk najistotniejsze, także w okolicznościach sprawy rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy, w której przekazane zostało zagadnienie prawne na podstawie art. 441 § 1 kpk, że kto zachowaniem swoim wypełniając znamiona tego przestępstwa działa na szkodę „dziecka w okresie porodu”, poniesie odpowiedzialność karną, gdyż jest to działanie na szkodę „człowieka”.

Jednak nie to stanowiło w tej sprawie największą trudność, gdyż sąd odwoławczy formułując zagadnienie przedstawił następujące pytanie: Czy ochronie prawnokarnej przewidzianej w art. 160 kk podlega zdrowie i życie dziecka już od momentu rozpoczęcia jego porodu, czy też dopiero od momentu oddzielenia dziecka od ciała kobiety lub rozpoczęcia przez

ogólna, Warszawa 2007, s. 417 nast., także powołane tam piśmiennictwo oraz z ostatnich publikacji: J. Warylewski, *Językowa metoda wykładni prawa*, „Jurysta” 2008, Nr 7–8, s. 13–18; M. Ciarka, *Wykładnia językowa i jej granice*, „Prawo Europejskie w praktyce” 2009, nr 2(56), s. 105–110.

dziecko oddychania za pomocą własnych płuc? Było to zatem pytanie o to, kiedy rozpoczyna się „poród” – „okres porodu” w rozumieniu przepisu art. 149 kk. Niewątpliwie jest to „swoiste pojęcie prawne”, obejmujące także okres rozpoczynający się zmianami fizjologicznymi zachodzącymi w organizmie kobiety będącej w ciąży, prowadzącymi do opuszczenia przez dziecko łona matki aż do fizycznego oddzielenia, ale także, niejednokrotnie, okres późniejszy, gdy poród, jego wcześniejszy przebieg, jeszcze oddziałuje przede wszystkim na stan psychiczny kobiety, z czym ustawodawca wiąże łagodniejszą odpowiedzialność karną.

Z punktu widzenia rozważanej tu problematyki nie tak istotne jest to, kiedy kończy się okres porodu, choć przecież decyduje także o tym, czy matka dziecka poniesie odpowiedzialność za zabójstwo uprzywilejowane (art. 149 kk), czy za zabójstwo zwykłe (art. 148 kk). Tu istotniejsze jest ustalenie kiedy poród się rozpoczyna, gdyż od tej chwili rodzące się dziecko, jego zdrowie i życie, to życie i zdrowie „człowieka”, a nie „dziecka poczętego”. Wypracowane w orzecznictwie i piśmiennictwie kryteria niejednokrotnie, zawadzają.

Kryterium rozwojowe sytuje początek „człowieczeństwa” w chwili osiągnięcia przez „dziecko poczęte” zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Trzeba je, na gruncie obowiązującego Kodeksu karnego odrzucić, wobec unormowań art. 152 § 3 kk i art. 153 § 2 kk, świadczących o tym, że ustawodawca zdecydował, że to jeszcze nie „człowiek”, a „dziecko poczęte”, któremu pełna prawnokarna ochrona jeszcze nie przysługuje. Może stanowić to natomiast postulat *de lege ferenda*, którego realizacja nie zmieniałaby, w istocie, polskiego modelu ochrony życia ludzkiego, a nawet czyniłaby go konsekwentnym, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części tego opracowania.

Pozostałe kryteria zdają się lepiej spełniać wymogi określone w obowiązującym Kodeksie, a ich cechą wspólną jest „odsuwanie” granicy pełnej odpowiedzialności karnej coraz dalej od chwili uzyskania przez dziecko poczęte zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki. Przede wszystkim kryterium fizjologiczne, które wiąże się z podjęciem przez dziecko samodzielnego oddychania własnymi płucami. Kryterium przestrzenne – nie tylko samodzielne oddychanie, ale także chociaż częściowe oddzielenie dziecka od ciała matki. I kryterium położnicze – chwila rozpoczęcia porodu, które najbliższe jest kryterium uzyskania stopnia rozwoju organizmu umożliwiającego dziecku samodzielne życie.

Kryterium fizjologiczne i kryterium przestrzenne mają za sobą doświadczenie życiowe, a są to także kryteria odznaczające się pewnością, co na

gruncie prawa karnego jest tak istotne. Z kolei kryterium położnicze najlepiej „pasuje” do unormowań obowiązującego Kodeksu karnego, który w art. 149 posługuje się właśnie takim określeniem. Kryterium przedstawione tu jako pierwsze – rozwojowe, na gruncie polskiego kodeksu karnego jest natomiast nie do przyjęcia, wobec unormowań art. 152 § 3 kk i art. 153 § 3 kpk.

Przepis art. 149 kk posługuje się określeniem „w okresie porodu”, całego porodu, a więc od jego rozpoczęcia. Zatem, jeżeli poród już się rozpoczął, to sprawca czynu na szkodę zdrowia lub życia „dziecka nienarodzonego”, odpowie za jedno z przestępstw na szkodę „człowieka” a nie „dziecka poczętego”, nawet jeżeli potem poród zostałby zatrzymany, na przykład dlatego, że okazał się on przedwczesny. Trzeba też wziąć pod uwagę, odrzucając kryterium fizjologiczne i przestrzenne, że prowadzą one do podziału „okresu porodu” na dwie fazy, co wobec unormowania art. 149 kk jest nie do przyjęcia.

To właśnie kryterium, położnicze, jest powszechnie, z nielicznymi wyjątkami, aprobowane w piśmiennictwie. Zwraca się przy tym uwagę na to, że takie stanowisko okazuje się w pełni przekonujące, gdy rozważa się art. 149 kk w świetle treści pozostałych przepisów rozdziału XIX kk, a w szczególności art. 148, 152, 153 i 157a kk. Nie może bowiem być żadnych wątpliwości, że z chwilą rozpoczęcia porodu dochodzi do sytuacji „jakościowo odmiennej”, gdyż wówczas mamy do czynienia nie tylko z żywym organizmem, nie tylko z organizmem żywym zdolnym do funkcjonowania poza organizmem matki, ale, zazwyczaj, z organizmem, który jest zdolny do życia poza jej organizmem bez medycznego wspomaganie, a wystarczająca jest zwykła opieka rodzicielska. Wówczas, a to z rozpatrywanego punktu widzenia jest najistotniejsze, mamy do czynienia z w pełni ukształtowanym organizmem człowieka, który rodzi się, gdyż fizjologicznie organizm matki nie jest mu już niezbędny. Jeżeli tak, to życie człowieka od rozpoczęcia porodu, przez cały jego okres, do pełnego urodzenia pozostaje już pod ochroną art. 148 kk i tylko w wypadku rodzącej kobiety, gdy zostaną spełnione szczególne warunki, pod ochroną art. 149 kk.

A jest to okres na pewno bardzo trudny, niewątpliwe dla rodzącej kobiety, nawet przy stosowaniu środków znieczulających, ale przede wszystkim dla rodzącego się człowieka. Patrząc na rzecz całą tylko z medycznego punktu widzenia oczywiste jest, że, z natury rzeczy, w tym czasie dziecko – człowiek szczególnie narażone jest nie tylko na doznanie uszczerbku na zdrowiu, ale także na utratę życia. Także dlatego, że szereg podejmowanych w tym czasie postępowań medycznych, nawet w wypadkach prawidłowego

przebiegu porodu, może okazać się dla dziecka niebezpieczne, nie mówiąc już o porodach trudnych, powikłanych czy wręcz patologicznych. Wówczas w grę wchodzić mogą także zachowania samej rodzącej kobiety, ale przede wszystkim czynności najszerzej rozumianego personelu medycznego: lekarzy i pielęgniarzy, personelu pomocniczego, a także osób trzecich.

Co jednak najistotniejsze z punktu widzenia zasad odpowiedzialności karnej, przyjęcie kryterium położniczego nie prowadzi do wykładni rozszerzającej, a więc niemożliwej do zaakceptowania, gdyż jest wynikiem, wyłącznie, analizy przepisów rozdziału XIX kk, a w szczególności jego przepisów art. 149 kk w kontekście unormowań art. 148, 152, 153 i 157a kk, bez potrzeby posłużenia się dyrektywą wykładni *pro vitae*, co prowadzi do stanowczego wniosku, że w systemie polskiego prawa karnego już od początku porodu, nawet jeżeli zostanie on zatrzymany, w sposób naturalny albo w wyniku postępowania medycznego, dziecku przysługuje pełna prawno-karna ochrona, gdyż w tym okresie mamy już do czynienia z ochroną nie „dziecka poczętego”, lecz człowieka, w rozumieniu wszystkich tych przepisów.

Co warte podkreślenia, Sąd Najwyższy w tezie uchwały w sprawie I KZP 18)06, określając „początek porodu”, prawie dosłownie posłużył się „definicją” medyczną, stwierdzając, że jest to „wystąpienie skurczów macicy, dający postęp porodu”. Był to na pewno jedyny możliwy do zaakceptowania sposób postąpienia, gdyż podjęcie przez orzekających sędziów próby sformułowania własnej definicji, nawet jeżeli możliwe, to na pewno było niepotrzebne, żeby nie powiedzieć niedorzeczne, a oczywiste jest, że „poród”, w tym wypadku, należy roznieć tak, jak to określa medycyna. Własna definicja, na użytek prawa karnego, była zatem zupełnie zbędna, a nawet niedopuszczalna, gdyż tylko dysponując specjalistyczną wiedzą z zakresu medycyny, można wskazać w jakiej chwili rozpoczyna się ten wyjątkowy proces fizjologiczny. Czy zatem jesteśmy „zakładnikami” medyków, położników i neonatologów? I tak i nie. Tak, ale tylko wtedy, jeżeli ustawodawca karny uzna „poród”, a więc jego rozpoczęcie, jako granicę odpowiedzialności karnej za przestępstwa na szkodę zdrowia i życia „człowieka”. Racjonalny ustawodawca nie może bowiem twierdzić, że poród w znaczeniu medycznym i poród w rozumieniu prawa karnego to nie to samo. Ale taki sam, racjonalny, ustawodawca, władny jest w innym miejscu wyznaczyć tę granicę, na przykład uzyskanie przez organizm ludzki zdolności do nie wspomaganego medycznie samodzielnego życia poza organizmem matki albo przyjęcie kryterium przestrzenne i zapisać w ustawie karnej, że pełna „człowiecza” ochrona przysługuje rodzącemu się

dziecku dopiero z chwilą chociażby częściowego fizycznego oddzielenia od organizmu matki. Mogą, a na pewno powinny, decydować o tym przesłanki merytoryczne, racjonalne, również medycznie uzasadnione, a nie arbitralna decyzja ustawodawcy, a więc polityków.

Czy tak określona granica surowszej odpowiedzialności karnej za zachowania na szkodę organizmu człowieka w okresie porodu mogła zostać krytycznie oceniona. Mogła, choć nie powinna. Pomińmy poglądy prawników, choćby najwybitniejszych, ale także rodzącą kobietę, gdyż ta ostatnia, nawet odwołując się do swego szczególnego wówczas stanu psychicznego, czyniąc to ze zwykłym poczuciem odpowiedzialności za życie i zdrowie własnego dziecka, nie może opowiedzieć się za zmniejszeniem ochrony. Ale dotyczy to także pracowników służby zdrowia, gdyż przecież oni, wykluczając wypadki patologiczne, których można nie uwzględniać w tych rozważaniach, swoje czynności zawodowe wykonują z należytą, a więc najwyższą starannością, nie z obawy poniesienia odpowiedzialności karnej, lecz z poczucia obowiązku, którego my, nie będący pracownikami służby zdrowia, mamy prawo oczekiwać.

Zdawać by się mogło, że oto w ten sposób wszystko zostało wyjaśnione, gdyż granica odpowiedzialności karnej na gruncie polskiego prawa za spowodowanie śmierci albo uszczerbku na zdrowiu „człowieka” została określona jednoznacznie – rozpoczęcie porodu. Oznacza to bowiem, że każde zachowanie prowadzące do takiego skutku będzie zachowaniem na szkodę „człowieka” a nie „dziecka poczętego”. Okazało się jednak, że wątpliwości pozostały, co jeden z sądów sformułował w pytaniu przedstawiającym Sądowi Najwyższemu kolejne zagadnienie prawne, a mianowicie, czy ochronie prawnokarnej przewidzianej w art. 155 kk (nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka) podlega życie dziecka od momentu rozpoczęcia porodu bądź podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę, czy też od momentu, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej.

Odpowiedź, przede wszystkim w świetle stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w uchwale w sprawie I KZP 18)06, wydawała się oczywista, a więc nie uzasadniająca przekazania tego tylko z pozoru „zagadnienia prawnego” w trybie określonym w art. 441 § 1 kpk: nie jest istotne uzyskanie przez dziecko „zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej”, a tylko to, czy poród już się rozpoczął albo spełnione zostały warunki do przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego, do którego wykonania przystąpiono. Nie było to jednak tak oczywiste, w każdym

razie bez pogłębionej analizy, w okolicznościach tej sprawy, gdzie lekarz, nie rozpoznając stanu zdrowia kobiety ciężarnej i stanu zdrowia mającego się urodzić dziecka, nie zdecydował o przeprowadzeniu zabiegu cięcia cesarskiego, co doprowadziło do śmierci tego dziecka.

Sąd Najwyższy w tej sprawie, I KZP 13)08, postanowieniem odmówił podjęcia uchwały, dochodząc do wniosku, że przede wszystkim nie zostały spełnione wymogi określone w art. 441 § 1 kpk¹¹.

Pomińmy jednak tę ostatnią kwestię, która dla problematyki tego opracowania, co oczywiste, nie ma żadnego znaczenia, skupiając uwagę na argumentacji dotyczącej kwestii zasadniczej – granic prawnokarnej odpowiedzialności za zachowanie na szkodę życia i zdrowia dziecka nienarodzonego.

Sąd Najwyższy, odmawiając podjęcia uchwały, mógł to uczynić tylko wówczas, gdy uznał tezę uchwały I KZP 18)06 za „udzielającą” odpowiedzi, na obecnie sformułowane pytanie. To właśnie stwierdzając, Sąd Najwyższy odwołał się do zapatrywań i argumentacji uzasadnienia tej uchwały, uznając, że „dostrzec jedynie należy konsekwencje takiej wykładni także dla dokonania prawnokarnej oceny zachowania oskarżonego w okoliczności sprawy rozpatrywanej przez Sąd Okręgowy, wynikające z rozumienia pojęcia «czynności zmierzające do przeprowadzenia tego zabiegu»”, a chodziło o zabieg cięcia cesarskiego.

Punktem wyjścia dalszych rozważań było zauważenie, oczywiście trafne, że przepisy rozdziału XIX kk realizują konstytucyjny standard ochrony życia człowieka od poczęcia do naturalnej śmierci, z tym jednak, co nie jest sprzeczne z tym standardem, że intensywność tej ochrony jest zróżnicowana w zależności od tego, czy mamy do czynienia z „dzieckiem poczętym”, czy też już z „człowiekiem” – najmniejsza od chwili „poczęcia”, intensywniejsza, gdy dziecko poczęte „osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej” i pełną „człowieczą” ochronę od chwili rozpoczęcia „porodu”. Tak zdecydował ustawodawca, w granicach określonych przez Konstytucję, czego nie można zmienić w drodze wykładni, tym bardziej, że byłaby ona na niekorzyść, gdyż prowadziłaby do rozszerzenia granic kryminalizacji. Można ten stan prawny zmienić, z uwzględnieniem standardu konstytucyjnego, ale tylko decyzją ustawodawcy, który musi, także w tym zakresie, uwzględnić standardy strasburskie i unijne, które jednak nigdy nie mogą pozostawać w sprzeczności z polską Konstytucją.

¹¹ OSNKW 2008, Nr 11, poz. 90.

Argumentacja Sądu Najwyższego poprowadzona została w sposób prosty i przejrzysty, a przede wszystkim konsekwentny, cały czas w kontekście konstytucyjnego standardu ochrony życia ludzkiego. Właśnie dostrzeżenie konsekwencji wynikającej z wykładni dokonanej w uchwale I KZP 18/06 prowadzi do pierwszego, najważniejszego wniosku, że pełna „człowiecza” prawno-karna ochrona przysługuje „istocie ludzkiej” z chwilą rozpoczęcia „porodu” albo z chwilą zaistnienia konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego albo innego alternatywnego zakończenia ciąży. Z medycznego punktu widzenia są to sytuacje wręcz nieporównywalne, ale identyczne z punktu widzenia prawa karnego, gdyż w każdym z tych wypadków mamy do czynienia z „narodzinami człowieka”. Ma bowiem prowadzić do zakończenia ciąży i urodzenia żywego noworodka. Są to zatem dwie różne sytuacje, ale identyczne w tym znaczeniu, że prowadzą do zakończenia ciąży i żywego urodzenia człowieka. Właśnie z tymi dwoma zdarzeniami polski ustawodawca wiąże pełną prawno-karną ochroną, jaka będzie przysługiwać urodzonej istocie ludzkiej aż do chwili śmierci pnia jej mózgu.

Tylko z pozoru „naturalność” i „nienaturalność” tego procesu ma jakiegokolwiek znaczenie, także w świetle prawa karnego.

Sytuacja porodu naturalnego nie powinna budzić, z tego punktu widzenia, właśnie w świetle tezy uchwały I KZP 18/06, żadnych wątpliwości. Gdy poród się rozpoczyna, zachowanie każdej osoby, z wyjątkiem rodzącej kobiety, ale tylko w okresie porodu i przy spełnieniu dalszych warunków wskazanych w art. 149 kk, pociąga za sobą pełną odpowiedzialność karną, jak w wypadku czynów popełnionych na szkodę już urodzonego człowieka, oddzielonego od organizmu matki i przejawiającego czynności życiowe, przede wszystkim oddychanie. Taką samą odpowiedzialność poniesie rodząca kobieta, o ile nie zostaną spełnione wymogi określone w art. 149 kk. W wypadku porodu naturalnego uwzględnić jednak trzeba dwie szczególne sytuacje. Pierwsza, gdy poród jest spóźniony i zachodzi konieczność jego przyspieszenia, na przykład środkiem farmakologicznym. Wówczas pełna prawno-karna ochrona będzie przysługiwać dziecku nie-narodzonemu od chwili podjęcia tego rodzaju postępowania medycznego zmierzającego bezpośrednio do spowodowania rozpoczęcia porodu, chyba że wówczas albo wcześniej zaistniała sytuacja konieczności takiego rodzaju postępowania medycznego albo konieczność przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego. I sytuacja druga, gdy poród naturalny już się rozpoczął, ale względy medyczne spowodowały jego zatrzymanie – wówczas pełna prawno-karna ochrona przysługuje zarówno w okresie od pierwszego

rozpoczęcia porodu do jego zatrzymania, jak i w całym późniejszym okresie kontynuacji ciąży i ponownego rozpoczęcia porodu albo zabiegu cięcia cesarskiego – wyłączenie okresu „kontynuacji ciąży” po „zatrzymaniu porodu”, byłoby, jak to trafnie określa Sąd Najwyższy, wręcz niedorzeczne.

Najistotniejsze, zwłaszcza z punktu widzenia okoliczności sprawy, w której zadane zostało Sądowi Najwyższemu „pytanie prawne”, jest sytuacja kończenia ciąży zabiegiem cięcia cesarskiego i to w zależności od tego, czy jego przeprowadzenie dyktowane jest koniecznością medyczną (nie ma możliwości żywego urodzenia w sposób naturalny), czy też następuje wyłącznie na żądanie (życzenie) pacjentki – mającej urodzić dziecko kobiety będącej w ciąży.

Ta druga sytuacja z całą pewnością jest prostsza, gdyż jakiegokolwiek zachowanie oddziałujące negatywnie na organizm dziecka nienarodzonego może nastąpić dopiero wówczas, gdy podjęte zostaną czynności zmierzające bezpośrednio do przeprowadzenia tego szczególnego zabiegu operacyjnego, który ma doprowadzić do zakończenia ciąży i żywego urodzenia. Wszystkie wcześniejsze czynności wiązać się będą z prowadzeniem prawidłowej ciąży, a przede wszystkim z ustaleniem stanu zdrowia matki i dziecka nienarodzonego, co pozwala podjąć decyzję o zabiegu cięcia cesarskiego, wykonanie czynności przygotowawczych, a następnie tych już bezpośrednio prowadzących do jego przeprowadzenia.

Zasadniczo inna, choć co do istoty tożsama, o czym była już mowa, jest sytuacja konieczności medycznej zabiegu cięcia cesarskiego. Najprostsza wówczas, gdy poród naturalny już się rozpoczął, natomiast konieczność przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego ujawni się później. Wówczas rodzącemu się dziecku już przysługuje pełna prawnokarna ochrona, od rozpoczęcia porodu naturalnego, zatem wszystkie czynności operacyjne zabiegu cięcia cesarskiego skierowane są przeciwko „człowiekowi” – „dziecku w okresie porodu”.

Inaczej jest wówczas, gdy zaistnieje stan „konieczności medycznej” zabiegu cięcia cesarskiego, a decyzja o jego przeprowadzeniu zostaje podjęta i zrealizowana albo też powinna zostać podjęta, co jednak nie następuje, a dziecko nienarodzone, w obu sytuacjach, doznaje uszczerbku na zdrowiu albo traci życie. Również w tych wypadkach zabieg cięcia cesarskiego, który nigdy nie jest obojętny dla kobiety, jak i dziecka, zawsze jest, a w każdym razie powinien być, poprzedzony czynnościami diagnostycznymi, które, co do zasady, są czynnościami medycznymi prowadzenia ciąży, pozwalającymi ustalić patologię ciąży prowadzącą do braku możliwości naturalnego porodu, co stanowi podstawę podjęcia decyzji o zabiegu

cięcia cesarskiego i wykonania czynności zmierzających bezpośrednio do jego przeprowadzenia. Dopiero te ostatnie czynności mogą negatywnie oddziaływać także na mające urodzić się dziecko. Ich podjęcie rozpoczyna poród i związaną z tym pełną prawnokarną ochronę dziecka.

Mogą jednak zaistnieć sytuacje szczególne, w praktyce, niestety, nie będące czymś odosobnionym, które zachodzą wówczas, gdy stan tego rodzaju konieczności medycznej zaistnieje, ale nie zostanie ustalony, wobec zaniechań kobiety znajdującej się w ciąży, a przede wszystkim zaniechań fachowych pracowników służby zdrowia (lekarza, pielęgniarki, położnej), uczestniczących w prowadzeniu ciąży. Stan konieczności medycznej, w tym wypadku, oznacza obiektywną konieczność przeprowadzenia alternatywnego zakończenia ciąży. Zaistnienie takiej konieczności określa chwilę, od której powinny zostać powzięte czynności medyczne zmierzające bezpośrednio do przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego, a więc oddzielenia dziecka od organizmu matki, także w sytuacji, gdy poród naturalny jeszcze albo nawet w ogóle, w konkretnym przypadku, nie jest możliwy. To sytuacja, w istocie, tożsama z rozpoczęciem porodu, o którym mowa w art. 149 kk, z tą tylko, nieistotną, różnicą, że poród alternatywny nie rozpoczyna się, chociaż mógł i powinien się rozpocząć, co jednak nie następuje, z winy kobiety w ciąży, która, mając świadomość zagrożenia ciąży, nie zasięga porady lekarskiej, albo z winy fachowego pracownika służby zdrowia, który mógł i powinien zidentyfikować stan konieczności medycznej cięcia cesarskiego, w toku prawidłowo prowadzonej ciąży. Tak samo będzie w wypadku innych osób, o ile ciążył na nich prawny obowiązek oceny zagrożenia ciąży i podjęcia czynności umożliwiających zidentyfikowanie konieczności medycznej cięcia cesarskiego. Tak będzie, na przykład, w wypadku przedstawiciela ustawowego małoletniej kobiety ciężarnej. Wszystkie te osoby będą mogły ponieść odpowiedzialność karną za spowodowanie uszczerbku na zdrowiu albo za spowodowanie w okresie porodu utraty życia „człowieka” a nie „dziecka poczętego”.

Całość tego rodzaju argumentacji prowadziła do sformułowania ostatecznego stanowiska, że pełna prawnokarna ochrona zdrowia i życia przysługuje dziecku nienarodzonemu od rozpoczęcia porodu naturalnego, w wypadku operacyjnego zabiegu cięcia cesarskiego kończącego ciążę na żądanie kobiety ciężarnej – od chwili pierwszej czynności medycznej bezpośrednio zmierzającej do przeprowadzenia takiego zabiegu, a w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych

przesłanek takiej konieczności, gdy należało podjąć czynności zmierzające do przeprowadzenia takiego zabiegu.

Na tle tych rozważań nie sposób nie zauważać znaczącej dysproporcji w zakresie ochrony „życia nienarodzonego”, co uzależnione jest nie od stopnia rozwoju „istoty ludzkiej”, lecz tego, czy do zakończenia ciąży dochodzi w wyniku porodu naturalnego, czy też w sposób alternatywny (cięcie cesarskie, zastosowanie środka farmakologicznego, inna metoda). W tym pierwszym wypadku to dopiero chwila rozpoczęcia naturalnego porodu po upływie dziewięciu miesięcy od poczęcia, natomiast gdy stosowana jest jedna z metod alternatywnych, poród „rozpocznie się” znacząco wcześniej, gdyż mogą one zostać zastosowane już po upływie 26 tygodni od poczęcia, gdy dziecko ma wykształcone płuca i osiągnęło wagę 500 g.

To jednak „wina” ustawodawcy, a nie tych, którzy dokonują wykładni. Wszystko to ma swe źródło w sytuacji nieporównywalnej z dzisiejszą, jaka miała miejsce, gdy kształtowane były już w latach 20. ubiegłego wieku przepisy obowiązującego od 1932 roku kodeksu karnego. Ówczesny rozwój medycyny, blisko 100 lat temu, pozwalał na zabieg cięcia cesarskiego prowadzącego do żywego urodzenia, w zasadzie tylko po upływie całego okresu ciąży, a inne alternatywne metody zakończenia ciąży nie były stosowane. Obecnie, z każdym rokiem, możliwe jest utrzymanie przy życiu poza organizmem kobiety i zapewnienie dalszego rozwoju coraz to młodszych dzieci. Tego, w żadnym wypadku, ustawodawca nie powinien lekceważyć, gdyż tylko kwestią czasu, i to być może niezbyt długiego, jest taki rozwój medycyny, a zwłaszcza techniki medycznej, że możliwe będzie nie tylko zapłodnienie *in vitro*, ale także przeprowadzenie całego rozwoju istoty ludzkiej aż do uzyskania zdolności do samodzielnego życia, bez udziału organizmu kobiety. Będzie to już jednak sytuacja jakościowa inna, gdy „porodu” naturalnego ani metodą alternatywną w ogóle nie będzie.

Już dziś, wobec przesuwającej się granicy stosowania zabiegu operacyjnego cięcia cesarskiego, ale także powyżej perspektywy całego rozwoju istoty ludzkiej poza organizmem kobiety, wydaje się nie tylko możliwe, ale także konieczne i ze społecznego punktu widzenia w pełni uzasadnione, przesunięcie granicy pełnej prawnokarnej ochrony życia nienarodzonego ku jego początkowi, gdy istota ludzka uzyskuje zdolność do samodzielnego, choćby z medycznym wspomaganie, życia poza organizmem kobiety. Ta zmiana nie burzyłaby obecnego modelu odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu człowieka. Zabieg legislacyjny z tym związany nie odznaczałby się znacznym skomplikowaniem.

To, co oczywiste, nie rozwiązuje problemu prawnokarnej ochrony istoty ludzkiej we wcześniejszym okresie. Wydaje się, obserwując realia społeczne w Polsce, że rozwiązania Kodeksu karnego z 1997 roku wraz z unormowaniami ustawy określającej warunki przerywania ciąży, jako będące także rezultatem kompromisu społecznego, uznać można obecnie za optymalne rozwiązania. Można też postulować, jak to uczyniono projektem nowelizacji Konstytucji z 1997 roku, żeby granicę prawnokarnej ochrony istoty ludzkiej wyznaczała chwila poczęcia, choć ochrona prapoczątków życia człowieka być może także wymaga nowej regulacji prawnej, jednak już na zupełnie innych zasadach niż życie istoty ludzkiej. Zatem, zasadniczym przedmiotem wątpliwości i sporu okazuje się embriion ludzki, jako przedmiot prawnokarnej ochrony, zwłaszcza we wczesnym okresie jego rozwoju, ale akurat w tym zakresie kompromis ideologiczny (spór o wartości) jest niemożliwy, a na gruncie prawa, będąc udziałem polityków – parlamentarzystów, okaże się konieczny¹².

Tak samo jest, jeżeli chodzi o uregulowanie kwestii zapłodnienie *in vitro*, która to problematyka, z oczywistych powodów nie będzie przedmiotem tego opracowania, choć jest wyjątkowo społecznie doniosła, a ponadto stała się, także w ostatnim okresie, przedmiotem merytorycznie wartościowych, ale nie pozbawionych emocji, więcej niż stanowczych wypowiedzi¹³.

¹² Zob. A. Paszkowski, *Spór o status embriionu*, „Rzeczpospolita”, 11.03.2009, s. A14; O. Nawrot, *Status prawny...*, s. 5 nast.; idem: *Nienarodzony na ławie oskarżonych*, Toruń 2007; A.J. Katolo, *Embriion ludzki – osoba czy rzecz?*, Lublin–Sandomierz 2000; M. Machinek, *Spór o status ludzkiego embriionu*, Olsztyn 2007; J. Lejeune, *Czym jest ludzki embriion?*, Gniezno 1999; N. Ford, *Kiedy powstałem? Problem początku jednostki ludzkiej w historii, filozofii i nauce*, Warszawa 1995; K. Ostrowski, *Embriologia człowieka. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 1985; a także P. Krajewski, *Prawno-kanoniczna ochrona...*, s. 133 nast. oraz: Kongregacja Nauki Wiary, *Instrukcja Dignitas Personae dotycząca niektórych problemów bioetycznych*, 12 grudnia 2008, w szczególności punkty 14 nast.

¹³ Zob. zwłaszcza publikacje w prasie codziennej i tygodnikach w ostatnim okresie: B. Łoziński, *Kościół ma prawo wypowiadać się o *in vitro**, „Dziennik”, 18.12.2007; M. Safjan, *Najwyższy czas na prawną kontrolę *in vitro**, „Dziennik”, 27.12.2007; E. Siedlecka, *In vitro i bezprawie*, „Gazeta Wyborcza”, 02.01.2008; W. Dąbrowska-Macura, *Porządkowanie *in vitro**, „Gość Niedzielny”, 13.01.2008; E. Siedlecka, *Jakie prawa dałaby nam konwencja bioetyczna*, „Gazeta Wyborcza”, 17.01.2008; M. Gałązka, *Prawo uwikłane w *in vitro**, „Nasz Dziennik”, 23.01.2008; E. Siedlecka, *Co wolno z *in vitro**, „Gazeta Wyborcza”, 18.02.2008; M. Musiał, *Nie można zwolnić z pracy za próbę zapłodnienia *in vitro**, „Dziennik”, 27.02.2008; E. Siedlecka, *In vitro: restrykcyjnie czy pragmatycznie?*, „Gazeta Wyborcza”, 29.10.2008; S. Zagórski, *Zatrzymać taśmę *in vitro*?*, „Gazeta Wyborcza”, 14.11.2008; P. Kieniewicz, *In vitro – nie „jak”, ale „czy”*, „Nasz Dziennik”, 27.11.2008; T. Pompowski, *Metoda *in vitro* tylko dla małżeństw*, „Polska”, 27.11.2008; F. Longchamps de Berier, *Metoda *in vitro* jest niemoralna*, „Rzeczpospolita”, 27.11.2008;

E. Siedlecka, *In vitro – kompromis nieludzki?*, „Gazeta Wyborcza”, 28.11.2008; T. Terlikowski, *Zły kompromis przy in vitro*, „Polska”, 02.12.2008; S. Zagórski, *In vitro – ostrzegam!*, „Gazeta Wyborcza”, 05.12.2008; T. Bielecki, *Watykan. Zdecydowany sprzeciw dla in vitro*, „Gazeta Wyborcza”, 13–14.12.2008; S. Stefanek, *In vitro powinno być zakazane*, „Nasz Dziennik”, 13.12.2008; D. Kowalska, *Kościół mówi zdecydowanie „nie” zapłodnieniu in vitro*, „Polska”, 13.12.2008; E.K. Czackowska, *Biskupi wsparli posła Jarosława Gowina*, „Rzeczpospolita”, 13–14.12.2008; S. Dziwisz, *Poszukującym prawdy*, „Rzeczpospolita”, 15.12.2008; E.K. Czackowska, *Dylematy posłów-katolików*, „Rzeczpospolita”, 16.12.2008; M. Szamatowicz (rozmowa), *In vitro powinno być dostępne jak witaminy*, „Polska”, 18.12.2008; J. Gowin (rozmowa), *Nie zgodzę się na zabijanie*, „Rzeczpospolita”, 18.12.2008; K. Wiśniewska, *Jak Gowin chciał ochrzcić in vitro*, „Gazeta Wyborcza”, 18.12.2008; J. Gowin, *Jasne granice in vitro*, „Polska”, 20.12.2008; K. Muszala, *Embrionalna godność osoby*, „Tygodnik Powszechny”, 21–28.12.2008; M. Safjan, *Etyka w zarodku*, „Polityka”, 20–27.12.2008; E.K. Czackowska, *W PiS chcą całkowitego zakazu in vitro*, „Rzeczpospolita”, 24–26.12.2008; K. Lubczyński, *Brutalny atak na in vitro*, „Trybuna”, 29.12.2008; J. Hołówko, *Metafizyka prenatalna Kościoła*, „Rzeczpospolita”, 29.12.2008; M. Matyszkiewicz, *Zabawy w Pana Boga*, „Rzeczpospolita”, 30.12.2008; W. Nowicka, *Gamety ważniejsze od ludzi*, „Rzeczpospolita”, 02.01.2009; K. Radziwiłł, *Rzeczywistość prenatalna*, „Rzeczpospolita”, 05.01.2009; T. Terlikowski, *Bronić człowieka przed nim samym*, „Rzeczpospolita”, 06.01.2009; W. Zagórski, *Dzieci tego samego Boga*, „Tygodnik Powszechny”, 4–11.01.2009; J. Sellin, K.M. Ujazdowski, *Projekt Gowina – próba zaprowadzenia etycznego ładu*, „Rzeczpospolita”, 19.01.2009; M. Lisak, *Dziecko z próbówki też jest darem bożym*, „Gazeta Wyborcza”, 16.02.2009; M. Szamatowicz, *Samo życie*, „Polityka”, 14.03.2009; a także wypowiedzi szeregu lekarzy, w: *Leczenie niepłodności*, „Prawo i medycyna”, dodatek do „Gazety Prawnej”, 10.03.2009; oraz D.J. Mroczek, *Europejskie i polskie ustawodawstwo wobec eugeniki*, „Prawo Europejskie w praktyce” 2008, Nr 12(54), s. 86–91.

MONIKA CAŁKIEWICZ

Nowelizacja art. 305 ust. 1 Prawa własności przemysłowej i jej praktyczne skutki¹

Uchwałą z 24 maja 2005 r.² Sąd Najwyższy udzielił odpowiedzi na pytanie prawne postawione przez jeden z sądów okręgowych w trybie art. 441 § 1 kpk. Pytanie dotyczyło problemu, czy pojęcie „wprowadzenia do obrotu” w rozumieniu art. 305 ust. 1 ustawy – Prawo własności przemysłowej³ oznacza wprowadzenie do obrotu towarów oznaczonych podrobionym znakiem towarowym w sposób pierwotny, czy także zachowania osób oferujących taki towar do kolejnej sprzedaży po uprzednim nabyciu. Sąd Najwyższy uznał, że przedstawione zagadnienie prawne istotnie wymaga zasadniczej wykładni ustawy i udzielił na nie merytorycznej odpowiedzi, stwierdzając, że „»Wprowadzeniem do obrotu«, o którym mowa w art. 305 ust. 1 ustawy..., jest przekazanie przez producenta lub importera po raz pierwszy do obrotu towarów oznaczonych podrobionym znakiem towarowym”.

Uchwała ta skłoniła znaczną liczbę przedstawicieli doktryny do zajęcia stanowiska w rozstrzygniętej przez Sąd Najwyższy kwestii, budząc przy tym wyjątkowo duże kontrowersje i wywołując liczne głosy krytyczne istotnej części glosatorów i komentatorów uchwały. Niniejsze opracowanie ma na celu przybliżyć istotę owych kontrowersji. Można przypuszczać, że była też jednym z zasadniczych powodów nowelizacji art. 305 Prawa własności przemysłowej dokonanej ustawą z 29 czerwca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo własności przemysłowej⁴.

¹ „Krytyka Prawa” 2009, nr 1, s. 403–423.

² Sygn. akt I KZP13/05, opubl. OSNKW z 2005 r. Nr 6, poz. 50.

³ Ustawa z 30 czerwca 2000 r., Dz.U. Nr 119, poz. 1117 ze zm.

⁴ Dz.U. Nr 136, poz. 958. Ustawa ta weszła w życie – w zakresie nowelizującym art. 305 – z dniem 31 sierpnia 2008 r.

Na wstępie należy przypomnieć treść interpretowanego przepisu oraz zarysować jego kontekst normatywny. Art. 305 ust. 1 Prawa własności przemysłowej w brzmieniu przed wspomnianą nowelizacją stwierdzał, że wskazanej w nim karze podlega ten, „kto w celu wprowadzenia do obrotu oznacza towary podrobionym znakiem towarowym lub oznaczone takim znakiem towary wprowadza do obrotu”⁵. Na podstawie takiego brzmienia przepisu skonstruowana była wspomniana na wstępie uchwała Sądu Najwyższego. Nowelizacja z czerwca 2007 r. nadała temu przepisowi brzmienie, że karze (niezmienionej co do rodzajów sankcji i jej wysokości) podlega ten, kto „w celu wprowadzenia do obrotu oznacza towary podrobionym znakiem towarowym, zarejestrowanym znakiem towarowym, którego nie ma prawa używać lub dokonuje obrotu towarami oznaczonymi takimi znakami”. Zmiana wprowadzała się więc do poszerzenia pola penalizacji w dwóch kierunkach:

- objęcia sankcją karną działań związanych nie tylko z podrobionymi znakami towarowymi, lecz także znakami oryginalnymi, których sprawca nie ma prawa używać, oraz
- objęcia sankcją nie tylko prowadzenia do obrotu towarów oznaczonych w sposób określony w pierwszej części przepisu, lecz także dokonywania obrotu takimi towarami.

Zmiana w tym pierwszym zakresie – aczkolwiek nie można jej odmówić istotnego znaczenia – nie będzie przedmiotem niniejszego opracowania. Jego przedmiotem będzie ta druga zmiana, a przede wszystkim jej skutki, zwłaszcza praktyczne, dla oceny zdarzeń zaistniałych przed i po dacie nowelizacji. Przed przejściem do istoty zagadnienia należy jednak przybliżyć ogólne znaczenie omawianego tu przepisu zarówno w brzmieniu przed, jak i po nowelizacji.

Otóż przepis ten stanowi samodzielną, a zarazem wyłączną podstawę penalizacji działań związanych – mówiąc kolokwialnie – z piractwem towarowym, czyli w praktyce najczęściej z wprowadzaniem do obrotu różnego rodzaju towarów sygnowanych renomowaną marką producenta, w rzeczywistości nie pochodzących od owego producenta (vide znane każdemu

⁵ Dla jasności należy dodać, iż treść art. 305 ust. 2, statuującego uprzywilejowany typ przestępstwa ze względu na mniejszą wagę czynu, jak też treść art. 305 ust. 3, statuującego typ kwalifikowany w przypadku, gdy sprawca uczynił sobie z popełnienia przestępstwa określonego w ust. 1 stałe źródło dochodu albo dopuszcza się tego przestępstwa w stosunku do towaru o znacznej wartości, pozostaje irrelevantna dla przedmiotu niniejszych rozważań.

z codziennej obserwacji ulicznych stoisk fałszywe „adidasy”, perfumy rzekomo znanych francuskich firm czy przeciwsłoneczne okulary sygnowane nazwiskiem znanego kreatora mody, niekiedy nieznacznie przekreconym⁶). Pozostałe przepisy karne tej ustawy (art. 303–304, art. 307–308) statuują zupełnie odrębne typy przestępstw, zakazując najniebezpieczniejszych w ocenie ustawodawcy naruszeń innych wynikających z ustawy norm regulujących szeroko pojętą sferę własności przemysłowej (m.in. działania godzące w prawa twórców projektów wynalazczych, naruszające prawo pierwszeństwa uzyskania patentu, prawa ochronnego i prawa z rejestracji wynalazku, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego lub topografii układu scalonego, wiążące się z nadużyciem znaku ochronnego)⁷. Dlatego tak ważkie znaczenie teoretyczne i praktyczne do czasu nowelizacji (o której przecież Sąd Najwyższy nie mógł wiedzieć w dacie orzekania) miało prawidłowe określenie zakresu penalizacji art. 305 ust. 1, to jest ustalenie, co oznacza użyte w tym przepisie znamię czynnościowe „wprowadzania do obrotu”.

Dla jasności zaznaczyć też trzeba, że art. 305 ust. 1 ustawy nie stanowi żadnego novum w polskim prawie. Ustawa z 30 czerwca 2000 r. zastąpiła z dniem 21 sierpnia 2001 r. m.in. ustawę o znakach towarowych z 31 stycznia 1985 r.⁸, której art. 57 ust. 1 penalizował przestępstwo o bardzo podobnie brzmiących z punktu widzenia przedmiotu niniejszego opracowania znamionach („Kto wprowadza do obrotu towary... posługując się zarejestrowanym znakiem towarowym, którego nie ma prawa używać...”⁹).

⁶ Zauważyć tu zaś tylko na marginesie można, że ustawa Prawo własności przemysłowej definiuje w art. 120 ust. 3 pkt 3 podrobione znaki towarowe nie tylko jako znaki identyczne z podrabianymi, ale też takie, „które nie mogą być odróżnione w zwykłych warunkach obrotu od znaków zarejestrowanych”, co wydaje się obejmować zakresem penalizacji owe bazarowe marki „Christian Dior” czy „Giorgio Armani” zastępujące oryginalne marki „Dior” czy „Armani”, a pisane identycznym krojem czcionki jak na towarach oryginalnych.

⁷ Oczywiście sam omawiany tu art. 305 ust. 1 ustawy penalizuje nie tylko wprowadzanie do obrotu towaru oznaczonego podrobionym znakiem towarowym, ale też – jako odrębny, podstawowy typ przestępstwa – oznaczanie towarów takim znakiem w celu wprowadzenia ich do obrotu (czyli działanie będące faktycznie jedną z form przygotowania do wprowadzenia do obrotu). Ten drugi opisany w tym samym przepisie typ przestępstwa nie był jednak przedmiotem rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy, a więc nie jest i przedmiotem niniejszego opracowania.

⁸ Dz.U. Nr 5, poz.17 ze zm.

⁹ Odmienność brzmienia przepisu ma więc w głównej mierze charakter redakcyjny, a dystynkcja między „znakiem towarowym” a „zarejestrowanym znakiem towarowym” wynika nie ze zmiany istoty tych pojęć, a z odmienności nomenklatury i definicji ustawowych, jakimi posługuje się nowa ustawa w porównaniu ze starą.

Jak wynika z treści postawionego przez jeden z sądów okręgowych pytania, na które odpowiedzią była przywołana uchwała Sądu Najwyższego, zasadniczo możliwe były dwie interpretacje tego pojęcia: wąska, ograniczająca zakres penalizacji do tzw. wprowadzenia pierwotnego, a więc z wyłączeniem ewentualnego dalszego obrotu danym towarem, oraz szeroka, obejmująca także ów następczy obrót między kolejnymi kontrahentami.

Sąd Najwyższy, jak wynika z brzmienia cytowanej uchwały, zdecydowanie opowiedział się za wąską interpretacją budzącego wątpliwości pojęcia. Na poparcie swej tezy Sąd Najwyższy odwołał się głównie do reguł wykładni językowych. Sąd ten zauważył na wstępie, że sama ustawa – Prawo własności przemysłowej definicji pojęcia „wprowadzenia do obrotu” nigdzie nie zawiera (w odróżnieniu np. od zdefiniowanego pojęcia „znaku towarowego” – także użytego w interpretowanym przepisie). Sąd Najwyższy w pierwszej kolejności odwołał się więc do ściśle językowego znaczenia sformułowania, przywołanego za jednym ze słowników języka polskiego („ruch towarów ze sfery produkcji do sfery konsumpcji realizowany przez akty kupna sprzedaży”), w dalszym wywodzie odwołując się do definicji wypracowanych w piśmiennictwie cywilistycznym, z których dość zgodnie wynika, że pod pojęciem wprowadzenia do obrotu mogą kryć się rozmaite czynności prawne, a więc nie tylko najbardziej oczywista sprzedaż, ale też dostawa, darowizna, zamiana, leasing czy umowa o dzieło, a do wprowadzenia do obrotu dochodzi w momencie utraty kontroli nad danym przedmiotem przez osobę uprawnioną, co umożliwia jego dalszą swobodną cyrkulację. W ocenie Sądu Najwyższego takie definicje wyraźnie wskazują, że wprowadzenie do obrotu oznacza jedynie pierwszą transakcję danym wyrobem, a momentem wprowadzenia jest chwila wydania rzeczy, gdyż w tym momencie osoba uprawniona traci nad przedmiotem kontrolę i nie ma możliwości rozporządzania nim. Kolejne transakcje tym samym towarem nie mieszczą się już oczywiście w tak zdefiniowanym pojęciu wprowadzenia do obrotu.

Tytułem dodatkowego argumentu Sąd Najwyższy wskazał na zasadę spójności obowiązującego systemu prawnego, przywołując w tym kontekście brzmienie art. 5 ust. 2 ustawy o systemie zgodności¹⁰, w którym „wprowadzenie do obrotu” zdefiniowane zostało jako przekazanie wyrobu po raz pierwszy w kraju użytkownikowi, konsumentowi bądź sprzedawcy przez producenta, jego przedstawiciela bądź importera. Sąd Najwyższy zaznaczył, że gdyby ustawodawca chciał, by na gruncie Prawa własności

¹⁰ Ustawa z 30 sierpnia 2002 r., Dz.U. Nr 166, poz. 1360.

przemysłowej pojęcie to było rozumiane szerzej, winien wyrazić to *expressis verbis* w stosownej definicji ustawowej, jak uczynił to na przykład w ustawie z 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii¹¹, która przez wprowadzanie do obrotu rozumie – jak wyraźnie wynika z jej art. 6 pkt 30 – wszelkie udostępnianie osobom trzecim odpłatnie lub nieodpłatnie środków odurzających, substancji psychotropowych i prekursorów. I wreszcie jako argument ostatni Sąd Najwyższy podniósł kwestię brzmienia art. 155 ust. 1 Prawa własności przemysłowej, regulującego kwestię tzw. wyczerpania prawa ochronnego na znak towarowy, a wzorującego się na treści art. 7 Dyrektywy nr 89/104/EWG z 21 grudnia 1988 r. o harmonizacji przepisów prawa europejskich państw członkowskich. Na podstawie tego unormowania Sąd Najwyższy wywiódł o istnieniu dystynkcji między pierwszym legalnym przeniesieniem władztwa nad przedmiotem oznaczonym znakiem ochronnym (powodującym – pod pewnymi warunkami – wyczerpanie, a przez to wygaśnięcie prawa do znaku) a dalszą dystrybucją towarów. Rozróżnienie to Sąd Najwyższy uznał za kolejny argument, świadczący o wyraźnej dystynkcji między owym pierwszym przekazaniem do obrotu, a dalszym obrotem tym samym towarem, skutkującej nieuznaniem penalizacji tej drugiej sfery przez art. 305 ust. 1 Prawa własności przemysłowej.

Jak wyżej zasygnalizowano, wykładnia ta wzbudziła bardzo rozbieżne oceny komentatorów. Najbardziej reprezentatywne głosy za i przeciw zostaną zaprezentowane poniżej, poczynając od głosów przychylnych takiej interpretacji.

Stanowisko Sądu Najwyższego w pełni podzieliła m.in. Oktawia Górniok¹². Zwróciła zwłaszcza uwagę na zasadność argumentu odwołującego się do założeń spójności systemu prawnego oraz interpretacji skutków wynikających z art. 155 Prawa własności przemysłowej. Zdaniem glosatorki, Sąd Najwyższy miałby stosunkowo łatwe zadanie wydając tę uchwałę, a jego pogląd nie powinien budzić zastrzeżeń, gdyby nie wyrażony krytyczny pogląd wyrażony w doktrynie na gruncie interpretowanej ustawy, wskazujące na niekonsekwentne posługiwanie się przez ustawodawcę pojęciem „wprowadzenia do obrotu”, zwłaszcza w kontekście brzmienia art. 155 ust. 1 ustawy, jak też podnoszący, że w przypadku wąskiej interpretacji art. 305 ust. 1 ustawy doszłoby – wbrew rzeczywistej woli ustawodawcy

¹¹ Ustawa z 24 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 75, poz. 468. Dodać można, że ustawa ta aktualnie utraciła moc, jednak stanowiąca jej kontynuację ustawa z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 179, poz. 1485) w art. 4 pkt 34 definiuje pojęcie „wprowadzenia do obrotu” w sposób niezmienny.

¹² Glosa do uchwały opublikowana w „Orzecznictwie Sądów Polskich” 2006, 3, s. 38.

– do bezzasadnego ograniczenia roszczeń z tytułu naruszenia praw ochronnych, kierowanych przeciw osobom dystrybuującym oznaczone podrobionym znakiem towarowym towary po pierwotnym wprowadzeniu do obrotu¹³. Glosatorka zauważyła jednak, że Sąd Najwyższy w swych wywodach nie zastanawiał się w ogóle nad kwestią dobra chronionego interpretowanym przepisem, uznając – zdaniem autorki, jak można domniemywać, słusznie – że zaprezentowany w uzasadnieniu uchwały wywód jest wystarczający do rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia prawnego.

Poza akceptacją argumentów wyrażonych w uzasadnieniu omawianej uchwały, autorka glosy przywołała dodatkowo pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w innej uchwale, interpretującej analogiczne pojęcie „wprowadzenia do obrotu handlowego” użyte w art. 12 pkt 3 ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych¹⁴, gdzie Sąd ten – dochodząc do identycznych wniosków (to jest interpretując owo pojęcie jako przekazanie towarów tytoniowych po raz pierwszy przez producenta lub importera do obrotu handlowego) – wyraźnie zaakcentował, że „wówczas, gdy ustawodawca wyraża wolę rozciągnięcia pojęcia »wprowadzenie do obrotu« na dalsze transakcje poza pierwszą, powodująca zaistnienie danego przedmiotu w obrocie, czyni to wyraźnie w treści danego aktu prawnego, odwołując się do odpowiednio skonstruowanej definicji legalnej”. Skoro takiego rozwiązania nie przyjęto zaś na gruncie Prawa własności przemysłowej, ostatecznie przemawiało to za trafnością głosowanej uchwały. Na koniec swej glosy autorka dodała, że sędzia „nie powinien tworzyć prawa ani go korygować – i to nawet wówczas, gdy uważa że jest ono niesłuszne lub nieracjonalne”, co niewątpliwie stanowiło odniesienie do przywoływanych poglądów Krystyny Szczepanowskiej-Kozłowskiej, a zarazem innych przeciwników głosowanej uchwały, że wskazany przez Sąd Najwyższy sposób interpretacji pozostawał w sprzeczności z rzeczywistymi intencjami ustawodawcy.

Z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uchwale z 24 maja 2005 r. zgodził się także inny glosator tej uchwały – Zbigniew Ćwiąkałski¹⁵, uznając bez zastrzeżeń wszystkie podniesione w uzasadnieniu uchwały na jej poparcie argumenty. Zwrócił przy tym uwagę na szczególne znaczenie odwołania do treści art. 155 ust. 1 ustawy z uwagi na występowanie wskutek

¹³ Glosatorka miała tu na myśli pracę Krystyny Szczepanowskiej-Kozłowskiej, *Wyczerpanie praw własności przemysłowej. Patent i prawo ochronne na znak towarowy*, Warszawa 2003, s. 285.

¹⁴ Ustawa z 9 listopada 1995 r., Dz.U. z 1996 r. Nr 10, poz. 55 ze zm.

¹⁵ Głosa do uchwały opublikowana w „Państwie i Prawie” 2006, 1, s. 120.

tego w ustawie dwóch odrębnych pojęć – „wprowadzenia do obrotu”, którym posługuje się art. 305 ust. 1, oraz „dalszego wprowadzenia do obrotu”, o którym mowa w art. 155 ust. 1. Zdaniem glosatora, jest to świadectwem tego, że ustawodawca na tle tej samej ustawy dopuścił możliwość wielokrotności wprowadzania towaru do obrotu, a tam, gdzie posługiwał się pojęciem „wprowadzenie do odbioru” bez dodania słowa „dalsze”, tam miał na myśli tylko wprowadzenie pierwotne. Autor powołał się też – za Sądem Najwyższym – na zapisy ustawy o systemie zgodności i zdefiniowane w niej pojęcie „wprowadzenia do obrotu”, odpowiadające wąskiej definicji przyjętej przez Sąd Najwyższy na gruncie głosowanej uchwały.

Z nowych argumentów (to jest tych, do których nie sięgnął Sąd Najwyższy), autor ten powołał się na definicję podaną w art. 3 ust. 5 ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktów¹⁶, w której pojęcie „wprowadzenie na rynek” zdefiniowane zostało jako „dostarczanie lub udostępnianie przez producenta lub dystrybutora produktu dystrybutorowi lub konsumentowi”, przeciwieństwo tego procesu określając jako „wycofanie produktu z rynku”. Przywołał też zapisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁷ – w art. 24, której za przestępstwo uznano skopiowanie zewnętrznej postaci produktu i wprowadzenie go do obrotu, przez co powstaje możliwość wprowadzenia klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu – zauważając, że w świetle tych znamion niewątpliwie chodzi o przekazanie przez producenta po raz pierwszy danej rzeczy do obrotu. W tym kontekście, rozwijając pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale, autor powołał się także na zapisy ustawy z 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w których szczególne – bo rozszerzone – rozumienie pojęcia „wprowadzenia do obrotu” wynika jedynie z uwagi na definicję legalną, zmieniającą potoczne znaczenie tego sformułowania. I wreszcie, w końcowym fragmencie swej glosy, Zbigniew Ćwiąkalski przywołał zapis art. 118¹ ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁸ oraz użytego w nim znamienia „dokonywanie obrotu”, argumentując, iż jest to pojęcie zasadniczo różne od „wprowadzenia do obrotu”, wymagające w związku z tym – zgodnie z zasadami prawidłowej wykładni – odmiennego rozumienia. Mając to na uwadze, zdaniem autora, pojęcie „wprowadzenia do obrotu” musi więc być interpretowane tak, jak uczynił to Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale, to jest jako czynność jednokrotna,

¹⁶ Ustawa z 12 grudnia 2003 r., Dz.U. Nr 229, poz. 2275.

¹⁷ Ustawa z 16 kwietnia 1993 r., Dz.U. Nr 47, poz. 211.

¹⁸ Ustawa z 4 lutego 1994 r., Dz.U. Nr 24, poz. 83.

zapoczątkowująca obrót danym towarem, a pojęcie „dokonywania obrotu” jako czynność powtarzalna, polegająca na kolejnym wyzbywaniu się towaru na rzecz innego podmiotu.

Ostatni fragment glosy Zbigniewa Cwiąkalskiego pokrywał się, jeśli chodzi o wymowę, z analogicznym zakończeniem wcześniej omawianej glosy Oktawii Górniok: „Ewentualne niedostatki w kwestii penalizacji nie mogą być zapełniane w drodze rozszerzającej wykładni przepisu, ale wyłącznie przez jego ustawową nowelizację”. Tak samo należało też tę wypowiedź zrozumieć: jako dość wyraźną sugestię, iż analizowany przepis został skonstruowany wadliwie, jednak odpowiedzialność za to ponosi ustawodawca, a sądy nie są władne w drodze interpretacji przepisu rozszerzać zakresu statuowanej tym przepisem penalizacji.

Kolejnym autorem, który generalnie zgodził się z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy, był Andrzej Tomaszek¹⁹. Autor ten także zwrócił uwagę na zasadniczą zbieżność interpretacji wyrażonej przez Sąd Najwyższy w obu przywołanych już uchwałach, dotyczących art. 305 ust. 1 omawianej tu ustawy i art. 12 pkt 3 ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych. Glosator ten w zasadzie ograniczył się do przytoczenia argumentacji przedstawionej przez Sąd Najwyższy w obu uchwałach i wyrażenia dla niej akceptacji. Za szczególnie trafny autor ten uznał argument odwołujący się do spójności obowiązującego systemu prawnego, zaznaczając, że tam, gdzie ustawodawca wyraża wolę rozciągnięcia pojęcia „wprowadzenia do obrotu” na dalsze – poza pierwszą – transakcje, czyni to wyraźnie w treści danego aktu prawnego, poprzez sformułowanie odpowiedniej definicji legalnej. Autor zauważył oczywiście, że przy takiej interpretacji ochrona przed procederem obrotu podrabianymi towarami – zapewne wbrew oczekiwaniom ustawodawcy – uległa ograniczeniu, jednak zaznaczył (podobnie jak oboje wcześniej przywołani autorzy), że nie należy powodów tego upatrywać w orzecznictwie, a w „nieudanej redakcji przepisów karnych dotyczących ochrony przed naruszeniem prawa ochronnego na znak towarowy”, notabene zarówno we wcześniejszym stanie prawnym (tj. w art. 57 ust. 1 ustawy o znakach towarowych), jak i w obecnym. Odnosząc się do wyrażanych w doktrynie poglądów kwestionujących wykładnię Sądu Najwyższego, odwołujących się w dużej mierze do skutków praktycznych takiej wykładni w postaci zawężenia w sposób nieracjonalny pola penalizacji (szerzej o tych poglądach będzie jeszcze mowa), autor wskazał, że jedyną możliwością zmiany

¹⁹ Głosa do uchwały opublikowana w „Monitorze Prawniczym” 2006, nr 1, s. 45.

tej sytuacji w pożądanym kierunku winno być dokonanie nowelizacji ustawy w taki sposób, by z przepisu *expressis verbis* wynikała wola karania osób zbywających towary oznaczone podrobionym znakiem towarowym na każdym etapie obrotu.

Jak wyżej zasygnalizowano, uchwała Sądu Najwyższego z 24 maja 2005 r. nie spotkała się jednak z powszechną akceptacją wśród przedstawicieli doktryny, a także – co dziwić akurat nie może – wśród praktykujących prawników, działających w sferze prawa własności przemysłowej²⁰ (głosy tych ostatnich nie są jednak przedmiotem niniejszego opracowania, skupiającego się na poglądach przedstawicieli teorii prawa).

Jednym ze zdecydowanych, a zarazem pierwszych krytyków omawianej uchwały była Elżbieta Traple²¹. Zauważając negatywne skutki takiej interpretacji dla ochrony obrotu przed towarami podrobionymi, nie ograniczyła się jednak do argumentów o charakterze celowościowym. Wskazała na popełnione – jej zdaniem – przez Sąd Najwyższy błędy w interpretowaniu pojęć używanych w Prawie własności przemysłowej, jak również niezauważenie rozbieżności przyjętego stanowiska z podstawową treścią wyłącznego prawa ochronnego na znak towarowy. Istotne znaczenie miało mieć zwłaszcza błędne postawienie znaku równości między pojęciami „wprowadzenia do obrotu: a „wyczerpania prawa ochronnego na znak towarowy” (to jest instytucji normowanej przez art. 155 ust. 1 ustawy, przywoływany Sąd Najwyższy na poparcie swych tez). Analizie tych pojęć autorka poświęciła znaczną część swych rozważań. Podniosła, że pojęcie „wprowadzenia do obrotu” użyte zostało w kilku artykułach ustawy, przy czym nie jest w nich używane w jednakowym znaczeniu. Zdaniem autorki, ograniczanie rozumienia tego pojęcia jedynie do czynności jednorazowej – podobnie jak rozumienie płynącej z patentu lub prawa ochronnego wyłączności wprowadzenia do obrotu na danym terytorium jako wyłączności jedynie co do pierwszego wprowadzenia – jest uprawnione jedynie na gruncie art. 70 i art. 155 ustawy. W tej bowiem mierze nad definicją pojęcia ciąży okoliczność, że przesłanką wyczerpania prawa ochronnego (w rozumieniu art. 155 ustawy) jest wprowadzenie do obrotu i w takiej mierze istotnie czynność wprowadzenia do obrotu należy rozumieć jako taką właśnie czynność jednorazową. Jednak nie można z tego wywodzić konsekwencji

²⁰ *Vide* na przykład krytyczny artykuł rzeczników patentowych Bereniki Depo i Bartosza Krakowiaka, *Czy podróbka raz wprowadzona na rynek staje się legalna*, „Rzeczpospolita” 5.07.2005.

²¹ Glosa do uchwały, opublikowana w „Glosie” 2005, 4, s. 76.

dla określenia treści uprawnienia przysługującego osobie wyłącznie uprawnionej z patentu lub prawa ochronnego na znak towarowy, gdyż oznaczałoby to odwrócenie kolejności rozumowania: to nie na bazie instytucji wyczerpania winno się budować definicję uprawnienia wprowadzenia do obrotu, tylko najpierw ukształtować definicję prawa wyłącznego, a dopiero potem wskazać ograniczenia jego wykonywania poprzez zastosowanie instytucji wyczerpania. Tu zaś autorka zauważyła, że prawo do znaku towarowego przydaje uprawnionemu np. wyłączność nakładania znaku na towar i wyłączność decydowania o cyrkulacji tak oznaczonego towaru na rynku, co obejmuje także prawo kontroli każdej kolejnej sprzedaży – pod warunkiem, że prawo wprowadzania do obrotu nie uległo wyczerpaniu. Wprowadzenie do obrotu nie zawsze zaś tożsame jest z wyczerpaniem, bo stanowi jedynie jedną z przesłanek wyczerpania. Nie zawsze dochodzi na przykład do wyczerpania prawa mimo wprowadzenia przedmiotu do obrotu, choćby ze względu na zasadę terytorialności praw i konstrukcji wyczerpania, jak też pewnych dopuszczalnych wyjątków od zasady, że dochodzi do wyczerpania po wprowadzeniu do obrotu (autorka wskazała, że np. w sytuacji przepakowania towaru, co zakłóca funkcję oznaczenia znakiem pochodzenia towaru, uprawniony ma prawo sprzeciwić się dalszej cyrkulacji towaru; jego uprawnienie więc się nie wyczerpuje). W ocenie autorki te konkluzje powinny prowadzić do wniosku, że wyczerpanie nie powoduje wygaśnięcia prawa ochronnego na znak towarowy.

Dodatkowo glosatorka podniosła, że instytucja wyczerpania funkcjonuje jedynie w sytuacji, gdy do przeniesienia własności towaru oznaczonego znakiem chronionym dochodzi za zgodą podmiotu uprawnionego do tego znaku. W sytuacji zaś, gdy uprawniony – z oczywistych względów – nie wyraża zgody na wprowadzenie do obrotu towaru oznaczonego podrobionym znakiem (a takich sytuacji dotyczy art. 305 ust. 1 ustawy), nie da się w tym stanie faktycznym w ogóle mówić o wyczerpaniu prawa. Do elementu zgody uprawnionego na wprowadzenie do obrotu (o ile sam nie jest wprowadzającym) odwołuje się zresztą *expressis verbis* art. 155 ust. 1 ustawy. W ocenie autorki, w przypadku towarów oznaczonych podrobionym znakiem towarowym nigdy nie może więc dojść do wyczerpania prawa.

W dalszych wywodach autorka odwołała się do zasad wykładni systemowej i celowościowej. W tym pierwszym zakresie wskazała na treść art. 153 i 154 Prawa własności przemysłowej, podnosząc, że treść prawa ochronnego na znak towarowy została określona jako wyłączność używania znaku w sposób zawodowy lub zarobkowy na całym obszarze Polski, a wymienione w art. 154 konkretne uprawnienia mają charakter jedynie

przykładowy, przy czym część autorów do tych uprawnień zalicza także właśnie ochronę w sytuacji dalszego obrotu towarem. Odwołując się zaś do wykładni teleologicznej, autorka przywołała tezę jednego z wcześniejszych wyroków Sądu Najwyższego (wydanego jeszcze na gruncie ustawy o znakach towarowych): „Przedmiotem ochrony w przypadku przestępstwa z art. 57 ustawy... był z jednej strony interes osoby uprawnionej z tytułu rejestracji znaku towarowego do przekazywania prawdziwych informacji o pochodzeniu towarów lub usług z danym znakiem, a z drugiej strony chodzi tu również o interes nabywców, którzy kupują wprowadzony do obrotu towar (lub korzystają ze świadczonych usług) w przekonaniu, że pochodzi on od osoby uprawnionej, a zatem ma odpowiednio wysoką jakość”. Takie uzasadnienie szerokiego zakresu ochrony prawnokarnej autorka uznała za nadal aktualne.

Glosatorka krytycznie odniosła się również do kolejnego argumentu Sądu Najwyższego, odwołującego się do definicji legalnej zawartej w ustawie o systemie zgodności. Wskazała, że nie ma uzasadnienia dla przeniesienia na grunt ustawy cywilistycznej (tj. Prawa własności przemysłowej) definicji zbudowanej dla zupełnie innych celów, związanych z publiczno-prawnym charakterem unormowań ustawy o systemie zgodności.

Na zakończenie wywodów autorka – wskazując na prawdopodobieństwo upowszechnienia się wykładni Sądu Najwyższego w praktyce orzeczniczej sądów orzekających w podobnych sprawach – wezwała do szerokiej dyskusji na temat tej wykładni, podsumowując, że stanowisko Sądu Najwyższego „prowadzi do zanegowania treści prawa wprowadzania do obrotu i do swobody w obrocie podrabianymi towarami”.

Krytycznie uchwałę Sądu Najwyższego ocenili też inni glosatorzy – Joanna Misztal-Konecka i Janusz Konecki²². Na wstępie zaznaczyć trzeba wprawdzie, że część argumentów podniesionych przez tych autorów przeciwko zasadności glosowanej uchwały wydała się być chybiona w stopniu raczej oczywistym, a więc nie ma sensu ich tutaj przytaczać²³. Inne ich

²² Glosa do uchwały opublikowana w „Orzecznictwie Sądów Polskich” 2006, 3, s. 177.

²³ Tylko więc na marginesie należy wyjaśnić, że autorzy ci zarzucili Sądowi Najwyższemu, iż wniosek o konieczności wąskiego rozumienia pojęcia wprowadzania do obrotu (jako pierwszej czynności producenta lub importera) organ ten wywiódł z faktu penalizacji w tym samym przepisie samego oznaczania towaru podrobionymi znakami towarowymi, to jest przestępstwa będącego *sui generis* przygotowaniem do wprowadzania do obrotu. Tymczasem w uzasadnieniu glosowanej uchwały nie ma żadnych wypowiedzi uprawniających do stwierdzenia, iż Sąd Najwyższy rzeczywiście taką tezę wyraził i uzasadnił nią swój ostateczny wniosek. W uzasadnieniu uchwały faktycznie jest krótki wywód na temat owego drugiego typu

argumenty wadą oczywistej nietrafności dotknięte już jednak nie były. Otóż glosatorzy ci, dokonując interpretacji tego samego art. 155 ust. 1 ustawy, na który w swej uchwale w tak ważkim stopniu powoływał się Sąd Najwyższy, doszli do całkiem odmiennych wniosków. Uznali bowiem, że skoro art. 155 ust. 1 *expressis verbis* mówi o dalszym wprowadzaniu do obrotu towarów oznaczonych znakiem towarowym (co – przypomnijmy – dla Sądu Najwyższego było argumentem za traktowaniem pierwszego i dalszego wprowadzenia jako odrębnych sytuacji, z których tylko pierwsza objęta jest znamieniem przestępstwa z art. 305 ust. 1 ustawy), to brak jest podstaw do uznania, że ustawodawca jednocześnie dopuszcza wielokrotność wprowadzania do obrotu, a zarazem ochroną prawnokarną obejmuje tylko pierwszy akt takiego wprowadzenia.

Autorzy ci zakwestionowali także zasadność wywodzenia przez Sąd Najwyższy daleko idących wniosków z treści odrębnych ustaw, także zawierających przepisy karne odwołujące się do pojęcia „wprowadzania do obrotu”. Obok przywołanej w uzasadnieniu głosowanej uchwały ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z 1997 r., glosatorzy ci wskazali na szerokie definicje pojęcia „wprowadzenia do obrotu”, jakie zawarte zostały na przykład w ustawie o materiałach i wyrobach przeznaczonych do kontaktu z żywnością²⁴ oraz ustawie o ochronie roślin²⁵ (obie wyraźnie wykraczające znaczeniowo poza pierwotne wprowadzenie towaru do obrotu przez producenta lub importera), zaznaczając jednak, że ze względu na wprowadzanie takich definicji każdorazowo na potrzeby danej ustawy, jak też ze względu na różnice między każdą z tych definicji, trudno wyciągać jakiegokolwiek wiążące wnioski dla rozumienia terminu identycznie brzmiącego, ale użytego w innych aktach prawnych.

Autorzy ci, podobnie jak wcześniej cytowana Elżbieta Traple, zakwestionowali znaczenie unormowań dotyczących instytucji wyczerpania prawa ochronnego dla limitowania pojęcia wprowadzania do obrotu, podnosząc także, iż wyczerpanie z istoty rzeczy może odnosić się jedynie do towarów legalnie oznaczonych znakiem towarowym. Nadinterpretacją w ich ocenie była więc teza, że wprowadzenie do obrotu towaru oznaczonego podrobionymi znakami sprawia, iż towary te stają się legalne i mogą pozostać w obrocie.

przestępstwa, spenalizowanego w tym samym przepisie, jednak bynajmniej nie w kontekście, jaki Sądowi Najwyższemu imputowali autorzy omawianej glosy.

²⁴ Ustawa z 6 września 2001 r., Dz.U. Nr 128, poz. 1428.

²⁵ Ustawa z 18 grudnia 2003 r., Dz.U. z 2004 r., nr 11, poz. 94 ze zm.

Na koniec glosatorzy ci podnieśli argument natury wyraźnie celowościowej: skoro racją produkcji towarów oznaczonych podrobionymi znakami towarowymi jest ich sprzedaż konsumentom, to należy dojść do przekonania, że także sprzedaż towaru konsumentowi (ostatecznemu odbiorcy) jest wprowadzaniem do obrotu. Z tej samej kategorii podnieśli też argument, że z pewnością „wołą ustawodawcy musiało być objęcie odpowiedzialnością karną całego obrotu podróbkami, inaczej walka z tym procederem byłaby niemożliwa. Przyjęcie odmiennego stanowiska za poglądem wyrażonym w głosowanej uchwale Sądu Najwyższego jest nie tylko sprzeczne z zasadami słuszności i uczciwości kupieckiej, ale nade wszystko godzi w pewność obrotu i burzy podwaliny instytucji służących zwalczaniu zjawiska podszywania się pod cudzą markę celem wykorzystywania we własnej działalności gospodarczej renomy innego przedsiębiorstwa”. Ostatnimi z omówionych w niniejszym opracowaniu zdecydowanymi krytykami stanowiska Sądu Najwyższego, przyjętego w uchwale z 24 maja 2005 r., byli Marek Mozgawa i Ryszard Skubisz²⁶. Autorzy ci – podobnie jak Joanna Misztal-Konecka i Janusz Konecki – zakwestionowali zasadność odwoływania się do definicji zawartej w ustawie o systemie oceny zgodności²⁷ dla ustalenia znaczenia pojęcia „wprowadzenia do obrotu”, którym posługuje się Prawo własności przemysłowej. Zauważyli, że ustawa o systemie oceny zgodności nie zawiera odpowiednika art. 116 kodeksu karnego, który także nakazywałby stosowanie jakiegokolwiek części tej ustawy, w tym zawartych w niej definicji legalnych, do innych ustaw. Dodali, że odwołując się do treści art. 5 pkt 2 ustawy o systemie oceny zgodności (definiującego właśnie wprowadzenie wyrobu do obrotu) Sąd Najwyższy nie zauważył najwyraźniej art. 5 pkt 1 tej ustawy, w którym samo pojęcie „wyrobu” zdefiniowane zostało w sposób wysoce specyficzny, wyłączający z obrębu tego pojęcia artykuły rolno-spożywcze i środki żywienia roślin – co ma znaczenie o tyle szczególne, że głosowana uchwała Sąd Najwyższego wydana została w sprawie dotyczącej oferowania do sprzedaży kawy oznaczonej podrobionymi znakami towarowymi, a więc niewątpliwie artykułu spożywczego. Zdaniem autorów odwoływanie się Sądu Najwyższego do definicji z art. 5 ust. 2 ustawy o systemie oceny zgodności winno być w tej akurat sprawie w ogóle niemożliwe.

²⁶ Glosa do uchwały opublikowana w „Prokuraturze i Prawie” 2006, nr 6, s. 144.

²⁷ Na marginesie można jedynie wytknąć autorom, że w całym swym opracowaniu błędnie przywołują ten akt prawny jako „ustawę o ocenie systemu zgodności”.

Autorzy ci stwierdzili też, że do czasu wydania głosowanej uchwały w doktrynie raczej nie były podnoszone – poza odosobnionymi i krytykowanymi przypadkami – wątpliwości co do tego, że pojęcie „wprowadzenia do obrotu” należy rozumieć szeroko, to jest zarówno jako pierwsze wprowadzenie, jak i każde następne. Inaczej też niż Sąd Najwyższy autorzy ci uznali, że potoczne rozumienie tego pojęcia jest właśnie szerokie, a w związku z tym charakter wyjątkowego odstępstwa od takiego rozumienia mają ustawy zawężające je dla własnych potrzeb, jak właśnie owa przywoływana ustawa o systemie oceny zgodności czy ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. W sytuacji braku takiej zawężającej definicji nie ma więc, w ocenie glosatorów, normatywnych podstaw ku temu, by wykluczać odpowiedzialność tego, kto dokonuje każdego (nie tylko pierwszego) aktu wprowadzenia fałszywie oznaczonego towaru do obrotu. Zaznaczyli też, że za takim szerokim rozumieniem interpretowanego pojęcia przemawia też niewątpliwie wykładnia funkcjonalna.

W dalszych rozważaniach autorzy odwołali się do treści prawa z rejestracji znaku towarowego, w szczególności wskazując na art. 296 ust. 3 ustawy. Wywiedli z tych unormowań, że na ich tle każde wprowadzenie do obrotu towarów oznaczonych znakiem towarowym jest objęte wyłącznością uprawnionego. Podobnie jak we wcześniej omawianej glosie Joanna Misztal-Konecka i Janusz Konecki, także i ci glosatorzy powołali się na to, że instytucja wyczerpania uprawnienia ze znaku ochronnego realizuje się jedynie w przypadku legalnego wprowadzenia towaru do obrotu (przez samego uprawnionego lub za jego zgodą). Gdy do takiego pierwotnego wprowadzenia dochodzi bez zgody uprawnionego, prawo ochronne wyczerpaniu więc nie ulega. W rezultacie każde zarówno pierwsze, jak i kolejne wprowadzenie do obrotu stanowi naruszenie prawa ochronnego na znak towarowy.

W podsumowaniu swych wywodów autorzy tej glosy stwierdzili, że dla objęcia zakresem penalizacji art. 305 ust. 1 wszystkich dalszych rozporządzeń towarami oznakowanymi podrobionymi znakami nie jest wcale konieczna nowelizacja przepisu (sugerowana przez zwolenników uchwały), a jedynie właściwe zrozumienie przepisu, opierające się na jego prawidłowej wykładni gramatycznej i funkcjonalnej, jak też prawnoporównawczej i prowspólnotowej. W tym kontekście autorzy zarzucili Sądowi Najwyższemu działalność kreatywną a nie interpretacyjną, odnosząc notabene tę ocenę tak do głosowanej uchwały, jak i przywoływanej już także w niniejszym artykule uchwały z 21 września 2005 r., analogicznie interpretującej

pojęcie „wprowadzenia dla obrotu” na gruncie ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych.

Łatwo dostrzec, iż jak nieczęsto które rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego, uchwała z 24 maja 2005 r. spotkała się z bardzo rozbieżną oceną w doktrynie, poczynając od pełnej akceptacji aż po całkowitą negację, sięgającą do zarzucania temu organowi prowadzenia działalności prawotwórczej (a więc wykraczania poza swoje kompetencje ustrojowe). Zasadniczym powodem tak negatywnego nastawienia części autorów był – jak należy domniemywać – przede wszystkim praktyczny skutek przyjęcia takiej interpretacji przepisu. Nie da się bowiem ukryć, że interpretacja przyjęta przez Sąd Najwyższy w zasadniczej mierze niweczyła starania zmierzające do ograniczenia (nie mówiąc o likwidacji) oczywiście negatywnego i niepożądanego zjawiska, jakim jest obrót towarami oznakowanymi fałszywymi znakami towarowymi. W sytuacji, gdy ściganie karne miało być ograniczone do osób odpowiedzialnych za pierwsze wprowadzenie tak oznaczonych towarów do obrotu, liczba wykrytych przestępstw z art. 305 ust. 1 zmalałaby zapewne do niemal zera. Poza wyjątkowymi sytuacjami wykrywalność tego rodzaju zachowań sprowadza się bowiem w praktyce do ostatniego ogniwa handlu podróbkami – to jest do ulicznego handlarza, bezpośrednio dostarczającego towar ostatecznemu odbiorcy (konsumentowi). W rzadkich przypadkach udaje się pociągnąć do odpowiedzialności jakieś ogniwo wcześniejsze (hurtownika, detalistę nieco wyższego szczebla), a niemal nigdy tego, kto dokonuje owego pierwotnego wprowadzenia do obrotu, to jest producenta bądź importera (czy raczej – jak sięgając do języka potocznego należałoby ich nazwać – fałszerza towaru bądź jego przemytnika). To pierwsze ogniwo zazwyczaj pozostaje nie do wykrycia ze względu na wielość przyczyn: nieformalny w dużej mierze charakter obrotu towarami oznakowanymi podrobionymi znakami, anonimowość jego uczestników, znaczną ilość ogniw pośrednich i – co oczywiste – niechęć do denuncjacji wśród ustalonych uczestników całego procederu. Tak zawężająca interpretacja przepisu, jak zaprezentowana w uchwale, ograniczy więc zapewne w stopniu bardzo znacznym starania organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości o ograniczenie tego nielegalnego procederu.

Tego, że nie taki oczywiście był zamiar ustawodawcy, żaden z cytowanych wcześniej przedstawicieli doktryny nie kwestionował (nie wyłączając zwolenników uchwały). Nikt z nich nie mówił też, że skutek takiej interpretacji uznać należy za pożądany – wręcz przeciwnie. Zależnie jednak od zajętego stanowiska w kwestii prawnej poprawności takiej interpretacji,

autorzy ci sugerowali konieczność różnych rozwiązań: bądź poprzez zmianę niefortunnie – zdaniem części – sformułowanego przepisu, bądź poprzez odstąpienie od – zdaniem drugiej części – niewłaściwego sposobu jego interpretowania. Tak krańcowo rozbieżna ocena uchwały przez osoby o niekwestionowanym autorytecie i kwalifikacjach prawnych wskazuje, że bez ingerencji ustawodawcy prostego rozstrzygnięcia sporu nie było i być nie mogło.

Stwierdzić należy, że pewnym argumentom podniesionym przez oponentów omawianej tu uchwały trudno było odmówić słuszności. Nie miał oczywiście waloru zgeneralizowanego argument wskazujący na – jak się wydaje przeoczony przez Sąd Najwyższy – fakt, że właśnie ustawa o systemie zgodności, na którą powołał się ten organ, wprost wyłączała z pola swego normowania tę konkretną kwestię będącą przedmiotem procesu, w którym zapadła uchwała. Słusznie jednak wskazano w ten sposób na wątpliwą wartość sięgania przy wykładni po ustawy specjalistyczne, funkcjonujące w innych dziedzinach prawa, normujące bardzo specyficzne kwestie, i dla własnych potrzeb posługujące się pojęciami wprawdzie funkcjonującymi także w innych ustawach, ale z reguły nie dającymi podstaw do ich utożsamiania przy tych regulacjach (choć oczywiście zasada używania przez ustawodawcę tych samych pojęć dla określenia tych samych bytów prawnych czy faktycznych winna być jak przestrzegana, co jednak jest postulatem dalekim od spełnienia). Przywołani wyżej autorzy – i ci zgadzający się z Sądem Najwyższym, i ci przeciwni jego konkluzjom – cytowali w swych opracowaniach liczne przykłady funkcjonowania w ustawach pojęcia „wprowadzania do obrotu” w bardzo różnych zakresach znaczeniowych. To nakazywało daleko posuniętą ostrożność we wnioskowaniu na zasadzie analogii, zwłaszcza z tak specyficznego aktu prawnego, jak ustawa o systemie zgodności, dla potrzeb interpretowania zapisów ustawy tak odmiennej, jak Prawo własności przemysłowej.

Za niepozbawione słuszności uznać też należało argumenty oponentów uchwały, wskazujące na problem interpretacji art. 155 ust. 1 ustawy. Jak się zwłaszcza wydaje, rzeczywiście błędne było postawienie przez Sąd Najwyższy znaku równości między pojęciami „wprowadzenia do obrotu” a „wyczerpania prawa ochronnego na znak towarowy”, którego dotyczy ten przepis. Wprowadzenie do obrotu nie zawsze tożsame jest z wyczerpaniem, a stanowi jedynie jedną z przesłanek wyczerpania. Jak zresztą zgodnie podnosili krytycy uchwały, instytucja wyczerpania funkcjonuje jedynie w sytuacji, gdy do przeniesienia własności towaru oznaczonego znakiem chronionym dochodzi za zgodą podmiotu uprawnionego do tego

znaku. W sytuacji, gdy uprawniony takiej zgody nie wyraża (a takich sytuacji dotyczy art. 305 ust. 1 ustawy), nie da się w ogóle mówić o wyczerpaniu prawa, zwłaszcza że do elementu zgody uprawnionego odwołuje się *expressis verbis* art. 155 ust. 1. Powoływanie się więc na wyczerpanie prawa do ochrony w sytuacji nielegalnego wprowadzenia fałszywie oznakowanego towaru do obrotu było dość wątpliwej wagi argumentem za bezkarnością dalszego obrotu takim towarem.

Jak się wydaje, zamiast sięgania po budzące duże wątpliwości argumenty odwołujące się do innych ustaw (i różnego rozumienia na ich gruncie pojęcia „wprowadzania do obrotu”), należało chyba większą wagę przyłożyć do treści samej ustawy Prawo własności przemysłowej, w kontekście jej zasadniczych celów i formułowanych zasad oraz kierunków ochrony prawnej. Nawet przywołana we wcześniejszych wywodach Oktawia Górniok, zasadniczo akceptująca wykładnię dokonaną przez Sąd Najwyższy, zauważyła, że interpretując art. 305 w uchwale z 24 maja 2005 r. Sąd Najwyższy właściwie w ogóle nie odniósł się do kwestii dobra chronionego interpretowanym przepisem. O ile jednak autorka stwierdziła, że nie można z tego czynić zarzutu, o tyle – zdaniem autorki – dość trudno uznać za pełną i prawidłową wykładnię, jeśli dokonywana jest bez jakiegokolwiek odniesienia do celu, jaki faktycznie przyświeca ustawodawcy przy kreowaniu danego unormowania. I nie chodzi tu bynajmniej o afirmację podnoszonych przez niektórych krytyków uchwały argumentów odwołujących się do negatywnych skutków takiej a nie innej (tu: zawężającej) interpretacji przepisu. Akurat taki argument zawsze łatwo obalić kontrargumentem, że to nie sądy, a prawodawca odpowiada za zbyt wąskie pole penalizacji stanowionych przez siebie przepisów. Chodzi tu natomiast o uwzględnienie przy wykładni przepisu celu, jaki *a priori* przyświecał ustawodawcy w dacie tworzenia przepisu, a oczywiście odtwarzanego także w drodze wykładni w oparciu o cały efekt prawodawczy, jakim była – w tym przypadku – ustawa Prawo własności przemysłowej.

Cel ten zrekonstruować nietrudno: była nim niewątpliwie ochrona szeroko pojmowanej własności przemysłowej, w tym walka z tzw. piractwem towarowym, to jest funkcjonowaniem w obrocie handlowym towarów oznaczonych sfałszowanymi bądź bezprawnie używanymi znakami towarowymi, podlegającymi ochronie prawnej. Nietrudno też przyjąć, że walka z niepożądanym przez ustawodawcę zjawiskiem nie miała – w jego zamyśle – przybrać formy ułomnej, ograniczonej li tylko do momentu przekazywania tych nielegalnych towarów od sfery produkcji do sfery handlu. Taka walka byłaby z góry skazana na ograniczony efekt. Penalizowanie

wyłącznie jednej, stosunkowo wczesnej fazy obrotu towarami oznaczonymi fałszywymi znakami towarowymi i uwolnienie od odpowiedzialności osób uczestniczących w obrocie w dalszych jego fazach oczywiście nie spełniałoby zakładanej przez ustawodawcę roli. Cytowani wcześniej autorzy, krytykujący uchwałę z 24 maja 2005 r., jak się wydaje dość przekonująco wskazywali, że także prawidłowa interpretacja art. 155 ust. 1 – przywołwanego przecież przez Sąd Najwyższy na poparcie swych wniosków – wbrew twierdzeniom tego organu w rzeczywistości przemawiała za szerszą interpretacją pola penalizacji art. 305 ust. 1. Dodać na zakończenie tego wątku trzeba, że całe brzmienie ustawy, także w kontekście unormowań prawa międzynarodowego, poświęconych ochronie własności przemysłowej, wyraźnie wskazuje, że zamiarem ustawodawcy była skuteczna ochrona, także za pomocą instrumentów kryminalnych, szeroko rozumianej własności przemysłowej. W sytuacji, gdy – jak wcześniej wykazano – art. 305 był i nadal jest w rzeczywistości jedynym przepisem karnym chroniącym obrót gospodarczy przed udziałem w nich towarów fałszywie oznakowanych, wąska interpretacja tego przepisu wydawała się kolidować z celem ustawodawcy i stworzonej przezeń ustawy, normującej kwestie własności przemysłowej.

Oczywiście w tak wrażliwej sferze, jaką jest prawo karne, sam cel ustawy nie jest argumentem przesądzającym o interpretacji przepisu, choćby tylko z uwagi na gwarancyjny cel przepisów karnych i konieczność rygorystycznego przestrzegania zasady *nullum crimen sine lege*. Mówiąc w największym skrócie: choćby cel ustawodawcy był jak najbardziej klarowny i godny poparcia, nie można dla realizacji tego celu przyjąć takiej interpretacji przepisu karnego, która byłaby sprzeczna z jego literalnym znaczeniem. Wykładnia teleologiczna nie może bowiem w sferze prawa karnego prowadzić do poszerzenia pola penalizacji poza to, jakie da się zakreślić na gruncie wykładni logiczno-językowej. W takim więc układzie zasadnicze znaczenie przy interpretacji art. 305 kpk winno mieć stricte językowe rozumienie pojęcia „wprowadzenie do obrotu”. W tym właśnie tezy podniesione przez Sąd Najwyższy – odwołujące się np. do definicji zawartej w jednym ze słowników języka polskiego – miały stosunkowo największy walor argumentacyjny. Czy była to argumentacja rzeczywiście przesądzająca – można się oczywiście zastanawiać. Sam Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tej uchwały zauważył (a w wielu innych swoich orzeczeniach i uchwałach wprost zaakceptował) dużo szerszą możliwość interpretacji pojęcia „wprowadzania do obrotu”, akceptowalną na gruncie innych ustaw. Najwyraźniej więc dało się i szerszą interpretację tego pojęcia uznać za

mieszczącą się w kanonach poprawnej wykładni i niesprzeczną z zasadą określoności przestępstwa. Można więc ciągle bronić tezy, że szersza interpretacja „wprowadzania do obrotu” byłaby właściwa także na gruncie ustawy Prawo własności przemysłowej.

Mając to wszystko na uwadze można było – zdaniem autorki – na gruncie brzmienia art. 305 sprzed 31 sierpnia 2007 r. do końca bronić tezy, że przepis ten penalizował nie tylko ruch pirackich towarów ze sfery produkcji do sfery handlu, ale też dalszy obrót tymi towarami między podmiotami profesjonalnymi (jeśli tak można określić osoby zajmujące się w sposób stały działalnością nielegalną) aż do ich zbycia ostatecznemu odbiorcy (konsumentowi). Z normatywnego punktu widzenia uchwała Sądu Najwyższego nie stanowiła przy tym precedensu wiążącego jakikolwiek inny organ (poza sądem, który zadał pytanie prawne), ani wiążących wytycznych dla jakiegokolwiek innego organu. Nie wiązała nawet samego Sądu Najwyższego, albowiem nie nadano jej rangi zasady prawnej. Oczywiście sam autorytet tego organu wywiera w praktyce realny skutek w praktyce orzeczniczej sądów powszechnych, nie oznacza to jednak, że wykluczyć z góry należało możliwość podważania w praktyce wyrażonego w przywołanej uchwale poglądu prawnego.

Tak było jednak tylko do czasu omawianej tu nowelizacji z czerwca 2007 r. Do tej daty – jak wyżej wskazano – nie było jeszcze żadnych normatywnych powodów do wykluczania możliwości kontestowania wykładni dokonanej przez Sąd Najwyższy w rzeczonyj uchwale. W sytuacji, gdy powszechnie znanym faktem jest opieszałość polskiego wymiaru sprawiedliwości (tj. gdy prowadzenie procesów karnych o czyny popełnione przed kilku bądź kilkunastu laty nie jest czymś niezwykłym), nie był to przy tym wcale problem nieaktualny czy akademicki. Domniemywać zasadnie można, że do chwili obecnej niemało pozostaje w toku postępowań o czyny z art. 305 ustawy, dokonane przed datą wejścia w życie nowelizacji. Zmiana, która weszła w życie 31 sierpnia 2007 r., wszelkie wątpliwości interpretacyjne – oczywiście w omawianym w tym opracowaniu zakresie – jednak rozwiązała. W dacie tej znamię „wprowadza do obrotu” zostało zastąpione niewątpliwie szerszym i niebudzącym już wątpliwościami pojęciem „dokonuje obrotu”, co oznacza, że aktem tym prawodawca niejako „zatwierdził” ex post zasadność wyżej przywołanej interpretacji, bazującej na wąskim rozumieniu uprzednio obowiązującego brzmienia przepisu. Zgodnie bowiem z zasadami prawidłowej wykładni, różne pojęcia ustawowe nie mogą oznaczać tego samego. Jeśli więc obecnie przepis wyraźnie penalizuje dokonywanie obrotu, to wcześniejszy przepis musiał penalizować

węższy zakres zachowań, gdyż pojęcie wprowadzania do obrotu jest z językowo-logicznego punktu widzenia oczywiście węższe od pojęcia dokonywania obrotu. Oczywiście nowa regulacja nie działa też wstecz, co wynika z art. 4 § 1 kk.

Skutki takiej interwencji ustawodawcy są dwojakie. Jeden jest raczej negatywny: rozstrzyga bowiem w sposób niewątpliwy o bezkarności osób, które przed 31 sierpnia 2007 r. dokonywały obrotu pirackimi towarami, nie będąc osobami wprowadzającymi ten towar do obrotu (w wąskim tych słów znaczeniu). Jak wcześniej zaś wskazano, w praktyce może to nadal dotyczyć dość dużej ilości osób, przeciwko którym procesy karne jeszcze się toczą bądź mogłyby się toczyć w przyszłości. Skutek pozytywny jest oczywiście taki, że w odniesieniu do zdarzeń zaistniałych od momentu wejścia w życie nowelizacji już bez żadnych wątpliwości osoby dokonujące takiego obrotu podlegają karze kryminalnej. W sytuacji wcześniejszych sporów co do zakresu penalizacji i realnych obaw, że zawężająca interpretacja Sądu Najwyższego, przedstawiona w uchwale z 24 maja 2005 r., przyjęłaby się w praktyce (propozycje interpretacyjne tego organu, zwłaszcza konsekwentnie podtrzymywane, rzadko bywają w praktyce odrzucone przez judykaturę niższych szczebli), czyniąc walkę z piractwem iluzoryczną, nowelizacja ta rzeczywiście gwarantuje kres bezkarności wszystkich osób dokonujących nielegalnego obrotu, co zapewne zgodne jest z wola ustawodawcy. Wydaje się więc, że korzyść wynikająca z nowelizacji jest jednak zdecydowanie większa, niż jej negatywne skutki, mające charakter epizodyczny. Możliwość skutecznego ścigania przyszłych sprawców jest bowiem istotniejsza, niż faktyczna abolicja jakiejś części sprawców przeszłych.

Preparatory Colloquium Verona (Italy), 28–30 November 2012. Section I – Information Society and Penal Law. Poland¹

(A) Introduction

At the beginning it seems useful to stress that several notions related to the cybercrime are defined in the Polish law or in Polish official documents. Firstly, in the official *Strategy of development of information society in Poland until 2013*², which is an official governmental document, the information society is defined as a society for which processing information with the use of information and communication technologies constitutes a significant economic, social and cultural value.

In Polish law cyberspace is defined as a space of processing and exchanging information created by electronic systems, networks thereof and their relations with users (Art. 2 para 1(b) of the Act of 29 August 2002 on the State of War and Competencies of Commander-in-Chief of the Armed Forces and Rules of His Subordination to the Constitutional Authorities of the Republic of Poland³). Pursuant to Art. 3(3) of the Act of 17 February 2005 on computerisation of Activities of Entities Implementing Public Tasks⁴, an electronic system is defined as a set of cooperating devices and software

¹ Raport opublikowany został w wersji elektronicznej International Review of Penal Law (eRIDP).

² See: <http://www.msw.gov.pl/portal/SZS/495/6271/> (viewed on 1 November 2012).

³ Official Journal of the Republic of Poland (hereinafter as „O.J.”) No 156, item 1301 as amended.

⁴ O.J. No 64, item 565 as amended.

ensuring processing⁵ data in telecommunication networks⁶. Accordingly, Art. 7 (2a) of the Act of 29 August 1997 on Data Protection⁷ defines an electronic system as a set of cooperating devices, programs (software), procedures of data processing and programming tools used to process data.

(B) Criminalisation

(1) Which specific legal interests are deemed to be in need of protection by criminal law (e.g., integrity of data processing systems, privacy of stored data)?

The main legal interest protected by criminal law with regard to virtual space (cyberspace) is the traditional freedom and security of an individual, yet understood from a specific, cyberspace-oriented perspective. Therefore, the right is understood *inter alia* as the right to privacy of the individual, as trust of individuals to electronic system, as trust to documents and data stored in such a system. Also an individual's right to decide on information is protected (i.e. an individual's right to freely decide for instance as to the free and exclusive right to administer information in the individual's disposal, as well as to freely decide on the scope and type of disclosed data referring to the individual)⁸, as well as the constitutionally guaranteed right to protection of privacy and secret of communication⁹.

Criminal law protection of cyberspace also means protection of credibility of economy, authenticity of documents, etc. Criminal law also offers protection to property, defined by civil law as property and other property rights¹⁰. This is due to the fact that often criminal activity in cyberspace is directly aimed against property – for instance spoofing (in particular phishing).

⁵ The notion of “processing” data encompasses data storage, sending and receiving.

⁶ Processing takes place with the use of an ending device, appropriate for a given type of network, destined to be plugged directly or indirectly to the ending of the network (so called telecommunication ending device, pursuant to Art. 2(43) of the Act of 16 July 2004 – Telecommunication Law, published O.J. No 171, item 1800 as amended).

⁷ Unified text in O.J. of 2002, No 101, item 926 as amended.

⁸ See Włodzimierz Wróbel (in:) Andrzej Zoll (ed.) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, tom II, Komentarz do art. 117–277 k.k., Wolters Kluwer, Warszawa 2008, p. 1287.

⁹ See Andrzej Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, p. 570; Joanna Piórkowska-Flieger (in:) Tadeusz Bojarski (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012, p. 701.

¹⁰ See Małgorzata Dąbrowska-Kardas, Piotr Kardas (in:) Andrzej Zoll (ed.) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, tom III, Komentarz do art. 278–363 k.k., Wolters Kluwer, Warszawa 2008, p. 25.

Concerning more specific interests related to the cyberspace, one should note that Polish criminal law mainly protects integrity and access to information stored and processed in electronic network, as well as integrity and safety of computer systems.

It seems useful to point out that sometimes the Polish legislator has had difficulty in clearly defining protected interest with regard to cybercrime and in consequence in correct formulating the legal provisions. Art. 267 PC may be a good example here. As of now, the provision protects unauthorised access to information. The penalty for such a breach of a computer system is related with opening of an enclosed letter, connecting to telecommunications network or breaking or omitting electronic, magnetic, software or other specific information security, as well as an unauthorised installing or use of a tapping device or any other visual device, software or technology. However, Art. 267 PC in its previous wording¹¹, apart from the protection of communication secrecy also ensured the protection of messages against unauthorised access. In fact, not access to information was protected, but information itself. This was quite an unfortunate solution, as it limited the scope of application of the provision in an unjustified manner. Namely, in cases when access to a system was gained without visibly obtaining any information (e.g. the offender obtained information in a completely different network, another country or in a manner which did not necessarily link the losing of information in one system with an unauthorised entry to another system), the perpetrator could have avoided the responsibility for his action. Doubts also arose whether activities such as bypassing security or taking advantage of software gaps were equivalent to protection breaking.

The change of PC adopted in 2008 moved protection of information to the access to it, essentially changing the scope of protection, allowing to prosecute gaining access to information without entry into possession of its content.

(2) Please give typical examples of criminal laws concerning

(a) attacks against IT systems

Polish criminal law provides for numerous provisions referring to both content and data processed in electronic systems and integrity of such systems. For instance there are legal norms directly referring to protection

¹¹ The changes were introduced by Act of 24 October 2008, O.J. No 214, item 1344.

of ICT system against unauthorised access (Art. 267 para 2 of the Penal Code, hereinafter as "PC"¹²) as well as to protection of operational security of an ICT system (Art. 269a PC). These norms penalize significant disturbance of work of ICT system or computer network caused by actions of an unauthorised person who transmits, destroys, removes, impedes access or changes computer data.

Although other provisions of the Penal Code do not refer to attacks against IT systems directly, in the event of such an attack it is possible to apply provisions which penalize actions against the content of such systems (e.g. information stored, transmitted and processed in IT systems) and thus indirectly protect the system. As an example one could cite provisions on protection of access to information stored in IT system (Art. 267 para 1 PC).

(b) violation of IT privacy

Violation of integrity of IT system is directly penalized in chapter XXXIII of the PC, which provides for offences against protection of information. In Art. 267 paras 1–3 PC the legislator penalizes inter alia unauthorized access to secured information (if it is related to gaining access to strictly private data) as well as unauthorized interception of data (tapping).

(c) forgery and manipulation of digitally stored data

Other provisions contained in the mentioned chapter (Art. 268–269 PC) also refer to acts which violate integrity of information. Acts such as unauthorized destruction, damaging, removal or modification of digital information are penalized, alongside with disturbance of access to computer data.

(d) distribution of computer viruses

Polish criminal law does not contain a provision expressly penalizing distribution of computer viruses. This does not however mean that such actions are allowed. Development and distribution of computer viruses may be penalized on the basis of provisions referring to protection of information (Chapter XXXIII PC) as acts violating integrity of ICT systems and data stored therein.

¹² Penal Code of 6 June 1997, entered into force on 1 September 1998, O.J. No 88, item 553 as amended.

(e) crimes related to virtual identities of users, e.g., forging, stealing or damaging virtual personalities

It seems obvious that progress and wide expansion of ICT systems contributed to a wide extent to a transfer of a large part of human activity to virtual reality (cyberspace). There are more and more applications allowing for creation of different type of “virtual identities”. On the one hand one may mention chatbots, i.e. applications using artificial intelligence, mainly created to enable interactive communication between a human being and a computer (Internet), on the other – personal profiles created by users of ICT networks.

Polish criminal law does not provide for provisions which would directly refer to acts against chatbots and/or virtual profiles. However, provisions on violation of integrality of digital data may be used here. In addition, a new provision of Art. 190a para 2 PC could be used in such situations. This provision was introduced into the PC in 2011¹³. It provides for criminal responsibility of a person who impersonates someone else and uses this person’s image or other personal data in order to cause this person a material or personal damage. Such behaviour is punishable with the penalty of deprivation of liberty for a term up to 3 years. It seems that this provision may be used to acts against network profiles of users – for instance when the perpetrator impersonates a victim in cyberspace, stealing his/her virtual profile.

(f) other innovative criminal prohibitions in the area of ICT and internet, e.g., criminalisation of the creation and possession of certain virtual images, violation of copyright in the virtual sphere

It seems clear that IT systems and networks have contributed at the same time to the emergence of new types of crime as well as new forms of “old” crimes. The offences related to pornography are an example of “old” crimes which have taken new forms due to the progress of computer technologies. The pornography in cyberspace encompasses three types of pornographic activity: pornography, child pornography and so-called generated pornography. The latter, which is sometimes called simulated pornography is an example of a new behaviour closely related to the emergence of advanced computer technology. Advancement and expansion of digital technologies have contributed to the development of relatively

¹³ Act amending the PC of 25 February 2011, entered into force on 6 June 2011, O.J. No 72, item 381.

cheap tools allowing to create virtual reality, including pornographic materials, mostly simulated child pornography, i.e. artificially generated materials showing more or less realistic images of a non-existing person or modified images of adults made to look like children, or children used “virtually”, which means modifying children’s images. Some of these behaviours are criminalised in the Polish criminal law. Namely it provides for responsibility for simulated pornography, when it was made with the use of produced or transformed image of a minor taking part in sexual activity (Art. 202 para 4b PC).

Concerning new types of crimes, which have developed in the area of ICT, one can cite violations of copyrights. New technologies make possible wide and direct access to materials and contents covered by copyrights. Sharing these materials in virtual space often violates rights of authors. Therefore the Penal Code and Act of 4 February 1994 on Copyrights and Similar Rights¹⁴ include provisions referring to protection of computer software and production and trade of devices (of components of devices) used to remove or omit technical means aimed at protecting works covered by copyrights.

**(3) How is criminal conduct (actus reus) typically defined in these crimes (by description of act, by consequence, other)?
How is the object defined (“data”, “writings”, contents)?**

Concerning *actus reus* with regard to offences committed in cyberspace in the Polish law, one should note that it is usually defined by description of act, e.g.:

- whoever gains access without authorization to information which has not been designed to him by connecting to the telecommunication network,
- whoever gains access without authorization to the whole or part of an electronic system
- whoever produces, gains, sells or makes accessible to other persons devices or computer programs adapted to commit crimes,
- whoever gains someone else’s computer program without a consent of the entitled person.

In some cases *actus reus* is defined at the same time by description of the behaviour and consequence of the act – as it is in Art. 269a PC, which

¹⁴ Unified text in O.J. of 2006, No 90, item 631 as amended.

provides for a liability for a person who “without authorisation, by transmitting, destroying, removal, damaging, hindering access or change of electronic data significantly disturbs work of a computer system or an IT network”. It results from this provision that the behaviour is punishable only if it is aimed against proper functioning of the computer system or an IT network.

Concerning the definition of the object in Polish criminal law, it is most of all “computer data” or “information”. In some cases the legislator uses a term of “computer programme” (software), “computer system”, “ICT network”, “computer storage device” and “document”. Some of these notions have legal definitions. Pursuant to Art. 115 para 14 PC, a document is any object or carrier of information with which a given right is related or which – due to its content – constitutes a proof of right, legal relation or legally significant circumstance. As it has been mentioned, an ICT network (ICT system) is defined in the Act on computerisation of activities of entities implementing public tasks. According to the same Act, a computer storage device is defined as material or device used to record, store and read digital data. The notion of “computer data” is not defined in law.

(4) Is criminal liability for certain cyber crime limited to particular groups of perpetrators and/or victims?

No, generally speaking criminal liability for cyber crimes is not limited to any particular groups of perpetrators and/or victims.

(5) Does criminal liability in the area of ICT and internet extend to merely reckless or negligent conduct?

No, in principle, according to the Polish law cyber crimes can only be committed intentionally. However, there are rare cases of offences which may also be committed unintentionally (e.g. offence set forth in Art 165 para 2 PC which provides for liability for unintentional endangering lives or health of many persons or property in great amount committed *inter alia* by disturbing, making impossible or otherwise influencing automatic processing, storage or transmission of computer data).

(6) Are there specific differences between the definition of cyber crimes and “traditional” crimes?

No, generally speaking Polish criminal law does not make a difference between the definitions of cyber crimes and “traditional” crimes, except for

differences due to the specific character of the regulated matters (i.e. specific object of crime, specific legal interest protected).

However, there may be rare cases when there is a difference in definitions between a cybercrime and traditional crime. That is an example of the so-called computer fraud. Pursuant to Art. 286 PC, a traditional (simple) fraud takes place when a person acting with the purpose of gaining an economic benefit, causes another person to disadvantageously dispose of his own or someone else's property, by misleading this person, taking advantage of his mistake or inability to properly understand undertaken actions. Whereas computer fraud is provided for in a separate provision (Art. 287 PC) and consists in unauthorised influence on automatic processing, storage or transmission of computer data, change, removal or introduction of new computer data entry – in order to gain material benefit or cause damage to another. The difference between simple fraud and computer fraud is that the perpetrator of computer fraud does not mislead another person or does not take advantage of this person's mistake¹⁵. The perpetrator's behaviour, who still acts in order to gain material benefit or cause a damage to another person, is not aimed against this person directly, is not carried out "on this person", but on the data¹⁶.

(C) Legislative technique

(1) Are there specific problems with respect to the principle of legality (e.g. vagueness, open-ended reference of the crime definition to other regulations)?

It seems that sometimes the Polish legislator has had difficulty in clearly defining protected interest with regard to cybercrime and in consequence in correct formulating the legal provisions. This may lead to some problems with respect to the principle of legality. The definition of crime set forth in Art. 269b para 1 PC may be an example here¹⁷. It is unnecessarily vague, for

¹⁵ For this reason some authors argue that the offence set forth in Art. 287 PC should not be called "computer fraud" as it is not a real fraud, which consists precisely in cheating someone else. They propose to call it "computer manipulation". See R. Korczyński, R. Koszut, "Oszustwo" komputerowe, *Prokuratura i Prawo* 2002, No 2.

¹⁶ See more on this in M. Janowski, *Przestępstwo tzw. oszustwa komputerowego*, *Prokuratura i Prawo* 2011, No 10, p. 52–63.

¹⁷ Definition cited below, in D1.

mulated in an imprecise manner (e.g. there is a risk of a wide interpretation of the expression “devices or computer programs adapted to commit crimes”).

(2) How does legislation avoid undue chilling effects on legitimate use of ICT or of the Internet?

These issues are not object of the debate in Poland.

(3) How does criminal legislation avoid becoming obsolete in light of rapid technological innovation? E.g.,

- how are changes in the use of internet and social networks taken into account?**
- how is the law adapted to technological progress (e.g., by reference to administrative regulations)?**

These issues are not object of the debate in Poland.

(D) Extent of criminalisation

(1) To what extent do criminal laws cover mere preparatory acts that carry a risk of furthering abuse, e.g., acquisition or possession of software that can be used for “hacking”, “phishing”, computer fraud, or bypassing download protection? If so, has there been controversy about introducing such laws? Have legislatures made specific efforts to avoid over-criminalisation?

To some extent the Polish criminal law does criminalise preparatory acts to offences against protection of information or other offences which may be committed with the use of IT. Namely, pursuant to Art. 269b para 1 PC it is punishable to produce, gain, sell or make accessible to other persons devices or computer programs adapted to commit crimes listed in the provision. Furthermore, on the basis of this provision it is also punishable to produce, gain, sell or make accessible to other persons computer passwords, access codes or any other data enabling to gain access to information stored in computer system or ICT network. In fact, the imprecise formulation of the subject provision referring to “information stored in computer system or ICT network” extends the scope of penalisation to practically any information stored in computer system or ICT network, such as e.g. links to websites. It seems that such a wide scope of application of this provision was not intended by the legislator – only secured information should be protected – and should therefore require a legislative change.

- (2) To what extent has the mere possession of certain data been criminalised? In what areas, and on what grounds? How is “possession” of data defined? Does the definition include temporary possession or mere viewing?**

In Polish law, the prohibition to possess illegal data (materials, contents) with regard to cyberspace covers the following types of data: someone else’s computer program, child pornography, data propagating fascist or otherwise totalitarian regime or data inciting to hatred for national, ethnic, racial, religious reasons.

In Polish law the possession is defined following the civil law notion of actual power over a thing. In criminal law possession of the aforementioned data is understood as having them in someone’s disposal even for a short period of time¹⁸.

- (3) To the extent that possession of or granting access to certain data have been defined as criminal, does criminal liability extend to service providers (e.g., hosting or access providers)? What are the requirements of their liability, especially concerning mens rea? Are providers obliged to monitor and control what information they provide or offer access to? Are providers obliged to provide information on the identity of users? Are providers obliged to prevent access to certain information? If so, under what conditions, and at whose cost? Is there criminal liability for violating such obligations?**

Obligations of service providers related to the electronic performance of services¹⁹, including rules on excluding liability of service providers, are regulated by the Act of 18 July 2002 on Electronic Services Providing²⁰.

It should be pointed out that the subject Act regulates the scope of responsibility of service providers in a negative way, i.e. by providing for a catalogue of clauses excluding their responsibility. These clauses refer to intermediating providers, i.e. providers who only transmit and store data coming from other parties. The exclusions do not refer to so-called content providers, which are responsible for contents they provide.

¹⁸ See Marek Bielski Wróbel (in:) Andrzej Zoll (ed.) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, tom II, Komentarz do art. 117–277 k.k., Wolters Kluwer, Warszawa 2008, p. 680–681.

¹⁹ A service is provided electronically if its performance takes place through transfer of data, transmitted with the use of public networks. Hardware and software enabling to communicate in distance are called means of electronic communication.

²⁰ O.J. No 144, item 1204 as amended.

In any case, if a service provider, which is not a content provider does not qualify for exclusion, he may be held liable on general basis of civil or criminal law or other statutory acts. However, one should add that the catalogue of exclusions is very large and enforcement of these obligations seems quite doubtful.

According to the Act a service provider is an individual, a legal person or an organisational entity without legal personality.

There is one general rule related to the responsibility of service providers: they are not obliged to verify the content of the data transferred to him for storage, transmission or recording. Service providers are thus not obliged to censor the data, to verify their possible illegal character.

The exclusions refer to mere conduit, caching and hosting. Concerning mere conduit, a service provider is not responsible for transmitted data and is not obliged to verify its content if he does not initiate a transmission, does not choose a recipient of data or does not remove or modify transmitted data. Also, he is not responsible for data stored automatically, indirectly and for a short period of time – exclusively in order to transmit it.

With respect to caching, a service provider is not responsible for automatic, indirect and short-time storage of data transmitted by service taker, provided that he does not change its content, follows conditions of access to information and updating information (in a commonly recognized and used manner), does not disturb legal usage of technology commonly recognized and applied to store information on usage of stored data. This exclusion applies provided that the service provider immediately removes or blocks access to stored data as soon as an initial source of data transmission has been removed from the network or its access to the network has been blocked, or when a court or an administrative authority orders to remove data or block access to it.

Finally, concerning hosting, service providers are not responsible for data stored in the system by the user if they are not aware of the illicit character of the data or activity related to the data. As soon as the service provider receives information on illegal character of the stored data, he is obliged to undertake steps necessary to block access to this data. If the notification on illegality of data is official, a service provider is not responsible toward the user for damages caused by blocking access to data. Otherwise a service provider is not responsible for damages caused by blocking access to data provided that he informed the user on intention to block access to data.

According to the Polish law a service provider may only be held responsible for putting contents in the network or for intentionally making his services available for such a purpose (perpetration or aiding).

A service provider may easily be prosecuted if he is an individual. In such event, general rules of criminal responsibility will apply to him. The problem arises if the service provider is a legal person or an organisational entity. Then he can be prosecuted only if an individual committed an offence to his benefit, which may be difficult to establish²¹.

It may be added that prosecuting service providers for publishing contents of racist character have been difficult, for – as practice shows – they usually come from abroad. However, there has been some convictions in Poland with regard to persons editing websites publishing information inciting to hatred based on race²².

(4) What general, in particular constitutional limits to criminalising conduct have been discussed with respect to ICT and internet crime (e.g. freedom of speech, freedom of the press, freedom of association, privacy, “harm principle”, requirement of an act, *mens rea* requirements)?

In the debate on the restriction of access to websites containing content against the law, more particularly on the register of illegal websites and services, mainly arguments referring to freedom of speech and freedom of press have been raised. It has been raised it may have a reverse effect as it warns perpetrators and does not stop them.

Also the draft act implementing the Council Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography, which was to introduce blocking or removal of website with child pornography, and later on the signature of ACTA by Poland have given raise to controversy and opposition among the society, due to the limitation of freedom of speech and privacy²³.

(5) Does the law provide for criminal sanctions specifically targeting cyber criminals, (e.g. a temporary ban from using the internet)?

No, no specific special sanctions targeting cyber criminals are foreseen in the Polish law.

²¹ See below, p. E1.

²² Service providers came from USA.. Polish editors were convicted. See <http://osnews.pl/polscy-redaktorzy-redwatch-pojda-siedziec/> (viewed on 31 October 2012).

²³ See <http://www.stopcenzurze.eu/> (viewed on 30 October 2012).

(E) Alternatives to Criminalisation

- (1) What role does criminal law play in relation to other ways of combating abuse of ICT and the Internet? What is the relationship of civil and administrative sanctions (payment of damages, closing of enterprise, etc.) to criminal sanctions in the area of ICT?**

In Poland, without doubt, criminal law constitutes the strongest and most effective instrument to enforce the correct use of ICT and Internet. Other sanctions can only complement it, however their effectiveness may be questioned.

A victim of a cybercrime may seek compensation for damages suffered on general basis of civil law. Yet this does not seem like an effective solution. Firstly, in order to open proceedings, an introductory fee must be paid, which may seriously hinder access to the court to some persons. Secondly, a civil process may take a long time, which is not desirable from the point of the victim.

Polish criminal law has its limits, in particular it is aimed at individuals only. However, the Polish law provides for a possibility to hold liable legal persons for cybercrime. It is possible on the basis of a special statutory Act of 28 October 2002 on Liability of Collective Entities for Acts Prohibited under Penalty²⁴.

Pursuant to Art 2 of this Act, a collective entity is a legal person, an organisation entity which does not have legal personality, which is vested legal capacity on the basis of special provisions (except for the State Treasury and self-government units), a company the share of which are owned by the State Treasury or self-government units, a company under organisation, an entity in liquidation, an entrepreneur who is not an individual and a foreign organisation entity.

The liability of collective entities is restricted to the commission of certain types of offences only, enumerated in Art. 16 of the Act. The list includes offences typically related to activities of corporations, including cybercrime (offences against protection of information provided for in Art. 267–269b PC; offences against property, including computer fraud; offences against sexual liberty and morality, including simulated child pornography).

The liability of collective entities is based on a two-step model. First, penal responsibility of an individual who was linked to the collective entity

²⁴ Act on Liability of Collective Entities for Acts Prohibited under Penalty, published in O.J. No 197, item 1661 as amended.

and acted to its benefit must be recognized in a valid and final conviction or a decision otherwise terminating the proceedings (such as e.g. conditional discontinuance of proceedings). Only then is the liability of a collective entity triggered. The liability of collective entities is therefore not autonomous, but depends upon the responsibility of individuals. It is possible that such model may seriously hinder effective prosecution of collective entities. In fact, no legal person was convicted in Poland for commission of a prohibited act so far.

In any case however, a collective entity may be sentenced to a pecuniary sanction, forfeiture of objects coming from an offence, destined or used to its commission, or forfeiture of benefits coming from an offence. Furthermore, a collective entity may be banned from promoting or advertising its activities, from benefiting from public funds and aid coming from international organisations to which Poland is a member, from applying for public procurement. The court may also decide to make the judgment publicly known.

(2) What non-criminal means of combating offensive websites are used/propagated (e.g., closing down websites, blocking access to websites)?

Websites which contain content violating the law should be removed. However, it is only possible when the servers which the sites use to operate are located on the territory of the state, which considers the content a violation of law. In order to be able to do so in Poland, in November 2009 Polish government submitted a proposal to establish a register of illicit websites and services. The register was to be aimed at blocking access to websites containing content forbidden by law, including child pornography, propagating fascist or otherwise totalitarian regime, materials aimed at deceitful misleading of persons in order to gain material benefit. The proposal has been vividly discussed, constitutional guarantees have been mentioned. Eventually, at the beginning of 2010 the government withdrew the proposal. As of now in Poland there is no possibility to close down or even register websites.

(3) To what extent are ICT users expected to protect themselves (e.g., by encryption of messages, using passwords, using protective software)? Are there sanctions for not protecting one's computer to a reasonable extent, e.g., by using anti-virus software or protecting access to private networks by password?

Does the lack of reasonable self-protection provide a defence for defendants accused of illegally entering or abusing another person's network or abusing their data?

It seems obvious that ICT users should try to secure their computers and data using inter alia strong enough and often changed passwords to log in, anti-virus software, appropriate firewalls. The decision to use these means and the choice thereof depends upon the user. The Polish law does not provide for direct sanctions for users due to the lack of proper protection, unless when the users are legally obliged to apply special means of protection. For instance, a data protection manager is obliged to apply technical and organisation means ensuring protection of the processed data proportionate to the threats and type of data (Art. 36 of the Data Protection Act). In addition, entities processing data covered by state or professional secrecy are obliged to apply special means to protect data.

However, even though the Polish law does not provide for a general obligation to apply special protection means with regard to data processed in ICT systems, the lack of such a protection may, in some cases, cause that a behaviour does not qualify as an offence. For instance, Art. 267 PC stipulates that shall be held liable whoever gains access to information by connecting to the telecommunication network or breaking or omitting electronic, magnetic, electronic or any other special protection. Therefore, if a perpetrator gains access to information which has been stored on a computer drive, even without authorisation, but the information has not been protected at all (e.g. by a password to the system), then he will not be held penally responsible.

(F) Limiting anonymity

- (1) Are there laws or regulations obliging internet service providers to store users' personal data, including history of internet use? Can providers be obliged to provide such data to law enforcement agencies?**

In principle Internet service providers are obliged to store users' personal data for purposes of the service. Namely, a provider of publicly accessible telecommunications services may process data on individual users (name, names of parents, place and date of birth, address, identity card's number, personal identification number), if the data is included in documents related to the telecommunications services contract. Other data may be processed only in relation to the service provided, upon consent of the user (e.g. number of bank account). In any other case content or data covered

by the telecommunication secrecy may be processed (i.e. collected, recorder, stored, elaborated, changed, removed or disclosed) only when these actions refer to the service provided to the user or are necessary for the performance of the service²⁵.

This is due to the fact that such data – on the basis of Art. 159 para 1 of the Act of 16 July 2004 Telecommunication Law²⁶ – is covered with the so-called telecommunication secrecy (“secrecy of communication through networks”). The protected data encompass data referring to the user, content of individual communications²⁷, transmission data²⁸, data on localisation, which means data on localization beyond data necessary to transmit a communication or issue a receipt, and data related to attempts to establish a connection between given terminal equipment of telecommunication network²⁹. According to the subject Act it is prohibited to gain access, record, store, transmit or otherwise use content or data covered by the telecommunication secrecy. The prohibition refers to persons other than the sender and receiver of communication, but it may be waived upon a consent of the sender or receiver, to whom the data concern. It does not apply in exceptional situation when such actions are necessary to perform a service or are subject to a service or when it is necessary for other reasons regulated by law.

Except for cases provided for in law³⁰, disclosure or processing of data covered by communication secrecy constitute a violation of obligation to keep the secrecy, which bears on entities taking part in telecommunication activity and bodies cooperating with them (Art 160 para 1 of the Act). These entities and bodies are in particular obliged to “observe due diligence, to the extent justified by technical or economical reasons, when protecting telecommunication devices, telecommunication networks and sets of data against disclosure of telecommunication secrecy” (Art. 160 para 2 of the Act).

²⁵ Processing data for other purposes is allowed only on the basis of law (Art. 161 of the Telecommunication Act).

²⁶ O.J. No 171, item 1800 as amended.

²⁷ I.e. information exchanged or transmitted between users through publicly accessible telecommunications services.

²⁸ Data processed for purposes of transmission of communications or charging for telecommunication services including localization data.

²⁹ Terminal equipment is a physical place in which a user gains access to public telecommunication network. It is identified with a specific network address, which may be attributed to the number or name of the user.

³⁰ For instance communications revealed on the basis of an order of a court, a prosecutor or separate provisions.

A telecommunication entrepreneur is responsible for violation of telecommunication secrecy by entities acting on his behalf (Art. 161 para 1 of the Act). The obligation to observe telecommunication secrecy also refers to a person who gained access to a communication which has not been destined to him using a radio device or a terminal equipment device. A provider of publicly accessible telecommunication services as well as an operator of public telecommunication network are obliged to undertake technical and organisational actions in order to ensure safety of communications transmission, related to the service that they provide. If there is a particular risk of breaching security of services provided, a provider of such services is obliged to inform users that technical means he uses do not guarantee safety of transmission of communications. He should also inform users of existing possibilities to ensure such safety and costs they would entail (Art. 175).

Concerning the obligation to provide personal data on users to law enforcement agencies, in Poland the law enforcement agencies may have a free and very wide access to data on users, which is subject to criticism. Telecommunication entrepreneurs are obliged to perform certain tasks for safety of the state and public order. They are obliged to provide access to certain data to the authorised authorities (Police, Border Guards, Internal Security Agency, Military Police, Military Intelligence Service, Central Anti-Corruption Bureau and treasury investigation service). The entrepreneurs are in particular obliged to ensure technical and organisational conditions allowing to have simultaneous and independent access³¹ to contents of telecommunication transmissions and certain personal data referring to the user and his connections which they has at their disposal.

Internet service providers are obliged to retain and store data necessary to establish a terminal equipment of the network, telecommunication terminal equipment and terminal users (initiating and receiving the connection), to establish type, date and hour of the connection and its duration, as well as localisation of the telecommunication terminal equipment device³². This data, generated in the telecommunication network or processed in Poland, is to be stored for a period of 24 months from the date of the connection or failed connection, at their own expense. This data may be made accessible to authorised authorities (including customs, prosecutors and courts).

³¹ These words are not clear, but it seems that this means that the law enforcement agencies should have access to data in real time, independently from other agencies.

³² Data such as name and address of the user, address of localisation of telecommunication device, MSISDN, IMSI, IMEI or ESN number with regard to mobile devices; IP address, name and address of the user, address MAC with regard to access to Internet.

(2) Are there laws or regulations obliging an internet service provider to register users prior to providing services?

In Poland in principle providing telecommunication services takes place on the basis of a written contract. However, this does not mean that an Internet service provider is always obliged to register users prior to providing services as the condition of concluding a written contract (where some personal data must be included) does not apply to so-called prepaid services. In Poland prepaid SIM cards do not have to be registered, which means that access to Internet provided by mobile phone networks through prepaid cards is open to users who have not been registered by the provider.

(3) Are there laws or regulations limiting the encryption of files and messages on the internet? Can suspects be forced to disclose passwords they use?

Since modern encrypting techniques may be very efficient, the legislator in Poland tends to take care for the state's interest when an authorised interception of a message has taken place. Pursuant to para 8 of the Ordinance of Ministry of Justice of 24 June 2003 on technical preparation of networks used to exchange of information, to control transmissions and manner to register, store, record and destroy records of controlled transmissions³³, a telecommunication service provider (including an Internet service provider) who performs encrypting services, is obliged to disclose unencrypted information to authorised agencies.

If the message is encrypted by other entities, in particular users of telecommunication networks themselves, Polish law does not provide for mechanisms obliging them to disclose the content of such a message. This is in particular reinforced by a prohibition to oblige anyone to provide incriminating materials set forth in Polish criminal procedure.

(G) Internationalisation

(1) Does domestic law apply to data entered into the internet abroad? Is there a requirement of "double criminality" with respect to entering data from abroad?

Depending on the circumstances, Polish law may apply to data entered abroad. This is due to the fact that with respect to cybercrime general rules on jurisdiction apply.

³³ O.J. No 110, item 1052.

Therefore, a cybercrime committed by a Polish national may be prosecuted on the basis of the Polish law provided the behaviour is also prohibited in the place of its commission (Art. 109 and Art. 111 para 1 PC). Furthermore, if a foreigner commits a cybercrime he may be prosecuted in Poland, provided the “double criminality” requirement is fulfilled and that the crime is aimed against an interest of the Polish state, Polish national, Polish legal person or an act of a terrorist character (Art. 110 para 1 and Art. 111 para 1 PC).

In some cases the requirement of “double criminality” does not apply, irrespective of the nationality of the perpetrator. It is not necessary if a committed crime was aimed at the internal or external safety of Poland, at Polish offices or public officials, at Polish important economic interests. The requirement does not apply if a crime was a crime of false testimony before a Polish office or if it was a crime thanks to which the perpetrator gained a material benefit (even indirectly) on the Polish territory (Art. 112 PC).

In addition, the “double criminality” requirement does not apply in cases of crimes covered by the universal jurisdiction (Art. 113 PC).

(2) To what extent has your country’s criminal law in the area of ICT and internet been influenced by international legal instruments?

The Polish legislation has changed to a great extent under the influence of international legal instruments. Several new types of crimes were adopted to the Penal Code in 2004³⁴ in order to implement the Council of Europe Cybercrime Convention, which was signed by Poland on 23 November 2001. Second great series of amendments to the Penal Code was adopted in 2008³⁵ in order to implement several framework decisions, two out of which have referred to cybercrime: the Council Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography and the Council Framework Decision 2005/222/JHA of 24 February 2005 on attacks against information systems³⁶.

³⁴ Act of 18 March 2004 amending the Penal Code and several other statutory acts, O.J. No 69, item 626, entered into force on 1 May 2004.

³⁵ Act of 24 October 2008 amending the Penal Code and several other statutory acts, O.J. No 214, item 1344, entered into force on 18 December 2008.

³⁶ See more on this implementation in F. Radoniewicz, *Ujęcie cyberprzestępstw w Kodeksie karnym z 1997 roku a postanowienia decyzji ramowej Rady 2005/222/WSiSW w sprawie ataków na systemy informatyczne*, *Ius Novum* 2009, No 1, p. 48–69.

(3) Does your country participate in discussions about the harmonisation of cybercrime legislation (such as the U.N. intergovernmental expert group on cybercrime)?

Yes, Polish representatives take part in work of the UN intergovernmental expert group on cybercrime.

(H) Future developments

Please indicate current trends of legislation and legal debate in your country concerning ICT and internet crime.

There is hardly any debate on ICT and Internet crime in Poland, therefore it is difficult to indicate any current or future trends of legislation in this respect.

Pełnomocnik rzekomy jako *negotiorum gestor*¹

Zagadnienia działania w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem zakresu umocowania oraz prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (art. 752–757 k.c.) pozostają ze sobą w dogmatycznym i funkcjonalnym związku. Wzajemna relacja obu tych konstrukcji prawnych nie była dotąd szerzej rozważana w piśmiennictwie i jest raczej incydentalnie dostrzegana w judykaturze. Celem niniejszych rozważań jest analiza wspomnianej relacji z uwzględnieniem skutków prawnych, jakie pojawiają się w płaszczyznach stosunków zewnętrznych oraz wewnętrznych, których obie konstrukcje dotyczą.

Cechą charakterystyczną działania pełnomocnika rzekomego jest to, że dokonuje on w cudzym imieniu czynności prawnej, mimo iż nie udzielono mu umocowania lub udzielono go w sposób wadliwy, względnie wykracza poza zakres umocowania wynikający z oświadczenia woli mocodawcy (treści pełnomocnictwa) lub przepisów ustawowych. Brak czynności udzielenia pełnomocnictwa (zwłaszcza dokonanej w formie szczególnej) nie w każdym jednak przypadku przesądza o całkowitym braku umocowania. Należy zauważyć, iż zapoczątkowane w nauce niemieckiej koncepcje pełnomocnictwa tolerowanego (*Duldungsvollmacht*) oraz pełnomocnictwa prawdopodobnego (*Anscheinsvollmacht*)² zostały zaakceptowane przez

¹ „Państwo i Prawo” 2013, nr 5, s. 17–30.

² Szerzej zob. np. Ch. Börner: *Untervollmacht und Rechtsscheinsvollmacht*, Bonn 2008, s. 88 i n.; J. Ruthing: *Vollmacht und Rechtsschein im IPR*, Heidelberg 1996, s. 149 i n.; J.-G. Schubert: *Anscheinsvollmacht und Privatautonomie*, Berlin 1970, s. 43 i n.

polską doktrynę³ i judykaturę⁴. Nie dochodzi do działania rzekomego pełnomocnika, gdy umocowanie wynika ze stwarzanego przez mocodawcę (świadomie lub w wyniku niedbalstwa) pozoru prawnego udzielenia pełnomocnictwa. Takie zachowanie mocodawcy prowadzi do powstania sytuacji, w której druga strona czynności prawnej działa w godnym ochrony zaufaniu do istnienia umocowania i to przede wszystkim względem na ten element przemawia za uznaniem, że doszło do udzielenia pełnomocnictwa.

Przystępując do analizy relacji między badanymi instytucjami prawnymi, wyjść należy od pytania, czy podjęcie działania w cudzym imieniu, spełniającego ustawowe przesłanki *negotiorum gestio* (art. 752 k.c.), oznacza, iż działający uzyskuje umocowanie do reprezentowania podmiotu zainteresowanego. Konieczne jest zatem rozstrzygnięcie, czy instytucja prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia w polskim systemie prawnym zawiera w sobie normatywne umocowanie do działania w imieniu i na rzecz osoby, której sprawa jest prowadzona (osoby zainteresowanej, *domini negotii*). Kwestia ta zasługuje na uwagę z tego względu, iż w kilku ustawodawstwach europejskich przyjęte zostały regulacje przyznające prowadzącemu cudzą sprawę (niekiedy przy założeniu spełnienia dodatkowych przesłanek) umocowanie do dokonywania czynności prawnych w imieniu podmiotu zainteresowanego.

Klasycznym przykładem tego rodzaju rozwiązań jest występująca we francuskim kodeksie cywilnym konstrukcja *gestion d'affaires avec représentation* (art. 1375). Ustawodawca francuski przyznał gestorowi prawidłowo prowadzącemu sprawę uprawnienie do reprezentowania osoby zainteresowanej, w związku z czym czynności prawne dokonane z osobą trzecią mają bezpośredni skutek wobec niej.

Analogiczne rozwiązanie legislacyjne uprawniające do reprezentowania podmiotu zainteresowanego występuje w kodeksie cywilnym włoskim (art. 2031)⁵ oraz holenderskim. Zgodnie z regulacją art. 6:201 holenderskiego k.c. prowadzący cudzą sprawę bez zlecenia jest uprawniony do dokonywania czynności prawnych w imieniu osoby zainteresowanej, o ile prowadzi

³ A. Szpunar: *Udzielenie pełnomocnictwa*, „Przeгляд Sądowy” nr 9/1993, s. 33; M. Pazdan [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2. *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 515; por. zastrzeżenia M. Smyka: *Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2010, s. 184.

⁴ Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 24 VIII 1995, IACr 410/95, niepubl.; wyrok SN z 24 X 2003, III CK 57/02, niepubl.

⁵ Szerzej zob. S.D. Monache [w:] *Commentario breve al codice civile*, red. G. Cian, A. Trabucchi, Milano 2004, s. 2001–2002.

to do ochrony jej interesów. Zakres umocowania *negotiorum gestora* został tu określony w sposób podobny do rozwiązania przyjętego w kodeksie francuskim, gdzie odwołano się do pojęcia prawidłowego prowadzenia cudzej sprawy. Akcentuje się zarazem, iż czynności dokonane przez *negotiorum gestora* są skuteczne bezpośrednio wobec osoby zainteresowanej jedynie w przypadkach, w których spełnione są dalsze przesłanki, w szczególności istnieje uzasadniona przyczyna ingerencji w cudzą sprawę (art. 6:198 holenderskiego k.c.)⁶.

Należy zauważyć, iż także w projektach unifikacji prawa cywilnego w UE przewidziane zostały regulacje przyznające podmiotowi prowadzącemu cudzą sprawę bez zlecenia uprawnienie do reprezentowania osoby zainteresowanej. Grupa studyjna przygotowująca projekt europejskiego kodeksu cywilnego (*Study Group on a European Civil Code*)⁷, opierając się na pracach badawczych przeprowadzonych w latach 1999–2005, opublikowała w 2006 r. projekt unifikacji przepisów o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia (*Benevolent Intervention in Another's Affairs, PEL Ben. Int.*)⁸. Projekt ten został następnie w całości włączony do przyjętego na początku 2008 r. Projektu Wspólnej Ramy Odniesienia (*Draft of Common Frame of Reference, DCFR*)⁹. W obu projektach proponuje się, aby prowadzący cudzą sprawę bez zlecenia był uprawniony do zawierania umowy i dokonywania innych

⁶ Zob. H. Suderow: *Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland, Frankreich und Niederlanden*, Konstanz 2005, s. 174; A.S. Hartkamp, M.M. Tillema: *Contract Law in the Netherlands*, Hague–London–Boston 1995, s. 219.

⁷ Szerzej na temat prac nad projektem europejskiego kodeksu cywilnego zob. np. S. Grundmann: *The optional European Code on the basis of aquis communautaire: starting points and trends*, „*European Law Journal*” nr 6/2004, s. 698 i n.; M.W. Hesselink: *The politics of a European Civil Code*, „*European Law Journal*” nr 6/2004, s. 675 i n.; U.G. Schroeter: *Europäischer Verfassungsvertrag und Europäisches Privatrecht*, „*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*” nr 3/2006, s. 515 i n. W piśmiennictwie polskim zob. np. Ch. von Bar: *Prace nad projektem europejskiego kodeksu cywilnego*, PiP nr 10/2000, s. 41 i n.; tegoż: *Od zasad do kodyfikacji: perspektywy europejskiego prawa prywatnego*, KPP nr 2/2002, s. 305 i n.

⁸ *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben. Int.)*, red. Ch. von Bar, Munich 2006. Szerzej zob. N. Jansen: *Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law?*, „*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*” nr 3/2007, s. 958 i n.; H. Sprau: *Benevolent Intervention in Another's Affairs: Some Remarks on the Draft Report presented by the Study Group on a European Civil Code*, „*ERA Forum*” nr 2/2006, s. 220 i n.

⁹ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, red. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, Munich 2008; zob. też R. Schulze: *The Academic Draft of CFR and the EC Contract Law* [w:] *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, red. R. Schulze, Munich 2008, s. 3 i n.; K.D. Kerameus: *Comparative Law and Common Frame of Reference* [w:] *Common Frame of Reference...*, jw., s. 25 i n.; H. Schulte-Nölke: *Contract Law or Law of*

czynności prawnych w imieniu *domini negotii* w zakresie, w jakim jest to uzasadnione przysporzeniem tej osobie korzyści (art. 3:106 ust. 1 *PEL Ben. Int.*, art. V – 3:106 ust. 1 DCFR). Jednostronna czynność prawna dokonana przez *negotiorum gestora* w imieniu podmiotu zainteresowanego nie jest skuteczna, jeśli zostanie niezwłocznie zanegowana (*rejected, zurückgewiesen*) przez osobę trzecią, do której została skierowana (art. 3:106 ust. 2 *PEL Ben. Int.*, art. V – 3:106 ust. 2 DCFR). W opinii twórców projektu DCFR, przyznanie prowadzącemu cudzą sprawę uprawnienia do reprezentacji powoduje jedynie, że konsekwencje ekonomiczne zawieranej umowy odnoszą się bezpośrednio do podmiotu zainteresowanego, natomiast w pozostałych przypadkach ponosi on je pośrednio w ramach relacji prawnej z prowadzącym jego sprawę. Dodatkowo chroniony jest też *negotiorum gestor*, gdyż nie odpowiada samodzielnie za wykonanie obowiązków wobec osoby trzeciej, wynikających z zawartej umowy¹⁰.

W przedstawionych systemach prawnych, a także w ramach regulacji przyjętych w projektach unifikacyjnych, podmiot prowadzący cudzą sprawę bez zlecenia (zakładając, iż działa zgodnie z obowiązkami ustawowymi i w celu przysporzenia korzyści *domini negotii*) zasadniczo nie będzie występował w pozycji pełnomocnika rzekomego. Zbieg obu analizowanych instytucji prawnych wystąpi jedynie w przypadkach, w których *negotiorum gestor* narusza powinności ustawowe, w szczególności działa wbrew wiadomej mu woli osoby zainteresowanej lub *sui luca causa*.

Warto podkreślić, że w ramach przyjętej w polskim systemie prawnym regulacji *negotiorum gestio* (art. 752–757 k.c.) ustawodawca nie przyznał prowadzącemu cudzą sprawę umocowania do działania w imieniu i na rzecz podmiotu zainteresowanego¹¹. Takie rozwiązanie ukształtowało się już w okresie obowiązywania kodeksu zobowiązań¹². Przyjęta wówczas regulacja prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (art. 115–121 k.z.) pozostawała pod silnym wpływem rozwiązań niemieckich i szwajcarskich¹³, w których również *negotiorum gestor* nie uzyskuje z mocy prawa umocowania do

Obligations? – The Draft Common Frame of Reference (DCFR) as a multifunction tool [w:] *Common Frame of Reference...*, jw., s. 47 i n.

¹⁰ *Principles of European Law...*, jw., s. 298.

¹¹ Zob. A. Szpunar [w:] *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 2. *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, s. 694; P. Drapała: *Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2010, s. 265–267.

¹² J. Korzonek, I. Rosenblüth: *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Przepisy wprowadzające. Wyciągi z motywów ustawodawczych. Ustawy dodatkowe*, t. I, Kraków 1936, s. 282.

¹³ Zob. R. Longchamps de Berier: *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu*, t. I. *Art. 1–293*, Warszawa 1936, s. 167–168.

reprezentowania podmiotu zainteresowanego. *De lege lata* brak umocowania prowadzącego cudzą sprawę do działania w imieniu i na rzecz *domini negotii* pozostaje jedną z istotnych różnic konstrukcyjnych wobec umowy zlecenia (art. 734 § 2 k.c.).

Przyjęte w polskim systemie prawnym uregulowanie prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia powoduje powstanie funkcjonalnego powiązania tej instytucji z działaniem pełnomocnika rzekomego. Powiązanie to można opisać z dwóch punktów widzenia. Po pierwsze, każdy podmiot, który prowadzi cudzą sprawę *sine mandatu* w przypadku, gdy jego działanie polega na dokonywaniu czynności prawnej w imieniu i na rzecz podmiotu zainteresowanego bez umocowania – powinien być w relacji zewnętrznej traktowany jako pełnomocnik rzekomy w rozumieniu art. 103–104 k.c. Po drugie, opisując wspomniane powiązanie z innej perspektywy, można stwierdzić, że każdy, kto dokonuje czynności prawnej w imieniu i na rzecz mocodawcy, nie będąc do tego umocowany lub przekraczając zakres umocowania, może być, o ile jego działanie spełnia zarazem ustawowe przesłanki *negotiorum gestio*, traktowany w relacji wewnętrznej jako prowadzący cudzą sprawę bez zlecenia (art. 752–757 k.c.). Wspomniane instytucje prawne pozostają zatem w relacji funkcjonalnej, przy czym zakres ich zastosowania się nie pokrywa.

W polskiej doktrynie odnaleźć można, jak dotąd, nieliczne wypowiedzi dotyczące relacji między działaniem fałszywego pełnomocnika i *negotiorum gestio*. Wskazuje się na generalną możliwość stosowania przepisów o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia w odniesieniu do działań pełnomocnika rzekomego¹⁴. Wyrażany jest pogląd postulujący dokonywanie oceny odpowiedzialności tego podmiotu wobec osoby reprezentowanej na podstawie art. 752 i n. k.c.¹⁵ Formułowane jest również zapatrywanie, zgodnie z którym *negotiorum gestio* konkuruje z innymi reżimami odpowiedzialności fałszywego pełnomocnika wobec mocodawcy¹⁶.

Należy podkreślić, iż brak umocowania do działania w cudzym imieniu nie jest równoznaczny z wystąpieniem przesłanek *negotiorum gestio*. Za prowadzącego cudzą sprawę bez zlecenia należy uznać pełnomocnika rzekomego, który dokonując czynności prawnej, działa ze świadomością i wolą

¹⁴ M. Pazdan, jw., s. 496; K. Kołakowski [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, red. G. Bieniek, Warszawa 2002, s. 352.

¹⁵ S. Rudnicki [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. S. Dmowski, S. Rudnicki, Warszawa 2003, s. 390.

¹⁶ M. Smyk, jw., s. 309.

prowadzenia cudzej sprawy (*animus aliena negotia gerendi*)¹⁷, zmierza do przysporzenia korzyści osobie reprezentowanej oraz dochowuje należytej staranności. Jak się powszechnie przyjmuje, korzyść dla podmiotu zainteresowanego, wynikająca z prowadzenia jego sprawy, może mieć charakter majątkowy lub osobisty¹⁸. Korzyść osobista powstaje wtedy, gdy działania prowadzącego sprawę wywołują korzystny efekt w sferze dóbr osobistych osoby zainteresowanej (zwłaszcza w zakresie ich ochrony), przy czym efekt ten nie jest bezpośrednio wyrażalny w pieniądzu¹⁹. Niekiedy też łączy się pojęcie korzyści osobistej z rozróżnieniem na prowadzenie bez zlecenia cudzych spraw osobistych (dotyczących podmiotu zainteresowanego lub osób jemu bliskich) oraz majątkowych²⁰.

W przypadkach działania rzekomego pełnomocnika jako prowadzącego cudzą sprawę bez zlecenia istotnego znaczenia nabiera powinność dochowania należytej staranności. *De lege lata* dla działania *negotiorum gestora* nie został przewidziany oddzielny miernik staranności. Staranność wymaganą przy prowadzeniu cudzej sprawy należy zatem utożsamiać z miernikiem staranności określonym w art. 355 k.c.²¹ Nie ma większych wątpliwości co do tego, że przepis ten, ze względu na usytuowanie w tytule I księgi III k.c., znajduje zastosowanie także do zobowiązań niemających swego źródła w umowie, a zarazem innych niż deliktowe. W piśmiennictwie podnoszone są natomiast argumenty przeciwko stosowaniu tego przepisu do odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych²². Zasadniczo prowadzący cudzą sprawę jest zobligowany do zachowania staranności ogólnie wymaganej przy czynnościach faktycznych lub prawnych, jakie w interesie osoby zainteresowanej wykonuje. Staranność tego podmiotu należy interpretować, odwołując się do modelu należytej staranności w sto-

¹⁷ Szerzej zob. P. Drapała: *Wola prowadzenia cudzej sprawy jako przesłanka negotiorum gestio*, PiP nr 6/2006, s. 88 i n.

¹⁸ A. Szpunar [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, jw., s. 687.

¹⁹ W. Ludwiczak: *Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia*, Warszawa 1960, s. 45 – autor używa określenia „korzyść moralna”.

²⁰ Zob. L. Domański: *Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia* [w:] *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. 3, red. F. Zoll, J. Wasilkowski, Warszawa 1936, s. 1761; tegoż: *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1936, s. 547.

²¹ Por. L. Stecki [w:] *System...*, t. 2, jw., s. 384.

²² Zob. J. Dąbrowa: *Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 1968, s. 73–74; M. Krajewski: *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, PiP nr 10/1997, s. 33. Odmiennie, za stosowaniem art. 355 k.c. w obszarze wszystkich rodzajów zobowiązań zob. np. M. Sośniak: *Należyta staranność*, Katowice 1980, s. 169; A. Szpunar: *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. XV, s. 54–55.

sunkach zobowiązaniowych wynikających z umów. Przemawia za tym rodowód instytucji *negotiorum gestio*, systematyka k.c., podobieństwa pozycji prawnej prowadzącego cudzą sprawę bez zlecenia i mandatariusza, a także możliwość przekształcenia stosunku wynikającego z prowadzenia cudzej sprawy bez zlecenia w stosunek kontraktowy poprzez czynność potwierdzenia (art. 756 k.c.). Trafnie w doktrynie przy określaniu odpowiedzialności podmiotu prowadzącego sprawę bez zlecenia odwołuje się do art. 471 i n. k.c.²³

W ramach stosunku prawnego prowadzenia cudzej sprawy bez zlecenia treść zobowiązania wyznaczona jest przez regulację normatywną, nie ma zatem tak zindywidualizowanego charakteru determinowanego wolą stron, jak w relacjach wynikających z umów. Sformułowanie przez ustawodawcę podstawowych obowiązków *negotiorum gestora* w sposób abstrakcyjny i niedookreślony (np. działanie zgodnie z korzyścią dla podmiotu zainteresowanego, zgodnie z jego prawdopodobną wolą), a zarazem w sposób jednolity dla wszystkich przypadków prowadzenia cudzej sprawy, rodzi konieczność bardziej zobiektywizowanego postrzegania wymogów staranności. Ponadto w stosunkach umownych obowiązek dochowania należytej staranności nie jest elementem treści zobowiązania, przesądza jedynie o przypisaniu dłużnikowi odpowiedzialności²⁴, podczas gdy w ramach *negotiorum gestio* ustawodawca tego rodzaju obowiązek włącza do treści stosunku prawnego między prowadzącym cudzą sprawę a podmiotem zainteresowanym (art. 752 k.c. *in fine*).

Podkreślenia wymaga zarazem, że ocena działania osoby prowadzącej cudzą sprawę powinna być dokonywana przy uwzględnieniu dalszych kryteriów wykonania zobowiązań, wskazanych w art. 354 § 1 k.c. Działanie to powinno zatem odpowiadać celowi społeczno-gospodarczemu prowadzonej sprawy, co w wielu przypadkach będzie zbieżne z wymogiem postępowania zgodnie z obiektywnie rozumianą korzyścią podmiotu zainteresowanego (art. 752 k.c.). Poza tym *negotiorum gestor* przy prowadzeniu sprawy powinien uwzględniać zwyczaje, o ile mają one charakter utrwalonej i powszechnie aprobowanej praktyki określonego działania w tego rodzaju sprawach. W sytuacji, w której prowadzenie cudzej sprawy następuje

²³ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian: *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 437; M. Nesterowicz [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 2, red. J. Winiarz, Warszawa 1989, s. 694; L. Stecki, jw., s. 395; A. Ohanowicz, J. Górski: *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 393.

²⁴ Zob. T. Pajor: *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 67–68.

w ramach wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, aktualny staje się miernik staranności określony w art. 355 § 2 k.c. Prowadzący cudzą sprawę powinien wówczas działać ze starannością wymaganą od profesjonalisty, wykorzystując swoją wiedzę zawodową i doświadczenie²⁵.

W razie przesądzenia, że w danym stanie faktycznym działanie pełnomocnika rzekomego wypełnia przesłanki prowadzenia cudzej sprawy bez zlecenia wskazane w art. 752 k.c., ocena sytuacji prawnej wymaga uwzględnienia dokonywanego na tle działania w cudzym imieniu podziału na stosunek zewnętrzny i wewnętrzny. Relację wewnętrzną między mocodawcą a rzekomym pełnomocnikiem będzie wówczas stanowił stosunek obligacyjny prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (art. 752–757 k.c.), na podstawie którego określać należy wzajemne roszczenia stron (w tym zwrot wydatków i nakładów) oraz odpowiedzialność odszkodowawczą obu podmiotów. Z kolei skutki działania w imieniu mocodawcy bez umocowania (art. 103 § 3 i 104 k.c.) będą następowały w ramach stosunku zewnętrznego z osobą trzecią. Należy jednocześnie zauważyć, że w analizowanej sytuacji pełnomocnik rzekomy działa nie tylko bez umocowania istniejącego w płaszczyźnie zewnętrznej, ale także *sine mandato* w rozumieniu art. 752 k.c. w relacji wewnętrznej. Ta druga okoliczność stanowi jedną z przesłanek powstania między nim a reprezentowanym stosunku zobowiązaniowego prowadzenia cudzej sprawy bez zlecenia. W nauce prawa cywilnego przeważa stanowisko, zgodnie z którym w przypadku istnienia umocowania do działania w cudzym imieniu oba stosunki pozostają, co do zasady, niezależne, zaś ewentualny wpływ stosunku podstawowego na treść i trwałość pełnomocnictwa wynikać może z przepisu ustawy (art. 101 § 1 k.c.) lub woli mocodawcy²⁶. W razie działania bez umocowania na relację między stosunkiem zewnętrznym i wewnętrznym wpływać może również czynność potwierdzenia dokonywana przez podmiot zainteresowany (art. 756 k.c.).

Przechodząc do analizy relacji wewnętrznej, podkreślić należy, że istotne znaczenie ma ustalenie, czy rzekomy pełnomocnik prowadził sprawę swego mocodawcy zgodnie z ustawowymi obowiązkami ujętymi

²⁵ Por. wyrok SN z 11 VI 1992, III CZP 64/92, OSN nr 12/1992, poz. 225.

²⁶ B. Gawlik [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1. Część ogólna, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1985, s. 756; M. Pazdan [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2002, s. 503; A. Szpunar: *Udzielenie pełnomocnictwa*, „Przegląd Sądowy” nr 9/1993, s. 27–28; J. Kaczor: *Pojęcie czynności prawnej upoważniającej w nauce prawa cywilnego*, Wrocław 2005, s. 104; odmiennie J. Fabian: *Pełnomocnictwo*, Warszawa 1963, s. 40.

w art. 752–755 k.c. (prawidłowe prowadzenie cudzej sprawy bez zlecenia – *berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag*), czy też doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania tych obowiązków (nieprawidłowe prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia – *unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag*)²⁷. Należy przy tym wskazać, że działanie w imieniu *domini negotii* powinno być podejmowane zgodnie z rzeczywistą lub prawdopodobną wolą tego podmiotu. Według brzmienia art. 752 k.c., prowadzący cudzą sprawę powinien działać zgodnie z „prawdopodobną wolą” osoby zainteresowanej. Kodeks cywilny nie statuuje wprost obowiązku prowadzenia sprawy zgodnie z wolą rzeczywistą zainteresowanego. W obecnym stanie prawnym brak jest odpowiednika art. 115 k.z., który odwoływał się do tego kryterium. Należy jednak przychylić się do poglądu, że w przypadkach, w których prowadzącemu cudzą sprawę znana jest rzeczywista wola osoby zainteresowanej, stanowi ona priorytetowy wyznacznik jego działania, a dopiero w pozostałych sytuacjach powinien on odwoływać się do kryterium woli prawdopodobnej²⁸. Za taką interpretacją przemawia przede wszystkim treść art. 754 k.c., z którego wynika nakaz respektowania przez prowadzącego sprawę wiadomej mu woli *domini negotii*, obwarowany sankcją odpowiedzialności odszkodowawczej. Także w art. 753 § 1 k.c. ustawodawca wskazuje na konieczność respektowania rzeczywistej woli osoby zainteresowanej, nakazując, aby gestor, który skutecznie zawiadomił tę osobę o prowadzeniu sprawy i otrzymał od niej polecenia co do dalszego działania w sprawie, do nich się zastosował. Do kryterium prawdopodobnej woli gestor powinien sięgać niezależnie od tego, z jakich przyczyn wola rzeczywista nie jest mu znana (np. gestor nie wie, kto jest osobą zainteresowaną; wie o tym, lecz nie może nawiązać z nią kontaktu; osoba zainteresowana nie podejmuje decyzji co do przebiegu sprawy; osoba ta nie może zakomunikować swojej woli z uwagi na stan fizyczny lub psychiczny). Wola prawdopodobna jest ze swej istoty wyobrażeniem *negotiorum gestora* o tym, jaka byłaby w danej sytuacji decyzja osoby zainteresowanej co do prowadzenia sprawy. Ustalając prawdopodobną wolę osoby zainteresowanej, należy zatem uwzględnić wszystkie jej cechy osobiste, sytuację majątkową, upodobania, preferencje w sprawach życiowych oraz cele, którymi się kieruje²⁹. Im szerszą wiedzę ma prowadzący sprawę o podmiocie zainteresowanym,

²⁷ Co do terminologii zob. W. Ludwiczak, jw., s. 85, zwłaszcza przypis 7; L. Stecki, jw., s. 392; A. Szpunar [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, jw., s. 681.

²⁸ Zob. A. Szpunar [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, jw., s. 688.

²⁹ L. Stecki, jw., s. 383.

w tym większym stopniu elementy subiektywne związane z tym podmiotem powinny odgrywać rolę przy odtwarzaniu jego woli. Z drugiej strony, im wiedza *negotiorum gestora* jest mniejsza, tym bardziej powinien on kierować się kryteriami obiektywnymi (prawdopodobną wolą uczciwie i rozsądnie myślącego uczestnika obrotu prawnego)³⁰.

W sytuacjach, w których pełnomocnik rzekomy występuje jako prowadzący cudzą sprawę bez zlecenia, istotną rolę pełni również obowiązek notyfikacji. W art. 753 § 1 k.c. ustawodawca wskazał, iż *negotiorum gestor* powinien „w miarę możliwości” zawiadomić podmiot zainteresowany o prowadzeniu jego sprawy. Nasuwa się w związku z tym pytanie, w jakiej chwili powinno nastąpić zawiadomienie.

Ze względu na funkcje zawiadomienia należy uznać, że kiedy jest to możliwe, notyfikacja powinna być dokonywana przed podjęciem działania w cudzej sprawie³¹. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w której *negotiorum gestor* zna osobę zainteresowaną i może bez poważniejszych utrudnień oraz bez zagrożenia uszczerbku w interesach tej osoby nawiązać z nią kontakt. Obowiązek zawiadomienia osoby zainteresowanej nie powinien być utożsamiany z powinnością uzyskania jej zgody na prowadzenie sprawy. Na prowadzącym cudzą sprawę nie ciąży bowiem generalny obowiązek uzyskania zezwolenia *domini negotii* na ingerencję w jego sferę prawną. Ustawodawca nie przyjął w k.c. (ani wcześniej w k.z.) restrykcyjnego modelu *negotiorum gestio*, w którym obowiązuje generalny zakaz działania w cudzej sprawie bez zezwolenia osoby zainteresowanej (model taki występuje np. w austriackim systemie prawnym). Przyjęta została natomiast bardziej liberalna konstrukcja prowadzenia cudzej sprawy bez zlecenia (zbliżona do modelu obowiązującego w prawie szwajcarskim i niemieckim), w którym uzyskanie zgody nie jest konieczną przesłanką ingerencji w cudzą sprawę, natomiast gestor przyjmuje na siebie ryzyko, że jego działanie może okazać się niezgodne z rzeczywistą lub prawdopodobną wolą *domini negotii*, względnie nie doprowadzi do przysporzenia mu korzyści, co może uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą prowadzącego sprawę.

Jeśli przed rozpoczęciem prowadzenia cudzej sprawy notyfikacja nie jest możliwa (np. gestor nie zna osoby zainteresowanej, nie można nawiązać z nią kontaktu) lub opóźnienie ingerencji w celu notyfikacji prowadziłyby

³⁰ W piśmiennictwie niemieckim wskazuje się, że w takich przypadkach prawdopodobna wola osoby zainteresowanej „odpowiada jej dobrze rozumianemu interesowi”; zob. R. Wittmann: *Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag*, München 1981, s. 127.

³¹ Szerzej zob. P. Drapała: *Prowadzenie...*, jw., s. 176–177.

do zagrożenia powstania uszczerbku po stronie *domini negotii*, gestor powinien dokonać zawiadomienia niezwłocznie po rozpoczęciu działania. W sytuacjach, gdy gestor nie wie, czyją sprawę prowadzi, notyfikacja powinna nastąpić niezwłocznie po dowiedzeniu się, kto jest osobą zainteresowaną.

W przypadku działania pełnomocnika rzekomego zgodnie z ustawowymi powinnościami dotyczącymi prowadzenia cudzej sprawy bez zlecenia, będą mu przysługiwały wobec mocodawcy (*domini negotii*) roszczenia i uprawnienia wynikające z prawidłowego *negotiorum gestio* (*actio negotiorum gestorum contraria*). Rzekomy pełnomocnik ma prawo żądać zwrotu wydatków i nakładów poniesionych w związku z prowadzeniem sprawy (art. 753 § 2 zd. 2 k.c.), przez co rozumieć należy poczynione dobrowolnie wydatki pieniężne, nakłady rzeczowe, jak również uszczerbki związane ze zużyciem rzeczy wykorzystanych przy prowadzeniu sprawy. Zgodnie z poglądem dominującym w piśmiennictwie, górną granicę dla tego roszczenia stanowi wysokość korzyści uzyskanej w wyniku prowadzenia sprawy przez podmiot zainteresowany³². Nie należy jednak wykluczać sytuacji, w której działanie rzekomego pełnomocnika będzie miało na celu ratowanie dobra majątkowego mocodawcy (art. 757 k.c.), co sprawia, że roszczenie o zwrot uzasadnionych wydatków i nakładów będzie powstawać, chociażby jego działanie nie przyniosło oczekiwanego skutku³³. Mocodawca powinien także zwolnić pełnomocnika rzekomego ze zobowiązań zaciągniętych przy prowadzeniu sprawy. Zwolnienie ze zobowiązań wraz ze zwrotem wydatków i nakładów ma doprowadzić do stanu, w którym *negotiorum gestio* będzie dla prowadzącego sprawę zdarzeniem „majątkowo neutralnym”. Ponadto w przypadkach, gdy pełnomocnik rzekomy prowadzi sprawę w ramach swojej działalności gospodarczej (zawodowej) lub przy wykorzystaniu swoich umiejętności zawodowych, przysługiwać mu będzie wobec mocodawcy roszczenie o stosowne wynagrodzenie³⁴. Należy zwrócić uwagę na wypowiedź A. Szpunara z 1976 r., że teza o całkowicie nieodpłatnym charakterze *negotiorum gestio* „jest anachronizmem w dzi-

³² A. Szpunar [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, jw., s. 690; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, jw., s. 438; A. Ohanowicz, J. Górski, jw., s. 394; M. Nesterowicz, jw., s. 693. Pogląd ten należy zaaprobować, choć z pewnymi zastrzeżeniami – szerzej zob. P. Drapała: *Prowadzenie...*, jw., s. 176–177.

³³ Zob. A. Górski: *Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia w warunkach szczególnego zagrożenia dóbr osoby interesowanej*, NP nr 9/1977, s. 1184 i n.

³⁴ Podobnie traktować należy sytuację, w której sam gestor nie jest profesjonalistą w dziedzinie, jakiej dotyczy *negotiorum gestio*, lecz powierza prowadzenie danej sprawy osobom mającym w tym zakresie profesjonalną wiedzę i umiejętności lub wykonuje ją przy pomocy takich osób (art. 474 k.c.).

siejszych czasach” i należy gestorowi przyznawać wynagrodzenie w razie prowadzenia cudzej sprawy w ramach czynności zawodowych³⁵. Obecnie taki pogląd jest szeroko aprobowany w piśmiennictwie obcym, co znalazło odzwierciedlenie także w projektach unifikacyjnych dotyczących regulacji *negotiorum gestio*³⁶. Przyznaje się prowadzącemu cudzą sprawę roszczenie o wynagrodzenie, jakie w miejscu i w czasie, w jakim sprawa była prowadzona, jest zwykle płacone za wykonane czynności.

W ramach stosunku wewnętrznego może być oceniana także odpowiedzialność odszkodowawcza fałszywego pełnomocnika wobec mocodawcy z tytułu nieprawidłowego prowadzenia cudzej sprawy bez zlecenia. W k.c. przedmiotem regulacji są jedynie dwa podstawowe przypadki nienależytego prowadzenia cudzej sprawy, tj. działanie *negotiorum gestora* wbrew znanej mu woli podmiotu zainteresowanego (art. 754 k.c.) oraz dokonanie zmian w mieniu tego podmiotu bez wyraźnej potrzeby lub korzyści (art. 755 k.c.). Obie sytuacje mogą wystąpić w związku z działaniem w imieniu *domini negotii* bez umocowania. Katalog możliwych przejawów naruszenia powinności odnoszących się do prowadzenia cudzej sprawy jest oczywiście znacznie szerszy. Warto podkreślić, że odpowiedzialność za szkodę powstałą wskutek prowadzenia cudzej sprawy niezgodnie z ustawowymi obowiązkami wykazuje cechy charakterystyczne dla reżimu odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 i n. k.c.)³⁷. Reżim ten obejmuje również przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, którego źródłem nie jest umowa, lecz jednostronna czynność prawna lub inne zdarzenie prawne³⁸. Konsekwencją takiej kwalifikacji systemowej odpowiedzialności *negotiorum gestora*

³⁵ A. Szpunar [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, jw., s. 691; przegląd stanowisk współczesnej doktryny polskiej zob. P. Drapała: *Prowadzenie...*, jw., s. 217 i n.

³⁶ Zob. np. A. Bergmann [w:] *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd.2 (§ 657–704 BGB), Berlin 2006, s. 974; Ch. Wollschläger: *Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Theorie und Rechtsprechung*, Berlin 1976, s. 311; K. Larenz: *Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil*, Bd. II, 1. Halbband, München 1986, s. 448–449; H. Seiler [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 3, München 2003, s. 2815; *Principles of European Law...*, jw., s. 271–275; H. Uderow: *Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland, Frankreich und Niederlanden*, Konstanz 2005, s. 135–136.

³⁷ Zob. A. Szpunar [w:] *System...*, t. 3, cz. 2, jw., s. 689; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, jw., s. 437; M. Nesterowicz, jw., s. 694; L. Stecki, jw., s. 395; A. Ohanowicz, J. Górski, jw., s. 393.

³⁸ Zob. np. T. Pajor: *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 43–44; J. Dąbrowa [w:] *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 1. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 760.

jest odpowiednie ukształtowanie rozkładu ciężaru dowodowego. Zasadniczo na prowadzącym cudzą sprawę spoczywa obowiązek wykazania, że szkoda powstała wskutek nienależytego prowadzenia cudzej sprawy jest wynikiem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Takie rozwiązanie konstrukcyjne w reżimie *ex contractu* uzasadnia się przez odwołanie do faktu, że dłużnik zna dokładne okoliczności wykonania danego zobowiązania i powinien znać również obowiązki, jakie ciążyą na nim wobec wierzyciela³⁹. Jak się wydaje, w ramach relacji *negotiorum gestio* wspomniany rozkład ciężaru dowodu należy stosować z odpowiednią rozważką, uwzględniając okoliczności i charakter prowadzonej sprawy. Zważywszy na normatywne ukształtowanie powinności prowadzącego cudzą sprawę bez zlecenia, wystarczające będzie udowodnienie przez niego prawidłowego wykonania poszczególnych obowiązków lub wykazanie, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego obowiązku wyniknęło z przyczyn od niego niezależnych, w tym zawinionych przez podmiot zainteresowany lub osobę trzecią. Uwolnienie się od odpowiedzialności może wiązać się z wykazaniem, że szkoda u osoby zainteresowanej powstałaby także w przypadku niepodjęcia działania w jej sprawie⁴⁰. Należy zastrzec, że przedstawiony reżim odpowiedzialności w ramach *negotiorum gestio* stanowi jedną z kilku możliwych podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej pełnomocnika rzekomego wobec mocodawcy⁴¹.

W przypadku działania w cudzym imieniu bez umocowania, na relację między stosunkiem zewnętrznym i wewnętrznym może także wpływać potwierdzenie przez podmiot zainteresowany czynności prawnej dokonanej w jego imieniu bez umocowania. Należy podkreślić, że podmiotowi reprezentowanemu przysługują dwa uprawnienia kształtujące. Jest on z jednej strony uprawniony do potwierdzenia (w ramach relacji wewnętrznej) czynności stanowiących prowadzenie jego sprawy bez zlecenia (art. 756 k.c.). W stosunku zewnętrznym reprezentowany może dokonać potwierdzenia zawartej w jego imieniu umowy z osobą trzecią (art. 103 § 1 k.c.). Dokonanie potwierdzenia w relacji wewnętrznej prowadzi do przekształcenia (ze skutkiem wstecznym) stosunku *negotiorum gestio* w stosunek

³⁹ Por. A. Szpunar: *Czynny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. XV, s. 47.

⁴⁰ Zob. J. Schmid: *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Freiburg 1992, s. 154; Ch. Woll-Schläger, jw., s. 61.

⁴¹ Szerzej zob. B. Gawlik [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1. Część ogólna, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1985, s. 767 oraz P. Drapała: *Odpowiedzialność odszkodowawcza pełnomocnika rzekomego*, PPH nr 9/2002, s. 35 i n.

zlecenia lub inny stosunek zobowiązaniowy odpowiadający czynnościom dokonany przez *negotiorum gestora*⁴². Potwierdzenie w relacji zewnętrznej prowadzi do uchylenia stanu bezskuteczności zawieszony umowy zawartej z osobą trzecią i przekształcenia jej w czynność w pełni ważną⁴³.

Jak się wydaje, przy podejmowaniu decyzji o dokonaniu lub odmowie potwierdzenia w obu płaszczyznach, wewnętrznej i zewnętrznej, miarodajne są zbliżone kryteria oceny. Działanie rzekomego pełnomocnika z korzyścią dla reprezentowanego lub zgodnie z jego rzeczywistą lub prawdopodobną wolą przemawia zarówno za potwierdzeniem w ramach stosunku *negotiorum gestio*, jak i za potwierdzeniem skuteczności dokonanej przez niego czynności w stosunku z osobą trzecią. Z uwagi na istniejące tu powiązanie funkcjonalne uznać należy, że w braku odmiennego zastrzeżenia potwierdzenie dokonane w relacji zewnętrznej (art. 103 § 1 k.c.) traktować trzeba jako akceptację czynności gestora w ramach stosunku prowadzenia cudzej sprawy bez zlecenia (art. 756 k.c.). Korelacja ta nie występuje w pełni w odwrotnym kierunku. Nie każde potwierdzenie w stosunku wewnętrznym da się zakwalifikować zarazem jako akceptacja przez reprezentowanego czynności *pro foro externo*. W sytuacjach, gdy dla ważności czynności dokonanej z osobą trzecią wymagana jest forma szczególna, potwierdzenie prowadzące do nadania tej czynności pełnej skuteczności wymaga zachowania takiej samej formy (art. 63 § 2 k.c.). Wymóg ten nie odnosi się do potwierdzenia czynności w ramach prowadzenia cudzej sprawy bez zlecenia. Ponadto, adresatem oświadczenia o potwierdzeniu czynności w stosunku zewnętrznym powinien być podmiot, z którym rzekomy pełnomocnik czynności tej dokonał. Oświadczenie reprezentowanego o potwierdzeniu złożone w relacji wewnętrznej z fałszywym pełnomocnikiem będzie skuteczne w stosunku zewnętrznym dopiero z chwilą, gdy dojdzie do adresata w taki sposób, by mógł zapoznać się z jego treścią.

Należy zauważyć, że za prowadzącego cudzą sprawę bez zlecenia może być uznany nie tylko rzekomy pełnomocnik, ale także podmiot występujący w pozycji „fałszywego organu”⁴⁴. Uwagi dotyczące pełnomocnika rze-

⁴² Por. M. Nesterowicz, jw., s. 696; L. Ogiegło [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2003, s. 580; K. Kołakowski, jw., s. 356; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, jw., s. 438; L. Stecki, jw., s. 393.

⁴³ Por. postanowienie SN z 21 X 2010, IV CSK 120/10, niepubl.; wyrok SN z 28 III 2007, II CSK 530/06, niepubl.

⁴⁴ Szerzej zob. np. M. Borkowski: *Reprezentacja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2009, s. 33 i n.; tegoż: *Konsekwencje prawne działania „fałszywego” organu osoby prawnej*, PPH nr 7/2008, s. 57 i n.; S. Sołtysiński: *Skutki działania piastunów wadliwego składu zarządu lub rady nadzorczej w spółkach kapitałowych oraz spółdzielniach* [w:] *Rozprawy*

komego znajdują odpowiednie zastosowanie względem tego podmiotu, o ile dokonując czynności prawnej bez umocowania, działał on ze świadomością i wolą prowadzenia cudzej sprawy (*animus aliena negotia gerendi*), zmierzał do przysporzenia korzyści osobie prawnej oraz dochował należytej staranności. Ponadto czynności prawne dokonane w imieniu Skarbu Państwa z naruszeniem przepisów o reprezentacji traktuje się jako czynności fałszywego pełnomocnika (art. 17a ust. 2 ustawy z 8 VIII 1996 o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa⁴⁵), a zatem również w tej sytuacji może znaleźć zastosowanie regulacja prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia⁴⁶.

Alleged attorney as the *negotiorum gestor*

Acting in third party's name without authorization or exceeding the scope of authorization and conducting third party affairs without mandate (Articles 752–757 of the Polish Civil Code) are dogmatically and functionally related to each other. The mutual relation between these two legal constructs has not been discussed in literature yet and is rather incidentally mentioned in case law. This article includes an analysis of the aforementioned relation with regard to two separate juridical planes (*forum externum, forum internum*), which the aforementioned legal constructs relate to. In particular, the author discusses the conditions for applying regulations on *negotiorum gestio* to actions of an alleged attorney (*falsus procurator*) and to the issue of liability for damages of such an attorney for conducting third party's affairs incorrectly. The author indicates also the possibility of applying the provisions on conducting third party affairs without mandate to actions of an entity, which, being a member of a legal entity's body, goes beyond the scope of authorization.

prawnicze. Księga pamiątkowa profesora Maksymiliana Pazdana, Kraków 2005, s. 1367 i n.; Z. Kuniewicz: Doniosłość prawna uchwały walnego zgromadzenia spółdzielni, „Głosa” nr 3/2008, s. 67 i n.; A. Opalski: Pojęcie organu osoby prawnej, PiP nr 1/2009, s. 30, 31; T. Szczurowski: Przekroczenie kompetencji przez organ osoby prawnej, „Głosa” nr 3/2008, s. 69 i n.; M. Gutowski: Sankcja wobec czynności prawnej dokonanej przez „fałszywy organ” osoby prawnej, PPH nr 3/2008, s. 46 i n.; zob. też uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów SN z 14 IX 2007, III CZP 31/07, OSNC nr 2/2008, poz. 14.

⁴⁵ Tekst jedn. Dz.U. 2012, poz. 1224.

⁴⁶ Por. M. Dziurda: *Reprezentacja Skarbu Państwa w procesie cywilnym*, Kraków 2005, s. 34–35.

WANDA STOJANOWSKA

Postulat przeniesienia amerykańskiej koncepcji „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców na grunt prawa polskiego¹

Uwagi wstępne

Celem prezentacji w piśmiennictwie prawniczym instytucji prawnych funkcjonujących w innych państwach z reguły jest porównanie ich do odpowiadających im rozwiązań w prawie krajowym, niezależnie od walorów poznawczych takiego studium. Jeżeli prawo krajowe jest niedoskonałe, poszukuje się sposobu do jego zmiany. Każda zmiana stanowi ryzyko pogorszenia sytuacji lub co najmniej brak pożądanego rezultatu, tj. wyraźnej jej poprawy. Idealem byłoby, aby każda zmiana przepisów prawnych była poprzedzona badaniami naukowymi lub chociażby rozeznaniem co do skuteczności planowanej nowelizacji prawa. Można też skorzystać z rozwiązań legislacyjnych przyjętych w systemie prawnym innego kraju i doświadczeń w stosowaniu ich w praktyce. Transfer takiego rozwiązania nie może odbywać się automatycznie, bez poprzedzenia go dyskusją i w razie możliwości eksperymentalną próbą wprowadzenia go w życie. W tym przypadku chodzi o stosowaną od dawna w USA koncepcję tzw. „planu wychowawczego rodziców”, regulującego sposób sprawowania władzy rodzicielskiej przez rodziców po ich rozwodzie.

Należałoby przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie, czy polskie prawo rozwodowe zawiera optymalne rozwiązanie problemu dobra dziecka rozwodzących się rodziców, którzy mają sprawować nad nim władzę rodzicielską po rozwodzie.

¹ „Zeszyty Prawnicze” 2007, nr 7.2/2007, s. 7–44.

Dotychczasowe rozważania na temat przewidzianych w art. 58 § 1 k.r.o. możliwości rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej rozwiedzionych rodziców – tj. pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom oraz powierzenie władzy rodzicielskiej jednemu z nich z ograniczeniem władzy drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka – utwierdzają w przekonaniu, że tego rodzaju rozwiązanie legislacyjne nie zapewnia dziecku pełnej ochrony jego dobra, a w szczególności poczucia bezpieczeństwa co do zakresu sprawowania władzy rodzicielskiej po rozwodzie, jak również sposobu rozwiązywania konfliktu między rodzicami na tym tle. W pierwszym przypadku sąd – pozostawiając rodzicom pełną władzę rodzicielską – nie czyni w wyroku żadnych ustaleń poza miejscem pobytu dziecka, a w razie ograniczenia władzy rodzicielskiej ustalenia dotyczące obowiązków i uprawnień rodziców wobec dziecka są zwykle ogólnikowe i nieprecyzyjne, co powoduje, że wkrótce po prawomocnie orzeczonym rozwodzie wpływa do sądu rodzinnego kolejna sprawa o zmianę wyroku orzekającego rozwód w części dotyczącej władzy rodzicielskiej. Zmieniona wersja orzeczenia sądu w omawianym zakresie nie zawsze likwiduje problem ostatecznie.

Z tego wynika, że istnieje pilna potrzeba zastanowienia się nad innym rozwiązaniem, polegającym na doprecyzowaniu obowiązków i uprawnień obojga rodziców wobec dziecka, niezależnie od tego, które z nich sprawuje bezpośrednią pieczę. Takim rozwiązaniem mógłby stać się wspomniany „plan wychowawczy” rodziców, stosowany w USA i z tych względów będzie on w niniejszym opracowaniu szczegółowo przedstawiony². Jedynym źródłem informacji w piśmiennictwie prawniczym w języku polskim na temat funkcjonowania tej instytucji w praktyce amerykańskich sądów jest fragment monografii T. Sokołowskiego³. Autor nie tylko opisuje dokładnie

² Podstawą sporządzenia omawianego „planu wychowawczego rodziców” (określonego w dalszych rozważaniach jako „plan wychowawczy”) jest wypełnienie specjalnie do tego celu przeznaczonego kwestionariusza. Aby sprawdzić, czy omawiany „plan wychowawczy” nadal jest w takiej samej postaci stosowany w praktyce amerykańskich sądów wykorzystano oryginalny druk wspomnianego „kwestionariusza planu wychowawczego” (tymczasowego i ostatecznego) aktualnie stosowanego w sądach stanu Waszyngton, sprowadzonego z USA na potrzeby niniejszej publikacji. Będzie on w trakcie cytowania w dalszych rozważaniach określany jako „kwestionariusz planu wychowawczego”. Stanowi on wzorzec „planu wychowawczego” zawierający wszystkie zagadnienia, które przewiduje obowiązujące prawo w tym stanie.

³ Por. T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, Poznań 1996, s. 73 i n. Byłam recenzentką wydawniczą wymienionej wyżej monografii i w recenzji zachęciłam autora, aby szerzej opisał – wspomnianą przez niego lakonicznie – instytucję „planu wychowaw-

istotę, strukturę i treść stosowanego w USA „planu wychowawczego”, ale przedstawia, w jaki sposób można by go „wkomponować” w kontekst obowiązujących przepisów k.r.o., regulujących sposób rozstrzygnięcia sądu w zakresie sprawowania władzy rodzicielskiej przez rozwodzących się rodziców. Propozycje *de lege lata* i *de lege ferenda* wspomnianego autora będą przedmiotem dalszych rozważań, jako materiał do dyskusji i podstawa do ostatecznych wniosków tu zgłoszonych, zwłaszcza legislacyjnych. Jest to kolejne moje poparcie dla skorzystania z tego rodzaju rozwiązania legislacyjnego z powodzeniem funkcjonującego w USA, które może stać się jedynym, bezkonkurencyjnym środkiem zabezpieczenia interesów dziecka rozwodzących się rodziców w Polsce⁴.

Na uzasadnienie powyższego stwierdzenia warto rozważyć obecnie istniejące środki prawne przewidziane w Polsce w obowiązujących przepisach, mające na celu ochronę dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami. Należą do nich:

- art. 97 § 2 k.r.o., przewidujący możliwość rozstrzygnięcia przez sąd o istotnych sprawach dziecka w razie konfliktu między jego rodzicami;
- art. 56 § 2 k.r.o., kreujący dobro dziecka jako negatywną przesłankę rozwodową;
- art. 58 § 1 k.r.o., regulujący sposób rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi rozwodzących się rodziców w wyroku rozwodowym;
- art. 106 k.r.o., przewidujący – w razie zmiany okoliczności – zmianę orzeczenia o władzy rodzicielskiej zawartego w wyroku rozwodowym, jeżeli wymaga tego dobro dziecka;
- art. 107 k.r.o. regulujący sposób rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej rodziców nie pozostających ze sobą w związku małżeńskim;

czego rodziców”. Proponowałam przeniesienie jej na grunt polskiego prawa i praktyki sądowej, a w niniejszym opracowaniu czynię to kolejny raz. W 2001 r. wystąpiłam z wnioskiem do KBN o przyznanie grantu na badania mające na celu wskazanie konieczności, skuteczności i sposobu zastosowania w polskiej praktyce sądowej „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców, w celu ochrony dobra ich dzieci. Niestety wniosek ten nie został uwzględniony. Jednakże potrzeba realizacji takich badań nadal istnieje, co wynika z rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu.

⁴ Por. czynione przeze mnie wzmianki na temat omawianego „planu wychowawczego”, W. Stojanowska, *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, Warszawa 1997, s. 106–107; tejsze, *Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 2000, s. 200–202.

- art. 109 i 111 k.r.o., dające sądowi możliwość ograniczenia lub pozbawienia władzy rodzicielskiej tego z rodziców, który wciąga dzieci do konfliktu, naruszając tym samym ich dobro;
- art. 184 KK, stwarzający możliwość ukarania tego z rodziców, który wciągając dzieci do konfliktu ze współmałżonkiem, znęca się nad nim psychicznie lub fizycznie.

Nie zapewniają one dziecku pełnego zabezpieczenia przed skutkami konfliktu między jego rodzicami. Bardziej skutecznymi środkami – jak wskazują wyniki badań – okazały się środki pozaprawne, a w szczególności przekonywanie rodziców o zgubnym oddziaływaniu toczącego się między nimi konfliktu i nakłanianie ich, aby starali się ochraniać dziecko w maksymalny sposób przed jego skutkami, przy czym zadanie to może wykonać najlepiej psycholog lub pedagog. Wywiady przeprowadzone z nauczycielami wykazały ogromne możliwości skutecznej pomocy dziecku przez nauczyciela, który może oddziaływać na takich rodziców, których konflikt i negatywne jego skutki dla dziecka nie mają szans ujawnienia się w inny sposób⁵.

Moje poglądy na temat stosowania środków ochrony dobra dziecka w zakresie zapobiegania lub ratowania go przed skutkami konfliktu między jego rodzicami uległy pewnej zmianie w stosunku do tych, które wyraziłam wcześniej⁶. Na tę zmianę wpłynęły przede wszystkim wyniki kolejnych badań⁷ oraz brak jakichkolwiek reakcji na propozycje stworzenia warunków do stosowania preferowanych przeze mnie środków pozaprawnych (np. stworzenie sieci poradni rodzinnych w całym kraju, rozbudowa rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych, stanowiących organ pomocniczy sądu rodzinnego) i utrata nadziei na ich realizację w najbliższej przyszłości. Wyraźnie podkreślam, że nadal uważam te pozaprawne środki ochrony dobra dziecka za optymalne i dające najlepsze skutki. Ze względu jednak na nikłe szanse wprowadzenia ich w życie, przynajmniej do czasu nadejścia w Polsce dobrego klimatu dla rozwoju i realizacji idei zmierzających do ratowania rozpadających się rodzin, należy podjąć kolejną próbę ratowania dzieci, chroniąc je przed skutkami konfliktu między ich rodzicami⁸,

⁵ Por. W. Stojanowska, *Ochrona dziecka przed ujemnymi skutkami konfliktu między jego rodzicami*, [w:] *Rodzina w świetle prawa i polityki społecznej*, red. T. Smoczyński, Poznań 1990, s. 97 i n.; tejsze, *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami*.

⁶ W. Stojanowska, *Ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami*.

⁷ Por. W. Stojanowska, *Władza rodzicielska*, s. 196 i n.

⁸ W. Stojanowska, *Władza rodzicielska*, s. 196 i n.

przy zastosowaniu środków prawnych. Taką formą próby jest ekspozycja wzoru do naśladowania w postaci omawianego tu „planu wychowawczego”.

Nie można też liczyć na rewelacyjne efekty wprowadzenia do polskiego systemu prawnego nowej instytucji mediacji, stosowanej fakultatywnie, przy jednoczesnej likwidacji posiedzeń pojednawczych w procesie o rozwód⁹.

Warto zaznaczyć, iż zasada nr 6 – zawarta w załączniku do Rekomendacji Nr R (84)4 w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej z 28 II 1984 r., przyjętej przez komitet Ministrów Rady Europy stanowi, że w przypadku rozwiązania małżeństwa właściwy organ orzeka o odpowiedzialności rodzicielskiej, podejmując wszelkie stosowne środki. Ustala np. podział odpowiedzialności rodzicielskiej, albo za ich zgodą orzeka o jej wspólnym wykonywaniu. Takie orzeczenie powinno uwzględniać porozumienie zawarte pomiędzy rodzicami, jeśli nie pozostaje ono w sprzeczności z dobrem dziecka¹⁰.

Z tego wynika, że ten międzynarodowy akt prawny zawiera zalecenie doprowadzenia do tego, aby rodzice zawierali pomiędzy sobą porozumienie, któremu odpowiada omawiany „plan wychowawczy”.

„Plan wychowawczy” rozwodzących się rodziców w prawie amerykańskim na przykładzie jego stosowania w stanie Waszyngton

W literaturze amerykańskiej podkreśla się konieczność udziału obojga rodziców w sprawowaniu władzy rodzicielskiej (*joint custody*) i ich współpracy w tym zakresie¹¹. Nie pozostawia się ich jednak samym sobie, jak to uczynił polski ustawodawca, wprowadzając instytucję pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom.

Ustawodawca amerykański stworzył warunki, aby tę ideę wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej przez oboje rodziców realizować, wprowadzając instytucję „planu wychowawczego rodziców” (*parenting plan*), który jest uregulowany za pomocą obszernie i szczegółowo sformułowanych

⁹ Por. W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja w procesie o rozwód według znowelizowanego kodeksu postępowania cywilnego*, «Zeszyty Prawnicze [UKSW]» 6.2 (2006), s. 33 i n.

¹⁰ Por. W. Stojanowska, *Komentarz do rekomendacji Nr (84)4 w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej*, [w:] *Standardy prawne Rady Europy*, red. M. Safjan, Warszawa 1994, s. 213. Może to być np. porozumienie co do miejsca zamieszkania dziecka z jednym z rodziców, przy równoczesnym ustaleniu prawa do bezpośrednich kontaktów drugiego z rodziców i obowiązku łożenia na utrzymanie (tamże).

¹¹ Por. A. Szlęzak, *Reforma prawa rozwodowego w USA*, «NP» 54.10–11 (1988), s. 95.

przepisów. Przygotowanie takiego planu wychowawczego jest w niektórych stanach obowiązkowe, a w innych zalecane¹².

Wspomniana *joint custody* lub *shared parenting*, czyli władza rodzicielska w USA wspólnie wykonywana przez rodziców, zawiera dwa standardowe składniki: *joint legal* i *joint physical custody*, tj. czynności dokonywane w sferze interesu dziecka, czyli piecza nad majątkiem dziecka i jego reprezentacja oraz piecza nad osobą dziecka¹³.

Podstawą prawną „planu wychowawczego” w stanie Waszyngton jest The Washington State Parenting Act (cyt. dalej jako „Wa Par. Act.”)¹⁴. Przepisy tego aktu prawnego wprowadzają obowiązek przedłożenia planu wychowawczego przez oboje rodziców, a ponadto wskazują szczegółowo elementy, które ten plan musi zawierać. Ponadto uwzględniają tendencję do rozszerzania ingerencji sądu w wykonywanie władzy rodzicielskiej w przypadku wyraźnie określonych wadliwych zachowań rodziców względem dziecka lub byłego małżonka oraz określają pewne preferencje wskazujące, który z rodziców powinien być uznany za sprawującego w pierwszym rzędzie pieczę nad dzieckiem¹⁵.

Regulacja waszyngtońska, dotycząca planu wychowawczego, obejmuje cztery grupy przepisów ujęte w paragrafy. Pierwszy paragraf zawiera definicje ustawowe, drugi wskazuje treść planu, trzeci wprowadza kryteria jego ustanowienia, czwarty wreszcie wskazuje przesłanki ograniczenia zastosowania planu wychowawczego w przypadku wadliwych zachowań rodziców¹⁶.

Trudno powstrzymać się od wyrażenia refleksji porównawczej do polskiej instytucji prawnej pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej, która funkcjonuje w praktyce bez wskazania w k.r.o. jakichkolwiek kryteriów podjęcia przez sąd takiej decyzji, bez określenia obowiązków i uprawnień obojga rodziców wobec dziecka i bez jakiegokolwiek kontroli sądu, a co za tym idzie z wyłączeniem ingerencji sądu w razie zagrożenia dobra dziecka ze strony rodziców.

¹² Por. D. Sitarz, *Divorce and Dissolution of Marriage Laws of the United States*, Carbondale 1990, [cyt. za] T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, op. cit., s. 75.

¹³ Por. T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, op. cit., s. 74.

¹⁴ 1987 Washington Laws 2015-42 (Wash. Rev. Code § 26.09.002–004, 040–050, 070, 110, 160, 181–260, 280–285, 907–913 – 1989); Revised Code Washington § 26.09.004 i n. (Washington State Parenting Act), Mathew Bender & Co., Lexis Publishing 2006.

¹⁵ T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, op. cit., s. 76.

¹⁶ Ibidem, s. 76.

Ta refleksja zachęca do poznania szczegółów dotyczących omawianego planu wychowawczego i przygotowania się do rozważań, w jaki sposób można by przenieść tę instytucję na grunt polskiego systemu prawnego.

W części Wa Par. Act dotyczącej definicji ustawowych przewidziany jest „okresowy plan wychowawczy” (*Temporary parenting plan*) wydany w trybie zarządzenia tymczasowego sądu, przewidujący sposób wychowywania dziecka w czasie trwania postępowania o rozwód, unieważnienie małżeństwa lub o separację, oraz „plan stały” (*Permanent parenting plan*), który jest zawarty w końcowym orzeczeniu sądu ze wskazaniem poszczególnych funkcji rodzicielskich. Przepisy określają definicje funkcji rodzicielskich, a następnie wskazują 6 takich funkcji¹⁷.

Kolejny paragraf obejmuje: 1) cel planu, 2) jego treść, 3) sposoby rozstrzygania sporów między rodzicami, 4) prawo decyzji, 5) miejsce pobytu dziecka, 6) integralność obowiązków rodzicielskich. Celami planu są: zabezpieczenie troski o osobę dziecka, zwłaszcza o jego uczucia i wzrastające z wiekiem jego potrzeby; określenie praw i obowiązków rodziców; zabezpieczenie dziecka przed szkodliwymi zachowaniami rodziców; zachęcenie rodziców do rozstrzygania spraw dziecka, korzystając z postanowień zawartych w planie wychowawczym dla uniknięcia sporów sądowych oraz generalnie ochrona dobra dziecka¹⁸.

Odnosnie do treści planu zaznaczyć należy, że powinien on zawierać uregulowania dotyczące: miejsca pobytu dziecka, przyznania prawa decyzji oraz sposobu rozstrzygania przyszłych sporów. Przy rozstrzyganiu sporów zalecana jest mediacja, doradztwo lub inne polubowne postępowanie z udziałem specjalistów, fachowych agencji lub sądu. Rodzice mają obowiązek uczestniczenia w postępowaniu mediacyjnym określonym w planie pod groźbą kary pieniężnej. Otrzymują oni w formie pisemnej, wypracowane w tym postępowaniu ustalenia, od których przysługuje im odwołanie do sądu¹⁹. Prawo decyzji musi być określone w planie wychowawczym, w odniesieniu do jednego lub obojga rodziców w zakresie: wykształcenia dziecka, opieki zdrowotnej i wychowania religijnego oraz innych spraw z inicjatywy rodziców, przy czym w sytuacjach nagłych, w razie grożącego niebezpieczeństwa, każde z rodziców ma prawo do podjęcia stosownej decyzji. Podejmowanie decyzji zależy od tego, u którego z rodziców dziecko aktualnie przebywa, a spór między rodzicami jest rozstrzygany w postę-

¹⁷ Por. szerzej na ten temat T. Sokołowski, *Prawne skutki rozvodu*, s. 76.

¹⁸ T. Sokołowski, *Prawne skutki rozvodu*, s. 76.

¹⁹ *Ibidem*, s. 77–78.

powaniu mediacyjnym. Decyzje w sprawach dziecka mogą być podejmowane: a) tylko przez jedno z rodziców lub, b) przez oboje rodziców w wyniku wspólnego rozstrzygnięcia. Wspólne podejmowanie decyzji będzie ustanowione w planie wychowawczym wówczas, gdy rodzice przejawiają chęć i zdolność do współpracy we wszystkich zakresach przewidzianych w przepisach dotyczących planu, a ich miejsce zamieszkania znajduje się w odległości umożliwiającej ich regularne kontaktowanie się ze sobą²⁰.

W planie wychowawczym jest określone miejsce pobytu każdego wspólnego dziecka ze wskazaniem, w które dni w roku dziecko przebywa u określonego rodzica, uwzględniając wszystkie święta, imieniny członków rodziny, wakacje i inne okazje ważne dla dziecka i rodziny²¹.

„Plan wychowawczy” sporządzany według wzoru w postaci specjalnie do tego celu opracowanego „Kwestionariusza”, którego rubryki odpowiadają wymaganiom przewidzianym w omawianych przepisach zawartych w Wa Par. Act jest niezwykle szczegółowy²². Tego rodzaju szczegółowość zapobiega powstawaniu wątpliwości w trakcie sprawowania władzy rodzi-

²⁰ Ibidem, s. 78.

²¹ Ibidem.

²² We wspomnianym wcześniej „Kwestionariuszu” (wykorzystywanym aktualnie przez sądy w stanie Waszyngton) w dziale III, zatytułowanym „Plan miejsca pobytu”, są bardzo szczegółowo ujęte rubryki (np. pkt 3.1 „Dziecko/dzieci w wieku przedszkolnym, pkt 3.2 dotyczy dzieci w wieku szkolnym, z dokładnym określeniem dnia i godziny oraz tygodnia, np. każdego, co drugi tydzień). W pkt 3.9 „Kwestionariusza” pod tytułem „Priorytety w realizacji miejsca pobytu dziecka/ci” jest rubryka o treści następującej: „Wakacje rodzica mają pierwszeństwo nad dniami wolnymi od pracy (święta i inne uroczystości). Dni wolne od pracy mają pierwszeństwo nad innymi wyjątkowymi okolicznościami (np. urodzinami)...”. Stopień szczegółowości przedmiotowego kwestionariusza jest niewyobrażalnie zadziwiający (np. w pkt 3.3. zatytułowanym „ferie zimowe” określa się dokładnie, z którym z rodziców będą dzieci przebywały podczas ferii zimowych z zaznaczeniem „z wyjątkiem czasu, który będą przebywać z drugim rodzicem w następujące dni:...” i tu jest miejsce na wskazanie tych dni). Jest więc możliwość pobytu dziecka w czasie ferii zimowych z obojgiem rodziców w określone dni. Podobnie jest przewidziany pobyt dzieci z rodzicami podczas „przerwy wiosennej” (pkt 3.4), „wakacji letnich (pkt 3.5). W pkt 3.6, zatytułowanym „Wakacje z rodzicami” jest rubryka do wypełnienia, sformułowana w ten sposób: „Plan na wakacje z rodzicami jest następujący:...” i tu jest miejsce na dokładne określenie, w jaki sposób dziecko będzie spędzało czas, który jest przeznaczony na pobyt u matki lub u ojca. Warto dodać, że taka szczegółowość powinna wykluczać niepokój tego z rodziców, który zgodził się na pobyt dziecka z drugim, gdyż wie, gdzie jest w tym czasie dziecko i co robi. Ten niepokój często jest przyczyną braku zgody matki, aby dziecko spędzało czas z ojcem, co zdarza się w toku postępowania przed polskimi sądami. Na temat „planu wychowawczego” i obowiązku stosowania oficjalnych formularzy („Kwestionariusz” wyżej opisywany) por. §§ 26.09.181; 26.09.006; 26.18.220 Washington

cielskiej i powstawaniu konfliktów między rodzicami oraz konieczności ich rozwiązywania. Zapobiega więc powstawaniu sytuacji konfliktowych.

Warto w tym miejscu zamieścić refleksję porównawczą, nawiązując do praktyki stosowanej przez polskie sądy.

Wynik porównania jest szokujący. Podczas gdy polski sąd rozwodowy pozostawia pełną władzę rodzicielską obojgu rozwiedzionym rodzicom mimo braku przesłanek takiej decyzji, nie prowadzi postępowania dowodowego na tę okoliczność (co wynika z prezentowanych uprzednio badań), lub ograniczając władzę rodzicielską jednemu z rodziców, nie ustala, na czym to ograniczenie ma polegać, sądy w USA rozważają każdy szczegół, dotyczący sprawowania władzy rodzicielskiej przez rozwodzących się rodziców, znajdujący swoje miejsce w planie wychowawczym. Pytanie, w którym kraju (w Polsce czy w USA) dobro dziecka jest bardziej chronione wydaje się bezprzedmiotowe²³.

Zminimalizowanie wpływu procesu rozpadu rodziny na psychikę dziecka było celem twórców ustawy waszyngtońskiej. Zmobilizowanie rodziców do opracowania „planu wychowawczego” uznano za konieczne ze względu na potrzeby dziecka w trosce o jego dobro. Rodzice pozytywnie nastawieni do współpracy, troszczący się o dziecko – okazujący mu miłość w tak trudnym dla niego okresie – mają duże szanse uniknięcia wpływu negatywnych skutków rozvodu na emocjonalny rozwój dziecka. Mogą zaoszczędzić mu poczucia winy za rozstanie się rodziców²⁴.

Ustawa waszyngtońska ma zastosowanie zarówno wobec małżonków będących w trakcie lub po zakończeniu postępowania rozwodowego, postępowania o separację lub o unieważnienie małżeństwa, jak i wobec rodziców, którzy małżeństwem nigdy nie byli. Należy uwzględnić tendencję do rozszerzania ingerencji przez sąd w wykonywanie władzy rodzicielskiej

State Parenting Act (stan prawny na dzień 21 marca 2006 r.), Revised Code Washington (ARCW), Mathew Bender & Company Inc., 2006.

²³ Zamieszczenie w niniejszej publikacji szczegółowej analizy „planu wychowawczego” z ilustracją w postaci omówienia „Kwestionariusza” było zamierzone przede mną między innymi w celu przekonania tych, którzy mogliby tkwić w przekonaniu, że przepisy k.r.o., regulujące sposób rozstrzygnięcia sądu dotyczący sprawowania władzy rodzicielskiej przez rozwiedzionych rodziców, nie wymagają nowelizacji; Revised Code Washington § 26.09.006 formułuje obowiązek stosowania oficjalnego formularza planu. Formularz stanowi załącznik do aktu wykonawczego ustawy waszyngtońskiej (Washington Practice Series § 21.31) – akt wykonawczy do Tytułu 26 tejże ustawy.

²⁴ Por. T.O. Haas, *Child Custody Determinations in Michigan: Not in the Best Interest of Children or Parents*, University of Detroit Mercy Law Review & Sons Inc., New York 1991, s. 680.

w przypadku wadliwych zachowań rodzica względem dziecka lub drugiego rodzica²⁵.

Kontynuując rozważania na temat „planu wychowawczego”, warto jeszcze wskazać na ograniczenia, jakim podlega ten plan. Podstawą tych ograniczeń są wadliwe zachowania rodziców. Sąd powinien aktywnie włączać się w kształtowanie ustaleń objętych planem wychowawczym dopiero wtedy, gdy zagrożone jest dobro dziecka. Wadliwe zachowania rodziców stwarzają takie właśnie zagrożenie. W przepisach Wa Par. Act podano katalog takich zachowań rodziców²⁶, stanowiących podstawę do zawarcia w orzeczeniu sądu odpowiednich ograniczeń. Polegają one na wykluczeniu możliwości wspólnego podejmowania decyzji i rozpatrywania spraw dziecka oraz na ograniczeniu, a nawet zakazie kontaktu z dzieckiem. Te wspomniane, wadliwe zachowania rodziców przejawiają się w postaci: umyślnego, długotrwałego zaniedbywania funkcji rodzicielskich; znęcania się fizycznego nad dzieckiem; seksualnego wykorzystywania lub rażącego naruszenia jego sfery psychicznej; fizycznego znęcania się nad rodziną²⁷.

Sąd może zmienić postanowienia zawarte w planie wychowawczym w okresie porozwodowym, jeżeli współdziałanie z rodzicami wywołuje negatywne skutki naruszające dobro dziecka, pod warunkiem wystąpienia któregoś z czynników zawartych w katalogu znajdującym się w Wa Par. Act. Chodzi zwłaszcza o następujące okoliczności: zaniedbywanie funkcji rodzicielskich lub ich niewykonywanie w znacznym stopniu; utrudnienie w wykonywaniu funkcji rodzicielskich z powodu długotrwałej choroby albo niedyspozycji spowodowanej używaniem alkoholu lub narkotyków; brak lub istotne osłabienie emocjonalnych związków z dzieckiem; szkodliwa dla dziecka eskalacja konfliktu pomiędzy rodzicami; nieuzasadnione uniemożliwianie drugiemu z rodziców utrzymywania kontaktu z dzieckiem; inna okoliczność – zdaniem sądu – zagrażająca bezpośrednio dobru dziecka²⁸. Polskim sądom nie przeszkadza ta okoliczność, skoro – mimo nawet ostrego

²⁵ Washington State Bar Association (WSBA): Divorce and Parenting, Informator dotyczący instytucji planu wychowawczego sporządzony na podstawie ustawy Washington State Parenting Act z 1987 roku. Informator jest dostępny na oficjalnej stronie internetowej Rady Adwokackiej stanu Washington (www.wsba.org).

²⁶ Ten katalog jest zawarty w omawianym „Kwestionariuszu”, co obliguje rodziców i sąd w każdej sprawie do przeanalizowania tych sytuacji w celu, albo wykluczenia takiej ewentualności, albo uwzględnienia tej przeszkody, powodującej ograniczenie zakresu planu wychowawczego (źródło: tłumaczenie własne druku „Kwestionariusza”).

²⁷ Por. T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, s. 79.

²⁸ Ibidem, s. 80.

konfliktu pomiędzy rodzicami – pozostawiają pełną władzę rodzicielską obojgu rozwiedzionym rodzicom. „Plan wychowawczy” zapobiegłby takim szkodliwym rozstrzygnięciom.

Według przepisów Wa Par. Act „plan wychowawczy” ma spełniać w szczególności cztery funkcje: a) funkcję ułatwiającą rodzicom uregulowanie sytuacji po rozwodzie; b) funkcję normatywną; c) funkcję edukacyjną; d) funkcję prewencyjną²⁹.

Pierwsza z wyżej wymienionych funkcji polega na tym, że plan wychowawczy powinien zachęcić i zainspirować rozwodzących się rodziców do rozważenia różnych możliwych sposobów dalszego uregulowania procesu wychowywania dziecka oraz zakresu swoich praw i obowiązków wobec niego, wychodząc z założenia, że rodzice są zdolni do takiego zindywidualizowanego planowania omawianych spraw, zamiast realizowania zwięzłych i dość niejasnych formuł stosowanych dotąd w wyrokach rozwodowych. Druga funkcja normatywna zakłada stworzenie ram, umożliwiających rodzicom współdziałać w wykonywaniu pieczy nad dzieckiem, a w przypadku zdecydowanego sprzeciwu jednego z nich lub obojga, pozostaje tylko możliwość jednoosobowego podejmowania określonych decyzji dotyczących dziecka. Dotyczy to np. ram czasowych pobytu dziecka u każdego z nich, przy czym rodzice nie są związani żadnymi wstępnymi limitami, ale sąd ma obowiązek zbadać, czy postanowienia z inicjatywy rodziców są zgodne z dobrem dziecka. Sąd ma kompetencję do zmiany planu wychowawczego w sposób odbiegający od woli rodziców³⁰.

Ważna jest również funkcja edukacyjna, pedagogizująca rodziców, w zakresie ich obowiązków i potrzeb dziecka już podczas przygotowywania planu wychowawczego³¹.

Funkcja prewencyjna ma przeciwdziałać konfliktom i to zarówno w trakcie procesu rozwodowego, jak i po jego orzeczeniu. Ma zapobiegać wciąganiu dziecka do konfliktu jego rozwodzących się rodziców. Istotna jest analiza potencjalnych obszarów konfliktu w toku przygotowywania planu i ustalenie sposobu przyszłego rozwiązywania problemów związanych z kolizją interesów – która może pojawić się w przyszłości – wypracowanego przez samych rodziców i ich adwokatów, a nie – jak dotychczas – przez sąd. W takim ujęciu plan wychowawczy wykazuje także cechy umowy, której

²⁹ Por. J.W. Ellis, *Plans, Protections, and Professional Intervention, Innovations in Divorce Custody Reform and the Role of Legal Professionals*, [cyt. za] T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, s. 82.

³⁰ Por. T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, s. 80.

³¹ T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, s. 81.

treść rozwiedzeni rodzice dziecka mogą modyfikować w drodze porozumienia, ale z uwagi na opiekuńczy charakter materii podlegającej kompetencji sądu, zmiany orzeczeń zawierających plan wychowawczy rodziców może dokonać sąd³². Mimo cech umowy, plan wychowawczy staje się integralną częścią orzeczenia sądu, co w sposób oczywisty wynika z omawianego tu druku „Kwestionariusza” tego planu³³.

„Plan wychowawczy” rozwodzących się rodziców w USA na przykładzie jego stosowania w stanie Michigan

Ustawodawstwo stanu Michigan w zakresie prawa rodzinnego zakłada, iż w przypadku rozwodu bądź separacji standard dobra dziecka jest realizowany najpełniej dzięki zachowaniu więzi łączącej dziecko z każdym z rodziców³⁴. Aby – nie tylko nie dopuścić do jej zerwania – ale umacniać ją po rozwodzie rodziców, stosuje się koncepcję *parenting time plan*, która jest odpowiednikiem planów wychowawczych w innych stanach. Poza kontynuacją i umacnianiem więzi, koncepcja ta utrwała w rodzicach poczucie odpowiedzialności za dziecko i zachęca, a nawet zmusza ich do współpracy.

Kryterium dobra dziecka w rozstrzygnięciu przez sąd władzy rodzicielskiej, został wprowadzony Ustawą o władzy rodzicielskiej z 1970 roku (Child Custody Act)³⁵. Sąd orzeka o władzy, analizując kilkanaście czynników, określających standard dobra dziecka³⁶. Wzrost popularności koncepcji wspólnej władzy rodzicielskiej (*joint custody*) przyczynił się do nowelizacji Child Custody Act w 1980 roku, która wprowadziła to rozwiązanie obok istniejącej, wyłącznej władzy rodzicielskiej (*sole custody*)³⁷. Kolejna,

³² Ibidem, s. 81–82.

³³ Na temat „planu wychowawczego rodziców” w innych stanach niż Waszyngton oraz mediacji, poprzedzającej sporządzenie takiego planu por. T.O. Haas, *Child Custody Determinations in Michigan: Not in the Best Interest of Children or Parents*, «University of Detroit Mercy Law Review» 81 (2004), s. 347 i n.

³⁴ Obowiązująca w stanie Michigan ustawa o władzy rodzicielskiej (Child Custody Act) z 1970 roku stwierdza: „... należy zapewnić dziecku kontynuację kontaktu z rodzicami ze względu na jego dobro...” – Michigan Compiled Law Service § 722.24; Mathew Bender & Co., Lexis Publishing 2006.

³⁵ Michigan Compiled Laws Service § 722.23.

³⁶ T.O. Haas, *Child Custody Determinations in Michigan*, s. 337.

³⁷ Michigan Compiled Laws Service § 722.26a; Wspólną władzę rodzicielską zdefiniowano jako: „... naprzemienne zamieszkiwanie dziecka przez określony czas u każdego z rodziców i podejmowanie przez oboje rodziców decyzji dotyczących bytu dziecka...”; Sąd – rozstrzygając wniosek któregośkolwiek z rodziców o wspólną

istotna nowelizacja z 1996 roku, zastąpiła pojęcie „prawo odwiedzin” (*visitation right*) bardziej przyjaźnie brzmiącym terminem „czasu spędzanego z rodzicem” (*parenting time*)³⁸. *Parenting time* należy rozumieć w ten sposób, że jest to czas, który rodzic poświęca dziecku, a nie dziecko rodzicowi. Dziecko w stanie Michigan ma prawo do spędzania czasu z każdym z rodziców po ich rozwodzie i jedynie dowody na to, że kontakt z którymś z nich jest niebezpieczny dla jego życia, zdrowia lub stanu emocjonalnego, mogą to prawo ograniczyć³⁹. Ograniczenie to nie polega jednak na zakazie kontaktu, ale na zastosowaniu odpowiedniego rodzaju planu wychowawczego, który zapewni dziecku bezpieczeństwo w kontakcie z rodzicem. Plan musi być dostosowany do indywidualnych potrzeb rodziny, dlatego – w stanie Michigan – proponuje się różne jego rodzaje. Wszystkie rodzaje planu zawierają pewną strukturę, która ma gwarantować, że żadna z istotnych dla dziecka kwestii nie zostanie pominięta w trakcie przygotowywania. Różnica polega na tym, że niektóre rodzaje planu dają większą swobodę w ustalaniu tych kwestii, a niektóre ją ograniczają – aby plan wychowawczy był w danym przypadku efektywny i spełniał swój cel. Wsparciem i profesjonalną pomocą dla rodziców w sprawach, w których rozstrzyga się kwestię władzy rodzicielskiej, już od 1983 roku, służą pracownicy *ośrodków „Przyjaciel Sądu”* (The Friend of the Court Bureau, ośrodek) powołanych Ustawą o „Przyjacielu Sądu” (The Friend of the Court Act)⁴⁰. Ustawa ta nakazała sformułowanie zestawienia wskazówek i zaleceń dotyczących działań podejmowanych przez pracowników *ośrodków* w zakresie udzielanej rodzicom pomocy⁴¹. W efekcie, pracownicy tychże *ośrodków*, ich doradcy, profesorowie prawa i psychologowie, utworzyli Komitet Doradczy (Advisory Committee), który sporządził – na podstawie ustawodawstwa stanowego – *Przewodnik po planach wychowawczych* (Michigan Parenting Time Guideline, cyt. dalej jako *Przewodnik*)⁴².

władzę rodzicielską – poddaje analizie: a) czynniki składające się na standard dobra dziecka § 722.23., b) zdolność rodziców do współpracy przy podejmowaniu najważniejszych decyzji dotyczących osoby dziecka.

³⁸ Michigan Compiled Laws Service § 722.24.

³⁹ Michigan Compiled Laws Service § 722.27a.

⁴⁰ The Friend of the Court Act (1983) Michigan Compiled Laws Service § 552.501 i n., Mathew Bender & Co., Lexis Publishing 2006. Ośrodki „Przyjaciel Sądu” funkcjonują przy działach administracyjnych sądów powszechnych stanu Michigan.

⁴¹ Michigan Compiled Laws Service § 552.519 (3) (a).

⁴² *Przewodnik po planach wychowawczych* (Michigan Parenting Time Guideline dostępny na oficjalnej stronie internetowej Sądu Najwyższego stanu Michigan: www.supremecourt.state.mi.us) zawiera rozwiązania modelowe i nie ma charakteru wiążącego.

Zatwierdzony do użytku *Przewodnik*, formułuje wskazówki i zalecenia dotyczące opracowywania różnych rodzajów planu wychowawczego pod kątem miejsca pobytu dziecka. Z *Przewodnika* mogą korzystać pracownicy ośrodków, sędziowie i inni prawnicy, a także sami rodzice przy opracowywaniu planu.

Przewodnik przedstawia modele trzech rodzajów planu wychowawczego: plan podstawowy (*parenting time plan*), plan właściwy dla wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej (*joint custody*) i plan nadzorowany (*supervised parenting plan*).

Plan wychowawczy funkcjonuje nie tylko, gdy rodzice wspólnie sprawują władzę rodzicielską, ale także, gdy władza ta została powierzona tylko jednemu z nich. Dobór właściwego rodzaju planu opiera się m.in. na takich kryteriach jak: wiek dziecka, szczególne potrzeby dziecka, zdolność rodzica do postępowania zgodnie z ustaleniami planu oraz prawdopodobieństwo istnienia zagrożenia dziecka lub rodzica ze strony drugiego rodzica. Celem jest utrwalanie więzi istniejących, a także odbudowa więzi zanikających⁴³.

Plan wychowawczy podstawowy (*parenting time plan, parenting time schedule*)

Z przepisu, który gwarantuje dziecku prawo do spędzania czasu z każdym z rodziców, wynika obowiązek rodziców opracowania takiego planu, który najefektywniej realizowałby to prawo, a więc był dostosowany do sytuacji danej rodziny. Nawet gdy władza rodzicielska ma być powierzona tylko jednemu z rodziców (*sole custody*), sporządzenie planu jest konieczne. Rodzice są zachęceni do sporządzenia planu dostosowanego do ich potrzeb, który oscyluje wokół kwestii czasu, jaki dziecko będzie spędzać z każdym z nich. Jeżeli rodzice nie mogą porozumieć się co do treści planu, *Przewodnik* prezentuje rozwiązanie modelowe, z którego mogą oni skorzystać⁴⁴. Rozwiązanie to jest dość szczegółowe⁴⁵.

Sporządzony przez profesjonalistów z dziedziny prawa rodzinnego, na podstawie praktyki, prezentuje sposób ustalania szczegółowych kwestii różnych rodzajów planów wychowawczych.

⁴³ *Przewodnik*, s. 4.

⁴⁴ *Przewodnik*, s. 7–9.

⁴⁵ Rodzic, który nie sprawuje władzy rodzicielskiej ma prawo spędzać z dzieckiem jedno popołudnie w tygodniu, w dni powszednie od godz. 18:00 do 20:30. W razie braku zgody co do konkretnego dnia *Przewodnik* wskazuje środę. Rodzic ten spędza również z dzieckiem co drugi weekend – od godz. 18:00 w piątek, do godz. 18:00 w niedzielę. Czas spędzany z dzieckiem w dni wolne od pracy (poza weekendem)

Warto podkreślić, że w planie podstawowym nie ustala się kwestii wspólnego podejmowania decyzji, gdyż – zgodnie z pojęciem wyłącznej władzy rodzicielskiej (*sole custody*) – prawo to przysługuje tylko temu rodzicowi, który tę władzę sprawuje.

Plan wychowawczy rodziców sprawujących władzę rodzicielską wspólnie (*joint custody*)

W przypadku, gdy którykolwiek z rodziców złoży wniosek o pozostawienie obojgu władzy rodzicielskiej, sąd bada, czy takie rozwiązanie w konkretnej sprawie będzie właściwe dla dobra dziecka, czy drugi rodzic godzi się na taką formę sprawowania władzy oraz, czy rodzice przejawiają chęć współpracy przy podejmowaniu decyzji dotyczących osoby dziecka. Jeżeli sąd rozstrzygnie pozytywnie te kwestie, rodzice mają obowiązek sporządzić odpowiedni plan wychowawczy⁴⁶. Jednym z najczęściej stosowanych modeli jest plan, w którym każdy z rodziców spędza z dzieckiem taką samą

– jak Dzień Pamięci Weteranów, Święto Dziękczynienia lub też Dzień Niepodległości – przysługuje ojcu w latach, które kończą się liczbą nieparzystą, a matce w latach zakończonych liczbą parzystą. Ferie zimowe, przypadające w latach zakończonych liczbą parzystą, dziecko spędza z ojcem, a nieparzystą z matką. Jakikolwiek ustalenia poczynione przez rodziców – inne niż proponowane w *Przewodniku* – a dotyczące dni wolnych od pracy, mają pierwszeństwo w stosowaniu. W okresie Świąt Bożego Narodzenia – w latach kończących się liczbą parzystą – ojciec ma prawo spędzać z dzieckiem czas do godziny 21:00 w wieczór wigilijny, a matka od tej godziny przez pozostałe dni świąt. W latach zakończonych liczbą parzystą matka spędza czas z dzieckiem do 21:00 w Wigilię, a ojcu przysługują pozostałe dni świąteczne. Rozwiązanie, polegające na tym, że dziecko o godzinie 21:00 w wieczór wigilijny musi jechać do domu drugiego rodzica – szczególnie, jeżeli rodzice mieszkają w dużej odległości – wydaje się działaniem wbrew dobru dziecka. Pamiętać jednak należy, że jest to rozwiązanie modelowe, które może być modyfikowane. Zatem każda rodzina ustala tę kwestię zgodnie z jej potrzebami. Wakacje letnie uregulowano w ten sposób, że dziecko przebywa z rodzicem, nie sprawującym władzy rodzicielskiej, od pierwszego piątku przypadającego po Dniu Niepodległości od godziny 18:00 przez kolejne tygodnie. W trakcie tego czasu rodzic, który tę władzę sprawuje ma prawo spędzić z dzieckiem weekend rozpoczynający się w drugi piątek (licząc od piątku po Święcie Dziękczynienia), a kończący się w drugi piątek (licząc od piątku po Święcie Dziękczynienia), a kończący się w niedzielę o godzinie 18:00. Jeżeli dziecko spędza u któregoś z rodziców przynajmniej tydzień, ma prawo do kontaktu telefonicznego lub internetowego z drugim rodzicem. Jeżeli dziecko będzie spędzać czas z jednym z rodziców poza ustalonym miejscem (np. domem rodzica), należy podać drugiemu rodzicowi adres i telefon planowanego miejsca pobytu. Model planu podstawowego proponowany przez *Przewodnik* przypomina tę część planu wychowawczego stosowanego w stanie Waszyngton, która dotyczy miejsca pobytu dziecka.

⁴⁶ *Przewodnik*, s. 11–12.

ilość czasu. Zmiany miejsca pobytu dziecka mogą następować co kilka dni, co tydzień, bądź w odstępach czasu, które rodzice sami uznają za właściwe. To rozwiązanie jest skuteczne w sytuacji, gdy rodzice nie mieszkają w dużej odległości od siebie. W przypadku gdy ta odległość jest znaczna, *Przewodnik* proponuje stosowanie „planu 9/3”, który polega na tym, iż w trakcie roku szkolnego, a więc przez okres dziewięciu miesięcy, dziecko przebywa u jednego rodzica, a w trakcie trzymiesięcznych wakacji letnich – u drugiego. Na ten czas są to „główne miejsca pobytu” dziecka. Nie oznacza to, iż drugi rodzic nie może się w tym czasie z dzieckiem kontaktować osobiście. Rodzicom pozostawiono swobodę w ustaleniu, kto i kiedy spędza z dzieckiem weekendy, ferie świąteczne lub inne uroczystości. Plan ten jest konstrukcyjnie zbliżony do podstawowego planu wychowawczego, dlatego rodzice sprawujący wspólnie władzę rodzicielską, mogą wzorować się na jego rozwiązaniach⁴⁷.

Nadzorowany plan wychowawczy rodziców (*supervised parenting plan*)

W sytuacji zagrożenia dobra dziecka w bezpośrednim kontakcie z którymś z rodziców, prawo stanu Michigan dopuszcza kontakt dziecka z tym rodzicem, przy zachowaniu odpowiednich procedur⁴⁸. Kontakt jest nadzorowany, a dobór właściwej formy nadzoru powinien zapewnić szybką poprawę kontaktów, a w konsekwencji ograniczenie stosowania nadzoru aż do jego zniesienia. Rozwiązanie to ma na celu nie tylko ochronę dziecka, ale również „uzdrowienie” jego kontaktów z rodzicem. W zależności od sposobu i stopnia zagrożenia dobra dziecka, przyjęto trzy formy nadzoru. Nadzór sprawowany przez pracowników różnych placówek (m.in. *ośrodków*), poradni rodzinnych, centrów mediacji. Nadzór może być sprawowany przez osobę trzecią, wskazaną przez rodziców. Formą nadzoru może być również terapia.

Nadzór którejś z placówek stosuje się w sytuacji, gdy rodzic dopuścił się wobec dziecka lub drugiego rodzica jakichkolwiek form przemocy albo jest w trakcie odpowiedniej terapii i naprawa relacji rodzic–dziecko będzie wymagała czasu. Spotkania dziecka z rodzicem odbywają się na terenie

⁴⁷ *Przewodnik*, s. 11–12.

⁴⁸ Zagrożenie dobra dziecka ze strony któregoś z rodziców powoduje, że sąd powierzy sprawowanie władzy rodzicielskiej tylko jednemu rodzicowi. Nie warunkuje to możliwości sporządzenia planu. Wymaga jednak, aby plan ustalał ściśle harmonogram spotkań dziecka z takim rodzicem. *Przewodnik*, s. 13–17 przewiduje w takiej sytuacji nadzorowany plan wychowawczy.

placówki, pod okiem wykwalifikowanej osoby, która nie tylko ma zapewnić dziecku bezpieczeństwo, ale również pracować nad ukształtowaniem pozytywnych relacji dziecka z rodzicem. W trakcie takich spotkań rodzic musi postępować zgodnie z ustalonymi regułami⁴⁹.

Nadzór osoby trzeciej, wybranej przez rodziców stosuje się wówczas, gdy istnieje szansa na szybką poprawę relacji dziecko–rodzic⁵⁰.

Rodzic nadzorowany, to w tym przypadku osoba, która miała w niedawnej przeszłości problemy z uzależnieniem od alkoholu, narkotyków i aktualnie nie ma podstaw do tego, aby sądzić, iż uporała się już z tymi problemami. Osobą nadzorującą może być członek rodziny, przyjaciel. Osoba taka zatwierdzana jest przez pracownika *ośrodka*. Jeżeli któryś z rodziców nie godzi się na kandydata wskazanego przez drugą stronę, powinien to uzasadnić, a wtedy wyboru dokonuje pracownik *ośrodka*. Osoba nadzorująca powinna być w odpowiednim wieku i być w stanie zapewnić dziecku bezpieczeństwo. Do spotkań rodzica z dzieckiem może dochodzić, bądź w obecności osoby trzeciej – w domu tej osoby lub miejscu publicznym lub w zasięgu wzroku tej osoby, ale bez jej udziału w spotkaniu. Pracownik *ośrodka* może wskazać miejsce, w którym te spotkania powinny się odbywać⁵¹.

Forma nadzoru polega na zastosowaniu terapii, której podlega dziecko i rodzic⁵². Znajduje ona zastosowanie w sytuacji, gdy oboje nie mieli wcześniej ze sobą kontaktu lub był on ograniczony. Sytuacja taka mogła mieć miejsce, gdy rodzic przebywał w więzieniu lub innym zakładzie zamkniętym, a także wtedy, gdy dotychczasowe stosunki dziecka z rodzicem nie układały się najlepiej i wymagają poprawy. Terapia ma umożliwić dziecku

⁴⁹ Reguły, do jakich rodzic musi się dostosować, są następujące: jakikolwiek kontakt fizyczny rodzica z dzieckiem musi być zainicjowany przez dziecko; rodzic nie może szeptać ani przekazywać dziecku karteczek z informacjami; rodzic nie może rozmawiać z dzieckiem na temat „problemów dorosłych” m.in. na temat konfliktu między rodzicami, przebiegu sprawy w sądzie; rodzic nie powinien wypytywać dziecka o drugiego rodzica ani przekazywać za pośrednictwem dziecka informacji do drugiego rodzica; wręczenie dziecku prezentu rodzic powinien ustalić wcześniej z osobą nadzorującą; rodzic nie może porozumiewać się z dzieckiem innym językiem niż ten, którym posługuje się osoba nadzorująca (w razie konieczności potrzebny jest tłumacz). *Przewodnik*, s. 14. Przyznać trzeba, że wskazane wyżej reguły zabezpieczają przed wciągnięciem dziecka przez rodziców do ich konfliktu.

⁵⁰ *Przewodnik*, s. 15.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Terapię prowadzą pracownicy poradni rodzinnych lub *ośrodków*, por. *Przewodnik*, s. 16.

i rodzicowi poznanie się, zbudowanie więzi, ich umocnienie lub poprawę stosunków⁵³.

Bez względu na to, które z modelowych rozwiązań znajduje zastosowanie, istnieją kwestie, które należy zawsze uwzględnić – odpowiednio do okoliczności⁵⁴. Niektóre z nich – pozornie – mogą wydać się mniej istotne (np. odzież dziecka), jednak brak ustaleń w tym przedmiocie przy układaniu planu stanowi ryzyko konfliktu⁵⁵.

Rodzice, bądź osoba sprawująca nadzór, muszą zapewnić dziecku bezpieczeństwo i dobre samopoczucie. Rodzice powinni powiadamiać się wzajemnie o stanie zdrowia dziecka, o ewentualnych jego wizytach u lekarza, o przyjmowanych przez dziecko lekach. Każde z nich powinno przejść szkolenie, jeżeli dziecko wymaga szczególnej opieki (np. zastrzyk z insuliny). Jeżeli plan jest nadzorowany, osoba sprawująca nadzór powinna nabyć takie umiejętności⁵⁶.

Rodzice powinni przekazywać sobie informacje o wszystkich dodatkowych zajęciach, na które dziecko uczęszcza. Nie powinni jednak zapisywać dziecka na taką liczbę zajęć, która pochłaniałaby czas przeznaczony na spotkania z drugim rodzicem – tym bardziej, jeżeli jest to czas nadzorowany⁵⁷.

Jeżeli dziecko zostało pozbawione szansy spotkania z którymś z rodziców, *Przewodnik* informuje o możliwości skorzystania z tzw. „pozaplanowego czasu” (*makeup parenting time*)⁵⁸.

⁵³ *Przewodnik*, s. 16.

⁵⁴ *Przewodnik*, s. 19–22 wskazuje na kwestie, które stanowią najczęstszą przyczynę sporów między rodzicami stosującymi plan wychowawczy i proponuje ogólne zalecenia, jak te kwestie rozstrzygnąć już w momencie ustalania planu.

⁵⁵ Oboje rodzice mają obowiązek wyposażyć dziecko w – odpowiedni do pogody czy sytuacji – ubiór. Ubiory sezonowe mają przekazywać między sobą, podobnie jak ulubione przedmioty dziecka (np. zabawka, kocyk). Ubrania codzienne powinny być zawsze zwracane po uprzednim upraniu. Rodzic spędzający z dzieckiem czas dba także o jego transport – łącznie z przywozem dziecka w celu przekazania drugiemu rodzicowi. Półgodzinne spóźnienia są dopuszczalne, jednak nie powinny stać się regułą (*Przewodnik*, s. 19).

⁵⁶ *Przewodnik*, s. 21.

⁵⁷ *Ibidem*. W praktyce sądów polskich zdarza się, że rodzic sprawujący bezpośrednią pieczę nad dzieckiem utrudnia kontakt z drugim rodzicem, tłumacząc to tym, że dziecko uczęszcza na różne zajęcia pozaszkolne (np. naukę języków obcych).

⁵⁸ Czas, który dziecko będzie mogło spędzić z drugim rodzicem, powinien mieć ten sam charakter i długość. Jeżeli dziecko zostało pozbawione szansy widzenia się z drugim rodzicem przez weekend, spędzi ono z tym rodzicem dwa kolejne weekendy. Jeżeli utrata szansy widzenia się z dzieckiem nastąpiła z winy tegoż rodzica, nie ma on prawa do „pozaplanowego czasu”. Brak obecności na spotkaniu – w przypadku planu nadzorowanego – może spowodować nałożenie na tegoż rodzica grzywny

Obok wymienionych koniecznych ustaleń przy układaniu planu, należy zwrócić uwagę na takie kwestie, jak stan zdrowia rodziców, odległość między ich miejscami zamieszkania czy wiek dziecka⁵⁹.

Zdrowie rodzica, a w związku z tym jego zdolność do sprawowania pieczy nad dzieckiem, ma wpływ nie tylko na częstotliwość i długość spotkań, ale także na ich charakter. W razie kłopotów rodzica ze zdrowiem psychicznym, konieczne jest sprawowanie nadzoru w ich trakcie⁶⁰.

W przypadku dużej odległości pomiędzy miejscami zamieszkania rodziców, zmiany miejsca pobytu dziecka powinny być rzadsze, ale trwające dłużej. Koszt transportu powinien pokrywać rodzic, który wyprowadził się z domu. Jeżeli oboje rodzice zmienili miejsce zamieszkania koszty transportu powinni ponosić wspólnie⁶¹.

Wiek dziecka wywiera wpływ na częstotliwość i długość czasu spędzanego z każdym z rodziców⁶².

Rodzice powinni być gotowi na dokonywanie zmian w planie. Im dziecko starsze, tym plan powinien być bardziej elastyczny – dostosowujący się nie tylko do szkolnych obowiązków, lub zajęć pozaszkolnych, ale także do życzeń dorastających dzieci.

W przypadku rodzeństwa w zbliżonym wieku, wiek starszego dziecka powinien stanowić kryterium przy ustalaniu dla nich jednego planu. Jeżeli jednak różnica wieku jest znaczna, niezbędne będzie sporządzenie oddzielnych planów⁶³.

Pracownicy *ośrodków* mają obowiązek czuwania nad przestrzeganiem przez rodziców postanowień planu wychowawczego zatwierdzonego przez sąd. W momencie, gdy od któregoś z rodziców otrzymają pisemną skargę dotyczącą nieprzestrzegania planu przez drugiego rodzica, mają obowiąz-

za brak wcześniejszego powiadomienia o niemożności przybycia (*Przewodnik*, s. 21).

⁵⁹ *Przewodnik*, s. 23–26 określa te kwestie jako „szczególne okoliczności”, które mają determinujący charakter przy ustalaniu planu.

⁶⁰ *Przewodnik*, s. 26.

⁶¹ *Przewodnik*, s. 23–24.

⁶² Małe dzieci – w wieku przedszkolnym – powinny często spotykać się z każdym z rodziców, ale czas spotkań powinien być krótszy. To rozwiązanie nie będzie jednak miało zastosowania w sytuacji, gdy rodzice mieszkają w dużej odległości. Powinni więc dla dobra ich małego dziecka pozostać przez określony czas w stosunkowo niewielkiej odległości. Im dziecko starsze, tym częstotliwość zmian miejsca pobytu może maleć, ale czas pozostawiania z rodzicem powinien się wydłużać (*Przewodnik*, s. 23–24).

⁶³ *Przewodnik*, s. 24–25.

zek podjąć odpowiednie postępowanie, korzystając ze środków przewidzianych w Ustawie o „Przyjacielu Sądu” (The Friend of the Court Act) lub Ustawie o egzekwowaniu postanowień planów wychowawczych i utrzymaniu dziecka (Support and Parenting Time Enforcement Act)⁶⁴. Na podstawie pierwszej wymienionej wyżej ustawy, pracownicy *ośrodków* – po otrzymaniu wspomnianej skargi – kierują do rodzica postępującego niezgodnie z planem, powiadomienie o złożonej skardze i propozycję podjęcia określonego działania. Informują o możliwości podjęcia mediacji i złożenia wniosku o zmianę postanowień planu⁶⁵. Porozumienie osiągnięte przez rodziców dzięki mediacji jest zatwierdzane przez sąd. Rodzice mogą wybrać także inny sposób alternatywnego rozstrzygania sporów⁶⁶. Jeżeli proponowane środki okażą się nieskuteczne, przedstawiciel *ośrodka* zastosuje inne, przewidziane w drugiej wymienionej wyżej ustawie. Może on wystąpić z wnioskiem do sądu o przyznanie „pozaplanowego czasu” rodzicowi, który – na skutek łamania postanowień planu przez drugiego rodzica – utracił szansę na spędzenie czasu z dzieckiem⁶⁷. Może też on złożyć wniosek o zmianę planu. W tej sytuacji ma on obowiązek przedłożyć sądowi raport z wykonywania planu wraz z zaleceniami dotyczącymi zakresu zmiany z uwzględnieniem wpływu tych zmian na sytuację dziecka pod względem zgodności z jego dobrem⁶⁸.

Na podstawie przedstawionego wyżej stanu prawnego w zakresie „planu wychowawczego” rozwiedzionych rodziców w stanie Michigan, można powiedzieć, że przewidziane zostały szczegółowo wszystkie sytuacje dotyczące relacji dziecko–rodzice zarówno przy sporządzaniu takiego planu, jak i co do trybu jego zmiany oraz sankcji dla rodzica nieprzestrzegającego ustaleń w nim zawartych. Tego rodzaju procedura stanowi realne zabez-

⁶⁴ The Friend of The Court Act, Michigan Compiled Laws §§ 552.501; Support and Parenting Time Enforcement Act, Michigan Compiled Laws § 552.641; Mathew Bender & Co., Lexis Publishing 2006.

⁶⁵ Michigan Compiled Laws Service § 552.513. Pracownik *ośrodka* może ustalić termin spotkania rodziców w celu przedyskutowania problemu i poczynienia kroków w kierunku rozwiązania spornej kwestii. Jeżeli rodzice godzą się na rozstrzygnięcie problemu w drodze mediacji, pracownik *ośrodka* aranżuje spotkanie z mediatorem.

⁶⁶ Za „inny sposób rozstrzygania sporów” w stanie Michigan, uznaje się – inne niż mediacja – spotkanie (*joint meeting*) rodziców zwołane przez pracownika *ośrodka* „Przyjaciela Sądu” w celu rozwiązania konfliktu.

⁶⁷ Michigan Compiled Laws Service § 552.517 d (1). Pracownik *ośrodka* ma prawo wystąpić do sądu o ukaranie rodzica łamiącego postanowienia planu karą grzywny do 100 dolarów, aresztu do 45 lub 90 dni, a nawet złożyć wniosek o odebranie prawa jazdy, prawa wykonywania zawodu.

⁶⁸ Michigan Compiled Laws Service § 552.517 d (1).

pieczenie dobra dziecka i nadaje się – jako wzorcowe rozwiązanie – do przeniesienia jej na grunt innych systemów prawnych i praktyki sądowej, nie tylko polskiej.

Kryterium dobra dziecka uwzględniane przy orzekaniu o władzy rodzicielskiej przez sądy w USA.

Problematyka dobra dziecka – jak wiadomo – ma szczególne znaczenie przy orzekaniu przez sąd o władzy rodzicielskiej nad dzieckiem rozwodzących się rodziców. Warto – chociaż w zarysie – poznać kryterium tego dobra, stosowanego przez sądy w USA, którego urzeczywistnieniem w praktyce jest instytucja „planu wychowawczego” rodziców.

Koncepcja dobra dziecka, jako kryterium przy orzekaniu o władzy rodzicielskiej pojawiła się w USA po raz pierwszy w połowie lat 20-tych ubiegłego wieku. Amerykański sędzia B. N. Cardoso w uzasadnieniu wyroku z 1925 r. powołał się na dobro dziecka, orzekając o władzy rodzicielskiej w sprawie *Finley v. Finley* (240 N. J. 429)⁶⁹. Dopiero w połowie XX wieku, kryterium to stało się powszechnie stosowane w całych Stanach Zjednoczonych. Kryterium dobra dziecka miało strzec: „bezpieczeństwa, szczęścia, fizycznego, psychicznego i moralnego dobrobytu dziecka”⁷⁰.

Orzekanie o władzy rodzicielskiej na podstawie kryterium dobra dziecka różniło się od dotychczas stosowanych form wyrokowania. Sąd, orzekając w tego rodzaju sprawach i kierując się tym nowym kryterium, nie zwracał już uwagi na to, które z rodziców jest „lepiej przystosowane” do sprawowania władzy rodzicielskiej ze względu na płć. Zwracał natomiast uwagę na to, które z rodziców będzie w przyszłości realizowało ideę dobra dziecka w sposób bardziej efektywny. Sąd zaczął badać rodziców pod względem ich „stosunku do własnego dziecka i – generalnie – kwestii rodzicielstwa, skłonności do czynów powszechnie negatywnie ocenianych, ich umiejętności i wad”⁷¹.

⁶⁹ Por. również W.F. Hodges, *Interventions for Children of Divorce. Custody, Cases and Psychotherapy*, New York 1991, s. 91.

⁷⁰ Cytat pochodzi z uzasadnienia orzeczenia sądowego z 1956 roku, wydanego w stanie New Jersey w sprawie *Fantony v. Fantony* (21 N. J. 525, 536); por. również P.N. Swisher, H.A. Miler, W.J. Weston, *Family Law: Cases, Materials and Problems*, New York 1990, s. 1050.

⁷¹ Por. R.H. Mnookin, *Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, «Law & Contemp. Probs.» 39 (1975), s. 226, 250–251, [cyt. za] I.M. Ellman, P.M. Kurtz, E.S. Scott, *Family Law. Cases, Text, Problems*³, Virginia 1998, s. 620 i n.

Stanowym kodyfikacjom w zakresie kryterium dobra dziecka dał początek Jednolity Akt Małżeński i Rozwodowy (Uniform Marriage and Divorce Act, UMDA)⁷² przyjęty przez Narodową Konferencję Komisarzy do Spraw Unifikacji Prawa Stanowego (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws – NCCUSL) w 1970 roku⁷³. Akt ten zaproponował wszystkim legislatorom stanowym nowe rozwiązania w kwestii wspólności majątkowej małżonków, alimentów i – omawianej tu – władzy rodzicielskiej. Akt ten nie ma mocy obowiązującej, jednak rozwiązania w nim zawarte wpłynęły na treść ustaw regulujących wspomniane kwestie w większości stanów, a część stanów przyjęła te postanowienia wprost. Koncepcja dobra dziecka jako podstawa do rozstrzygania o władzy rodzicielskiej sformułowana jest w § 402 UMDA⁷⁴. Brzmi on następująco:

„§ 402. (Dobro dziecka)

Sąd orzeka o władzy rodzicielskiej, mając na uwadze dobro dziecka. Sąd przy orzekaniu uwzględni następujące czynniki:

- (1) preferencje każdego z rodziców do sprawowania władzy rodzicielskiej,
- (2) preferencje dziecka wobec każdego z rodziców,
- (3) relacje i stosunki dziecka z każdym z rodziców, obojgiem, rodzeństwem i każdą inną osobą mającą wpływ na dobro dziecka,
- (4) przystosowanie dziecka do jego domu, szkoły i środowiska,
- (5) stan zdrowia psychicznego i fizycznego wszystkich osób biorących udział w postępowaniu.

Sąd przy orzekaniu nie powinien brać pod uwagę zachowania osoby, która złożyła wniosek o przyznanie władzy rodzicielskiej, jeśli to zachowanie nie ma wpływu na relacje tej osoby z dzieckiem.”

Sformułowanie kryterium dobra dziecka w ustawach stanowych przybierało, bądź formę ogólnego zwrotu – jak w ustawie stanu Arkansas – aby podstawą decyzji o sprawowaniu władzy rodzicielskiej było to kryterium, bądź w formie – podobnej do tej z UMDA – listy czynników, które sąd musiał po kolei rozważyć – jak w stanie Minnesota⁷⁵. Szczegółową listę posiadał również stan Michigan. Tam dobro dziecka sformułowano jako sumę

⁷² Uniform Marriage and Divorce Act, UMDA, 9A U.L.A., West Publishing 1987.

⁷³ I.M. Ellman, P.M. Kurtz, S.S. Blumberg, G.G. Blumberg, *Family Law, Cases, Text, Problems*, Lexis Law Publishing (1998).

⁷⁴ Uniform Marriage and Divorce Act 9A U.L.A., West Publishing (1987), IV: Custody.

⁷⁵ I.M. Ellman, P.M. Kurtz, E.S. Scott, *Family Law*, s. 620–622.

dwunastu czynników, które sąd musiał zweryfikować przed wydaniem rozstrzygnięcia przyznającego władzę któremuś z wnioskodawców⁷⁶.

Paragraf 402 UMDA zawiera ogólną wskazówkę dla sędziów, aby nie brali oni pod uwagę tych zachowań wnioskodawców, które nie mają wpływu na relacje z dzieckiem. Celem tego było wyeliminowanie stosowania prawa jako instrumentu służącego do karania za „niemoralne” zachowanie się wnioskodawcy (chodziło głównie o seksualne prowadzenie się). Zasadniczo jednak sąd – rozstrzygając o władzy rodzicielskiej – mógł wziąć pod uwagę wszystko, co mogłoby mieć wpływ na realizację omawianej koncepcji. Standard dobra dziecka gwarantował sędziom nieograniczoną władzę w kwestii oceny dowodów przedstawionych przez wnioskodawców⁷⁷.

Z tego względu trudno było przewidzieć, jaka będzie treść wyroku, a możliwość odwołania się od niego była znacznie utrudniona. Jedynym rozwiązaniem było ustalenie podstawowych kwestii – biorąc pod uwagę elementy składające się na kryterium dobra dziecka – przez samych zainteresowanych przed pójściem do sądu. Rozwiązanie to miało pozytywny aspekt, gdyż mobilizowało do współpracy i doskonalenia jej form⁷⁸. W takich właśnie okolicznościach wykształciła się koncepcja wspólnej władzy rodzicielskiej (joint custody).

⁷⁶ T.O. Haas, *Child Custody Determinations in Michigan*, s. 337; „... Kwestia powierzenia władzy rodzicielskiej jest w stanie Michigan rozpatrywana na podstawie analizy dwunastu czynników składających się na standard dobra dziecka. Są to następujące czynniki: (a) miłość, przywiązanie i inne uczucia, wiążące dziecko ze stronami postępowania, (b) zdolność i możliwości stron do wychowywania dziecka w środowisku pełnym miłości i przywiązania, do umożliwienia mu uzyskania wykształcenia, do wychowywania go w wierze, (c) zdolność i możliwości stron do zapewnienia dziecku odpowiednich warunków materialnych i troski o osobę (wyżywienie, ubiór, pielęgnacja, opieka medyczna), (d) czas, w którym dziecko żyło w warunkach sprzyjających jego prawidłowemu rozwojowi i konieczność jego dalszego rozwoju w takich warunkach, (e) trwałość istniejącego lub potencjalnego domu lub domów rodziców sprawujących władzę rodzicielską, (f) system wartości wyznawanych przez każdą ze stron, (g) fizyczne i psychiczne zdrowie stron, (h) dom, szkoła, wspólnota, z którą dziecko jest związane, (i) racjonalne pragnienia dziecka, jeśli sąd uzna, iż dziecko w jego wieku może wyrażać racjonalne preferencje, (j) zdolność i chęć każdej ze stron do tego, by umożliwić dziecku styczność z drugim rodzicem i kontynuację relacji opartych na ścisłych więzach, (k) przemoc w domu – bez względu na to, czy dziecko było jej świadkiem, czy obiektem, (l) inne czynniki, które sąd uzna za istotne w konkretnym przypadku”. Por. Child Custody Act 1970; Michigan Compiled Laws Service 722.27a Mathew Bender & Co, Lexis Publishing 2006.

⁷⁷ I.M. Ellman, P.M. Kurtz, E.S. Scott, *Family Law*, s. 621.

⁷⁸ Ibidem.

Rozważania nad celowością i sposobem przeniesienia amerykańskiej instytucji prawnej „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców na grunt polskiego systemu prawnego

W toku omawiania funkcjonowania amerykańskiej instytucji prawnej „planu wychowawczego” rodziców nasuwały się refleksje porównawcze w odniesieniu do polskiego prawa rozwodowego, które utwierdzają w przekonaniu, że: po pierwsze, omawiany plan jest doskonałą koncepcją, zarówno z prawnego, jak i psychologicznego oraz pedagogicznego punktu widzenia, zmierzającą do zabezpieczenia dobra dziecka rozwodzących się rodziców; po drugie, jest rozwiązaniem legislacyjnym, idealnie nadającym się do wprowadzenia do polskiego prawa rozwodowego i to w dwóch obszarach możliwości, tj. *de lege lata* (od zaraz) i *de lege ferenda*.

Warto dodać jeszcze jedną refleksję porównawczą w odniesieniu do przepisów k.r.o., regulujących sposoby rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym, tj. art. 58 § 1 k.r.o., przewidującego możliwość pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rozwodzącym się rodzicom lub ograniczenie tej władzy jednemu z nich; art. 109 k.r.o., regulującego ograniczenie władzy rodzicielskiej; art. 110 k.r.o. dającego sądowi możliwość zawieszenia władzy rodzicielskiej oraz art. 111 k.r.o., stanowiącego podstawę prawną pozbawienia władzy rodzicielskiej. Do tej grupy przepisów należy również art. 113 k.r.o., na podstawie którego sąd może ograniczyć lub zakazać osobistej styczności dziecka z rodzicem lub obojgiem rodziców, oraz art. 106 k.r.o., dający możliwość zmiany orzeczenia wyroku rozwodowego w części dotyczącej władzy rodzicielskiej.

Porównując treść tych zacytowanych wyżej przepisów z możliwościami, jakie stwarzają przepisy prawa amerykańskiego regulującego „plan wychowawczy”, można powiedzieć, że plan ten mógłby je wszystkie zastąpić – mając na uwadze możliwość ich zastosowania w wyroku rozwodowym – a na pewno art. 58 § 1 k.r.o.

Przeniesienie koncepcji (idei) rozwiązania legislacyjnego z obcego systemu prawnego na grunt własnego prawa krajowego bez jego nowelizowania, czyli *de lege lata*, jest najkorzystniejszym wariantem pozytywnej zmiany w zakresie stosowania prawa. Nie zawsze jednak nowelizację można zastąpić wykładnią. Zakres interpretacji ma jednak swoje granice. Przechodząc już konkretnie do rozważań, czy taka „operacja”, tj. zrealizowanie koncepcji „planu wychowawczego” na gruncie polskiego prawa rozwodowego jest możliwa bez żadnych zabiegów legislacyjnych, trzeba by na początku

ustalić, który przepis nadawałby się do interpretacji. Odpowiedź brzmi: art. 58 § 1 k.r.o. i to w części dotyczącej ograniczenia władzy rodzicielskiej przede wszystkim, a nawet w odniesieniu do sytuacji, w której sąd pozostawia pełną władzę rodzicielską obojgu rodzicom.

T. Sokołowski wypowiedział się na ten temat w sposób mało zdecydowany, a jego propozycja zawiera w sobie sprzeczność. Z jednej strony autor twierdzi, że plan wychowawczy mógłby występować jako ostateczne rozstrzygnięcie w wyroku rozwodowym na podstawie art. 58 § 1 k.r.o., a jako „tymczasowy plan wychowawczy” w postaci zarządzenia tymczasowego na podstawie art. 443 KPC (w brzmieniu przed zmianą przepisów KPC)⁷⁹, z drugiej jednak strony uważa, że nie jest to możliwe bez nowelizacji⁸⁰. Autor twierdzi, że *de lege lata* forma i treść planu wychowawczego – gdyby można go było wprowadzić do praktyki sądowej – zależałyby od uznania stron, a ponadto wykorzystanie przygotowanego przez strony planu zależałoby od sądu⁸¹. Z tego wynika, że plan ten byłby fakultatywny, zarówno w odniesieniu do stron, jak i sądu.

Swoją pogląd na ten temat wyraziłam już wcześniej⁸², twierdząc, że obecnie, nawet od zaraz, można by koncepcję planu wychowawczego realizować w praktyce sądowej, a podstawę prawną mógłby stanowić art. 56 § 2 k.r.o., przewidujący negatywną przesłankę dobra dziecka oraz art. 58 § 1 k.r.o., który mówi „o określonych obowiązkach i uprawnieniach” tego z rodziców, któremu sąd nie powierzył władzy rodzicielskiej. Słowo „określonych” jest szyfrem, który próbuje odczytać tylko niewielu sędziów realizujących treść tego zwrotu w postaci szczegółowego ustalenia tych obowiązków

⁷⁹ Przepis art. 443 k.p.c. został uchylony ustawą z dnia 2 lipca 2004, która weszła w życie 5 lutego 2005 r. (Dz.U. Nr 172, poz 1804). Ustawa ta stanowi obszerną nowelizację k.p.c., która m.in. szerzej uregulowała postępowanie zabezpieczające. Istotą postępowania o udzielenie zabezpieczenia jest wydanie orzeczenia o charakterze tymczasowym, a taki właśnie charakter miało rozstrzygnięcie przewidziane w art., 443 k.p.c. Uznano, że dla uregulowania stosunków w trakcie procesu o rozwód lub separację wystarczającą podstawą są przepisy ogólne o postępowaniu zabezpieczającym, a art., 443 k.p.c. jest zbyteczny, tym bardziej, że ostatnie zdanie § 2 tegoż artykułu brzmiało: „Przepisy o postępowaniu zabezpieczającym stosuje się odpowiednio” (por. zapis stenograficzny nr 1359 z posiedzenia Komisji Ustawodawstwa i Praworządności z dnia 24 czerwca 2004 r.). Wydaje się, że przepis o tymczasowym planie wychowawczym można by umieścić w art. 445¹ k.p.c., dodanym jako nowy przepis w cytowanej wyżej ustawie nowelizującej k.p.c.

⁸⁰ Por. T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, s. 99–100.

⁸¹ T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, s. 99.

⁸² Por. W. Stojanowska, *Władza rodzicielska*, s. 201 i n.

i uprawnień rodziców łącznie ze szczegółami dotyczącymi kontaktów dziecka z rodzicem, któremu sąd ograniczył władzę rodzicielską.

Uzupełniam powyższą wypowiedź twierdzeniem, że *de lege lata* można by nakaz sądu sporządzenia przez rodziców planu wychowawczego potraktować jako ich obowiązek, którego niewypełnienie mogłoby stać się podstawą do oddalenia powództwa na podstawie art. 56 § 2 k.r.o. Fakultatywność sporządzenia planu pozostałaby po stronie sądu, gdyż sąd może, ale nie musi zobowiązać strony do opracowania planu wychowawczego⁸³. Przeszkodą we wprowadzeniu do praktyki sądowej planu wychowawczego *de lege lata* jest brak wiedzy dotyczącej sposobu opracowania takiego planu. Można by tę przeszkodę usunąć, sporządzając wzorzec (kwestionariusz) planu wychowawczego na potrzeby rodziców i sądu, podobnie jak w USA w stanie Waszyngton. *De lege lata* wzorzec w postaci kwestionariusza byłby tylko propozycją dla rodziców, wskazującą sposób konstruowania takiego planu, a po nowelizacji obowiązkiem prawem przewidzianym, podobnie jak w USA.

Konkretne propozycje dotyczące sposobu nowelizacji w celu wprowadzenia planu wychowawczego, które podał T. Sokołowski, zasługują w większości (generalnie) na akceptację z pewnymi zastrzeżeniami, które przybiorą tu postać sformułowanych przeze mnie kontrpropozycji, ale tylko co do niektórych stwierdzeń. Zasługujący na polemikę jest pogląd T. Sokołowskiego, aby plan wychowawczy miał charakter fakultatywny w odróżnieniu od planu wychowawczego według prawa amerykańskiego. Jest to bardzo istotna różnica. Fakultatywność może przekreślić byt postulowanej instytucji planu wychowawczego, gdyż oportunizm sądu i stron może doprowadzić do całkowitej martwoty przepisu kreującego tę instytucję. Nie do przyjęcia jest uzasadnienie tego poglądu, podanego przez jego autora. Otóż twierdzi on, że wprowadzenie planu wychowawczego, jako obowiązkowej instytucji, byłoby „niewłaściwe z uwagi na brak doświadczenia w jej stosowaniu”⁸⁴. Fakultatywny charakter planu – zdaniem autora – „pozwole na zorientowanie się, co do jego praktycznej skuteczności, a w przypadku przewagi pozytywnych doświadczeń, uzasadniona będzie dalsza zmiana

⁸³ Pomocy rodzicom w sporządzeniu planu wychowawczego mogliby udzielić rodzinni kuratorzy sądowi lub pracownicy rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego, a obecnie – według ustawy z 28 lipca 2005 r. wprowadzającej instytucję mediacji – mediatorzy. Według znowelizowanego art. 570² k.p.c. „przedmiotem mediacji może być także określenie sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej”.

⁸⁴ Por. T. Sokołowski, *Prawne skutki rozvodu*, s. 100.

i nadanie mu obligatoryjnego charakteru”⁸⁵. To można by osiągnąć, prowadząc badania empiryczne przed nowelizacją.

Zacytowana propozycja autora jest praktycznie nie do zrealizowania. Fakultatywny charakter nawet najbardziej rewelacyjnych rozwiązań legislacyjnych doprowadza do martwoty przepisów, które je kreują⁸⁶. Ten sam zarzut odnosi się do rozwiązania pośredniego, przedstawionego przez T. Sokołowskiego, polegającego na tym, że plan ten byłby obligatoryjny tylko w odniesieniu do niektórych sytuacji, np. w sprawach, w których strony zgodnie wnoszą o nie orzekanie o winie, co stanowi – zdaniem autora – „przesłankę wskazującą na zdolność rozwodzących się do zawierania pewnych kompromisów”⁸⁷. Tę koncepcję można by zaakceptować ze względu na większość orzekanych rozwodów bez ustalania winy (ponad 70%), ale w pozostałej części spraw, w których konflikt między małżonkami osiąga wysoki stopień, dobro dziecka jest zagrożone, w postaci możliwości wciągnięcia go w konflikt rodziców. W takich sprawach plan wychowawczy jest szczególnie cennym narzędziem ochrony dobra dziecka. Z tych względów jego obligatoryjność powinna być zasadą, bez żadnych wyjątków, a w połączeniu z obligatoryjnością mediacji⁸⁸, stanowiłaby gwarancję zabezpieczenia dobra dziecka rozwodzących się rodziców.

Nie do końca jasne są propozycje T. Sokołowskiego, co do umiejscowienia planu wychowawczego w k.r.o. i treści przepisów, które miałyby go określać. Nie wiadomo w końcu, jaka powinna być treść art. 58 § 1 k.r.o. i 107 k.r.o.⁸⁹. Dość chwiejny i niejasny jest pogląd tego autora dotyczący zakresu i stopnia szczegółowości postanowień dotyczących planu wychowawczego. Najpierw twierdzi on, że wprowadzenie szerokiej, kompleksowej regulacji takiej, jak w prawie amerykańskim, nie mieściłoby się w ramach k.r.o. Rozwiązaniem tego problemu byłoby zamieszczenie przepisów regulujących plan wychowawczy w odrębnym akcie prawnym i tu całkowicie zgadzam się z autorem. Natomiast nie do przyjęcia jest jego alternatywna propozycja zamieszczenia w k.r.o. delegacji ustawowej i ure-

⁸⁵ Por. T. Sokołowski, *Prawne skutki rozvodu*, s. 100.

⁸⁶ W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja*, s. 33 i n. Fakultatywność jest przyczyną martwoty innych jeszcze instytucji, np. zawartych w art. 24 i 97 § 2 k.r.o., por. W. Stojanowska, *Rozstrzygnięcie przez sąd na podstawie art. 24 i 97 § 2 k.r.o. o istotnych prawach rodziny w braku porozumienia między małżonkami lub rodzicami*, «NP» 41.7-8 (1985).

⁸⁷ Por. T. Sokołowski, *Prawne skutki rozvodu*, s. 100.

⁸⁸ Por. W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja*, proponuje obligatoryjność mediacji, co zapewniłoby skuteczność tej instytucji.

⁸⁹ Por. T. Sokołowski, *Prawne skutki rozvodu*, s. 101–102.

gulowania problematyki dotyczącej planu wychowawczego w akcie prawnym niższego rzędu. Sam autor wycofuje się z tej propozycji stwierdzając, że to rozwiązanie jest nieodpowiednie, gdyż problematyka objęta planem wychowawczym dotyczy „najważniejszych obowiązków i praw, jakie przysługują człowiekowi, a ich doniosłość społeczna i osobista dla rodziców i samego dziecka jest tak wielka, że uzasadnia regulację wyłącznie na poziomie ustawy”⁹⁰.

Chwiejność T. Sokołowskiego co do koncepcji nowelizacji szerokiej, czy też zwięzłej, której bliżej nie określa powoduje, że w razie decyzji o jej przyjęciu do realizacji, należy dokładnie opracować projekt aktu prawnego regulującego omawiany plan wychowawczy⁹¹.

Dotychczasowe rozważania wskazują celowość przyjęcia koncepcji nowelizacji szerokiej, wzorowanej na regulacji, przyjętej np. w stanie Waszyngton i Michigan, zawierającej wyczerpującą kazuistykę, na tle której można by likwidować wątpliwości i dokonywać subsumpcji wszelkich możliwych stanów faktycznych ujętych w kwestionariuszu.

Słusznie T. Sokołowski twierdzi, że „plan wychowawczy powinien mieć formę kwestionariusza”, na podstawie którego rozwodzący się rodzice, z udziałem swoich adwokatów, a także odpowiednich specjalistów, mogliby przedyskutować wskazane tam elementy władzy rodzicielskiej oraz sposoby rozwiązywania ewentualnych sporów w przyszłości⁹². Warto dodać, że wypełniony i podpisany kwestionariusz powinien być częścią składową wyroku, a treść tego formularza byłaby ustalona w odpowiednich przepisach prawa.

Słusznie też twierdzi T. Sokołowski, że struktura planu wychowawczego powinna odpowiadać strukturze władzy rodzicielskiej, przy czym plan powinien zawierać dwie kategorie elementów: 1) elementy konieczne, 2) elementy fakultatywne⁹³.

Podsumowując dotychczasowe rozważania nasuwa się najważniejszy wniosek, zawierający propozycję przeniesienia nowoczesnej, przewidzianej w prawie amerykańskim, instytucji „planu wychowawczego rodziców” na grunt polskiego systemu prawnego, która może spełnić rolę przysłowiowego „panaceum”. Może ona z powodzeniem zastąpić dotychczasową

⁹⁰ Ibidem, s. 102.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem, s. 96.

⁹³ Por. T. Sokołowski, *Prawne skutki rozwodu*, s. 97 i 96. Autor podaje przejrzyste opracowaną strukturę władzy rodzicielskiej (s. 94–95); por. również tenże, *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987, s. 30 i n.

treść art. 58 § 1 k.r.o. w części dotyczącej sposobu rozstrzygnięcia sądu dotyczącego władzy rodzicielskiej, doprecyzowując zakres obowiązków i uprawnień dotyczących osoby dziecka, stanowiący podstawę instytucji ograniczenia władzy rodzicielskiej na podstawie tego przepisu⁹⁴. Mogłaby również zastąpić art. 106 k.r.o. Należałoby przyjąć koncepcję szeroko zakreślonej nowelizacji w formie odrębnej ustawy, poświęconej problematyce związanej z przedmiotowym planem wychowawczym. W k.r.o. pozostałyby zapisy odpowiednio sformułowane, regulujące obowiązek rodziców i sądu sporządzenia planu, mającego charakter obligatoryjny, we wszystkich przypadkach, gdzie ustalane są relacje między rodzicami a dziećmi, w sytuacji gdy rodzice przestają być małżeństwem lub nigdy nim nie byli albo są w separacji na podstawie orzeczenia sądu, czy separacji faktycznej (np. po oddaleniu powództwa o rozwód)⁹⁵. Plan wychowawczy byłby integralną częścią wyroku.

Nowelizację mógłby poprzedzić eksperyment, polegający na wprowadzeniu w wybranych sądach praktyki posługiwania się „planem wychowawczym” na podstawie art. 58 § 1 k.r.o. w podanej wyżej wersji *de lege lata*. Doświadczenia z tej eksperymentalnej praktyki byłyby podstawą opracowania projektu aktu prawnego regulującego plan wychowawczy rozwodzących się rodziców.

Brak takich doświadczeń daje się odczuć przy lekturze najnowszego projektu nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁹⁶. Przewidziana

⁹⁴ Instytucja „planu wychowawczego” dałaby możliwość poczynienia przez rodziców takich ustaleń, które uwzględniałyby – oprócz ich koncepcji – także życzenia dzieci. Jeżeli „plan wychowawczy” miałby służyć dobru dziecka, to wysłuchanie go przed przystąpieniem do ustalania treści planu powinno być kwestią priorytetową (por. *Group of the Advancement of Psychiatry. Committee of the Family: Divorce, Child Custody and the Family*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco–Washington–London 1981, s. 29 – jest to praca zbiorowa dotycząca problematyki rozwodu i władzy rodzicielskiej, autorstwa Komitetu na Rzecz Rodziny (Committee of the Family), w skład którego wchodzi profesjonaliści z dziedziny psychologii i psychiatrii).

⁹⁵ Mój postulat wypróbowania – i to jak najszybciej – amerykańskiej koncepcji planu wychowawczego w praktyce polskich sądów poparła E. Holewińska-Łapińska (rec. W. Stojanowska, *Władza*, op. cit.), «PiP» 56.11 (2001), s. 98.

⁹⁶ Por. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z 28 kwietnia 2006 r. ustawa o zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego i Prawo o aktach stanu cywilnego, «Rodzina i Prawo, kwartalnik sędziów rodzinnych» 2.2 (2006), s. 13 i n. Warto dodać, że przedmiotowy projekt przewiduje instytucję „porozumienia” tylko w art. 58 § 1 k.r.o., pozostawiając art. 106 k.r.o. bez zmiany. W tej sytuacji nie wiadomo, czy takie „porozumienie” sąd powinien uwzględnić, czy nawet wymagać od rodziców, aby je przedstawili, gdy do sądu wpłynęły wnioski o zmianę wyroku rozwodowego w części dotyczącej władzy rodzicielskiej i kontaktów dziecka

w nim instytucja „porozumienia” rodziców o sposobie wykonywania przez nich władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z dzieckiem wymaga szczegółowego unormowania, aby mogła stać się odpowiednikiem opisanego wyżej „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców, przewidzianego w prawie amerykańskim. Propozycje sposobu tego unormowania zostały przedstawione w niniejszym opracowaniu.

The postulate for importing an American concept of the “upbringing plan” of the divorcing parent into the Polish family law

Summary

The article presents the way in which the “upbringing plan” of divorcing parents functions in the United States on the example of its application in the states of Washington and Michigan. The American legislator created conditions for realization of the idea of a mutual performance of the parental authority by divorced parents among other things by means of a detailed regulation on the manner of preparation of such a plan according to a “Questionnaire” designed for this aim.

This “upbringing plan” is to fulfil in particular four functions: a) to simplify parent’s regulation of the situation after the divorce; b) normative function; c) educational function; d) preventive function.

The author critically analysis the provisions of the family and custodian code regulating the forms of the determinations regarding the parental authority in the divorce verdict and she compares them with American provisions on the “upbringing plan”. On these basis she concludes that first the plan is a perfect concept from both the legal and psychological perspective aiming at protecting the child’s good and second it ideally suits Polish divorce law, both *de lege lata* and *de lege ferenda*. It is, however, important in what manner the change of law will be performed.

This kind of interception of a modern legislative solution provided for in America in the author’s view would definitely eliminate problems connected with the performance of the parental authority by divorced parents.

z rodzicami. Nie wiadomo też, co powinno obejmować takie „porozumienie”. Z tego wynika, że wzmianka o „porozumieniu” rodziców, zawarta w art. 58 § 1 projektu nie wystarczy i nie rozwiąże problemu oraz wskazuje na potrzebę dokładnego unormowania tej instytucji tak, jak to zrobił ustawodawca w USA, wprowadzając instytucję „planu wychowawczego rodziców”.

Autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej w międzynarodowym arbitrażu handlowym¹

Uwagi wstępne

Przedmiotem niniejszego opracowania jest problematyka prawna związana z zasadą niezależności klauzuli arbitrażowej (jej autonomicznym charakterem) w stosunku do umowy podstawowej. Przytoczone rozważania dotyczą przede wszystkim funkcjonowania tej zasady w międzynarodowym arbitrażu handlowym², choć poczynione uwagi będą miały znaczenie także na tle obrotu krajowego.

Sąd polubowny (sąd arbitrażowy³) może rozstrzygać spory pomiędzy podmiotami prawa prywatnego tylko w przypadku przyznania mu takiej kompetencji przez same strony stosunku prawnego. Źródłem właściwości sądu arbitrażowego jest umowa stron poddająca spór pod jego rozstrzygnięcie (zapis na sąd polubowny/umowa o arbitraż⁴; *arbitration agreement*, *convention d'arbitrage*).

¹ „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2007, vol. 1.

² W celu odróżnienia arbitrażu międzynarodowego od arbitrażu krajowego korzysta się najczęściej z dwóch kryteriów: międzynarodowego charakteru sporu oraz miejsca zamieszkania albo siedziby stron sporu. Zob. A. Redfern, M. Hunter: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 3rd ed. London 1999, s. 11. Por. także art. 1(3) ustawy modelowej o międzynarodowym arbitrażu, opracowanej przez Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ (UNCITRAL) z 1985 r., tłum. M. Adamczyk, w „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” [dalej: PPHZ]. T. 16. Katowice 1992, s. 122–132. Tekst w języku angielskim dostępny także na stronie: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html. Ustawa modelowa UNCITRAL nie jest wiążącym źródłem prawa.

³ Termin „sąd arbitrażowy” odpowiada spotykanym w innych krajach (por. np. ang. *arbitral tribunal*). W polskim k.p.c. używa się terminu „sąd polubowny”.

⁴ Terminów tych używa się zamiennie.

Zapis na sąd polubowny może dotyczyć zarówno sporu już zaistniałego (tzw. kompromis; *compromis, submission agreement*), jak i takiego, który wyniknie dopiero w przyszłości na tle łączącego strony stosunku umownego⁵. W tym drugim przypadku umowa o arbitraż może przybrać postać bądź to samodzielnej umowy, bądź klauzuli arbitrażowej zamieszczonej w umowie głównej (*arbitration clause, clause compromissoire*). Wymienione rozróżnienia pozbawione są jednak dzisiaj większego znaczenia⁶. W międzynarodowych konwencjach dotyczących arbitrażu⁷ w ogóle pominięto pierwsze z nich, uważając za oczywiste, że zarówno kompromis, jak i umowa o spór, który wyniknąć może w przyszłości, mieszczą się w pojęciu *arbitration agreement*, a o drugim wspomina się wyłącznie w celu wskazania sposobów sporządzenia umowy o arbitraż. Oba podziały znalazły swe odzwierciedlenie w ustawie modelowej o międzynarodowym arbitrażu opracowanej przez UNCITRAL, ale tylko po to, by podkreślić, iż pozbawione są zna-

⁵ Polskie pojęcie „zapis na sąd polubowny” obejmuje zarówno kompromis, jak i umowę o poddanie sporu, który może wyniknąć dopiero w przyszłości. Por. art. 1161 znowelizowanego kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 698 poprzednio obowiązujących przepisów.

⁶ Por. np. M. Tomaszewski: *Umowa o arbitraż, podstawowe problemy prawne*. „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” [dalej: PUG] 1994, nr 1, s. 15; A. Lizer-Klatka: *Umowa o arbitraż w międzynarodowym arbitrażu handlowym*. Katowice 2001 [niepubl.], s. 27. Wskazanym rozróżnieniom nadawano znaczenie w przeszłości. Na przykład we Francji do 1925 r. w arbitrażu krajowym za skuteczne uważano tylko umowy o arbitraż, które obejmowały spory już zaistniałe. Zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague 1999, s. 193. W stosunku do drugiego rozróżnienia wskazywano zaś, że – w przeciwieństwie do samodzielnej umowy o arbitraż – klauzula zamieszczona w kontrakcie dzieli jego losy prawne. Zob. np. Z. Fenichel: *Polskie prawo prywatne i procesowe – Studia*. Kraków 1936, s. 873.

⁷ Artykuł II (2) Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z dnia 10 czerwca 1958 r. Dz. U. 1962, nr 9, poz. 41 i 42 oraz art. I(2)(a) Konwencji europejskiej (genewskiej) o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1961 r. Dz. U. 1964, nr 40, poz. 270 i 271. Por. na ten temat E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 194. Konwencja nowojorska przewiduje przesłanki uznawania orzeczeń zagranicznych sądów arbitrażowych; została przyjęta przez wiele państw, a od 1961 r. wiąże również Polskę. Por. listę państw członkowskich: <http://www.uncitral.org>. Konwencja europejska ma natomiast zastosowanie do „umów o arbitraż, zawieranych w celu rozstrzygnięcia sporów wynikających przy dokonywaniu transakcji handlu międzynarodowego między osobami tak fizycznymi, jak i prawnymi, które w chwili zawierania takich umów mają stałe miejsce zamieszkania bądź swą siedzibę w różnych umawiających się państwach”. Artykuł I(1)(a). Stronami Konwencji są prawie wyłącznie kraje europejskie. Od 1964 r. związana jest nią także Polska.

czenia prawnego⁸. Zapis na sąd polubowny stanowiący podstawę jego kompetencji musi spełniać przesłanki ważności przewidziane przez prawo właściwe dla jego oceny⁹. Strony muszą więc dopełnić wymagań zarówno co do zdolności (*capacity*) i formy (*formal validity*), jak i treści oraz przedmiotowego zakresu dopuszczalności zapisu (ta ostatnia przesłanka dotyczy rodzaju sporów, które mogą zostać poddane pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego, tzw. *arbitrability*)¹⁰.

Współcześnie zapis na sąd polubowny przybiera najczęściej postać jednej z klauzul umowy podstawowej (klauzuli arbitrażowej). W przypadku nieważności lub innej wadliwości tej umowy pojawia się pytanie o wpływ tej wadliwości na ważność lub skuteczność klauzuli arbitrażowej zamieszczonej w umowie. W tym właśnie miejscu pole do działania ma zasada niezależności klauzuli arbitrażowej.

Zasada niezależności klauzuli arbitrażowej – pojęcie

Autonomiczny charakter umowy arbitrażowej (*autonomy, separability, severability*¹¹) oznacza, że klauzula arbitrażowa, choć zamieszczona w umowie głównej, traktowana jest jak niezależne porozumienie stron¹². Jej ważność

⁸ Por. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 195.

⁹ Problematyka dotycząca tych kwestii określana jest w literaturze mianem *validity of the arbitration agreement*. Por. A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 141 i nast.

¹⁰ Por. np. krótki przegląd przesłanek ważności umowy o arbitraż, którego dokonał M. Tomaszewski: *Umowa...*, s. 16–17. Więcej na ten temat A. Lizer-Klatka: *Umowa...*

¹¹ Pojęciem *autonomy* posługują się prawnicy kontynentalni. Pozostałe pojęcia rozpozyczne są na obszarze państw *common law*. Pojęcie „autonomiczność umowy o arbitraż” używane jest czasem – zwłaszcza we Francji – także w zupełnie innym znaczeniu, dla podkreślenia „autonomiczności” umowy o arbitraż w stosunku do wszelkich praw krajowych. Kwestia ta wiąże się z zagadnieniem prawa właściwego dla umowy o arbitraż i nie jest przedmiotem niniejszego opracowania. Zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 197; A. Dimolitsa: *Autonomie et Kompetenz-Kompetenz*. „Revue de l'arbitrage” [dalej: *Rev. Arb.*] 1998, No. 2, s. 305.

¹² E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 198, 210; A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 154; M. Rubino-Sammartano: *International Arbitration Law and Practice*. 7th ed. The Hague–London–Boston, s. 225; A.J. van den Berg: *The New York Arbitration Convention of 1958*. The Hague 1981, s. 145; S. Walt: *Decision by Division: The Contractarian Structure of Commercial Arbitration*. „Rutgers Law Review” [dalej: *Rutgers L. Rev.*] 1999, Vol. 51, s. 381; C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't: The Current Status of the Doctrine of Separability*. „Journal of International Arbitration” [dalej: *J. Int. Arb.*] 1991, Vol. 8, No. 4, s. 37 i nast.; P. Gross: *Separability Comes of Age in England: Harbour v. Kansa and Clause 3 of The Bill*. „Arbitration International” [dalej: *Arb. Int'l*] 1995, Vol. 11, No. 1, s. 85 i nast.; B. Dutoit, F. Knoepfler, P. Lalive, P. Marcier: *Repertoire de droit international prive suisse*. Vol. 1. Berne 1982, s. 271; R. David: *L'arbitrage dans le commerce international*.

nie jest uzależniona od ważności umowy głównej. Podobnie wygaśnięcie umowy głównej nie powoduje wygaśnięcia klauzuli arbitrażowej¹³.

Niezależność klauzuli arbitrażowej przejawia się także w tym, że ważność umowy głównej nie może uzdrowić braków klauzuli arbitrażowej. W każdym przypadku muszą zostać spełnione przesłanki wymagane dla umowy o arbitraż wedle prawa dla niej właściwego. Oznacza to między innymi, że wymagania co do formy umowy o arbitraż nie mogą ulec złagodzeniu na skutek umieszczenia klauzuli arbitrażowej w umowie podstawowej, dla której ustawa przewiduje formę łagodniejszą¹⁴.

W doktrynie niezależność klauzuli arbitrażowej tłumaczy się na dwa sposoby. Wedle pierwszej koncepcji przyjmuje się fikcję, że klauzula arbitrażowa jest zupełnie samodzielnym, odrębnym od kontraktu podstawowego porozumieniem¹⁵. Dzięki temu tak samo oceniać będziemy klauzulę

Paris 1982, s. 265; J. Robert, B. Moreau: *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*. Paris 1993, s. 249 i nast.; R. Bourdin, w: Y. Derains: *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*. Paris 1984, s. 14; N. Coipel-Cordonnier: *Les Conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*. Paris 1999, s. 301 i nast. W literaturze polskiej na temat autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej zob.: R. Morek: *Mediacja i arbitraż: komentarz*. Warszawa 2006, s. 200; A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 30; L. Łabęcki: *Międzynarodowy arbitraż handlowy w sporach między stronami z państw członkowskich RWPG*. Warszawa 1984, s. 97; S. Dalka: *Sądownictwo polubowne w PRL*. Warszawa 1987, s. 61; M. Tomaszewski: *Umowa...*, s. 15; M. Pazdan: *Prawo właściwe do oceny zapisu na sąd polubowny*. „Rejent” 2003, nr 10, s. 174–175; J. Pazdan: *Umocowanie do zawarcia umowy o arbitraż*. „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2003, 3,2, s. 301; A. Tynel, J. Funk, W. Chwalej, M. Pazdan (red.): *Międzynarodowe prawo handlowe*. Warszawa 2002, s. 320–321; R. Ludwikowski: *Regulacje handlu i biznesu międzynarodowego*. T. 2: *Międzynarodowe transakcje handlowe*. Warszawa 1998, s. 488; T. Szurski: *Arbitraż – skuteczny sposób likwidowania sporów*. „Monitor Prawniczy” [dalej: MoP] 1998, nr 12, s. 471.

¹³ Jak słusznie podkreśla się w literaturze, właśnie w tych przypadkach klauzula okazuje się potrzebna. Tak A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 154.

¹⁴ Tak – moim zdaniem – słusznie M. Dragun-Gertner w głosie (krytycznej) do Postanowienia SA w Gdańsku z dnia 11 grudnia 1996 r. OSP 1997/7-8, s. 400. To samo dotyczy sytuacji odwrotnej, tzn. wymagania co do formy umowy arbitrażowej nie ulegają zaostrzeniu ze względu na surowsze wymagania przewidziane dla umowy głównej.

¹⁵ Koncepcję tę nazywa się czasem *collateral contract theory*. Zob. A. Samuel: *Separability in English Law – Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which It Is Contained?* J. Int. Arb. 1986, Vol. 3, No. 3, s. 95 i cytowana tam literatura oraz orzecznictwo, w szczególności orzeczenie angielskiego Court of Appeals w sprawie *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd.* (1981) A.C., s. 980, 998. Por. także A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 154; S. Schwebel: *International Arbitration: Three Salient Problems*.

arbitrażową zamieszczoną w kontrakcie oraz umowę arbitrażową sporządzoną w odrębnym dokumencie. Zwolennicy drugiej koncepcji wskazują natomiast, iż klauzula arbitrażowa stanowi tę część umowy głównej, która „przeżywa” ją w przypadku jej nieważności lub wygaśnięcia¹⁶. Klauzula arbitrażowa nie pełni, ich zdaniem, żadnej samodzielnej funkcji gospodarczej, nie może zatem stanowi odrębnej umowy¹⁷. Nie rozstrzygając powyższego sporu, wystarczy stwierdzić, że na potrzeby ustalenia jurysdykcji sądu arbitrażowego klauzulę arbitrażową traktujemy jako odrębną, gdyż dotyczy ona praw i obowiązków zupełnie innego rodzaju niż pozostałe postanowienia umowne, mianowicie wyznaczenia sądu, który będzie właściwy do rozstrzygnięcia sporu, a nie materialnych praw i obowiązków stron wynikających z umowy głównej¹⁸.

Najważniejszą konsekwencją autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej jest kompetencja sądu arbitrażowego do rozstrzygnięcia o ważności i skuteczności umowy głównej. Stwierdzenie przez sąd nieważności umowy łączącej strony nie pociąga za sobą konieczności zanegowania własnej jurysdykcji w sprawie¹⁹. Sąd arbitrażowy władny jest również orzekać o roszczeniach przysługujących stronom na skutek stwierdzenia nieważności umowy, np. z tytułu nienależnego świadczenia. Skutkiem, ale zarazem także celem zasady niezależności klauzuli arbitrażowej jest więc istotne rozszerzenie jurysdykcji sądu arbitrażowego²⁰. Patrząc na to z jeszcze innej strony, orzekanie o ważności i skuteczności umowy głównej mieści się w przedmiotowym zakresie spraw poddanych sądowi pod rozstrzygnięcie w klauzuli arbitrażowej.

Cambridge 1987, s. 5; V.V. Veeder: *International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement* [dalej: *Intl. Handbook on Comm. Arb., Suppl.*] 1997, England, s. 23–68, rozdz. II(4); P. Sanders: *Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules*. „*ICCA Yearbook*” 1977, Vol. 2, pkt 4.2.

¹⁶ Na gruncie prawa angielskiego za koncepcją tą – zwaną czasem *one-contract theory* – zdecydowanie opowiada się A. Samuel: *Separability...*, s. 95–110. A. Samuel: Recenzja pracy: S. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*. *J. Int. Arb.* 1988, Vol. 5, No. 1, s. 119–125. Zdaniem tego autora, założenie, że mamy do czynienia z dwiema samodzielnymi umowami z reguły nie odpowiada rzeczywistej woli stron. Podobnie P. Mayer: *Les limites de la separabilite de la clause compromissoire*. *Rev. Arb.* 1998, No 2, s. 359. Zob. także A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 154.

¹⁷ Tak P. Mayer: *Les limites...*, s. 361.

¹⁸ Zob. A. Samuel: *Separability...*, tekst za przyp. 76; A. Dimolitsa: *Autonomie...*, s. 308.

¹⁹ A. Broches: *Commentary on the UNCITRAL Model Law*. *Intl. Handbook on Comm. Arb., Suppl.* 1990, art. 16, pkt 6; A. Rogers, R. Launders: *Separability – the Indestructible Arbitration Clause*. *Arb. Int'l* 1994, Vol. 10, No. 1, s. 17; L. Łabęcki: *Międzynarodowy...*, s. 97.

²⁰ Por. A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 155.

Zasada niezależności klauzuli arbitrażowej powiązana jest z zasadą Kompetenz–Kompetenz (competence–competence, competence de la competence), na podstawie której arbitrzy mogą decydować o swej własnej kompetencji do rozstrzygnięcia sporu²¹. Rozpatrują oni zarówno zarzuty dotyczące ważności i skuteczności klauzuli arbitrażowej, jak również wszelkie inne zarzuty co do właściwości sądu arbitrażowego, nie korzystając w tym zakresie z pomocy sądu państwowego. Zasada niezależności klauzuli arbitrażowej, określana często jako korelat zasady Kompetenz–Kompetenz (obie zasady służą bowiem podobnemu celowi), ma jednakże swą samodzielną treść²². Z zasady Kompetenz–Kompetenz wynika wyłączenie kompetencji sądu arbitrażowego do orzekania o własnej właściwości. Gdyby nie towarzyszyła jej zasada niezależności klauzuli, sąd arbitrażowy musiałby jednak orzec o swej niewłaściwości w przypadku nieważności samej umowy głównej. Utrzymanie kompetencji do rozstrzygnięcia sporu powstałego na tle nieważnej umowy możliwe jest więc dzięki autonomicznemu charakterowi klauzuli arbitrażowej²³. Obydwie zasady, wzajemnie się uzupełniając, wzmacniają niezależność orzecznictwa arbitrażowego (względem orzecznictwa państwowego).

Dodatkowym uzasadnieniem niezależności klauzuli arbitrażowej jest możliwość uniknięcia błędnego koła, które pojawi się, jeśli zasadę tę odrzucimy. Jeżeli bowiem sąd arbitrażowy miałby odmówić rozstrzygnięcia sprawy ze względu na nieważność umowy głównej, to musiałby przedtem zbadać podstawę owego zarzutu, tj. dokonać oceny merytorycznej owej umowy, tylko po to, by stwierdzić, że jednak nie ma jurysdykcji do rozstrzygnięcia sporu. To z kolei oznaczałoby, że tak naprawdę nigdy nie miał

²¹ Por. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 213; A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 156.

²² Por. na ten temat: E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 213; P. Gross: *Separability...*, tekst za przyp. 7; A. Broches: *Commentary...*, art.16, pkt 6; C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, s. 37 i nast.; J. Rosen: *Arbitration under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence*. „Fordham International Law Journal” [dalej: *Fordham Int'l L. J.*] 1994, Vol. 17, s. 608; R. David: *L'arbitrage...*, s. 265; A. Dimolitsa: *Autonomie...*, s. 307. Z kolei S. Schwebel: (*International...*, s. 2, 3, 10) traktuje zasadę Kompetenz–Kompetenz jako teoretyczną podstawę uzasadniającą autonomiczny charakter umowy arbitrażowej. Inaczej: A. Samuel: *Recenzja...*, s. 119–125 i autorzy tam cytowani oraz R. David: *L'arbitrage...*, s. 265, których zdaniem, po pierwsze, zasada Kompetenz–Kompetenz ma charakter procesowy, a zasada niezależności klauzuli – charakter materialnoprawny, po drugie, zasada Kompetenz–Kompetenz ma szerszy zakres, dotyczy bowiem wszelkich zarzutów co do właściwości sądu arbitrażowego, a nie tylko kwestii ważności lub skuteczności klauzuli arbitrażowej.

²³ Tak E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 214.

kompetencji do rozstrzygnięcia o nieważności umowy głównej²⁴. Przewyższeniu zarzutu błędnego koła sprzyja autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej, gdyż nie pozwala sądowi arbitrażowemu uzależniać swej jurysdykcji od ważności umowy głównej.

Problem „błędnego koła” mógłby pojawić się (z braku uznania autonomicznego charakteru klauzuli) także przed sądem państwowym, gdyby sąd ten rozstrzygał spór poddany przez strony pod rozstrzygnięcie sądu polubownego tylko dlatego, że jedna ze stron, przekonana o nieważności umowy głównej, wniosła sprawę do sądu państwowego, który z kolei, rozstrzygając o nieważności umowy głównej, wkraczałby w kompetencje sądu polubownego, powołanego do rozstrzygnięcia co do meritum sporu²⁵. Dlatego również sąd państwowy powinien ograniczyć swą kompetencję do badania skuteczności samego tylko zapisu na sąd polubowny, a dopiero w razie stwierdzenia jego nieskuteczności może przystąpić do rozstrzygnięcia o meritum sprawy. Nie wolno mu jednak uzależniać własnej jurysdykcji od ważności umowy głównej.

O rozwoju zasady niezależności klauzuli arbitrażowej zadecydowała również konieczność uniemożliwienia stronom blokowania postępowania arbitrażowego przez podnoszenie zarzutu nieważności umowy głównej²⁶. Zasada niezależności klauzuli służy w istocie przyspieszeniu²⁷ procedury

²⁴ Takie orzeczenie sądu arbitrażowego pociągałoby za sobą konieczność rozstrzygnięcia kwestii ważności umowy przez sąd państwowy, co w istocie oznaczałoby orzekanie po raz drugi w przedmiocie tej samej kwestii. Z tego powodu podnoszono w literaturze argument, że odmowa przyjęcia zasady niezależności umowy arbitrażowej rodzi konsekwencje trudne do zaakceptowania z punktu widzenia ochrony powagi rzeczy osądzonej. Por. J.D. Stiner: *Arbitration: Schaffer v. Jaffery: The Oklahoma Supreme Court Reject the Separability Doctrine and Takes Step Back in the Enforcement of Arbitration Clauses Under Oklahoma Law*. „Oklahoma Law Review” [dalej: Okla. L. Rev.] 1997, Vol. 50, s. 243.

²⁵ Także tu pojawia się problem sprzeczności z zasadą ochrony powagi rzeczy osądzonej.

²⁶ Zob. T. Szurski, in: P. Sanders: *UNCITRAL'S Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*. „ICCA Congress Series” 1984, No. 2, s. 76; C. Svernlöv: *The Evolution of the Doctrine of Separability in England: Now Virtually Complete?* J. Int. Arb. 1992, Vol. 9, No. 3, s. 115; S. Schwebel: *International...*, s. 3–6; A. Rogers, R. Launders: *Separability...*, tekst za przyp. 9. J.G. Wetter: *The Importance of Having a Connection*. Arb. Int'l 1987, Vol. 3, No. 4, s. 329–336, tekst za przyp. 5; S. Walt: *Decision...*, s. 381. Bez przyjęcia zasady niezależności klauzuli arbitrażowej łatwo byłoby zablokować postępowanie, przez podniesienie zarzutu nieważności umowy głównej. Sąd arbitrażowy, wobec prima facie uzasadnionego zarzutu nieważności umowy głównej, musiałby odmówić rozstrzygnięcia sporu. W konsekwencji wszystkie spory odnoszące się do ważności umowy podstawowej pozostawałyby poza jurysdykcją sądu polubownego.

²⁷ A. Rogers, R. Launders: *Separability...*, tekst za przyp. 9.

oraz zmniejszeniu udziału sądów państwowych w postępowaniu przed sądem polubownym²⁸. Dzięki zasadzie niezależności klauzuli kompetencja sądów arbitrażowych ulega poszerzeniu także o spory dotyczące ważności i skuteczności umowy głównej²⁹.

Istotnym argumentem podnoszonym na poparcie autonomicznego charakteru umowy o arbitraż jest także konieczność uwzględnienia woli stron. Z reguły bowiem jest tak, że jeżeli strony poddały pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego spory wynikające z łączącego je stosunku umownego, to zamiarem ich było, aby rozstrzygał on o wszystkich kwestiach związanych z tym stosunkiem, w tym także o nieważności umowy czy innej postaci wadliwości, jak również o wzajemnych rozliczeniach wynikających z tego tytułu³⁰. Ponieważ decydującą rolę ma tu odegrać interpretacja woli stron,

²⁸ A. Samuel: *Recenzja...*, tekst za przyp. 11.

²⁹ Pozostaje to w zgodzie z lansowaną w wielu krajach polityką poddawania pod rozstrzygnięcie sądów arbitrażowych jak największej liczby rodzajów spraw i ograniczania ingerencji sądownictwa krajowego w postępowanie arbitrażowe. W USA polityka ta określana jest mianem *proarbitration policy*, zob. np.: R. Layton: *Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America*. J. Int. Arb. 1993, Vol. 10, No. 2, s. 123–141, tekst za przyp. 4; N. Kaplan: *A Case by Case Examination of Whether National Courts Apply Different Standards When Assisting Arbitral Proceedings and Enforcing Awards in International Cases as Contrasting with Domestic Disputes. Is There a Worldwide Trend towards Supporting an International Arbitration Culture?* „ICCA Congress series” 1998, No. 8, s. 218; E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 84 oraz orzeczenia sądów federalnych po przystąpieniu USA do Konwencji nowojorskiej (1970), np. *Scherck v. Alberto-Culver Co* (1974), 417 U.S., s. 506 oraz „wiodące” orzeczenie w sprawie *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (1985), 473 U.S., s. 614, ale także starsze *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.* (1942), 126 F.2d, s. 985. W USA uważa się nawet, że wątpliwości co do jurysdykcji należy rozstrzygać na korzyść arbitrażu. Zob. np. *Wick v. Atlantic Marine, Inc.* (1979), 605 F.2d, s. 166 oraz *Austin Mun. Sec., Inc. v. NASD* (1985), 757 F.2d, s. 676. Na temat poglądów wyrażanych we Francji i Szwajcarii (w tej ostatniej istotnym krokiem we wspomnianym kierunku była Ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym z 1987 r.) zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 68, 76–78.

³⁰ Por. S. Schwebel: *International...*, s. 3–6; A. Rogers, R. Launders: *Separability...*, tekst za przyp. 9; R. Goode: *The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration*. Arb. Int’l 1992, Vol. 8, No. 1, s. 1–16, tekst za przyp. 5; G.L. Benton, R. Rogers: *The Arbitration of International Technology – Disputes Under the English Arbitration Act 1996*, Arb. Int’l 1997, Vol. 13, No. 4, s. 361–374, tekst za przyp. 31; J.G. Wetter: *The Importance...*, tekst za przyp. 8. Istotną rolę woli stron w tym kontekście podkreśla się także w orzecznictwie arbitrażowym i państwowym; zob. np. orzeczenie sądu arbitrażowego ad hoc w sprawie *Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic* (1977). „International Law Reports” 1979, Vol. 53, s. 389–409, pkt 19; *Orzeczenie bułgarskiego sądu arbitrażowego (Arbitration Court of the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry)* z 23 czerwca 1973. „ICCA Yearbook” 1979, Vol. 4, s. 189–189; *Harbour Assurance v. Kansa* (1993), *Court of Appeal*

istotna staje się uważana analiza treści klauzuli arbitrażowej. Strony mogą ograniczyć jej zakres, wyłączając pewne rodzaje sporów, mimo że dotyczą one umowy głównej łączącej strony. Co do zasady jednak, w przypadku gdy strony posługują się typową klauzulą arbitrażową (w tym jedną ze standardowych klauzul proponowanych przez instytucje arbitrażowe³¹), należy uznać, iż jest ona wystarczająco szeroka, aby zmieściły się w jej zakresie także spory co do ważności i skuteczności umowy głównej. Interpretacja taka nie wymaga posłużenia się przez strony żadnymi dodatkowymi, sformułowaniami.

(Anglia). „ICCA Yearbook” 1995, Vol. 20, s. 771-790, pkt 16, 26; *Westcare Investments Inc. v. Judoimport-SDPR Holdings Co. Ltd.* (1997), High Court, Queen’s Bench Division (Anglia). „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 836–879, pkt 59; *Orzeczenie niemieckiego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof) z 27 lutego 1970*. Arb. Int’l 1990, Vol. 6, No. 1, s. 79. Przypisywanie tak istotnej roli woli stron spotyka się również z krytyką w literaturze. Tak np. I. Yoshida: *Interpretation of Separability of an Arbitration Agreement and its Practical Effects on Rules of Conflict of Laws in Arbitration in Russia*. Arb. Int’l 2003, Vol. 19, No. 1, s. 95–112, tekst za przyp. 41.

³¹ Jak się wydaje, w taki sposób należy interpretować np. standardową klauzulę Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej z 1998 r. (*Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*). „ICCA Yearbook” 1997, Vol. 22, s. 347–362: „Wszelkie spory wynikające z niniejszego kontraktu albo z nim związane...” (tekst Regulaminu dostępny także w języku polskim na stronie: www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp). Podobne klauzule wzorcowe zawierają: Regulamin Międzynarodowego Arbitrażu Amerykańskiego Stowarzyszenia Arbitrażowego (*American Arbitration Association International Rules*) z 1997 r. (www.adr.org/ftp); Regulamin Międzynarodowy Singapurskiego Centrum Arbitrażu Międzynarodowego (*SIAC International Rules*) z 1997 r. (www.siac.org.sg); Regulamin Arbitrażowy Niemieckiego Instytutu Arbitrażu (*Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration*) z 1998. „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 288–306; Regulamin Sądu Arbitrażowego przy Węgierskiej Izbie Przemysłowo-Handlowej (*Rules of the Hungarian Chamber of Commerce and Industry Arbitration Court*). „ICCA Yearbook” 1995, Vol. 20, s. 295–320. Niektóre regulaminy uszczegółwiają zakres standardowej klauzuli za pomocą wyliczenia, jakie rodzaje sporów dotyczących umowy poddane są pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego. Por. np. Regulamin Weneckiego Sądu Arbitrażu Krajowego i Międzynarodowego (*Rules of the Venice court of National and International Arbitration*). J. Int. Arb. 1999, Vol. 16, No. 2, s. 81–92, zgodnie z którym klauzula obejmuje spory dotyczące m.in.: zawarcia, wykonania, ważności, naruszenia, zakończenia oraz roszczeń odszkodowawczych wynikających z umowy, oraz Regulamin Londyńskiego Sądu Arbitrażu Międzynarodowego z 1998 r. (*Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration*). „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 369–393, <http://www.lciaarbitration.com>, w którym wskazano, że klauzula arbitrażowa obejmuje m.in. spory dotyczące istnienia, ważności i zakończenia umowy.

Zasada niezależności klauzuli arbitrażowej w instrumentach prawa międzynarodowego i krajowego

Współcześnie³² zasada niezależności klauzuli arbitrażowej jest w świecie powszechnie uznawana. Stała się „prawdziwie międzynarodową normą prawa”³³, akceptowaną jako jedna z podstawowych zasad międzynarodowego arbitrażu handlowego³⁴, choć formalnie rzecz biorąc, nie została zapisana w międzynarodowych konwencjach dotyczących arbitrażu. Przepis jej poświęcony znalazł się natomiast w ustawie modelowej UNCITRAL-u i w wielu regulaminach arbitrażowych. Jest też akceptowana w orzecznictwie sądów arbitrażowych oraz w prawach krajowych poszczególnych państw, także w prawie polskim.

Konwencje o międzynarodowym arbitrażu handlowym

W Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1958 r.³⁵ brak jest wyraźnego przepisu dotyczącego zasady niezależności klauzuli arbitrażowej. Zdaniem niektórych autorów, wynika ona jednak pośrednio z art. V(1)(a) Konwencji. Podnoszą oni dwa argumenty na poparcie swej tezy. Po pierwsze, w Konwencji wskazano prawo właściwe dla umowy o arbitraż (art. V(1)(a)), które może być inne niż prawo właściwe dla umowy głównej³⁶. Po drugie, wśród konwencyjnych podstaw odmowy uznania orzeczenia sądu arbitrażowego brak jest nieważności umowy głównej³⁷, co może pośrednio świadczyć o niezależności klauzuli arbitrażowej. Takie stanowisko zostało jednak poddane krytyce. Wielość praw mających zastosowanie do tej samej umowy

³² Por. dalsze uwagi na temat nieuznawania tej zasady w przeszłości.

³³ Określenie to, którego użył P. Sanders: *L'Autonomie de la clause compromissoire*. In: *Hommage à Frederic Eisemann*. Paris 1978, s. 42, jest często przytaczane w doktrynie i orzecznictwie.

³⁴ Zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 199; A. Redfern, M. Hunter: *Law...*, s. 154.

³⁵ Zob. przyp. 6.

³⁶ Tak P. Schlosser: *Das Recht der Internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*. Tübingen 1978, przyp. 316. Cyt. za: A.J. van den Berg: *The New York...*, s. 146, a także A.S. El-Koshery, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1990, Egipt, s. 19 52, rozdz. II(4); A. Rogers, R. Launders: *Separability...*, tekst za przyp. 19.

³⁷ Tak S. Schwebel: *International...*, s. 22.

jest bowiem zjawiskiem występującym także w innych sytuacjach (*depeçage*) i samo przez się nie decyduje jeszcze o autonomicznym charakterze klauzuli arbitrażowej³⁸. Nie wydaje się także słuszne wnioskowanie o zasadzie niezależności klauzuli z samego tylko faktu, że w Konwencji nie nadano nieważności umowy głównej atrybutu przesłanki odmowy uznania orzeczenia sądu arbitrażowego. Należy więc, jak się wydaje, podzielić pogląd, że Konwencja pozostaje neutralna wobec problemu niezależności klauzuli arbitrażowej³⁹.

W przeciwieństwie do Konwencji nowojorskiej, w Konwencji europejskiej (genewskiej) o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1961 r.⁴⁰ można – jak się wydaje – próbować dopatrywać się rozstrzygnięcia kwestii niezależności klauzuli arbitrażowej. Nie posłużono się w niej wprawdzie pojęciem „niezależność”, ale w art. V(3) wyraźnie przyznano sądowi arbitrażowemu kompetencję do orzekania o istnieniu i ważności umowy głównej⁴¹. Postanowienie to samo w sobie nie oznacza jeszcze przyjęcia zasady niezależności klauzuli, nie przeszkadza bowiem sądowi w uznaniu za nieważną zarówno samej umowy głównej, jak i – w konsekwencji – klauzuli arbitrażowej. Wydaje się, że art. V(3) wyraża przede wszystkim zasadę Kompetenz–Kompetenz. Można jednak, jak sądzę, twierdzić, że w Konwencji europejskiej, przez przyznanie sądowi arbitrażowemu kompetencji do orzekania w kwestii ważności i istnienia umowy głównej, uznano zarazem zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej⁴².

³⁸ Tak A.J. van den Berg: *The New York...*, s. 146.

³⁹ Ibidem; C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, tekst za przyp. 26; A. Samuel: *Recenzja...*, tekst za przyp. 33; A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 33.

⁴⁰ Zob. przyp. 6.

⁴¹ Artykuł V(3) brzmi: „Sąd arbitrażowy, przeciw któremu zgłoszono zarzut niewłaściwości, nie powinien uchylać się od rozpoznania sprawy i ma prawo sam orzec co do swej właściwości albo co do istnienia lub ważności umowy o arbitraż lub kontraktu, którego częścią składową jest ta umowa [...]”.

⁴² Tak M. Blessing: *The Major Western and Soviet Arbitration Rules: A comparison of the Rules of UNCITRAL, UNCITRAL Model Law, LCIA, ICC, AAA and the Rules of the USSR Chamber of Commerce and Industry*. J. Int. Arb. 1989, Vol. 6, No. 3, s. 876, część 1, pkt 18; K. Hober: *Arbitration in Moscow*. Arb. Int'l 1987, Vol. 3, No. 2, s. 119–163, tekst za przyp. 67. Słuszne wątpliwości co do takiego wniosku wyraził C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, tekst za przyp. 19, nie rozstrzygając jednak tej kwestii. Przytacza on z kolei orzeczenie sądu arbitrażowego, który zajął w tej sprawie stanowisko negatywne: Orzeczenie ICC w sprawie nr 2091 z 14 maja 1972 r. Rev. Arb. 1975, No 3, s. 252. Neutralność postanowień konwencji genewskiej w stosunku do kwestii niezależności klauzuli arbitrażowej przyjmuje również A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 33. Prawdą jest bowiem, że w trakcie prac nad Konwencją nie dyskutowano tej kwestii. Zob. D. Hascher:

Ustawa modelowa UNCITRAL-u

Kwestię autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej rozstrzygnięto w sposób wyraźny w art. 16(1) ustawy modelowej UNCITRAL-u. W zdaniu pierwszym tego artykułu wyrażono zasadę Kompetencj–Kompetencj. Ze zdania drugiego wynika zaś, że klauzula arbitrażowa stanowi porozumienie samodzielne w stosunku do innych klauzul kontraktu, oraz że stwierdzenie przez sąd arbitrażowy nieważności kontraktu nie pociąga za sobą z mocy prawa nieważności klauzuli arbitrażowej⁴³.

Regulaminy sądów arbitrażowych

Zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej zapisano w wielu regulaminach międzynarodowych sądów arbitrażowych, w tym także w Regulaminie Arbitrażowym UNCITRAL-u z 1976 r. (UNCITRAL Arbitration Rules)⁴⁴. W art. 21(2) Regulaminu wyrażono zarówno kompetencję sądu arbitrażowego do rozstrzygania o istnieniu i ważności umowy głównej, jak i niezależność klauzuli arbitrażowej.

Niezależność klauzuli zapisano również w art. 6(4) Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej z 1998 r.⁴⁵ Wskazano mia-

European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 – Commentary. „ICCA Yearbook” 1995, Vol. 20, s. 1006–1038, pkt 46.

⁴³ Artykuł 16(1) brzmi: „Sąd arbitrażowy może orzekać o swej właściwości, włącznie z rozpatrywaniem wszelkich zarzutów dotyczących istnienia lub ważności umowy o arbitraż. W związku z tym przyjmuje się, że klauzula arbitrażowa kontraktu stanowi porozumienie odrębne od innych klauzul kontraktu. Stwierdzenie przez sąd arbitrażowy nieważności kontraktu nie pociąga za sobą z mocy prawa nieważności klauzuli arbitrażowej” [tłum. M. Adamczyk].

⁴⁴ Regulamin ten – jako wzorcowy – został przygotowany przez Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ i przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 15 grudnia 1976 r. Mogą go także wybrać same strony, i to zarówno w przypadku arbitrażu ad hoc, jak i arbitrażu instytucjonalnego, jeżeli zezwala na to regulamin danego stałego sądu arbitrażowego. Regulamin w tłum. A. Wiśniewskiego. PPHZ 1979, T. 3, s. 161–175. Tam też omówienie Regulaminu autorstwa J. Jakubowskiego i A. Wiśniewskiego, s. 25. Tekst w języku angielskim dostępny na stronie: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html.

⁴⁵ Zob. przyp. 30. Por. Y. Derains, E.A. Schwartz: *A guide to the ICC Rules of Arbitration*. The Hague 2006, s. 111; M.W. Bihler, Th.H. Webster: *Handbook of ICC Arbitration. Commentary, Precedents, Materials*. London 2005, s. 100. Międzynarodowa Izba Handlowa była pierwszą instytucją arbitrażową na świecie, w której regulaminie znalazło się postanowienie uznające zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej. Zob. E. Gailard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 200.

nowicie, że sąd arbitrażowy nie traci kompetencji do rozstrzygnięcia sprawy z powodu nieważności lub nieistnienia umowy głównej. W Regulaminie rozróżnia się wyraźnie zarzuty wobec skuteczności umowy głównej (które nie mają wpływu na kompetencję sądu arbitrażowego) oraz zarzuty dotyczące skuteczności klauzuli arbitrażowej (od której kompetencja ta zależy), tym samym dając wyraz zasadzie niezależności umowy arbitrażowej.

Zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej – i to w ujęciu ustawy modelowej i Regulaminu UNCITRAL-u – zapisano również w regulaminach wielu innych stałych sądów arbitrażowych, w tym między innymi: w art. 15(2) Regulaminu Międzynarodowego Arbitrażu Amerykańskiego Stowarzyszenia Arbitrażowego (American Arbitration Association International Rules) z 1997 r.⁴⁶, w art. 23(1) Regulaminu Arbitrażowego Londyńskiego Sądu Arbitrażu Międzynarodowego z 1998 r. (Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration)⁴⁷, w art. 5 Regulaminu Arbitrażowego Chińskiej Międzynarodowej Arbitrażowej Komisji Ekonomii i Handlu z 1995 r. (CIETAC Arbitration Rules)⁴⁸, w art. 21(2) Szwajcarskiego Regulaminu Międzynarodowego Arbitrażu z 2004 r. (Swiss Rules of International Arbitration)⁴⁹, w art. 26(1) Regulaminu Międzynarodowego Singapurskiego Centrum Arbitrażu Międzynarodowego z 1997 r. (SIAC International Rules)⁵⁰.

Brak natomiast wyraźnego przepisu poświęconego niezależności klauzuli arbitrażowej w Regulaminie Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie⁵¹. W §2(3) Regulaminu zapisano jedynie, że „zespół orzekający ma kompetencje do orzekania o właściwości sądu oraz istnieniu, ważności lub zakresie umowy o arbitraż”. Wskazano więc na zasadę Kompetenz–Kompetenz, pomijając kwestię niezależności klauzuli arbitrażowej w stosunku do umowy podstawowej. Nie stoi to jednak – jak sądzę – na przeszkodzie, aby składy orzekające sądu arbitrażowego przyjmowały niezależność klauzuli arbitrażowej jako regułę powszechnie uznaną w międzynarodowym arbitrażu handlowym. Wyrażne zapisanie tej kwestii w regulaminie byłoby natomiast wskazane.

⁴⁶ Tekst dostępny na stronie: www.adr.org/ftp.

⁴⁷ Zob. przyp. 30.

⁴⁸ Tekst dostępny na stronie: www.cietac.org.cn/english/rules/rules.html.

⁴⁹ Tekst dostępny na stronie: www.swissarbitration.ch/rules.html.

⁵⁰ Zob. przyp. 30.

⁵¹ Tekst dostępny na stronie: www.sad-arbitrazowy.pl.

Orzecznictwo sądów arbitrażowych

Zasada niezależności klauzuli arbitrażowej uznawana jest powszechnie także w orzecznictwie międzynarodowych sądów arbitrażowych⁵² jako tak oczywista, że dla jej uzasadnienia nie jest potrzebne powoływanie się na jakiegokolwiek prawo krajowe⁵³.

Prawa krajowe

Na przestrzeni drugiej połowy XX w. zasada niezależności klauzuli arbitrażowej przyjęta została również w wewnętrznych porządkach prawnych wielu państw. W uproszczeniu można wyróżnić tu trzy grupy państw. Czwartą grupę stanowią zaś kraje, w których autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej wydaje się nieakceptowany.

Po pierwsze, w wielu krajach zasada niezależności klauzuli arbitrażowej – czasami z dużym trudem – torowała sobie drogę przez orzecznictwo, aby w końcu mogła zostać wyraźnie usankcjonowana w ustawie.

⁵² Zob. np.: *orzeczenie końcowe ICC w sprawie nr 5485 z 18 sierpnia 1987 r.* „ICCA Yearbook” 1989, Vol. 14, s. 156–173; *orzeczenie wstępne i końcowe ICC z 1983 r., 1984 r. oraz 1986 r. w sprawie nr 4145.* „ICCA Yearbook” 1987, Vol. 12, s. 97–110; *orzeczenie wstępne ICC z 1994 r. w sprawie nr 7263.* „ICCA Yearbook” 1997, Vol. 22, s. 92–106; *orzeczenie sądu arbitrażowego w sprawie British Petroleum Company Ltd. v. The Government of the Libyan Arab Republic z 1 sierpnia 1974 r.* „International Law Reports” 1979, Vol. 53, s. 297–388 oraz „ICCA Yearbook” 1980, Vol. 5, s. 158–167; *orzeczenie wstępne sądu arbitrażowego w sprawie Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company z 14 stycznia 1982 r.* „ICCA Yearbook” 1986, Vol. 11, s. 97–104; *orzeczenie bułgarskiego sądu arbitrażowego z 23 czerwca 1973 r., orzeczenie niemieckiego sądu arbitrażowego z 28 stycznia 1976 r.* „Aus der Spruchpraxis des Schiedsgerichts bei der Kammer für Aussenhandel der Deutschen Demokratischen Republik 1969–1976” [Berlin] 1978, s. 93–97, oraz „ICCA Yearbook” 1979, Vol. 4, s. 197–198; *orzeczenie amerykańskiego sądu arbitrażowego w sprawie nr 1569: Pollux Marine Agencies Inc. v. Louis Dreyfus Corp. (American Arbitration Association).* „ICCA Yearbook” 1983, Vol. 8, s. 171–180; *orzeczenie końcowe ICC z 1982 r. w sprawie nr 3572.* „ICCA Yearbook” 1989, Vol. 14, s. 111–121; *pierwsze orzeczenie wstępne ICC z 18 grudnia 1967 r. w sprawie nr 1512.* „ICCA Yearbook” 1980, Vol. 5, s. 171–173; *orzeczenia wstępne nr 1–9 Pełnego Składu Irańsko-Amerykańskiego Trybunału Skargowego w sprawach nr 6, 51, 68, 121, 140, 159, 254, 293 oraz 466 z 5 listopada 1982 r. (Iran-US Claims Tribunal).* „ICCA Yearbook” 1983, Vol. 8, s. 282–315; *orzeczenie sądu arbitrażowego „ad hoc” z 17 listopada 1994 r. w sprawie Banque Arabe et Internationale D’Investissement et al. v. Inter-Arab Investment Guarantee Corporation.* „ICCA Yearbook” 1996, Vol. 21, s. 13–39; *orzeczenie sądu arbitrażowego „ad hoc” w sprawie Texaco Overseas Petroleum.*

⁵³ Zob. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 206.

Do grupy tej należy między innymi Anglia, gdzie zasadę zaakceptowała Izba Lordów już w 1942 r. w sprawie *Heyman v. Darwins*⁵⁴, choć w ograniczonym zakresie. Przez wiele lat odmawiano jej zastosowania w przypadku nieważności kontraktu od samego początku (*void ab initio*, np. z powodu sprzeczności z przepisami bezwzględnie wiążącymi)⁵⁵. Ograniczenie to przełamano dopiero w 1993 r., w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w sprawie *Harbour Assurance v. Kansa*⁵⁶. Podsumowaniem ewolucji orzecznictwa stała się Ustawa o arbitrażu z 1996 r. (*Arbitration Act*)⁵⁷, w której twórcy – wzorując się na ustawie modelowej UNCITRAL-u – przyjęli szeroki zakres zastosowania zasady niezależności umowy o arbitraż⁵⁸.

Charakterystyczne dla rozwoju zasady niezależności klauzuli arbitrażowej w Anglii było duże znaczenie, jakie przywiązywano do interpretacji sformułowań użytych w klauzuli arbitrażowej. Właśnie w treści klauzuli sądy angielskie poszukiwały odpowiedzi na pytanie, czy sąd arbitrażowy kompetentny jest do orzekania o ważności umowy głównej⁵⁹.

Do państw, które wprowadziły do swego ustawodawstwa wyraźne postanowienie dotyczące niezależności umowy o arbitraż (często wzorując się na ustawie modelowej UNCITRAL-u), należą także: Szwajcaria⁶⁰,

⁵⁴ (1942) AC, s. 356.

⁵⁵ W ten m.in. sposób angielskie sądy dawały wyraz swej tradycyjnej niechęci do arbitrażu w ogóle.

⁵⁶ Por. przyp. 29. Por. także orzeczenie w sprawie *Westcare Investments Inc. v. Judoimport-SDPR Holdings Co. Ltd* (cyt. w przyp. 29), które kontynuuje linię orzeczniczą rozpoczętą przez *Harbour Assurance v. Kansa* oraz wcześniejsze orzeczenia w sprawach *Bremer Vulcan v. South India Shipping Corporation Limited* (1981), Court of Appeals, AC, s. 909 oraz *Paul Smith Limited v. H & S International Holdings Company, Inc.* (1991), High Court, Queen's Bench Division. „ICCA Yearbook” 1994, Vol. 19, s. 725–730, które stały się zapowiedzią zmian, jakie przyniosło *Harbour Assurance v. Kansa*.

⁵⁷ *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1997, England, Annex I. Zasadę niezależności umowy o arbitraż wyrażono w art. 7 ustawy.

⁵⁸ Na temat rozwoju zasady niezależności umowy o arbitraż na gruncie prawa angielskiego zob. J.G. Wetter: *The Importance...*; C. Svernlöv: *What Isn't Ain't...*; Idem: *The Evolution...*; A. Rogers, R. Launders: *Separability...*, tekst za przyp. 27; P. Gross: *Separability...*. Na temat współczesnego prawa angielskiego zob. w szczególności V.V. Veeder, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1990.

⁵⁹ Por. literaturę z przyp. 29.

⁶⁰ Artykuł 178(3) federalnej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z 1987 r. Zob. także A. Buch i, P.-Y. Tschanz: *International Arbitration in Switzerland*. Basle–Frankfurt 1989, s. 40; R. Briner, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1998, Switzerland, s. 27–46, rozdz. II(4).

Niemcy⁶¹, Belgia⁶², Hiszpania⁶³, Holandia⁶⁴, Portugalia⁶⁵, Szwecja⁶⁶, Ukraina⁶⁷, Rosja⁶⁸, Chiny⁶⁹, Meksyk⁷⁰, Singapur⁷¹, Tunezja⁷², Brazylia⁷³ i Indie⁷⁴. Od niedawna do pierwszej grupy zaliczyć można także Polskę.

W polskiej doktrynie przedwojennej – podobnie zresztą jak w większości innych państw w tamtych czasach – nie uznawano samodzielności klauzuli arbitrażowej. Podnoszono, iż nieważność umowy podstawowej pociąga za sobą automatycznie nieważność klauzuli arbitrażowej w tej

-
- ⁶¹ Artykuł 1040 znowelizowanego w 1997 r. kodeksu postępowania cywilnego (Księga X: Arbitraż). Zob. K.-H. Bockstiegel, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1998, Germany, s. 26–38, rozdz. II(4); *orzeczenie Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg z 12 marca 1998 r.* „*ICCA Yearbook*” 2004, Vol. 29, s. 663–672. Por. także wydane pod rządami starego prawa, wyraźnie sankcjonujące zasadę niezależności umowy o arbitraż, *orzeczenie Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof) z 27 lutego 1970 r.* *Arb. Int'l* 1990, Vol. 6, No. 1, s. 79.
- ⁶² Artykuł 1697 znowelizowanego w 1985 r. kodeksu sędziowskiego (Część VI: Arbitraż). Zob. L. Matray, *Intl. Handbook on Comm. Arb., Suppl.*, Belgium, s. 20–36, rozdz. II(4).
- ⁶³ Artykuł 22 ustawy o arbitrażu z 2003 r. Zob. R.M. Obe: *Spain Joins the Model Law. Arb. Int'l* 2004, Vol. 20, No. 2, s. 139–149, tekst za przyp. 5.
- ⁶⁴ Artykuł 1053 kodeksu postępowania cywilnego z 1986 r. (Księga IV: Arbitraż). Zob. A.J. van den Berg, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1987, The Netherlands, s. 7–37, rozdz. II(4).
- ⁶⁵ Artykuł 21(2) ustawy z 1986 r. o dobrowolnym arbitrażu. Zob. F. Cruz, D.M. Vicente, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1991, Portugal, s. 12–18, rozdz. II(4).
- ⁶⁶ Artykuł 3 ustawy o arbitrażu z 1999 r. Zob. C. Soderlund: *A Comparative Overview of Arbitration Laws: Swedish Arbitration Act 1999, English Arbitration Act 1996 and Russian Federal Law on International Commercial Arbitration 1993.* *Arb. Int'l* 2004, Vol. 20, No. 1, s. 73–84, tekst za przyp. 7.
- ⁶⁷ Artykuł 16(1) ustawy o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1994 r. Zob. I.G. Pobirchenko, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1995, Ukraine, rozdz. II(4).
- ⁶⁸ Artykuł 16(1) ustawy federalnej o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1993 r. Zob. C. Soderlund: *A Comparative...* oraz I. Yoshida: *Interpretation...*, s. 95–112.
- ⁶⁹ Artykuł 19 ustawy o arbitrażu z 1994 r. Zob. T. Houzhi, W. Shengchang, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl., P.R. China, s. 25–46, rozdz. II(4).
- ⁷⁰ Artykuł 1432 znowelizowanego w 1993 r. kodeksu handlowego (Księga V, Tytuł IV: Arbitraż handlowy). Zob. J.L. Siqueiros, A.C. Hoagland, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1997, Mexico, s. 19–28, rozdz. II(4).
- ⁷¹ Artykuł 21 ustawy o arbitrażu z 2002 r.
- ⁷² Artykuł 61 kodeksu arbitrażowego z 1993 r. Zob. H. Malouche, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1996, Tunisia, s. 21–18, rozdz. II(4).
- ⁷³ Artykuł 61 kodeksu arbitrażowego z 1993 r. Zob. H. Malouche, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1996, Tunisia, s. 21–18, rozdz. II(4).
- ⁷⁴ A. Dimolitsa: *Autonomie...*, s. 313.

umowie zamieszczonej, na pytanie zaś o skuteczność umowy podstawowej odpowiedzi może udzielić jedynie sąd państwowy⁷⁵.

Do niedawna obowiązujące przepisy Księgi III Części I polskiego kodeksu postępowania cywilnego, regulujące postępowanie przed sądem polubownym, nie odnosiły się w żaden sposób do kwestii autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej. Nie została również nigdzie wyrażona zasada Kompetenz–Kompetenz. Orzecznictwo oraz literatura dały jednakże wyraz przekonaniu, że także na gruncie polskiego prawa klauzulę arbitrażową należy traktować jako prawnie samodzielny. Po raz pierwszy – chociaż tylko pośrednio – myśl taką wyraził Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 9 stycznia 1969 r.⁷⁶ Już wprost wskazał na zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej Sąd Apelacyjny w Warszawie w orzeczeniu z 1997 r., stwierdzając, że „wygaśnięcie umowy głównej nie jest przyczyną nieskuteczności zapisu na sąd polubowny”⁷⁷.

Choć zasada niezależności klauzuli arbitrażowej nie była jak dotąd przedmiotem głębszego zainteresowania doktryny, dotychczasowe wypowiedzi są zgodne w poparciu dla niej⁷⁸. Autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej, jak również zasadę Kompetenz–Kompetenz wyraźnie reguluje przepis wprowadzony niedawną zmianą kodeksu postępowania cywilnego (ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. zmieniająca kodeks postępowania cywilnego z dniem 17 października 2005 r.⁷⁹), dodającą do niego Część V, poświęconą postępowaniu przed sądem polubownym⁸⁰. Artykuł 1180 §1 wprost przewiduje, że „nieważność albo wygaśnięcie umowy podstawowej, w której zamieszczono zapis na sąd polubowny, samo przez się nie oznacza nieważności lub wygaśnięcia zapisu”, a także wyraża zasadę Kompetenz–Kompetenz stwierdzając, że „sąd polubowny może orzekać o swej właściwości, w tym o istnieniu, ważności albo skuteczności zapisu na sąd polubowny”.

⁷⁵ Z. Feniche I: *Polskie...*, s. 873; R. Kuratowski: *Sądownictwo polubowne*. Warszawa 1932, s. 40–41. Por. także przyp. 5.

⁷⁶ *Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 9 stycznia 1969 r.* OSNCP 1970/5, poz. 79.

⁷⁷ *Postanowienie SA w Warszawie z dnia 21 sierpnia 1997 r.* „Prawo Gospodarcze” 1998, nr 2, s. 44.

⁷⁸ Zob. T. Szurski, A. Wiśniewski, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1993, Poland, s. 14–30, rozdz. II(4). Por. przyp. 11.

⁷⁹ Dz.U. 2005, nr 178, poz. 1478.

⁸⁰ Przy opracowywaniu noweli kodeksu postępowania cywilnego uwzględniona została ustawa modelowa UNCITRAL-u. Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie – kodeks postępowania cywilnego i ustawy prawo upadłościowe i naprawcze w części dotyczącej sądownictwa polubownego. Druk sejmowy nr 3434 z dnia 8 listopada 2004 r.

Istnieją systemy prawne, w których do dziś inaczej traktuje się problem niezależności klauzuli arbitrażowej na tle stosunków w arbitrażu międzynarodowym i w arbitrażu krajowym. Nie wydaje się, aby były podstawy do przyjmowania jakichkolwiek różnic w tym zakresie na tle prawa polskiego. Nie uzasadniają tego ani nowe przepisy kodeksu postępowania cywilnego, które mają zastosowanie zarówno w stosunkach krajowych, jak i międzynarodowych, ani praktyka orzecznicza na tle dotychczas obowiązujących przepisów. Chociaż w oczywisty sposób arbitraż międzynarodowy rządzi się do pewnego stopnia własnymi prawami (specyfika może wynikać np. z regulaminów arbitrażowych)⁸¹, nie należy – jak się wydaje – kwestionować autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej, także w ramach krajowego sądownictwa polubownego.

Do drugiej grupy państw należą kraje, w których zasada niezależności klauzuli arbitrażowej wynika z orzecznictwa, a także pośrednio z przepisów przyznających sądowi arbitrażowemu kompetencję do decydowania o skuteczności umowy o arbitraż.

Należy tu wymienić między innymi Francję. Po raz pierwszy zasadę niezależności przyjęto⁸² w znanym orzeczeniu w sprawie *Raymond Gosset v. Carapelli* z 1963 r.⁸³, w którym Sąd Kasacyjny wskazał jednak na możliwość zaistnienia wyjątkowych okoliczności, uzasadniających odejście od tej zasady. Reguła sformułowana w orzeczeniu Sądu Kasacyjnego była wielokrotnie powtarzana w późniejszych orzeczeniach sądów francuskich⁸⁴. W żadnej jednak sprawie nie doszukano się „wyjątkowych okoliczności”, które uzasadniałyby odmowę zastosowania zasady niezależności klauzuli arbitrażowej⁸⁵.

W prawie francuskim istniał od dawna wyraźny podział na arbitraż międzynarodowy i krajowy⁸⁶. Mimo zaakceptowania niezależności umowy

⁸¹ Nie zagłębiając się w to zagadnienie, można jedynie wyjaśnić, że chodzi o sposób traktowania arbitrażu międzynarodowego jako oderwanego w pewnym stopniu od lokalnego systemu prawnego.

⁸² Por. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 198 i nast.; J. Robert, B. Moreau: *L'arbitrage...*, s. 249 i nast.; Y. Derains, R. Goodman-Everard, *Intl. Handbook on Comm. Arb., Suppl.* 1998, France, s. 26–70, rozdz. II(4); R. David: *L'arbitrage...*, s. 265 i nast.; R. Bourdin, in: Y. Derains: *Droit...*, s. 14 i nast.

⁸³ Cour de Cassation – Chambre Civile, 7 maj 1963, „Journal-Classeur Periodique”, Edition Generale, 1963, No 13, s. 405.

⁸⁴ Liczne orzecznictwo podają E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 199.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Podział taki istnieje również w innych państwach, ale we Francji zarysował się szczególnie wyraźnie.

o arbitraż w arbitrażu międzynarodowym już w 1963 r., długo nie była ona uznawana w ramach krajowego sądownictwa polubownego. Dopiero po reformie kodeksu postępowania cywilnego z 1981 r.⁸⁷ w art. 1466 wyraźnie przewidziano kompetencję sądu arbitrażowego do orzekania o swej właściwości. W literaturze wskazuje się jednak, że wspomniany przepis w sposób dorozumiany sankcjonuje również autonomiczny charakter klauzuli arbitrażowej⁸⁸. Taką interpretację przepisu art. 1466 potwierdził także paryski sąd w orzeczeniu z 26 listopada 1981 r.⁸⁹.

Innym krajem, w którym zasada niezależności klauzuli arbitrażowej wyrażona została wyraźnie wyłącznie w orzecznictwie, są Stany Zjednoczone. Po raz pierwszy zastosował ją dla arbitrażu międzynarodowego, na podstawie interpretacji przepisów federalnej ustawy o arbitrażu (Federal Arbitration Act), amerykański Sąd Najwyższy w 1967 r., w orzeczeniu w sprawie *Prima Paint v. Flood & Conklin*⁹⁰. W orzeczeniu tym sąd nakazał przekazanie sprawy do sądu arbitrażowego, uznając, że ustawa o arbitrażu nie pozwala sądowi państwowemu na rozstrzygnięcie o ważności umowy głównej. Sąd państwowy musi bowiem przekazać sprawę sądowi arbitrażowemu, jak tylko dojdzie do przekonania, że umowa o arbitraż jest ważna. Sąd Najwyższy podkreślił, że ustawa nie daje podstaw do szerszego zakresu kompetencji sądu państwowego i tym samym zaakceptował na gruncie prawa federalnego zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej⁹¹. W kolejnych latach amerykańskie sądy wielokrotnie potwierdzały obowiązywanie zasady niezależności klauzuli arbitrażowej, często powołując

⁸⁷ Przepisy dotyczące arbitrażu znajdują się w Księdze IV; zmiana weszła w życie 14 maja 1981 r.; tłum. w języku angielskim w *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1998, France, Annex I. Dla wyjaśnienia warto w tym miejscu zaznaczyć, że przepisy zamieszczone w Księdze IV Kodeksu postępowania cywilnego dotyczą zarówno arbitrażu krajowego, jak i międzynarodowego. Inaczej jednak niż w przypadku arbitrażu międzynarodowego, w stosunku do arbitrażu krajowego reforma tych przepisów z 1981 r. stanowiła przełom w zakresie uznania niezależności umowy o arbitraż.

⁸⁸ Zob. J. Robert, B. Moreau: *L'arbitrage...*, s. 134; Y. Derains, R. Goodman-Everard: *France...*

⁸⁹ *SIS v. Bocuir*. Rev. Arb. 1982, No 4, s. 439, cyt. za: Y. Derains, R. Goodman-Everard: *France...*

⁹⁰ 388 U.S. (1967), s. 395. Por. także H. Holtzmann, D. Donovan, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1999, United States, s. 1–76, rozdz. II(4); C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, tekst za przyp. 35; A. Samuel: *Separability...*, tekst za przyp. 20.

⁹¹ Amerykański sąd nie działał więc w „pustce prawnej”, lecz – w sposób typowy dla sądów amerykańskich – wyprowadził obowiązywanie zasady niezależności z postanowień ustawy federalnej, stosując jej „twórczą” interpretację.

się na orzeczenie w sprawie *Prima Paint*⁹². W orzecznictwie USA nie rozstrzygnięto natomiast kwestii obowiązywania zasady niezależności klauzuli w arbitrażu krajowym

Do krajów mieszczących się w drugiej grupie zaliczyć można także Danię⁹³ oraz Japonię⁹⁴.

Do trzeciej grupy państw należą kraje, w których niezależność umowy o arbitraż uznaje się wyłącznie w doktrynie. Tak jest na przykład w Luksemburgu⁹⁵.

Wreszcie ostatnią grupę stanowią kraje – nielicznie zresztą reprezentowane – w których niezależność klauzuli arbitrażowej wydaje się być traktowana z niechęcią. Wymienić tu należy przykładowo Turcję⁹⁶ i Koreę Południową⁹⁷.

⁹² Por. na przykład orzeczenia sądów federalnych: *Sauer-Getriebe KG v. White Hydraulics, Inc.* (1983), 715 F.2d, s. 348; *Municipal Energy Agency v. Big Rivers Elec. Corp.* (1986), 804 F.2d, s. 338; *Mesa Operating Ltd. Partnership v. Louisiana Intrastate Gas Corp.* (1986), 797 F.2d, s. 238; *Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Company* (1990), 937 F.2d, s. 469; *Belship Navigation, Inc. v. Sealift, Inc.* (1995). „ICCA Yearbook” 1996, Vol. 21, s. 799–807; *Twi Lite International, Inc. v. Anam Pacific Corp.* (1996). „Mealey’s International Arbitration Report” [dalej: Mealey’s Int. Arb. Rep.] 1996, No. 11, s. E-1–E-8 oraz „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 910–918; *BHP Petroleum v. Walter F. Baer Reinhold* (1997), Mealey’s Int. Arb. Rep. 1997, No. 5, s. I-1–I-4 oraz „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 949–955; *Malarky Enterprises v. Healthcare Technology, Ltd.* (1997). „ICCA Yearbook” 1998, Vol. 23, s. 945–948; *Consortio Rive, S.A. de C.V. v. Briggs of Cancun, Inc. & David Briggs Enterprises Inc.* (2003). „ICCA Yearbook” 2004, Vol. 29, s. 1160–1171; *Boston Telecommunications Group, Inc. v. Deloitte Touche* (2003). „ICCA Yearbook” 2004, Vol. 29, s. 1043–1050.

⁹³ Artykuł 2(1) ustawy o arbitrażu z 1972 r. Zob. A. Philip, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1986, Denmark, s. 5–25, rozdz. II(4).

⁹⁴ Zob. T. Do, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1995, Japan, s. 20–40, rozdz. II(4) i cytowane tam orzecznictwo.

⁹⁵ M.E. Arendt, T. Harles-Walch, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1994, Luxembourg, s. 18–20, rozdz. II(4).

⁹⁶ Zob. R. Koral, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1989, Turkey, s. 10–36, rozdz. II(4) i orzeczenia tam cytowane, w których turecki Sąd Najwyższy odmówił klauzuli arbitrażowej prawnej samodzielności. Nieuznawanie niezależności umowy o arbitraż jest jednak w Turcji krytykowane przez przedstawicieli doktryny, zwłaszcza gdy chodzi o sprawy z zakresu arbitrażu międzynarodowego.

⁹⁷ S. Lee, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*, Suppl. 1996, Korea, s. 21–26, rozdz. II(4).

Zakres zastosowania zasady niezależności klauzuli arbitrażowej

Pomimo że współcześnie samo obowiązywanie zasady niezależności klauzuli arbitrażowej nie jest już kwestionowane, kontrowersyjna pozostaje kwestia zakresu jej działania⁹⁸. Głównie sporne jest, czy zasadę tę stosujemy we wszystkich przypadkach wadliwości (tj.: nieważności, wzruszalności, bezskuteczności) oraz nieistnienia umowy głównej, czy też istnieją takie jej postaci, które automatycznie wpływają na skuteczność klauzuli arbitrażowej. Dotyczy to zwłaszcza wpływu nieistnienia umowy głównej na skuteczność klauzuli arbitrażowej⁹⁹, na przykład z powodu niespełnienia którejś z przesłanek tworzenia konsensu¹⁰⁰.

⁹⁸ Na brak jednolitego stanowiska w tej kwestii wskazują np.: A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 34; J. Pazdan: *Umocowanie...*, s. 301; C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, tekst za przyp. 77; H. Holtzmann, D. Donovan, *Intl. Handbook on Comm. Arb.*

⁹⁹ Pojawiają się również orzeczenia (głównie w USA), które odmawiają sądom arbitrażowym kompetencji do rozstrzygania sporu także w przypadkach, gdy zarzucana jest bezwzględna nieważność umowy głównej. Por. np. orzeczenie amerykańskiego federalnego Sądu Apelacyjnego w sprawie *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon National Insurance Company* (2001). „*ICCA Yearbook*” 2002, Vol. 27, s. 700, w którym sąd wyraźnie nakreślił różnice pomiędzy umowami, które są nieważne (void) i wzruszalne (voidable), przyjmując, że zasada niezależności klauzuli arbitrażowej dotyczy tylko tej drugiej grupy umów.

¹⁰⁰ Zarzut nieistnienia umowy głównej może się pojawić w kilku różnych przypadkach. Po pierwsze, jedna ze stron może zarzucić, że umowa nie powstała, gdyż w istocie nie zostały złożone zgodne oświadczenia woli (miał więc miejsce *dyssens*), lub też że nie zostały ustalone wszystkie konieczne postanowienia umowy składające się na tzw. minimum konsensu (na przykład strony nie ustaliły ceny w umowie kupna-sprzedaży, której określenie jest konieczne w świetle prawa właściwego dla umowy). Po drugie, może się okazać, że proces zawarcia umowy w rzeczywistości nigdy nie został ukończony, np. przez zerwanie negocjacji przed podpisaniem ostatecznej umowy. Po trzecie, jedna ze stron może zarzucić, że nie nastąpiło wydanie rzeczy przy zawarciu umowy o charakterze realnym, co uważane jest za przesłankę istnienia umowy. Można sobie również wyobrazić, że – jak wskazuje C. Svernlöv: *What Isn't, Ain't...*, tekst za przyp. 78. – pozwany przeciwstawia się postępowaniu przed sądem arbitrażowym podnosząc, że nie jest stroną umowy. Taki przypadek miał miejsce w sprawie *Arab Republic of Egypt v. Southern Pacific Properties*, rozstrzyganej najpierw przez sąd arbitrażowy MIH (Orzeczenie ICC z 16 lutego 1983 r. nr 3493. „*ICCA Yearbook*” 1984, Vol. 9, s. 111–123), a następnie w ramach skargi o uchylenie orzeczenia sądu arbitrażowego przez sądy francuskie (*Orzeczenie paryskiego sądu apelacyjnego z 12 lipca 1984 r.* Rev. Arb. 1986, No1, s. 75). W sprawie tej egipski rząd podnosił, że sąd arbitrażowy nie ma kompetencji do orzekania w stosunku do państwa egipskiego, gdyż to nigdy nie było stroną umowy, a więc i klauzuli arbitrażowej. Umowa została bowiem zawarta między inwestorem zagranicznym (Southern Pacific Properties) a niezależną od rządu Egipską Organizacją Turystyki i Hotelarstwa;

Kwestia kluczowa, jaką należy więc rozstrzygnąć, dotyczy pytania o to, czy sąd arbitrażowy może orzekać w przedmiocie nieistnienia umowy głównej, w której zamieszczona była klauzula arbitrażowa. Przynajmniej *prima facie* wydawać się bowiem może, że jeżeli nigdy nie zaistniała umowa podstawowa, to nie mogła zaistnieć klauzula arbitrażowa w niej zamieszczona. Z reguły kwestii tej nie rozstrzygają w pełni regulaminy arbitrażowe i przepisy praw krajowych. Tradycyjny, ciągle często wypowiedziany, pogląd w tej materii wyraził P. Sanders: „[...] jeżeli umowa w ogóle nie istnieje, nie może istnieć również podstawa prawna dla kompetencji arbitra, która płynie z klauzuli arbitrażowej zamieszczonej w umowie”¹⁰¹. Zwolennicy wspomnianego poglądu wskazują, że mamy tu do czynienia z wyjątkiem od zasady niezależności klauzuli arbitrażowej, który nie pozwala sądowi arbitrażowemu orzekać o istnieniu umowy głównej¹⁰². W literaturze, jak

jedynie w późniejszym czasie, opatrzona formułą „zgoda wyrażona, zatwierdzone i ratyfikowane”, została podpisana przez ministra reprezentującego rząd. Rząd egipski twierdził, że to oznaczało, iż wykonywał w tym przypadku wyłącznie nadzór publicznoprawny, dlatego nigdy nie był stroną umowy i nie może się przeciwko niemu toczyć postępowanie przed sądem arbitrażowym. Argumentację taką odrzucił sąd arbitrażowy MIH i wydał rozstrzygnięcie merytoryczne w sprawie. Sądy francuskie przyznały jednakże rację rządowi egipskiemu i uchyliły orzeczenie sądu arbitrażowego. Jeśli chodzi o samą kwestię niezależności klauzuli arbitrażowej, to trzeba zauważyć, że sąd arbitrażowy nie odrzucił swej kompetencji ze względu na zarzut nieistnienia umowy między stronami procesu. Przeciwnie, zbadał taki zarzut i ocenił, że jest on niezasadny (czyli uznał, że Egipt był stroną umowy). Wydaje się, że choć krajowy sąd francuski nie zgodził się następnie z wynikiem takiej oceny (uznał, że Egipt jednak nie był stroną umowy), jak również zapisu na sąd polubowny, to jednakże sam fakt dokonania oceny istnienia umowy głównej przez sąd arbitrażowy został zaakceptowany.

¹⁰¹ P. Sanders: *L'Autonomie...*, s. 34 [tłum. M.Z.]. Takie stanowisko wyrazili również: A. Broches: *Commentary...*, pkt 15; S. Schwebel: *International...*, s. 11; C. Svernlöv: *The Evolution...*, tekst za przyp. 26; M. Rubino-Sammartan o: *International...*, s. 225; J.G. Wetter: *The Importance...*, tekst za przyp. 5; a w literaturze polskiej – jak się wydaje – A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 35 oraz J. Pazdan: *Umocowanie...*, s. 301. Pogląd ten poparł także sąd apelacyjny na Bermudach, w sławnym orzeczeniu *Sojuznefteexport v. Joc Oil* (1989). „ICCA Yearbook” 1990, Vol. 15, s. 384, oraz amerykańskie sądy federalne w sprawach *Jolley v. Welch* (1990), 904 F.2d, s. 988 i *Sandvik AB v. Advent International Corp.* (2000). „ICCA Yearbook” 2001, Vol. 25, s. 961 (chodziło o nieprawidłowości w reprezentacji osoby prawnej; nie jest jednak jasne, czy sąd potraktował tę okoliczność jako kwestię ważności, czy istnienia umowy).

¹⁰² Takie stanowisko oznaczać będzie, że znaczenie zachowa podział na umowę arbitrażową zawartą odrębnie i klauzulę arbitrażową zamieszczoną w kontrakcie. Takim tokiem rozumowania poszedł np. sąd indyjski z Bombaju w orzeczeniu z 19 listopada 1999 r. „ICCA Yearbook” 2002, Vol. 27, s. 455 (chodziło o zarzut, że umowa nigdy nie została podpisana).

również w orzecznictwie, wyrażane jest jednak również inne stanowisko, wedle którego nawet w przypadku nieistnienia umowy głównej zasada niezależności klauzuli arbitrażowej znajduje swe zastosowanie¹⁰³. Co ważniejsze, nieistnienie umowy głównej zostało wyraźnie wymienione jako przyczyna, od której nie jest zależna skuteczność klauzuli arbitrażowej w niektórych regulaminach arbitrażowych (art. 21(2) Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL¹⁰⁴, art. 6(4) Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej¹⁰⁵, art. 15(2) Regulaminu Międzynarodowego Arbitrażu Amerykańskiego Stowarzyszenia Arbitrażowego, art. 23(1) Regulaminu Arbitrażowego Londyńskiego Sądu Arbitrażu Międzynarodowego¹⁰⁶ oraz art. 5 Regulaminu Arbitrażowego Chińskiej Międzynarodowej Arbitrażowej Komisji Ekonomii i Handlu) i przepisach prawa krajowego (art. 7 angielskiej ustawy o arbitrażu z 1996 r.¹⁰⁷).

Sądzę, że należy przychylić się do drugiego stanowiska. Jeśli bowiem traktujemy klauzulę arbitrażową jako samodzielną w stosunku do umowy głównej, to trudno znaleźć przekonujące powody, dla których samodzielność ta ma podlegać ograniczeniu, a w konsekwencji inaczej traktować mielibyśmy przypadki nieważności i nieistnienia umowy głównej. W szczególności wydaje się, że zwolennicy ograniczania zasady niezależności klauzuli arbitrażowej opierają się na dwóch błędnych założeniach. Po pierwsze, upierają się, że zasada polega na tym, aby klauzulę arbitrażową „oderwać” od umowy głównej, co prowadzi ich do wniosku, że trzeba „mieć z czego odrywać”¹⁰⁸, a więc umowa główna musi co najmniej zaistnieć. Takie założenie jest, w moim przekonaniu, niesłuszne, gdyż nie ma przeszkód, aby klauzulę arbitrażową traktować jako odrębną także z punktu widzenia jej powstania. Po drugie, pragnąc zapobiec sytuacjom skrajnym, w których spór zawisłby przed sądem arbitrażowym nawet wtedy, gdy „strony nigdy się nie spotkały”, wspomniani autorzy próbują narzucić zasadzie niezależności klauzuli jakieś ograniczenie i dlatego

¹⁰³ Szczególnie przekonująco pogląd ten wyrazili E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 210. Zob. także A. Samuel: *Recenzja...*, tekst za przyp. 29 i cytowane przez autora orzeczenie szwedzkiego sądu najwyższego w sprawie *Hermansson v. AB Asphalt/belaggnigar* (1976).

¹⁰⁴ Zob. przyp. 43.

¹⁰⁵ Zob. przyp. 30.

¹⁰⁶ Zob. *ibidem*.

¹⁰⁷ Por. s. 99.

¹⁰⁸ Ten sposób myślenia jest szczególnie widoczny w tradycji anglo-amerykańskiej. Zob. np. orzeczenie arbitrażowe w sprawie *Pollux Marine Agencies Inc. v. Louis Dreyfus Corp.*

odrzucają możliwość rozstrzygnięcia przez sąd arbitrażowy o kwestii istnienia umowy głównej. Założenie to wynika, jak sądzę, z błędu logicznego. Pamiętać trzeba, że autonomiczny charakter dotyczy wyłącznie kwestii niezależności klauzuli arbitrażowej. Nie oznacza to bynajmniej, że nie należy badać przesłanek jej ważności i istnienia. Sąd arbitrażowy może oprzeć swą właściwość wyłącznie na ważnym i istniejącym zapisie na sąd polubowny. Często oczywiście będzie tak, że przyczyna, która powoduje nieważność czy nieistnienie umowy podstawowej, zarazem powoduje nieważność lub nieistnienie klauzuli arbitrażowej. Nie stanowi to jednak żadnego ograniczenia zasady niezależności jako takiej. Chodzi tu raczej o badanie skuteczności samej klauzuli arbitrażowej¹⁰⁹.

Warto również zauważyć, że precyzyjne oddzielenie przypadków nieważności umowy od jej nieistnienia może często okazać się bardzo trudne¹¹⁰.

Wreszcie podnieść należy te same argumenty, które przemawiają za zasadą niezależności w ogóle. Po pierwsze, chodzi o uniemożliwienie stronom stosunkowo łatwego zablokowania postępowania arbitrażowego przez podniesienie zarzutu nieistnienia umowy głównej. Po drugie, warto mieć także na względzie ogólny – jak sądzę słuszny – postulat przyznawania sądom arbitrażowym jak najszerszych kompetencji.

Po poczynionych uwagach ogólnych warto się przyjrzeć kilku konkretnym przypadkom, gdy jedna ze stron zarzuci nieistnienie umowy głównej zawierającej klauzulę arbitrażową. Spór o istnienie umowy pojawi się między innymi wtedy, gdy strona podniesie, że nie ustalono koniecznych elementów konsensu (np. nie określono ceny w umowie sprzedaży). Jeżeli sąd arbitrażowy stwierdzi, że została sporządzona ważna, spełniająca wszystkie wymagania klauzula arbitrażowa, sądzę, że może on rozstrzygać także w przedmiocie pytania o istnienie wszystkich koniecznych elementów umowy, nawet gdyby miał dojść do wniosku, że umowa główna nie istnieje z tego powodu. Nie wydaje się bowiem, aby okoliczność nieustalenia koniecznych elementów umowy głównej miała jakkolwiek wpływ na wolę stron co do zawarcia samej umowy arbitrażowej.

¹⁰⁹ Por. E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 211; Y. Derains, E.A. Schwartz: *A guide to the ICC Rules of Arbitration...*; Y. Derains: *Glosa do orzeczenia paryskiego Sądu Apelacyjnego w sprawie Societe Gefimex v. Societe Transgrain z 14 listopada 1996 r.* Rev. Arb. 1997, No 3, s. 436. Cyt. za: A. Lizer-Klatka: *Umowa...*, s. 35.

¹¹⁰ E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 211. Dodatkowym problemem byłoby to, że jeśli nastąpić ma precyzyjne odróżnienie nieistnienia od nieważności umowy, to wskazane najpierw musi zostać prawo właściwe dla umowy, na podstawie którego ma to nastąpić.

Podobnie w przypadku, gdy jedna ze stron zarzuci, że umowa nie istnieje, gdyż negocjacje nie zostały doprowadzone do końca i umowa nie została podpisana, sądzę, że sąd arbitrażowy nie powinien automatycznie odmawiać rozstrzygnięcia sporu w tym przedmiocie¹¹¹. Może ona, jak się wydaje, podjąć próbę odszukania ważnej umowy arbitrażowej, w ramach ustaleń podjętych już przez strony w trakcie negocjacji. Jeżeli możliwe będzie odnalezienie „kompletnej” woli stron w przedmiocie poddania sporów wynikających z umowy pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego, to sądzę, że spór o istnienie umowy może zostać rozstrzygnięty przez sąd arbitrażowy. Dodatkową trudnością będzie kwestia dochowania wymogu formy, który przewiduje większość praw regulujących przesłanki ważności

¹¹¹ Na marginesie można wspomnieć o zagadnieniu zamieszczenia klauzuli arbitrażowej w instrumencie przygotowującym dalszą umowę lub umowy. Klauzula arbitrażowa może się więc znaleźć w umowie przedwstępnej (*Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Company* (1990), 937 F.2d, s. 469), liście intencyjnym (*Anderra Energy Corp v. SAPET Development Corporation* (1995). „*ICCA Yearbook*” 1997, Vol. 22, s. 1077–1085) czy też umowie ramowej. Zasadniczy problem, jaki się tu pojawi, to pytanie o zakres sporów, jakie będą podlegały sądowi arbitrażowemu na skutek sporządzenia takiej klauzuli arbitrażowej. Każdorazowo zależeć to będzie przede wszystkim od sposobu sformułowania klauzuli. Jeżeli chodzi o umowę przedwstępną, to najczęściej mowa będzie, po pierwsze, o sporach związanych z samą umową przedwstępną, jej ważnością i interpretacją, po drugie zaś – o sporach związanych z kwestiami dotyczącymi skutecznego zawarcia umowy przyrzeczonej. Klauzula arbitrażowa zamieszczona w liście intencyjnym obejmować będzie przede wszystkim spory dotyczące negocjacji toczących się pomiędzy stronami, ale także skutecznego zawarcia planowanej umowy (we wspomnianej już sprawie *Sandoik AB. v. Advent International Corp.* [przyp. 101] amerykański sąd – choć przeciwny zasadzie niezależności w przypadkach nieistnienia umowy głównej – zasugerował, że spory o jej istnienie mogłyby podlegać sądowi arbitrażowemu, gdyby strony zamieściły klauzulę arbitrażową w liście intencyjnym [pkt 41 orzeczenia]). Z kolei, jeśli klauzula arbitrażowa znajdzie się w umowie ramowej, to obejmie najprawdopodobniej spory dotyczące samej umowy ramowej, a także dotyczące zawarcia dalszych umów. We wskazanych przypadkach (szczególnie zaś w ostatnim) może być jednak i tak, że klauzula arbitrażowa o szeroko ujętym zakresie zastosowania rozciągać się będzie na spory dotyczące ważności i interpretacji późniejszych umów, zawieranych w wykonaniu umowy ramowej albo przedwstępnej, nawet wtedy, gdyby klauzula arbitrażowa nie została w nich powtórzona. Tak, jak się wydaje, należałoby interpretować klauzulę arbitrażową, która przewiduje poddanie pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego wszystkich sporów, które zaistnieć mogą pomiędzy stronami, także w przyszłości (tak we wspomnianym orzeczeniu *Anderra Energy Corp v. SAPET Development Corporation*, pkt 13). Niezwykle istotne będzie tu jednak badanie prawdziwej woli stron.

Jeśli zaś chodzi o samą zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej, to warto podkreślić, że dzięki niej klauzula arbitrażowa, która znajdzie się w instrumencie przygotowującym dalszą umowę, jest tak samo niezależna od ważności tego instrumentu, jak w przypadkach, gdy znajduje się w umowie głównej.

umowy o arbitraż. Trzeba będzie bowiem odnaleźć pomiędzy dokumentami wymienianymi przez strony w trakcie negocjacji takie, które spełnią wymagania danego prawa w tej materii.

W literaturze polskiej wyrażono przekonanie, że zasada niezależności klauzuli arbitrażowej doznaje wyjątku również w sytuacjach, gdy umowa podstawowa została zamieszczona pod wpływem podstępu¹¹². Także w takich przypadkach klauzula arbitrażowa dzieli los umowy głównej, w przekonaniu autora broniącego tego zapatrywania, dlatego, że przyczyna jej nieważności (wada oświadczenia woli) istniała już w momencie podpisania umowy głównej¹¹³. Wydaje się, że taki pogląd jest błędny. Podstęp – przynajmniej na tle prawa polskiego – polega na świadomym wprowadzeniu drugiej strony w błąd¹¹⁴. Błąd jest natomiast mylnym wyobrażeniem o rzeczywistości, dotyczącym treści czynności prawnej lub motywów jej dokonania¹¹⁵. W jednym i drugim przypadku błąd, a więc także podstęp, który go wywołał, nakierowany jest na merytoryczną część umowy. Podstęp nie dotyczy w normalnym układzie w żaden sposób klauzuli arbitrażowej towarzyszącej umowie. Nie będzie więc zasadne uzależnianie skuteczności tej ostatniej od wadliwości umowy głównej spowodowanej podstępem. Może się jednakże zdarzyć tak, że podstęp oraz błąd nim wywołany będą dotyczyły samej umowy arbitrażowej. W takim przypadku sąd arbitrażowy musi odrzucić rozpoznanie sporu, ze względu jednak na wadliwość umowy o arbitraż, a nie umowy głównej¹¹⁶.

Inaczej jeszcze kształtuje się sytuacja w przypadku groźby¹¹⁷. Groźba, w przeciwieństwie do błędu, który dotyczy mylnego wyobrażenia o jakimś fragmencie czynności prawnej, jest bowiem skierowana na sam fakt dokonania czynności prawnej. Trudno, jak sądzę, wskazać przypadek, w którym, mimo iż umowa zostałaby wymuszona groźbą, nie dotyczyłoby to klauzuli arbitrażowej w tej umowie zamieszczonej. Także jednak w tym przypadku

¹¹² Taki pogląd wyraził L. Łabęcki: *Międzynarodowy...*, s. 97.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Artykuł 86 polskiego k.c. Zob. Z. Radwański i: *Prawo cywilne – część ogólna*. Warszawa 2003, s. 264.

¹¹⁵ Ibidem, s. 262.

¹¹⁶ Warto w tym miejscu przytoczyć idącą w tym kierunku wypowiedź amerykańskiego sądu w sprawie *Prima Paint...*: „If the claim is fraud in the inducement of the arbitration clause itself – an issue which goes to the making of the agreement to arbitrate – the federal court may proceed to adjudicate it. But the statutory language does not permit the federal court to consider claims of fraud in the inducement of the contract generally”.

¹¹⁷ Artykuł 87 polskiego k.c.

nie chodzi o ograniczenie zakresu działania zasady niezależności klauzuli arbitrażowej, ale o taką samą przyczynę będącą podstawą wadliwości zarówno umowy podstawowej, jak i klauzuli arbitrażowej.

Problem niezależności klauzuli arbitrażowej pojawić się może również w kontekście wadliwej reprezentacji osób prawnych¹¹⁸. Powstanie on, gdy nie zostaną spełnione przesłanki prawidłowej reprezentacji w stosunku do umowy podstawowej, ale zostaną spełnione, różne od tych pierwszych, przesłanki reprezentacji w stosunku do umowy arbitrażowej. W danym systemie prawnym niedochowanie przesłanek prawidłowej reprezentacji może być traktowane jako przypadki nieważności¹¹⁹ lub nieistnienia czynności prawnej. Wydaje się, że i w tym wypadku nie powinno to mieć znaczenia dla zastosowania zasady niezależności klauzuli arbitrażowej. Sąd arbitrażowy może więc rozstrzygać w przedmiocie skuteczności reprezentacji w stosunku do umowy podstawowej, jeżeli ustali w pierwszej kolejności, że skutecznie sporządzona została umowa arbitrażowa, a więc, że zarzut nieprawidłowej reprezentacji jej nie dotyczy.

Przytoczone uwagi stanowią uproszczoną analizę typowych przypadków. Nie można jednak zapominać, że próbując w konkretnej sytuacji odpowiedzieć na pytanie, czy sąd arbitrażowy może orzekać w przedmiocie ważności lub istnienia umowy głównej, wziąć należy pod uwagę wolę stron wyrażoną w klauzuli arbitrażowej¹²⁰. Strony mogą bowiem określić kompetencję sądu arbitrażowego węższej lub szerszej, poddając określonego typu spory pod jego rozstrzygnięcie lub wyłączając je spod rozstrzygnięcia sądu. Zasada niezależności klauzuli nie może prowadzić do rozszerzenia kompetencji sądu arbitrażowego wbrew woli stron.

¹¹⁸ Por. orzeczenie sądu na Bermudach w sprawie *Sojuznefteexport v. JOC Oil...* Sprawa dotyczyła sporu w przedmiocie prawidłowości reprezentacji w stosunku do umowy zawartej przez rosyjskie przedsiębiorstwo handlu zagranicznego. Sąd, po długich rozważaniach na temat zasady niezależności i jej zakresu, stając na stanowisku, że przypadki nieistnienia umowy podstawowej nie podlegają zasadzie niezależności, doszedł do wniosku, że na gruncie prawa rosyjskiego chodzi jednak o przypadek nieważności umowy, i że orzeczenie sądu w przedmiocie skuteczności umowy głównej należy utrzymać w mocy (spór toczył się w ramach skargi o uchylenie orzeczenia arbitrażowego).

¹¹⁹ Tak art. 39 polskiego k.c.

¹²⁰ Por. np. P. Mayer: *Les limites...*, s. 360 i nast.

Prawo właściwe miarodajne dla kwestii niezależności klauzuli arbitrażowej

Niezależność klauzuli arbitrażowej wyraża się także w tym, że może ona podlegać innemu prawu niż kontrakt podstawowy¹²¹. Zasadniczo oznacza to, że ocena przesłanek zawarcia i ważności (np. reguły dotyczące zawarcia umowy, wady oświadczeń woli) przebiegać może w odniesieniu do klauzuli arbitrażowej i umowy głównej w świetle różnych systemów prawnych. Takie rozwiązanie może powodować dużą niedogodność praktyczną. Problem do pewnego stopnia upraszcza rozwiązanie przyjęte w projekcie nowej polskiej Ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym¹²². W świetle art. 38 projektu prawem właściwym dla umowy o arbitraż jest bowiem prawo wybrane przez strony albo prawo państwa, na obszarze którego znajduje się uzgodnione przez strony miejsce arbitrażu, albo prawo właściwe dla stosunku umownego, którego spór dotyczy. Wspomniana niedogodność powstanie więc tylko wówczas, gdy strony spowodują ją swymi uzgodnieniami. W art. 39 projekt przewiduje jednakże, że „istnienie oraz forma umowy o arbitraż podlegają prawu państwa miejsca arbitrażu”. Takie „usamodzielnienie” oceny istnienia oraz formy umowy o arbitraż oznacza, że stosunkowo często będzie ona podlegać postanowieniom innego systemu prawnego niż ocena tych samych kwestii w odniesieniu do umowy podstawowej (zawsze wtedy, gdy prawem właściwym dla umowy będzie prawo innego państwa niż prawo miejsca arbitrażu).

Powstaje jednakże pytanie, do zakresu którego ze statutów należy samo zagadnienie niezależności klauzuli arbitrażowej. Problem pojawi się, gdy prawo właściwe dla klauzuli arbitrażowej różnić się będzie w kwestii zasady niezależności od prawa, które w danym przypadku właściwe jest dla umowy głównej¹²³. Wątpliwość nasuwa się, gdyż zasada niezależności dotyczy, w jakimś sensie, zarówno klauzuli arbitrażowej, o której niez-

¹²¹ Zob. art. V(1)(a) Konwencji nowojorskiej. Zob. także: M. Pazdan: *Prawo właściwe...*, s. 175; P. Mayer: *Les Limites...*, s. 367; E. Gaillard, J. Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, s. 212.

¹²² Publikowanym w niniejszym numerze „Problemów Prawa Prywatnego Międzynarodowego”.

¹²³ W rzeczywistości pojawi się on jednak rzadko. Po pierwsze bowiem, większość systemów prawnych akceptuje zasadę niezależności klauzuli arbitrażowej. Pozostanie więc co najwyżej kwestia wyznaczenia jej precyzyjnego zakresu. Po drugie, prawem właściwym dla klauzuli arbitrażowej często jest to samo prawo, które właściwe jest dla umowy głównej. Po trzecie wreszcie, jeśli chodzi o arbitraż międzynarodowy, to jest on w dużym stopniu niezależny od praw narodowych i rozstrzygnięcia często

leżności stanowi, jak i umowy głównej, od której klauzulę usamodzielnia. Zasada niezależności odnosi się jednak w istocie do problemu kompetencji sądu arbitrażowego, wynikającej z klauzuli arbitrażowej. W konsekwencji należy przyjąć, że prawem decydującym o niezależności klauzuli jest prawo właściwe dla klauzuli arbitrażowej, a nie prawo właściwe dla umowy podstawowej¹²⁴.

podejmowane są wyłącznie na podstawie międzynarodowej akceptacji autonomicznego charakteru klauzuli arbitrażowej.

¹²⁴ Tak D. Hascher: *European...*; V.V. Veeder, *Intl. Handbook on Comm Arb., Suppl.* 1997. Inaczej natomiast P. Mayer: *Les Limites...*, s. 367, który stwierdza, że niezależność klauzuli arbitrażowej jest ściśle uzależniona od interpretacji woli stron. Nie istnieje więc potrzeba odwoływania się do prawa jakiegoś państwa, gdyż każdy sędzia/arbitr we własnym zakresie interpretował będzie oświadczenia stron. Problem prawa właściwego nie ma więc żadnego znaczenia. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić. Trzeba bowiem co najmniej wskazać prawo, którego reguły interpretacji oświadczeń woli będziemy stosować.

MAGDALENA OLCZYK

Idea Uniwersyteckich Poradni Prawnych¹ – uwagi po 15 latach funkcjonowania poradni prawnych w Polsce²

Po raz pierwszy o idei poradni prawnej usłyszałam podczas wykładu Pani Profesor w 1997 r. W trakcie wykładu z prawa karnego materialnego Pani Profesor wspomniała o tym, że w następnym roku akademickim 1997/1998 powstanie na Wydziale Prawa i Administracji UJ klinika prawa, w której studenci pod opieką nauczycieli akademickich i praktyków będą udzielać nieodpłatnych porad prawnych osobom najuboższym. Pani Profesor, opisując poradnię, mówiła też, że jest to nie tylko świetna okazja do sprawdzenia samego siebie pod kątem przydatności do wykonywania zawodu adwokata czy radcy prawnego, lecz także niesamowita sposobność nauczania się pracy z klientem oraz ponoszenia odpowiedzialności za sprawę i losy innego człowieka. Będąc wówczas na drugim roku studiów, słysząc od Pani Profesor o tym niezwykle przedsięwzięciu³, myślałam głównie, że praca w poradni pozwoli mi także zdecydować o tym, czy w przyszłości warto będzie wykonywać zawód adwokata. Było także czymś zupełnie niesamowitym, by już na studiach poczuć i zobaczyć, jakie możliwości i zagrożenia niesie ze sobą ten zawód, a jednocześnie uczyć się i doskonalić pod okiem profesjonalnej kadry nabytą w toku studiów wiedzę.

¹ Ta część tytułu zaczerpnięta została z tytułu artykułu M. Szewczyk, *Idee Uniwersyteckich Poradni Prawnych*, „Klinika” 1999, nr 1, s. 13.

² W: *Zagadnienia teorii i nauczania prawnego. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

³ W Polsce uruchomienie w latach 90. klinik prawa było nowością. Jednak o tym modelu kształcenia, jego walorach i brakach oraz dyskusji, jaka przetoczyła się w Stanach Zjednoczonych, pisał już w latach 70. J. Wróblewski, *Klinika prawa – zagadnienia więzi teorii z praktyką w amerykańskich studiach prawniczych*, PiP 1977, z. 1, s. 39–50.

Pisząc o pracy w poradni, nie mogę jednak pominąć jej istotnego elementu, naszej pierwszej siedziby w pokoju 100 przy ul. Olszewskiego 2. Z perspektywy czasu patrząc, niebywale wydaje mi się, by w tak niewielkim pomieszczeniu (nie wiem, czy miało ono z 10 m²) mogło funkcjonować tyle osób – razem z sekretariatem – pracujących wymiennie przy trzech stanowiskach komputerowych. Jednak gdy przypominam sobie ten pokój, wydaje mi się, że spełniał on też inną funkcję. Był miejscem, do którego bardzo chętnie codziennie przychodziliśmy, przed zajęciami, po nich i w ich trakcie. Było w nim coś, co powodowało, że przesiadywaliśmy w nim nie tylko po to, by opracować sprawy i przygotować pisma dla klientów, lecz także, by pobyć ze sobą, poznawać się, pomagać sobie i wspierać się nawzajem wtedy, gdy pojawiały się jakiegokolwiek problemy. Po prostu lubiliśmy naszą klinikę.

Wspominając moją pracę w poradni, nie mogę również pominąć niezwykle cennego doświadczenia, jakie miałam zdobyć już po pierwszym roku działalności w klinice. Byłam wśród szczęściarzy wytypowanych do trzytygodniowego wyjazdu do USA w celu zapoznania się z działającymi tam klinikami, które przecież stanowiły i chyba nadal często stanowią dla nas wzór.

Potem przyszła praca w poradni w charakterze wolontariusza, bo niektóre ze spraw, jakie prowadziłam jako studentka, nie były zakończone, głównie z powodu toczących się postępowań przed sądem. Było jednak naturalne, że w sytuacji gdy klient na nas liczył, bo byliśmy często jego jedyną szansą na pomoc, sprawa niezakończona winna być doprowadzona do końca przez tego, kto się jej podjął.

To wszystko, co napisałam wyżej, potwierdza słowa Pani Profesor zamieszczone w artykule w pierwszym numerze Kliniki, czasopisma Uniwersyteckiej Poradni Prawnej UJ, kiedy to bazując jedynie na roku doświadczeń związanych z tym modelem kształcenia prawniczego, pisała:

„Entuzjazm, jaki przejawiają studenci do tej formy nauczania, jest najlepszym dowodem, iż brak było w dotychczasowym programie studiów prawniczych etapu pośredniego pomiędzy teoretycznym modelem nauczania akademickiego, a modelem ściśle profesjonalnej nauki w ramach aplikacji”⁴. Uczestnicząc teraz w programie klinicznego nauczania, nie jako studentka, ale koordynator sekcji mogę powiedzieć, że to się nie zmieniło. Teraz z kolei my, byli studenci poradni, mamy możliwość prasowania z ko-

⁴ M. Szewczyk, *Idea...*, s. 17.

lejnymi rocznikami studentów chcących poznawać prawo w praktyce i przy okazji pomagać potrzebującym.

Dzisiaj jednak nasz ruch staje przed nowymi wyzwaniem, które – co naturalne – pojawiają się dlatego, że kliniki nie muszą już głównie szukać u władz uczelni zrozumienia dla potrzeby ich funkcjonowania w ramach struktur wydziałowych. Warto przypomnieć, że od momentu rozpoczęcia funkcjonowania pierwszej kliniki w Polsce wiele się wydarzyło. Oprócz powstawania w uniwersytetach i szkołach wyższych kolejnych studenckich poradni prawnych, w 2002 r. do życia została powołana Fundacja Uniwersyteckich Poradni Prawnych⁵. Dzięki niej zostało zorganizowanych już dziewiętnaście ogólnopolskich konferencji uniwersyteckich poradni prawnych⁶, na których zarówno nauczyciele kliniczni, jak i studenci uczestniczący w programie mogą doskonalić swój warsztat. Aktualnie również, co wydaje się bardzo dużym osiągnięciem ruchu klinicznego w Polsce, funkcjonowanie poradni w ramach struktur wydziałowych jest brane pod uwagę przy opracowywaniu różnych rankingów szkół wyższych (wydziałów prawa)⁷. Można więc śmiało zaryzykować twierdzenie, że teraz władzom uczelni powinno chyba zależeć na tym, by studenci mogli także mieć możliwość uczestniczenia podczas studiów w programie kliniki prawa. Kształcenie studentów w poradniach prawnych jest teraz również cenione przez pracodawców, bo z rozmów ze studentami wynika, że jest to dodatkowy argument przy staraniu się o pracę zaraz po ukończeniu studiów.

Dlatego wydaje mi się, że dzisiaj stoimy przed innymi wyzwaniami, które pojawiły się jako skutek rozwoju ruchu klinicznego. O paru z nich chciałabym w niniejszym artykule napisać⁸.

⁵ Statut FUPP umieszczony jest na stronie <http://fupp.org.pl/index.php?id=statut>.

⁶ Ostatnia XIX Ogólnopolska Konferencja UPP odbyła się w dniach 12–14 kwietnia 2013 r. we Wrocławiu.

⁷ Tytułem przykładu: publikacja w Gazecie Prawnej z 29 czerwca 2011 r., *Metodologia i punktacja – czyli jak powstał V Ranking Wydziałów Prawa* http://praca.gazetaprawna.pl/artykuly/52671,metodologia_i_punktacja_czyli_jak_powstal_v_ranking_wydzialow_prawa.html. Autorzy tego rankingu wśród podanych kryteriów branych pod uwagę przy ocenie wskazali: kadre, jakość i siłę kształcenia, oceniali też m.in. funkcjonowanie kliniki prawa, za co przyznawali maksymalnie 2 pkt. Dla porównania w kategorii jakość i siła kształcenia autorzy funkcjonowanie szkoły prawa obcego wycenili maksymalnie na 1,5 pkt, funkcjonowanie klubu absolwenta – maksymalnie na 0,5 pkt, funkcjonowanie biura karier – maksymalnie na 0,5 pkt; liczbę umów podpisanych z wydziałami prawa w Polsce i za granicą – maksymalnie na 1,5 pkt.

⁸ Prezentuję tu problemy, z którymi miałam do czynienia w trakcie pracy jako koordynator Sekcji Prawa Cywilnego Studenckiej Poradni Prawnej Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie.

Wszystkie opisane tu trudności wiążą się z sygnalizowanym już wcześniej, bo w 1999 r., problemem dotyczącym umiejscowienia poradni i pracujących w niej studentów w systemie nieodpłatnej pomocy prawnej⁹. Problem ten, być może z początku mający charakter teoretyczny, pokazał, jak istotne jest ustandaryzowanie działań poradni i zapewnienie osobom uczestniczącym w tym programie pewnych mechanizmów, bez których udzielanie porad prawnych niekiedy napotyka duże trudności. Najważniejszym z nich jest brała regulacji prawnej dotyczącej statusu poradni oraz gwarancji dla studentów i ich klientów.

Od samego początku, jeszcze gdy byłam studentką, powtarzano mi, a teraz sama jako koordynator sekcji powtarzam zdanie, że pracując w klinice, funkcjonujemy jak profesjonalna kancelaria¹⁰, że „tajemnica zawodowa” obowiązuje studenta tak jak zawodowego prawnika¹¹. Nie bez przyczyny w powoływanym artykule autorstwa Pani Profesor Szewczyk tajemnica zawodowa została wzięta w cudzysłów. Brali regulacji prawnej w tym zakresie w odniesieniu do studentów poradni oznacza bowiem, że nie funkcjonują tu mechanizmy, o jakich mowa np. w art. 6 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze¹² (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 z późn. zm.), który w ust. 1 nakazuje adwokatowi zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej, a w ust. 3 ustanawia gwarancję, że adwokata nie można zwolnić z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę. Powyższe dla studenta pracującego w poradni oznacza, że otrzymawszy od klienta informacje o stanie faktycznym sprawy, tak naprawdę nie może on odmówić w razie wezwania go przez sąd składania zeznań co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej. Klienci podczas przyjmowania sprawy i wypełniania odpowiedniego formularza są o tym informowani. Wydawałoby się więc, że są tego stanu świadomi i akceptują ryzyko z nim związane. Jednak nasi klienci często znajdują się w trudnej sytuacji, potrzebują pomocy, bez której mogą stracić pracę, rodzinę, mieszkanie.

⁹ Zob. np. F. Zoli, O „klinicznej” metodzie nauczania prawa, *Klinika* 1999, nr 1, s. 35 i 40.

¹⁰ M. Szewczyk, *Idea...*, s. 17.

¹¹ Tamże.

¹² Pomijam tu rozwiązania przyjęte w przepisach kodeksu postępowania karnego potwierdzające powyższe, ale i umożliwiające zwolnienie adwokata z obowiązku zachowania tajemnicy; analogicznie, gdy chodzi o radców prawnych obowiązek i gwarancja, o których tu mowa, określone są w art. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm.).

De facto więc ich sytuacja jest porównywalna do sytuacji opisywanej w literaturze prawa konsumenckiego, jako *take it or leave in position*. Prowadzi to do wniosku, że bez względu na to, co zamieszczamy w formularzach i jak bardzo staramy się uświadomić klientom pewne ryzyka związane z korzystaniem z pomocy studenckich poradni prawnych, człowiek, który potrzebuje pomocy, zaakceptuje wszelkie warunki, bo nie ma innego wyjścia. Powyższe nie jest absolutnie krytyką działań poradni, ale pokazuje, że po raz kolejny człowiek ubogi, potrzebujący jest traktowany gorzej niż ten, który jest w stanie zapłacić adwokatowi czy radcy prawnemu za świadczoną pomoc. Jeżeli jest w stanie zapłacić za pomoc prawną, jego pełnomocnik otrzymuje od państwa gwarancje pozwalające na utrzymanie w tajemnicy powierzonych mu informacji. Człowiek ubogi zaś wystawiony jest na ryzyko ich ujawnienia (o czym piszę niżej). Poza ramami niniejszego artykułu znajduje się ocena takiego rozwiązania jako sprzecznego z Konstytucją RP (np. art. 2, 32, 51 ust. 2 Konstytucji RP), zwłaszcza w sytuacji gdy Minister Sprawiedliwości oświadcza, że przez następne 2 lata jego ministerstwo nie podejmie się rozwiązania problemu braku regulacji, dotyczących systemu dostępu do nieodpłatnej pozasądowej pomocy prawnej¹³.

Nie bez powodu wspominam o braku regulacji ustawowej w zakresie tajemnicy zawodowej studentów i nauczycieli akademickich uczestniczących w programie kliniki prawa. Nie jest to bowiem jedynie problem teoretyczny, który można rozważać jedynie jako kasus. W trakcie mojej działalności zdarzył się przypadek, którego zaistnienie ukazuje skutki braku regulacji prawnych dotyczących tajemnicy zawodowej, gdy chodzi o osoby pracujące w klinikach. Zdarzyło się bowiem, że Policja w trakcie prowadzonych przez nią czynności, weszła w posiadanie wizytówki naszej poradni z sygnaturą sprawy jednego z Klientów poradni. Ponieważ została ona znaleziona na miejscu przestępstwa, naturalnym krokiem było żądanie policjantów, by student prowadzący sprawę ujawnił dane klienta i parę innych informacji o prowadzonej w poradni sprawie, co niestety musiało nastąpić. „Dzięki” temu, że studenci nie podlegają tajemnicy zawodowej, otwiera się dostęp do informacji, których w razie prowadzenia sprawy przez adwokata czy radcę prawnego Policja zapewne by nie otrzymała. Takiemu stanowi rzeczy jak się wydaje nie zaradzi też zatrudnianie praktyków w poradniach.

¹³ Wiadomość ta została ogłoszona podczas wyników konkursu „Prawnik pro bono” w siedzibie Rzeczypospolitej, 17 kwietnia 2013 r.; powołuje za Ł. Bojarskim, którego notatkę opracowaną na podstawie źródeł INPRIS przekazał klinikom drogą mailową, w dniu 26 kwietnia 2013 r. Prezes Zarządu FUPP F. Czernicki.

Powyższy stan rodzi dalsze wątpliwości. Skoro bowiem przypadki żądania ujawnienia danych Osobowy klienta i innych informacji dotyczących prowadzonej sprawy już się zdarzyły, kolejny przypadek może być bardziej drastyczny. Nic bowiem nie stoi na przeszkodzie temu, by sędzia czy prokurator albo profesjonalny pełnomocnik zażądał od studenta towarzyszącego klientowi w sądzie złożenia przez niego zeznań co do faktów, o których informacje uzyskał, udzielając porady prawnej. Nie oceniając wagi takiego środka dowodowego uważam, że istnienie mechanizmu umożliwiającego tego typu zachowania należy uznać za niebezpieczne dla interesów klientów poradni.

Wydaje się wobec tego, że bardzo potrzebna jest regulacja ustawowa gwarantująca studentom poradni oraz koordynatorom, by w sprawach dotyczących klientów nie musieli zeznawać przeciwko tym, którym starali się pomóc.

Kolejną konsekwencją braku regulacji jest też wątpliwość, czy studenta udzielającego pomocy prawnej można powołać do sądu w charakterze świadka, tym razem by pomóc klientowi. Moi studenci są bowiem wysyłani także jako osoby towarzyszące klientowi podczas oględzin dokonywanych przez biegłych. Pojawić się może więc pokusa, by w fazie przedstawiania zarzutów do opinii biegłego i potem jego przesłuchania, dopuszczalne było powołanie także studenta na okoliczność, że biegły nie uwzględnił w opinii wszystkich wniosków i faktów, o których była mowa podczas oględzin. Ze względu na to, co wyżej zostało powiedziane o tajemnicy, oraz na charakter działań podejmowanych przez studentów jak adwokatów i radców prawnych, odpowiedź nasuwa się sama. Nie jestem jednak przekonana, czy w przypadku braku regulacji statusu poradni i pracujących w nim osób, w przyszłości nie pojawi się konieczność skorzystania któregośkolwiek opiekuna z tej luki.

I wreszcie ostatnia sprawa, nadal niewyjaśniona mimo wielu monitów, które wykonaliśmy z pozycji szkoły i fundacji. Chodzi o możliwość towarzyszenia klientom podczas przeglądania akt sprawy w sądzie.

Kwestia ta była przedmiotem licznych prośb i wystąpień Prezesa Zarządu FUPP. Także władze mojej szkoły zdecydowały się w swoim czasie o skierowanie do prezesów poszczególnych sądów i Ministra Sprawiedliwości kilku listów z prośbą o przychylnie potraktowanie sprawy. Opisać ją można następująco. W ramach działań podejmowanych na rzecz klientów, studenci są wysyłani do sądów, by towarzyszyć im w trakcie przeglądania akt i sporządzać kopie dokumentów czy nawet notatki potrzebne do dalszej pracy. Zauważyć należy, że studenci nie są wysyłani sami, tzn.

bez klientów, chociaż – nie ukrywam tego – byłoby to idealne rozwiązanie. Klientami poradni, co trzeba podkreślić po raz kolejny, nie są osoby, które świetnie radzą sobie w sytuacji, w jakiej się znaleźli, nie mają problemu z wysławianiem, rozumieniem treści pism. Często są to ludzie starsi, bardzo nieporadni, gdy chodzi nawet o zrozumienie paru zdań zawartych w pismach sądowych czy urzędowych, także osoby nadużywające alkoholu, bezdomni czy też osoby o niskim poziomie wykształcenia, którym wydaje się, że sprawa wyjaśni się sama, gdy nie obiorą listu poleconego bądź na niego nie odpowiedzą. Łączy ich wszystkich często to, że sam dźwięk słowa „sąd” paraliżuje racjonalne myślenie i podejmowanie decyzji, czy też, mówiąc kolokwialnie, tracą wówczas grunt pod nogami. Zdarza się więc, że osoby te poproszone, by przyniosły z sądu określone pismo bądź by sprawdziły, co się dzieje w sprawie, i przejrzały akta, wracają do nas z tym samym zasobem informacji, z którymi ich wysłaliśmy do sądu. Potrzebna jest wówczas pomoc studentów. Ci jednak, mimo że są wyposażeni w legitymacje, pisma do przewodniczących wydziałów itd., są niestety czasami wyrzucani z pomieszczenia, w którym klient ma oglądać akta. Nie znając nawet numerów poszczególnych kart sprawy, student nie jest w stanie wskazać, które pisma i dokumenty klient powinien skserować.

Sytuacja ta, jak wskazałam, była przedmiotem licznych próśb i wystąpień. Z rozmów z kolegami z innych klinik wyłania się jednak różnorodny obraz tej sytuacji. Są kliniki, które nie skarżą się na tego typu problemy. Korzystają z uprzejmości sędziów, którzy nie ograniczają studentom dostępu do akt, gdy towarzyszą oni klientom. Ta sytuacja może wynikać z faktu funkcjonowania klinik w Polsce od ponad 15 lat, co oznaczałoby przecież, że wielu obecnych sędziów mogło w przeszłości uczestniczyć w pracach poradni w trakcie ich studiów prawniczych. Rozumieją wobec tego, na czym polega praca studentów, którzy bez życzliwości z ich strony mogliby mieć spore trudności w udzieleniu rzetelnej pomocy prawnej klientowi. Jednak są również kliniki, w tym i ta, w której pracuję, w których studenci napotykać trudności w trakcie wizyt w sądach, gdy towarzyszą klientom przy wglądzie w akta. Należy zauważyć, że przypadki takie nie zawsze mają miejsce, ale nie jest ich jednak mało, by problem można było pominąć.

Zasygnalizowany problem próbowaliśmy rozwiązać przez skierowanie pism do poszczególnych prezesów sądów. W 2011 r. do naszej poradni wpłynęło sześć odpowiedzi od prezesów sądów¹⁴.

¹⁴ Była to odpowiedź od wiceprezesa Sądu Okręgowego w Warszawie, wiceprezesa Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie, Prezesa Sądu Rejonowego dla

W przeważającej mierze w odpowiedziach tych dominuje stanowisko, z którego wynika potrzeba uzyskiwania każdorazowo zgody przewodniczącego wydziału bądź prezesa sądu czy upoważnionego sędziego na obecność studenta. Jako uzasadnienie wskazuje się treść § 94 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. Nr 38, poz. 249 z późn. zm.), zgodnie z którym przewodniczący wydziału decyduje o udostępnieniu akt sądowych innym osobom niemającym uprawnień procesowych i o zakresie wykorzystania przez nie tych akt. Wydaje mi się jednak, że powołany § 94 ust. 2 czytany w powiązaniu z ust. 1 tego paragrafu¹⁵ należy stosować do innych sytuacji. W mojej opinii chodzi o zgodę przewodniczącego na samodzielny wgląd w akta przez wymienione podmioty, a więc nawet mimo braku zgody strony. W przypadkach, które opisują, chodzi jednak zgoła o inne sytuacje, studenci nie są bowiem proszeni o samodzielne przeglądanie akt sprawy klienta, ale o towarzyszenie klientowi, stronie postępowania podczas przeglądania akt. Zapewnienie, z którym również spotkałam się w jednej z odpowiedzi, że „sama strona może udostępnić kopię wszelkich dokumentów znajdujących się w aktach sprawy po uprzednim wniosku o wykonanie kserokopii z akt sprawy”, również nie rozwiązuje problemu, chociaż jego logice nie można zaprzeczyć. Problemu nie ma bowiem w sytuacji, gdy strona umie sobie poradzić z aktami i uzyska właściwe pisma z akt. Wówczas faktycznie sama może je udostępnić. Jednak gdy strona nie wie, które dokumenty miałyby być kserowane (temu właśnie służy obecność studenta, który weryfikuje karty pod kątem przydatności dla prowadzonej sprawy), trudno by je następnie mogła udostępnić. W innych odpowiedziach albo prezes nie widział żadnych przeszkód w towarzyszeniu przez studenta klientowi podczas przeglądania akt sprawy (trzeba nadmienić, że dotyczy to tylko jednego sądu), albo też obecność studenta w trakcie przeglądania akt sprawy uzależniano od zgody prezesa czy upoważnionego sędziego, po spełnieniu warunku polegającego na złożeniu pisemnego wniosku, na którym znajdzie się także pisemna zgoda osoby, której akta mają być udostępnione. W jednej z odpowiedzi prezes

Warszawy-Żoliborza w Warszawie, Prezesa Sądu Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, Prezesa Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Południe w Warszawie, oraz wiceprezesa Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie.

¹⁵ § 94 ust. 1 rozporządzenia stanowi bowiem, że przewodniczący wydziału zezwala na przejrzenie akt sprawy w sekretariacie upoważnionym przedstawicielom organizacji społecznych, które mogą wstąpić do toczącego się postępowania w danej sprawie lub zgłosić w nim swój udział.

także zaznaczył, że pracownicy biura obsługi interesanta nie zetknęli się z sygnalizowanym problemem, ale w razie chęci wglądu w akta przez inną osobę niż sama strona należy wypełnić wniosek, który zostanie przedstawiony sędziemu.

Wreszcie mamy też odpowiedź, z której wynika, że powołany w piśmie art. 156 § 1 zdanie drugie k.p.k. nie przewiduje możliwości wydania ogólnego upoważnienia dla studentów do przeglądania akt spraw karnych prowadzonych w sądzie.

Właściwie w bardzo podobnym tonie pisze do poradni i do Prezesa Zarządu FUPP Ministerstwo Sprawiedliwości, które przytacza jako uzasadnienie swojego stanowiska treść art. 9 zdanie drugie oraz art. 525 k.p.c., gdy chodzi o postępowanie cywilne, oraz art. 156 § 1 k.p.k., gdy chodzi o postępowanie karne, a także § 94 regulaminu urzędowania sądów powszechnych. Powyższe przepisy, zdaniem Ministerstwa, przekonują, że brak jest w nich obowiązku udostępniania akt sądowych osobom, które nie mają statusu trony, uczestnika postępowania, pełnomocnika czy obrońcy, a w szczególności osobie, która udziela pomocy prawnej, nie mając odpowiedniego umocowania wynikającego z przepisów prawa.

Analiza treści poszczególnych pism, jak też przedstawionych już tutaj uwag, prowadzi mnie raczej do zaskakującego wniosku. Wydaje mi się, że te negatywne stanowiska tłumaczyć można w inny sposób. Być może bowiem zarówno większość prezesów sądów, jak i Ministerstwo Sprawiedliwości odczytały nasze pisma jako prośbę o to, by studenci samodzielnie mogli przeglądać akta klientów, a więc w przypadku nieobecności klienta. Może właśnie wynika to z faktu, że raczej trudno sobie wyobrazić, by obecność studenta w trakcie przeglądania akt przez klienta-stronę postępowania stanowiła jakikolwiek problem, a skoro tak, to pisma kierowane do prezesów i Ministerstwa zawierać musiały prośbę o pomoc w umożliwieniu samodzielnego dostępu do akt studentom, a więc osobom nie będącym profesjonalnymi pełnomocnikami czy innymi ustawowo upoważnionymi do wglądu. To jednak nie było naszym celem. Jedyne co chcieliśmy dzięki tej akcji osiągnąć, to umożliwienie studentom towarzyszenia klientowi-stronie postępowania podczas przeglądania akt jego sprawy. Moje doświadczenia w prowadzeniu kliniki pokazują bowiem, że w praktyce mają miejsce sytuacje, gdy studenci mimo obecności klientów-stron postępowania są wypraszani z pomieszczeń, w których ogląda się akta spraw. Trudno mi jednak zrozumieć, dlaczego tak się dzieje.

Wydaje się, że wszelkie wątpliwości mogłyby zostać usunięte przez zmianę regulaminu urzędowania sądów powszechnych i dodanie do § 94 nowego

przepisu¹⁶ ust. 1a o proponowanej treści: „Przewodniczący wydziału zezwala na obecność studenta biorącego udział w programie studenckiej poradni prawnej podczas przeglądania akt sprawy przez stronę postępowania, korzystając z pomocy świadczonej w ramach tego programu, pod warunkiem uprzedniego przedstawienia przez studenta dokumentu potwierdzającego jego uczestnictwo w programie studenckiej poradni prawnej.

Główny zarzut, jaki można postawić proponowanej regulacji, to próba wprowadzenia do systemu prawnego pojęcia studenckiej poradni prawnej bez jego bliższej definicji. Jest to jednak bardziej ogólny problem braku jakiegokolwiek regulacji prawnej odnoszącej się do statusu poradni, której pojęcie zapewne wymagałoby bliższego uściślenia i wyjaśnienia¹⁷. Myślę jednak, że wskazanie, że chodzi tu o program edukacyjny, w ramach którego uczestniczą studenci pomagający osobom, których nie stać na pomoc profesjonalnego pełnomocnika, wskazany zarzut eliminuje.

Jak wynika z powyższych rozważań, skupiających się głównie na negatywnych skutkach braku regulacji ustawowych odnoszących się do statusu poradni i studentów klinik, kliniki prawa jako funkcjonujące w ramach wydziałów uniwersytetów i szkół wyższych dzisiaj stają już przed innymi dylematami niż na początku. Stanowi to na pewno o ich rozwoju. Można zaryzykować twierdzenie, że dzisiaj ich funkcjonowanie nie budzi już niepokoju wśród adwokatów czy radców prawnych. Studenci bowiem kierują swoją pomoc w stronę osób, których nie byłoby stać na opłacenie pomocy profesjonalnego pełnomocnika. Nie oznacza to oczywiście, że wszystkie istniejące na początku trudności zostały wyeliminowane. Nadal można powtórzyć apel, jaki Pani Profesor zawarła w swoim artykule, o przychylność i pomoc „wszystkich osób wciągniętych w proces edukacji prawniczej, a więc nauczycieli akademickich, władz uczelni, przedstawicieli wszystkich zawodów prawniczych oraz innych osób i instytucji, którzy potrzebę tego typu działalności rozumieją i popierają”¹⁸. Dziś jednak może z naciskiem na tę ostatnią grupę¹⁹.

¹⁶ Idea stworzenia przepisu w regulaminie zaproponowana została przez F. Wejmana, w trakcie zebrania Zarządu FUPP, w czasie którego omawiałem wskazany problem.

¹⁷ Takie zastrzeżenia zgłosili też m.in. uczestnicy XIX Ogólnopolskiej Konferencji SPP we Wrocławiu, odnosząc się do mojej propozycji.

¹⁸ M. Szewczyk, *Idea...*, s. 18.

¹⁹ Warto w tym miejscu wskazać, że apel Pani Profesor odniósł już pewien skutek. Ostatnio, gdy w dniu 21 marca 2012 r. Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpiła do Przewodniczącej KRASP z pismem, w którym wyraziła wsparcie dla idei ruchu klinicznego i ponowiła apel o wsparcie tej formy kształcenia przez władze szkół wyższych.

Umowy o świadczenie usług w prawie szwajcarskim¹

Kodyfikacja szwajcarskiego prawa zobowiązań

Szwajcarskie prawo zobowiązań z 30 marca 1911 r. (Obligationenrecht, dalej: OR)² stanowi piątą część szwajcarskiego kodeksu cywilnego (Zivilgesetzbuch, dalej: ZGB)³ i obowiązuje od 1 stycznia 1912 r. Jego pierwowzorem była ustawa z 1881 r., będąca pierwszą szwajcarską kodyfikacją z zakresu prawa cywilnego, ukształtowaną pod wpływem szwajcarskich i germańskich wzorców opartych na dziewiętnastowiecznej strukturze pandektowej oraz ustawodawstwa kantonowego francuskojęzycznej części konfederacji, inspirowanego francuskim Code Civil⁴. Wielowątkowość wpły-

¹ „Transformacje Prawa Prywatnego” 2014, nr 3, s. 103–120. Artykuł przedstawia wyniki badań projektu „Made in Europe” – europejskie standardy prawne jakości usług świadczonych w konkurencyjnych warunkach globalnego rynku. Modelowe rozwiązania prawa zobowiązań zorientowanego na usługi (projekt NCN nr UMo-2012/04/a/Hs5/00709).

² BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220).

³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

⁴ Inspiracja kodeksem Napoleona wskazywana jest jako źródło romańskiej struktury szwajcarskiego prawa zobowiązań – Zob. I. Schwenzer: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeine Teil*, Bern 2012, s. 2; E. Bucher: *Law of contracts* (w:) F. Dessemontet, T. Ansay: *Introduction to Swiss Law*, The Hague 2004, s. 107–108. Proces kodyfikacji oraz wpływ ustawodawstwa kantonowego, a także BGB na szwajcarskie prawo zobowiązań z 1881 i 1911 r. analizuje E. Bucher: *Der Weg zu einem einheitlichen Zivilgesetzbuch der Schweiz*, *Rabels Zeitschrift* (dalej: *RabelsZ*) 2008, z. 72, s. 671 i n.; E. Bucher: *Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2003, s. 353–374. Zob. także M. Schild: *Konturen des Werkrechts im Sächsischen BGB, dem Entwurf für ein einheitliches Schuldrecht und dem schweizerischen Obligationenrecht von 1883* (w:) F.J.A. Santos, Ch. Baldus, H. Dedek: *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München 2011, s. 215–217.

wów kodyfikacyjnych i połączenie w regulacji elementów zaczerpniętych z germańskiego i romańskiego kręgu prawnego przyczyniły się do postrzegania prawa zobowiązań z 1881 r. jako aktu eklektycznego i kompromisowego⁵. Bezsprzecznie był to jednak już od końca XIX w. akt modelowy.

Przyczynkiem do rewizji ustawy z 1881 r. stało się rozpoczęcie prac nad kodyfikacją prawa prywatnego, którym przyświecała idea stworzenia jednolitego i spójnego kodeksu – *code unique*⁶. Odrębne do tej pory prawo zobowiązań zostało nieznacznie znowelizowane i włączone do kodeksu cywilnego⁷. Kierujący pracami kodyfikacyjnymi prawa prywatnego Eugen Huber podkreślał wówczas, iż kodyfikacja ma być przede wszystkim syntezą rozwiązań kantonalnych, odzwierciedlających charakter i ducha narodu, a użyteczność obcych wzorców (BGB, kodeksu Napoleona) ograniczona powinna być do funkcjonalnej inspiracji i nie może prowadzić do zmiany kierunku rodzimego prawa i ekspansji obcych instytucji⁸. Zmiany wprowadzone do nowego OR pozwalają jednak dostrzec inspirację szwajcarskiego legislatora rozwiązaniami przyjętymi przez niemieckiego ustawodawcę w BGB z 1899 r. (opartym także na rozwiązaniach OR z 1881 r.), jak również silniejsze niż w niemieckiej kodyfikacji refleksy kodeksu Napoleona⁹. Powinowactwo szwajcarskiej kodyfikacji z niemieckim BGB sprawia, iż przy wykładni przepisów OR pomocne do pewnego stopnia okazują się poglądy niemieckiej doktryny i judykatury¹⁰.

⁵ E.A Kramer: *Der Still der schweizerischen Privatrechtskodifikation – ein Modell für Europa?*, *RabelsZ* 2008, z. 72, s. 783.

⁶ Sylwetkę przewodniczącego pracom kodyfikacyjnym E. Hubera oraz jego wkład w kształt kodyfikacji przedstawia szerzej A. Kaczmarczyk, K. Nieciecka, R. Wojciechowski: *Eugen Huber (1849–1923)*, *Kwartalnik prawa prywatnego* 2014, z. 1, s. 21 i n.

⁷ E. Bucher: *Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?*, *Zeitschrift für den Schweizerischen Recht* 1983, z. 102 II, s. 263 i 274–275; E.A. Kramer: *Der still...*, s. 781.

⁸ A. Kaczmarczyk, K. Nieciecka, R. Wojciechowski: *Eugen Huber...*, *op. cit.*, s. 30–31.

⁹ Przykłady wpływu BGB oraz kodeksu Napoleona na instytucje szwajcarskiego prawa zobowiązań (w tym instytucje ogólne prawa zobowiązań, umowy nazwane, np. umowę zlecenia, wykładnię prawa zobowiązań) przedstawia E. Bucher: *Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht (w:) Das Obligationenrechts 1883–1983, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des Schweizerisches Obligationenrecht*, Bern–Stuttgart 1984, s. 139–176.

¹⁰ *Ibidem*, s. 111.

Typologia umów o świadczenie usług w szwajcarskim prawie zobowiązań

Prawo umów uregulowane zostało w dziale pierwszym OR, obejmującym ogólne przepisy prawa umów (art. 1–183 OR), oraz w dziale drugim (art. 184–551 OR), który poświęcony jest regulacji odrębnych typów umów nazwanych i pewnych szczególnych instytucji prawa umów, jak prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia albo prokura. Przepisy ogólne działu pierwszego OR znajdują, w zakresie niewyłączonym odpowiednimi przepisami szczególnymi, zastosowanie do wszystkich umów nazwanych, w tym umów o świadczenie usług¹¹. OR nie wprowadza odrębnych przepisów ogólnych dla umów o świadczenie usług¹². Ponieważ przepisy części ogólnej OR zostały w znacznym stopniu zorientowane na dominującą historycznie umowę sprzedaży, w wielu przypadkach nie mogły one znaleźć zastosowania do umów ze świadczeniem ciągłym oraz umów o świadczenie usług. Wymusiło to w konsekwencji przyjęcie szerszej, odrębnej regulacji dla poszczególnych umów o świadczenie usług¹³.

OR z 1912 r. zasadniczo przyjął typologię umów z ustawy z 1881 r., regulując dodatkowo kilka nowych, nieznanych wcześniejszej ustawie umów, jak umowa darowizny, przekazu, zastawu, składu oraz umowa maklerska. W zakresie umów o świadczenie usług ustawa wyodrębnia obecnie, jako typy podstawowe: umowę o pracę, umowę o dzieło, umowę wydawniczą, zlecenie, umowę komisju, spedycji, przekaz, umowę depozytu i gwarancji¹⁴. Ustawowy katalog umów w OR nie ma charakteru zamkniętego ani nie zakłada hierarchicznego uporządkowania uregulowanych w nim

¹¹ H. Honsell: *Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil*, Bern 2012, s. 7.

¹² Por. art. IV. C.–2:101–IV. C.–2:111 DCFR.

¹³ I. Schwenzer: *Schweizerisches...*, s. 5.

¹⁴ Typologia umów w obowiązującym kodeksie zobowiązań z 1912 r. (według stanu na 2014 r.): *Kauf und Tausch* (tytuł VI, art. 184–238), *Schenkung* (tytuł VII, art. 239–252), *Miete* (tytuł VIII, art. 253–274g), *Pacht* (tytuł VIIIbis, 275–304), *Leihe* (tytuł IX, art. 305–318), *Arbeitsvertrag* (tytuł X, art. 319–362), *Werkvertrag* (tytuł XI, art. 363–379), *Verlagsvertrag* (tytuł XII, art. 380–392), *Auftrag* (tytuł XIII, art. 394–418v), *Kommission* (tytuł XV, art. 425–439), *Frachtvertrag* (tytuł XVI art. 440–457), *Anweisung* (tytuł XVIII, art. 466–471), *Hinterlegungsvertrag* (tytuł XIX, art. 472–491), *Bürgschaft* (tytuł XX, art. 492–512), *Spiel und Wette* (tytuł XXI, art. 513–515a), *Leibrentenvertrag und die Verpfändung* (tytuł XXII, art. 516–529). W dziale II uregulowane są także inne niż umowy nazwane instytucje prawa zobowiązań, jak prowadzenie spraw bez zlecenia (*Geschäftsführung ohne Auftrag*, tytuł XVIII, art. 419–424), prokura i inne rodzaje pełnomocnictw (*Prokura und andere Handlungsvollmachten*, tytuł XVII, art. 458–465).

typów umów¹⁵. Każdy podstawowy typ umowy zachowuje samodzielność. Mogą być mu jednak przyporządkowane podtypy o różnym stopniu odrębności regulacji¹⁶. Świadczenie usług może być także przedmiotem umów mieszanych albo nienazwanych, których pojawianie się w obrocie prawnym stanowi odpowiedź na bieżące potrzeby gospodarcze. Stanowią one także impuls do kształtowania empirycznych typów umów *sui generis*, jak umowa leasingu, faktoringu, umowa o dostawę usług internetowych (*Providervertrag*), czy też umowa o podróż (*Reisevertrag*), w których odnaleźć można elementy umów nazwanych¹⁷.

Współczesne kodyfikacje prawa cywilnego oparte na systemie rzymskim i romańsko-germańskim odzwierciedlają, do pewnego stopnia, systematykę umów ukształtowaną w prawie rzymskim. Zależność ta, pomimo braku bezpośredniej recepcji prawa rzymskiego do szwajcarskiego prawa zobowiązań, widoczna jest także w systematyce umów o świadczenie usług przyjętej przez ustawodawcę szwajcarskiego. Za sprawą wzorców kodyfikacyjnych opartych na strukturze pandektowej nawiązuje ona do romańskiej tradycji prawnej¹⁸. Podstawowe typy umów o świadczenie usług, wyodrębnione w OR można bez trudu powiązać z konstrukcją odpłatnej *locatio conductio*, uznawanej za pierwowzór współczesnych umów o korzystanie z cudzych usług¹⁹, nieodpłatnego *mandatum*, będącego podstawą świadczenia usług przez osoby o wyższej pozycji społecznej, oraz *depositum*, którego istotą była usługa przechowania rzeczy ruchomej. Klasyczne prawo rzymskie odgrywa istotną rolę także przy wykładni przepisów OR oraz stanowi punkt odniesienia dla kolejnych nowelizacji prawa zobowiązań²⁰.

¹⁵ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 16.

¹⁶ Podtypem prostej umowy o pracę (*Einzelarbeitsvertrag*) są: umowa o naukę (*Lehrvertrag*), agencja handlowa (*Handelsreisendenvertrag*), umowa o pracę nakładczą (*Heimarbeitsvertrag*), umowa taryfowa (*Gesamtarbeitsvertrag*) i zwykła umowa o pracę (*Normalarbeitsvertrag*). Wśród podtypów zlecenia prostego (*einfacher Auftrag/ Mandat*) OR reguluje obecnie: zlecenie pośrednictwa matrymonialnego albo związków partnerskich (*Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung*), list kredytowy i zlecenie kredytowe (*der Kreditbrief und der Kreditauftrag*), umowę maklerską (*Mäklervertrag*) oraz umowę agencyjną (*Agenturvertrag*).

¹⁷ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 16–17 i 20.

¹⁸ E. Bucher: *Law...*, s. 110 i 137–138; M. Schild: *Konturen...*, *op. cit.*, s. 216; I. Schwenzer: *Schweizerisches...*, s. 2.

¹⁹ *Locatio conductio* obejmowała transakcje o niejednolitym charakterze, w których przedmiotem świadczenia było korzystanie z rzeczy (*locatio conductio rei*), wykonanie rzeczy (*locatio conductio operis*) bądź korzystanie z pracy przyjmujące postać świadczenia usługi bez definiowania jej rezultatu (*locatio conductio operarum*).

²⁰ E. Bucher: *Law...*, s. 107–108.

Wśród umów z elementem korzystania z cudzej pracy albo usługi główną pozycję w OR z 1912 r. zajmują umowa o pracę (art. 319 i n. OR), umowa o dzieło (art. 363 i n. OR) i umowa zlecenia (art. 394 i n. OR). W sposobie ukształtowania pozycji stron umów o dzieło i zlecenia dostrzega się brak różnicowania stron umowy na gospodarczo czy też socjalnie słabszą i silniejszą, wyrażonego w ich odmiennej ochronie prawnej²¹.

Umową o najszerszym w obrocie prawnym znaczeniu praktycznym jest zlecenie proste (*einfacher Auftrag*) uregulowane w art. 394–406 OR. Zawierając umowę zlecenia, zleceniobiorca zobowiązuje się do odpłatnego albo nieodpłatnego wykonania powierzonych mu czynności prawnych lub faktycznych, w interesie i zgodnie z wolą zleceniodawcy (art. 394 I OR).

Przepisy regulujące zlecenie proste znajdują, w zakresie wskazanym w ustawie, zastosowanie do szczególnych typów umów, jak zlecenie pośrednictwa matrymonialnego albo związków partnerskich (art. 406a II OR), list kredytowy i zlecenie kredytowe (art. 407 OR), umowa maklerska (art. 412 II OR), umowa agencyjna (art. 418b OR), a także do stanowiących odrębne typy podstawowe umów komisju (art. 425 II OR) i spedycji (art. 440 II OR). Przepisy o zleceniu prostym mają charakter subsydiarny wobec wszelkich umów z elementem świadczenia usług nieobjętych innymi kodeksowymi typami umów²². Zgodnie z art. 394 II OR stosuje się je także do umów, których przedmiotem jest świadczenie pracy lub usług, jeżeli nie podlegają one odrębnej regulacji (np. umowie o pracę, szczególnym typom zlecenia, umowie o dzieło, umowie wydawniczej).

Odrębnym typem umowy o świadczenie usług, o porównywalnym do zlecenia znaczeniu w obrocie prawnym, jest umowa o dzieło. Wykonawca w umowie o dzieło zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, za które zamawiający zobowiązany jest uiścić wynagrodzenie (art. 363 OR). Brak odrębnego typu umowy o roboty budowlane sprawia, iż przedmiotem umowy o dzieło są też prace budowlane, a także generalne wykonawstwo robót budowlanych²³.

²¹ Socjalny i ochronny względem świadczeniodawcy profil umowy zachowany jest w umowie o pracę, nieobjętej zakresem rozważań.

²² E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 224. por. art. 750 k.c.

²³ Por. BGE 94 II 161.

Kwalifikacja stosunków prawnych do ustawowych typów umów o świadczenie usług

Rozgraniczenie umowy o dzieło od umowy zlecenia bywa niejednokrotnie przedmiotem sporów doktrynalnych i rozbieżności orzeczniczych. Przy problemach z klasyfikacją umów o świadczenie usług, zarówno orzecznictwo, jak i doktryna przeprowadzają linię demarkacyjną według zaczerpniętego z doktryny francuskiej podziału na umowy rezultatu i umowy starannego działania²⁴. Podział ten ma w prawie szwajcarskim charakter pozanormatywny. Zgodnie z nim przyjmuje się, iż świadczenie w umowie o dzieło ma polegać na dostarczeniu rezultatu, podczas gdy od przyjmującego zlecenie oczekuje się gotowości do działania w interesie zlecającego²⁵.

Koniecznym elementem umowy o dzieło jest istnienie mierzalnego rezultatu umowy – dzieła, którego prawidłowość wykonania można poddać ocenie według obiektywnych kryteriów²⁶. Według konserwatywnego, nieaktualnego już stanowiska doktryny i orzecznictwa rezultat umowy o dzieło mógł być wyłącznie wynikiem wytworzenia lub przetworzenia przedmiotów materialnych, rzeczy ruchomych lub nieruchomości²⁷. Umowy, których przedmiot świadczenia pozbawiony był charakteru materialnego, kwalifikowano jako zlecenie. Poglądy dotyczące przedmiotu umowy o dzieło przeszły znaczącą ewolucję. W latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku zarysował się, niekwestionowany obecnie, pogląd dopuszczający wytworzenie lub przetworzenie na podstawie umowy o dzieło rzeczy materialnych i niematerialnych²⁸. Stąd jako przedmiot umowy o dzieło kwali-

²⁴ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 322.

²⁵ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 226.

²⁶ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 283.

²⁷ Zob. B.K. Gautschi: Vorbem. zu OR 363 ff. N1; E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 201; Zob. także wyrok w sprawie BGE 98 II 305, w której przedmiotem rozważań była kwalifikacja prawna umowy architektonicznej.

²⁸ Według aktualnych poglądów przedmiotem umowy o dzieło może być napisanie powieści albo programu komputerowego, wykonanie projektów i kosztorysów architektonicznych, projektu strony internetowej, pomiarów geodezyjnych, świadczenie usług porządkowych, wykonanie naprawy. Jako dzieło traktowany jest montaż kranu, cięcie drewna, a także mycie elewacji budynku. Umowa o dzieło może dotyczyć świadczenia usług fryzjerskich i kosmetycznych, ale wyłączone z jej zakresu są usługi lekarskie i stomatologiczne stanowiące przedmiot umowy zlecenia (BGE 98 II 310, BGE 110 II 376). Wydanie lub powielenie dzieła literackiego i dzieła sztuki stanowi przedmiot umowy wydawniczej, uregulowanej jako odrębna umowa nazywana (art. 380 i n. OR). Szerzej H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 280; P. Lehmann (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar OR*, Basel 2008, s. 1382, art. 363, nb.

fikowane jest w orzecznictwie wykonanie pomiarów geodezyjnych, opracowanie planów i kosztorysów architektonicznych czy też sporządzenie ekspertyz²⁹. Sporna w doktrynie i orzecznictwie pozostaje natomiast kwalifikacja jako dzieła wykonania koncertu lub sztuki teatralnej³⁰.

Prawidłowość działania przyjmującego zlecenie wyznaczona miarą staranności zgodnej z wykonywaną profesją prowadzi natomiast do kwalifikowania umowy jako zlecenia. Zlecenie proste jest podstawowym typem umowy o świadczenie usług wykonywanych w ramach wolnych zawodów, usług bankowych, powierniczych, stanowi też podstawowy typ kształtujący stosunek wewnętrzny pełnomocnictwa. Postać zlecenia przyjmują umowy o wykonanie zabiegu medycznego³¹ oraz umowy o usługi prawnicze³². Przedmiotem zlecenia może być transport osób lub rzeczy nieobjęty umową spedycji³³. Usługi transportu osób i mienia stanowią przedmiot umowy zlecenia albo spedycji³⁴. Umowę zlecenia stanowi także umowa między ogłoszeniodawcą i agencją reklamową obejmująca zobowiązanie agencji do przygotowania i opublikowania ogłoszeń; jakkolwiek już umowa między agencją reklamową i wydawcą publikującym ogłoszenia prasowe kwalifikowana jest jako umowa o dzieło³⁵. Rozbieżności kwalifikacyjne powstają na tle umowy o podróż, która bywa traktowana jako umowa o dzieło bądź umowa nienazwana³⁶. Także umowa o wykonywanie usług serwisowych stanowi *contractus innominatus*³⁷.

Pomimo niekiedy odmiennych stanowisk szwajcarska judykatura i doktryna prawnicza nie są jednak postrzegane jako przeciwstawne, ale jako odrębne źródła kształtujące stosowanie prawa³⁸. Przy wykładni przepisów OR znajduje szerokie zastosowanie art. 1 II ZGB wprowadzający zasadę uznania sędziowskiego. Przepis pozwala, w razie luki w prawie, orzekać sędziemu według reguł, jakie ustanowiłby w takim przypadku ustawodawca. Dla ustalenia właściwego typu umowy poszukuje się niekiedy właśnie

²⁹ Zob. odpowiednio BGE 109 II 34; BGE 119 II 249 i BGE 110 II 380; BGE 127 III 328.

³⁰ Zob. też poglądy powołane przez H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 280.

³¹ Kwalifikacja umowy między stomatologiem i pacjentem jako zlecenia – Zob. BGE 110 II 375; odmiennie kwalifikacji świadczenia polegającego na wykonaniu protezy jako dzieła dokonał BGE w orzeczeniu 61 II 112.

³² H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 283.

³³ Por. BGE 111 II 273; BGE 115 II 474.

³⁴ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 281.

³⁵ Por. BGE 115 III 57.

³⁶ Zob. BGE 115 II 474 wraz z powołanymi tam judykatami i poglądami doktryny.

³⁷ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 281.

³⁸ E. Bucher: *Hundert...*, s. 382.

najściślejszego związku klasyfikowanej umowy z typem ustawowym, odwołując się do kryterium występowania w treści umowy elementów charakterystycznych dla typu ustawowego albo kryterium świadczenia umownego powiązanego z wypłatą wynagrodzenia³⁹. Kryteria te nie gwarantują niestety jednolitości wykładni, czego znamionnym przykładem są rozbieżności w ocenie charakteru umowy architektonicznej⁴⁰. Umowy architektoniczne, których przedmiotem jest wykonanie projektu i kosztorysu, uznawane są w orzecznictwie szwajcarskim za umowy o dzieło⁴¹. Jeżeli wynagrodzenie w umowie architektonicznej, w której przedmiotem świadczenia jest wykonanie planów i projektów, powiązane zostanie z wymiernym rezultatem, przyjęcie kryterium powiązania świadczenia z wynagrodzeniem przemawiać będzie za uznaniem jej za umowę o dzieło. Ta sama umowa architektoniczna może jednak zostać zakwalifikowana jako zlecenie, jeżeli w jej treści przewidziane zostanie prawo jednostronnego odstąpienia od umowy właściwe dla ustawowego typu zlecenia prostego (art. 404 I OR), gdy jako podstawa kwalifikacji przyjęte zostanie kryterium elementów charakterystycznych treści umowy⁴². Zagadnienie komplikuje się w przypadku umów architektonicznych o niejednolitym charakterze, obejmujących nie tylko typowe dla umowy o dzieło wykonanie planów, projektów, kosztorysów, lecz także bliższe naturze świadczeń w umowie zlecenia elementy doradztwa i nadzoru architektonicznego. W orzecznictwie szwajcarskim dominująca wydaje się w takich przypadkach tendencja do traktowania złożonej umowy architektonicznej jak umowy zlecenia, zgodnie z teorią absorpcji, wyrażoną w art. 394 II OR. Chociaż można znaleźć przykłady, zarówno na gruncie doktryny jak i orzecznictwa, kwalifikacji złożonych umów architektonicznych jako umów mieszanych, łączących elementy dzieła i zlecenia, do których znajdują zastosowanie odpowiednie przepisy obu typów ustawowych⁴³.

Wątpliwości może niekiedy rodzić rozgraniczenie umowy o dzieło i umowy sprzedaży. Istotą umowy sprzedaży jest przeniesienie własności

³⁹ Przedmiot odpłatności jako kryterium kwalifikujące charakter umowy rozważał już Ulpian – Zob. Ulpianus D.16,3,1,9.

⁴⁰ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 284.

⁴¹ Zob. BGE 109 II 462; BGE 110 II 380; BGE 119 II 249.

⁴² Zob. H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 284.

⁴³ E. Bucher: *Hundert...*, op. cit., s. 325–326; E. Bucher: *Obligationenrecht...*, op. cit., s. 228; H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 20; por. BGE 127 III 543; BGE 114 II 56; BGE 98 II 305. Zob. też M. Kikinis (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, s. 1697, Einleitung vor Art. 184, nb 3.

rzeczy i jej wydanie kupującemu (art. 184 I OR). Sprzedający może zobowiązać się do dostarczenia kupującemu rzeczy istniejącej w chwili zawarcia umowy lub nieistniejącej, ale wykonywanej seryjnie przez producenta (jeżeli jest to rzecz wykonana według określonej przez klienta konfiguracji cech na podstawie ich dostępnych wariantów). Montaż rzeczy sprzedanej, jako usługa podporządkowana sprzedaży, pochłaniana będzie także przez umowę sprzedaży⁴⁴. W odróżnieniu od umowy sprzedaży w umowie o dzieło na pierwszy plan wysuwa się usługa polegająca na dostarczeniu zamawiającemu rezultatu w postaci wykonanego dzieła. Stąd rzecz, która została wyprodukowana przez producenta na indywidualne zamówienie klienta, ale odmienna od rzeczy produkowanych seryjnie, będzie przedmiotem umowy o dzieło⁴⁵. Indywidualizacja przedmiotu umowy o dzieło musi więc wykraczać poza katalog dostawcy. Oceniając stopień zindywidualizowania rzeczy, szwajcarski Sąd Najwyższy uznał za przedmiot umowy o dzieło dostarczenie prasy hydraulicznej służącej do wytwarzania płyt cementowych o zindywidualizowanym formacie⁴⁶.

Umowa zlecenia w prawie szwajcarskim

Przedmiotem zlecenia może być wykonanie czynności prawnych lub faktycznych. Zakres czynności objętych zleceniem wyznacza treść umowy stron. W braku wyraźnego oznaczenia zakresu świadczenia przyjmuje się, iż zlecenie obejmuje czynności wynikające z natury powierzonych spraw (art. 396 I OR). Do zawarcia umowy zlecenia może dojść w sposób wyraźny albo dorozumiany w przypadku, gdy oferta zawarcia umowy skierowana do podmiotu profesjonalnie zajmującego się lub ogłaszającego gotowość świadczenia usług określonego rodzaju nie została natychmiast odrzucona (art. 395 OR).

Zlecenie może być odpłatne albo nieodpłatne. W przypadku umowy zlecenia, odmiennie niż umowy o dzieło, kodeks nie przewiduje generalnego domniemania odpłatności. W braku ustaleń stron wynagrodzenie jest należne wyłącznie, gdy w danych stosunkach tak jest przyjęte (art. 394 III OR)⁴⁷. Rezygnacja z ustawowego wymogu odpłatności zlecenia bywa

⁴⁴ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 283.

⁴⁵ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 202; H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 282.

⁴⁶ BGE 42 II 622.

⁴⁷ Wspólnym mianownikiem umów kwalifikowanych jako *locatio conductio* była ich odpłatność – Zob. R. Zimmermann: *The Law of Obligation. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 340. Przyjęta w OR koncepcja odpłatności zlecenia zbliżyła

źródłem wątpliwości przy rozróżnieniu umowy nieodpłatnego zlecenia od niebędącej umową przysługi świadczonej z grzeczności. W razie wątpliwości jedynie nieodpłatne świadczenia o charakterze czysto faktycznym nie stanowią zlecenia; pozostałe przypadki wymagają oceny *ad casum*⁴⁸.

U podstaw stosunku zlecenia leży obowiązek staranności i lojalności zleceniobiorcy (art. 298 II OR). Przepis art. 398 I OR wyznacza ogólny obowiązek zachowania przez zleceniobiorcę staranności, do jakiej zobowiązany jest pracownik w umowie o pracę⁴⁹. W praktyce staranność zleceniobiorcy oceniana jest jednak według wymogów wyznaczonych specyfiką stosunku zlecenia. Zleceniobiorca zobowiązany jest więc do staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju⁵⁰. Wyrazem obowiązku lojalności zleceniobiorcy jest ogólna dbałość o interesy zleceniodawcy, dbałość o przedmioty i środki powierzone w celu wykonania zlecenia, służenie zleceniodawcy poradą i informacją, zakaz wstępowania przez zleceniobiorcę w stosunki prawne prowadzące do kolizji interesów, a także, niewyrażony wprost w ustawie, obowiązek zachowania w tajemnicy wszelkich informacji, które zleceniobiorca pozyskał przy wykonywaniu zlecenia⁵¹. Naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy rodzi odpowiedzialność zleceniobiorcy w zakresie pozytywnego interesu umownego⁵².

W naturę zlecenia wpisany jest obowiązek osobistego działania zleceniobiorcy (por. art. 68 OR). Nie wyłącza on posłużenia się przy wykonaniu zlecenia pracownikami podporządkowanymi zleceniobiorcy. Ogranicza jednak powierzenie wykonania zlecenia osobom trzecim do sytuacji, gdy

je konstrukcyjnie do *locatio conductio operarum*, odróżniając od nieodpłatnego w prawie rzymskim *mandatum*. Szwajcarski model zlecenia przypomina w tym zakresie regulację § 1002 ABGB, a odbiega od modelu niemieckiego nieodpłatnego zlecenia przyjętego w § 663BGB.

⁴⁸ Ocenie podlega wówczas wola stron związania stosunkiem prawnym oraz świadomość zleceniobiorcy co do znaczenia świadczenia dla zleceniodawcy – por. R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, s. 1471, nb 20.

⁴⁹ Identyczne odesłanie przewidział ustawodawca szwajcarski, wyznaczając ramy staranności wykonawcy dzieła (por. art. 364 I OR).

⁵⁰ Naruszenie obowiązku staranności może stanowić przekroczenie w umowie architektonicznej kosztów inwestycji (por. też BGE 119 II 249), niedochowanie obowiązku udzielenia porady, przy usługach finansowych naruszenie obowiązków informacyjnych wobec zleceniodawcy czy też brak osobistych właściwości (np. kwalifikacji zawodowych) wymaganych do wykonania dzieła lub zlecenia (*imperitia culpa adnumeratur*) – Zob. H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 286 i 328.

⁵¹ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, *op. cit.*, s. 230; H. Honsell: *Schweizerisches...*, *op. cit.*, s. 325; R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, s. 1482, art. 398, nb 6.

⁵² E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 230.

uprawnienie takie wynika z wyraźnego upoważnienia bądź przymusu spowodowanego okolicznościami, albo gdy w danych okolicznościach reprezentacja uznawana jest za dopuszczalną (art. 398 III OR)⁵³. Zleceniobiorca ponosi odpowiedzialność za niedołożenie należytej staranności przy wyborze substytutu bądź nieudzielenie mu instrukcji dotyczących wykonania zlecenia (art. 399 II OR).

Przez czas związania umową zleceniobiorca zobowiązany jest pozostać w gotowości do działania na rzecz zleceniodawcy, ma obowiązek działać w interesie i zgodnie z wolą zleceniodawcy, w tym także zgodnie z poleceniami i wskazówkami zleceniodawcy, konkretyzującymi lub modyfikującymi sposób wykonania zlecenia (art. 397 I OR). Bezpodstawne odstępstwo od wiążących poleceń zleceniodawcy stanowi nienależyte wykonanie umowy rodzące roszczenie o prawidłowe wykonanie umowy, a jeżeli nie jest ono możliwe, odszkodowanie z tytułu jej niewykonania. W takiej sytuacji umowa może zostać uznana za wykonaną jedynie, gdy zleceniobiorca przyjmie odpowiedzialność za szkody wynikłe z niezastosowania wskazówek zleceniodawcy (art. 397 II OR). Z obowiązku dbałości o interesy zleceniodawcy wynika jednakże obowiązek zleceniobiorcy krytycznej oceny błędnych instrukcji i wskazówek otrzymanych od zleceniodawcy. Zleceniobiorca nie jest zobowiązany do wykonywania poleceń bezprawnych i naruszających zasady moralności⁵⁴.

Zleceniobiorca zobowiązany jest do udzielania informacji, wyjaśnień oraz złożenia zleceniodawcy rachunku z realizacji zlecenia. zobowiązany jest wydać zleceniodawcy wszystko, co pozyskał dla niego lub otrzymał, wykonując zlecenie (art. 400 OR). Zleceniodawca jest natomiast zobowiązany przekazać zleceniobiorcy środki wymagane do realizacji zlecenia oraz zwolnić zleceniobiorcę z zobowiązań zaciągniętych wobec osób trzecich w celu realizacji zlecenia.

Szczególną uwagę warto zwrócić na przepis art. 404 I OR, który wprowadza możliwość jednostronnego odstąpienia (wypowiedzenia) umowy zlecenia przez każdą ze stron w każdym czasie. Uprawnienie to nie jest zależne od wystąpienia szczególnych okoliczności. Należy pokreślić, iż art. 404 I OR znajduje zastosowanie nie tylko do zlecenia zwykłego, lecz także do szczególnych postaci zlecenia oraz umów, do których przepisy o zleceniu stosowane będą subsydiarnie z mocy art. 394 II OR. Skutki odstąpienia od umowy łagodzi norma art. 404 II OR wprowadzająca odpowiedzialność odszko-

⁵³ *Ibidem*, s. 229.

⁵⁴ R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, s. 1478, art. 397, nb 1.

dowawczą w granicach ujemnego interesu umownego ponoszona przez stronę odstępującą w nieodpowiednim czasie⁵⁵. Odszkodowanie na wypadek wypowiedzenia w nieodpowiednim czasie strony mogą zabezpieczyć także karą umowną⁵⁶. Na gruncie doktryny i orzecznictwa sporne okazało się uprawnienie stron do umownego wyłączenia normy art. 404 I OR. Według poglądów nawiązujących do tradycji romańskiej art. 404 I OR ma charakter bezwzględny, stąd uprawnienia stron do odstąpienia od umowy nie można ograniczyć ani wyłączyć⁵⁷. Skutkiem przyjęcia bezwzględnego charakteru przepisu będzie w konsekwencji wykluczenie dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy⁵⁸. Pogląd przeciwny, obecny zarówno na gruncie doktryny, jak i orzecznictwa, przypisuje normie art. 404 I OR charakter dyspozytywny⁵⁹. Problem normatywnego charakteru uprawnienia do odstąpienia od umowy bywa także rozstrzygany na gruncie doktryny i orzecznictwa kantonálního za pomocą rozróżnienia zlecenia typowego i atypowego. W zleceniach typowych, do których zalicza się zlecenia nieodpłatne i oparte na osobistym charakterze świadczenia, przyjmowany jest bezwzględny charakter uprawnienia. Stronom zlecenia atypowego przysługuje uprawnienie do wyłączenia możliwości jednostronnego odstąpienia od umowy⁶⁰.

Umowa zlecenia wygasa w przypadku śmierci, ograniczenia zdolności do czynności prawnych albo ogłoszenia upadłości jednej ze stron umowy (art. 405 I OR). Jeżeli jednak zakończenie wykonywania zlecenia z wymienionych przyczyn zagraża interesom zleceniodawcy, zleceniobiorca, jego następca prawny albo przedstawiciel zobowiązany jest zabezpieczyć interesy zleceniodawcy do momentu, gdy zleceniodawca, jego przedstawiciel albo spadkobierca nie zajmą się osobiście ich prowadzeniem (art. 405 II OR).

⁵⁵ Zakres odszkodowania obejmuje to, co strona by uzyskała, gdyby do odstąpienia od umowy nie doszło. Zob. też R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, s. 1503, art. 404, nb 9. Zob. też BGE 110 II 386.

⁵⁶ Zob. BGE 110 II 383.

⁵⁷ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 227; R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, s. 1502, art. 405, nb 5. Por. też BGE 115 II 464.

⁵⁸ Zob. BGE 117 II 392, także BGE 104 II 116. Dopuszczalne jest jednak, zgodnie z art. 404 II OR, zastrzeżenie ryczałtowego odszkodowania na wypadek naruszenia umowy albo wypowiedzenia w nieodpowiednim czasie – Zob. BGE 110 II 383, BGE 109 II 468, BGE 103 II 130.

⁵⁹ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 227 (za:) J. Hofstetter: *schweizerisches Privatrecht*, VII/2, s. 52.

⁶⁰ R.H. Weber (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, s. 1502, art. 404, nb 6.

Umowa o dzieło w prawie szwajcarskim

Stronami umowy o dzieło są zamawiający dzieło i przedsiębiorca – wykonawca dzieła. Przez umowę o dzieło przedsiębiorca zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do uiszczenia za nie wynagrodzenia (art. 363 OR). Wykonanie i dostarczenie dzieła oraz zapłata za nie stanowią *essentialia negotii* umowy (art. 363 i 367 OR).

Odmienne niż zleceniobiorca w umowie zlecenia wykonawca dzieła nie jest zobowiązany do pozostawania w gotowości do działania. Istotą jego świadczenia jest dostarczenie dzieła, a nie jego wykonywanie⁶¹. Na wykonawcy dzieła, odmiennie niż na zleceniobiorcy, nie spoczywa też szczególny obowiązek dbałości o interesy zamawiającego⁶². Wykonawca dzieła zobowiązany jest do zachowania powszechnego obowiązku działania w dobrej wierze (art. 2 ZGB). Wykonawca zobowiązany jest wykonywać dzieło zgodnie ze wskazówkami zamawiającego. Nie ponosi jednak odpowiedzialności za wady dzieła powstałe wskutek wykonywania go według wskazówek zamawiającego, którym wykonawca się sprzeciwił, a zamawiający zażądał ich zastosowania wbrew sprzeciwowi wykonawcy (art. 369 OR).

Wyznaczając granice staranności wykonawcy dzieła, szwajcarski ustawodawca odwołuje się, podobnie jak przy zleceniu, do staranności, jaką powinien zachować pracownik wykonujący świadczenie z umowy o pracę (art. 364 I OR). Jednak zakres stosowania przepisów umowy o pracę do wyznaczenia miary i granicy staranności wykonawcy dzieła pozostaje, podobnie jak w przypadku zlecenia, przedmiotem dyskusji. Przyjęcie pełnego odesłania z art. 364 I OR oznaczałoby odpowiednie stosowanie do umowy o dzieło art. 321a I OR w zakresie obowiązku zachowania staranności pracownika⁶³ oraz art. 321e I i II OR określających subiektywne kryteria wyznaczenia granic staranności pracownika⁶⁴. Tak szeroki zakres odesłania prowadziłby w rezultacie do zaostrzenia odpowiedzialności wykonawcy, który zgodnie z art. 321e I OR ponosiłby odpowiedzialność

⁶¹ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 205.

⁶² H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 286–287.

⁶³ Odesłanie wyraźnie dotyczy staranności wykonawcy i nie obejmuje także uregulowanego w art. 321a I OR obowiązku dbałości o słuszny interes pracodawcy.

⁶⁴ Zgodnie z art. 321e II OR miara staranności wykonawcy dzieła, tak jak miara staranności pracownika, jest ustalana *ad casum* z uwzględnieniem elementów obiektywnych, jak poziom ryzyka zawodowego, wymaganego wykształcenia wykonawcy, wiedzy fachowej koniecznej do wykonania dzieła oraz okoliczności subiektywnych, jak umiejętności i właściwości wykonawcy, o których zamawiający wiedział lub powinien był wiedzieć.

nawet za skutki lekkiego niedbalstwa⁶⁵. Tak szerokie ujęcie obowiązku staranności wykonawcy w umowie o dzieło jest jednak kwestionowane, podkreśla się konieczność wąskiej wykładni odesłania i przyjmowania obiektywnych miar staranności wykonawcy dzieła⁶⁶.

Wykonawca dzieła nie zawsze jest zobowiązany do osobistego świadczenia. Prawo szwajcarskie, co do zasady, nie wiąże obowiązku osobistego świadczenia z przedmiotem świadczenia, ale z przymiotami dłużnika⁶⁷. Zgodnie z wyrażoną w art. 68 OR zasadą ogólną dłużnik jest tylko wtedy zobowiązany do osobistego świadczenia, gdy jest to wymagane ze względu na osobiste cechy dłużnika. Wyjątek od przyjętej zasady dotyczy umowy o dzieło. Wykonanie dzieła jest postrzegane jako świadczenie o naturze mieszanej, obejmujące świadczenie rzeczy, któremu towarzyszy element świadczenia pracy, wymagającej osobistego zaangażowania wykonawcy dzieła⁶⁸. Stąd też, zgodnie z art. 364 II OR, na wykonawcy dzieła spoczywa obowiązek osobistego wykonania dzieła albo osobistego nadzoru nad jego wykonaniem. Powierzenie wykonania lub nadzoru przy wykonaniu dzieła innej osobie może być uzasadnione wyłącznie charakterem dzieła wykluczającym jego osobiste wykonanie przez przedsiębiorcę (art. 364 II OR)⁶⁹. Podnosi się jednak w doktrynie, iż odstępstwo od osobistego wykonania stało się w praktyce regułą⁷⁰. Jeżeli jednak wykonanie dzieła wymagało osobistego świadczenia, a dłużnik wykonanie dzieła powierzył innej osobie, nawet gdy to wykonanie nadzorował, ponosi on odpowiedzialność za szkody powstałe wskutek nienależytego wykonania umowy (art. 97 i n. OR). Wykonawca odpowiada też za szkody wyrządzone wierzycielowi przez osoby, którym wykonanie dzieła powierzył (art. 101 OR).

Umowa o dzieło jest umową o charakterze zawsze odpłatnym (art. 363 OR). Artykuł 374 OR wprowadza domniemanie odpłatności, znajdujące zastosowanie zarówno w braku ustalenia odpłatności za dzieło, jak i nie-

⁶⁵ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 286.

⁶⁶ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 206; P. Lehmann (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, *op. cit.*, s. 1389, art. 364, nb 9.

⁶⁷ B. Gross, F. Sprecher (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, s. 355, art. 68, nb 8.

⁶⁸ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 285.

⁶⁹ Por. BGE 103 II 52, BGE 94 II 164.

⁷⁰ W umowach o świadczenia wykonywane w ramach wolnych zawodów, gdy zawarcie umowy podyktowane jest renomą, doświadczeniem, umiejętnościami dłużnika, zaufaniem, obowiązek osobistego świadczenia, nawet niewyrażony w umowie, przyjmuje się jako dorozumiany – Zob. B. Gross, F. Sprecher (w:) H. Honsell: *Kurzkommentar...*, s. 354, art. 68, nb 7. Zob. E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 205.

wskazania przez strony jej wysokości⁷¹. Jeżeli przedmiotem umowy jest świadczenie właściwe dla umowy o dzieło, a strony ustaliły brak odpłatności, umowa taka nie może stanowić umowy o dzieło, ale umowę zlecenia albo umowę nienazwaną podobną do umowy o dzieło. Strony mogą ustalić wynagrodzenie umowne według ceny stałej (art. 373 OR) bądź orientacyjnej, wskazanej przy zawarciu umowy (art. 375 I OR). Wynagrodzenie według ceny orientacyjnej ustalane jest według nakładów poniesionych na wykonanie dzieła. W takich przypadkach wykonawca zobowiązany jest informować zamawiającego w toku prac o przekroczeniu zakładanych kosztów lub o zaistnieniu ryzyka przekroczenia kosztów. Przy nieproporcjonalnym wzroście kosztów wykonania dzieła zamawiający może odstąpić od umowy (art. 375 I OR). Jako granicę tolerancji przyjmuje się dziesięcioprocentowy wzrost podanej przez wykonawcę ceny orientacyjnej. Szczególny przypadek stanowią umowy, w których przedmiotem świadczenia było wykonanie prac budowlanych na gruncie zamawiającego. Zamawiający może wówczas żądać obniżenia ceny, a jeżeli dzieło nie zostało ukończone, może odstąpić od umowy za zapłatą rekompensaty za już wykonane prace (art. 375 II OR). Zmiana wysokości wynagrodzenia nie jest wykluczona także w przypadku ustalenia przez strony ceny stałej. Wykonawcy przysługuje wówczas roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia przez sąd w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć lub których wystąpienie wykluczały, a które uniemożliwiają lub nadmiernie utrudniają wykonanie dzieła (klauzula *rebus sic stantibus* art. 373 II OR)⁷². Nadzwyczajne okoliczności uzasadniające żądanie podwyższenia wynagrodzenia muszą mieć charakter obiektywny. Mogą je stanowić działania wojenne, katastrofy naturalne, ale także okoliczności niemieszczące się w definicji *vis maior*, takie jak znaczny wzrost

⁷¹ Według E. Buchera wynagrodzenie ustalane jest wówczas z uwzględnieniem wartości pracy i nakładów wykonawcy. Obejmuje ono także rozsądny zysk wykonawcy – zob. *Obligationenrecht...*, s. 212–213. Odmiennie stanowisko zajmuje H. Honsell, według którego art. 374 OR ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy strony ustaliły odpłatność za umowę, ale nie wskazały wysokości wynagrodzenia – por. *Schweizerisches...*, s. 306–307.

⁷² Jest to regulacja swoista dla OR, nieznana BGB ani ABGB. Jej odpowiednik znajdziemy w art. 632 § 2 k.c. oraz art. 1664 k.c. włoskiego. W prawie szwajcarskim klauzula *rebus sic stantibus* z art. 373 II OR stanowi *lex specialis* względem art. 24 i 4 OR określającego podstawy uchylenia się od czynności prawnej dokonanej pod wpływem błędu (zob. H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 308). Klauzuli zarzuca się jednak, iż sankcjonuje bez dostatecznego materialnego uzasadnienia naruszenie zasady zaufania w kontraktowaniu – tak E. Bucher: *Hundert...*, s. 273.

kosztów materiałów lub wynagrodzeń, bądź warunki geologiczne nieruchomości, na której miały być prowadzone prace budowlane⁷³.

Przedmiot szczególnych ustaleń stron umowy o dzieło stanowi kwestia dostarczenia materiałów do wykonania dzieła. W braku innych postanowień umowy stroną zobowiązaną do dostarczenia materiałów do wykonania dzieła jest zamawiający (art. 365 I OR *a contrario*), natomiast obowiązek zapewnienia maszyn, narzędzi i materiałów pomocniczych do wykonania dzieła spoczywa na wykonawcy i stanowi jego koszt (art. 364 III OR). Oba powołane przepisy mają charakter dyspozytywny. Wykonawca może więc przejąć obowiązek dostarczenia materiałów. Ponosi wówczas wobec zamawiającego ciężar zagwarantowania odpowiedniej jakości materiałów tak jak sprzedawca i odpowiada za rezultat w postaci dostarczenia wolnego od wad dzieła. Jeżeli materiały do wykonania dzieła dostarczane są przez zamawiającego, wykonawca nie odpowiada za wady materiałów, jest natomiast zobowiązany do jak najlepszego ich wykorzystania („das Beste aus der Sache zu machen”). Wskazuje się, iż umowa w pewnym sensie traci wówczas charakter umowy rezultatu, a świadczenie wykonawcy zbliżone jest do świadczenia pracy⁷⁴. Obowiązek staranności wykonawcy obejmuje należyte zabezpieczenie powierzonych mu materiałów, złożenie rozliczenia z ich użycia i zwrot niewykorzystanej części (art. 365 II OR). Niedopełnienie wskazanych obowiązków rodzi odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie zobowiązania na zasadach ogólnych (art. 97 I OR), z której wykonawca może się zwolnić, przeprowadzając dowód zachowania należytej staranności.

Na wykonawcy spoczywa także, uregulowany w art. 365 III OR, obowiązek niezwłocznego ostrzeżenia zamawiającego o przeszkodach w należyтым wykonaniu dzieła, wynikających z wadliwości materiałów dostarczonych przez zamawiającego czy też wad rzeczy ruchomej lub nieruchomej, z którą powiązane jest wykonanie dzieła, a także o innych okolicznościach, niezależnych od wykonawcy, które zagrażają należytemu lub terminowemu wykonaniu dzieła (*Orientierungspflicht*). Obowiązek ostrzegawczy nie dotyczy przeszkód znanych wykonawcy lub możliwych do przewidzenia w chwili zawarcia umowy oraz zależnych od wykonawcy⁷⁵. Sankcją za niedopełnienie obowiązku poinformowania zamawiającego jest obciążenie wykonawcy konsekwencjami nienależytego wykonania dzieła, w tym także

⁷³ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 308.

⁷⁴ E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 206.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 207.

wynikającymi z okoliczności niezależnych od wykonawcy, o których winien był poinformować zamawiającego.

Ustawodawca szwajcarski równomiernie rozłożył między strony umowy ryzyko utraty materiałów i dzieła. Ryzyko przypadkowej utraty materiałów obciąża, co do zasady, stronę, która je dostarczyła. Ryzyko związane z uszkodzeniem/utratą dzieła przechodzi na zamawiającego dopiero w momencie wydania dzieła, odmiennie niż w umowie sprzedaży, gdzie już od chwili zawarcia umowy kupujący ponosi ryzyko utraty rzeczy (art. 185 I OR). przepis art. 376 I OR przenosi na zamawiającego ryzyko utraty dzieła z przyczyn od niego niezależnych, jeżeli zamawiający znajdował się w zwłoce z odbiorem dzieła. W tej sytuacji zamawiający zobowiązany jest także, pomimo utraty/uszkodzenia dzieła, do zapłaty wykonawcy wynagrodzenia za jego pracę oraz zwrotu poniesionych wydatków (art. 376 I OR). Jeżeli wynagrodzenie miało być ustalone według nakładów pracy, wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia ustala się według nakładów pracy, jakie musiałby ponieść w celu ponownego wykonania dzieła⁷⁶. Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, pomimo niedostarczenia dzieła, przysługuje wykonawcy także w przypadku, gdy dzieło uległo zniszczeniu z przyczyn tkwiących w materiale dostarczonym przez zamawiającego lub w nieruchomości, na której wykonywane było dzieło, bądź na skutek wskazówek zamawiającego, którym wykonawca się sprzeciwił. Przesłanką roszczenia w tych sytuacjach jest uprzednie niezwłoczne poinformowanie zamawiającego o zaistniałych przeszkodach. Wysokość roszczenia w tej sytuacji nie może przekroczyć poniesionych nakładów pracy wraz z nieznajdującymi w nich pokrycia wydatkami na wykonanie dzieła. Odszkodowanie za szkody poniesione przez wykonawcę może być dochodzone na zasadach ogólnych (art. 376 III OR). Utrata dzieła ani zapłata odszkodowania nie zwalnia wykonawcy z obowiązku spełnienia świadczenia, jeżeli dzieło jest nadal możliwe do wykonania⁷⁷. Zamawiający ponosi ponadto ryzyko niemożliwości wykonania dzieła z przyczyn leżących wyłącznie po jego stronie. Wykonawca może żądać wówczas wynagrodzenia za wykonaną pracę i poniesione dodatkowe wydatki (art. 378 I OR), a w przypadku zawinionej przez zamawiającego niemożliwości wykonania dzieła także dodatkowego odszkodowania (art. 378 II OR).

Zamawiający może odstąpić od umowy o dzieło (ze skutkiem *ex tunc*), nawet przed upływem terminu wykonania dzieła, jeżeli przedsiębiorca

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 291.

spóźnia się z rozpoczęciem albo wykonaniem dzieła w takim stopniu, iż można przewidywać, że nie ukończy go w terminie (art. 366 I OR)⁷⁸. Jeżeli dzieło, z winy przedsiębiorcy, wykonywane jest wadliwie lub niezgodnie z umową, zamawiający może wyznaczyć mu odpowiedni termin do zmiany sposobu wykonania dzieła z zagrożeniem, iż w razie dalszego wadliwego wykonania dzieła, zamawiający będzie uprawniony do powierzenia usunięcia niezgodności albo dalszego wykonania dzieła zgodnie z umową osobom trzecim na koszt i ryzyko wykonawcy (art. 366 II OR). Wykonanie zastępcze nie wymaga w tej sytuacji zezwolenia sądu⁷⁹. Według poglądów części doktryny zamawiającemu przysługuje także, analogiczna do uregulowanej w art. 366 I OR, możliwość odstąpienia od umowy⁸⁰. Kolejnym wyjątkiem od zasady *pacta sunt servanda* jest dopuszczone w art. 377 OR uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w każdym czasie przed ukończeniem dzieła za zapłatą przedsiębiorcy pełnego odszkodowania w zakresie *damnum emergens* i *lucrum caessans*⁸¹.

Osobisty charakter świadczenia bądź nadzoru przy wykonaniu dzieła skutkuje w przypadku śmierci wykonawcy dzieła niemożliwością wykonania umowy. Wówczas, podobnie jak w sytuacji niezawinionej niemożliwości świadczenia dłużnika, umowa o dzieło wygasa. W obu przypadkach zamawiający uprawniony jest do odbioru nieukończonego dzieła lub jego części za częściowym wynagrodzeniem (art. 379 I OR). W przypadku niewykonania umowy z powodu innych poza wymienionymi przyczyn wykonawcy (bądź jego spadkobiercom) nie przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia.

⁷⁸ Według poglądów części doktryny, znajdujących potwierdzenie w orzecznictwie szwajcarskiego Sądu Najwyższego, zamawiającemu przysługuje w tej sytuacji wybór między odstąpieniem a wypowiedzeniem umowy ze skutkiem *ex nunc* – zob. P. Lehmann (w:) H. Honsell: *Kurzkomentar...*, s. 1395, art. 366, nb 6–7.

⁷⁹ P. Lehmann (w:) H. Honsell: *Kurzkomentar...*, s. 1396, art. 366, nb 13.

⁸⁰ Tak H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 288; Zob. też P. Lehmann (w:) H. Honsell: *Kurzkomentar...*, s. 1397, art. 366, nb 16.

⁸¹ Odszkodowanie należne wykonawcy na podstawie art. 377 OR ustalone jest w praktyce orzeczniczej według tzw. *Abzugsmethode*, według której należy pomniejszyć pełne wynagrodzenie za dzieło o zaoszczędzone przez przedsiębiorcę wydatki, które poniósłby dalej, wykonując dzieło, oraz o dochody możliwe do uzyskania w czasie, który przeznaczylby na wykonanie dzieła. Ten sposób kalkulacji bywa krytykowany jako niezgodny z *additionsmethode* wyraźnie przyjętej na gruncie art. 377 OR oraz sprzyjający niedopuszczalnemu przeniesieniu ciężaru dowodu na zamawiającego. Wskazuje się jednak, iż oba sposoby wyznaczania odszkodowania prowadzą w praktyce do zbliżonych rezultatów – por. H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 288–289, wraz z powołanymi tam poglądami.

Obowiązek zapłaty ceny powstaje w chwili odbioru dzieła (art. 372 I OR). Przepisy art. 367–371 OR wprowadzają, odrębną od rękojmi za wady rzeczy sprzedanej (Zob. art. 197–210 OR), regulację rękojmi za wady dzieła. Zgodnie z art. 367 OR po dostawie dzieła zamawiający zobowiązany jest dokonać jego sprawdzenia, a w razie stwierdzenia wad zgłosić je wykonawcy. W razie wadliwości rzeczy zamawiającemu, co do zasady, przysługuje wybór między żądaniem obniżenia ceny dzieła, naprawienia albo wymiany rzeczy; może żądać także naprawienia szkody (art. 368 II OR)⁸². W przypadku istotnej niezgodności dzieła z umową albo istnienia wad powodujących nieprzydatność dzieła dla zamawiającego, albo, gdy nie jest możliwe obniżenie ceny, zamawiający może odmówić odbioru dzieła, powstrzymać się z zapłatą ceny, a także żądać pokrycia szkody poniesionej wskutek wadliwości dzieła, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność (por. art. 368 I OR). Przy ustalaniu odpowiedzialności odszkodowawczej zastosowanie znajduje przepis art. 43 I OR, zgodnie z którym rodzaj i wielkość odszkodowania za poniesione szkody podlega konkretyzacji przez sąd rozstrzygający w konkretnej sprawie. Odmowa lub niezdolność usunięcia wad dzieła przez wykonawcę uprawnia zamawiającego do powierzenia naprawy osobom trzecim (wykonanie zastępcze bez zgody sądu) i zażądania od wykonawcy zwrotu poniesionych kosztów jako odszkodowania na zasadach ogólnych (art. 98 I OR). Okres przedawnienia roszczeń z tytułu rękojmi regulowany jest przepisami o charakterze dyspozytywnym⁸³.

⁸² Swoboda wyboru roszczenia podlega ograniczeniom wynikającym z właściwości rzeczy, możliwości wykonawcy, a także przepisów szczególnych, np. art. 368 III OR wyłączonego wymianę rzeczy w przypadku dzieła wykonywanego na nieruchomości, czy też art. 169 SIA-Norm 118 ograniczającego uprawnienia zamawiającego (roboty budowlane) do naprawy rzeczy. Wybór sposobu usunięcia wad rzeczy wiąże wykonawcę i prowadzi do wygaśnięcia pozostałych roszczeń/uprawnień. Chociaż orzecznictwo sądów kantonalnych dopuszcza zmianę sposobu usunięcia wady w sytuacji, gdy wykonawca zwleka lub odmawia usunięcia wad w wybrany sposób – zob. H. Honsell: *Schweizerisches...*, s. 294.

⁸³ Roszczenia przedawniają się z upływem dwóch lat od dnia dostarczenia rzeczy ruchomej i z upływem pięciu lat od dnia wydania dzieła, którym jest nieruchomość. Przy wadach podstępnie zatajonych przedawnienie wynosi 10 lat od dnia wydania rzeczy, niezależnie od charakteru dzieła. Roszczenia przeciw architektom przedawniają się z upływem pięciu lat (art. 371 II OR). Zob. też E. Bucher: *Obligationenrecht...*, s. 211.

Uwagi końcowe

Szwajcarski kodeks zobowiązań pomimo ponad stu lat obowiązywania przetrwał próbę czasu. Jakkolwiek nie pozostawał niezmienny. Nowelizacje, którym był poddawany, wynikały z potrzeby dostosowania prawa do zmieniających się potrzeb obrotu gospodarczego. Większość zmian dokonywana była jednak zgodnie z naturą kodyfikacji, odpowiadając postulatom kontynuacji i pewności prawa oraz zachowania zgodności z duchem narodu⁸⁴.

Impulsem intensywnych współczesnych reform szwajcarskiego prawa zobowiązań stały się jednak także procesy europeizacji prawa prywatnego. Zbliżanie, a w pewnych obszarach ujednocianie, systemów prawnych państw UE ukazało niepożądane dla rozwoju stosunków bilateralnych między Szwajcarią i UE ryzyko przestrzennego i czasowego odizolowania prawa szwajcarskiego. W konsekwencji skłoniło ustawodawcę szwajcarskiego do przyjęcia wielu nowelizacji zgodnych z kierunkami legislacji europejskiej⁸⁵. Przyczyną około 30% reform prawa materialnego przeprowadzonych w latach 1990–2010 było zapewnienie kompatybilności prawa szwajcarskiego z prawem Unii Europejskiej⁸⁶. W kontekście tych nowelizacji podnosi się jednak, iż narzucony przez prawo europejskie kierunek reform ograniczył swobodę legislacyjną ustawodawcy szwajcarskiego, wykluczając przyjęcie odmiennych autonomicznych rozwiązań krajowych, a tempo zmian spowodowało obniżenie jakości i przejrzystości prawa⁸⁷.

Jakkolwiek potrzeba dalszych nowelizacji ZGB nie jest kwestionowana, podnoszone postulaty nie zmierzają do generalnej rewizji szwajcarskiej kodyfikacji⁸⁸. Podkreślane są walory kodyfikacji, jak jasność redakcji przepisów i elastyczność zawdzięczana klauzulom generalnym i szerokim ustawowym podstawom uznania sędziowskiego⁸⁹. Wskazywany jest też,

⁸⁴ E. Bucher: *Hundert...*, s. 362 i 366–367.

⁸⁵ Wpływ konsumenckiego *acquis communautaire* UE jest dostrzegalny w nowych regulacjach prawa konsumenckiego dotyczących odpowiedzialności za produkt niebezpieczny, podróży pakietowych, kredytu konsumenckiego.

⁸⁶ Zob. S. Jenni: *Dynamische Rechtsübernahme*, *Neue Zürcher Zeitung* z 27 listopada 2012 r., nr 276, s. 21; S. Jenni: *Europeanization of Swiss Law-Making: Empirics and Rhetoric re-Drafting Apart*, *Swiss Political Science Review* 2014, z. 20(2), s. 210.

⁸⁷ S. Jenni: *Dynamische Rechtsübernahme*, s. 21.

⁸⁸ P. von Breitschmid: *Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB: Eigenständigkeit und Fremdeinflüsse*, *RabelsZ* 2008, Bd 72, s. 722.

⁸⁹ E.A. Kramer: *Der still...*, s. 774–776 i 793. zwięzłość i prostota redakcji przepisów bywa niekiedy oceniana jako nadmierna; zob. E. Bucher: *Hundert...*, s. 357–358.

jakkolwiek nie bez cienia krytyki, „życiowy” charakter ZGB, jego zrozumiałość i przejrzystość. Sposób redakcji kodeksu bywa wręcz kontrastowany z nadmiernie abstrakcyjnym i techniczonym BGB⁹⁰. Zwolennicy reform nie bez racji wskazują jednak, iż wykreowana w duchu dziewiętnastowiecznej pandektystyki regulacja nie jest w stanie sprostać wyzwaniom współczesnych problemów prawnych⁹¹. Jednak jego reformy nie powinny prowadzić do utraty zindywidualizowanego i głęboko narodowego (w pewnym sensie nawet supranarodowego) charakteru ZGB⁹².

Oczywiście można postawić pytanie, czy szwajcarski kodeks zobowiązań może nadal służyć ustawodawcy polskiemu za wzorzec kodyfikacji umów o świadczenie usług. Pozostawanie Szwajcarii poza głównym nurtem europejskich procesów integracyjnych oraz „bliskość” kodyfikacji wchodzących w życie w poszczególnych państwach UE, bezpośrednia dostępność europejskich modelowych aktów pozanormatywnych jak DCFR, a także wiek kodyfikacji szwajcarskiej z pewnością ograniczają jej oddziaływanie jako kodyfikacji modelowej. Warto jednak pamiętać, iż OR jest rezultatem, poprzedzonej szerokimi badaniami porównawczymi, konsolidacji ustawodawstw kantonowych przesiąkniętych elementami germańskiej i romańskiej tradycji prawnej⁹³. Ustawodawca szwajcarski sprostał nie tylko zadaniu ujednoczenia odrębnych regulacji kantonowych, lecz także stworzył regulację, która mogła być przetłumaczona i efektywnie stosowana w trzech oficjalnych językach obowiązujących na terytorium Szwajcarii (niemieckim, francuskim, włoskim)⁹⁴. ZGB jest ponadto kodyfikacją reprezentatywną dla ogólnoeuropejskiej tradycji prawnej prawa cywilnego. Okoliczności te nadają szwajcarskiej kodyfikacji, z racji porównawczych, walor kodyfikacji niezmiennie cennej dla krajowych i ponadnarodowych przedsięwzięć kodyfikacyjnych⁹⁵.

⁹⁰ Por A. Kaczmarczyk, K. Nieciecka, R. Wojciechowski: *Eugen Huber...*, s. 31–33.

⁹¹ I. Schwenzer: *Schweizerisches...*, s. 4.

⁹² P. von Breitschmid: *Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB: Eigenständigkeit und Fremdeinflüsse*, *RabelsZ* 2008, Bd 72, s. 722; E.A. Kramer: *Der still...*, s. 789–790.

⁹³ Historyczne podstawy kształtowania ustawodawstwa szwajcarskiego przedstawia J.M. Reiner: *Europäische Privatrecht. Die Rechtsvergleichung*, *Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht* 2007, s. 228–234.

⁹⁴ Zob. A. Kaczmarczyk, K. Nieciecka, R. Wojciechowski: *Eugen Huber...*, s. 33–34.

⁹⁵ Por. E.A. Kramer: *Der Still...*, s. 793; J.M. Reiner: *Europäische...*, s. 233–234.

Service contracts under the Swiss law summary

The article presents the development and current state of the Swiss provisions of service contracts included in the Swiss Law of obligation of 1912. The Act created by the Swiss legislature serves from more than hundred years as a classical pattern and inspiration to various European legislative bodies. Examples of legal solutions and structures of service contracts developed in the Swiss Law of obligation can be found even in German civil code, not to mention the Polish provisions of specific work contract or mandate contract. However, the Swiss Law of obligation, despite its significance and position among the major European codifications, neither exists in vacuum, nor remains unchanged. The number of amendments implemented since 1990 were influenced by the legal developments in the European Union.

The question is whether the Swiss Law of obligation remains unique and whether it may still serve as a model codification for the Polish and European legislator.

The article not only presents the current structure of the Swiss code, exposes the leading types of service contracts and its features, with extensive references to the Swiss doctrine and jurisprudence, but also responds briefly the above question.

JOANNA BUCHALSKA

Swobodne wykonywanie praktyk religijnych – uwagi na tle orzecznictwa¹

Uwagi ogólne

Kwestia swobód religijnych na gruncie prawa polskiego została uregulowana przede wszystkim w przepisach Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.² jak również w przepisach odnoszących się do ochrony dóbr osobistych w ustawie z 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny³. Zgodnie z art. 31 Konstytucji wolność człowieka podlega ochronie prawnej, a każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. Wolność ta została uregulowana również w art. 41 Konstytucji, zaś art. 47 wskazuje na poszanowanie ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Wprost ochronę wolności sumienia i religii zapewnia art. 53 Konstytucji, zgodnie z którym wolność religii obejmuje wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują⁴.

¹ *Wokół rekodyfikacji prawa cywilnego*, red. P. Stec, M. Załucki, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2015, s. 445–460.

² Dz.U.1997, Nr 78, poz. 483, dalej jako Konstytucja.

³ Tekst jednolity, Dz.U.2014, Nr 121, dalej jako k.c.

⁴ Por. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 63, W. Janyga, *Przestępstwo obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle*

Szczególne istotna w zakresie prowadzonych w tym artykule rozważań pozostaje treść art. 53 ust 4, 5 i 6 Konstytucji, zgodnie z którym religia kościoła lub innego związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej może być przedmiotem nauczania w szkole, przy czym nie może być naruszona wolność sumienia i religii innych osób; wolność uzewnętrzniania religii może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy jest to konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób. W ust. 6 art. 53 Konstytucji określono, że nikt nie może być zmuszany do uczestniczenia ani do nieuczestniczenia w praktykach religijnych. W judykaturze wskazuje się, że na swobodę sumienia składa się możliwość swobodnego wyboru światopoglądu, która ma szczególne znaczenie dla tożsamości każdego człowieka, dla jego systemu wartości, z którym się identyfikuje i z którym chce być identyfikowany⁵. Przepisy te spajają się z regulacjami dóbr osobistych zawartych w unormowaniach art. 23 k.c., wskazujących jako dobro osobiste swobodę sumienia.

W wyroku z 6 kwietnia 2004 r. Sąd Najwyższy wymienia, że wolności sumienia i religii obejmuje wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwy, uczestniczenia w obrzędach, praktykowania i nauczania, posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawa osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują. Naruszenie wolności religii może przybrać różne formy i – jak podkreśla Sąd Najwyższy – próba ich wyliczenia byłaby bezcelową kazuistyką, pozbawioną większego znaczenia praktycznego. Na gruncie orzecznictwa można wskazać, że naruszenie wolności religii może polegać na uniemożliwieniu lub utrudnieniu uprawiania kultu, modlitwy, przeszkadzaniu w uroczystościach religijnych, uniemożliwieniu odprawiania bądź uczestnictwa w obrzędach religijnych, dyskryminacji ze względu na przekonania religijne⁶. Wobec powyższego „swobodą sumienia” jest zatem swoboda w zakresie przyjęcia określonego światopoglądu, w tym także przyjęcia określonego wyznania. Na swobodę sumienia osoby wyznającej określoną religię składa się wolność wyrażania swoich przekonań religijnych oraz wykonywania

współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania, Warszawa 2010, s. 85 i n., T. Szymański, G. Jędrejek, *Ochrona uczuć religijnych w prawie polskim*, Warszawa 2002.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 20 września 2013 r., II CSK 1/13, LEX nr 1388592.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 6 kwietnia 2004 r., I CK 484/03, OSN 2005, nr 4, poz. 69.

praktyk religijnych⁷. Stanowi ona próbę stworzenia państwa o neutralnym światopoglądowym charakterze⁸ i jednocześnie próbuje stworzyć podstawy „demokratycznego społeczeństwa”, którego podstawą jest wolność myśli, sumienia i wyznania, jakie są konieczne dla stworzenia tożsamości osób wierzących oraz ich koncepcji życia, lecz stanowi także ważną wartość dla ateistów, agnostyków i osób indyferentnych względem religii. Od wolności sumienia zależy pluralizm, który jest nieodłącznym elementem społeczeństwa demokratycznego, i o który walczone przez stulecia⁹.

Na gruncie prawa polskiego wymienić można również ustawę z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania¹⁰. W preambule tej ustawy wskazano, że Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, wykonując postanowienia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej o wolności sumienia i wyznania, jak również kierując się zasadami zawartymi w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, Akcie Końcowym Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie oraz Deklaracji Organizacji Narodów Zjednoczonych o wyeliminowaniu wszelkich form nietolerancji i dyskryminacji z powodów religijnych lub przekonań, co służyć ma umacnianiu warunków do czynnego i równoprawnego uczestnictwa obywateli w życiu publicznym i społecznym, bez względu na ich stosunek do religii. Warto również wspomnieć o treści rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w publicznych przedszkolach i szkołach¹¹, a także o rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 22 kwietnia 2008 r. w sprawie Pełnomocnika Rządu do spraw Równego Traktowania¹².

Powyższe unormowania wzorowane są na aktach prawa międzynarodowego, w szczególności na treści Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r.¹³, wprowadzającego w art. 14 zakaz dyskryminacji, zgodnie z którym korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 20 września 2013 r., II CSK 1/13, LEX nr 1388592.

⁸ Por. P. Borecki, *Państwo neutralne światopoglądowo – ujęcie komparatystyczne*, „Państwo i Prawo” 2006, 5, s. 3 i n.

⁹ Wyrok ETPCz z 15 stycznia 2013 r., Nr 48420/10, Wyrok ETPCz z 12 czerwca 2012 r., Nr 42730/05, www.curia.eu.

¹⁰ Dz.U.2005, Nr 231, poz. 1965.

¹¹ Dz.U.1992, Nr 36, poz. 155.

¹² Dz.U.2008, Nr 75, poz. 450.

¹³ Dz.U.1977, Nr 38, poz. 167 zał.

konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn. Niewątpliwie na treść powyższych regulacji miała wpływ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2¹⁴.

Podkreślić należy również, że wpływ publicznego wyrażania swych przekonań religijnych różni się w zależności od miejsca i sytuacji, zgodnie z krajową tradycją¹⁵. Wobec powyższego niezbędne w tym zakresie będzie przedstawienie poglądów judykatury w odniesieniu do interpretowania pojęcia wolności sumienia. Poza rozważaniami pozostanie jednak kwestia odpowiedzialności karnej z tytułu naruszenia swobody religijnej¹⁶, kontrowersje dotyczące zasadności wpisywania stopi z przedmiotu etyka/religia na świadectwach szkolnych¹⁷ lub samej nauki religii w szkołach¹⁸, jak również kwestie dotyczące zasłaniania twarzy chustą islamską¹⁹ i odbywania służby wojskowej jako kwestii naruszenia swobód religijnych²⁰.

¹⁴ Dz.U.1993, Nr 61, poz. 284.

¹⁵ Por. uzasadnienie wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 grudnia 2009 r., U 10/07, OTK-A 2009, Nr 11, poz. 163.

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 10 listopada 1995 r., II KRN 137/95, OSN KW 1996, Nr 1–2, poz. 13, por. M. Filar, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 listopada 1995 r. II KRN 137/95*, Palestra 1996, 11–12, s. 217, E. Zienkiewicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 listopada 1995 r. II KRN 137/95*, „Państwo i Prawo” 1997, 5, s. 110.

¹⁷ Por. Wyrok ETPCz z 15 czerwca 2010 r., Nr 7710/02, P. Borecki, *Glosa do wyroku z 15 czerwca 2010 r. w sprawie Grzelak v. Polska*, „Państwo i Prawo” 2012, 3, s. 123–129.

¹⁸ Por. Wyrok ETPCz z 9 grudnia 2010 r., Nr 7798/08, Decyzja ETPCz z 26 czerwca 2001 r., Nr 40319/98, Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 16 stycznia 1996 r., Nr 23380/94, www.curia.eu

¹⁹ Por. Decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 11 stycznia 2005 r., Nr 35753/03, Decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 4 marca 2008 r., Nr 15585/06, Wyrok ETPCz z 4 grudnia 2008 r., Nr 27058/05, Wyrok ETPCz z 4 grudnia 2008 r., Nr 31645/04, www.echr.coe.int

²⁰ Por. Wyrok NSA z 14 września 1993 r., II SA 1702/93, Wyrok NSA z 17 listopada 1992 r., SA/Wr 996/92, Prawo i Życie 1994, Nr 3, s.15, Wyrok NSA z 11 maja 1993 r., SA/Wr 202/93, ONSA 1994, Nr 3, poz. 95, Wyrok NSA z 26 marca 1993 r., SA/Wr 16/93, ONSA 1994, Nr 3, poz. 103, Wyrok NSA z 4 listopada 1992 r., SA/Ka 1014/92, „Prawo i Życie” 1993, Nr 51–52, s.23, Wyrok NSA z 10 grudnia 1991 r., SA/Wr 104/91, ONSA 1991, Nr 3–4, poz. 95; OSP 1992, Nr 7–8, poz. 16, Wyrok NSA z 10 grudnia 1991 r., SA/Wr 1047/91, ONSA 1991, Nr 3–4, poz. 95, Wyrok NSA z 11 lutego 1991 r., SA/Wr 57/91, ONSA 1991, Nr 1, poz.22, Wyrok NSA z 4 listopada 1992 r., SA/Ka 1014/92, „Prawo i Życie” 1993, Nr 51–52, s. 23.

Symbole religijne a prawo swobodnego wykonywania praktyk

Problematyka symboli religijnych stanowi istotny przejaw identyfikacji religijnych jak również państwowych. W wielu hymnach państwowych państw europejskich, przykładowo Holandii, Szwajcarii, jak również Wielkiej Brytanii, pojawiają się bowiem odwołania do kwestii religijnych. Symbole religijne pojawiają się zaś w flagach państw, takich jak Wielka Brytania, Grecja Szwajcaria, Islandia i Finlandia. Świadczyć to może nie tylko o kwestii odnoszącej się nie tylko do tego, iż krzyż jest symbolem religijnym, ale również pewnej tożsamości religijnych²¹.

Zgodnie z art. 53 ust. 2 Konstytucji wolność sumienia i religii obejmuje również uzewnętrznianie indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują. Dyskusyjne pozostaje jednak umieszczanie symboli religijnych w miejscu pracy, nauki lub innych sferach publicznych. Na marginesie wskazać można jednak, że „obecność tzw. symboli religijnych w przestrzeni publicznej jest przede wszystkim funkcją kultury politycznej, niekoniecznie wiążąc się z literalnym ujęciem relacji światopoglądowych, czy – tym bardziej, węższej rzecz ujmując – stosunków państwowo-kościelnych”²². W prawie innych państw problematyka symboli religijnych najczęściej dotyczy kwestii takich jak dekoracja bożonarodzeniowa szopki²³, jak również wykorzystywania krucyfiksów, krzyży oraz ikon; nie ma jednak jednolitego stanowiska w tym zakresie²⁴. Istotne znaczenie ma wyrok ETPCz

²¹ Por. R. Piotrowski, *Opinia na temat wniosku „wydania zarządzenia nakazującego usunięcia krzyża łacińskiego, znajdującego się w Sali posiedzeń Sejmu RP”, „Zeszyty Prawnicze” 2011, 4, s. 55–77.*

²² J. Szymanek, *Obecność symboli religijnych w przestrzeni publicznej*, (w:) *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, L. Kondratiewa-Bryzik, Warszawa 2012, s. 33.

²³ Por. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 5 marca 1984 r. w sprawie Lynch v. Donnelly, 464 U.S. 668 (1984).

²⁴ Por. opracowanie European Centre for Law and Justice, *ECHR – LAUTSI v. ITALY*. APRIL 2010, <http://www.eclj.orghttp://eclj.org/pdf/ECLJ-MEMO-LAUTSI-ITALY-ECHR-PUPPINCK.pdf> (marzec 2014).

z 3 listopada 2009 r. w sprawie *Latusi v. Włochy*²⁵, dotyczący ekspozycji krucyfiksu we włoskiej szkole publicznej²⁶. W sprawie tej Izba ETPCz stwierdził, że sama ekspozycja symboliki religijnej stanowi „narzucanie określonej wiary przez państwo” oraz opowiadanie się państwa za konkretną wiarą, oraz że obecność krzyża może być łatwo interpretowana przez uczniów w każdym wieku jako znak religijny. Mogą oni mieć poczucie, że odbierają edukację w środowisku szkolnym naznaczonym obecnością danej religii. To, co dla niektórych, wierzących uczniów może być zachętą, może również być źródłem zaburzeń emocjonalnych w przypadku uczniów innych wyznań lub też tych, którzy nie wyznają żadnej religii. To orzeczenie zostało jednak zmienione za sprawą wyroku Wielkiej Izby ETPCz z 18 marca 2011 r.²⁷. Zgodnie z wyrokiem Wielkiej Izby obecność krucyfiksu w klasie włoskiej nie narusza swobody religijnej osób niepraktykujących.

Kwestia symboli religijnych, a w zasadzie symbolu krzyża, pojawia się w orzecznictwie polskim sporadycznie, jednakże w obszarze zainteresowania pozostają przede wszystkim dwie sprawy. Pierwsza rozpatrywana była przez Sąd Najwyższy w dniu 6 września 1990 r. Przedmiotem rozważań Sądu była kwestia usunięcia z przychodni krzyża, umieszczonego przez jedną z pracowni tej placówki. W tej sprawie Sąd Najwyższy uznał, że powieszenie krzyża jest dozwolonym eksponowaniem przekonań religijnych, bowiem nie wywoływał u kogokolwiek z zainteresowanych pracowników jakiegokolwiek odruchu niechęci czy braku akceptacji. Wprost przeciwnie – to polecenie dyrektora nie zostało zaakceptowane, co wyraziło się brakiem realizacji także ze strony przełożonych powódki. Zdaniem Sądu taka sytuacja nie powoduje, że wiszący w pomieszczeniu biurowym krzyż stanowił jakiś element narażający kogokolwiek na sytuację konflik-

²⁵ *Latusi v. Włochy* – wyrok ETPCz z 3 listopada 2009 r., skarga nr 30814/06 (w:) M.A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2009, Warszawa 2010, s. 358.

²⁶ Por P. Borecki, D. Pudzianowska, *Glosa do wyroku z 3 XI 2009 w sprawie Lautsi v. Włochy, skarga nr 30814/06*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 4, s. 124 i n.; I.C. Kamiński, *Nakaz obecności krzyża we włoskiej szkole – glosa do wyroku ETPCz z 3.11.2009 r. w sprawie Lautsi v. Włochom*, Europejski „Przegląd Sądowy” 2010, 3, s. 40 i n.; M. Kowalski, *Kolejny strasburski kamień milowy? – komentarz do wyroku ETPCz Lautsi v. Włochom*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, 3, s. 48 i n., L. Wiśniewski, *Liberum veto w sprawie wieszania krzyży w szkole?* (w:) W. Machura (red.), *Etyka w mediach. Vol. 6: Media odzwierciedleniem rzeczywistości?*, Poznań–Opole 2010, s. 13 i n.; S. Mancini, *The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty*, *European Constitutional Law Review* 2010, 6, s. 6 i n.

²⁷ *Latusi v. Włochy* – wyrok ETPCz z 3 listopada 2009 r., nr 30814/06 (w:) M.A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2011, Warszawa 2012, s. 470.

ową lub obrażającą prawo do wolności sumienia i wyznania. Nie bez znaczenia jest także powszechnie zrozumiała, pozytywna dla kultury nie tylko chrześcijańskiej, lecz wręcz ogólnoludzkiej, symbolika krzyża²⁸.

Druga ze spraw dotyczy żądania usunięcia z Sali Posiedzeń Plenarnych Sejmu RP krzyża łacińskiego w związku z twierdzeniem, że przez ten symbol dochodzi do presji światopoglądowej na powodów, którzy są posłami na Sejm RP, sprawa ta była przedmiotem wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie²⁹. Punkt ciężkości w rozważaniach zawartych w jego uzasadnieniu został położony na udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy eksponowanie krzyża łacińskiego na Sali Posiedzeń Plenarnych Sejmu RP może zostać zakwalifikowane jako wywieranie presji światopoglądowej na powodów, którzy wykonują obowiązki posłów na Sejm RP. Sąd Apelacyjny uznał, że eksponowanie symboli religijnych, czyli ich obecność w przestrzeni publicznej, jest wyrazem wolności wyznania, obejmuje również wolność do uzewnętrzniania swych przekonań, indywidualnie i prywatnie, lecz także wspólnie z innymi oraz publicznie. Umieszczanie krzyża w miejscach publicznych wchodzi zdaniem Sądu Apelacyjnego w zakres uzewnętrzniania publicznie wyznawanej religii, co może nastąpić poprzez eksponowanie symboli religijnych. Jednakże należy rozważyć, zdaniem Sądu, jeszcze kwestie tzw. negatywnej wolności religijnej (tzw. wolności od religii), której odzwierciedleniem było stanowisko powodów chcących uniknąć kontaktu z uzewnętrznianiem religii przez pozostałych członków społeczeństwa. W przypadku jednak występowania takiej negatywnej wolności religijnej do powodów należało udowodnienie szkody, której źródłem była realizacja prawa do publicznego uzewnętrzniania religii przez osoby wierzące. Zdaniem Sądu Apelacyjnego o powstaniu takiej szkody nie można jednak mówić w przypadku samego eksponowania symbolu religijnego w przestrzeni publicznej. Decydujące znaczenie nadać bowiem należy nie samemu miejscu eksponowania symbolu, ale sposobowi eksponowania, czyli zdolności wpływania na określne postawy (w aspekcie reakcji podmiotów poddanych wpływowi symbolu religijnego). Dalej Sąd określił, że umieszczenie krzyża na Sali Posiedzeń Plenarnych Sejmu wiąże się jedynie z tzw. pasywnym oddziaływaniem tego symbolu, a takie oddziaływanie nie stanowi przejawu religijnej indoktrynacji ze strony państwa

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 16 września 1990 r., I PRN 38/90, OSNC 1991, Nr 10–12, poz. 126.

²⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 grudnia 2013 r, I ACa 608/13, opublikowane na stronie www.orzeczenia.ms.gov.pl, dostępne w dniu 29 marca 2014 r.

naruszającej wolność sumienia i wyznania posłów³⁰. Sąd Apelacyjny powołał się również na stanowisko Sądu Okręgowego, zgodnie z którym nie każdy dyskomfort światopoglądowy odczuwany przez osoby niewierzące w związku z eksponowaniem w przestrzeni publicznej symbolu religijnego należy utożsamiać z naruszeniem ich wolności sumienia i wyznania³¹. W ocenie Sądu Apelacyjnego osoba o przeciętnej wrażliwości poddana oddziaływaniu tego symbolu religijnego w pasywny sposób, nie wywodzi z kontaktu wzrokowego z nim tak negatywnych odczuć, w stopniu, który ograniczałby jej wolność sumienia i wyznania, czyli swobodę światopoglądową. W szczególności ze względu na to, że powodowie – posłowie na Sejm RP są osobami dojrzałymi, aktywnymi życiowo i społecznie, o ukształtowanym światopoglądzie, które w ramach swojej działalności nieustannie są narażane na konieczność konfrontacji z innymi poglądami, w tym poglądami dotyczącymi kwestii światopoglądowych³².

Obok symboli religijnych ważnym elementem swobody wykonywania praktyk religijnych jest między innymi kult papieża. Kwestia ta rozpatrywana była w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 6 kwietnia 2004 r., której przedmiotem była treść artykułu opublikowana w dzienniku T. o tytule *Joannes Paulus dixit*. Przedmiotem publikacji była krytyka wypowiedzi papieża Jana Pawła II: „teoria ewolucji Darwina jest nie tylko hipotezą naukową, lecz czymś więcej”. Autor artykułu negatywnie ocenia cytowane sformułowanie stwierdzając, że Papież w sposób typowy dla dygnitarzy kościelnych posługuje się niedomówieniami, operuje truizmami. Następnie autor przeciwstawia słowom Papieża esej o teorii ewolucji J. Ratzingera: „(...) myśl sformułowana tak niechlujnie przez J.P. II, nie jest Jego myślą oryginalną, jak zresztą wszystko co mówi i pisze. To tylko zwulgaryzowanie wyników dociekań J. Ratzingera, nie wiem, czy identycznego z kardynałem J. Ratzingerem”. Artykuł został zakończony następującymi słowami: „Jakże ponuro prymitywnie brzmi niechlujna i bełkotliwa wypowiedź J.P. II na tle wytwornego, ale popularnego bądź, co bądź eseju Ratzingera! Jak temu człowiekowi, który w rzeczywistości nigdy nie przestał być prostackim wikarym z Niegowicia, nie wstyd tak kompromitować siebie (to najmniej-

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 grudnia 2013 r., I ACa 608/13, opublikowane na stronie www.orzeczenia.ms.gov.pl, dostępne w dniu 29 marca 2014 r.

³¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 stycznia 2013 r., I C 716/12, niepubl.

³² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 grudnia 2013 r., I ACa 608/13, Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 28 października 1998 r., I ACa 612/98, OSP 1999, Nr 10, poz. 177, Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 26 marca 2010 r., I C 28/10, Lex nr 1135961.

sza), związku religijnego, któremu szefuje i narodu, do którego niegdyś należał!”. Powód w tej sprawie wskazał, że powyższe stwierdzenia naruszyły jego dobra osobiste w postaci uczuć religijnych. Do stanowiska tego przychylił się Sąd Najwyższy, uznając, że Ksiądz który był powodem w tej sprawie posiada legitymację czynną do dochodzenia naruszenia dóbr osobistych Papieża, ponieważ oprócz tego, że jest z nim związany uczuciowo, religijnie i światopoglądowo, lecz również funkcyjnie i hierarchicznie, bowiem pozwany uzyskał tytuł Prałata Jana Pawła II wobec czego stanowi najbliższe otoczenie Papieża i jest zobowiązany do dbania o sprawy Kościoła i wiary. Ze stanowiskiem tym zgodzono się w doktrynie wskazując, że Jan Paweł II w polskim społeczeństwie uznawany był za wyjątkowe dobro w sensie religijnym, społecznym i patriotycznym³³. Jednakże, wskazywano, że uczucia religijne i przyjaźń nie powinny znaleźć się w katalogu dóbr osobistych chronionych przepisami kodeksu cywilnego³⁴.

Związek Wyznania Świadkowie Jehowi, „Strażnicy” i Towarzystwa Biblijnego i Traktatowego

W aspekcie związków wyznaniowych pojawia się wiele interesujących problemów w zakresie swobody religijnej interesujących w zakresie swobody religijnej, którego wyrazem była między innymi próba rejestracji Świadków Jehowych jako wspólnoty religijnej w wielu krajach³⁵. Istotny jest, obowiązujący członków tej grupy wyznaniowej, religijny zakaz pewnych form ingerencji w funkcjonowanie organizmu i pewnych metod leczenia (np. transfuzji krwi), co w sprawach medycznych stanowi istotne ograniczenie w zakresie udzielania pomocy. Odnosi się to również do małoletnich lub nieletnich³⁶.

Kwestia braku zgody na metodę leczenia jako godzącą w zakres swobody religijnej była rozpatrywana przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 27 października 2005 r., w którym uznano, że oświadczenie pacjenta

³³ K. Skubisz, *Dobra osobiste – glosa – I CK 484/03*, „Monitor Prawniczy” 2006, 4, s. 206–207.

³⁴ B. Rokoczy, *Glosa do wyroku z dnia 6 kwietnia 2004 r.*, I CK 484/03, „Przegląd Sądowy” 2006, 10, s. 157.

³⁵ Wyrok ETPCz z 31.07.2008 r. w sprawie *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas i inni v. Austria*, nr 40825/98 (w:) M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2008*, Warszawa 2010, s. 201.

³⁶ U. Chmielewska, S. Ciołkowski, T. Wiwatowski, *Praktyka leczenia Świadków Jehowy bez krwi – aspekty medyczne, prawne i etyczne*, „Prawo i Medycyna” 2003, 5, s. 83, M. Filar, *Postępowanie lecznicze (świadczanie zdrowotne) w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody*, „Prawo i Medycyna” 2003, 5, s. 46.

wyrażone na wypadek utraty przytomności, określające wolę dotyczącą postępowania lekarza w stosunku do niego w sytuacjach leczniczych, które mogą zaistnieć, jest dla lekarza – jeżeli zostało złożone w sposób wyraźny i jednoznaczny – wiążące. Zdaniem Sądu jest to bowiem przejaw autonomii jednostki i swobody dokonywania przez nią wyborów. Wskazana autonomii powinna być respektowana niezależnie od motywów, które kierują pacjentem w zakresie wskazania swojej opinii³⁷.

Powyższe orzeczenie stanowi istotny wkład w zakresie określenia możliwości hospitalizacji pacjentów, którzy nie wyrazili na to zgody³⁸ oraz wpisuje się w tendencję europejską³⁹. W takich przypadkach orzecznictwo jednoznacznie wskazuje, że niezbędne jest udzielenie pełnej informacji przez lekarza o podejrzeniach, o konieczności szerszej diagnostyki oraz ewentualnych konsekwencjach zdrowotnych⁴⁰. Brak zgody na hospitalizację może być podyktowany aspektami religijnymi. Wobec powyższego często w takich sprawach mamy do czynienia z konfliktem pomiędzy zasadą ochrony życia i zdrowia pacjenta a jego samostanowieniem⁴¹. Doktryna w tym zakresie nie wypowiada się jednolicie. Niektórzy przedstawiciele wskazują na prymat bezwzględny ochrony zdrowia⁴², ochronę życia w razie wątpliwości⁴³ lub negatywne skutki dokonania czynności ochrony zdrowia wobec negatywnego stosunku pacjenta wobec podjętych czynności⁴⁴. W doktrynie podkreśla się wobec powyższego równość partnerów w relacjach pacjent–lekarz w szczególności w zakresie uzyskiwania zgody⁴⁵. Kontrowersje w tym zakresie w szczególności odnoszą się do przypadków, w których brak inge-

³⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z 27 października 2005 r., III CK 155/05, OSNC 2006, 7–8, poz. 137.

³⁸ Por. J. Kulesza, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 27 października 2005 r.*, *Palestra* 2007, 3–4, s. 317.

³⁹ M. Nestorowicz, *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Aix-Provence z 21 grudnia 2006 r.* (D. 2007, n° 26), „*Prawo i Medycyna*” 2009, 1, s. 138–142.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 23 listopada 2007 r., IV CSK 240/07, OSNC 2009, Nr 1, poz. 16.

⁴¹ T. Olszewski, I. Stańczyk, *Glosa do postanowienia z dnia 27 października 2005 r.* (III CK 155/05), „*Przegląd Sądowy*” 2008, 11–12, s. 220.

⁴² M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Warszawa 2001, s. 98, A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępczość czynu w praktyce lekarskiej*, „*Prawo i Medycyna*” 2005, 2, s. 14.

⁴³ A. Liszewski, *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny*, „*Prawo i Medycyna*” 1999, 1, s. 88.

⁴⁴ E. Zieliński, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, „*Prawo i Medycyna*” 2000, 5, s. 82.

⁴⁵ M. Filar, *Postępowanie lecznicze...*, s. 41.

rencji lekarskiej na skutek wyznania pacjenta doprowadził do jego śmierci⁴⁶. Pamiętać należy jednak, że pominięcie sprzeciwu na zaproponowaną metodę leczenia, np. na transfuzję, może powodować naruszenie dóbr osobistych⁴⁷. Jak trafnie jednak podkreśla B. Janiszewska trudności w zakresie oceny oświadczeń *pro futuro* odnoszą się do braku unormowań w tym zakresie, a w szczególności w przypadkach, w których wymagana jest szybka reakcja lekarzy może powodować wiele niejasności na etapie legalności oraz etyczności podjętych działań⁴⁸.

Ciekawy pozostaje również aspekt zmiany religii jednego z małżonków oraz jego wpływu na rozpad małżeństwa. Zdaniem Sądu Najwyższego zmiana religii przez jednego z małżonków nie może być rozważana wyłącznie z punktu widzenia zasady wolności religii i prawa rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem. Zmiana religii, w tym przypadku przejście żony do Związku Wyznaniowego Świadków Jehowych, może wpływać na wzajemne relacje między małżonkami. Zdaniem Sądu pomimo że każdemu człowiekowi przysługuje wolność wyboru w sferze wyboru religii, skutki wyboru jednego z małżonków mogą być postrzegane zarówno w kategorii przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego, jak i winy w rozkładzie pożycia, jeśli w istotny sposób naruszają usprawiedliwiony interes drugiego małżonka oraz dotychczasowy model małżeństwa i rodziny. Zmiana wyznania może bowiem powodować zerwanie więzi pomiędzy małżonkami, zmianę organizacji życia w rodzinie, zmianę kontaktów towarzyski oraz wyizolowanie jednostki która nie zmieniła wiary⁴⁹. Analogiczny pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Katowicach, we wcześniejszym wyroku, zgodnie z którym zmianę wyznania przez jednego z małżonków oraz zmianę wyznania dzieci bez akceptacji drugiego z małżonków, można uznać za zawinioną w rozkładzie pożycia małżeńskiego, zwłaszcza gdy ze zmianą jest też związana zmiana tradycji rodzinnych i gdy powstała w związku z tym sytuacja ma wpływ na pożycie małżeńskie⁵⁰. Uzasadnienie to w zasadzie znalazło potwierdzenie

⁴⁶ Wyrok z 19 października 1971 r., Bundesverfassungsgericht, BvR 387/65, Band 34, poz. 6, s. 99–111.

⁴⁷ U. Chmielewska, S. Ciołkowski, T. Wiwatowski, *Praktyka leczenia...*, s. 83.

⁴⁸ B. Janiszewska, *Praktyczne problemy oświadczenia pro futuro (uwagi po rozstrzygnięciu sprawy)*, „Prawo i Medycyna” 2009, 4, s. 60.

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 25 sierpnia 2004 r., IV CK 609/03, OSNC 2005, Nr 7–8, poz. 139.

⁵⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 25 lutego 1998 r., I ACa 729/97, OSA 1998, Nr 11–12, poz. 49.

w doktrynie. Wskazuje się jednak, że zmiana religii przez jednego z małżonków, jako realizacja gwarantowanej konstytucyjnie wolności, może być uznana, co najwyżej, za niezawinioną przyczynę rozwodu⁵¹.

Na marginesie rozważań warto wskazać jeszcze na jedną kwestię odnoszącą się do swobody religijnej i związków wyznaniowych. Ciekawym obszarem badań pozostaje również kwestia interpretacji przepisów dekretu z 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa⁵². Zgodnie z art. 36 dekretu, kto bierze udział w związku, którego istnienie, ustrój albo cel ma pozostać tajemnicą wobec władzy państwowej, podlega karze więzienia. Początkowo pod pojęciem „związku” było utożsamiane jako zbiorowość wyznaniowa „Świadków Jehowych”⁵³. W konsekwencji uczestnicy związku często skazywani byli za działania niebezpieczne dla odbudowy Państwa. Jednakże później wyraźnie orzecznictwo wskazało, na brak możliwości takiego interpretowania pojęcia związku – zakresem pojęcia „związek” w kontekście art. 36 dekretu z 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa nie można obejmować zbiorowości wyznaniowej „Świadkowie Jehowy” będącej wspólnotą o charakterze religijnym⁵⁴. Takie stanowisko w sposób jednoznaczny rozgraniczyło możliwość zrzeszenia się i normy odnoszące się do swobody religijnej. Stanowisko to w zasadzie jest zbieżne z orzecznictwem Strasburskim w tej kwestii odnoszącym się do problemów w zakresie

⁵¹ A. Sylwestrzak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 25 sierpnia 2004 r., IV CK 609/03*, dostępny w programie LEX, W. Robaczyński, *Glosa do wyroku z dnia 25 sierpnia 2004 r. (IV CK 609/03)*, „Przegląd Sądowy” 2006, 4, s. 130.

⁵² DZ.U. 1946, Nr 30, poz. 192, dalej jako dekret.

⁵³ Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 31 maja 1963 r., zasada prawna, VI KO 48/60, OSNKW 1963/10/180.

⁵⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 14 czerwca 2013 r., IV KK 146/13, LEX nr 1324335, Por. Wyrok Sądu Najwyższego z 25 lutego 2005 r., III KK 16/05, OSNwSK 2005/1/443, Wyrok Sądu Najwyższego z 9 listopada 2004 r., III KK 235/04, OSNwSK 2004/1/2023, Wyrok Sądu Najwyższego z 9 września 2004 r., V KK 166/04, OSNwSK 2004/1/1535, Wyrok Sądu Najwyższego z 19 sierpnia 2003 r., II KK 190/03, OSNwSK 2003/1/1709, Wyrok Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2003 r., III KK 227/03, OSNwSK 2003/1/1403, Wyrok Sądu Najwyższego z 26 lutego 2003 r., III KK 500/02, OSNwSK 2003/1/419, Wyrok Sądu Najwyższego z 3 lutego 2003 r., II KK 383/02, OSNwSK 2003/1/235, Wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2000 r., II KKN 160/00, LEX nr 50906, Wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2000 r., II KKN 160/00, LEX nr 50906, Uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów – zasada prawna, z 31 maja 1963 r., VI KO 48/60, OSNKW 1963/10/180., Wyrok Sądu Najwyższego z 12 stycznia 1995 r., III KRN 232/94, OSNKW 1995, z. 5–6, poz. 28, Wyrok Sądu Najwyższego z 2 czerwca 2000 r., II KRN 209/99 nie publ.

rejestracji grup wyznaniowych oraz ich odpowiedzialności, często karnej za praktyki religijne⁵⁵.

Ostatnie namaszczenie a swoboda religijna

Kolejnym istotnym elementem w zakresie swobody religijnej jest sprawa dotycząca ostatniego namaszczenia osoby niewierzącej, w kontekście naruszenia jej dóbr osobistych. Właśnie taki był przedmiot rozważań Sądu Najwyższego w wyroku z 20 września 2013 r. W wyroku tym Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał, że naruszenie „swobody wyznania”, jako dobra osobistego ma miejsce w razie uniemożliwienia lub utrudnienia komuś wyrażania jego przekonań religijnych oraz wykonywania praktyk religijnych, w razie podjęcia wobec niego działań będących formą szykany w różnych sferach życia społecznego lub zawodowego ze względu na przekonania religijne, ale także w razie narzucenia mu obowiązku przyjęcia określonej religii czy obowiązku wykonywania pewnych praktyk religijnych. Tak samo należy potraktować poddanie kogoś wbrew jego woli czynnościom, które stanowią formę praktyki religijnej. Poddanie osoby wyznającej określoną religię wbrew jej woli praktyce przyjętej w innej religii godzi w jej wolność sumienia, niezależnie od intencji osób, za sprawą których to nastąpiło⁵⁶. Dobra osobiste określone w art. 23 k.c. odnoszą się bowiem do możliwości zapewnienia jednostce wolności religijnej tj. „możliwości wyznawania swojej wiary, życia według jej wskazań, podejmowania decyzji życiowych z uwzględnieniem wyznawanych wartości”⁵⁷.

Zdaniem Sądu Najwyższego, przyjęcie pewnego światopoglądu, na który składa się wyznawanie określonej religii albo jej odrzucenie oraz udział w czynnościach, które ten wybór manifestują, ma znaczenie dla poczucia tożsamości każdego człowieka, dla poczucia spójności między wartościami, które wyznaje i tymi, którym odpowiadają jego zachowania. Przyjęcie sakramentu jest dla osoby wierzącej aktem o doniosłym wymiarze duchowym. Czynność, przez którą akt ten się dokonuje, nie staje się banalna i nieznacząca w warunkach wykonania jej wobec osoby niewierzącej

⁵⁵ Wyrok ETPCz z 10.12.2009 r. w sprawie *Koppi v. Austria*, skarga nr 33001/03, Wyrok ETPCz z 1.10.2009 r. w sprawie *Kimlyaj i inni v. Rosja*, skargi nr 76836/01 i nr 32782/03 (w:) M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2009*, Warszawa 2010, s. 254, Wyrok ETPCz z 12 maja.2009 r. w sprawie *Masae v. Mołdawia*, skarga nr 6303/05, www.curia.eu.

⁵⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 20 września 2013 r., II CSK 1/13, LEX nr 1388592.

⁵⁷ B. Rokoczy, *Glosa do...*, s. 158.

i deklarującej wobec niej swój sprzeciw. Poddanie człowieka nieakceptowanym przez niego praktykom religijnym nie jest zatem zdarzeniem drobnym, banalnym, niezastługującym na udzielenie ochrony na podstawie art. 23 k.c. Dalej w swych rozważaniach Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że określone sposoby zachowania się, zwłaszcza w trudnych sytuacjach życiowych (w tym w stanie choroby lub nawet zagrożenia życia), są zewnętrzną formą zmanifestowania przyjętego światopoglądu, a gwarancje ochrony swobody sumienia zostały ustanowione między innymi w tym celu, by uszanować wybory postaw życiowych dokonywane przez każdego człowieka indywidualnie i ze świadomością, że sam wybierający chce ponosić za nie odpowiedzialność⁵⁸. Podobnie jak w odniesieniu do powyższych rozważań, również to stanowisko Sądu Najwyższego wydaje się analogiczne do stanowiska reprezentowanego przez ETPCz, zgodnie z którym ceremonie religijne mają swoje znaczenie i uświęconą wartość dla wierzących, jeżeli przeprowadzane są przez kapłana uprawnionego do tego zgodnie z tymi regułami⁵⁹.

Wnioski końcowe

Przeprowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że orzecznictwo polskie w zakresie oceny swobód religijnych wydaje się zbieżne z normami strasburskimi. Jest to przejawem wybitnych osiągnięć tak orzecznictwa polskiego jak Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie tworzenia norm, które mają na celu zbalansowanie wzajemnych relacji pomiędzy wolnością jednostki, swobodą religijną i jej dobrami osobistymi w tym zakresie, a próbą stworzenia państwa o charakterze neutralnym światopoglądowo.

Swoboda sumienia określona w art. 23 k.c., jak również wolność sumienia i religii określona w art. 53 Konstytucji stanowią wartości niematerialne związane z człowiekiem. Swoboda sumienia w sensie określonego uprawnienia, roszczenia, może być ustalona dla ochrony tej wartości niematerialnej, jaką jest dobro osobiste i często tak jest, ale niektóre „prawa do swobód religijnych” mogą nie mieć wyraźnego, bezpośredniego powiązania z dobrami osobistymi ustalonymi na pewnym etapie rozwoju cywilizacyjnego. Konsekwencją jest wprowadzanie pewnych „standardów”, w które ingeruje Państwo. Z drugiej jednak strony jest pewien obszar uprawnień, w które

⁵⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 20 września 2013 r., II CSK 1/13, LEX nr 1388592.

⁵⁹ Wyrok ETPCz Wielka Izba z 26 października 2000 r., Nr 30985/96, www.curia.eu

Państwo woli nie ingerować i dopiero zagrożenie innego dobra tak jak zdrowia, powoduje tworzenie konstrukcji prawnych – takich jako oświadczenia *pro futuro* – na wypadek kolizji tych dwóch uprawnień, co potwierdza rozważania dotyczące konfliktu tych zasad przeprowadzone przez m.in. H.L.A. Harta⁶⁰, R. Dworkina⁶¹ i R. Alexy'ego⁶².

W zakresie ochrony swobody sumienia należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden problem kształtujący się w przypadku ochrony dóbr osobistych. Początkowo przyjmowano, że dobra osobiste to indywidualne wartości, wobec powyższego decydujące w zakresie oceny, czy doszło do naruszenia dobra ma subiektywne odczucie. Obecnie coraz wyraźniej w orzecznictwie kształtuje się pogląd, że w przypadku naruszenia dóbr osobistych niezbędne jest uwzględnienie relacji jakie naruszenie to wywołuje w społeczeństwie⁶³. Na szczególną uwagę zasługują dwa orzeczenia. Pierwsze odnoszące się do możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia dóbr osobistych udzieleniem sakramentu ostatniego namaszczenia oraz sprawa dotycząca naruszenia dóbr osobistych Papieża Jana Pawła II. Pierwsza z nich wyznacza nową tendencję w zakresie możliwości dochodzenia naruszenia swobód religijnych z uwzględnieniem norm prawa cywilnego. Wskazuje to na uniwersalność przepisów prawa cywilnego w zakresie katalogu dóbr osobistych określonych w art. 23 i 24 k.c. oraz potwierdza aktualność tych przepisów nawet w 50. rocznicę po ich uchwaleniu. W przypadku drugiej sprawy ciekawa pozostaje rozszerzająca interpretacja w zakresie legitymacji czynnej w sprawach o naruszenie dóbr osobistych. W sprawie tej jako uprawniona została przedstawiona osoba, nie będąca spokrewnionym z Papieżem, a ksiądz, którego łączyły z nim bliskie, przyjacielskie stosunki; stanowi to *novum* w orzecznictwie polskim, również na tle orzecznictwa europejskiego.

⁶⁰ M. Pichlak, *Odniesienia do prawa w ramach praktyki społecznej. Koncepcja Herberta Harta a założenie świata życia* (w:) *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, red. A. Sulikowski, Wrocław 2006, s. 101–108, 110–114; Pulka, *Prawo jako fakt interpretacyjny w filozofii prawa R. Dworkina*, AUWr Prawo 1997, t. 262, nr 2032, s. 9–23; Z. Pulka, *Hart-Dworkin – dwa warianty „wewnętrznego” postrzegania prawa*, AUWr PPIA, 1999, t. 42, nr 2142, s. 21–42.

⁶¹ J. Woleński, *Wstęp. Integralna filozofia prawa Ronalda Dworkina* (w:) R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, R. Dworkin, *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Warszawa 2006.

⁶² R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, tłum. L. Morawski, PiP 1993, z. 10, s. 34–49, R. Alexy, *O pojęciu i naturze prawa*, tłum. J. Sęk, Warszawa 2006, s. 7–28.

⁶³ Por. wyroki Sądu Najwyższego z 11 marca 1997 r., III CKN 33/97, OSNC 1997, nr 6–7, poz. 93 i z 18 stycznia 2013 r., IV CSK 270/12, OSNC 2013, nr 7–8, poz. 94, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 września 2013 r., I ACa 244/13, LEX nr 1400489.

Powyższe orzeczenia poddają pod dyskusję, czy w orzecznictwie polskim winno wskazywać się na ocenę naruszenia dóbr osobistych z perspektywy obiektywnej czy subiektywnej ze szczególnym uwzględnieniem, że sprawy te zapewne mają precedensowy charakter. W tym zakresie warto jednak zwrócić uwagę na uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 19 listopada 2010 r., zgodnie z którą ochrona dóbr osobistych ma wyjątkowy charakter i sięganie do istniejących instrumentów ochrony cywilnoprawnej mechanicznie powinno następować z odpowiednią ostrożnością o powściągliwością bez tendencji do sztucznego poszerzenia katalogu tych dóbr⁶⁴. Ocena zaś zakresu poszczególnych dóbr osobistych – m.in. swobody sumienia – powinna być dokonywana na gruncie konkretnego stanu faktycznego⁶⁵.

Bibliografia

- Alexy R., *O pojęciu i naturze prawa*, tłum. J. Sęk, Warszawa 2006.
- Alexy R., *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, tłum. L. Morawski, „Państwo i Prawo” 1993, z. 10.
- Borecki P., *Glosa do wyroku z 15 czerwca 2010 r. w sprawie Grzelak v. Polska*, „Państwo i Prawo” 2012, 3.
- Borecki P., *Państwo neutralne światopoglądowo – ujęcie komparatystyczne*, Państwo i Prawo” 2006, 5.
- Borecki P., Pudzianowska D., *Glosa do wyroku z 3 XI 2009 w sprawie Lautsi v. Włochy, skarga nr 30814/06*, „Państwo i Prawo” 2010, 4.
- Chmielewska U., Ciołkowski S. i Wiwatowski T., *Praktyka leczenia Świadków Jehowych bez krwi – aspekty medyczne, prawne i etyczne*, „Prawo i Medycyna” 2003, 5.
- Dworkin R., *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Warszawa 2006.
- Filar M., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 listopada 1995 r. II KRN 137/95*, „Palestra” 1996, 11–12.
- Filar M., *Postępowanie lecznicze (świadczenie zdrowotne) w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody*, „Prawo i Medycyna” 2003, 5.
- Janiszewska B., *Praktyczne problemy oświadczenia pro futuro (uwagi po rozstrzygnięciu sprawy)*, „Prawo i Medycyna” 2009, 4.
- Janyga W., *Przestępstwo obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010.

⁶⁴ OSNC 2011, Nr 4, poz. 41.

⁶⁵ Komentarz do art. 23 k.c. (w:) *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*. red. J. Gudowski, Warszawa 2014, s. 134.

- Kamiński I.C., *Nakaz obecności krzyża we włoskiej szkole – glosa do wyroku ETPCz z 3.11.2009 r. w sprawie Lautsi v. Włochom*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, 3.
- Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz. red. J. Gudowski, Warszawa 2014.
- Kowalski M., *Kolejny strasburski kamień milowy? – komentarz do wyroku ETPCz Lautsi v. Włochom*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, 3.
- Kulesza J., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 27 października 2005 r.*, „Pa-lestra 2007”, 3–4.
- Liszewska A., *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny*, „Prawo i Medycyna” 1998, 1.
- Mancini S., *The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty*, „European Constitutional Law Review” 2010, 6.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Warszawa 2001.
- Nesterowicz M., *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Aix-Provence z 21 grudnia 2006 r. (D. 2007, no 26)*, „Prawo i Medycyna” 2009, 1.
- Olszewski T. i Stańczyk I., *Glosa do postanowienia z dnia 27 października 2005 r.*, (IIICK 155/05), „Przegląd Sądowy” 2008, 11–12.
- Pichlak M., *Odniesienia do prawa w ramach praktyki społecznej. Koncepcja Herberta Harta a założenie świata życia (w:) Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, red. A. Sulikowski, Wrocław 2006.
- Piotrowski R., *Opinia na temat wniosku „wydania zarządzania nakazującego usunięcia krzyża tacińskiego, znajdującego się w Sali posiedzeń Sejmu RP”*, „Zeszyty Prawnicze” 2011, 4.
- Pulka Z., *Hart-Dworkin – dwa warianty „wewnętrznego” postrzegania prawa*, AUWr PPIA, 1999, t. 42, nr 2142.
- Pulka Z., *Prawo jako fakt interpretacyjny w filozofii prawa R. Dworkina*, AUWr Prawo 1997, t. 262, nr 2032.
- Robaczyński W., *Glosa do wyroku z dnia 25 sierpnia 2004 r. (IV CK 609/03)*, „Prze-gład Sądowy” 2006, 4.
- Rokoczy B., *Glosa do wyroku z dnia 6 kwietnia 2004 r.*, I CK 484/03, „Przegląd Sądowy” 2006, 10.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Skubisz K., *Dobra osobiste – glosa – I CK 484/03*, „Monitor Prawniczy” 2006, 4.
- Sylwestrzak A., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 25 sierpnia 2004 r.*, IV CK 609/03, dostępny w programie LEX.
- Szymanek J., *Obecność symboli religijnych w przestrzeni publicznej*, (w:) *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, L. Kondratiewa-Bryzik, Warszawa 2012.
- Szymański T. i Jędrejek G., *Ochrona uczuć religijnych w prawie polskim*, Warszawa 2002
- Wiśniewski L., *Liberum veto w sprawie wieszania krzyży w szkole? (w:) W. Machura (red.), Etyka w mediach. Vol. 6: Media odzwierciedleniem rzeczywistości?*, Poznań–Opole 2010.

- Woleński J., *Wstęp. Integralna filozofia prawa Ronalda Dworkina* (w:) R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998.
- Zieliński E., *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, „Prawo i Medycyna” 2000, 5.
- Zienkiewicz E., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 listopada 1995 r. II KRN 137/95*, „Państwo i Prawo” 1997, 5.
- Zoll A., *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępczość czynu w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, 2.

Status prawny spedytora jako przewoźnika w przewozie drogowym przesyłek towarowych¹

Wstęp

Odróżnienie umów przewozu i spedycji jest niezwykle trudne, zarówno z punktu widzenia teoretycznego, jak i praktycznego, chociaż obie są umowami nazwanymi, a w przepisach prawa określone zostały ich *essentialia negotii*. W pewnym sensie ich zakresy mogą pokrywać się i to w sposób dosyć znaczny, co powoduje komplikacje natury prawnej, a w konsekwencji – wpływa na konieczność ustalenia *ad casu* reżimu prawnego mającego zastosowanie do danego stosunku prawnego. Jest to o tyle ważne, że przewóz musi odbywać się na podstawie umowy, jednak w świetle przepisów prawa wykonywanie przewozu nie przewozu musi odbywać się wyłącznie na podstawie umowy przewozu. Możliwe jest zatem świadczenie usług transportowych w oparciu o innego rodzaju umowy lub w ramach innych umów, w tym w przypadku zawarcia umowy spedycji. Powoduje to powstanie zagadnienia prawnego, związanego z ustaleniem charakteru stosunku prawnego łączącego strony umowy, w szczególności, czy do przewozu należy stosować przepisy regulujące umowę przewozu, czy też stosunek przewozu niejako zawiera się w innym, nadrzędnym stosunku prawnym. Skutkiem udzielenia odpowiedzi na to pytanie jest określenie przepisów właściwych dla danego stosunku przewozu, co ma niezwykle istotne znaczenie, gdyż przepisy odnoszące się do umowy przewozu zawierają wiele odmienności w stosunku do ogólnych uregulowań kodeksowych, w tym w sytuacji zaistnienia szkody w przesyłce towarowej.

¹ „Przegląd Sądowy” 2012, nr 11–12.

Czynności spedycyjne a przewozowe

Umowa przewozu jest umową nazwaną i stanowi rodzaj umowy o świadczenie usług, chociaż wykształciła się z umowy o dzieło, czego konsekwencją jest to, że cechuje się celem w postaci określonego rezultatu. W przeciwieństwie do wielu umów o świadczenie usług, których cechą charakterystyczną jest staranne działanie, w umowie przewozu istotne jest osiągnięcie założonego przez strony celu, który polega na przemieszczeniu rzeczy lub osób z jednego miejsca do drugiego za stosownym wynagrodzeniem. Tym jest zainteresowany kontrahent przewoźnika. Nie chodzi tu więc o samo „przewożenie” osób lub rzeczy, ile o ich „dowiezienie” w konkretne miejsce w określonym (ustalonym) czasie. Należy więc przyjąć, że umowa przewozu, chociaż jest pewnego rodzaju umową o świadczenie usług, jest umową rezultatu, a nie starannego działania. Jak wskazuje się w doktrynie, nie jest to jednak jakakolwiek forma umowy o dzieło².

Przewozowi przesyłek towarowych towarzyszą zwykle różnego rodzaju czynności faktyczne o charakterze pomocniczym, służące prawidłowemu wykonaniu tego przewozu, wykraczające poza czynności, które można byłoby uznać za normalne obowiązki przewoźnika, a więc mieszczące się w zakresie umowy przewozu. Czynności takie zarówno poprzedzają proces przewozu, są wykonywane w trakcie jego trwania, jak i są wykonywane po zakończeniu przewozu, a więc po dostarczeniu przesyłki do miejsca przeznaczenia i przedstawieniu jej do odbioru. Chodzi tu w szczególności o takie czynności, jak: fachowe poradnictwo, przygotowanie przesyłki do przewozu (opakowanie, ocechowanie, ważenie, liczenie, sortowanie), zamówienie środka transportowego, dostarczenie przesyłki na miejsce nadania do przewozu, sporządzenie dokumentów przewozowych, zawarcie umowy przewozu, dokonanie czynności ładunkowych, ubezpieczenie przesyłki, konwojowanie, dokonanie odprawy celnej, zmiana umowy przewozu, przyjmowanie zawiadomień o nadejściu przesyłki, odbiór dokumentu przewozowego, odebranie przesyłki od przewoźnika, sprawdzanie stanu przesyłki, czasowe przechowanie lub składowanie³. To wyliczenie ma oczywiście charakter przykładowy i obejmuje najbardziej charakterystyczne i typowe elementy spedycji.

² Por. M. Sośniak, *Umowa przewozu w systemie umów obligacyjnych*, Acta Universitatis Nicolai Copernici, Prawo XXVIII, 1990, z. 205, s. 46 i n.

³ Por. W. Górski, *Prawo transportowe*, Szczecin 1993, s. 156, a także wyrok SA w Warszawie z 19 grudnia 2007 r., VI ACa 400/07, OSA 2009, nr 12, s. 42.

Warto zauważyć, że czynności tego rodzaju, a przynajmniej niektóre z nich, są nie tylko niejednorodne, ale również skomplikowane i czasochłonne, a w konsekwencji ich wykonanie wymagałoby od nadawcy lub odbiorcy znacznego nakładu sił i środków, co częstokroć byłoby nieracjonalne z ich punktu widzenia. Doprowadziło to do wykształcenia się podmiotów, które świadczą tego typu, fachowe usługi na rzecz nadawcy lub odbiorcy przesyłki towarowej, zwane usługami spedycyjnymi. Ponieważ czynności spedycyjne i czynności przewozowe są niezwykle silnie ze sobą powiązane, często świadczone są przez jeden podmiot tzw. usługi spedycyjno-przewozowe, chociaż sama spedycja jest pojęciem odrębnym od przewozu.

Rozróżnienia pomiędzy spedycją a przewozem dokonano już w *ustawie z 27 listopada 1961 r. o transporcie drogowym i spedycji krajowej*⁴. Spedycję drogową zdefiniowano w tym akcie prawnym jako działalność gospodarczą polegającą na organizowaniu i wykonywaniu przez spedytora na zlecenie i rachunek zleceniodawcy w imieniu zleceniodawcy lub w imieniu własnym czynności związanych z przewozem przesyłki w transporcie drogowym, kolejowym, wodnym lub lotniczym albo z przewozem kombinowanym przy użyciu tych rodzajów transportu, zaś przewóz była to czynność przemieszczania osób i ładunków pojazdami drogowymi.

Pojęcie spedycji występuje w dwóch znaczeniach, mianowicie ekonomicznym i prawniczym. W ujęciu ekonomicznym spedycja oznacza działalność zarobkową, polegającą na organizowaniu przemieszczania ładunków w zastępstwie zleceniodawcy oraz wykonywaniu związanych z tym czynności, z wyjątkiem samego przewozu, przeładunku i czynności dodatkowych⁵. Jest to więc działalność zmierzająca do osiągnięcia zysku, co jest oczywiste, gdyż jest to działalność gospodarcza spedytora, a więc przedsiębiorcy.

Natomiast ujęcie prawnicze spedycji wynika z jej legalnej definicji zawartej w art. 794 k.c. Zgodnie z tym przepisem przez umowę spedycji spedytor zobowiązuje się za wynagrodzeniem w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa do wysłania lub odbioru przesyłki albo do dokonania innych usług związanych z jej przewozem. Pojęcie umowy spedycji w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego rozciąga się na inne akty prawne,

⁴ Dz.U. Nr 53, poz. 297 ze zm.

⁵ Por. L. Ogiegło, *Umowa spedycji*, Katowice 1978, s. 9.

w których ustawodawca posługuje się tym terminem⁶. Wynika to stąd, że aktualnie brak innych definicji pojęcia spedycji.

Z definicji umowy spedycji, która została zamieszczona w art. 794 k.c., wynika, że umowa spedycji ma charakter pomocniczy w stosunku do umowy przewozu, która ma charakter podstawowy i wiodący w danym układzie stosunków prawnych. Elementami przedmiotowo istotnymi umowy spedycji jest zobowiązanie się spedytora albo do wysłania, albo do odbioru przesyłki na zlecenie klienta, ewentualnie inna czynność związana z jej przewozem. W umowie spedycji powinny więc być oznaczone: przesyłka, rodzaj i zakres usługi spedycyjnej i wynagrodzenia należnego spedytorowi. Umowa, która nie zawiera postanowień wskazujących, że przedmiotem świadczenia spedytora jest jedno ze wskazanych wyżej świadczeń, nie może być uznana za umowę spedycji⁷. Są to więc elementy wyznaczające minimalną treść umowy, aby można ją było uznać za umowę spedycji.

Najistotniejszym elementem – z punktu widzenia wyróżnienia umowy spedycji – jest zakres czynności, jakie ma wykonać spedytor. Gdyby wziąć pod uwagę tylko nazwy zawieranych umów, w praktyce orzeczniczej można byłoby dojść do wniosku, że umowa spedycji jest bardzo rozpowszechniona i jest jedną z najczęściej spotykanych umów w stosunkach cywilnoprawnych. Jednak to nie tytuł umowy decyduje o jej charakterze, ale treść nadana przez strony, co jest logiczne, gdyż nazwa jest elementem wtórnym w stosunku do treści. Co więcej, nie można również zapominać o art. 65 § 2 k.c., który nakazuje w umowach badać raczej, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Przy uwzględnieniu tych wytycznych bardzo często okazuje się w praktyce, że strony wcale nie zawarły umowy spedycji, ale umowę przewozu.

Stąd niezwykle istotną kwestią jest ustalenie właśnie zakresu czynności wykonywanych przez stronę nazywającą się spedytorem, gdyż zwykle w praktyce zobowiązanie spedytora obejmuje różne czynności i to zarówno faktyczne, jak i prawne. Usługi spedycyjne mają bowiem charakter fachowej pomocy w obsłudze przewozu towarowego. Pomoc ta z reguły powinna obejmować także udzielanie porad co do sporządzenia dokumentów handlowych związanych z przewozem w taki sposób, jaki jest niezbędny do uniknięcia trudności w odbiorze przesyłek⁸.

⁶ Por. wyrok NSA we Wrocławiu z 19 marca 1996 r., SA/Wr 1098/95, niepubl.

⁷ Por. L. Ogiegło, *Umowa...*, s. 65.

⁸ Por. wyrok SN z 18 stycznia 1971 r., I CR 566/70, OSNC 1971, nr 9, poz. 157.

Uprawnienie spedytora do przewozu przesyłki

Umowa spedycji swoim zakresem może obejmować również przewóz przesyłki, co wynika wprost z treści art. 800 k.c., który daje spedytorowi upoważnienie do samodzielnego wykonania przewozu. Czynności te mogą być wykonane przez spedytora nie tylko bez szczególnego upoważnienia ze strony zlecającego, ale nawet bez jego wiedzy. Zgodzić się więc należy z poglądem, że uprawnienie do wykonania przewozu w odniesieniu do konkretnego klienta związane z spedytorem umową spedycji przysługuje spedytorowi *ex lege*⁹. Jest to ustawowe uprawnienie spedytora, do skorzystania z którego nie jest wymagane uzyskanie od zleceniodawcy dodatkowego zlecenia, chociaż jest to oczywiście możliwe. Wystarczające jest przystąpienie przez przewoźnika do wykonywania przewozu.

Zwykle strony w treści umowy dokładnie określają zakres obowiązków. Powstaje zatem pytanie dotyczące charakteru prawnego powyższego przepisu. W doktrynie wyrażono pogląd, że przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), konsekwencją czego byłoby uznanie, że dający zlecenie nie mógłby skutecznie wyłączyć uprawnienia spedytora do dokonania przez niego przewozu we własnym zakresie, jeżeli spedytor podjąłby się wykonania usługi spedycyjnej w stosunku do tej samej, co następnie przewożona przez niego, przesyłki. Jedynym podmiotem, który decyduje o wykonaniu przewozu przez spedytora we własnym zakresie, jest wówczas on sam. Skoro do obowiązków spedytora należy wybór przewoźnika, to jeżeli spedytor wybiera sam siebie, to nie może być ani gorszym, ani droższym przewoźnikiem od innych, których w wyborze pominął¹⁰.

Z poglądem takim nie sposób się zgodzić. Normy o charakterze *iuris cogentis* ustawodawca stanowi na ogół w celu ochrony interesów publicznych, kojarzących się często z określonymi wartościami lub normami moralnymi, dla zagwarantowania autonomii prywatnej i bezpieczeństwa podmiotów, w celu wspierania strony słabszej (w szczególności konsumentów), a także w celu umocnienia zasad demokratycznego i rynkowego systemu społecznego¹¹. Przy ustalaniu charakteru prawnego danego przepisu należy w szczególności brać pod uwagę zasady i wartości wynikające

⁹ Por. L. Ogiegło, *Wstąpienie spedytora w prawa i obowiązki przewoźnika. Natura prawna. Konsekwencje*, w: M. Bączyk (red.), *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 183.

¹⁰ Por. L. Ogiegło, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 2009, s. 680–681.

¹¹ Por. Z. Radwański, *Prawo cywilne*, Warszawa 2007, s. 280.

z norm konstytucyjnych, które mogą wskazywać na konieczność bezwzględnego respektowania określonego przepisem nakazu lub zakazu, jeżeli przemawia za tym aksjologia konstytucyjna. W wyroku z 29 marca 2006 r.¹². Sąd Najwyższy stwierdził, że sprzeciwianie się ustawie (art. 58 § 1 k.c.) należy odnosić nie tylko do literalnie odczytywanych przepisów, lecz także do zasad ogólnych, które leżą u podstaw systemu prawnego oraz norm prawnych, które można wywieść z ustawy. Co więcej, sprzeczność czynności prawnej z ustawą występuje nie tylko wtedy, gdy czynność prawna zawiera postanowienia niezgodne z ustawą, ale także wtedy, gdy nie zawiera treści nakazanych przez normę prawną¹³.

Artykuł 800 k.c. nie zawiera żadnego zastrzeżenia wprost statuującego bezwzględny charakter tego artykułu. Odnieść się więc należy do zasad ogólnych i celu, jakiemu służy unormowanie w nim zawarte.

Co do zasady, umowa spedycji ma charakter umowy starannego działania, a spedytor zobowiązany jest do dochowania staranności uwzględniającej zawodowy charakter prowadzonej przez niego działalności. Jednak w zależności od zakresu czynności objętych zgodnymi oświadczeniami woli stron, umowa może być również uznana za umowę rezultatu, jak chociażby w odniesieniu do obowiązku złożenia dokumentów w stosownym urzędzie czy dokonania czynności ładunkowych i rozładunkowych, które to czynności nakierowane są na osiągnięcie konkretnego efektu. Kontrahent spedytora, zlecając mu wykonanie czynności spedycyjnych, a więc powierzając je profesjonalście – podmiotowi zawodowo zajmującym się usługami spedycyjnymi, działa w przekonaniu, że czynności związane z przewozem zostaną wykonane w sposób należyty i z tego względu decyduje się ponieść związane z tym koszty, jako że podstawowym obowiązkiem zlecającego jest uiszczenie stosownego wynagrodzenia (art. 794 § 1 k.c.). Należy jednak podkreślić, że przedmiotem umowy spedycji nie jest wykonanie samego przewozu, ale jego organizacja, czyli takie wykonanie czynności towarzyszących przewozowi, aby odbył się on bez komplikacji i w przewidzianym terminie.

Zwykle czynności spedycyjne obejmują wybór przewoźnika przez spedytora, ale nie stanowi to *essentialia negotii* umowy spedycji. Innymi słowy, natura (właściwość) stosunku prawnego wynikającego z umowy spedycji nie zawiera w sobie wykonania przewozu. Jest to szczególnie widoczne

¹² IV CK 411/05, niepubl.

¹³ Por. S. Grzybowski, w: *System prawa cywilnego*, t. I, Warszawa 1974, s. 510 i n.; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, Warszawa 2001, s. 318.

w sytuacji, gdy kontrahent spedytora zawiera odrębną umowę przewozu z innym podmiotem (przewoźnikiem), zaś spedytorowi powierzone zostają czynności o charakterze typowo spedycyjnym. Gdyby spedytor w każdej sytuacji miał prawo skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 800 k.c., oznaczałoby to, że pomimo zawartej umowy przewozu pomiędzy nadawcą a przewoźnikiem, spedytor miałby prawo wykonać przewóz, co nie znajduje uzasadnienia.

Zatem zawarcie w umowie spedycji zastrzeżenia, że spedytor nie może samodzielnie dokonać przemieszczania przesyłki, nie narusza art. 353¹ k.c., a więc nie narusza zasady swobody kontraktowania. Nie jest więc zasadne zapatrywanie, że w każdej sytuacji spedytorowi przysługuje uprawnienie do przewiezienia przesyłki będącej przedmiotem umowy spedycji. Strony w umowie spedycji mogą zawrzeć postanowienie wyłączające takie uprawnienia po stronie spedytora, a nadto zleceniodawca może zastrzec, że przewóz ma zostać dokonany przez konkretnego przewoźnika lub ma być dokonany konkretnym środkiem transportowym, w którego posiadaniu spedytor nie jest. Takie zapisy umowne wyłączają zastosowanie reguły określonej w art. 800 k.c.

Powyższe rozważania prowadzą do jednoznacznego wniosku, że umowa spedycji jest ściśle powiązana z umową przewozu, a w zasadzie – nie może bez niej istnieć. Jednak w odróżnieniu od umowy przewozu, umowa spedycji jest uregulowana dość lapidarnie w przepisach prawa. Co prawda, w art. 795 k.c. zawarto zasadę, że przepisy tytułu XXVI księgi trzeciej Kodeksu cywilnego stosuje się do spedycji tylko o tyle, o ile nie jest ona uregulowana odrębnymi przepisami, a więc powinny one mieć charakter subsydiarny, jednak w przeciwieństwie do uregulowań prawnych wcześniej obowiązujących, aktualnie w polskim systemie prawnym brak przepisów pozakodeksowych, które regulowałyby ten typ umowy. Umowę spedycji regulują więc art. 794–804 k.c., zaś w art. 796 k.c. znajduje się odesłanie w sprawach nieuregulowanych do przepisów normujących umowę zlecenia, ale i te przepisy nie są wystarczające dla rozstrzygnięcia problemów związanych z wykonywaniem umowy spedycji, tym bardziej, że stosowanie ma być „odpowiednie” i z samej istoty niektóre przepisy (art. 734 § 1, art. 735 § 1, art. 750, 750 k.c.) nie mogą mieć zastosowania do umowy spedycji.

Skutki wykonywania przewozu przez spedytora

Problemy teoretyczne i praktyczne potęgują się ze względu na powołany wcześniej art. 800 k.c., uprawniający spedytora do samodzielnego wykona-

nia przewozu. Ponieważ umowa przewozu ma charakter kwalifikowany, tj. jedną z jej stron musi być przedsiębiorca będący przewoźnikiem, to również spedytor, który wykonuje przewóz, musi mieć status uprawnionego przewoźnika w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe (dalej jako pr. przew.)¹⁴ i przepisów Konwencji o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR) wraz z protokołem podpisania, sporządzonej w Genewie 19 maja 1956 r.¹⁵, a więc być przedsiębiorcą zajmującym się świadczeniem usług przewozowych, spełniającym wszystkie niezbędne wymagania przewidziane w przepisach administracyjnoprawnych. W sytuacji, gdy spedytor w ramach zawartej z kontrahentem umowy spedycji sam dokonuje przewozu przesyłki, przysługują mu prawa i obowiązki przewoźnika, co wprost wynika z treści art. 800 k.c.

Powstaje więc pytanie, jak należy rozumieć to ostatnie pojęcie. W doktrynie przyjmuje się, że realizacja uprawnienia do dokonania przewozu przez spedytora danej przesyłki nie prowadzi do powstania odrębnego stosunku przewozowego ani do rozwiązania istniejącego zobowiązania spedycyjnego, a jedynie do rozbudowania treści istniejącego już między dającym zlecenie a spedytorem „prostego” stosunku zobowiązaniowego spedycji o treści zobowiązania przewozu. Jest to równoznaczne z przekształceniem dotychczasowego „prostego” stosunku zobowiązaniowego spedycji w „złożony” stosunek zobowiązaniowy, łączący w sobie treść dwóch typów stosunków obligacyjnych: przewozu i spedycji, a spedytor, realizując to uprawnienie, nie przestaje być spedytorem swojego klienta¹⁶.

Generalnie, według powyższego poglądu, umowa spedycji obejmuje kompleks praw i obowiązków, które odrębnie wyczerpywałyby treść umowy przewozu, a więc niejako pochłania tę ostatnią. Jednak takie stanowisko nie wydaje się właściwe.

Umowa spedycji i umowa przewozu regulowane są odmiennymi przepisami prawa, gdyż stanowią odrębne typy umów nazwanych. Do tej pierwszej odnoszą się przepisy kodeksowe, zaś do drugiej – poza pewnymi wyjątkami – przepisy prawa przewozowego. Ta ostatnia ustawa ma zasadnicze znaczenie przy rozpoznawaniu umowy przewozu w transporcie krajowym¹⁷. Skoro w sytuacji wykonywania przez spedytora samodzielnie

¹⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., Nr 50, poz. 601 ze zm.

¹⁵ Dz.U. z 1962 r., Nr 49, poz. 238 ze zm.

¹⁶ Por. L. Ogiegło, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, s. 681, a także Z. Kwaśniewski, *Umowa spedycji*, Warszawa 1979, s. 78–79.

¹⁷ Por. T. Szanciło, *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 37.

przewozu przysługują mu prawa i obowiązki przewoźnika, to ze wszelkimi tego konsekwencjami. Do takiego stosunku prawnego mają zastosowanie przepisy odnoszące się do umowy przewozu, a nie spedycji.

Trzeba rozgraniczyć czynności spedycyjne i czynności przewozowe, chociażby z punktu widzenia odpowiedzialności, która w przypadku spedytora kształtuje się na zasadach ogólnych, tj. art. 471 i n. k.c., a więc na zasadzie winy domniemanej. Z art. 799 k.c. wynika, że spedytor ponosi odpowiedzialność również za przewoźników, chyba że nie ponosi winy w wyborze. Spedytor nie ponosi więc odpowiedzialność za winę w wyborze (*culpa in eligendo*), jeżeli przy wyborze przewoźnika dołożył należytej staranności w rozumieniu art. 355 § 2 k.c.

W praktyce trudno jest skutecznie podnieść zarzut dokonania przez spedytora nieprawidłowego wyboru przewoźnika. Natomiast w art. 801 § 1 k.c. ustalono zakres odpowiedzialności spedytora za utratę, ubytek lub uszkodzenie przesyłki, z tym że w czasie od jej przyjęcia aż do wydania przewoźnikowi (lub innej osobie wymienionej w tym przepisie). Jeżeli spedytor spełnia wymogi, aby być uznanym za przewoźnika, to powierzając sam sobie wykonanie przewozu, w zasadzie zwalnia się od odpowiedzialności, gdyby przyjął, że mamy do czynienia wyłącznie z umową spedycji. Jednak w odniesieniu do odpowiedzialności spedytora od momentu przyjęcia przesyłki do przewozu do jej wydania odbiorcy zastosowanie znajduje art. 65 pr. przew. Powstaje jedynie pytanie, w którym momencie następuje rozpoczęcie i zakończenie procesu przewozu, skoro przesyłka znajduje się we władaniu spedytora już wcześniej, a nadto w art. 43 ust. 1 pr. przew. przewidziano, że czynności ładunkowe (załadunek i rozładunek) mogą być wykonane przez przewoźnika. W praktyce jest to więc uzależnione od zakresu czynności spedycyjnych określonych w umowie.

Nie można również zapominać o kwestii przedawnienia roszczeń w przypadku zaistnienia szkody w trakcie wykonywania przewozu przez spedytora. Skoro spedytorowi przysługują prawa i obowiązki przewoźnika, to są one rozpatrywane w kontekście przepisów pr. przew. W art. 77 tej ustawy określono terminy przedawnienia roszczeń dochodzonych na podstawie ustawy lub przepisów wydanych w jej wykonaniu. Gdyby przyjął koncepcję jednej umowy, to prawa i obowiązki przewoźnika, ale tak naprawdę – cały stosunek powstały na tle przewozu – byłby rozpatrywany w świetle przepisów pr. przew., zaś do przedawnienia ewentualnych roszczeń powstałych na tle wykonywanego przewozu odnosiłby się art. 803 k.c. Do tego samego stosunku prawnego miałyby zastosowanie dwa odrębne zbiory przepisów, co nie znajduje uzasadnienia.

Poza tym, jeżeli spedytor powierza wykonanie przewozu przewoźnikowi, mamy niewątpliwie do czynienia z dwiema umowami, tj. z umową spedycji (zleceniodawca–spedytor) i z umową przewozu (spedytor–przewoźnik), co wiąże się z dwoma reżimami odpowiedzialności. Brak jest przesłanek uzasadniających uznanie, że jest inaczej, gdy spedytor sam wykonuje przewóz, z tym, że zleceniodawca i spedytor są stronami obydwu umów.

Oznacza to, że z momentem złożenia przez strony umowy spedycji zgodnych oświadczeń woli w tym zakresie lub podjęcia przez spedytora czynności faktycznych zmierzających do przemieszczenia przesyłki, umowa spedycji zostaje „uzupełniona”, ale o umowę przewozu – mamy tu więc do czynienia *de facto* z dwiema umowami (dwoma stosunkami prawnymi) – umową spedycji i umową przewozu i w zakresie każdej z nich spedytor ma prawa i obowiązki – odpowiednio – spedytora i przewoźnika. Nie można powiedzieć, że przewoźnik zawiera umowę „sam ze sobą”¹⁸. Skoro spedytor przystępuje do dokonania przewozu, to jest on przewoźnikiem, zaś nadawcą pozostaje zleceniodawca, na rzecz którego przewóz jest wykonywany. Trzeba zwrócić uwagę, że w świetle przepisów pr. przew. umowa przewozu może być zawarta w każdej formie, zaś list przewozowy stanowi jedynie dowód jej zawarcia¹⁹. Zatem zawarcie umowy może nastąpić nawet przez przystąpienie do jej wykonania przez przewoźnika. Jeżeli w umowie spedycji nie zawarto wyłączenia i spedytor skorzysta z uprawnienia przewidzianego w art. 800 k.c., to zawiera ze zleceniodawcą umowę przewozu i zastosowanie w takim przypadku do przewozu przesyłki znajdują przepisy regulujące tę umowę, a więc przede wszystkim prawa przewozowego. Reżim odpowiedzialności jest uzależniony od tego, czy do szkody w przesyłce doszło w trakcie wykonywania przez spedytora umowy spedycji czy umowy przewozu.

Przewoźnik a spedytor

Powstaje pytanie, jak rozgraniczyć dwa typy umów: umowę przewozu i umowę spedycji, w sytuacji, gdy spedytor sam wykonuje przewóz, a więc korzysta z uprawnienia przewidzianego w art. 800 k.c. Tak naprawdę obie te umowy dotyczą w takiej sytuacji przyjęcia przesyłki, jej przewozu i wydania odbiorcy.

¹⁸ Por. Z. Mika, w: I. Bielski, J. Ignatowicz, J. Pietrzykowski, Z. Resich (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, Warszawa 1972, s. 1625.

¹⁹ Por. szerzej T. Szanciło, *Prawo...*, s. 187–189.

Z jednej strony, w przypadku umowy spedycji, w ramach której wykonywany jest przewóz, mamy do czynienia z czynnościami spedycyjnymi w rozumieniu art. 794 § 1 k.c., jak i przewozem. Z drugiej strony, jak wynika z art. 39 ust. 2 pkt 2 pr. przew., przewoźnik w trakcie wykonywanego przewozu ma obowiązek (a nie prawo) wykonywać czynności związane z przewozem, a wynikające z przepisów szczególnych. Można więc byłoby stanąć na stanowisku, że mamy wówczas niejako do czynienia z umową spedycji z wykonywanym przewozem lub umową przewozu z dodatkowymi czynnościami towarzyszącymi przewozowi. Proces przewozu składa się bowiem bardzo często z wielu działań o charakterze prawnym i technicznym, chociaż nie polegają jedynie na „przewożeniu” rzeczy lub osób. Te wszystkie czynności towarzyszące przewozowi, wołają stron umowy przewozu, są włączane do treści tej umowy i stanowią świadczenia związane z przewozem, natomiast różnica dotyczy bardzo często nazewnictwa. Za każdym razem należy więc badać treść stosunku zobowiązaniowego łączącego strony i tej treści należy przypisywać decydujące znaczenie.

Warto również zauważyć, że przewoźnik, zarówno w przewozie krajowym, jak i międzynarodowym, nie musi wykonywać umowy osobiście, ale może go powierzyć w całości lub w części innemu przewoźnikowi, co wynika z art. 5 pr. przew. i art. 3 CMR, i wówczas czynności podejmowane przez przewoźnika są zbliżone do czynności podejmowanych przez spedytora, tj. czynności służących organizacji przewozu. W takiej sytuacji przewoźnik nie wykonuje faktycznie przewozu, ale niejako organizuje przewóz w ten sposób, że wybiera przewoźnika, który faktycznie przewóz wykona. Dlatego, aby odróżnić umowę przewozu od umowy spedycji, zasadnym jest przyjęcie, że jeżeli spedytor wykonuje przewóz, mamy do czynienia właśnie z dwiema umowami, a jeżeli tylko przewóz „organizuje” – wyłącznie z umową spedycji. W tym pierwszym przypadku zastosowanie znajdują więc przepisy pr. przew. lub CMR, w zależności od tego, czy jest to przewóz krajowy, czy międzynarodowy, także wówczas, gdy przewoźnik przyjmujący zlecenie transportowe nie zostanie wpisany do listu przewozowego, a zostanie w nim umieszczony przewoźnik wykonujący faktycznie przewóz.

Treść umowy sprowadzająca się do czynności związanych z organizacją przewozu implikować będzie natomiast wniosek, że strony zawarły umowę spedycji. Jak podkreślił Hof van Beroep te Antwerpen w wyroku z 20 grudnia 2009 r.²⁰, fakt zobowiązania się do dostarczenia towaru nie

²⁰ ETL 2000, nr 5, s. 687.

oznacza, że umowę należy kwalifikować jako umowę przewozu w przypadku, gdy podmiot wykonujący usługę odpowiedzialny jest za całokształt procesu związanego z przewozem towaru, w tym za koordynację logistyki, dokonanie odprawy celnej, uiszczenie należności celnych, podatku VAT, opłat depozytowych, administracyjnych, opłaty za przestój i przetrzymanie statku. Podmiot taki musi być traktowany jako spedytor.

Jak wynika z art. 1 ust. 1 CMR, Konwencję tę stosuje się do wszelkich umów o zarobkowy przewóz drogowy towarów pojazdami. Takie sformułowanie przekonuje, że nie chodzi tu wyłącznie o wprost zawartą umowę przewozu, ale o wszelkiego rodzaju umowy, których przedmiotem jest wykonanie przewozu. Przepisy CMR nie mają zastosowania do umowy spedycji, bo przedmiotem takiej umowy nie jest wykonanie przewozu, jednak spedytor może wykonać przewóz przesyłki towarowej w ramach stosunku zobowiązaniowego i wówczas mamy do czynienia z zarobkowym przewozem drogowym towarów, co oznacza, że stosunek prawny łączący strony w tym zakresie (a więc co do wykonywanego przewozu) należy oceniać przy zastosowaniu przepisów CMR, gdyż jest to umowa przewozu zawarta w sposób chociażby dorozumiany.

Generalnie można przyjąć, że strona działa jako przewoźnik, a nie jako spedytor, jeżeli w momencie zawierania umowy wyraźnie nie zastrzegła swojemu kontrahentowi, że występuje jako spedytor, gdy zlecenie obejmuje przewiezienie towaru, a nie zawarcie umowy przewozu z innym podmiotem²¹. Bez znaczenia pozostaje tu, czy przewóz jest faktycznie wykonywany przez przewoźnika, z którym nadawca zawarł umowę, czy przez innego przewoźnika²². Natomiast Cour de Cassation de France wskazał w wyroku z 18 kwietnia 1989 r.²³, że strona działa jako spedytor, a nie jako przewoźnik podlegający CMR, tylko wtedy, gdy w sposób wyraźny zobowiązuje się jedynie do zorganizowania przewozu. Analogicznie, Queen's Bench Division uznał w orzeczeniu z 12 października 1979 r.²⁴, że należy traktować stronę umowy jako przewoźnika, a nie spedytora, gdy nie poinformował on klienta o zorganizowaniu przewozu w jego imieniu.

Zatem, jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 6 października 2004 r.²⁵, jeżeli przyjmuje się ofertę, w której mowa jest tylko o przewozie

²¹ Por. wyrok Tribunal de Commerce de Liege z 27 czerwca 1985 r., ETL 1985 r., s. 572, czy wyrok Cour d'Appel de Mons z 14 maja 2002 r., ETL 2004, nr 1, s. 99.

²² Por. wyrok Tribunal de Commerce de Verviers z 7 kwietnia 1979 r., ETL 1979, s. 664.

²³ ETL 1990, s. 81.

²⁴ ETL 1984, s. 411.

²⁵ I CK 199/04, niepubl.

rzeczy, a żadne czynności konkludentne nie wskazują na istnienie dodatkowych postanowień umownych obejmujących usługi związane z przewozem, to umowa zawarta przez przyjęcie oferty jest *stricte* umową przewozu, a nie umową spedycji i nawet okoliczność, że przewoźnik nie ma koncesji na przewóz, czy oddaje przesyłkę do przewozu innemu przewoźnikowi, nie przekształca umowy przewozu w umowę spedycji.

Podsumowanie

Ogólną zasadą jest, że o typie umowy decyduje jej treść. W celu odróżnienia umowy spedycji od umowy przewozu należy więc ustalić treść łączącego stosunku prawnego. Jako generalną zasadę przyjąć trzeba, że umówienie się stron na wykonanie samego przewozu przesądza o zawarciu przez nie umowy przewozu i takie sytuacje nie stanowią problemu w praktyce. Jeżeli jednak dochodzą inne postanowienia umowne, wówczas umowa przewozu traci swój „prosty” charakter, gdyż może wchodzić w grę albo art. 39 ust. 2 pkt 2 pr. przew., albo dodatkowo, obok umowy przewozu, art. 794 § 1 k.c. Oczywiście w obydwu tych sytuacjach wierzytelność z tytułu przewoźnego będzie przysługiwać przewoźnikowi dokonującemu przewozu w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa lub spedytorowi dokonującemu przewozu. Przewoźnikiem może być bowiem tylko podmiot wykonujący przewóz faktycznie w ramach działalności swojego przedsiębiorstwa lub podzlecający przewóz innemu przewoźnikowi, a podmiotowi niewykonującemu przewozu nie może przysługiwać wierzytelność z tytułu przewoźnego²⁶. Problem sprowadza się zaś do ustalenia zasad odpowiedzialności kontrahenta zleceniodawcy, a więc czy będzie on odpowiadał w oparciu o przepisy regulujące umowę przewozu, czy również na podstawie przepisów regulujących umowę spedycji. W praktyce umowa sprowadza się do podania przez strony kilku danych, tj. określenia stron, przedmiotu przewozu, daty przewozu, wynagrodzenia itp. Trzeba jednak zauważyć, że takie lakoniczne określenie postanowień umowy powoduje, iż w zasadzie w większości tego typu przypadków będziemy mieli do czynienia z umową przewozu, gdyż umowa dotyczy jedynie zlecenia przewiezienia konkretnej rzeczy z jednego miejsca do drugiego. Umowa spedycji zawiera bowiem wykonanie innych czynności towarzyszących przewozowi, a te muszą być w sposób dokładny określony przez strony w jakiegokolwiek formie, gdyż do zawarcia umowy spedycji (podobnie jak i umowy pre-

²⁶ Por. wyrok SN z 10 lutego 2006 r., III CSK 104/05, LexPolonica nr 2059605.

wozu) nie jest wymagana żadna forma szczególna. Jednak ze względu właśnie na problemy związane z ustaleniem zakresu i charakteru umowy, wskazana jest forma pisemna.

Przyjęcie, że strona działa jako spedytor, a nie przewoźnik jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy w sposób wyraźny zobowiązuje się ona do zorganizowania przewozu, gdyż taka jest istota umowy spedycji. Podstawą odróżnienia tej umowy od umowy przewozu jest treść zobowiązania i wynikający z niej rodzaj podejmowanych czynności. W konsekwencji z umową spedycji mamy do czynienia, gdy elementami przedmiotowo istotnymi zobowiązania umownego łączącego strony jest organizacja przewozu, a nie jego wykonanie, w szczególności, gdy przewóz jest wykonywany przez inny podmiot, czyli przewoźnika. Wykonanie przewozu przez samego spedytora powoduje powstanie dodatkowego stosunku prawnego w postaci umowy przewozu ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Problematyka instancyjności postępowania sądowego w sprawach cywilnych¹

1.

Świadomość tego, że wypracowywany od dawna i ciągle poprawiany oraz udoskonalany system ochrony podmiotowych praw cywilnych wymaga dla swej skuteczności i praktycznej realizacji, obok instrumentów materialnoprawnych, także odpowiednich mechanizmów procesowych, jest wśród prawników orientacji cywilistycznej powszechna². Z tego względu m.in. zagadnienie instancyjności od dawna należy do czołowych zagadnień prawa o postępowaniu cywilnym. W ostatnim okresie nabrało ono jednak szczególnego znaczenia. Wynika to z jednej strony z obowiązującego standardu konstytucyjnego w odniesieniu do kwestii instancyjności postępowania sądowego w ogólności, z drugiej zaś – z zawartych w kodeksie postępowania cywilnego konkretnych regulacji tego zagadnienia. Nie bez znaczenia poza tym pozostają wyłaniające się w praktyce problemy procesowe w związku dokonywaną analizą i interpretacją określonych rozwiązań w poszczególnych systemach kontroli orzeczeń sądowych. Stan rzeczy jest tutaj bardzo złożony, interesujący, żywotny, ale i niełatwy do zobrazowania³.

¹ *Ars et usus. Księga Pamiątkowa ku czci sędziego S. Rudnickiego*, LexisNexis, Warszawa 2005.

² Taki całościowy sposób patrzenia na ten problem nie jest, rzecz oczywista, obcy także autorom zajmującym się nauką prawa cywilnego materialnego. Zob. np. A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 263.

³ Niedawno szerzej problematykę tę w literaturze procesu cywilnego omówił F. Zedler, *Zagadnienie instancyjności postępowania cywilnego (w:) Prace z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Janusza Pietrzykowskiego*, Warszawa 2000, s. 377–393. Zagadnieniu instancyjności wiele uwagi poświęca także współczesna nauka prawa karnego procesowego. Zob. zwłaszcza A. Gaberle, *Funkcje kontroli instancyjnej w procesie karnym (zagadnienia podstawowe) (w:) Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga*

W niniejszej wypowiedzi podjęte rozważania są jedynie pewną próbą ujęcia tytułowego zagadnienia tak w szerszej, jak i węższej perspektywie, ujęcia zarówno całościowego, jak i szczegółowego. Ograniczone ramy wypowiedzi sprawiają, że refleksja nie będzie wszechstronna, zwłaszcza że uwaga zostanie skupiona na postępowaniu rozpoznawczym. Całokształtu skomplikowanej i obszernej problematyki instancyjności nie sposób zresztą wyczerpać w ramach jednego artykułu. Wymagałoby to odrębnego studium. Z tej przyczyny niektóre problemy będą jedynie sformułowane, a ich zbadanie i rozstrzygnięcie pozostawione będzie poza tokiem rozważań. Mimo wszystko mam jednak nadzieję, że spostrzeżenia moje zainteresują Czytelników, a przede wszystkim Szanownego Jubilata, którego trudny do przecenienia znakomity dorobek orzeczniczy i piśmienniczy wciąż wywiera wpływ również w dziedzinie procesualistyki cywilnej.

Pragnę poza tym podkreślić, że w swoich rozważaniach związanych z problemem instancyjności, będę zwracał uwagę nie tylko na obowiązujący stan formalnoprawny, „książkowy”, lecz również na jego obraz w praktycznym działaniu.

Zacząć wypada od banalnego wręcz stwierdzenia, że wprowadzenie do Konstytucji RP z 1997 r. (art. 176 ust. 1) zasady co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego nie tylko ogromnie podniosło znaczenie systemów kontroli instancyjnej orzeczeń sądowych, lecz jednocześnie wywołało w szeroko pojmowanej praktyce wymiaru sprawiedliwości nieporozumienia co do odczytania jej prawidłowego sensu. Pod pojęciem „instancji” nie wszyscy przecież rozumieją to samo. Złożoność problematyki instancyjności wynika ponadto z faktu, że w Konstytucji nie zawarto żadnego wyjaśnienia tego pojęcia i posłużono się tym zwrotem jedynie jako nazwą ogólną, pojęciem niedookreślonym i nieostrym, ale zarazem, chociaż teoretycznie spornym, zwrotem powszechnie znanym w języku prawniczym i precyzowanym przez naukę prawa.

Powstaje pytanie, czy można bez zastrzeżeń zaakceptować taki sposób unormowania przez ustawodawcę tego bardzo ważnego i szczególnego problemu proceduralnego. Na pytanie to należy oczywiście odpowiedzieć pozytywnie. Wszak omawiana regulacja dotyczy wszystkich, o zróżnicowanym charakterze, postępowań sądowych. Uniwersalność i ogólnikowość jest więc nie tylko pożądana, lecz wręcz konieczna. Siłą rzeczy jednak cały

pamiętkowa ku czci prof. Z. Dody, Zakamycze 2000, s. 23–46; K. Marszał, Instancyjność postępowania karnego w świetle artykułu 176 ustęp 1 Konstytucji Rzeczypospolitej (w:) Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności, księga ku czci profesora Stanisława Waltosia, Warszawa 2000, s. 701–708.

ciężar problemu został przerzucony na ustawodawcę zwykłego, który musi zrealizować sformułowaną w konstytucji zasadę instancyjności w odniesieniu do poszczególnych rodzajów postępowań sądowych.

Negatywny aspekt braku w Konstytucji jakiegokolwiek ukierunkowania co do treści tego pojęcia usiłuje ograniczyć Trybunał Konstytucyjny, niestety nie zawsze w sposób zadowalający. Trybunał ten w każdym razie coraz częściej jest inspirowany do autorytatywnych wypowiedzi w przedmiocie rozumienia pod rządami kodeksu postępowania cywilnego, z punktu widzenia konstytucyjnego, czy to treści samej zasady instancyjności, czy też istoty kontroli instancyjnej⁴. Nie ulega wątpliwości, że z reguły w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego znajdujemy cenne i jasno sformułowane tezy, które udanie rozwiązują trudności w ocenie określonych unormowań procesowych. Nie umniejszając jednak znaczenia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego dla pojmowania sensu określonych przepisów prawa procesowego, kierunku orzecznictwa sądowego i doktrynalnej myśli prawnej, jednocześnie z przykrością stwierdzić trzeba, że niejednokrotnie wypowiedzi Trybunału, zawarte zarówno w sentencjach, jak i w uzasadnieniach jego orzeczeń, budzą niestety poważne zastrzeżenia z punktu widzenia ich merytorycznej i formalnej trafności⁵. Ciężar

⁴ T. Ereciński (*O potrzebie nowego kodeksu postępowania cywilnego*, PiP 2004, nr 4, s. 8) trafnie zauważył, że aktywność orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego w podważaniu konstytucyjności pewnych rozwiązań procesowych jest czynnikiem powodującym wręcz dezintegrację wykładni kodeksu postępowania cywilnego. Por. A. Zoll, *Skuteczność orzeczeń polskiego Trybunału Konstytucyjnego* (w:) *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 239–253.

⁵ Zob. to chociażby na przykładzie glosy A. Wróbla do trzech wyroków Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 października 1998 r. (sygn. akt K. 36/97) – konstytucyjna wyłączność sądu, z dnia 16 marca 1999 r. (sygn. akt SK 19/98), z dnia 8 grudnia 1998 r. (sygn. akt K 41/97) – dwuinstancyjność postępowania sądowego (Przegląd Sejmowy 2000, nr 1, s. 205 i n.), w której autor poddał krytyce stanowisko tego Trybunału w odniesieniu do pojęcia dwuinstancyjności postępowania sądowego. Na szczególną jednak krytykę, jeżeli chodzi o zagadnienia z zakresu postępowania cywilnego, będące przedmiotem orzecznictwa TK, zasługuje stwierdzenie zawarte w wyroku z dnia 9 czerwca 2003 r., SK 5/03 (Dz.U. Nr 109, poz. 1035; OTK seria A, nr 6, poz. 50, s. 653), w którym, czyniąc zarzut pod adresem Sądu Najwyższego, przyjęto zupełnie błędną na gruncie normatywnym polskiego procesu cywilnego koncepcję uprawomocniania się niektórych wyroków z mocą wsteczną. Trybunał uznał, że jest to ponoć możliwe, jeżeli np. Sąd Najwyższy odrzuca kasację od wyroku sądu drugiej instancji albo odmawia przyjęcia jej do rozpoznania. W takich bowiem wypadkach, według Trybunału, zaskarżony kasacją wyrok uprawomocnia się z chwilą upływu terminu do wniesienia kasacji, nie zaś z momentem wydania przez Sąd Najwyższy postanowienia kończącego postępowanie w sprawie. Problemu tego bliżej nie rozważam, gdyż chodzi o przedmiot innego jednak dyskursu prawniczego. Nie można

gatunkowy i implikacje orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego są zaś takiego kalibru, że nie można zaniechać próby ustalenia rzeczywistej sytuacji prawnej w omawianym względzie. Nie ulega przy tym wątpliwości, że chociaż przy ocenie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego nie można stronić od krytycznego spojrzenia, to jednak z drugiej strony niezbędne jest tu podejście konstruktywne. Wszak orzecznictwo tego Trybunału ma niebagatelną wymowę i niemały wydźwięk społeczny. W krytyce więc nie powinno stawiać się nawet jednego kroku za dużo.

2.

Z zasadą instancyjności mamy do czynienia we wszelkich postępowaniach: sądowych (cywilnych, karnych) i pozasądowych, (administracyjnych i innych). Współczesne systemy sądowe są w każdym razie systemami instancyjnymi. Rozmaicie wszakże w poszczególnych porządkach prawnych kształtuje się ich konkretne proceduralne oblicze.

Jeżeli chodzi o polską naukę procesu cywilnego, to w publikowanych opracowaniach, zarówno większego, jak i mniejszego formatu, w związku z problematyką instancyjności uwagę skupia się przede wszystkim na zagadnieniu podstaw uruchomienia i przebiegu kontroli instancyjnej, rozważa się też bliżej samą strukturę postępowań odwoławczych. Analizuje się zatem przepisy normujące rozpoznawanie środków odwoławczych przez ustawowo wskazane sądy. Na kanwie tych przepisów częstokroć kreuje się zasadę instancyjności jako jedną z naczelnych (podstawowych, fundamentalnych) zasad bądź to wymiaru sprawiedliwości⁶, bądź też

jednak nie zasygnalizować poważnych trudności, które zupełnie zbytecznie mogą pojawić się w praktyce sądowej w związku z niektórymi wypowiedziami Trybunału Konstytucyjnego zawartymi w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 lipca 2004 r., SK 19/02 (OTK Z.U. 2004/7A/67) związanym z kwestią konstytucyjności art. 48 § 1 pkt 5 w zw. z art. 401 pkt 1 oraz art. 379 pkt 4 k.p.c. Chodziłoby tu w między innymi o stwierdzenie, że możliwość orzekania przez tego samego sędziego w kolejnych stadiach postępowania cywilnego nie utrwala obrazu sądu jako organu mającego działać w warunkach bezstronności, stąd też sytuacja taka jest nie do zaakceptowania i powinna prowadzić do wyłączenia sędziego. Idąc więc tym tropem rozumowania należałoby nawet wykluczyć procesową możliwość rozpoznawania sprzeciwu od wyroku zaocznego przez sędziego, który uczestniczył w wydaniu tego wyroku, jak też rozpoznawania zarzutów (sprzeciwu w postępowaniu upominawczym) od nakazu zapłaty przez tożsamy skład sędziowski.

⁶ K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1997, s. 46. Autor wypowiada kontrowersyjny pogląd, że charakter konstytucyjnej zasady instancyjności przeciwstawia się zaliczeniu jej do zasad procesu. Por. też K. Korzan, *Naczelne zasady wymiaru*

postępowania cywilnego⁷. W związku z instancyjnym tokiem postępowania rozpatruje się także kwestię właściwości funkcjonalnej sądów w sprawach cywilnych⁸. Tymczasem nie jest to całość problematyki instancyjności, gdyż pozostawia się wówczas na uboczu, bądź traktuje się pobieżnie bardzo ważny jej składnik, a mianowicie określenie samego pojęcia „instancyjności”, jego istotę i konkretne procesowe przejawy. Problem jest ważny, gdyż przyjęcie określonej koncepcji pojęcia instancyjności rzutuje znacząco na zakres działania konstytucyjnej zasady instancyjności.

Pojęcie „instancyjność” pochodzi od łacińskiego wyrazu *instantia*. Tak właśnie uważa W.E. Mielcarek⁹. Autor ten omawiając problematykę instancji sądownictwa państwowego podkreśla zarazem, że wyraz ten dobrze ukazuje samą istotę zaskarżenia, ponieważ oznacza „napieranie na coś” i zarazem „wstawiennictwo” Według W. Broniewicza natomiast, słowo „instancja” stanowi zapożyczenie francuskiego słowa *instance*, które oznacza postępowanie¹⁰. W takim właśnie sensie, zdaniem tego autora, używa się tego słowa w terminologii polskiej. Chodziłoby tu o takie zwroty, jak: „tok instancji” czy też „upadek instancji”. Poza tym, w przekonaniu W. Broniewicza, można także przyjmować, że sąd pierwszej, drugiej i trzeciej instancji, to inaczej – odpowiednio – sąd pierwszego, drugiego i trzeciego postępowania.

W poszczególnych słownikach językowych hasło „instancja” ujmowane jest w każdym razie w sposób zbliżony. Przykładem mogą być następujące sformułowania: instancja to „każdy z kolejnych stopni w systemie podległych sobie instytucji (państwowych, sądowych, administracyjnych), organizacji”¹¹, „instancja to stopień w hierarchicznym systemie instytucji pań-

sprawiedliwości i naczelnie zasady postępowania cywilnego, Rejent 2004, nr 7, s. 11 i. W kwestii metod konstruowania konstytucyjnych zasad wymiaru sprawiedliwości odnoszących się do prawa procesu cywilnego zob. K. Piasecki, *Postępowanie sporne rozpoznawcze*, Warszawa 2004, s. 49 i n.

⁷ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1996, s. 44 i n.; W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 74. Na ten temat także F. Zedler, op. cit. s. 379.

⁸ Zob. W. Siedlecki, *Podstawy rewizji cywilnej*, Warszawa 1959, s. 188 i n.; W. Siedlecki, Z. Świeboda, op. cit., s. 74, 86, 312 i n.; J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1996, s. 151 i n.

⁹ E. Mielcarek, *Wnioski rewizji cywilnej*, Warszawa 1973, s. 28.

¹⁰ W. Broniewicz, op. cit. 101, przypis 52.

¹¹ *Słownik Wyrazów Obcych*, Wydawnictwo Naukowe PWN 1980, s. 308.

stwowych”¹², „sąd jakiejś instancji to sąd zajmujący określone miejsce w hierarchii sądów”¹³.

Odnosnie do samego pojęcia instancyjności można też odwołać się do wypowiedzi w literaturze prawniczej¹⁴.

Wł. Siedlecki w swoim podręczniku postępowania cywilnego tłumacząc zasadę trójinstancyjności wyjaśnia, że tzw. instancyjność polega na tym, że postępowanie w sprawie rozpada się na dwa lub więcej stadia postępowania, przeprowadzanego kolejno przed różnymi sądami, ażeby w ten sposób zapewnić kontrolę sądów wyższych nad rozstrzygnięciami sądów niższych¹⁵. Autor zaznacza, że chodzi tutaj także o zapewnienie jednolitości orzecznictwa sądowego.

F. Zedler natomiast zajmuje stanowisko, że system instancyjny w postępowaniu cywilnym to możliwość przekazania do ponownego rozpoznania innemu sądowi sprawy cywilnej już wcześniej przez sąd rozpoznanej. Wymieniony autor jednocześnie akcentuje bardzo mocno dwa cele tego systemu. Pierwszy z nich, o walorze uniwersalnym, polega na umożliwieniu usuwania błędów, omyłek i uchybień zaszłych przy wydawaniu orzeczeń sądowych. Drugi zaś ma zapewnić jednolitość orzecznictwa, stąd też stanowi przyczynę (podstawę) zaskarżania orzeczeń do najwyższej instancji sądowej¹⁶.

W związku z przytoczonym stanowiskiem F. Zedlera nasuwa się przynajmniej jedna uwaga natury zasadniczej. Otóż nie wydaje się trafne ujmowanie znaczeniowego sensu instancyjności wyłącznie z punktu widzenia możliwości powtórnego rozpoznania sprawy. Takie zawężenie kwestii koliduje nawet z dalszym wywodem tego autora, bowiem podkreśla w nim, że kierowanie sprawy do sądu wyższej instancji ma na celu także ujednoczenie orzecznictwa. Konsekwencją takiego ujęcia zagadnienia, przy jednoczesnym uwzględnieniu obowiązującego w naszym postępowaniu cywilnym systemu środków zaskarżenia, powinno więc być przyjęcie, że założeniem systemu instancyjnego jest bądź to ponowne – tak w aspekcie faktycznym, jak i prawnym – rozpoznanie sprawy przez sąd wyższy (cel osiągniany przez instytucję apelacji), bądź też skontrolowanie przez sąd

¹² *Słownik Wyrazów Obcych „Europa”*, pod red. I. Kamińskiej-Szmaj, Wrocław 2001, s. 328.

¹³ *Imy słownik języka polskiego PWN*, pod red. M. Bańki, tom 1, Warszawa 2000, s. 539.

¹⁴ Omawiane zagadnienie wykracza zdecydowanie poza ramy procedury cywilnej, dlatego też nie będą to wyłącznie głosy procesualistów cywilnych.

¹⁵ W. Siedlecki, Z. Świeboda, op. cit., s. 74. Por. też W. Siedlecki (w:) *System prawa procesowego cywilnego*, tom III, 1985, s. 18.

¹⁶ F. Zedler, op. cit., s. 377.

wyższy jedynie legalności zaskarżonego orzeczenia. Ten cel realizuje się przez instytucję kasacji, a w mniejszym zakresie również przez instytucję apelacji.

Lapidarne, ale jednocześnie i w szerszym kontekście określenie instancyjności, z tym że w obszarze prawa procesowego administracyjnego, przedstawiła ostatnio, w ślad za J. Zimmermannem, H. Knysiak-Molczyk¹⁷. Według tej autorki, w nauce prawa przez „instancję” rozumie się najczęściej każdy ze stopni rozczłonkowanego aparatu państwa lub ściślej: organy różnych stopni. A zatem instancja to każdy organ, który jest wkomponowany w strukturę administracji: podlega w jakiś sposób organowi wyższemu lub jest organem nadrzędnym nad innym organem. O „toku instancji” możemy natomiast mówić dopiero wówczas, gdy prawo przewiduje działanie przynajmniej dwóch instancji, ich kolejność i sposób działania. Określenie „tok” zakłada pewien dynamizm (przesunięcie, przekształcenie), stąd też „tok instancji” oznacza przejście sprawy z jednej instancji do drugiej. Zasada dwuinstancyjności nie mogłaby więc być zrealizowana bez zaistnienia toku instancji.

Podobnie ujmuje problem T. Kielkowski, z tym że zaznacza, iż tok instancji chociaż ma podstawę konstytucyjną, nie jest – z punktu widzenia teoretycznego modelu stosowania prawa – obligatoryjnym elementem procesu jurysdykcyjnego, lecz tylko sposobem służącym ochronie interesów strony¹⁸. Na to ostatnie stwierdzenie warto zwrócić szczególną uwagę, gdyż będzie ono stanowić punkt wyjścia przy komentowaniu w dalszej części niniejszego artykułu wyroku Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego art. 505⁹ § 1 k.p.c. Chociaż bowiem istotna będzie wówczas kwestia potencjalnej skuteczności wnoszonych w uproszczonym postępowaniu cywilnym apelacji w zakresie eliminowania błędów sądów drugiej instancji, tak co do ustalenia faktów, jak i co do zastosowania prawa, to jednakże w rozważaniach nie można będzie przecież abstrahować od problematyki ochrony interesu skarżącego.

W piśmiennictwie spotkać można też pogląd, że istota zasady instancyjności polega na „dwukrotnym rozpatrzeniu i rozstrzygnięciu przez

¹⁷ H. Knysiak-Molczyk, *Uprawnienia strony w postępowaniu administracyjnym*, Zakamycze 2004, s. 233. Rozważania autorki wprawdzie dotyczą postępowania administracyjnego, niemniej jednak *mutatis mutandis* można je odnieść do postępowania sądowego.

¹⁸ T. Kielkowski, *Sprawa administracyjna*, Zakamycze 2004, s. 132 i n.; Tak też wcześniej W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989, s. 149. Gwoli ścisłości zaznaczyć trzeba, że autor mówi o toku instancji jako „trybie”, nie zaś „sposobie” ochrony interesów strony.

dwa różne organy tej samej sprawy wyznaczonej treścią zaskarżonego rozstrzygnięcia¹⁹. Dodajmy jednak, że o toku instancji można mówić tylko wtedy, gdy następstwo działania dwóch organów odnosi się do organów tego samego rodzaju (sądowego lub administracyjnego).

Na kanwie tych sformułowań należy podkreślić, że w obrębie przepisów dotyczących postępowania cywilnego zasada instancyjności nie została ustawowo wyartykułowana wprost²⁰. Instancyjność postępowania sądowego w sprawach cywilnych wynika natomiast pośrednio z wielu przepisów kodeksu postępowania cywilnego. W kodeksie tym bowiem w wielu miejscach i w różnych kontekstach mówi się bądź to o sądzie pierwszej lub drugiej instancji, bądź też o sądzie wyższej instancji, sądzie wyższego rzędu względnie równorzędnym, a nawet i o sądzie przełożonym²¹. Z tych chociażby powodów należałoby poszukiwać istotnych elementów, które składają się na określenie „instancyjność” w postępowaniu cywilnym. Wychodząc natomiast z założenia, że mamy tu do czynienia z ogólną zasadą postępowania cywilnego, stanowiącą tylko pewne uogólnienie zawartych tak w Konstytucji, jak i w kodeksie postępowania cywilnego norm prawnych, konieczne jest też zwrócenie uwagi na konkretne rozwiązania normatywne związane z instytucjami procesowymi, które decydują o przyjęciu na

¹⁹ A. Wróbel (w:) *Niektóre aspekty realizacji zasady dwuinstancyjności w administracyjnych postępowaniach w sprawach z zakresu własności przemysłowej*, Księga pamiątkowa z okazji 85-lecia ochrony własności przemysłowej w Polsce, pod red. E. Wikło, Warszawa 2003, s. 256.

²⁰ Inaczej ta kwestia przedstawia się w postępowaniu administracyjnym, ponieważ zasada instancyjności została w nim wyraźnie ustanowiona (art. 15 k.p.a.). Szerzej na ten temat. A. Wróbel, op. cit., s. 253 i n. Również w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926 ze zm.) przyjęto wyraźnie zasadę instancyjności, konkretnie dwuinstancyjności. Zob. w tym względzie B. Adamiak, *Model dwuinstancyjnego postępowania podatkowego*, PiP 1998, nr 12, s. 52 i n.

²¹ Zob. F. Zedler, op. cit., s. 390 i n. i podane tam przykłady operowania przez ustawodawcę pojęciami sądów pierwszej, drugiej i wyższej instancji. O sądzie przełożonym mowa jest natomiast w art. 44, 52 § 1 i art. 508 § 2 k.p.c., o sądzie równorzędnym – w art. 461 § 3 k.p.c., o sądzie wyższego rzędu zaś w art. 200 § 2 k.p.c. Według W. Broniewiczza, przez sąd przełożony należy rozumieć sąd przełożony w toku instancji, gdyż innego przełożenia danego sądu nad innym sądem nie ma. W. Broniewicz, op. cit., s. 102. Podobnie, przy czym trafnie, problem dostrzega J. Krajewski, który na przykładzie regulacji zawartej w art. 202 § 2 i art. 508 § 2 k.p.c. podkreśla się też, że kodeks wyraźnie przestrzega dystynkcji pomiędzy sądem „wyższym” a sądem „przełożonym”. Zdaniem tego autora, dystynkcja „sąd niższy” – „sąd wyższy” występuje tylko na gruncie właściwości rzeczowej. Dlatego też przełożonym jest ten sąd, który sprawuje nadzór judykacyjny nad sądem podległym. Zob. J. Krajewski, *Dopuszczalność zaskarżenia orzeczeń wypadkowych wydanych po raz pierwszy przez Sąd Wojewódzki jako rewizyjny*, Pal. 1971, nr 6, s. 8 i n.

gruncie procedury cywilnej nadmienionej zasady. Należy przy tym zdawać sobie sprawę z tego, że przez zasady procesowe rozumie się z reguły pewne standardy funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości i poszczególnych procedur. Nie bez znaczenia jest tu również i to, że określoną zasadę można wyodrębnić jedynie wówczas, gdy składające się na nią elementy i cechy mają charakter dominujący²².

W aktualnych zapatrywaniach teoretycznych z zakresu prawa o postępowaniu sądowym, bez względu na istniejący podział tego prawa na gałęzie, podkreśla się, że instancyjność wiązać należy z zasadą państwa prawa, bowiem państwo ma zapewnić taki model przebiegu postępowania sądowego, który umożliwiałby i zarazem gwarantował wydawanie prawidłowych i sprawiedliwych wyroków. Instancyjność zaś dlatego stanowi właściwy z tego punktu widzenia mechanizm procesowy, gdyż umożliwia eliminowanie z procesu orzeczeń dotkniętych błędami, pomysłkami i wszelkiego rodzaju uchybieniami sądu pierwszej instancji. Chodzi więc o proceduralną drogę zwracania się do innego sądu o skontrolowanie prawidłowości orzeczenia wydanego przez sąd w pierwszej instancji, zwłaszcza orzeczenia kończącego postępowanie sądowe²³. Zauważmy, że samo pojęcie „kontroli” jako ogólnie używanego nie stwarza kłopotów nawet w języku potocznym, a wymowa kontroli odbierana jest dość zgodnie. Z reguły rozumie się przez nią „porównanie stanu faktycznego ze stanem wymaganym i ustalanie ewentualnych odstępstw, sprawdzanie, czy coś jest zgodne z obowiązującymi przepisami”²⁴.

Na tym tle wyłaniają się określone funkcje zasady instancyjności postępowania sądowego. Klasyfikując je według kryterium realizowanych celów, A. Gaberle wyodrębnia:

- 1) funkcję korekcyjną,
- 2) funkcję stymulacyjną,
- 3) funkcję precedensową²⁵.

²² Tak w tej sprawie wypowiada się K. Piasecki, op. cit., s. 50.

²³ Tak właśnie – opierając się na poglądach W. Skrzydły, *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 1999, s. 391 i 392 oraz L. Garlickiego, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 308 – problem ujmuje K. Marszał, op. cit., s. 701. Autor ten nie mówi jednak o sądzie „innym”, lecz o sądzie „wyższego rzędu”. Zob. nadto; A. Oklejak, *Apelacja w procesie cywilnym*, Kraków 1994, s. 15 i n.; F. Zedler, op. cit., s. 385.

²⁴ *Nowy słownik języka polskiego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 353–354.

²⁵ A. Gaberle, op. cit., s. 25 i n.; por. K. Marszał, op. cit., s. 701 i n.

Zdaniem A. Gaberle, zasadnicze znaczenie ma funkcja korekcyjna, która, polega na korygowaniu błędnych rozstrzygnięć przez ich uchylenie lub zmianę²⁶. Wymieniony autor zaznacza, że funkcję tę (wykonywane zadanie) kształtują czynniki wyznaczające zakres, sposób (tryb) i założone efekty przeprowadzanej kontroli. Należy zatem uwzględnić: 1) liczbę instancji kontrolnych, 2) szeroko pojmowane uwarunkowania dopuszczalności uruchamiania kontroli (kwestia rodzaju orzeczeń podlegających sprawdzaniu i legitymacji do zaskarżenia, a także czasu, w którym należy zainicjować kontrolę), 3) zakres uprawnień instancji kontrolujących i 4) regulację postępowania kontrolnego, w tym dotyczącą uprawnień stron tego postępowania²⁷.

Istotne znaczenie odgrywa również funkcja stymulacyjna. A. Gaberle uważa, że polega ona skłanianiu organów kontrolowanych do dbałości o prawidłowość zarówno rozstrzygnięć, jak i samego postępowania²⁸. Presja instancyjna jest zatem wielce pożądana, bo skłania sąd niższy do większej dbałości o sposób przeprowadzania postępowania.

Przez funkcję precedensową A. Gaberle rozumie natomiast funkcję związaną z formułowaniem pod adresem organów niższego rzędu wzorców sposobów rozstrzygania problemów prawnych. Przez ich wykorzystanie organy te ograniczają liczbę orzeczeń wymagających korekty²⁹.

W związku z przedstawionym ujęciem funkcji zasady instancyjności postępowania sądowego nasuwają się dwie uwagi natury terminologicznej.

I tak, jeżeli chodzi o pierwszą z tych funkcji (funkcję korekcyjną), to po analizie jej istoty należałoby dojść do wniosku, że nie można tej funkcji sprowadzać do dokonywania korektury rozstrzygnięcia organu hierarchicznie niższego rzędu. Do korekty przecież, przykładowo, nie dojdzie, jeżeli zakwestionowane rozstrzygnięcie okaże się prawidłowe albo w razie zaistnienia ku temu jakichś przeszkód proceduralnych. W takich wypadkach sens czynności organu wyższego rzędu sprowadzi się co najwyżej do przeprowadzenia kontroli tego rozstrzygnięcia. W pozostałych wypadkach realizowanie omawianej zasady również polega przede wszystkim na dokonywaniu kontroli. Dopiero w drugiej kolejności dochodzi także do podjęcia decyzji o potrzebie usunięcia stwierdzonych wadliwości. Jeżeli zatem w rozważanej sytuacji u podstawy podjęcia ewentualnej decyzji

²⁶ A. Gaberle, op. cit., s. 25 i n.

²⁷ Tenże, s. 26.

²⁸ Tenże, s. 33.

²⁹ Por. A. Gaberle, op. cit., s. 33.

o korekcie – w postaci reformatoryjnej lub kasatoryjnej – tkwią również czynności o charakterze kontrolnym, to nasuwa się wniosek, że dominująca treść analizowanej funkcji przemawia za uznaniem, iż mamy tu do czynienia z funkcją kontrolną.

Wydaje się, że również operowanie określeniem „funkcja precedensowa” nie jest zbyt precyzyjne, a poza tym niepotrzebnie nasuwa się w tym wypadku skojarzenie z prawem precedensowym i z systemem sądownictwa anglosaskiego³⁰. Uwzględniając więc z jednej strony treść tej funkcji, a z drugiej strony – charakter polskiego systemu prawa sądowego, w szczególności w obszarze postępowania sądowego w sprawach cywilnych, należałoby raczej mówić, że w tym wypadku chodzi o funkcję „ujednolicania orzecznictwa” czy też „ujednolicania interpretacji prawa”³¹. W naszym systemie prawnym realizowanie tej funkcji przypada przede wszystkim Sądowi Najwyższemu.

Co się natomiast tyczy kwestii merytorycznej, to zwróćmy uwagę, że realizowanie funkcji kontrolnej przez sąd wyższy, zwłaszcza w razie wydania przez niego orzeczenia kasatoryjnego w celu ponownego rozpoznania sprawy przez sąd niższy, nie wyczerpuje całości zagadnienia. Charakterystyczne jest wówczas udzielenie sądowi niższemu wyjaśnienia, dlaczego jego postępowanie, a także ewentualnie i rozstrzygnięcie dotknięte jest wadliwością. W niektórych wypadkach dochodzi poza tym do wskazania temu sądowi sposobu dalszego postępowania (wymaganie takie zawarto w art. 386 § 6 k.p.c.). Uzasadnione jest więc wyodrębnienie w związku z zasadą instancyjności jeszcze dwóch funkcji: funkcji sygnalizacyjno-dydaktycznej i funkcji instruktażowej.

W rezultacie przedstawione rozważania prowadzą do wniosku, że z zasadą instancyjności postępowania sądowego łączy się pięć funkcji:

- 1) funkcja kontrolna,
- 2) funkcja stymulacyjna,
- 3) funkcja ujednolicania orzecznictwa,
- 4) funkcja sygnalizacyjno-dydaktyczna,
- 5) funkcja instruktażowa.

³⁰ O ujednoliconym stosowaniu prawa przez sądy w wyniku ustanowionych precedensów, na mocy których sądy są podporządkowane kryteriom ustalonym w poprzednich regułach interpretacji danego przepisu, zob. L.L. Guerra, *Znaczenie ujednolicania interpretacji prawa w państwie prawnym*, Jurysta 2000, nr 11–12, s. 16–23.

³¹ Zob. S. Włodyka, *Organizacja sądownictwa*, Kraków 1959, s. 238 i n.

3.

Instancyjny system powiązań między niezawisłymi sądami stosowany jest od stuleci. Motyw jest oczywisty. Wiadomo, że w sądowym stosowaniu prawa materialnego i procesowego zdarzają się – jak w każdym innym obszarze zorganizowanej działalności człowieka – różnego rodzaju błędy. Wynikać mogą one z nieudolności, ale nieraz i ze złej woli. Wprowadzenie kontroli instancyjnej zapewnić ma prawidłowe i sprawiedliwe orzekanie³². Z dotychczasowych wywodów wynika jednak, że teoretycznie jest kwestią w pewnym stopniu otwartą, czy instancyjność wymaga istnienia przynajmniej dwóch organów sądowych w układzie hierarchicznego podporządkowania. Z góry nie można wykluczać, że chodzić może nie tylko o układ wertykalny, lecz także o układ horyzontalny. Wchodziłaby wówczas w rachubę możliwość skierowania środka odwoławczego do innego składu tego samego sądu³³. O przyjęciu takiego rozwiązania może decydować potrzeba kontroli orzeczenia w określonym przedmiocie, wydawanego przez sąd hierarchicznie najwyższego w danej strukturze ustrojowej.

Niemniej jednak o pełnej realizacji zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego nie można mówić, jeżeli brak jednego z dwóch zasadniczych jej elementów. Pierwszy z nich, to uruchomienie postępowania kontrolnego z inicjatywy uprawnionego podmiotu (strony) i w określonej formie prawnej (stosowny środek odwoławczy). Drugi zaś, to rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy przez inny organ, a przynajmniej inny skład sędziowski niż ten, który wydał zaskarżone orzeczenie³⁴.

³² Por. W. Miszewski, *Proces cywilny w zarysie. Część pierwsza*, Warszawa–Łódź 1946, s. 51.

³³ Zob. na ten temat F. Zedler, op. cit., s. 391. Autor, stojąc na stanowisku, że nie można utożsamiać wyższej instancji z rozpoznawaniem sprawy przez sąd hierarchicznie wyższy, podkreśla, że w naszym postępowaniu cywilnym znane są liczne przykłady rozpoznawania środków odwoławczych przez sąd tego samego szczebla, który wydał zaskarżone orzeczenie (np. art. 38 § 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich). Także na gruncie k.p.k. z 1997 r. (w związku z jego art. 426 § 3 i art. 430 § 2) problem tzw. instancji poziomej jest w doktrynie wyraźnie dostrzegany i rozważany. Instancję poziomą niektórzy procesualiści karnistyczni traktują jednak jako wyjątek od reguły dwuinstancyjności postępowania odwoławczego. Zob. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2003, s. 524. Z tego punktu widzenia interesująco przedstawia się więc wysunięty w przeszłości, w związku z koniecznością zreformowania polskiego sądownictwa administracyjnego, postulat B. Zdziennickiego, ażeby wprowadzić kasację od wyroków NSA do Izby Kasacyjnej tego Sądu obsadzonej kolejno przez sędziów na zasadzie rotacji. B. Zdziennicki, *Jak reformować nie niszcząc pozycji i dorobku Naczelnego Sądu Administracyjnego?*, *Jurysta* 2001, nr 12, s. 5.

³⁴ Por. A. Wróbel, op. cit., s. 257.

Rozważając problem można też wskazać na nieco inne ujmowanie immanentnych cech kontroli instancyjnej. W najogólniejszych zarysach wchodziłaby tu zwłaszcza w grę sama procesowa możliwość zaskarżenia orzeczenia sądowego. Kontrola instancyjna jest bowiem kontrolą skargową, a zatem uruchamianą na żądanie strony zainteresowanej korektą, (zreformowaniem) orzeczenia. Jako drugą istotną cechą znamionującą kontrolę instancyjną uznaje się jej osądzający charakter. Reformacja orzeczenia nie następuje bowiem w formie nakazowej (interwencyjnej), gdyż organ kontrolujący nie narzuca organowi kontrolowanemu sposobu rozstrzygnięcia, lecz albo sam je zmienia, albo też przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania, ograniczając się jedynie do wskazania, jakie czynności należy podjąć przed wydaniem nowego orzeczenia³⁵. Nie ma też związania w kwestii oceny okoliczności faktycznych. Wiąże natomiast ocena prawna oraz wskazany sposób dalszego postępowania (zob. art. 386 § 6 i art. 393¹⁷ k.p.c.).

Zaznaczyć trzeba, że w systemie prawa sądowego podporządkowanie jednego sądu względem drugiego musi mieć specyficzną konstrukcję procesową, gdyż – w odróżnieniu na przykład od postępowania administracyjnego³⁶ – w porządku ustrojowym obowiązują zasady niezawisłości sędziowskiej oraz niezależności i odrębności organizacyjnej sądów. Dlatego też nadzór sądu wyższego (przełożonego) w obszarze objętym niezawisłością sędziowską (w zakresie orzekania i kierunku postępowania) ma charakter judykacyjny. Nie zawsze jednak, chociaż zazwyczaj tak sprawa się przedstawia, jest to nadzór instancyjny, może bowiem istnieć także judykacyjny nadzór pozainstancyjny. W tym ostatnim wypadku chodzi o rozpoznawanie środków zaskarżenia od orzeczeń prawomocnych³⁷. W każdym razie nie jest paradoksem, że niezawisły i podlegający tylko ustawie sąd niższej instancji podlega kontroli sądu wyższej instancji, a w razie uchylenia jego orzeczenia podlega też wiążącej go ocenie prawnej, dokonanej przez sąd wyższej instancji (art. 386 § 6 i art. 393¹⁷ k.p.c.)³⁸.

³⁵ Por. S. Waltoś, op. cit., s. 321.

³⁶ Zob. B. Adamiak, op. cit., s. 52 i n.

³⁷ Zob. T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Komentarz do prawa o ustroju sądów powszechnych i ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa*, Warszawa 2002, s. 36 i 38.

³⁸ Szerzej w tej sprawie S. Włodyka, *Nadzór nad orzecznictwem sądowym w sprawach cywilnych w świetle zasady niezawisłości sędziowskiej* (w:) *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*, Kraków–Warszawa 1964, s. 481–496. Zob. też J. Wróblewski, *Kontrola decyzji sądowej – wybrane zagadnienia teoretyczne*, PiP 1976, nr 8–9, s. 18 i n. oraz T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, op. cit., s. 36 i n.

Rozwijając ten wątek, trzeba jeszcze raz podkreślić fakt, że polski ustawodawca konstytucyjny nie przesądził charakteru i istoty (treści) instytucji zaskarżania orzeczeń sądowych³⁹. Co więcej, nie określił nawet bliżej rodzaju orzeczeń sądu pierwszej instancji, które bezwzględnie powinny podlegać zaskarżeniu. Stwierdził natomiast – obejmując przy tym odnośną regulacją jednocześnie trzy podstawowe procedury: cywilną, karną i administracyjną – że każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, wyjątki zaś od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa (art. 78 Konstytucji). Konstytucyjna regulacja problematyki kontroli instancyjnej ma więc i tym wypadku, podobnie jak w art. 176 ust. 1 Konstytucji, charakter ramowy. Z regulacji tej wynika, że podstawowa zasada procedury sądowej, którą stanowi zaskarżalność orzeczeń wydanych w pierwszej instancji, może mieć ustawowo określone wyjątki⁴⁰. Dlatego też nie wszystkie orzeczenia sądów pierwszej instancji muszą podlegać zaskarżeniu, natomiast w razie objęcia ich określonym systemem zaskarżenia, to ustawodawca zwykły ma zdecydować pod jakim kątem, z jakich powodów i w jakim przedmiocie oraz zakresie orzeczenia te mogą być sprawdzane przez sąd wyższej instancji. Ustawodawca zwykły musi też zdecydować, w jakiej w ogóle postaci formalnej mają być rozstrzygane takie lub inne kwestie prawne oraz jak zróżnicować pod względem konstrukcyjnym środki odwoławcze od danych rozstrzygnięć.

Powyższy wątek wiąże się z problemem wzajemnej relacji artykułów 78 i 176 Konstytucji. Przypomnijmy, że według drugiego z nich, postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne (ust. 1), natomiast ustrój i właściwość sądów oraz postępowanie przed sądami określają ustawy (ust. 2). Wyłania się tu więc kolejny aspekt ustanowionego standardu

³⁹ B. Zdziennicki trafnie zwraca uwagę na ten aspekt konstytucyjnego uregulowania problemu instancyjności, podkreślając, że w konstytucji nie została przesądzona formuła dwuinstancyjności. Zob. B. Zdziennicki, op. cit., s. 3 i n. Także A. Wróbel podkreśla, że konstytucja nie konkretyzuje zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego przez wskazanie cech konstrukcyjnych tej zasady. Zob. A. Wróbel, *Kilka uwag o konstytucyjnej koncepcji Naczelnego Sądu Administracyjnego* (w:) *Polski model sądownictwa administracyjnego*, red. J. Stelmasiaka, J. Niczyporuka, S. Fundowicza, Lublin 2003, s. 357.

⁴⁰ Należy zauważyć, że w Polsce nie został ustanowiony jakiś ogólny i jednolity system sądowej kontroli odwoławczej. Porównując bowiem obie podstawowe procedury sądowe – karną i cywilną – dostrzegamy, i to mimo zbieżności w nazwach środków odwoławczych, duże zróżnicowanie rozwiązań, przy czym nie wynikające jedynie z samej specyfiki spraw objętych tymi procedurami.

konstytucyjnego⁴¹. Zagadnienie bowiem liczby instancji w zwykłym toku postępowania cywilnego jawi nam się nie tylko jako zagadnienie czysto proceduralne, ale także ustrojowo – sądowe⁴². Dlatego też A. Wróbel nie wahał się wyraźnie stwierdzić, że z treści art. 176 ust. 1 Konstytucji wynika, iż zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego należy traktować jako jedną i to z podstawowych zasad ustroju i organizacji sądów⁴³.

Jeżeli chodzi natomiast o zagadnienie wzajemnej relacji między art. 78 a art. 176 Konstytucji, to było ono już literaturze wielokroć rozważane. Nie ma więc nieodzownej potrzeby szczegółowego jego omawiania. Wystarczy

⁴¹ Konstytucyjna formuła zasady instancyjności postępowania sądowego z pewnością inspirowana była wcześniejszym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego. Podkreślić trzeba, że dla Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w związku z treścią art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności reprezentatywny jest pogląd, że właściwą gwarancją ochrony interesów prawnych osób zainteresowanych stwarza nawet sądownictwo jednoinstancyjne. Zaznaczyć trzeba, że konwencyjna regulacja problemu charakteru uniwersalny i nie dotyczy wyłącznie obszaru postępowania cywilnego. Dodajmy, że art. 6 Konwencji, statuuje „prawo do rzetelnego procesu”. Jeżeli więc chodzi o regulację zagadnienia instancyjności postępowania cywilnego, to sytuacja przedstawia się tak, że standard wynikający z naszego wewnętrznego ustawodawstwa kształtuje się na wyższym poziomie niż standard konwencyjny. Por. F. Zedler, op. cit., s. 380 i 386.

⁴² Zob. T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, op. cit., s. 17.

⁴³ A. Wróbel, Glosa do trzech wyroków Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 października 1998 r. (sygn. akt K. 36/97) – konstytucyjna wyłączność sądu, z dnia 16 marca 1999 r. (sygn. akt SK 19/98), z dnia 8 grudnia 1998 r. (sygn. akt K 41/97) – dwuinstancyjność postępowania sądowego, Przegląd Sejmowy 2000, nr 1, s. 205 i n. Dodać należy, że z przepisów Konstytucji, prawa o ustroju sądów powszechnych i ustawy o Sądzie Najwyższym wynika, iż w polskim systemie sądownictwa sądami w sensie ustrojowym są sądy czterech rzędów (sądy rejonowe, sądy okręgowe, sądy apelacyjne i Sąd Najwyższy). System ten jest jednocześnie, z tym że nie w czystej postaci, systemem trójinstancyjnym, gdyż obejmuje sądy pierwszej, drugiej i trzeciej instancji. Stosownie do przepisów o właściwości rzeczowej, sądami pierwszej instancji są sądy rejonowe i sądy okręgowe, sądami drugiej instancji – odpowiednio sądy okręgowe i apelacyjne (art. 12, 16 i 18 p.u.s.p.), a także Sąd Najwyższy w odniesieniu do postanowień odrzucających kasację i innych niektórych postanowień sądów drugiej instancji wydawanych po raz pierwszy i kończących jednocześnie postępowanie w sprawie (art. 393¹⁸ § 1 i 2 k.p.c.) oraz w razie przejścia do rozpoznania sprawy, w której zostało mu przedstawione przez sąd drugiej instancji do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości w związku z rozpatrywaniem apelacji lub zażalenia (art. 390 § 1 i art. 397 § 2 w zw. z art. 390 § 1 k.p.c.). Sądem trzeciej instancji jest wyłącznie Sąd Najwyższy (art. 392 § 1 k.p.c.). Obowiązująca struktura instancji sądowych jest także dość złożona. Istnieją bowiem dwa rodzaje pionów sądów orzekających co do istoty sprawy bądź to w dwóch instancjach, bądź też w trzech instancjach. W sprawach niekasacyjnych: 1. sąd rejonowy – sąd okręgowy, 2. sąd okręgowy – sąd apelacyjny), w sprawach kasacyjnych: 1. sąd rejonowy – sąd okręgowy – Sąd Najwyższy, 2. sąd okręgowy – sąd apelacyjny – Sąd Najwyższy.

tylko, na przykładzie kilku wypowiedzi, zwrócić uwagę, że nadmieniona relacja nasuwa poważne wątpliwości.

I tak R. Hauser omawiając powyższą kwestię, przyjął, że w pierwszym z tych przepisów mowa jest jedynie o prawie strony do zaskarżania orzeczeń wydanych w jej sprawie w pierwszej instancji, natomiast drugi wskazuje, że ustroj sądów oraz procedura muszą zapewniać rozpoznawanie wszystkich spraw w postępowaniu dwuinstancyjnym. Oznacza to, według tego autora, że ocena konstytucyjności ustanowionego rozwiązania wiąże się z ustaleniem, czy i jakiego rodzaju orzeczenia sądu pierwszej instancji mogą nie podlegać zaskarżeniu. W konsekwencji dochodzi do przekonania, że dopuszczalne jest wyłączenie zaskarżalności w odniesieniu do niektórych orzeczeń wpadkowych wydawanych w toku postępowania⁴⁴.

A. Wróbel uważa natomiast, że zasadnicza różnica konstrukcyjna obu omawianych przepisów wyraża się w tym, że art. 176 ust. 1 Konstytucji nie dopuszcza żadnych odstępstw od zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego, podczas gdy art. 78 zdanie 2 Konstytucji reguluje zasady i tryb zaskarżania decyzji i orzeczeń wydanych w pierwszej instancji w postępowaniach pozasądowych, przy czym prawo to może być realizowane bądź to w dwuinstancyjnym postępowaniu pozasądowym (administracyjnym), bądź też w drodze zaskarżenia decyzji wydanej w pierwszej instancji w jednoinstancyjnym postępowaniu pozasądowym do sądu powszechnego. Oznacza to, zdaniem tego autora, że z art. 78 Konstytucji nie wynika kompetencja ustawodawcy do ograniczania w jakimkolwiek zakresie zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego ani też zamykania stronie dostępu do sądu drugiej instancji przez pozbawienie jej konstytucyjnego prawa do zaskarżenia orzeczenia sądowego zapadłego w pierwszej instancji⁴⁵.

Z kolei A. Wasilewski postuluje, ażeby przy dokonywaniu interpretacji 176 ust. 1 w powiązaniu z dyspozycją art. 78, brać pod rozwagę gwarancyjny charakter obu przepisów. Stąd też nie powinny one być interpretowane w sposób wzajemnie sprzeczny⁴⁶.

⁴⁴ R. Hauser, *Konstytucyjny model polskiego sądownictwa administracyjnego* (w:) *Polski model sądownictwa administracyjnego*, pod red. J. Stelmasiaka, J. Niczyporka, S. Fundowicza, Lublin 2003, s. 148 i n. Pogląd ten aprobuje Z. Kmiecik, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*, Zakamycze 2004, s. 116 i n.

⁴⁵ A. Wróbel, op. cit., s. 212 i n.

⁴⁶ Powyższą tezę autor przyłącza się do krytyki poglądu Trybunału Konstytucyjnego, zaprezentowanego w wyroku z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97 (OTK 1998, nr 7, poz. 117), zgodnie z którym art. 176 ust. 1 Konstytucji dotyczy tylko spraw rozpoznawanych przez sądy od stadium początkowego do końcowego, A. Wasilewski, *Prawo*

Również F. Zedler podjął wysiłek wyjaśnienia omawianego problemu⁴⁷. Zaakcentował przede wszystkim ogólnikowość sformułowania art. 176 ust. 1 Konstytucji. Przepis ten – przy jednoczesnym uwzględnieniu treści i lokalizacji w Konstytucji jej art. 78 – zinterpretował zaś w ten sposób, że zwrot „postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne” odnosi się do całego postępowania, a nie tylko do indywidualnego orzeczenia wydanego w danym postępowaniu. Określając natomiast zakres tego przepisu (art. 176 ust. 1 Konstytucji), uznał, że mają to być orzeczenia dotyczące samej sprawy rozpoznawanej w postępowaniu cywilnym. Precyzując pojęcie samej sprawy rozpoznawanej w postępowaniu cywilnym przyjął, że chodzi tu przedmiot postępowania, dla którego postępowanie cywilne zostało wszczęte. Dlatego też są to zarówno orzeczenia sądu pierwszej instancji merytoryczne (wyroki, nakazy zapłaty i postanowienia co do istoty sprawy wydane w postępowaniu nieprocesowym), jak i orzeczenia tego sądu o charakterze formalnym, jeżeli kończą postępowanie w sprawie (np. o odrzuceniu pozwu, umorzeniu postępowania). Do tych ostatnich zalicza – co może być jednak dyskusyjne, ponieważ chodzi o działanie przewodniczącego, a nie sądu, i nie o orzeczenia jako takie – zarządzenia o zwrocie pozwu.

F. Zedler bardzo wyraźnie stwierdza też, że konstytucyjną zasadę co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego należy stosować jedynie do orzeczeń wydawanych przez sądy pierwszej instancji⁴⁸. Jest to, w moim przekonaniu, właściwa interpretacja art. 176 ust. 1 Konstytucji. Nie ma zresztą potrzeby rozszerzającej interpretacji tego przepisu, skoro regulacja w nim zawarta stanowi jedynie dopełnienie treści normatywnej art. 78 Konstytucji.

Praktyczne implikacje przedstawionych poglądów, i to mimo braku ich zbieżności, są oczywiste.

Po pierwsze, aczkolwiek zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego nie ma charakteru absolutnego, to jednak pewne orzeczenia sądów muszą bezwzględnie podlegać kontroli instancyjnej. Chodzi tu mianowicie o wszelkie orzeczenia sądu pierwszej instancji kończące postępowanie w sprawie, a zatem nie wyłącznie o te z nich, które dotyczą

do sądu w sprawach dyscyplinarnych (ustawodawstwo polskie na tle standardów Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Konstytucji RP), PS 2001, nr 9, s. 39 i n.

⁴⁷ F. Zedler, op. cit., s. 383 i n.

⁴⁸ Tamże, s. 386.

istoty sprawy (orzeczenia merytoryczne), lecz także o orzeczenia typu procesowego⁴⁹.

Poza kręgiem zaskarżalnych orzeczeń mogą natomiast z całą pewnością pozostawać orzeczenia nie dotyczące samych stron, lecz innych uczestników postępowania sądowego, na przykład: biegłych, tłumaczy, świadków⁵⁰.

Po drugie, skoro ustawodawca konstytucyjny ustalił dla możliwości zaskarżania orzeczeń sądowych standard o charakterze minimalnym, to orzeczenia sądów drugiej instancji dotyczące samej sprawy mogą, lecz nie muszą podlegać zaskarżeniu.

Po trzecie, nie jest wyłączona możliwość wprowadzenia przez ustawodawcę zwykłego, na podstawie art. 78 Konstytucji, zaskarżania również innych orzeczeń sądów drugiej instancji, zwłaszcza wydawanych po raz pierwszy. *De lege lata* na tym tle powstają wątpliwości i występują niekiedy nieporozumienia⁵¹. Obecnie ograniczyć się należy do stwierdzenia, że zasadniczo stronom można jednak odmówić prawa do odwołania się od tych orzeczeń. Kwestię celowości i potrzeby zaskarżania niektórych z nich pozostawiam w tym miejscu na uboczu⁵².

Po czwarte, jeżeli chodzi o konstytucyjny wymóg co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego, to należy go rozumieć jako konieczność zapewnienia przez zwykłego ustawodawcę jednej instancji odwoławczej

⁴⁹ W kodeksie postępowania cywilnego pojęcie postanowień kończących postępowanie w sprawie nie zostało zdefiniowane, stąd też podlega ono wyjaśnieniu przez doktrynę i orzecznictwo. Co do wypowiedzi przedstawicieli doktryny zob. T. Ereciński (w:) *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, pod red. T. Erecińskiego, tom 1, Warszawa 2002, s. 837 i n.; K. Kołakowski (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, tom I, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2001, s. 1467; W. Broniewicz, op. cit., s. 222 i n.; B. Bładowski, *Środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*, Kraków 2001, s. 516. Podkreślić trzeba, że W. Sieidleckiego, *Podstawy rewizji cywilnej*, s. 24, w procesie cywilnym występują dwa rodzaje orzeczeń sądowych, które – bez względu na swoją nazwę – różnią się między sobą celem i przedmiotem rozstrzygnięcia. Pierwsze przeznaczone są dla rozstrzygnięć najważniejszych, bo dotyczących przede wszystkim istoty rzeczy, drugie zaś dotyczą wszelkich innych kwestii, bądź wyłącznie natury formalnej, bądź też o charakterze wypadkowym. Co się tyczy orzecznictwa Sądu Najwyższego w tym względzie to przykładowo można tu wskazać na uchwałę siedmiu sędziów tego Sądu z dnia 31 maja 2000 r., III ZP 1/00, OSNC 2001, nr 1, poz. 1.

⁵⁰ *De lege lata* w licznych wypadkach ustawodawca dopuszcza jednakże zaskarżanie tych orzeczeń. Zob. np. art. 395 § 1 pkt 5 i 9 k.p.c.

⁵¹ Zob. na ten temat Kołakowski, op. cit., s. 1467 i n. i F. Zedler, op. cit., s. 386.

⁵² Zasygnalizować tu należy także zjawisko pomieszania pojęć. Prawo do odwołania bowiem utożsamia się niekiedy z prawem do sądu.

(kontrolnej)⁵³. Nie ma więc potrzeby konstytucyjnej stworzenia w każdej sprawie cywilnej możliwości odwoływania się przez stronę do dwóch kolejnych sądów wyższej instancji. Wszak trzecia instancja nie jest konieczna. Wątek ten zostanie szerzej omówiony później.

W tej sytuacji powstaje pytanie o sens stworzenia wymogu co najmniej dwuinstancyjnego sądownictwa? Jest oczywiste, że chodziło tu prawo konstytucyjne o charakterze klasycznie gwarancyjnym. Ze względu na możliwość błędów – w sferze faktycznej i prawnej – konieczne są jakieś sposoby sprawdzania orzeczeń, wydawanych przez sądy pierwszej instancji. W postępowaniu cywilnym czynności sprawdzających dokonuje się przez rozpoznawanie środków zaskarżenia. Wśród tych środków zasadnicze znaczenie mają środki odwoławcze, przez które rozumie się określone w przepisach procesowych sposoby, przysługujące uprawnionym osobom w celu wywołania kontroli zaskarżonego orzeczenia. Nie może tu ująć uwagi, że środki odwoławcze w ścisłym znaczeniu charakteryzują się dewolutywnością, a więc cechą polegającą na spowodowaniu przesunięcia sprawy w celu rozpoznania do wyższej instancji.

Na gruncie art. 176 ust. 1 Konstytucji, ustawodawca zwykły ma pełną swobodę w kształtowaniu konkretnych systemów kontroli odwoławczej w poszczególnych procedurach sądowych. Oznacza to, że w określonych wypadkach władny jest on także ogólny system tej kontroli modyfikować i ograniczać, inaczej mówiąc, czynić odstępstwa od generalnego modelu. Prawo do postępowania sądowego jest przeto respektowane nawet wówczas, gdy kognicja sądu odwoławczego zostaje zawężona⁵⁴. W konsekwencji ciężar zagadnienia tkwi w prawidłowo uregulowanej procedurze przed sądem pierwszej instancji. Powinna ona przede wszystkim stwarzać stronom możliwość doprowadzenia do wszechstronnego zebrania i rozpatrzenia przez sąd materiału dowodowego sprawy. Wynik postępowania sądowego natomiast w równym stopniu zależy od trafnie wybranej i zinterpretowanej

⁵³ Z tego punktu widzenia dyskusyjnie przedstawia się stanowisko Trybunału Konstytucyjnego zaprezentowane w wyroku z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97 (OTK ZU 1998, nr 7, poz. 117), z którego wynika, że jednoinstancyjne postępowanie sądowe z odwołania od orzeczenia komisji dyscyplinarnej jest zgodne z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP. Zob. w tym względzie wypowiedź A. Wróbla, z przypisu 4, oraz tegoż, *Kilka uwag o konstytucyjnej koncepcji Naczelnego Sądu Administracyjnego* (w:) *Polski model sądownictwa administracyjnego*, pod red. J. Stelmasiaka, J. Niczyporka, S. Fundowicza, Lublin 2003, s. 355 i n.

⁵⁴ Por. R. Biskup, *Z problematyki sądowej kontroli rozstrzygnięć Komisji Papierów Wartościowych i Giełd* (w:) *Polski model sądownictwa administracyjnego*, pod red. J. Stelmasiaka, J. Niczyporka, S. Fundowicza, Lublin 2003, s. 31.

normy prawa, jak i należycie ustalonego stanu faktycznego. Przy rozpatrywaniu tego zagadnienia trzeba jednak uwzględnić, że obecnie w postępowaniu cywilnym dominuje zasada kontradyktoryjności, działanie sądu z urzędu zaś jest minimalizowane. Poza tym mają miejsce – w imię niezbędnej dyscypliny procesowej – terminy prekluzyjne do powoływania twierdzeń, zarzutów oraz dowodów na ich poparcie (np. art. 202, 207 § 3, art. 479¹² § 1, art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. Symptomatycznym faktem pozostaje, że na ogół nie zgłasza się do takiego unormowania procedury cywilnej większych zastrzeżeń, w szczególności nie zarzuca się jego sprzeczności z zasadą demokratycznego państwa prawnego.

4.

Ogólne zagwarantowanie w Konstytucji kontroli orzeczenia sądowego przez sąd wyższej instancji nie przesądza wielu kwestii szczegółowych, przy czym niektórych o znaczeniu podstawowym. Ustawodawca konstytucyjny wszakże, jak to już podkreślono, nie rozstrzygnął nie tylko kwestii systemu zaskarżenia w poszczególnych procedurach sądowych, co jest zrozumiałe, ale także i konkretnej liczby wyższych instancji (jednostopniowy czy też dwustopniowy system odwoławczy?). Konfiguracja (architektura) postępowania odwoławczego może więc być wielowariantowa i zróżnicowana. Unormowanie konstytucyjne jest w każdym razie tego rodzaju, że nie ma jakiegokolwiek potrzeby preferowania jednolitego mechanizmu kontroli instancyjnej.

Ustawodawcy zwykłemu pozostawiono też do unormowania takie węzłowe problemy, jak kwestia zakresu dopuszczalnej kontroli odwoławczej i zakresu orzekania przez sądy wyższej instancji, zagadnienie szczebla właściwego sądu do rozpoznania określonych rodzajów spraw czy też problem składów sądów wyższej instancji.

W związku z tym, że postępowanie sądowe nie może być jednoinstancyjne (*argumentum a contrario* z art. 176 ust. 1 Konstytucji) należałoby także wypracować odpowiedź na pytanie, na czym w ogóle ma polegać rozpoznanie każdej sprawy (poza tzw. sprawami wпадkowymi, ubocznymi) przynajmniej przez jeden sąd wyższej instancji. Pytanie to wiąże się ściśle z następnym pytaniem: w jaki sposób unormować zasadniczy problem postępowania odwoławczego, jakim są podstawy zaskarżenia. Nie budzi bowiem wątpliwości zapatrywanie, że ustawowe podstawy zaskarżenia stanowią jeden z najbardziej zasadniczych elementów budowy każdego środka zaskarżenia. One też określają charakter danego cywilnoproseso-

wego środka odwoławczego. W naszym prawie procesowym cywilnym trafnie więc podkreślono, że podstawy te powinny tak dobrane, aby jak najbardziej harmonizowały z całą konstrukcją i charakterem danego środka zaskarżenia oraz aby sprzyjały realizacji jego celu⁵⁵. Dodać trzeba, że wnoszący środek odwoławczy musi uwzględniać wskazane w ustawie przyczyny (podstawy) zaskarżania i judykacyjne możliwości weryfikowana orzeczeń w konkretnym postępowaniu odwoławczym. Każdorazowo bowiem determinantą kierunku działania i sposobu orzekania sądów wyższej instancji (tak drugiej, jak i trzeciej instancji) są ustawowo określone w tych względach wskaźniki.

Wchodzi wreszcie w rachubę także pytanie o treść i postać ewentualnych ograniczeń podstaw zaskarżania. Należy bowiem zauważyć, że mimo formalnej jednorodności przedmiotowej w cywilnoprawnym systemie sądowym – jednorodności jednak szeroko rozumianej – postępowanie cywilne nie kształtuje się jednolicie. Sprawy cywilne są rozpoznawane w postępowaniu procesowym bądź nieprocesowym. Wielość i zróżnicowanie rodzajowe sporów cywilnych sprawiły, że ustawodawca dopuścił istnienie różnych postępowań odrębnych⁵⁶. W poszczególnych działach, np. postępowaniu procesowym zwyczajnym i postępowaniach odrębnych, postępowaniu nieprocesowym itd., określone kwestie zostały unormowane ze zróżnicowaną intensywnością. Istnieje wręcz swoista szachownica w powyższym zakresie.

W postępowaniach odwoławczych zasady i zakresy kontroli orzeczeń przez sądy wyższej instancji także nie są jednolite. Przykładowo, Sąd Najwyższy czuwa tylko nad właściwym stosowaniem przez sąd drugiej instancji prawa procesowego i materialnego, przy czym ze względu na instytucję tzw. przedsądu czyni to tylko w odniesieniu do spraw, które przeszły ze skutkiem pozytywnym selekcję przeprowadzoną przede wszystkim pod kątem naruszenie interesu publicznego, w mniejszym stopniu zaś interesu prywatnego (indywidualnego)⁵⁷.

⁵⁵ A. Miączyński, *Z dyskusyjnej problematyki rewizji nadzwyczajnej w postępowaniu cywilnym* (w:) *Studia Cywilistyczne* 1967, t. X, s. s. 176; zob. T. Wiśniewski, *Apelacja i kasacja. Nowe środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1996, s. 159 i n.

⁵⁶ Wzgląd ten znajduje wyraziste i pozytywne odbicie w naszym kodeksie postępowania cywilnego. Postępowania odrębne są przedmiotem monografii M. Manowskiej, *Postępowania odrębne w procesie cywilnym*, Warszawa 2003.

⁵⁷ Instytucja przyjęcia lub odmowy przyjęcia kasacji do rozpoznania, wbrew obiegowym opiniom, nie koliduje z treścią art. 176 ust. 1 Konstytucji, skoro Sad Najwyższy kontroluje orzeczenia sądów drugiej, a nie pierwszej instancji. Takie rozwiązanie nie wchodzi jednak w rachubę w postępowaniu sądowno-administracyjnym, gdyż

W związku z możliwością istnienia różnych ograniczeń w zakresie podstaw odwoławczych kolejną kwestią jest pytanie, czy wobec istnienia postępowań odrębnych można dopuścić w odniesieniu tylko do określonych grup spraw cywilnych, na przykład co do spraw nie mających odpowiednio dużego ciężaru z punktu widzenia społeczno-gospodarczego, czy też spraw niezbyt skomplikowanych w płaszczyźnie faktycznej, jak i prawnej, zróżnicowanie sposobów kontroli instancyjnej. Jeżeli zaś nawet tak, to czy nieodzowną konsekwencją wymagań wynikających z art. 78 i 176 ust. 1 Konstytucji jest mimo wszystko konieczność stworzenia przez ustawodawcę takiego ogólnego systemu zaskarżania orzeczeń sądów – a w jego ramach ewentualnie także pewnych odmian na użytek postępowań odrębnych – który w każdym wypadku zapewnić będzie stronom możliwość pełnego zakwestionowania orzeczenia sądowego, a więc bez ograniczeń w postaci wprowadzenia jakichś szczególnych, kwalifikowanych przyczyn odwołania, czy też jednak możliwe i dopuszczalne są w tym zakresie pewne ograniczenia oraz jak daleko idące. Mówiąc inaczej, jakim wymogom musi odpowiadać szczegółowe rozwiązanie normatywne odnośnie do środków odwoławczych, ażeby stanowiło należytą realizację konstytucyjnie zapewnionej zasady dwuinstancyjności, w szczególności, jak powinna kształtować się możliwość merytorycznego działania sądu drugiej instancji i jej powiązanie z kontrolną funkcją tego sądu. Wszystkie te kwestie wzajemnie się spleają i muszą być dostrzegane równocześnie.

Podkreślono wcześniej, że w sądowych postępowaniach cywilnych formy realizacji zasady instancyjności mogą być różne i są kształtowane przez stworzenie określonego systemu zaskarżania (systemu odwoławczego)⁵⁸. W procedurze cywilnej, jak wiadomo, wyodrębnia się dwa pod-

jest to postępowanie sądowe dwuinstancyjne. Intrygującą jest z natomiast sprawa ewentualnego dopuszczenia w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym procesowej możliwości oddalania kasacji oczywiście bezzasadnych na posiedzeniu niejawnym.

⁵⁸ W literaturze niekiedy rozróżnia się środki odwoławcze *sensu largo*, obejmującym wszelkie środki zaskarżenia przewidziane ustawą procesową i środki odwoławcze *sensu stricto*. Te ostatnie, to środki odwoławcze wywołujące postępowanie i orzeczenie sądu wyższej instancji, a zatem charakteryzujące się dewolutywnością. W. Siedlecki, op. cit., s. 22 i n. oraz A. Oklejak, op. cit., s. 15 i n. Co do pojęcia systemu zaskarżania orzeczeń sądowych w postępowaniu cywilnym – w znaczeniu szerszym i węższym – zob. S. Hanausek, *System zaskarżania orzeczeń sądowych w polskim postępowaniu cywilnym*, SC 1967, t. IX, s. 141 i n.; W. Siedlecki (w:) *System prawa procesowego cywilnego. Zaskarżanie orzeczeń sądowych*, t. III, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1986, s. 33 i n.; M. Waliński, *Środki odwoławcze kodeksu postępowania cywilnego w oświetleniu materiałów Komisji Kodyfikacyjnej*, NPC 1933, nr 10, s. 305 i n.

stawowe systemy zaskarżania orzeczeń co do istoty sprawy: apelacyjny i rewizyjny⁵⁹. Jeżeli system apelacyjny jest „wspomagany” instytucją kasacji mówimy wtedy o systemie mieszanym, zwanym systemem apelacyjno-kasacyjnym⁶⁰. Od przyjętego systemu zaskarżania orzeczeń zależy z kolei liczba instancji, których zazwyczaj są dwie lub trzy⁶¹.

Generalizując problem, w razie obowiązywania zasady dwuinstancyjności rola sądu drugiej instancji koncentruje się na kontroli zasadności i legalności zaskarżonego orzeczenia. Czynienie przez ten sąd własnych ustaleń faktycznych stanowi wyjątek od reguły, w konsekwencji przyznanie mu tego uprawnienia nieraz jest obwarowywane określonymi rygorami postępowania. W systemie apelacyjno-kasacyjnym dwie pierwsze instancje mają charakter merytoryczny, trzecia zaś – wyłącznie kontrolny. Trzeba jednak pamiętać, że z praktycznego punktu widzenia specyficznie kształtuje się problem ustalania przez sąd drugiej instancji we własnym zakresie stanu faktycznego będącego podstawą jego wyrokowania, jeżeli – tak jak to ma miejsce w naszym systemie prawa procesowego cywilnego – mamy do czynienia z systemem apelacyjno-kasacyjnym, który nie ma charakteru wyłącznego. Zagadnienie to zostanie bliżej rozważone nieco dalej.

Od 1 lipca 1996 r., a więc na krótko przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r., do naszego porządku prawnego wprowadzono, a ściślej mówiąc reaktywowano, zasadę trójinstancyjności sądowego postępowania cywil-

⁵⁹ Nie można jednak przywiązywać przesadnej wagi do terminologii. Nazewnictwo środków odwoławczych jest bowiem sprawą konwencjonalną. W różnych systemach prawnych identyczne określenia oznaczają niekiedy odmienne instytucje. Do takiego pomieszania nazw i treści środków odwoławczych dojść zresztą może także w ramach jednego systemu prawnego, czego przykładem jest chociażby „apelacja” w polskim k.p.k. Jej treść jest zupełnie inna niż treść apelacji w k.p.c. Poza tym nawet takie same lub podobne co do swej istoty i nazwy instytucje środków odwoławczych różnią się nieraz diametralnie co do szczegółowych rozwiązań proceduralnych.

⁶⁰ Wątku tego nie rozwijam, gdyż poświęcono mu dużo miejsca w literaturze. Odsyłam tu m.in. do następujących monografii: T. Ereciński, *Apelacja i kasacja w procesie cywilnym (według ustawy z 1 marca 1996 r.)*, Warszawa 1996, s. 13 i n. oraz s. 96 i n.; A. Oklejak, op. cit., s. 25 i n.; T. Wiśniewski, op. cit., s. 7 i n.

⁶¹ Z góry odrzucić trzeba fetyszyzowanie określonego systemu instancyjnego (trójinstancyjnego, jak i dwuinstancyjnego). Nie należy jednak zapominać, że im większa liczba instancji (dłuższy tok instancji), tym większa obawa o przewlekłość postępowania sądowego. Chociaż więc, jak to trafnie spostrzeżono w doktrynie w niemieckiej, istota procesu sprowadza się do sytuacji odznaczającej się oczekiwaniem na wyrok, to oczywiście czas oczekiwania nie może być zanadto wydłużony. Por. I. Nowikowski, *O zasadzie szybkości postępowania w polskim procesie karnym (zagadnienia wybrane)* (w:) *Państwo. Prawo. Myśl Prawnicza. Prace dedykowane Profesorowi Grzegorzowi Leopoldowi Seidlerowi w dziewięćdziesiątą rocznicę urodzin*, Lublin 2003, s. 163.

nego. Nie występuje ona w pełnej postaci. W pewnej bowiem grupie spraw cywilnych – wyodrębnionych według kryteriów *ratione materiae* i *ratione valoris* – wniesienie skargi kasacyjnej pod rządami naszego kodeksu postępowania cywilnego jest niedopuszczalne i obowiązuje w nich system wyłącznie apelacyjno-zażaleniowy (zob. art. 392¹ i 519¹ w zw. z art. 367 § 1 i art. 394 § 1 k.p.c.). W tych sprawach konstytucyjna zasada co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego sprawach jest więc realizowana wyłącznie przez instytucje apelacji i zażalenia⁶². Oznacza to, że *de lege lata* tylko w sprawach o największym ciężarze gatunkowym w rachubę wchodzi w hierarchii pionowej dwie instancje odwoławcze (apelacyjna względnie zażaleniowa i kasacyjna), w pozostałych natomiast sprawach istnieje jedna instancja odwoławcza (apelacyjna lub zażaleniowa).

Zróznicowanie zasady instancyjności nie ogranicza się tylko do liczby instancji odwoławczych. W obrębie obowiązywania zasady dwuinstancyjności doszło bowiem także do jej zróznicowania wewnętrznego. Niejednolitość instytucji apelacji jest konsekwencją wprowadzenia do k.p.c. przepisu art. 505⁹. Ten problem zostanie szerzej omówiony później.

Pod rządem k.p.c. unormowania instytucji apelacji i zażalenia ukierunkowane są na wieloaspektową kontrolę prawidłowości orzeczenia sądu pierwszej instancji. W obu wypadkach kontroli dokonuje się z punktu widzenia zasadności i legalności zaskarżonego orzeczenia, z tym że zażalenie prowadzi do rozstrzygnięcia kwestii o charakterze proceduralnym. Rzecz ma się inaczej z kasacją, a więc ze środkiem odwoławczym adresowanym do Sądu Najwyższego. Kasacja bowiem ma na celu wywołanie kontroli odwoławczej wyłącznie – w szeroko jednak rozumianym – obszarze prawnym danej sprawy. Z tego właśnie względu kasację uważa się nieraz, mimo że przysługuje ona od nieprawomocnych orzeczeń sądów drugiej instancji, za nadzwyczajny w istocie środek odwoławczy⁶³.

Znaczenie wymienionych środków odwoławczych przejawia się również i w tym, że zaprezentowane w nich stanowisko skarżącego w decydującym stopniu precyzuje powinność kontrolną sądu odwoławczego, czy

⁶² Trzeba podkreślić, że jeżeli chodzi o funkcje obu tych środków odwoławczych, to są one tożsame. Apelacja i zażalenie, chociaż pod względem konstrukcyjnym się różnią, są poza tym związane ze sobą logicznie, gdyż w interesującym nas zakresie odnoszą się do orzeczeń kończących postępowanie w sprawie.

⁶³ Por. J. Gudowski, *Kasacja w świetle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (z uwzględnieniem aspektów historycznych i prawoporównawczych)*, Przegląd Legislacyjny 1999, nr 4, s. 28 i n.; tegoż, *Kasacja w postępowaniu cywilnym po zmianach dokonanych ustawami z dnia 12 i 24 maja 2000 r.*, PS 2001, nr 2, s. 6 i n.

inaczej, określa scenariusz działania tego sądu. Jednakże zakres kognicji sądu wyższej instancji wyznaczony może być także – poza treścią danego środka odwoławczego – dozwoleń, a nawet wręcz nakazem ustawowym dokonywania w pewnym stopniu kontroli z urzędu⁶⁴. Z drugiej jednak strony wchodzić może w rachubę zakaz rozpoznania sprawy w określonym kierunku (zakaz *reformationis in peius*).

5.

Poza postępowaniem uproszczonym ustawodawca polski potraktował postępowanie apelacyjne w sposób uniwersalny, ponieważ nie zróżnicował ani podstaw zaskarżenia apelacyjnego, ani też możliwości judykacyjnych sądu drugiej instancji w zależności od tego, czy sprawa ma, przynajmniej potencjalnie, charakter kasacyjny, czy też takiego charakteru nie ma. Według obowiązującego stanu prawnego, w ogólnym postępowaniu apelacyjnym nie ma zresztą ustawowo określonych podstaw zaskarżenia wyroku sądu pierwszej instancji. Nie zostały więc wprowadzone jakiegokolwiek ograniczenia swobody stron co do możliwości zgłaszania zarzutów. W ukształtowanym w tym względzie orzecznictwie przyjmuje się jednak, że chociaż w apelacji można powołać się na dowolne zarzuty, to muszą one zostać skonkretyzowane⁶⁵. Z drugiej strony nie bez znaczenia jest dopuszczalność przytaczania dalszych zarzutów już po upływie terminu do złożenia apelacji, z tym zastrzeżeniem, że jednocześnie wchodzi w rachubę wynikające z art. 381 k.p.c. ograniczenia w zakresie uwzględniania w postępowaniu apelacyjnym nowych faktów i dowodów.

Również, przy czym bez żadnych wyjątków, uniwersalne są podstawy zaskarżenia w drodze zażalenia, w tym również kierowanego do Sądu Najwyższego.

W 2000 r. kodeks postępowania cywilnego znowelizowano w ten sposób, że wprowadzono do niego – w celu uzyskania większej efektywności i sprawności postępowania sądowego w sprawach o małym ciężarze gatunkowym

⁶⁴ Kontrola sądów odwoławczych dokonywana z urzędu jest obecnie ograniczona przede wszystkim do wypadków nieważności postępowania; zob. art. 378 § 1 i art. 393¹¹ § 1 k.p.c. Zob. jednak także art. 378 § 2 k.p.c.

⁶⁵ Zob. T. Ereciński, op. cit., s. 30 oraz tegoż *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2001, część pierwsza, t. I, s. 678; T. Wiśniewski, op. cit., s. 18 i n.; por. J. Jankowski, *Postępowanie uproszczone*, Mon. Pr. 2000, nr 10, s. 622; S. Cieślak, *Zasada formalizmu przy wnoszeniu środków odwoławczych*, PS 2001, nr 4, s. 45; J. Jaśkiewicz, *Apelacja w postępowaniu uproszczonym*, PS 2003, nr 10, s. 73 i n.

i niezawilych – przepisy o odrębnym postępowaniu uproszczonym. Wśród tych przepisów znalazły się przepisy dotyczące postępowania apelacyjnego, odbiegające od unormowania ogólnego. Uproszczenia dotyczą m. in. sposobu i formy wywiedzenia apelacji, zakresu i przebiegu kontrolnego postępowania przed sądem drugiej instancji oraz sposobu orzekania przez ten sąd⁶⁶.

Nowością było też szczegółowe określenie podstaw apelacji. Ustawodawca bowiem, zachowując apelacyjny charakter instytucji odwołania do sądu drugiej instancji, na użytek postępowania uproszczonego przyjął koncepcję enumeratywnego wskazania podstaw zaskarżenia. W art. 505⁹ § 1 k.p.c. zawarł trzy takie podstawy. Według tego przepisu, w postępowaniu uproszczonym apelację można oprzeć wyłącznie na trzech zarzutach:

1. nieważności postępowania,
2. rażącego naruszenia prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie,
3. rażącego naruszenia istotnych przepisów postępowania, jeżeli uchybienia te mogły mieć wpływ na wynik sprawy.

Powstaje pytanie, jak ocenić to rozwiązanie legislacyjne z punktu widzenia jego zgodności z konstytucyjną zasadą co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego⁶⁷. Wydawałoby się, że można byłoby tu ograniczyć się do powołania wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 stycznia 2004 r., SK 10/03⁶⁸, w którym stwierdzono, że art. 505⁹ § 1 k.p.c. jest niezgodny z art. 2 i art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji. Lektura uzasadnienia tego wyroku skłania jednakowoż do ustosunkowania się do niektórych argumentów Trybunału Konstytucyjnego, zwłaszcza, że także końcowej oceny nie można podzielić bez zastrzeżeń. Nie bez znaczenia jest i to, że ustawodawca nie może przejść do porządku dziennego nad treścią przytoczonego wyroku i zmuszony jest do jego respektowania. Nie później zresztą niż do 14 lipca 2005 r. należy oczekiwać wejścia w życie nowelizacji

⁶⁶ Zob. T. Wiśniewski, *Wybrane problemy procesowe po majowej nowelizacji przepisów o postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym w sprawach cywilnych*, RPr. 2000, nr 6, s. 25 i n.; M. Manowska, *Postępowanie uproszczone*, Prawo Spółek 2000, nr 9, s. 29 i n.

⁶⁷ Podobne wątpliwości istnieją na gruncie niemieckiego postępowania procesowego w związku z odrębnym postępowaniem w sprawach o niskiej wartości przedmiotu sporu (*Bagatellverfahren*). Dlatego też i niemiecki ustawodawca spotkał się z zarzutem, że ograniczenie zaskarżalności w tych sprawach koliduje z art. 103 ust. 1 Konstytucji RFN. Zagadnienie to przedstawia A. Paterek (A. von Sperling), *Bagatellverfahren – niemiecki model postępowania uproszczonego*, PS 2004, nr 2, s. 130–143.

⁶⁸ OTK ZU 2004, nr 1 A, poz. 2.

omawianego artykułu⁶⁹. Skoro więc zaktualizował się problem nowej redakcji zakwestionowanego przepisu, to pożądane jest bliższe przedstawienie zagadnienia.

Wypowiadając się w omawianej kwestii, Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wskazanego wyroku podkreślił, że w zestawieniu z ogólnymi zasadami rządzącymi apelacją w procesie cywilnym dopuszczalność apelacji w postępowaniu uproszczonym została znacznie ograniczona. Przyznał jednak, że apelacja w tym postępowaniu, jak i przebieg postępowania przed sądem pierwszej instancji, mogą różnić się od kodeksowej regulacji tych zagadnień w jej podstawowym przyjętym kształcie, gdyż jest to niezbędne dla realizacji celów postępowania uproszczonego. Zróżnicowanie kształtu apelacji poza tym nie narusza samo przez się konstytucyjnej zasady równości. Co się natomiast tyczy samej formuły podstaw wskazanych w art. 505⁹ § 1 k.p.c., Trybunał Konstytucyjny uznał, że budzą one – poza nieważnością postępowania – zasadnicze wątpliwości. Krytycznie ocenił zwłaszcza wymaganie „rażącego” naruszenia prawa zarówno materialnego, jak i procesowego, ponieważ, zdaniem Trybunału, tego rodzaju rozwiązanie legislacyjne nie pozwala skorygować wyroku, mimo stwierdzonego naruszenia. Krytycznie też ocenił wprowadzenie do drugiej z kontrowersyjnych podstaw apelacji dodatkowego wymagania, ażeby naruszenie przepisów postępowania dotyczyło przepisów „istotnych”, albowiem trudno wskazać kryterium, które powinno doprowadzić sąd do rozróżnienia przepisów istotnych i nieistotnych. Posłużenie się przez ustawodawcę niejasnymi i nieostrymi kryteriami oraz wprowadzenie nieznanego prawu procesowemu hierarchizacji istotności przepisów może być źródłem znacznej rozbieżności decyzji sądowych co do wystąpienia podstaw apelacji, dlatego też taki stan prawny jest nie tylko źródłem niepewności co do losów apelacji, ale też powoduje daleko idącą nieprzewidywalność stanowiska sądów apelacyjnych w kwestii przyjmowania apelacji do rozpoznania⁷⁰. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, nie jest tu obojętny także konstytucyjny standard postępowania odwoławczego. Nie ogranicza się on do samego tylko dostępu do instancji odwoławczej (w omawianym wypadku – apelacyjnej), ponieważ należy uwzględnić również

⁶⁹ Trybunał Konstytucyjny, działając na podstawie art. 191 ust. 3 Konstytucji, zastosował najdłuższy, dopuszczalny termin utraty mocy obowiązującej przepisu i w odniesieniu do art. 505⁹ § 1 k.p.c. określił go na osiemnaście miesięcy od ogłoszenia wyroku, tj. 13 lipca 2005 r.

⁷⁰ Zapatrywanie to nie jest zbyt jasne, gdyż w procedurze cywilnej nie występuje instytucja przyjęcia bądź odmowy przyjęcia apelacji do rozpoznania.

czynnik w postaci realności tego dostępu oraz realności i obiektywności kontroli orzeczeń wydanych w pierwszej instancji. Środek zaskarżenia powinien być zatem skuteczny w tym sensie, że musi umożliwiać ponowne, merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy w postępowaniu odwoławczym. Osiągnięcie tego celu postępowania nie jest zaś możliwe, jeżeli kontrola ograniczy się do prawidłowości zastosowania przepisów przez sąd pierwszej instancji.

Z pozostałego szeroko rozbudowanego wywodu Trybunału Konstytucyjnego warto jeszcze zwrócić uwagę na argument, że wymagania wskazane w art. 505⁹ § 1 k.p.c. rzekomo uniemożliwiają samodzielne działanie strony niebędącej prawnikiem, co w praktyce oznacza wprowadzenie przymusu adwokackiego w odniesieniu do apelacji w postępowaniu uproszczonym⁷¹.

W związku z kwestią podstaw apelacji w postępowaniu uproszczonym nasuwają się w kontekście powyższego wyroku Trybunału Konstytucyjnego następujące spostrzeżenia.

Z przedstawionego skrótoowo uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 stycznia 2004 r. wynika, że Trybunał ten nie zanegował potrzeby wydatnego uproszczenia procedury cywilnej w określonej kategorii spraw cywilnych, a w konsekwencji także konieczności wprowadzenia odrębnej regulacji postępowania apelacyjnego. W realiach współczesnego świata trudno zresztą negować samą potrzebę istnienia procedur

⁷¹ Ciekawostką jest natomiast to, że rozpatrując problem konstytucyjności art. 505⁹ § 1 k.p.c., Trybunał Konstytucyjny nie uwzględnił, iż ustawodawca w postępowaniu uproszczonym przyjął system dwuinstancyjny. Wynika to z art. 393² § 2 pkt 3 k.p.c., zgodnie z którym, kasacja nie przysługuje w sprawach rozpoznanych w postępowaniu uproszczonym. Nie ulega zaś wątpliwości, że ten aspekt zagadnienia również wzmacniałby linię rozumowania przyjętą w omawianym wyroku. Dziwi natomiast sam argument, że kodeksowa formuła podstaw apelacji w postępowaniu uproszczonym wymusza poniekąd uczestnictwo w nim zawodowych pełnomocników. Kuchennymi drzwiami byłby więc wprowadzony w tym postępowaniu przymus adwokacki. Nie można z takim stanowiskiem się zgodzić, bo to rzeczą sądów drugiej instancji jest ocena apelacji przez pryzmat art. 505⁹ § 1 k.p.c. Określenie w tym artykule szczególnych podstaw zaskarżenia wyroku sądu pierwszej instancji jest natomiast bez większego znaczenia z punktu widzenia samej czynności sporządzenia apelacji przez skarżącego. W odniesieniu bowiem do omawianej apelacji nie jest konieczne zachowanie jakichś szczególnych wymagań konstrukcyjnych. Każde więc złożenie apelacji, jeżeli tylko następuje w ustawowym terminie i odpowiada ogólnym wymogom formalnym, powinno prowadzić przy prawidłowej wykładni powyższego przepisu do uruchomienia postępowania przed sądem wyższej instancji celem ewentualnego zweryfikowania zaskarżonego wyroku z punktu widzenia skonkretyzowanych w apelacji szczególnych podstaw zaskarżenia.

zapewniających sprawne i zarazem prawidłowe rozpoznanie oraz rozstrzygnięcie sprawy sądowej. Oczywiście formuła musi być poprawna konstytucyjnie, merytorycznie i językowo.

Poza dyskusją, jak się wydaje, pozostaje pogląd, że ze względu na specyfikę i cel postępowania uproszczonego kontrola ze strony sądu drugiej instancji powinna zostać ograniczona do naruszeń o największym ciężarze gatunkowym, a przynajmniej naruszeń kwalifikowanych określonym znamieniem. Rację bytu ma więc przepis, który dla apelacji składanej w postępowaniu uproszczonym będzie stwarzał wymagania odbiegające od wymagań ogólnych przewidzianych dla „dużej” apelacji. Istnienie szczegółowych podstaw zaskarżenia nie oznacza wszak, że mamy wówczas do czynienia z okrojona zasadą instancyjności.

Wskazanie podstaw apelacji, aczkolwiek sprzeczne z ogólną zasadą zaskarżania apelacyjnego ustanowioną w naszym kodeksie, ma znaczenie dla pracy sądów pierwszej instancji, które w toku postępowania i przy rozstrzygnięciu muszą mieć na względzie treść art. 505⁹ § 1 k.p.c., ażeby uniknąć wadliwości, uzasadniających ewentualne zaskarżenie ich wyroków⁷². Wymienienie podstaw apelacji umożliwi także skarżącemu zorientowanie się, czy występuje w ogóle celowość zaskarżenia wyroku. Tym samym, pomijając wypadki celowego nadużycia procesowego, przeciwdziała to wnoszeniu apelacji nieuzasadnionych. Równocześnie sprzyja przeprowadzeniu przez sąd apelacyjny właściwej kontroli, ponieważ daje mu wyraźne punkty oparcia i pozwala skoncentrować się na istotnych kwestiach.

Przyznać trzeba, że niektóre sformułowania zawarte w art. 505⁹ k.p.c. rzeczywiście budzą pewne zastrzeżenia natury merytorycznej i redakcyjnej⁷³. Na gruncie art. 505⁹ § 1 pkt 2 k.p.c. rodzi się w szczególności trudność interpretacyjna w związku z pojęciem „rażące naruszenie prawa materialnego”. Jest to pojęcie nieostre i siłą rzeczy stwarzające możliwość różnej wykładni. W każdym jednak razie trzeba mieć na względzie kwalifikowane naruszenie prawa materialnego. Oznacza to, że zwykle *errores iuris* nie mogą stanowić podstawy apelacji. Sam wyraz „rażące” użyty w omawianym kontekście normatywnym jest jednak zrozumiały. Rażące to przecież

⁷² Por. uwagi W. Siedleckiego poczynione w związku z określeniem w kodeksie postępowania cywilnego – przed jego zasadniczym znowelizowaniem w 1996 r. – podstaw rewizji; Zob. W. Siedlecki (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1975, s. 580.

⁷³ Zob. T. Wiśniewski, op. cit., s. 26 i n. Por. M. Manowska, *Postępowania odrębne w procesie cywilnym*, Warszawa 2003, s. 233 i n.

oczywiste, bezsporne, jednocześnie też jaskrawe, nadmierne i drastyczne. Pojawia się natomiast wątpliwość, czy kwalifikacja ma odnosić się do naruszonego przepisu prawa materialnego, czy też do skutków jego naruszenia. W tym ostatnim wypadku z naruszeniem prawa materialnego trzeba byłoby wiązać ocenę, czy zaskarżony wyrok w ostatecznym wyniku odpowiada, czy też nie odpowiada temu prawu. I takie właśnie powinno być odczytanie myśli zawartej w art. 505⁹ § 1 pkt 2 k.p.c. Oznacza to, że przy ustalaniu, czy mamy do czynienia z naruszeniem prawa materialnego w rozumieniu tego artykułu należałoby brać pod uwagę skutki tego naruszenia. Z tego względu lepsza byłaby formuła, z której wyraźnie wynikałoby, że apelację można oprzeć na zarzucie, iż „zaskarżony wyrok rażąco narusza prawo materialne”.

Podzielić też należy pogląd co do niejasności ujęcia redakcyjnego art. 505⁹ § 2 pkt 3 k.p.c., w którym mowa o zarzucie „rażącego naruszenia istotnych przepisów postępowania, jeżeli uchybienia te mogły mieć wpływ na wynik sprawy”. Potrójna kwalifikacja (rażące, istotne, możliwość wpływu) nie wydaje się celowa. Zwłaszcza rezygnacja ze wzmianki o „istotności” naruszonych przepisów nie przyniosłaby uszczerbku w przyjętej konstrukcji zarzutu, a przyczyniłaby się do większej jednoznaczności przepisu. Zauważyć należy, że naruszenie „nieistotnego” przepisu o postępowaniu cywilnym w ogóle nie może wiązać się z możliwością wpływu takiego uchybienia na wynik sprawy. W innym wypadku bowiem należałoby automatycznie uznać go za przepis „istotny” w rozumieniu art. 505⁹ § 2 pkt 3 k.p.c.

Ułomności redakcyjne art. 505⁹ § 1 k.p.c. są zatem faktem. Podniesione przez Trybunał Konstytucyjny uwagi krytyczne są jednak za daleko idące, a konkluzja co do niezgodności tego przepisu z Konstytucją może być przedmiotem sporu. W rozważaniach o podstawach zaskarżenia, w tym podstawach apelacji, sama formuła ustawy, aczkolwiek zasadnicza, nie jest bowiem kwestią jedyną i decydującą. Bardzo ważna jest także sprawa sposobu rozumienia przez sądy danej regulacji prawnoprocesowej. Rozstrzygająca powinna być zawsze praktyka sądowa, która, jak to wynika z mojej obserwacji, jest właściwa. Sporadycznie występujące wypaczenia nie mogą unicestwiać zdrowej i pożądanej instytucji proceduralnej. Trudno poza tym uznać, że omawiana regulacja jest dotknięta wadliwością, która wymagała usunięcia jej z obowiązującego porządku prawnego, skoro poza kontrolą instancyjną nie pozostawiono żadnej grupy spraw. Omawiane rozwiązanie zapewnia też, w moim przekonaniu, należyłą i pełnowartościową kontrolę apelacyjną, gdyż strona skarżąca nie powinna doznać istotnego uszczuplenia swoich praw, ponieważ w drugiej instancji rozważeniu mogą

podlegać, jeżeli zostaną zgłoszone w apelacji, wszystkie istotne wadliwości sądu pierwszej instancji, które mogły negatywnie – z punktu widzenia jej interesu – rzutować na wynik sprawy. Apelowanie w granicach określonych w art. 505⁹ § 1 k.p.c. stwarza więc skarżącemu dostateczną i wystarczającą gwarancję skorygowania zaskarżonego wyroku, jeżeli tylko nie ma on odpowiedniego oparcia w materiale procesowym sprawy, jak też nie ma podstawy w prawie materialnym. Natomiast do oddalenia apelacji dojdzie, gdy mimo formalnej trafności powołania się na określoną podstawę zaskarżenia wyroku okaże się, że rozstrzygnięcie w ostatecznym wyniku odpowiada prawu. W takim bowiem wypadku nie ma podstawy do uchylenia lub zmiany wyroku sądu pierwszej instancji. Wchodzą tu w grę dwie sytuacje⁷⁴. Pierwsza ma miejsce, gdy sąd pierwszej instancji błędnie umotywował trafne w rzeczywistości rozstrzygnięcie sprawy. Wówczas sąd drugiej instancji ogranicza się do przytoczenia prawidłowej jego podstawy prawnej. W drugiej sytuacji, raczej rzadszej, sąd drugiej instancji stwarza jedynie własną, prawidłową, przy czym odmienną od sądu drugiej instancji, podstawę faktyczną rozstrzygnięcia.

Wypływa z tego wniosek, że jeżeli nie dojdzie do błędnego orzeczenia sądu drugiej instancji, czego nigdy nie można przecież wykluczyć – bez znaczenia przy tym pozostają tak treść przepisów procesowych, rodzaj sprawy, jak i szczebel sądu odwoławczego – to wyrok urągający prawu nie ostanie się. Innymi słowy, jeżeli obraza prawa materialnego i procesowego wywarła w ostatecznym wyniku niekorzystny wpływ na wyrokowanie, to wydany w postępowaniu uproszczonym wyrok można skutecznie zaskarżyć przy wykorzystaniu podstaw apelacji przewidzianych w art. 505⁹ § 1 k.p.c., według jego obecnej wersji redakcyjnej.

Wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny pogląd stwarza obawę i niebezpieczeństwo, że jakiegokolwiek legislacyjne rozwiązanie przewidujące w k.p.c. dwutorowość w zakresie podstaw zaskarżenia apelacyjnego z góry skazane będą na niepowodzenie z punktu widzenia przyszłej wypowiedzi tego Trybunału. Trudno w ogóle powiedzieć, jak powinno wyglądać ujęcie zmienionej wersji art. 505⁹ § 1 k.p.c., które będzie do zaakceptowania przez jego składy sędziowskie. Problem jest bezsprzecznie skomplikowany. Stosownie do stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, należy postulować,

⁷⁴ Por. W. Siedlecki (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, 1975, t. 1, s. 692.

ażeby nowa regulacja mimo wszystko była precyzyjniejsza i nie nasuwała żadnych zastrzeżeń co do konstrukcji instytucji apelacji uproszczonej⁷⁵.

6.

W naszym porządku procesowym cywilnym swoiście przedstawia się zespół urządzeń kontroli instancyjnej dokonywanej przez Sąd Najwyższy. Sąd ten w ramach sądownictwa ma rolę szczególną⁷⁶. W jej rezultacie w znacznym zakresie przedmiotowym zwolniony jest od rozpoznawania zwykłych środków odwoławczych. Wiąże się to z pozostawianiem Sądu Najwyższego poza strukturą sądów powszechnych⁷⁷. Z Konstytucji z 1997 r. wynika, że Sąd Najwyższy jest organem wymiaru sprawiedliwości w sprawach, które należą do jego właściwości. W szczególności jednak jest powołany do sprawowania nadzoru judykacyjnego nad działalnością sądów powszechnych i sądów wojskowych w zakresie orzekania (art. art. 175 i 183). Ma poza tym inne zadania określone w Konstytucji i w ustawach. Zakres działania Sądu Najwyższego został szczegółowo unormowany w ustawie

⁷⁵ W rządowym projekcie nowelizacji k.p.c., który znajduje się w finalnym etapie procesu legislacyjnego, przewidziano zmianę formuły art. 505⁹ k.p.c w rozważanym zakresie na następującą.

Apelację można oprzeć na zarzutach:

- 1) naruszenia prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie,
- 2) naruszenia przepisów postępowania, jeżeli uchybienia te mogły mieć wpływ na wynik sprawy.

⁷⁶ Na ten temat szerzej J. Gudowski, *Kasacja w świetle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (z uwzględnieniem aspektów historycznych i prawnooporównawczych)*, Przegląd Legislacyjny 1999, nr 4, s. 28 i n.; zob. też T. Wiśniewski, op. cit., s. 31 i n.

⁷⁷ Podkreślić trzeba, że obecnie toczy się proces legislacyjny ukierunkowany na taką nowelizację k.p.c., w której wyniku Sąd Najwyższy będzie dokonywał kontroli legalności orzeczeń sądów drugiej poza tokiem instancji. Kontrola prawomocnych orzeczeń wydanych przez te sądy, wyjątkowo także przez sąd pierwszej instancji, ma być przeprowadzana dwutorowo, bo w ramach projektowanej zmiany oprócz instytucji skargi kasacyjnej przewiduje się instytucję skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia. Podkreślić trzeba, że według proponowanej noweli ogromna większość przepisów dotyczących dotychczasowego postępowania kasacyjnego zostanie zachowana, również w zakresie instytucji przedsądu. Oczywiście kontrowersje w odniesieniu do nadmienionej instytucji w przyszłości nie znikną, z pewnością jednak pozbawione będą szeregu mniej lub bardziej poważnych argumentów przemawiających przeciwko niej. Możliwość wzruszenia orzeczeń sądów drugiej instancji wyposażeń w cechę prawomocności oznaczałaby z pewnością sytuację, która w większym stopniu niż obecnie odpowiadałaby prawnoustrojowej pozycji Sądu Najwyższego.

z dnia 23 listopada 2002 r.⁷⁸ W myśl art. 1 tej ustawy, Sąd Najwyższy jest organem władzy sądowniczej, powołanym m.in. do sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez zapewnienie w ramach nadzoru zgodności z prawem oraz jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych i wojskowych przez rozpoznawanie kasacji oraz innych środków odwoławczych, a także do podejmowania uchwał rozstrzygających zagadnienia prawne. W praktyce do Sądu Najwyższego należy przede wszystkim rozpoznawanie kasacji w ustawowo określonej grupie spraw. W wąskim zakresie jest także sądem zażaleniowym.

Z omawianego punktu widzenia warto zaakcentować fakt, że z dniem 1 lipca 2000 r. do postępowania przed Sądem Najwyższym wprowadzono instytucję odmowy przyjęcia kasacji do rozpoznania, a więc mechanizm eliminowania kasacji pozbawionych odpowiedniej wagi jurydycznej oraz o niskiej jakości merytorycznej.

Jest instancją najwyższą, jeżeli chodzi o wykładnię prawa. W drodze kasacji – względnie orzecznictwa uchwałodawczego (art. 390 k.p.c.) – może dokonywać zasadniczej wykładni prawa we wszystkich sprawach cywilnych objętych drogą sądową.

Kontrola orzeczeń w drodze zaskarżenia skargą kasacyjną nie jest kontrolą odwoławczą pełną, a to wobec przyjęcia przez ustawodawcę bardzo ścisłych podstaw zaskarżenia. Ogranicza się do skontrolowania legalności orzeczenia sądowego i pomija aspekt jego zasadności. Dyskusja w tym przedmiocie nie jest już dziś aktualna i otwarta. Sprawa została wszechstronnie wyjaśniona w literaturze i orzecznictwie⁷⁹. Jest jasne, że instytucja kasacji ma na celu przede wszystkim ustalenie prawidłowej wykładni przepisów prawa i jednolitego orzecznictwa sądowego. Spełnianie tego celu jest nieodzowne ze względu na niedoskonałość korektury wadliwych orzeczeń sądowych w drodze apelacji. Sąd Najwyższy pod rządem kodeksu postępowania cywilnego nie jest zatem zwykłą – trzecią – instancją sądową, przed którą dochodzi do kolejnego rozpoznania sprawy. Na szczególną uwagę zasługuje to, że w postępowaniu kasacyjnym przeważa czynnik interesu publicznego. Sąd Najwyższy chroni ten interes przez to, że zapewnia właściwą oraz jednolitą wykładnię prawa i praktyki sądowej. Jest tu także istotne, że wykorzystując doświadczenie związane z rozpoznawaniem kasacji, wnosi wkład w rozwój prawa i jurysprudencji. Dobitnie jednak

⁷⁸ Dz.U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.

⁷⁹ Inną kwestią jest, że nadal zdarzają się pełnomocnicy skarżących, którzy kasację pojmują jako środek zaskarżenia o cechach typowej rewizji.

należy podkreślić dwoistość tego zagadnienia. W postępowaniu kasacyjnym bowiem obok interesu ogólnego ochronie podlegają także słuszne interesy prywatne.

W instytucji kasacji widzieć więc należy instrument, przy pomocy którego Sąd Najwyższy wykonuje swój konstytucyjny nadzór nad orzecznictwem wszystkich sądów (art. 183 Konstytucji). Dlatego też orzecznictwa tego Sądu w zakresie pojmowania tej instytucji nie można traktować jako wyniku jakiegoś wymysłu teoretycznego i abstrakcyjnego. Chodzi tu bowiem jedynie o usankcjonowanie konkretnego i wyraźnego stanu normatywnego.

Powstaje problem, czy uprawnienie do zaskarżenia orzeczenia do Sądu Najwyższego łączy się z „prawem do sądu”. Zdania są tu rozbieżne, aczkolwiek spojrzenie większości procesualistów cywilnych jest znamienne. Wyraźnie bowiem podkreślają, że na sposób regulowania kontroli odwoławczej nie rzutuje potrzeba zachowania wymogu „prawa do sądu” (art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji). Nie ma takiej konieczności, gdyż obowiązek funkcjonowania co najmniej dwuinstancyjnego sądownictwa, wbrew pozorom, w ogóle nie jest przejawem realizacji prawa do sądu⁸⁰. Przypomnijmy, że na realizację tego prawa – rozumianego w jego szerokim znaczeniu – składają się: prawo dostępu do sądu (do drogi sądowej), prawo do odpowiednio ukształtowanej (sprawiedliwej) procedury i prawo do wyroku (orzeczenia)⁸¹. Z punktu widzenia samego konstytucyjnego prawa do sądu wystarczającą byłaby konstrukcja postępowania sądowego jednoinstancyjnego.

Również europejskie standardy prawne w omawianym względzie, jak już wcześniej wzmiankowano, nie stały na przeszkodzie w ewentualnym zrezygnowaniu przez ustawodawcę konstytucyjnego z wymogu tworzenia sądownictwa przynajmniej dwuinstancyjnego. Co się tyczy tych standar-

⁸⁰ Znamienny jest tu błąd A. Wróbla, który rozważając problem skutków wprowadzenia, wzorem skargi kasacyjnej rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy, do postępowania sądownoadministracyjnego skargi kasacyjnej jako środka orzeczeń sądu administracyjnego pierwszej instancji, dochodzi do wniosku, że ogranicza to istotnie zarówno samą zasadę dwuinstancyjności postępowania sądownoadministracyjnego, jak i prawo dostępu do sądu. A. Wróbel, *Kilka uwag o konstytucyjnej koncepcji Naczelnego Sądu Administracyjnego* (w: *Polski model sądownictwa administracyjnego*, pod red. J. Stelmasiaka, J. Niczyporuka, S. Fundowicza, Lublin 2003, s. 358.

⁸¹ Por. Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (ogólna charakterystyka)*, PiP 1997, nr 11–12, s. 86–105 i J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Zakamycze 2000, s. 366 i n.

dów, to określa je nie tylko wcześniej wzmiankowana treść art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (zob. przypis 30) i kierunek interpretacji tego przepisu, wynikający z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, lecz także zalecenie Nr R (95)5 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w przedmiocie wprowadzenia systemów odwoławczych w sprawach cywilnych handlowych, przyjęte przez Komitet Ministrów z dnia 7 lutego 1995 r. na posiedzeniu Zastępców Ministrów. Najistotniejsze problemy dotyczące tego zalecenia zostały ostatnio uwypuklone przez M. Michalską i K. Piaseckiego⁸². W tej sytuacji w ramach niniejszych uwag nie ma potrzeby przedstawiania jego pełnego obrazu. W każdym razie zgodnie z powyższym zaleceniem, istnienie sądu kasacyjnego jako sądu trzeciej instancji nie jest obligatoryjne. Jeżeli zaś dane państwo decyduje się na wprowadzenie do swego systemu prawnego sądu trzeciej instancji, to – w myśl tego zalecenia – w regulacji należy uwzględnić m.in. okoliczność, że sprawy były już rozpoznane przez sądy dwóch instancji. To założenie nie powinno pozostawać bez wpływu na określenie przez ustawodawcę krajowego kręgu spraw, w których dopuszcza się zaskarżenie od orzeczenia sądu drugiej instancji. Chodziłoby przede wszystkim o sprawy, w których stanowisko sądu trzeciej instancji może prowadzić do rozwoju prawa lub sprzyjać ujednoczeniu jego wykładni. W grę wchodzić mogą także sprawy, których ostateczne rozstrzygnięcie ze względu na powstałe zagadnienie prawne ma walor ogólnospołeczny. Warto też zauważyć, że zgodnie z omawianym zaleceniem, można też wymagać od skarżącego dopełnienia obowiązku uzasadnienia, dlaczego orzeczenie sądu trzeciej instancji spełni któryś ze szczególnych celów⁸³.

Przytoczone sformułowania wskazują, że dotychczasowy, zmieniający się wprawdzie, kształt polskiej kasacji w sprawach cywilnych odpowiada w pełni przedstawionej koncepcji modelu⁸⁴.

Konkludując, prawo do wniesienia kasacji nie stanowi koniecznego elementu prawa do sądu, inaczej zaś mówiąc prawa do sądu nie należy identyfikować z prawem do Sądu Najwyższego. Wszelkie ograniczenia w zakresie dopuszczalności zaskarżenia danego orzeczenia w drodze kasacji oraz przyjęcia kasacji do rozpoznania, pozostają w zgodzie zarówno

⁸² M. Michalska, *Rozstrzygnięcia sądu kasacyjnego w procesie cywilnym*, Zakamycze 2004, s. 98 i n.; K. Piasecki, op. cit., s. 56 i n. Zob. też J. Gudowski, *Kasacja w świetle projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (z uwzględnieniem aspektów historycznych i prawno-porównawczych)*, Przegląd Legislacyjny 1999, nr 4, s. 28 i n.

⁸³ Szerzej co do wszystkich tych kwestii J. Gudowski, *Kasacja...*, s. 14 i n.

⁸⁴ Podobnie uważa K. Piasecki, op. cit., s. 57.

z normami konstytucyjnymi, jak i z obowiązującymi standardami europejskim⁸⁵.

7.

Z wcześniejszych wywodów wynika, że instancyjność oznacza swoisty podział postępowania między sądy niższego i wyższego szczebla. Polega on zaś na tym, że sąd pierwszej instancji ma kompetencję do rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy cywilnej, natomiast sąd wyższego szczebla ma kompetencję do skontrolowania prawidłowości przeprowadzonego na niższym szczeblu postępowania i wydanego w jego wyniku orzeczenia, a nieraz także i do przeprowadzenia własnego postępowania dowodowego. W zależności od systemu zaskarżania sąd drugiej instancji ma większe (apelacja) lub mniejsze (rewizja) uprawnienia do czynienia ustaleń faktycznych i zastępowania własnym orzeczeniem orzeczenia sądu pierwszej instancji. Najdalej nawet posunięta możliwość orzekania reformatoryjnego i dokonywania własnych ustaleń nie pozbawia jednak sądu drugiej instancji cechy sądu kontrolnego. W postępowaniu apelacyjnym działania kontrolne sądu muszą więc koegzystować z procesem dokonywania własnych ustaleń faktycznych. Oba pola działania (obie role) zachodzą zresztą na siebie, tworząc spójną całość instytucjonalną.

Mimo wszystko patrząc przez pryzmat art. 176 ust. 1 Konstytucji na problem odpowiedniej wykładni art. 382 k.p.c., zwłaszcza w sprawach niekasacyjnych, przyjąć trzeba, że ma on niebagatelną wagę zarówno w aspekcie teoretycznym, jak i praktycznym. Przypomnijmy, że art. 382 k.p.c. stwarza uprawnienie sądu drugiej instancji do dokonywania własnych ustaleń na podstawie materiału zebranego w postępowaniu pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym.

Rozpatrując problem możliwości merytorycznego działania sądu drugiej instancji w powiązaniu z kontrolną funkcją tego sądu, należy przyznać, że z punktu widzenia zachowania gwarancyjnej funkcji zasady co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego możliwość orzekania przez ten sąd co do meritum sprawy na podstawie własnych ustaleń faktycznych,

⁸⁵ Tak samo Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały połączonych Izb Cywilnej i Administracyjnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 17 grudnia 2002 r., III CZP 72/02, OSNC 2002, nr 7–8, poz. 92, a także Trybunał Konstytucyjny np. w wyroku z dnia 10 lipca 2000 r., SK 12/99, OTK ZU 2000, nr 5, s. 819 i w postanowieniach z dnia 15 grudnia 1999 r., Ts 111/99, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 23 i z dnia 5 listopada 2001 r., Ts 95/01, OTK ZU 2002, nr 1, poz. 74.

z tym że sprzecznych z ustaleniami sądu pierwszej instancji przedstawia się jako sprawa zasadnicza. Z tego powodu do przepisów, które mogą niekiedy – w wyniku nieprawidłowej wykładni – prowadzić do przekreślenia zasady przynajmniej dwóch instancji należy właśnie art. 382 kpc.

Jak wiadomo, na gruncie art. 382 k.p.c. Sąd Najwyższy – w związku z niejednolitością swego orzecznictwa – w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, mającej moc zasady prawnej, ostatecznie uznał możliwość zmiany przez sąd drugiej instancji ustaleń faktycznych stanowiących podstawę wydania wyroku sądu pierwszej instancji bez przeprowadzenia postępowania dowodowego uzasadniającego odmienne ustalenia⁸⁶. Sąd Najwyższy zastrzegł jednak, że możliwość ta nie wchodzi w grę, jeżeli szczególne okoliczności wymagają ponowienia lub uzupełnienia tego postępowania.

Uchwałą ta spotkała się z różną oceną. Zwolennicy pełnej instancyjności przyjęli taką wykładnię chłodno, a nawet z dezaprobatą, inni, a zatem zwolennicy przestrzegania dyscypliny i ekonomii procesowej, są z treści uchwały zadowoleni.

Nie ulega wątpliwości, że powyższa uchwała Sądu Najwyższego odgrywa w praktyce olbrzymią rolę. Powstaje jednak pytanie, czy optymistyczna wiara Sądu Najwyższego co do pojmowania przez sądy apelacyjne swej roli w zakresie udzielania ochrony prawnej nie była jednak trochę przesadna. Oczywiście bez szczegółowych badań empirycznych trudno o w pełni miarodajną odpowiedź, jednakowoż moje spojrzenie jako czynnego sędziego Sądu Najwyższego na ten interesujący i skomplikowany problem pozwala na stwierdzenie, że niepokojąco nasila się zjawisko „papierowego sądenia” przez sądy apelacyjne. Zwiększający się trend w tym względzie należy ocenić bardzo krytycznie, ponieważ można go rozumieć tylko w ten sposób, że sądy drugiej instancji rozpoznając apelacje, mechanicznie i schematycznie traktują stanowisko Sądu Najwyższego zajęte w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 23 marca 1999 r. Z uchwały tej co prawda nie wynika, że uprawnienie sądów drugiej instancji do zmiany, nawet całkowitej, ustaleń faktycznych bez przeprowadzenia postępowania dowodowego uważać trzeba za odstępstwo od zasady, ale też nie można niemal zawsze przechodzić do porządku dziennego nad skonstruowanym przez Sąd Najwyższy wyjątkiem. W myśl poczynionego w uchwale zastrzeżenia, powyższe uprawnienie jest przecież wykluczone w razie wystąpienia szczególnych okoliczności wymagających ponowienia lub uzupełnienia

⁸⁶ OSNC 1999, nr 7–8, poz. 124.

postępowania dowodowego. Taka praktyka może unicestwić trafny i dobrze pomyślany przepis, a zatem unicestwić także cel tego przepisu. Na funkcjonowanie bowiem systemu instancyjnego (dwu – trój) wywiera istotny wpływ nie tylko sam charakter drugiej instancji, lecz również realny sposób rozstrzygania spraw przez sądy drugiej instancji⁸⁷. Podkreślić trzeba, że nie można tu oczywiście oczekiwać jakiejś standaryzacji postępowań sądów.

W tej sytuacji nie mogą ująć uwagi krytyczne W. Siedleckiego dotyczące możliwości dokonywania przez sąd drugiej instancji odmiennej oceny materiału dowodowego zebranego w pierwszej instancji. Przestrzegął on bowiem, że przy przyjęciu systemu ograniczonej trzeciej instancji sprawy niedopuszczone do ostatniej instancji w porównaniu do pozostałych spraw są bardzo upośledzone, gdyż przy tym systemie dwie instancje są merytoryczne, a więc ustalenia dokonane po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji nie ulegają już w ogóle jakemukolwiek sprawdzeniu⁸⁸. Można powiedzieć, że w drastycznych wypadkach trafna będzie konstatacja, że w takiej sytuacji sąd drugiej instancji faktycznie działa jako sąd pierwszej instancji, co koliduje z jego rolą procesową. Mimo wszystko nie wydaje się celowe, a w każdym razie byłoby to chyba przedwczesne, ażeby postulować *de lege ferenda* pozbawienie sądu drugiej instancji w postępowaniu apelacyjnym możliwości zastępowania bądź modyfikowania własnym orzeczeniem orzeczenia sądu pierwszej instancji w wypadku, gdy zmiana związana byłaby z poczynieniem własnych ustaleń faktycznych wyłącznie na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu pierwszoinstancyjnym⁸⁹.

8.

Swoistym ograniczeniem zasady dwu lub trójinstancyjności – ze względu na postulat ekonomii i szybkości postępowania – jest przewidziana w art. 395

⁸⁷ Zauważyć należy, że kwestię respektowania przez sąd apelacyjny zasady bezpośredniości można też oceniać przez pryzmat art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, według którego „każdy” ma prawo do sprawiedliwego (...) rozpatrzenia sprawy przez sąd przy rozstrzyganiu o jego sprawach i obowiązkach o charakterze cywilnym.

⁸⁸ W. Siedlecki, *System zaskarżania orzeczeń sądowych w kodeksie postępowania cywilnego PRL*, PiP 1957, nr 6, s. 1132. Zob. także P. Pojnar, *Prawo sądu odwoławczego do własnych ustaleń faktycznych a zasada kontroli procesu – rozważania de lege lata i de lege ferenda* (w:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności*, księga ku czci profesora Stanisława Waltosia, Warszawa 2000, s. 701–719.

⁸⁹ Por. P. Pojnar, op. cit., s. 716.

§ 2 k.p.c. kompetencja sądu pierwszej instancji do dokonania przez siebie kontroli swojego orzeczenia⁹⁰. Względna dewolutywność uzależniona została przesłanką w postaci oczywistej zasadności zażalenia albo zawarcia w nim zarzutu nieważności postępowania. Wówczas to sąd pierwszej instancji uwzględniając zażalenie, władny jest uchylić zaskarżone orzeczenie. Omawiane uprawnienie do dokonania samokontroli własnego orzeczenia przysługuje również sądowi drugiej instancji w wypadku wniesienia zażalenia, skierowanego do Sądu Najwyższego (art. 393¹⁹ k.p.c.).

Podkreślić należy, że sąd pierwszej lub drugiej instancji może tylko uwzględnić zażalenie wniesione na jego orzeczenie⁹¹. Możliwość uwzględnienia zażalenia dotyczy wszystkich postanowień, bez względu na ich przedmiot i czy mają charakter postanowień kończących postępowanie w sprawie. Omawiany przepis ma charakter wyjątkowy, dlatego też powinien być interpretowany ściśle. Wykładnia rozszerzająca lub analogia są tu wyłączone⁹². Nie można jednak dezawuować opartego na wykładni celowościowej poglądu, że dopuszczalne jest zastosowanie art. 395 § 2 k.p.c. w wypadku uwzględniania nieważności postępowania z urzędu, a zatem w razie oparcia zażalenia na innym zarzucie⁹³.

Obserwacja praktyki wskazuje, że z uprawnienia tego sądy wciąż korzystają za rzadko. Przyznać jednak trzeba, że w literaturze procesu

⁹⁰ Nasze unormowanie instytucji apelacji przewiduje natomiast tzw. autoremedury, czyli ewentualnej możliwości skorygowania przez sąd pierwszej instancji swego orzeczenia w razie wniesienia od niego apelacji. W tym wypadku kontrola orzeczeń sądów pierwszej instancji objęta jest bezwzględny monopol sądów drugiej instancji. Zob. K. Piasecki, op. cit. s. 436 i n. Szczególną możliwość autokorekty swego wyroku przez sąd pierwszej instancji przewidziano jednak w art. 332 § 2 k.p.c., zgodnie z którym: w razie cofnięcia pozwu przed uprawomocnieniem się wyroku i przed jego zaskarżeniem z jednoczesnym zrzeczeniem się dochodzonego roszczenia, a za zgodą pozwanego również bez takiego zrzeczenia się, sąd pierwszej instancji uchyli swój wyrok i postępowanie w sprawie umorzy, jeżeli uzna cofnięcie takie za dopuszczalne. Z punktu widzenia zachowania zasady instancyjności nie należy natomiast rozpatrywać przyznanej sądowi pierwszej instancji w określonych kategoriach spraw możliwości uchylenia lub zmiany orzeczenia nieprocesowego na podstawie wyraźnych przepisów o postępowaniu nieprocesowym. Trafnie bowiem K. Lubiński przyjmuje, że do korekty formalnie prawomocnego orzeczenia dochodzi w konsekwencji wniosku, który nie jest środkiem zaskarżenia, lecz specyficznym środkiem prawnym usytuowanym poza systemem środków zaskarżenia orzeczeń. Zob. K. Lubiński, *Prawomocność materialna orzeczeń w postępowaniu nieprocesowym*, PiP 2003, nr 11, s. 50.

⁹¹ T. Ereciński (w:) *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, Warszawa 2002, s. 845.

⁹² J. Krajewski, *Zażalenie w postępowaniu cywilnym*, Pal. 1973, nr 11, s. 23.

⁹³ Tenże, s. 23.

karnego odstąpienie od bezwzględnej dewolutywności zażalenia ocenia się jednak krytycznie⁹⁴. Podnosi się argument, że uwzględnienie zażalenia z reguły narusza interesy procesowe strony przeciwnej. Dlatego też argument na rzecz szybkości i sprawności postępowania zażaleniowego nie jest wystarczający.

9.

Kolejne konkretne zagadnienie zasługujące na zwrócenie uwagi w ramach niniejszych rozważań, to kwestia zaskarżalności wydanych po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji postanowień o charakterze procesowym, a zatem postanowień nie związanych z istotą sprawy. Godny uwagi jest także problem sąsiedni, wiążący się zaskarżalnością orzeczeń sądu przełożonego.

Jeżeli chodzi o pierwszy z tych problemów, to z analizy przepisów kodeksowych wynika, że w postępowaniu rozpoznawczym chodziłoby tu przede wszystkim o postanowienia rozstrzygające problemy, o których mowa w art. 394 § 1 k.p.c. Są to orzeczenia nie tylko bardzo różnorodne z punktu widzenia przedmiotowego, lecz także o zróżnicowanej doniosłości. Na czoło wysuwają się rzecz jasna postanowienia kończące postępowanie w sprawie. Zaskarżalność tego kręgu postanowień została wyraźnie uregulowana. Art. 392 k.p.c. przewiduje mianowicie, że od postanowień sądu drugiej instancji w przedmiocie odrzucenia pozwu albo umorzenia postępowania kończących postępowanie w sprawie przysługuje kasacja. W obu tych wypadkach kasacja dopuszczalna jest jednak tylko w sprawach kasacyjnych (zob. art. 392¹ k.p.c.). Niektóre inne postanowienia sądu drugiej instancji kończące postępowanie w sprawie, w której przysługuje kasacja, mogą podlegać zaskarżeniu w drodze zażalenia art. 393¹⁸ § 1 i 2 k.p.c.). Przez ustawodawcę konkretnie zostało wskazane jedynie postanowienie o odrzuceniu kasacji (art. 393¹⁸ § 1 k.p.c.). Dla porządku dodajmy, że w odniesieniu do pewnych postanowień kończących postępowanie w sprawie zaskarżalność została jednakże wyeliminowana. Stosownie bowiem do art. 393¹⁸ § 2 k.p.c. *in fine*, zaskarżeniu zażaleniem nie podlegają postano-

⁹⁴ S. Zabłocki, (w:) J. Bratoszewski i inni, *Komentarz do k.p.k.*, t. II, Warszawa 1998, s. 547; J. Grajewski, *Względna dewolutywność zażalenia w świetle przepisów kodeksu postępowania karnego z 1997 roku* (w:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności*, księga ku czci profesora Stanisława Waltosia, Warszawa 2000, s. 720–727; E. Skrętowicz, *Zażalenie na postanowienie kończące postępowanie karne* (w:) *Środki zaskarżenia w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Z. Dody*, Zakamycze 2000, s. 452.

wienia wydane w wyniku rozpoznania zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji. Ta grupa postanowień nie mieści się jednak w zakresie rozważanego wątku i dlatego też nie ma potrzeby jej uwzględniania.

Zasadnicze natomiast zagadnienie, jakby należało sądzić, pod względem przedmiotowym przedstawia się jasno. Według art. 392 i 393¹⁸ § 1 i 2 k.p.c., wydane po raz pierwszy w danym przedmiocie postanowienia sądu drugiej instancji polegają zaskarżeniu w drodze kasacji lub zażalenia do Sądu Najwyższego wyłącznie w sytuacjach w nich wyraźnie określonych. Na jakiegokolwiek inne postanowienia sądu drugiej instancji zażalenie nie jest dopuszczalne.

Poczynione ustalenia wskazują, że poza ramami określonymi w art. 392 i 393¹⁸ § 1 i 2 k.p.c. pozostawiona została większość rozstrzygnięć sądu drugiej instancji, zawartych w postanowieniach odnoszących się do różnorodnych problemów procesowych. Z punktu widzenia konstytucyjności rozwiązanie to nie powinno dziwić. Podobnie też w ogólnym zarysie kwestię ocenia F. Zedler⁹⁵. Jak już bowiem wcześniej nadmieniono, zdaniem tego autora, art. 176 ust. 1 Konstytucji odnosi się tylko do postanowień dotyczących całego postępowania w sprawie, a zatem dotyczących istoty sprawy.

Jeżeli więc chodzi o zaskarżalność innych postanowień sądu drugiej instancji, tj. postanowień rozstrzygających kwestie związane jedynie z tokiem postępowania w samej sprawie albo mające charakter uboczny (wpadkowy), powstałe przy rozpoznawaniu sprawy głównej, to mogą one być objęte wyjątkiem przewidzianym w art. 78 Konstytucji. Implikuje to możliwość nie stosowania do tych orzeczeń, nawet jeżeli wydane są po raz pierwszy, zasady co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego (art. 176 ust. 1 Konstytucji).

Tak samo w tej materii wypowiedział się Sąd Najwyższy między innymi w sprawie III CZ 24/98⁹⁶. W związku bowiem z zażaleniem na postanowienie Sądu Apelacyjnego w R., którym oddalono wniosek o wyłączenie trzech sędziów tegoż Sądu, stwierdził on w uzasadnieniu postanowienia z dnia 26 lutego 1998 r., że zgodnie z art. 394 § 1 pkt 10 k.p.c. zażalenie na oddalenie wniosku o wyłączenie sędziego przysługuje jedynie wtedy, gdy postanowienie zostało wydane przez sąd pierwszej instancji. Rozpoznając natomiast apelację sąd apelacyjny działa zawsze jako sąd drugiej instancji. Służebny charakter kwestii incydentalnych powoduje, że właściwym do ich rozpoznania jest w zasadzie (art. 52 § 1 k.p.c.) ten sąd, przed którym

⁹⁵ F. Zedler, op. cit., s. 386.

⁹⁶ Niepublikowane.

toczy się postępowanie w sprawie głównej. Jeżeli więc kwestia wyłączenia sędziów wyłoniła się przy rozpoznaniu apelacji – sąd apelacyjny, który jest zawsze sądem odwoławczym. Sąd odwoławczy bowiem nie może być jednocześnie sądem rozpoznającym środek odwoławczy (co do istoty sprawy) i sądem pierwszej instancji (dla jakiejś kwestii wпадkowej)⁹⁷.

Judykatura Sądu Najwyższego w odniesieniu do tych sytuacji jest jednolita. Jest ona prawidłowa i należy ją zaakceptować.

Takiej jednolitości nie ma, gdy chodzi o orzecznictwo Sądu Najwyższego w tym samym przedmiocie, z tym że w odniesieniu do postanowień wydawanych przez sąd przełożony. W świetle praktyki Sądu Najwyższego kwestia ta budzi wątpliwości.

Na gruncie przepisów kodeksu postępowania cywilnego, sąd przełożony niewątpliwie zajmuje pozycję wyraźnie odrębną od sądu drugiej instancji. Instytucjonalne wyodrębnienie wynika z podstawy i zakresu działania obu tych sądów. Sąd przełożony działa w sytuacjach rzadkich, lecz z drugiej strony dość zróżnicowanych (art. 44, 52 § 1 i art. 508 § 2 k.p.c.)⁹⁸.

Zwróćmy bliższą uwagę na kompetencję sądu przełożonego wynikającą z art. 52 § 1 k.p.c. Sąd ten rozstrzyga o wyłączeniu sędziego, jeżeli sąd, w którym sprawa się toczy, nie może wydać postanowienia w tym względzie z powodu braku dostatecznej liczby sędziów.

Przed zasadniczą reformą kodeksu postępowania cywilnego, dokonaną ustawą z dnia 1 marca 1996 r., a zatem przed wprowadzeniem systemu odwoławczego opartego na sądownictwie trójinstancyjnym, Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 11 marca 1968 r., III CZP 12/68 przyjął, że sąd wojewódzki, rozpoznając na podstawie art. 52 § 1 k.p.c. wniosek o wyłączenie sędziego sądu powiatowego, orzeka jako sąd pierwszej instancji; na postanowienie sądu wojewódzkiego zaś oddalające wniosek o wyłączenie sędziego przysługuje zażalenie (art. 394 § 1 pkt 10 k.p.c.)⁹⁹. Po dokonanej z dniem 1 października 1990 r. zmianie struktury sądów powszechnych i utworzeniu

⁹⁷ Pogląd ten był wyraźnie inspirowany przez stanowisko Sądu Najwyższego zajęte w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 8 czerwca 1988 r., III CZP 16/88 (OSNCP 1989, nr 1, poz. 6), o czym świadczy powołanie tej uchwały w uzasadnieniu omawianego orzeczenia. W myśl tej uchwały, na postanowienie sądu wojewódzkiego oddające wniosek o wyłączenie sędziego tego sądu, rozpoznającego sprawę w drugiej instancji, zażalenie nie przysługiwało. Na ten temat por. także pogląd S. Dalki, *Zasada dwuinstancyjności a kwestia wyłączenia sędziego sądu rewizyjnego*, NP 1991, nr 4–6, 31 i n.

⁹⁸ Co do pojęcia „sąd przełożony” zob. zwłaszcza W. Broniewicz, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 1991 r.*, I CZ 9/91, OSP 1992, nr 4, poz. 100, a także literatura wskazana w przypisie 20.

⁹⁹ OSNCP 1968, nr 11, poz. 180.

sądów apelacyjnych, Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń zajął stanowisko przeciwne. Mianowicie według postanowienia tego Sądu z dnia 7 czerwca 1991 r., I CZ 9/91, na wydane na podstawie art. 52 § 1 k.p.c. postanowienie sądu apelacyjnego oddalające wniosek o wyłączenie sędziów sądu wojewódzkiego zażalenie nie przysługuje¹⁰⁰. Postanowienie to spotkało się ze zdecydowaną krytyką W. Broniewicza, który analizując i interpretując art. 394 § 1 pkt 10 k.p.c. w powiązaniu z ówczesnym zakresem kognicji Sądu Najwyższego ostatecznie stwierdził, że w rozumieniu powołanego przepisu Sąd ten jest sądem rewizyjnym¹⁰¹.

Oznaczało to siłą rzeczy, że razie oddalenia wniosku o wyłączenie sędziego przez sąd przełożony działający jako sąd pierwszej instancji zażalenie do Sądu Najwyższego przysługiwało. Z przepisu art. 394 § 1 *in princ.* k.p.c. bowiem wynikało wtedy jednoznacznie, że na postanowienia sądu pierwszej instancji przysługuje zażalenie do sądu rewizyjnego.

De lege lata rozwiązanie omawianego problemu jest jednak odmienne. Stan prawny w interesującym nas zakresie został przecież diametralnie zmieniony z dniem 1 lipca 1996 r. Broni się wprawdzie nadal zapatrywanie Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 21 lutego 1972 r. III CZP 76/71, podjętej w powiększonym składzie, a zgodnie z którym sąd przełożony w rozumieniu art. 44, art. 52 § 1 i art. 508 § 1 k.p.c. działa jako sąd pierwszej instancji¹⁰², jednakże przebudowie uległ system środków odwoławczych oraz liczba instancji sądowych w postępowaniu cywilnym. Poza tym znowelizowany został, co ważne, przepis art. 394 § 1 *in princ.* k.p.c.

Obecnie trzeba przede wszystkim dostrzegać, że Sąd Najwyższy, o czym była już mowa nieco wcześniej, jest sądem zażaleniowym w ściśle określonym zakresie, przy czym w każdym ustawowo przewidzianym wypadku rozpatruje wyłącznie zażalenia na postanowienia sądu drugiej instancji. Sam zaś nigdy nie jest – poza wyjątkiem przewidzianym w art. 390 § 1 w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. – jak tego wymaga zmieniony redakcyjnie art. 394 § 1 *in princ.* k.p.c., sądem drugiej instancji. Ponieważ mamy trzy szczeble sądów powszechnych, to zastosowanie art. 394 § 1 pkt 10 w zw. z art. 52 § 1 k.p.c. wchodzi w rachubę jedynie w tych sytuacjach, gdy w charakterze sądu przełożonego nad sądem właściwym działa sąd okręgowy. Zażalenie na postanowienie tego sądu o oddaleniu wniosku o wyłączenie sędziego sądu rejonowego powinien wówczas rozpoznać odpowiedni sąd apelacyjny.

¹⁰⁰ OSP 1992, nr 4, poz. 100.

¹⁰¹ Tamże.

¹⁰² OSNCP 1972, nr 9, poz. 152.

Wszak w odniesieniu do sądów apelacyjnych sformułowanie art. 394 § 1 *in princ.* k.p.c. nie budzi wątpliwości i jest adekwatne do jego roli procesowej.

Powstaje pytanie, czy takie zróżnicowanie dopuszczalności zażalenia jest gruncie rozważanym potrzebne. Odpowiedź jest łatwa.

Łatwa dlatego, że wyraźnego tu braku konsekwencji ze strony ustawodawcy nie sposób racjonalnie wyjaśnić, zwłaszcza że nieraz i sam Sąd Najwyższy z mocy art. 52 § 1 k.p.c. występuje także jako sąd przełożony. Brak ten wprowadza jedynie zbyteczne zamieszanie interpretacyjne. Problem potęguje, w moim przekonaniu, fakt, że nie ma przekonywających argumentów jurydycznych, ażeby art. 394 § 1 pkt 10 k.p.c. interpretować rozszerzająco. Trudności pochodzą stąd, że przepisy kodeksu postępowania cywilnego zdecydowanie wyróżniają (nawet w technicznym sensie) Sąd Najwyższy spośród innych sądów. Istnieje ponadto możliwość, z tym że jedynie w sprawach kasacyjnych, objęcia interesującego nas orzeczenia – na wniosek skarżącego lub strony przeciwnej – kontrolą instancyjną Sądu Najwyższego sprawowaną na podstawie odpowiednio zastosowanego (art. 393¹⁹ k.p.c.) w postępowaniu kasacyjnym art. 380 k.p.c. Wprawdzie dojdzie wówczas do sytuacji nietypowej, gdyż kontrolowane na podstawie art. 380 k.p.c. postanowienie nie będzie wydane przez sąd, który wydał zaskarżony kasacją wyrok (lub postanowienie co do istoty sprawy w postępowaniu nieprocesowym), niemniej jednak przepis ten powinien być zastosowany, gdyż chodzi przecież o postanowienie poprzedzające wydanie zaskarżonego wyroku, które nie podlegało zaskarżeniu w drodze zażalenia, a mogło mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy.

Niezbędna jest zatem interwencja ustawodawcy. Poza tym i względy aksjologiczne i potrzeba spójności systemu uzasadniają wniosek *de lege ferenda*, ażeby znieść drastyczną różnicę w dopuszczalności zaskarżania negatywnych postanowień sądów przełożonych w odniesieniu do wniosków o wyłączenie sędziego sądu niższego¹⁰³. Należałoby więc stworzyć wyraźną podstawę normatywną do objęcia kontrolą instancyjną Sądu

¹⁰³ Wypada nadmienić, że również W. Broniewicz, aczkolwiek wychodzi z odmiennych założeń, postuluje w powołanej wyżej glosie (zob. przypis 101), aby w szczególnym przepisie została przewidziana możliwość wniesienia zażalenia do Sądu Najwyższego na wydane w trybie art. 52 § 1 kpc postanowienie sądu apelacyjnego działającego jako sąd pierwszej instancji, którym oddalono wniosek o wyłączenie sędziego sądu wojewódzkiego (obecnie okręgowego).

Najwyższego także tego rodzaju postanowień wydawanych przez sądy apelacyjne jako sądy przełożone¹⁰⁴.

Tymczasem od dłuższego czasu w zakresie omawianej kwestii można zaobserwować poważną rozbieżność w rozstrzygnięciach Sądu Najwyższego. Stwierdzenie to ilustrują między innymi następujące orzeczenia.

O postanowieniu z dnia 7 czerwca 1991 r., I CZ 9/91 była już mowa¹⁰⁵. Kolejnym przykładem może być postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 1998 r., III CZ 13/98¹⁰⁶, którym odrzucono zażalenie, argumentując, że zaskarżone postanowienie Sąd Apelacyjny w L. wydał „tak jak gdyby był sądem drugiej instancji”. Na postanowienia zaś sądów drugiej instancji, z wyjątkiem przewidzianym w art. 393¹⁸k.p.c., zażalenie do Sądu Najwyższego nie przysługuje. Wywód Sądu Najwyższego w powyższym orzeczeniu budzi oczywiście zastrzeżenia, jednakże samo rozstrzygnięcie, stosownie do mojego zapatrywania, odpowiada prawu. W tym samym kierunku wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 5 kwietnia 2000 r., I CZ 41/00¹⁰⁷, albowiem odrzucił z powodu niedopuszczalności zażalenie powoda na postanowienie Sądu Apelacyjnego w R. oddalające wniosek o wyłączenie wszystkich sędziów Sąd Okręgowego w R.

Jeżeli chodzi natomiast o orzeczenia, w których Sąd Najwyższy zajął odmienne stanowisko, to na pierwszym miejscu należy wymienić opublikowane postanowienie z dnia 28 września 2001 r., I PZ 57/01¹⁰⁸. Ponieważ

¹⁰⁴ Por. w podobnej kwestii wypowiedź A. Jakubeckiego zawartą w ekspertyzie sporządzonej na użytek Sejmu RP, a dotyczącą projektu ustawy z dnia 28 maja 2004 r. (ostatecznie z dnia 2 lipca 2004 r.) o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 965). Oceniając krytycznie treść proponowanego art. 53¹ k.p.c., autor podkreślił, że postępowanie w przedmiocie wyłączenia sędziego jest postępowaniem incydentalnym o samodzielnym i odrębnym przedmiocie rozstrzygnięcia. Wymaga zatem zachowania minimum gwarancji procesowych dla strony, z których jedną jest prawo do zaskarżenia merytorycznego orzeczenia. Zaznaczył też, zbyt jednak kategorycznie, że niezaskarżalność odrzucenia wniosku z powodu oczywistej bezzasadności może prowadzić do zakwestionowania konstytucyjności przepisu i że brak zaskarżalności orzeczenia odrzucającego wniosek z powodu jego oczywistej bezzasadności stawia pod znakiem zapytania realność ochrony prawnej oraz narusza zasadę dwuinstancyjności. Według mnie nie można tu mówić o naruszeniu zasady dwuinstancyjności, skoro jest ona, co wynika z wcześniejszych rozważań (zob. str. 13 i n, niniejszego artykułu) bezwzględnie zastrzeżona tylko dla orzeczeń sądowych rozstrzygających o całości postępowania w sprawie.

¹⁰⁵ Zostało ono powołane w przypisie 100.

¹⁰⁶ Niepublik.

¹⁰⁷ Niepublik.

¹⁰⁸ OSNP 2003, nr 17, poz. 417.

nie zawiera ono żadnej argumentacji, poza zakwestionowaniem trafności przytoczonego powyżej postanowienia z dnia 7 czerwca 1991 r., I CZ 9/91, wystarczy ograniczyć się do jego wskazania. Niestety także w postanowieniach z dnia 19 grudnia 2003 r., III CZ 127/03 i z dnia 5 marca 2004 r., I CZ 15/04¹⁰⁹, Sąd Najwyższy nie przedstawił w sposób wyraźny swego stanowiska co do dopuszczalności rozpatrzonych zażaleń i oddalając je poświęcił wywody tylko aspektowi merytorycznemu. Z pośród orzeczeń, w których zwrócono uwagę na problem dopuszczalności omawianych zażaleń i w efekcie zażalenia oddalono z powodu ich bezzasadności, przykładowo można wymienić postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2004 r., V CZ 84/04 i z dnia 18 listopada 2004 r. o sygnaturach I CZ 125/04 i I CZ 154/04.

W tej sytuacji można jedynie mieć nadzieję, że mimo kontrowersyjnego stanu prawnego dojdzie jednak do ujednoczenia orzecznictwa Sądu Najwyższego.

10.

Omawiając zagadnienie instancyjności postępowania cywilnego, nie sposób także, na koniec, nie zwrócić uwagi na kwestię wykładni art. 45 k.p.c. Zgodnie z nim, jeżeli w myśl przepisów kodeksu nie można na podstawie okoliczności sprawy ustalić właściwości miejscowej, Sąd Najwyższy na posiedzeniu niejawnym oznaczy sąd, przed który należy wytoczyć powództwo. Przypuszczalnie racje praktyczne spowodowały, że Sąd Najwyższy z treści tego artykułu od wielu lat wyprowadzał i częstokroć nadal wyprowadza wniosek, że niezbędnym wymogiem oznaczenia sądu właściwego do rozpoznania sprawy w trybie art. 45 k.p.c. jest istnienie drogi sądowej oraz jurysdykcji krajowej sądów polskich dla rozpoznania sprawy, a także jednoczesna niemożność ustalenia sądu miejscowo właściwego, według przepisów k.p.c.¹¹⁰ W rezultacie w razie niewystępowania tego wymogu, wnioski były i są częstokroć odrzucane. Nie wnikając w ocenę prawidłowości takiej wykładni w przeszłości, trudno zaakceptować jej kierunek w obecnie obowiązującym stanie konstytucyjnym. W wyniku bowiem

¹⁰⁹ Oba orzeczenia niepublik.

¹¹⁰ Zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia: 1 marca 1982 r., IV CO 2/82 (OSNC 1982, nr 10, poz. 149), 14 lutego 1985 r., II 134/85 ((OSNC 1985, nr 12, poz. 196), 25 października 1995 r., I PO 10/95 (OSNP 1996, nr 10, poz. 148) i 6 września 2000 r., II CO 8/00 (niepublik). Zaznaczyć trzeba, że obecna wskazana linia wykładni art. 45 k.p.c. nie jest już w Sądzie Najwyższym tak konsekwentna.

wprowadzenia swego rodzaju pozaustawowej przesłanki przy wykładni art. 45 k.p.c., dochodzi do oczywistego, w moim przekonaniu, naruszenia zasady co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego. Zagadnienia, którymi Sąd Najwyższy zajmuje się jedynie wпадkowo, w zwykłym toku postępowania mogłyby przecież być przedmiotem osądu w dwóch, a w sprawach kasacyjnych aż w trzech instancjach. Wszak w razie odrzucenia pozwu zaskarżeniu w drodze kasacji podlegają postanowienia sądu drugiej instancji (art. 392 k.p.c.).

WALDEMAR HOFF

Kosmopolityczna emancypacja sędziów¹

Streszczenie

Celem tego artykułu jest ustalenie cech charakterystycznych kosmopolityzmu sędziowskiego oraz jego skutku – uwolnienia sędziów z uwarunkowań prawa krajowego. Kosmopolityzm prawniczy cechuje tworzenie systemów normatywnych poza tradycyjnie pojętym prawem międzynarodowym. Podczas gdy to ostatnie istnieje z woli państw, normy kosmopolityczne są zwykle tworzone przez podmioty prywatne. Ich moc wiążąca jest konsekwencją praktycznej konieczności, a nie woli państw. Przykładami są *lex sportiva*, standardy przyjęte przez agencje ratingowe oraz wymagania międzynarodowych ciał akredytacyjnych instytucji akademickich. Przez odwoływanie się do zewnętrznych źródeł prawa sędziowie uwalniają się od dotychczasowych ograniczeń, rozciągając swoją władzę na sferę tworzenia prawa.

Oceniając wpływ kosmopolityzmu na prawo, trzeba odróżnić posługiwanie się obcym prawem jako inspiracją intelektualną od traktowania go jako wiążącego źródła prawa. Szukanie inspiracji intelektualnej w obcych prawach i wyrokach wydaje się mało kontrowersyjne, jednak w rzeczywistości może tworzyć zagrożenia dla jakości orzecznictwa. Wśród tych zagrożeń można wymienić selektywne wybieranie obcych wzorów oraz przywoływanie ich bez solidnej wiedzy o ich kontekście społeczno-ekonomicznym w kraju pochodzenia. Występuje też niebezpieczeństwo nadużycia władzy przez wkroczenie sędziów w sferę zastrzeżoną dla władzy ustawodawczej. Pozytywnym skutkiem sięgania po obce koncepcje prawne jest możliwość wstępnej weryfikacji podejmowanych decyzji sprawdzonych na obcym gruncie.

Słowa kluczowe: kosmopolita, sędziowie, prawo

¹ „Krytyka Prawa” 2014, tom 6, s. 33–49.

The Cosmopolitan Emancipation of Judges

Abstract

This article seeks to identify the characteristic features of judicial cosmopolitanism and its product – the emancipation of judges from the constraints of national law. Cosmopolitanism manifests itself in creating normative systems outside and above traditional international law. While the latter draws its binding power from the will of states, cosmopolitan rules are usually created by private actors. Their binding power results predominantly from practical necessity. Such is the status of *lex sportiva*, of the standards imposed by rating agencies, or of international accreditation bodies. Judicial cosmopolitanism is different, for it rests upon the existing structures and competencies. By resorting to alien legal sources judges free themselves from national constraints, thus enhancing their power and independence.

In assessing the impact of cosmopolitanism, one has to differentiate between looking up to foreign laws and precedents as binding sources, and treating them as merely intellectual inspiration. The second, albeit it seems innocuous, entails serious perils to the quality of adjudication. It creates a danger of cherry-picking by selecting foreign inspirations, not necessarily best suited to the case at hand. There is a danger of judicial overstepping of powers by making laws instead of merely applying it. By allowing judges to venture the uncontrolled expansion of their powers we endanger the very essence of the rule of law. On a positive note, drawing on foreign legal sources enables judges to verify the rationality of their decisions, as they were already tested in other jurisdictions.

Keywords: cosmopolitan, judges, law

Czym jest kosmopolityzm prawny?

W okresie kilku ostatnich dziesięcioleci rola sędziów uległa bardzo szybkiej transformacji. Jej skutkiem jest znaczący wzrost wpływu sędziów na życie społeczne i gospodarcze, przede wszystkim przez rozrost regulacji oraz przez wkraczanie sądów w sferę zastrzeżoną dla władzy prawodawczej i wykonawczej. Przyczyny tego zjawiska są liczne. Trzeba wśród nich wymienić zmiany strukturalne w tworzeniu i stosowaniu prawa, a w tym kosmopolityzację prawa. Ta ostatnia, jej istota, przyczyny i konsekwencje zostanie poddana analizie w tym artykule. Autor reprezentuje stanowisko, że występowanie prawotwórstwa kosmopolitycznego jest zjawiskiem bardzo rozpowszechnionym, jednak posługiwanie się przez sędziów

normami kosmopolitycznymi jako podstawą orzekania występuje w bardzo wąskim zakresie. Na szerszą skalę sędziowie uwzględniają obce prawo jedynie jako źródło inspiracji intelektualnej. Jednak nawet w postaci niewiążącej praktyka ta może mieć istotne konsekwencje dla zasady praworządności, dlatego sięganie po obce koncepcje prawne powinno cechować się ostrożnością i dochowaniem rygorów metodologicznych.

Czym jest kosmopolityzm w prawie²? Kosmopolityzm prawny wyraża się w tworzeniu prawa nie z woli państw, lecz poza nimi, np. przez organizacje międzynarodowe o statusie prywatnym. Można wśród nich wymienić takie podmioty jak Międzynarodowy Komitet Olimpijski, przedsiębiorstwa działające w skali globalnej, agencje ratingowe określające kryteria oceny krajowych systemów gospodarczych, globalne systemy akredytacyjne dla wyższych uczelni oraz organizacje ustanawiające standardy rachunkowości oraz inne podmioty o zasięgu globalnym, wystarczająco silne, aby wymusić posłuszeństwo dla stanowionych przez siebie reguł³.

Uniwersalnego zasięgu norm kosmopolitycznych nie należy brać dosłownie. Jest to raczej stan gotowości danego systemu do objęcia swym zasięgiem społeczności globalnej niż wpływ rzeczywisty. Np. każda uczelnia wyższa może podporządkować się regułom panującym w danym międzynarodowym systemie akredytacji, lecz tylko pewna ich część uzna to za potrzebne. Podobnie sędziowie uzgadniający poglądy w globalnej sieci sędziowskiej ani nie reprezentują całej globalnej społeczności sędziowskiej, ani też nie wywierają na nią pełnego wpływu.

Normy, które można uznać za kosmopolityczne, nie mieszczą się granicach pojęcia prawa międzynarodowego, ponieważ ich tworzenie i obowiązywanie nie zależy od państw⁴. Niektóre z nich, takie jak *lex sportiva*, tworzone są właśnie w tym celu, aby uniknąć władztwa państwowego⁵. Niekiedy, jak w przypadku prawa sportowego, za systemami normatywnymi stoją prywatne organizacje quasi-państwowe z ciałami legislacyjnymi, władzą wykonawczą i sądowniczą. Niekiedy kosmopolityzacja jej ubocznym

² Krótki przegląd poglądów o pojęciu kosmopolityzmu przedstawia M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010, s. 262–279.

³ Sankcja nie ma charakteru przymusu, jakimi rozporządzają suwerenne państwa. Wiąże się ona zwykle z dostępem do „dóbr” pożądanych przez adresatów, np. reputacji wynikającej z miejsca w rankingu.

⁴ Niektórzy, moim zdaniem błędnie, upatrują elementów kosmopolitycznych w wyrokach trybunałów arbitrażowych wolnych od wpływów politycznych. A. Bogdandy, I. Ventzke, *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, *German Law Journal*, Nr 12/2011, s. 994.

⁵ Szerzej M. James, *Sports Law*, New York 2010, s. 7–8, 55–57 i 303–304.

skutkiem działania państw. Np. państwa tworzą i finansują sieci organów regulacyjnych lub sieci sądowe takie jak Europejska Sieć Sądowa w Sprawach Cywilnych i Handlowych⁶, po czym członkowie sieci dokonują uzgodnień nieprzewidzianych przez państwa założycielskie.

Źródłem kosmopolityzmu prawnego jest także aktywność sądów i indywidualnych sędziów poszukujących uzasadnienia wyroków poza własnym, krajowym systemem prawnym. Aktywność ta jest ściśle powiązana z kosmopolityzmem doktrynalnym (prawniczym), czyli aktywnością środowisk akademickich, bardzo podzielonych w kwestii dopuszczalności i skutków sięgania po obce koncepcje prawne. Zgodnie z terminologią często używaną w piśmiennictwie poświęconym kosmopolityzmowi prawo międzynarodowe mieści się w granicach ładu zaprowadzonego po pokoju westfalskim z 1648 r., gdyż normy prawa międzynarodowego wiążą je tylko z woli państwa. Nie jest przejawem kosmopolityzmu prawniczego, w wyżej zarysowanym znaczeniu, stosowanie prawa europejskiego oraz międzynarodowego w granicach, w jakich wynika ono z woli państw. Przykładem takiego powiązania z prawem obcym jest irlandzka ustawa o Konwencji Praw Człowieka z 2003 r., wymagająca w art. 2 uwzględnienia przepisów Konwencji w interpretacji prawa w największym możliwym stopniu⁷. Wymiar kosmopolityczny będą jednak miały normy wywiedzione przez sędziów, jeśli granice upoważnienia przez państwa zostały przekroczone lub nie można ich ustalić.

Tymczasem normy kosmopolityczne obywają się bez akceptacji państwa. Wiążą dlatego, że zawierają odmienny od państwowego rodzaj przymusu, np. podporządkowanie się standardom rachunkowości lub wymogom akredytacyjnym leży interesie adresatów tych norm; podporządkowanie się wymogom Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego jest konieczne, jeśli dane państwo chce gościć igrzyska sportowe. Wyjątkiem jest władztwo sędziowskie, gdyż sędziowie wykorzystują istniejące sankcje państwowe, działające także wtedy, gdy sędzia „przemyca” w wyroku obce koncepcje prawne.

Jedną z konsekwencji powoływania się na obce prawo jest swoista emancypacja sędziów, którzy uwalniają się od krępujących ich ograniczeń w tym ograniczenia do stosowania prawa, do stosowania prawa własnej jurysdykcji, a nawet prawa w ogóle. Problem ten nakłada się na tendencję

⁶ European Judicial Network In Civil and Commercial matters ustanowiona decyzją Rady z 28 maja 2001 r. 2001/470/EC, O.J. L 174, 27.6.2001, s. 25.

⁷ European Convention on Human Rights Act 2003.

do rozszerzania władzy dyskrecjonalnej sędziów także w praktyce krajowej i europejskiej, co zdaniem części piśmiennictwa samo w sobie stanowi tworzenie prawa⁸. Jest to zjawisko nieprzewidziane przez konstytucje współczesnych państw, które niezwykle rzadko zajmują zdecydowane stanowisko w kwestii posługiwania się obcymi koncepcjami prawnymi. Do wyjątków należy Konstytucja RPA sprzyjająca korzystaniu z bliżej niesprecyzowanych przepisów prawa międzynarodowego i obcego. Prawie nieznanemu współczesnemu prawu jest zakazywanie korzystania z obcych systemów prawa⁹. Jak wiadomo, zmiany wprowadzone w Konstytucji stanu Oklahoma nie doszły do skutku na skutek uznania poprawki za niezgodną z konstytucją Stanów Zjednoczonych¹⁰. Praktyczne kroki przeciwników czerpania z obcych wzorów również są rzadkie w sferze tzw. zachodniej kultury prawa. Do wyjątków należy zaliczyć nieudaną próbę zastosowania procedury impeachmentu wobec sędziego A. Kennedy'ego za przywołanie obcego prawa w sprawach *Lawrence* i *Roper*¹¹.

Klarowność podziału na normy prawa międzynarodowego i normy kosmopolityczne, w tym wywiedzione lub zapożyczone przez sędziów, zakłada zwyczajowe prawo międzynarodowe¹², powstające bez udziału państw oraz konstytucja Republiki Południowej Afryki w art. 39. Przepis tego artykułu nakazuje uwzględnienie (*consideration*) prawa międzynarodowego w podejmowaniu decyzji oraz dopuszcza uwzględnianie prawa innych państw. Zatem w świetle przyjętej tu definicji przywołanie prawa obcego przez sędziego z RPA nie mieściłoby się w koncepcji kosmopolityzmu prawnego, ponieważ takie odwołanie dokonuje się z woli państwa. Pokazuje to umowność powyższej klasyfikacji, ale też tendencyjne prezentowanie problemu w piśmiennictwie. Mimo że jest to konstrukcja szeroko komentowana przez zwolenników kosmopolityzmu prawnego,

⁸ R. Brandom, Some pragmatist themes in Hegel's Idealism: Negotiation and Administration of Hegel's Account of the Structure and Content of Conceptual Norms, *European Journal of Philosophy*, Vol. 7, Issue 2/1999, s. 181.

⁹ We Francji nie należy ujawniać obcych źródeł w wyrokach sądowych, zob. B. Markesinis, J. Fedtke, The Judge as Comparatist, *Tulane Law Review*, No. 80/2005–2006, s. 30.

¹⁰ A.Ch. Bryant, Foreign Law as Legislative Fact in Constitutional Cases, *BYU Law Review*, No. 4/2011, s. 1006. Tekst dostępny: <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2011/iss4/1>.

¹¹ *Ibidem*, s. 1030.

¹² C.G. Buys, Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation, *Brigham Young University Journal of Public Law*, Vol. 21/2007, s. 5.

trudno w piśmiennictwie znaleźć szczegółowe wyjaśnienie konstytucyjnego terminu „uwzględnić”. Czy w art. 39 chodzi o uznanie obcego prawa za formalną podstawę decyzji, czy tylko czerpanie z intelektualnych zasobów zawartych w obcym prawie, pozostaje nierozstrzygnięte.

Problem obowiązywania norm kosmopolitycznych występuje także w świetle Konstytucji RP dopuszczającej bezpośrednio stosowanie na terytorium państwa ratyfikowanych umów międzynarodowych oraz prawa ponadpaństwowego, tj. przepisów ustanowionych przez organizacje lub organy międzynarodowe upoważnione do tego w trybie określonym w art. 90. Konstytucja milczy w kwestii związania normami tego typu i ich stosowaniem. W pewnym sensie jest to milczenie pozorne, gdyż kosmopolityczne systemy prawne, z wyjątkiem kosmopolityzmu sędziowskiego, mieszczą się w granicach koncepcji prawa prywatnego. Mogą być zatem przestrzegane przez zainteresowane strony bez udziału państwa, który nie jest potrzebny, gdyż systemy te mają swoje własne sankcje i sposoby rozstrzygania sporów, np. sądy sportowe. Ponadto formalne obowiązywanie jakiegokolwiek obcego prawa na terytorium RP jest możliwe tylko po spełnieniu określonych w Konstytucji warunków ratyfikacji i powierzenia. W przypadku aktywności sędziowskiej sytuacja jest odmienna ze względu na publicznoprawny status sędziów i wykorzystywanie przez nich autorytetu państwa bez wyraźnego upoważnienia wtedy, gdy zapożyczają w sposób nieformalny niepolskie i nieunijne konstrukcje prawne. Pogląd ten jest jednak dyskusyjny, o czym świadczą wypowiedzi dowodzące, że nawet w tak izolacjonistycznych kulturach prawnych jak amerykańska korzystanie z obcych źródeł zawsze było konstytucyjnie dopuszczalne i praktykowane¹³. Problem zaciemnia to, że zazwyczaj sędziowie nie powołują się na obce prawo i precedensy jako formalnoprawną podstawę orzekania, lecz raczej jako materiał pomocniczy pozwalający wyrobić sobie opinię o skutkach społecznych rozmaitych wariantów decyzji. Większość teoretyków nie czyni rozróżnienia pomiędzy takim formami zapożyczeń jak uwzględnianie skutków określonych rozwiązań prawnych, co można uznać wręcz za pożądane, a nadawaniem treści krajowym przepisom, zwłaszcza konstytucyjnym, z uwzględnieniem obcych wzorów, co stanowi zagrożenie dla zasady praworządności¹⁴.

¹³ *Ibidem*, s. 2.

¹⁴ Do wyjątków należy Z. Larsen, *Discounting Foreign Imports: Foreign Authority in Constitutional Interpretation & the Curb of Popular Sovereignty*, *Willamette Law Review*, No. 45/2009, s. 1291.

Obce prawo – inspiracja intelektualna, czy podstawa prawna?

Podstawowym problemem w stosowaniu przez sędziów obcego prawa jest to, czy przywoływane przepisy, precedensy lub koncepcje są traktowane jako formalna podstawa wyrokowania? W większości przypadków tak nie jest. Niekiedy zbieżność treści wyroków nie jest przypadkowa, jak w sprawach *D.P.P. v. Boyce* (Irlandia) i *Schmerber v. California* (USA) oraz *Saunders* przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (Europejski Trybunał Praw Człowieka)¹⁵, ale nie występuje element formalnego powiązania między elementami (przepisami, precedensami) rozmaitych systemów. W wyrokach SN USA, przywoływanych jako przykład kosmopolityzmu, powiązania z zagranicznym doświadczeniem wyrażają się przede wszystkim w zastosowaniu metody komparatystycznej. Np. w sprawie *Lawrence v. Texas* sąd¹⁶, decydując o dopuszczalności sodomii homoseksualnej, powołał się na prawo innych państw, przy czym ograniczył się do zachodniej kultury prawnej, co zaprzecza uniwersalizmowi przyjętych podstaw aksjologicznych w nie mniejszym stopniu niż dopatrywanie się neokolonializmu w krzewieniu zachodniej koncepcji praworządności¹⁷.

Wymaga też podkreślenia, że w całej serii wyroków ten sam Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych nie badał uzasadnień obcych decyzji, lecz jedynie odwołał się do akademickich danych komparatystycznych¹⁸. Co więcej, znaczna część stanowisk skłaniających się do korzystania z obcych wzorów to zdania odrębne i wypowiedzi wygłaszane przez sędziów prywatnie poza sądem¹⁹. Nawet zamieszczenie uwag odnoszących się do obcych

¹⁵ J.L. Murray, *Judicial Cosmopolitanism*, *Judicial Studies Institute Journal*, No. 2/2008, s. 12–13.

¹⁶ Z. Larsen, *op. cit.*, s. 1283–1284.

¹⁷ Zarzut obejmuje nie tylko wybiórczość w czerpaniu obcych wzorów, lecz także ignorowanie tego, że w tzw. liberalnych demokracjach również dochodzi do naruszeń praw człowieka, tak: B.F. Fitzgerald, *An emerging Liberal Theory of International Law and the Non-Enforcement of Foreign Public Laws*, *Australian Yearbook of International Law*, No. 16/1995, s. 314.

¹⁸ *Ibidem*, s. 1286.

¹⁹ Np. wypowiedzi sędzi D. O'Connor oraz B. R. Ginsburg, zob. J.J. Murray, *op. cit.*, s. 4–5. Także D. Kennedy, *My Talk at the ASIL: What is New Thinking in International Law*, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 92/ April 5–8 2000, *passim*; R.A. Posner, *What Am I? a Potted Plant?*, *The New Republic*, September 28, 1987, s. 23–25. Argumenty w obronie aktywizmu sędziowskiego wskazuje np. M. Kirby, *Judicial Activism: Authority, Principle and Policy in the Judicial Method*, London 2004, *passim*.

wzorów w uzasadnieniach wyroków, jak to uczynił sędzia A. Kennedy w wyroku *Lawrence v. Texas*²⁰, nie przesądza jeszcze o tym, że ów wzorzec był traktowany przez piszących jako wiążący. Z formalnoprawnego punktu widzenia czerpanie inspiracji intelektualnej ze źródeł zewnętrznych w stosunku do danego systemu prawnego może wydawać się nieistotne. Sędziowie i tak są pod wpływem ideologii typowych dla czasów, w których orzekają. A jednak ten nieformalny wpływ jest ważny z dwóch powodów. Pierwszy jest taki, że miękki wpływ obcego prawa, choć ani nakazany, ani zakazany, może mieć przemożny wpływ na krajowy system prawny, czego przykładem jest uniwersalne nieomal stosowanie testu SSNIP w orzecznictwie antymonopolowym²¹. Nie bez racji sędzia SN USA A. Scalia stwierdził, że przywoływanie obcych źródeł może podważać zarówno interpretację konstytucji opartą na tych źródłach, jak i autorytet całego sądu²². Problem polega przede wszystkim na trudności odróżnienia w praktyce, czy mamy do czynienia tylko z inspiracją lub posługiwaniem się obcym źródłem jako faktem, czy też sędzia uważa obcą normę materialnoprawną za podstawę wyroku. Jeśli prawo jest instrumentem rozwiązania określonego problemu społecznego lub ekonomicznego, to wiedza o obcych przepisach, praktykach i konsekwencjach pewnych rozwiązań niewątpliwie wzbogaca sąd orzekający, niezależnie od tego na ile systematyczne i naukowe były metody jego badania.

Drugi powód to narastająca konwergencja prawa i filozofii tam, gdzie przedmiotem orzekania są pojęcia ogólne, takie jak proporcjonalność, ochrona życia, tortura, okrutna kara (*cruel and unusual punishment*). Wyjaśnienie tych pojęć z natury rzeczy wymaga odwołania się do dorobku całej ludzkości lub przynajmniej do kultury prawnej społeczeństw mających wspólne korzenie kulturowe.

Swoboda sędziów w korzystaniu z koncepcji filozoficznych i prawnych nie jest nieograniczona, gdyż, paradoksalnie, obce koncepcje muszą być zasadniczo zgodne z kulturą prawną państwa je przyjmującego. Możliwa wadliwość zapożyczenia jest trudno rozpoznawalna ze względu na ustro-

²⁰ J.L. Murray, *op. cit.*, s. 6.

²¹ *Small but Significant Nontransitory Increase of Price* – Jest to metoda prowadząca do ustalenia substytucyjności towarów w prawie antymonopolowym, pomocna w ustaleniu pozycji dominującej na rynku właściwym.

²² Ten pogląd sędzia A. Scalia wypowiedział w odniesieniu do interpretacji konstytucji Stanów Zjednoczonych. Jak sam stwierdził, sięganie po obce prawo jest dopuszczalne w RPA, ponieważ konstytucji RPA wprost tak stanowi. J.L. Murray, *op. cit.*, s. 6.

jową pozycję sądu. Budzące kontrowersje wyroki są bowiem wydawane przez sądy konstytucyjne i sądy najwyższe, których decyzje nie podlegają weryfikacji przez inne podmioty. Poza krytyką ze strony piśmiennictwa naukowego i prasy nie istnieją żadne środki presji hamujące recepcję obcych koncepcji prawnych.

Globalne sieci sędziowskie jako instrument emancypacji sędziów

Choć może wydać się nieprawdopodobne, aby prawnik świadomie zmierzał do zerwania z prawem, część piśmiennictwa (w recenzowanych czasopismach naukowych) wyraźnie opowiada się za przyzwoleniem na tworzenie prawa przez sędziów oraz odrzuceniem zasad praworządności przynajmniej w jej anglosaskiej wersji znanej jako *the rule of law*²³. M.A. Jayatilake jest zwolenniczką wykorzystania międzynarodowych sieci sędziowskich jako właściwego miejsca do tworzenia prawa zamiast podporządkowania sędziów zasadzie praworządności i regułom demokracji większościowej²⁴. Szczególną rolę w tej wizji odgrywają sądy konstytucyjne, które, paradoksalnie, w kosmopolitycznej wizji prawa powinny być niezależne od krajowych i konstytucyjnych ograniczeń (*'independent of national and constitutional controls'*)²⁵. Podobnie wypowiadają się filozofowie, wśród nich S. Žižek²⁶.

Kosmopolici są przeciwni narzucaniu sędziom programów, m.in. Banku Światowego i Międzynarodowego Funduszu Walutowego, skierowanych na podnoszenie poziomu praworządności i sprawności sądownictwa, ponieważ zawierają treści właściwe zachodniej kulturze prawnej, a przez to stają się swoistą formą neokolonializmu²⁷. Wprawdzie w piśmiennictwie chodzi o kraje rozwijające się, to jednak zarzut neokolonializmu lub glo-

²³ Pomijam różnice pomiędzy koncepcją *rule of law* i europejskim-kontynentalnym rozumieniem zasady praworządności, tym bardziej, że uważam je za mniej istotne niż to się przyjmuje w doktrynie.

²⁴ M.A. Jayatilake, *The Global Judicial Network: Towards New Hope for Development, Democracy and Equality in the Global Era*, *Sri Lanka Journal of International Law*, No. 21(2)/2009, s. 167. Podobnie, lecz z naciskiem na przejęcie przez sędziów funkcji prawodawczych A. von Bogdandy, I. Vetzke, *Beyond dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, *German Law Journal*, No. 12/2011, s. 982–983.

²⁵ M.A. Jayatilake, *op. cit.*, s. 142–143.

²⁶ Autor ten buduje międzynarodowy i ponadpaństwowy ład organizacyjny na wartościach takich jak ochrona przed zmianami klimatu. Konsekwencją takiego podejścia ma być np. „globalne obywatelstwo klimatyczne”. S. Žižek, *op. cit.*, s. 89–90.

²⁷ M.A. Jayatilake, *op. cit.*, s. 156–164.

balnej hegemonii może odnosić się do jakiegokolwiek systemu prawnego w kraju postrzegającym się jako niezachodni lub gospodarczo mniej rozwinięty. W piśmiennictwie udokumentowano np. „eksport” prawa amerykańskiego do Europy Wschodniej²⁸.

Pominąwszy zasadność tych oskarżeń²⁹, trudno oprzeć się wrażeniu, że walka z neokolonializmem jest tylko listkiem figowym dla rzeczywistego celu kosmopolitów, jakim jest legitymizacja przejęcia przez sędziów kompetencji prawotwórczych. Szermując argumentem neokolonializmu prawniczego, kosmopolici popadają w sprzeczność, ponieważ *a priori* odrzucają istnienie nadrzędnych, uniwersalnych zasad prawa, przynajmniej w przewidywalnej przyszłości. Jeśli bowiem można odrzucić doktrynę *rule of law*, nie ma powodu, aby uznawać jakąkolwiek doktrynę prawną lub filozoficzną, np. Immanuela Kanta³⁰ lub Konfucjusza³¹. Selektywne decydowanie³², oczywiście przez sędziów, o tym, co jest prawem – pod kątem potrzeb społeczności lokalnych – unicestwia uniwersalizm, chyba że sędziom udało się zbudować własny system aksjologiczny i normatywny.

Przykładów wybiórczości nie brakuje w orzecznictwie, np. w sprawie *United States v. Cotrioni* z roku 1989. Jak pisze K.G. Young, wyrok był przykładem rozminięcia się prawa międzynarodowego z prawami człowieka³³. Inaczej niż to zwykle bywa, uznano, że dopuszczalne są prawnomiędzynarodowe ograniczenia prawa pobytu cudzoziemca w Kanadzie w oparciu o prawo międzynarodowe, wbrew przepisom kanadyjskiej Karty Praw i Podstawowych Wolności. Krytycy wyroku najwidoczniej uznali, że ogólnie sformułowane prawa fundamentalne reprezentują porządek

²⁸ Eksport prawa dokonywał się za pośrednictwem CEELI (Central and East European Law Initiative), szerzej, Y. Dezalay, B.G. Garth (ed.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon 2011, s. 137–151.

²⁹ Osobnym zagadnieniem jest to, czy Zachód, w tym Europa, zasadnie uważa się za moralny wzorzec dla reszty świata. Krytyczne stanowisko w tej sprawie zajmują U. Beck i E. Grande, *Europa kosmopolityczna. Społeczeństwo i polityka w drugiej nowoczesności*, Warszawa 2009, s. 306–312.

³⁰ O wpływie I. Kanta na doktrynę kosmopolityzmu zob. R. Fine, *Cosmopolitanism*, London–New York 2007, s. 22–35.

³¹ L. Zhaojie, Legacy of Modern Chinese History; its Relevance to the Chinese Perspective of the Contemporary International Legal Order, *Singapore Journal of the International & Comparative Law*, No. 5/2001, s. 314–317.

³² W literaturze anglojęzycznej określane zwykle jako *cherry-picking*, np. K.G. Young, The World, through the Judge's Eye, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 28/2009, s. 33.

³³ *Ibidem*, s. 45.

prawny wyższego rzędu nad prawem międzynarodowym, mimo że, formalnie biorąc, były one częścią prawa kanadyjskiego.

Kosmopolici wypowiadają się zdecydowanie za rozszerzeniem władzy sędziowskiej poza stosowanie i interpretowanie prawa. Sędziowie, ich zdaniem, stali się podmiotami globalnego ładu (*actors of global governance*). Odrzucenie tradycyjnej roli sędziów musi skutkować odrzuceniem dotychczasowej koncepcji prawa międzynarodowego. Istnieje ogromna literatura podważająca postwestfalską koncepcję prawa przyznającą szczególną, a nawet wyłączoną rolę w jego tworzeniu suwerennym państwom. Kosmopolityzm wnosi nowy element w procesie podważania ładu westfalskiego przez przyznanie szczególnej roli sędziom, których decyzje, ugruntowane w regułach ponadnarodowych bardziej niż w konstytucjach krajowych, powinny nadawać kierunek polityce tworzenia prawa. Formalne i nieformalne sieci sędziowskie o zasięgu globalnym mają służyć uzgadnianiu stanowisk i formułowaniu zasad. Normy mają być tworzone w drodze sędziowskiego dialogu, co ma doprowadzić do ukształtowania się „władzy interaktywnej” (*interactive authority*). Nowe terminy takie jak *transjudicialism* oraz *judicial comity* są nie tyle konsekwencją kosmopolityzmu, co instrumentem ułatwiającym osiągnięcie celu. Skoro sędzia staje się podmiotem tworzącym prawo³⁴, tworzenie nowych terminów i nadawanie nowego znaczenia starym zaciera ślady burzenia dotychczasowego porządku i legitymizuje nowy. Burzenie zostaje powiązane z ideologią rewolucyjną, w której władza sędziowska podporządkowana jest celom politycznym, takim jak wyzwolenie spod kulturowej dominacji Zachodu oraz wyzwolenie społeczne zarówno od międzynarodowego kapitału jak i lokalnej biurokracji. Przykładowo, to sędziowie zdecydowali o dopuszczalność pozwów osób biednych z pominięciem ustalonych przez prawo wymogów, w tym przez osoby trzecie w ich imieniu³⁵. Rozważane są też koalicje sieci sędziowskich z sieciami regulacyjnymi i finansowymi³⁶.

³⁴ M.A. Jayatilake, *op. cit.*, s. 146.

³⁵ *Ibidem*, s. 150–152.

³⁶ O integracji sieci zob. M. Castells, *The Rise of the Network Society*, Blackwell Publishing 2000, s. 501–509. Castells rozumie globalizację jako kolejną wersję „społeczeństwa sieciowego”, które jest z natury globalne. *Idem*, *The Network Society. From Knowledge to Policy*, [w:] *The Network Society. From Knowledge to Policy*, eds. M. Castells, G. Cardozo, Centre for Transatlantic Relations, 2005, s. 4–5.

Prawa człowieka jako szczególne źródło władzy sędziowskiej

Prawa człowieka zajmują szczególne miejsce w kosmopolitycznej teorii prawa³⁷. Przede wszystkim stanowią uzasadnienie dla sięgania przez sędziów po prawo międzynarodowe i obce, jak również praktyki i opinie w celu interpretacji przepisów konstytucji krajowych. Są one jednocześnie punktem odniesienia, standardem traktowania i jednocześnie przedmiotem ochrony. Sędziowie sięgają poza normy własnego systemu prawnego w celu ochrony praw podstawowych na własnym terytorium. Daje to szerokie pole do selektywności wyboru źródeł, koncepcji, faktów³⁸ i wartości³⁹, ponieważ na obecnym etapie rozwoju zarówno same prawa, jak i oparte na nich orzecznictwo tworzą mało spójną mozaikę. Nie ulega obecnie wątpliwości, że rozmaite prawa człowieka wzajemnie ze sobą konkurują⁴⁰, dając w ten sposób okazję do ich „ważenia”, co rozszerza zakres sędziowskiej władzy dyskrecyjnej. Pojęcie władzy dyskrecyjnej sędziów, mimo licznych odniesień w piśmiennictwie, pozostaje słabo zbadane, zwłaszcza w kontekście prawa administracyjnego. Przykład prawa administracyjnego szczególnie jasno wskazuje na to, że sędziowska swoboda w zakresie doboru podstaw aksjologicznych orzekania przyniosła zwrot stosunku sądów i doktryny do władzy dyskrecyjnej.

Nie wymaga szerszego omówienia charakterystyczna dla prawa administracyjnego podejrzliwość wobec władzy uznaniowej. Historia rozwoju prawa i orzecznictwa administracyjnego jest tożsama z dążeniem do ograniczania władzy uznaniowej. W podobnym kierunku poszedł rozwój prawa europejskiego. Np. tzw. dyrektywa usługowa bardzo ograniczyła posługiwanie się uznaniem administracyjnym przez prawodawcę krajowego w zakresie reglamentacji transgranicznego oferowania i wykonywania usług⁴¹.

³⁷ N.p. M. Ignatieff, *Human Rights as Idolatry*, [w:] K.A. Appiah, D. Hollinger, Th.W. Laquer, D.F. Orentlicher, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press 2001, Princeton, s. 8.

³⁸ O władzy dyskrecyjnej sędziów w zakresie doboru faktów zob. A. Schleifer, *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*, London 2012, s. 23–52.

³⁹ Np. pojęcie godności ludzkiej będzie rozumiane zupełnie inaczej w obrębie tej samej kultury prawnej przez chrześcijańskiego fundamentalistę i świeckiego obrońcę praw człowieka, tak C. Gearty, *Principles of Human Rights Adjudication*, Oxford–New York 2005, s. 85.

⁴⁰ O konkurencji praw podstawowych zob. C.G. Buys, *op. cit.*, s. 53.

⁴¹ Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE L 376 z 27.12.2006).

Tymczasem odwoływanie się do standardów ponadnarodowych zrywa z dotychczasową doktryną, choć formalnie jej nie zaprzecza. Stosowanie prawa administracyjnego, i nie tylko jego, jest w coraz większym stopniu uzależnione od kryteriów zawartych w szeroko rozumianych prawach podstawowych. Uznanie, zwalczane przez sądy i doktrynę w prawie krajowym, zostało rozszerzone do niespotykanych dotąd rozmiarów za sprawą ogólnych formuł, którymi posługują się prawa podstawowe. Wynika to w znacznym stopniu z potrzeby osiągnięcia kompromisu pomiędzy sygnatariuszami umowy międzynarodowej. W rezultacie nawet treść podstawowych pojęć jest sygnatariuszom nieznaną w chwili podpisywania umowy. Zostanie ona ustalona w przyszłości przez sędziów po wystąpieniu sporu. W rezultacie wady przypisywane stosowaniu uznania administracyjnego w prawie krajowym zostają powiększone i przeniesione na płaszczyznę prawa międzynarodowego.

Tam gdzie sędziowie odwołują się do konkretnych aktów prawa międzynarodowego, a swoboda interpretacyjna mieści się w prawnie i doktrynalnie znanych granicach, praktyka ta nie ma waloru działań kosmopolitycznych, ponieważ, tak jak i normy umów międzynarodowych, jest pochodną woli państw. Jeśli sędziowie odwołują się do zasad i norm niewyrażonych w ratyfikowanych umowach międzynarodowych, np. do opinii społeczności międzynarodowej, konsensusu lub cywilizowanych praktyk, wówczas, na skutek braku powiązania z wolą suwerennych państw w tworzeniu owych norm, dochodzi do przeniesienia orzekania na płaszczyznę kosmopolityczną.

Powyższe rozróżnienie pozwala wyodrębnić taki stan rzeczy, w którym sędziowie są wyemancypowani (wyalienowani) z krajowego porządku prawnego na skutek z góry założonego planu świadomego, przez powierzenie im szerokich kompetencji do nadawania znaczenia pojęciom i normom (np. w dziedzinie międzynarodowego arbitrażu gospodarczego) oraz sytuację, gdy ich emancypacja wynika z aktywizmu sędziowskiego, np. w międzynarodowych sieciach sędziowskich. Dynamiczne rozumienie emancypacji sędziowskiej przejawia się w działaniach instytucji powołanych przez państwa, jeśli instytucje te, w tym przypadku sądy, podejmują działalność prawotwórczą poza zakresem aktów je konstytuujących. W praktyce niezmiernie trudno jest wskazać linię oddzielającą władztwo uznaniowe mieszczące się w granicach podyktowanych przez prawo i ustalone praktyki, a uzurpację władzy prawodawczej przez wymiar sprawiedliwości. Problem ten nie został do dziś rozstrzygnięty mimo bardzo burzliwej dyskusji amerykańskich środowisk naukowych odnoszącej

się do wyroków nawiązujących do obcego prawa i praktyk, jak np. w związku ze sprawą *Atkins v. Virginia*⁴².

Ogólnikowość ram konstytucyjnych, w jakich orzekają sędziowie, tworzy szerokie pole do manipulacji pojęciami. Ilustracją takiego podejścia jest uznanie w sprawie *Roper v. Simons*⁴³, że istnieje szeroki międzynarodowy konsensus w sprawie niedopuszczalności zastosowania kary śmierci wobec niepełnoletnich. W wyroku wyrażono pogląd, że Stany Zjednoczone są jedynym państwem na świecie, które wciąż dopuszcza karę śmierci dla niepełnoletnich. Tymczasem zarówno w chwili orzekania, jak i obecnie prawo kilku państw przewiduje odmienne rozwiązania, czego przykładem są Chiny, Kongo, Pakistan, Nigeria, Iran i Arabia Saudyjska. Jeśli spojrzeć na to zjawisko przez pryzmat populacji, a nie ilości państw, to sama tylko obecność Chin i Pakistanu na powyższej liście czyni omawianą praktykę bardzo rozpowszechnioną. Zaś w krajach, w których ją oficjalnie zniesiono, pozostaje ona zgodna z moralnością społeczeństwa, czego dowodem były zamieszki w Indiach wywołane tym, że sąd skazał 17-letniego gwałciciela tylko na karę więzienia⁴⁴. Podobnie Sąd Najwyższy USA błędnie przyjmował istnienie konsensusu w społeczeństwie amerykańskim wobec problemów, których dotyczyły wyroki⁴⁵. Powyższe przykłady nie tylko ilustrują metodologiczne błędy w konstruowaniu założeń aksjologicznych wyroków, lecz także świadczą o tym, że uniwersalizm wartości i zasad uzasadniających kosmopolityczne podejście w procesie wyrokowania jest mniejszy, niż twierdzą kosmopolici.

Jedną z cech charakterystycznych tej debaty jest nieodróżnianie sięgania do prawa i orzecznictwa międzynarodowego, a prawa innych państw

⁴² *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 316 (2002).

⁴³ *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551 (2005), szeroko komentowany, zob. np. W.P. Quigley, *Revolutionary Lawyering: Addressing the Root Causes of Poverty and Wealth*, *Washington Journal of Law and Policy*, Vol. 20/2006, s. 119.

⁴⁴ H.S. Singh; J. Mullen, S. Udas, *Court sentences 4 men to death in New Delhi gang rape case*, September 14, 2013, <http://edition.cnn.com/2013/09/13/world/asia/india-gang-rape-sentence/>; inny przykład: Światowa Koalicja Przeciw Karze Śmierci (World Coalition Against The Death Penalty), *Iran executes for juvenile offenders in one week*, 28 April 2014. <http://www.worldcoalition.org/iran-executions-juvenile-offenders-children-rights.html>.

⁴⁵ Jest to część szerszego problemu zmienności standardów moralnych (*evolving standard of decency*), zob. np. R.P. Alford, *Misusing International Sources to Interpret the Constitution*, *Notre Dame Law School, Scholarly Works* 2004, s. 60–61, http://scholarship.nd.edu/law_faculty_scholarship/565. Z kolei sędzia A. Scalia przeciwstawia obcym wzorom amerykańskie standardy moralne jako wiążące, zob. B. Markesinis, J. Fedtke, *The Judge as Comparatist*, *Tulane Law Review*, No. 80/2005–2006, s. 21.

oraz użytku, jaki sędziowie robią z obcych wzorów. Częścią tego ostatniego problemu jest brak jasności, czy sędziowie istotnie traktowali obce wzory jako wiążące. Jeśli nie, co zdaje się wynikać nawet z chwiejnych opinii zwolenników kosmopolityzacji orzecznictwa⁴⁶, to cały problem wydaje się mocno przesadzony. Byłby on problemem rzeczywistym, gdyby wbrew konstytucji i panującej doktrynie przywołano obcy precedens lub przepis jako formalną podstawę wyroku.

Wnioski

Kosmopolityzm prawny przejawia się w powstawaniu reguł postępowania oderwanych od woli suwerennych państw. Zjawisko to obejmuje również sędziów, którzy zapożyczają obce konstrukcje prawne lub sięgają wprost do przepisów i wyroków z innych systemów prawnych. W przypadku sędziów odrywanie się od źródeł krajowych wiąże się z wykorzystaniem istniejących kompetencji i struktur organizacyjnych. Odróżnia to kosmopolityzm sędziowski od systemów takich jak *lex sportiva*, które tworzą swoje własne zasady organizacyjne i ramy ustrojowe, w tym sądownictwa sportowego. Kosmopolityzm sędziowski jest zatem w pewnym sensie przemycany w granicach istniejących ram prawnych, przy okazji interpretowania prawa krajowego. Ta cecha czyni go szczególnie trudnym do odróżnienia od zwykłej interpretacji prawa. Nie są też łatwo uchwytnie granice pomiędzy inspiracją intelektualną a traktowaniem obcego prawa jako podstawy orzekania, co w rzeczywistości prawie nigdy nie występuje, z wyjątkiem krajów anglosaskich powiązanych ze sobą wspólnym dziedzictwem kultury prawnej oraz byłych krajów kolonialnych i ich metropolii⁴⁷.

Sięganie po obce wzory i doświadczenia nie oznacza z definicji naruszenia własnego prawa i ma poważne zalety, z których najważniejszą jest możliwość wstępnej oceny skutków społecznych i ekonomicznych decyzji, jeśli podobna decyzja lub rozwiązanie prawne zostały już wcześniej podjęte w innym kraju. Jednak traktowanie obcych przepisów i precedensów jako wiążących lub stosowalnych bezpośrednio jest w większości systemów prawnych niedopuszczalne bez umocowania w wyraźnym przepisie konstytucji. Dotyczy to także prawa europejskiego, które w świetle orzecznictwa

⁴⁶ Skrajny pogląd, że obce standardy są wiążące w interpretacji konstytucji reprezentuje J. Fitzpatrick, zob. Z. Larsen, *op. cit.*, s. 1297.

⁴⁷ S. Choudhry, *Globalisation in Search of Justification. Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, *Indiana Law Journal*, No. 74/1999, s. 833.

nie dopuszcza prawa obcego jako formalnej podstawy orzekania, a nawet – przeciwnie – selektywnie podporządkowuje je sobie, o czym świadczy sposób rozwiązywania konfliktów między prawem sportowym a wolnościami wspólnego rynku⁴⁸.

Kosmopolityzacja orzecznictwa, nawet w łagodniej wersji polegającej na inspiracji intelektualnej, rodzi poważne niebezpieczeństwa. Wynikają one przede wszystkim z niedoskonałości metodologicznej oraz narastającego udziału koncepcji filozoficznych w interpretacji prawa. Przedstawione w piśmiennictwie praktyki wskazują na brak zastosowania jakiegokolwiek metody. Jak pisze R.J. Krotoszyński, „Jak można sensownie ‘pożyczać’ precedensy, jeśli się nie rozumie nawet na poziomie podstawowym instytucji, która wydała decyzję, ani prawnych, społecznych i kulturowych ograniczeń tworzących jej tło?”⁴⁹.

Przypadkowość „odkryć” powoduje, że inspiracją niekoniecznie stają najlepsze światowe wzorce, lecz te, które przypadkiem są dostępne sędziom. Zapożyczenia aksjologiczne mogą stanowić problem wtedy, gdy dokonywane są z systemów uznających odmienne wartości podstawowe niż w państwie wyrokowania. Choć wykorzystywanie obcych doświadczeń do oceny skutków decyzji wydaje się korzystne dla społeczeństwa, to jednak sędziowie powinni powstrzymać się od wykorzystywania obcych źródeł prawa do nadawania treści przepisom konstytucyjnym.

Oceniając kosmopolityczną emancypację sędziów trzeba też zwrócić uwagę na jej sprzeczność z zasadami państwa prawnego i demokracji. Szczególnie niebezpieczne jest upodabnianie się działalności orzeczniczej do prawotwórczej. Mimo że w piśmiennictwie występuje silna tendencja do uzasadniania i ukrywania tego zjawiska przez nadawanie nowych znaczeń utrwalonym pojęciom takim jak „praworządność” lub „demokracja”⁵⁰, to jednak warto przypomnieć, że sądy zostały stworzone do ochrony zastanych instytucji prawnych, a nie poszukiwania nowych.

⁴⁸ Potwierdzenie nadrzędności prawa wspólnotowego znalazło wyraz w takich sprawach jak ETS Bosman C-415/93, ECR. 1995, s. 0492; Deliège C-51/96, ECR. 2000, s. 02549; Kolpak C-438/00, ECR. 2003, s. 4135; Simutenkow C-265/03, ECR 2003, I-2579; Meca-Medina (Oulmers) C-519/04P, ECR 2006, s. 6991.

⁴⁹ R.J. Krotoszyński, „I’d Like to Teach the World Sing (In Perfect Harmony)”: International Judicial Dialogue and the Muses – Reflections on the Perils and the Promise of International Judicial Dialogue, *Michigan Law Review*, No. 104/2006, s. 1325.

⁵⁰ Np. pogląd, że dotychczasowe pojęcie demokracji większościowej należy zastąpić pojęciem demokracji zagregowanej, tak A-M. Slaughter, Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy, *Michigan Journal of International Law*, No. 24/2002–2003, s. 1066–1073.

ANDRZEJ KABAT

Rola Naczelnego Sądu Administracyjnego w kształtowaniu jednolitego orzecznictwa sądów administracyjnych¹

Uwagi ogólne

W literaturze najczęściej przyjmuje się, że jednolitość orzecznictwa sądowego istnieje wtedy, gdy w tego samego rodzaju sprawach zapadają takie same rozstrzygnięcia, a w sprawach podobnych – podobne rozstrzygnięcia². Podkreśla się, że jednolitość orzecznictwa wzmacnia poczucie pewności prawa, równego traktowania przez prawo oraz przewidywalności orzeczeń sądowych i tym samym ich sprawiedliwości³. Brak zaś jednolitości określany jest jako stan „szczególnie dotkliwy dla porządku prawnego”⁴.

Niewątpliwie osiągnięcie pełnej jednolitości orzecznictwa stanowi bardzo trudne zadanie⁵. Jedną z istotniejszych przeszkód w realizacji tego zadania jest nadmierne rozbudowanie prawa, niejasność niektórych regulacji prawnych oraz dość częste zmiany aktów normatywnych. Z tych m.in. powodów rozbieżności w orzecznictwie, zwłaszcza w nadmiernie rozbu-

¹ ZNSA 2010 (wydanie jubileuszowe z okazji 30-lecia Naczelnego Sądu Administracyjnego 1980–2010, nr 5–6 (32–33), s. 185–202.

² Zob. np. W. Sanetra, *O pojęciu jednolitości orzecznictwa sądowego oraz o sposobach jego zapewnienia*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 6, s. 24.

³ Tamże, s. 11.

⁴ J. Filipek w: *Jednolitość orzecznictwa sądownoadministracyjnego i administracyjnego w sprawach samorządowych*, pod red. J. Filipka, Kraków 1999, s. 13.

⁵ R.A. Stefański uważa nawet, że jest to zadanie nieosiągalne. Zdaniem Autora, „o jednolitości orzecznictwa trzeba raczej mówić jak o postulatcie niż realnym bycie”. R.A. Stefański, *Instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego w sprawach karnych*, Kraków 2001, s. 136.

dowanych dziedzinach prawa, są dość często zjawiskiem nieuniknionym. Zdaniem W. Sanetra, rozbieżności te jednak nie mogą „przekraczać pewnego poziomu, bo wówczas zagrożona zostaje pewność prawa, a także równość traktowania podmiotów prawa i ich bezpieczeństwo prawne, co ocenione może zostać jako stan kolidujący z klauzulą demokratycznego państwa prawnego”⁶. Podkreślenia jednak wymaga, że w celu ograniczenia niebezpieczeństwa wystąpienia rozbieżności kolidujących z klauzulą demokratycznego państwa prawnego nie jest konieczne osiągnięcie pełnej jednolitości orzecznictwa sądowego. Niezbędne jest tylko, jak się wydaje, zapewnienie owej jednolitości w sprawach podstawowych, zwłaszcza procesowych, mających istotne znaczenie dla ochrony praw jednostki w postępowaniach związanych ze stosowaniem prawa materialnego⁷. Osiągnięcie takiego stanu orzecznictwa należy uznać za możliwe⁸.

Ograniczając dalsze rozważania do ram określonych tytułem tego opracowania, a więc do roli Naczelnego Sądu Administracyjnego w kształtowaniu jednolitego stosowania prawa w orzecznictwie sądów administracyjnych, pragnę zauważyć, że realizacja powyższego zadania na gruncie prawa administracyjnego napotyka szczególne trudności. Wynikają one zarówno ze znacznego rozbudowania prawa administracyjnego, jak i z bardzo licznej grupy podmiotów stanowiących to prawo. Jak wiadomo, prawo administracyjne jest niezmiernie rozległą, dynamiczną i ulegającą częstym zmianom dziedziną prawa⁹. Zgodnie z Konstytucją RP stanowienie prawa administracyjnego następuje nie tylko w drodze uchwalania ustaw, lecz także poprzez wydawanie aktów normatywnych powszechnie obowiązujących przez organy administracji publicznej. E. Bojanowski, podkreślając powyższą cechę prawa administracyjnego, wskazuje, że stanowią je naczelnne organy administracji państwowej, które wydają rozporządzenia (art. 92 oraz art. 146 ust. 4 pkt 2, art. 148 pkt 3, art. 149 ust. 2 oraz art. 213

⁶ W. Sanetra, *O roli Sądu Najwyższego w zapewnieniu zgodności z prawem oraz jednolitości orzecznictwa sądowego*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 9, s. 18.

⁷ R. Hauser i J. Świątkiewicz w uwagach dotyczących jednolitości orzecznictwa wyraźnie wskazują na konieczność „utrzymania w niezbędnym zakresie jednolitości orzecznictwa”, zob. R. Hauser, J. Świątkiewicz, *15 lat działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego, w: 15 lat Naczelnego Sądu Administracyjnego*, pod red. R. Hausera, Warszawa 1995, s. 18.

⁸ Zob. szerzej R. Hauser, A. Kabat, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego w nowych regulacjach procesowych*, PiP 2004, z. 2, s. 26–28.

⁹ Szerzej zob. m.in. J. Świątkiewicz, *Komentarz do ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym*, Warszawa 1995, s. 7 i 8; R. Hauser, *Przekształcenie modelu polskiego sądownictwa administracyjnego*, „Forum Iuridicum” 2002, nr 1, s. 89.

ust. 2 pkt 2 Konstytucji RP), a także organy samorządu terytorialnego oraz organy administracji rządowej ustanawiające akty prawa miejscowego, obowiązujące na obszarze działania tych organów (art. 94 Konstytucji RP)¹⁰. Każdy z tych aktów normatywnych może sam lub wraz z ustawą stanowić podstawę decyzji administracyjnej albo innego aktu lub czynności zaskarżalnych do sądu administracyjnego, a w wypadku aktów prawa miejscowego – stanowić przedmiot skargi do tego sądu. Wskazane wyżej cechy prawa administracyjnego powodują, że często znaczne trudności sprawia nie tylko wykładnia tych norm, ale także ustalenie stanu prawnego obowiązującego w danej dziedzinie¹¹. Stanowisko takie zajmuje także E. Bojanowski, który uważa, że powyższy stan rzeczy stanowi m.in. realne niebezpieczeństwo „rozchwiania się” orzecznictwa sądowego, gdyż „aby orzec o zgodności z prawem, w pierwszej kolejności należy ustalić treść tego prawa, co przy tak, potencjalnie, dużej liczbie źródeł prawa – z oczywistych powodów – nie jest przedsięwzięciem łatwym¹². W tej sytuacji nie może budzić wątpliwości, że ważnym zadaniem ustawodawcy jest ustanowienie środków prawnych umożliwiających uzyskanie niezbędnej jednolitości orzecznictwa sądów administracyjnych¹³.

Z dniem 1 stycznia 2004 r., tj. z datą wejścia w życie ustaw wprowadzających dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne, a więc ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹⁴, ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁵ oraz ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o ustroju sądów administracyjnych i ustawę – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁶, stosowanie środków prawnych mających zapewnić zgodność z prawem i jednolitość orzecznictwa sądów administracyjnych należy do NSA. Od tego więc czasu NSA sprawuje samodzielnie nadzór judykacyjny nad sądami administracyjnymi.

¹⁰ E. Bojanowski, *Uchwałodawcza działalność Naczelnego Sądu Administracyjnego i jej znaczenie w systemie prawa*, w: *Orzecznictwo w systemie prawa*, pod red. naukową T. Bąkowskiego, K. Grajewskiego, J. Warylewskiego, Warszawa 2008, s. 136, 137.

¹¹ R. Hauser, A. Kabat, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego (zagadnienia wybrane)*, PiP 1999, z. 1, s. 3 i 4.

¹² E. Bojanowski, *Uchwałodawcza działalność...*, s. 137.

¹³ Tamże, s. 137.

¹⁴ Dz. U. Nr 153, poz. 1269 ze zm.

¹⁵ Dz. U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.

¹⁶ Dz. U. Nr 153, poz. 1271 ze zm.

W okresie poprzedzającym wejście w życie wspomnianych ustaw udział NSA w kształtowaniu jednolitości orzecznictwa sądownoadministracyjnego był znacznie ograniczony. Zgodnie z art. 61 Konstytucji z 1952 r. nadzór judykacyjny nad orzecznictwem wszystkich sądów, a więc także nad NSA, sprawował Sąd Najwyższy. Ustawa Konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą oraz o samorządzie terytorialnym¹⁷ utrzymała w mocy część postanowień Konstytucji z 1952 r., w tym postanowienia dotyczące wymiaru sprawiedliwości, a więc także wspomniany art. 61. W świetle postanowień Konstytucji RP z 1997 r. Sąd Najwyższy nie sprawuje już nadzoru nad działalnością sądów administracyjnych. Stosownie bowiem do art. 183 ust. 1 Konstytucji RP Sąd Najwyższy sprawuje nadzór nad działalnością sądów powszechnych i wojskowych. Jednakże art. 236 ust. 2 Konstytucji RP przewidywał, że do czasu wejścia w życie ustaw wprowadzających art. 176 ust. 1 Konstytucji (tj. dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne) nadal obowiązują przepisy dotyczące rewizji nadzwyczajnych od orzeczeń NSA. W tym więc zakresie Sąd Najwyższy sprawował nadzór judykacyjny nad orzecznictwem NSA także po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 r.

Powyższe unormowania konstytucyjne miały określony wpływ na treść kolejnych ustaw dotyczących sądownictwa administracyjnego. Ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego¹⁸ nie przyznały NSA uprawnień do stosowania środków prawnych przewidzianych do zapewnienia jednolitości orzecznictwa. Rola NSA ograniczona została do możliwości wystąpienia z inicjatywą zastosowania takiego środka. Składy orzekające NSA mogły bowiem przedstawiać Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości, które powstały przy rozpatrywaniu konkretnej skargi. Sąd Najwyższy rozstrzygał przedstawione przez NSA zagadnienia w formie uchwały, stanowiącej jeden ze środków procesowych nadzoru judykacyjnego. Ustawa z dnia 11 maja 1995 r. – o Naczelnym Sądzie Administracyjnym¹⁹ wprowadziła w tym zakresie zmianę, gdyż ustanowiła kompetencje składów powiększonych NSA do podejmowania uchwał wyjaśniających zagadnienia prawne budzące poważne wątpliwości. Naczelny Sąd Administracyjny

¹⁷ Dz. U. Nr 84, poz. 426 ze zm.

¹⁸ Dz. U. Nr 4, poz. 8 ze zm., dalej: ustawa z 1980 r.

¹⁹ Dz. U. Nr 74, poz. 368 ze zm., dalej: ustawa o NSA.

korzystał więc z tej kompetencji, a równolegle Sąd Najwyższy nadal stosował środki nadzoru judykacyjnego nad orzecznictwem NSA. Powyższy stan prawny obowiązywał zasadniczo do 1 stycznia 2004 r., tj. do dnia wejścia w życie ustaw wprowadzających reformę sądownictwa administracyjnego.

Przedstawiona wyżej wstępna analiza przepisów konstytucyjnych i ustawowych wykazuje, że kolejne regulacje prawne dotyczące sądownictwa administracyjnego w sposób zasadniczo różny wyznaczały rolę NSA w kształtowaniu jednolitego stosowania prawa w orzecznictwie sądów administracyjnych. Z tego przede wszystkim powodu bardziej szczegółowe ustalenia obejmujące wskazaną wyżej problematykę zostaną przedstawione na tle zmieniających kolejno regulacji prawnych.

Ustawa z dnia 30 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego

W ujęciu ustawy z 1980 r. NSA był sądem jednoinstancyjnym, działającym w Warszawie i w ośrodkach zamiejscowych²⁰. Kontrola NSA dotyczyła zgodności decyzji z prawem. W pierwszym okresie działalności NSA sprawowana przez ten sąd kontrola ograniczona była do badania wyraźnie wymienionych decyzji i to tylko wydanych na podstawie przepisów k.p.a. oraz skarg na bezczynność w powyższych sprawach²¹. W rozważanym okresie zasadnicza zmiana kognicji NSA nastąpiła z dniem 27 maja 1990 r. i była związana w szczególności z uchwaleniem ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym²², ustawy z dnia 22 marca 1990 r. o terenowych organach rządowej administracji ogólnej²³ oraz ustawy z dnia 24 maja 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego²⁴.

²⁰ Ośrodki te nie miały jednak statusu sądów odrębnych od NSA, a w szczególności nie były to sądy niższej instancji. Przypomnijmy, że na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 lutego 1981 r. w sprawie struktury organizacyjnej Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz ustalenia siedzib, właściwości i organizacji ośrodków zamiejscowych tego sądu (Dz. U. Nr 5, poz. 21 ze zm.) utworzono z dniem 1 lipca 1981 r. ośrodki zamiejscowe w Gdańsku, Katowicach, Krakowie, Poznaniu i Wrocławiu. W następnych latach utworzono kolejne ośrodki zamiejscowe i w grudniu 2003 r. działało 14 ośrodków.

²¹ Zob. szerzej A. Zieliński, *Zakres przedmiotowy kompetencji Naczelnego Sądu Administracyjnego*, „Nowe Prawo” 1984, z. 4, s. 5.

²² Dz. U. Nr 16, poz. 95.

²³ Dz. U. Nr 21, poz. 123.

²⁴ Dz. U. Nr 34, poz. 201.

Wprowadzone zmiany polegały m.in. na określeniu właściwości NSA na zasadzie klauzuli generalnej w odniesieniu do decyzji, na objęciu kontrolą niektórych postanowień wydawanych w postępowaniu administracyjnym oraz egzekucyjnym lub zabezpieczającym. Ponadto wprowadzono możliwość wniesienia skargi do NSA na określone w ustawie uchwały organów samorządu terytorialnego, rozstrzygnięcia organu nadzorczego dotyczące gminy, a także na niektóre inne akty²⁵.

Tak ustalona działalność orzecznicza NSA podlegała, jak już wspomniano, nadzorowi Sądu Najwyższego. Przepis art. 5 ustawy z 1980 r. przewidywał następujące środki wykonywania tego nadzoru: 1) rozpoznawanie rewizji nadzwyczajnych od orzeczeń NSA, 2) ustalanie wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej, 3) podejmowanie uchwał zawierających odpowiedzi na pytania prawne. Z dniem 29 grudnia 1989 r. zniesiono instytucję wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej²⁶. Po wejściu w życie powyższej ustawy nadzór judykacyjny był więc sprawowany za pomocą środków wymienionych w pkt 1 i 3.

Podstawowe elementy rewizji nadzwyczajnej regulował art. 210 k.p.a. Przepis ten określał rodzaje orzeczeń, które mogły być zaskarżone rewizją nadzwyczajną, podmioty legitymowane do wniesienia rewizji oraz jej podstawy. W pozostałym zakresie do rewizji nadzwyczajnej wnoszonej od orzeczeń NSA należało stosować, zgodnie z art. 211 k.p.a., przepisy Kodeksu postępowania cywilnego.

W myśl art. 210 k.p.a. uprawnienie do wniesienia rewizji nadzwyczajnych od orzeczeń NSA przysługiwało Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego, Ministrowi Sprawiedliwości i Prokuratorowi Generalnemu PRL. Od wejścia w życie ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich²⁷ z wymienionego środka prawnego mógł korzystać także Rzecznik Praw Obywatelskich. Natomiast w okresie obowiązywania ustawy z 1980 r. legitymacja do wniesienia rewizji nadzwyczajnej nie przysługiwała Prezesowi Naczelnego Sądu Administracyjnego.

²⁵ Zob. szerzej J. Świątkiewicz, *Komentarz do ustawy...*, s. 19, 20; A. Zieliński, *Postępowanie przed NSA w świetle „prawa do sprawiedliwego procesu sądowego”*, PiP 1992, z. 7, s. 18.

²⁶ Zob. art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1989 r. o zmianie ustaw – Prawo o ustroju sądów powszechnych, o Sądzie Najwyższym, o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, o Trybunale Konstytucyjnym, o ustroju sądów wojskowych i Prawo o notariacie (Dz. U. Nr 73, poz. 436).

²⁷ Dz. U. z 1991 r. Nr 109, poz. 471 ze zm.

Według art. 210 k.p.a. rewizja nadzwyczajna służyła od orzeczeń NSA wydanych „ze skargi na decyzję”. W literaturze w związku z tym przyjmowano, że przedmiotem tej rewizji mogą być wyroki, a także postanowienia kończące postępowanie, a więc o odrzuceniu skargi i umorzeniu postępowania²⁸. Pojawił się także pogląd, że rewizja nadzwyczajna nie przysługuje od orzeczeń NSA w sprawach ze skargi na bezczynność organu administracji państwowej. M. Piekarski w uzasadnieniu powyższego stanowiska wskazywał, że według art. 210 k.p.a. rewizja nadzwyczajna przysługuje od orzeczeń NSA „ze skargi na decyzję”, a nie na niewydanie decyzji²⁹. Odmienne stanowisko zajął w tej kwestii Sąd Najwyższy w wyroku z 10 kwietnia 1986 r., III ARN 5/86³⁰, uznając, że w sprawach wymienionych w art. 196 k.p.a. rewizją nadzwyczajną może być zaskarżony wyrok NSA wydany na skutek skargi na bezczynność organu administracji państwowej.

W początkowym okresie obowiązywania ustawy z 1980 r. wyrażano również wątpliwość co do możliwości wniesienia rewizji nadzwyczajnej wyłącznie od uzasadnienia orzeczenia NSA³¹. Jednakże Sąd Najwyższy w wyroku z 19 marca 1982 r., III ARN 3/82³² wyjaśnił, że uzasadnienie orzeczenia NSA może być przedmiotem tej rewizji. Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego podzieliła doktryna³³.

Stosownie do art. 210 k.p.a. podstawę do wniesienia rewizji nadzwyczajnej stanowiło rażące naruszenie prawa lub interesu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Wprawdzie redakcja powyższego przepisu, a zwłaszcza połączenie podstaw rewizji nadzwyczajnej spójnikiem „lub” wydawało się wskazywać, że podstawy te mogą występować razem lub rozłącznie, jednak w literaturze niemal powszechnie przyjmowano, że „naruszenie

²⁸ Zob. np. A. Zieliński w: J. Borkowski, J. Jendrośka, R. Orzechowski, A. Zieliński, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, pod red. J. Borkowskiego, Warszawa 1989, s. 349; J. Borkowski w: B. Adamiak, J. Borkowski, *Polskie postępowanie administracyjne i sądowniczo-administracyjne*, Warszawa 1993, s. 297.

²⁹ M. Piekarski, *Postępowanie z rewizji nadzwyczajnej od orzeczeń Sądu Administracyjnego*, „Nowe Prawo” 1981, z. 9, s. 14.

³⁰ OSNCP 1987, nr 7, poz. 101.

³¹ M. Piekarski, *op. cit.*, 14.

³² OSNCP 1982, nr 10, poz. 154.

³³ Zob. np. J. Borkowski w: B. Adamiak, J. Borkowski, *Polskie postępowanie...*, s. 393; J. Świątkiewicz, *Komentarz do ustawy...*, s. 88; J.P. Tarno, *Naczelnny Sąd Administracyjny a wykładnia prawa administracyjnego*, Warszawa 1999, s. 139.

interesu PRL" nie ma charakteru samoistnej podstawy tej rewizji³⁴. Dominował więc pogląd Sądu Najwyższego, sformułowany na tle procedury cywilnej jeszcze przed wejściem w życie ustawy z 1980 r., przyjmujący, że „naruszenie interesu PRL" stanowi kwalifikowaną formę naruszenia prawa³⁵.

Przyjęta w art. 210 k.p.a. regulacja prawna, a zwłaszcza przyznanie uprawnienia do wniesienia rewizji nadzwyczajnej jedynie wymienionym wyżej podmiotom oraz bardzo wąskie określenie podstaw tej rewizji, miała niewątpliwie istotny wpływ na częstotliwość jej stosowania. Analiza materiału statystycznego dotycząca praktyki wnoszenia rewizji nadzwyczajnych od orzeczeń NSA³⁶ wskazuje, że uprawnione podmioty rzadko sięgały do tego środka nadzoru judykacyjnego. Taką ocenę uzasadnia, jak się wydaje, niski wskaźnik wniesionych rewizji nadzwyczajnych do liczby spraw rozpoznanych przez NSA w danym roku. Otóż w okresie obowiązywania ustawy z 1980 r. wskaźnik ten oscylował wokół 0,5%; najwyższy wskaźnik w 1988 r. wyniósł 0,6%³⁷. W ostatnich 3 latach obowiązywania ustawy z 1980 r. wskaźnik ten systematycznie się obniżał³⁸. W tym samym okresie obserwujemy wyraźny wzrost liczby spraw rozpoznanych przez NSA³⁹, który był niewątpliwie następstwem wspomnianych zmian ustawowych, dokonanych w 1990 r. Przypomnijmy, że zmiany te rozszerzyły katalog spraw podlegających właściwości NSA. Okazuje się więc, że ani wzrost liczby spraw rozpoznanych przez NSA, ani objęcie kontrolą nowych dziedzin prawa administracyjnego nie miały w tym okresie istotniejszego wpływu na częstotliwość wnoszenia rewizji nadzwyczajnych. Przytoczone dane nie mogą stanowić dostatecznej podstawy do ustalenia wpływu rewizji nadzwyczajnych na kształtowanie jednolitego orzecznictwa NSA. W tym bowiem celu byłoby konieczne zbadanie wyroków Sądu Najwyższego wydanych w okresie obowiązywania ustawy z 1980 r. w wyniku rozpoznania rewizji nadzwyczajnych i na tej podstawie ustalenie ich wpływu na orzecznictwo NSA. Jednakże przeprowadzenie wskazanej analizy

³⁴ J. Świątkiewicz, *Komentarz do ustawy...*, s. 87; J.P. Tarno, *op. cit.*, s. 143; A. Zieliński w: J. Borkowski, J. Jendrośka, R. Orzechowski, A. Zieliński, *Kodeks postępowania administracyjnego...*, s. 350.

³⁵ Zob. szerzej J. Krajewski w: *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem; praca zbiorowa*, pod red. naukową J. Jodłowskiego, K. Piaseckiego, Warszawa 1989, t. 2, s. 642.

³⁶ Źródło: *Informacja o działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego* (dalej w skrócie *Informacja*), za lata 1981–1995.

³⁷ *Informacja...*, 1988, s. 58.

³⁸ W roku 1992 wyniósł 0,5%, w 1993 – 0,4%, w 1994 – 0,3%.

³⁹ W 1992 r. NSA rozpoznał 18 851 spraw, w 1993 – 23 144, a w 1994 – 29 829 spraw.

przekraczałyby ramy tego opracowania. Należy zaznaczyć, że wcześniejsze badania dotyczące nadzoru judykacyjnego Sądu Najwyższego nad działalnością NSA nie uwzględniały w całości wskazanego okresu (tj. obowiązywania ustawy z 1980 r.) i z reguły obejmowały zarówno wyroki wydane w związku z rozpoznaniem rewizji nadzwyczajnych, jak i uchwały podjęte w wyniku wystąpień składów orzekających NSA lub innych podmiotów⁴⁰. Na ich podstawie trudno więc sformułować ocenę odnoszącą się tylko do rewizji nadzwyczajnych. Z tych powodów należy jedynie stwierdzić, że z uwagi, jak się wydaje, na przedstawioną wyżej regulację prawną instytucji rewizji nadzwyczajnej wymieniony środek nadzoru judykacyjnego w sprawach rozpoznawanych przez NSA był stosunkowo rzadko stosowany, w związku z czym nie mógł w istotnym stopniu wpływać na orzecznictwo NSA. Należy jednak zauważyć, że przytoczone wcześniej wyroki Sądu Najwyższego: z 19 marca 1982 r., III ARN 3/82,⁴¹ uznający dopuszczalność wniesienia rewizji nadzwyczajnej od uzasadnienia orzeczenia NSA oraz z 10 kwietnia 1986 r., III ARN 5/86⁴², stwierdzający możliwość wniesienia skargi do NSA na bezczynność organu administracji państwowej – zostały wydane w wyniku rozpoznania rewizji nadzwyczajnej.

Według art. 5 ustawy z 1980 r. środkiem nadzoru judykacyjnego były również uchwały Sądu Najwyższego zawierające odpowiedzi na pytania prawne. Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o Sądzie Najwyższym⁴³, obowiązująca w dacie wejścia w życie ustawy z 1980 r., w art. 24 lit. d/ przewidywała podejmowanie przez Sąd Najwyższy uchwał zawierających odpowiedzi na pytania prawne. Z art. 29 ust. 1 tej ustawy wynikało, że uchwały te mają na celu wyjaśnienie przepisów prawnych, które budzą wątpliwości albo których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie. Wniosek o podjęcie uchwały mógł być skierowany tylko przez podmioty wymienione w art. 29 ust. 2 tej ustawy. Uprawnienie to przysługiwało m.in. Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego, Ministrowi Sprawiedliwości, Prokuratorowi Generalnemu, a w sprawach skarg na decyzje administracyjne – Prezesowi NSA. Ustawa o Sądzie Najwyższym z dnia 20 września 1984 r.,

⁴⁰ Zob. np. M. Sychowicz, *Przegląd orzecnictwa Sądu Najwyższego w sprawach skarg na decyzje administracyjne za okres od 1980 r. do 1984 r.*, „Nowe Prawo” 1985, z. 9, s. 73 i nast. oraz *Przegląd orzecnictwa Sądu Najwyższego w sprawach ze skarg na decyzję administracyjną za rok 1985*, „Nowe Prawo” 1987, z. 11–12, s. 114 i nast.

⁴¹ Zob. przypis 31.

⁴² Zob. przypis 29.

⁴³ Dz. U. Nr 11, poz. 54 ze zm.

która uchyliła ustawę z 15 lutego 1962 r.⁴⁴, w zakresie uchwał podejmowanych przez Sąd Najwyższy na wnioski wskazanych podmiotów przyjęła regulację odpowiadającą niemal w całości uchylonym unormowaniom. Sąd Najwyższy podejmował uchwały w składzie siedmiu sędziów, w składzie całej izby, w składzie połączonych izb lub pełnym składzie. Uchwały te nie wiązały składów orzekających NSA, a zatem ich oddziaływanie na praktykę orzecniczą opierało się na autorytecie Sądu Najwyższego.

Drugą kategorią uchwał Sądu Najwyższego podejmowanych w okresie obowiązywania ustawy z 1980 r. były uchwały zawierające odpowiedzi na pytania prawne, przedstawiane przez składy orzekające NSA. Podstawę prawną pytań zgłaszanych przez te składy stanowił art. 391 k.p.c., który zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 211 k.p.a. miał zastosowanie w postępowaniu przed NSA. Regulację dotyczącą powyższych uchwał zawierała również ustawa o Sądzie Najwyższym z 1984 r., która w tym zakresie utrzymała w zasadzie dotychczasowy stan prawny. Sąd Najwyższy podejmował powyższe uchwały w składzie trzech sędziów, a po wejściu w życie ustawy o Sądzie Najwyższym z dnia 20 września 1984 r. – w składzie pięciu sędziów. Skład ten mógł przedstawić zagadnienie do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów. Uchwała rozstrzygająca zagadnienie prawne wiązała sąd w danej sprawie.

Wspomniano już, że uprawnienie składów orzekających NSA do przedstawiania pytań prawnych umożliwiło tym składom pośrednie oddziaływanie na praktykę stosowania przez Sąd Najwyższy jednego z ustawowych środków nadzoru judykacyjnego. Podkreślenia wymaga, że przedmiotem tych pytań były wątpliwości prawne, które pojawiły się przy rozpoznawaniu konkretnej sprawy, a więc w warunkach umożliwiających ujawnienie i ocenę rzeczywistej treści stosowanej normy prawnej, pozwalających tym samym na racjonalne korzystanie z tego uprawnienia.

Dane statystyczne zawarte w kolejnych *Informacjach o działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego* dotyczące pytań prawnych składów orzekających NSA oraz rezultatów tych wystąpień nie stanowią jednolitego materiału. Część wspomnianych *Informacji* obejmuje dane dotyczące liczby skierowanych pytań prawnych oraz podjętych uchwał⁴⁵, a część ogranicza się bądź do liczby przedstawionych pytań prawnych⁴⁶, bądź do liczby

⁴⁴ Dz. U. Nr 45, poz. 241 ze zm.

⁴⁵ Zob. *Informacja...*, 1992.

⁴⁶ Zob. np. *Informacja...*, 1982, 1983, 1984 i 1995.

podjętych uchwał⁴⁷. Badany materiał, mimo wskazanych braków, pozwala na stwierdzenie, że składy orzekające NSA w różnych okresach z różną częstotliwością korzystały z możliwości uruchomienia procedury uchwałodawczej. Ponadto z analizowanych danych wynika dość wyraźnie, że po rozszerzeniu właściwości rzeczowej NSA, które nastąpiło po wejściu w życie wspomnianych wcześniej ustaw z 1990 r., zwiększyła się liczba wystąpień o podjęcie uchwały⁴⁸. Łączyło się to niewątpliwie z objęciem kontrolą NSA nowych aktów organów administracji publicznej i pojawieniem się na tym tle wątpliwości prawnych. Zatem częstsze podejmowanie przez składy orzekające NSA i uprawnione podmioty czynności procesowych mających na celu wyjaśnienie tych wątpliwości w drodze uchwał Sądu Najwyższego stanowiło działanie zmierzające do prawidłowego stosowania wymienionego środka nadzoru judykacyjnego.

Uchwały Sądu Najwyższego podejmowane w okresie obowiązywania ustawy z 1980 r. obejmowały szeroką problematykę prawną. Niektóre z tych uchwał dotyczyły zagadnień prawnych o szczególnej wadze. Niewątpliwie takie znaczenie miała uchwała Izby Cywilnej i Administracji Sądu Najwyższego z 5 lutego 1988 r., AZP 1/88⁴⁹, zawierająca wyczerpującą charakterystykę decyzji administracyjnej w znaczeniu materialnym oraz uchwała składu siedmiu sędziów z 14 czerwca 1991 r., III AZP 2/91⁵⁰, uznająca, że sprawa prowadzona przez organ administracji publicznej w trybie nadzoru jest nową sprawą, chociaż dotyczy tej samej sprawy w znaczeniu materialnym⁵¹. Bez przytaczania dalszych przykładów, w tym także uchwał kwestionowanych przez przedstawicieli doktryny⁵² należy stwierdzić, że

⁴⁷ Zob. np. *Informacja...*, 1985, 1986, 1987 i 1990.

⁴⁸ W roku 1991 skierowano 7 wystąpień o podjęcie uchwały, w 1992 r. – 25, w 1993 r. – 19, w 1994 r. – 8, a w 1995 r. – 29 takich wystąpień (ustawa z 1980 r. obowiązywała do 1 października 1995 r.). Sąd Najwyższy w latach 1992, 1993 i 1994 podjął 78 uchwał wyjaśniających zagadnienia prawne dotyczące prawa administracyjnego (*Informacja...*, 1991 i 1995 nie zawiera takich danych).

⁴⁹ OSPiKA 1989, z. 3, poz. 95.

⁵⁰ OSP 1992, z. 2, poz. 49.

⁵¹ Uchwała dotyczyła art. 14 przepisów wprowadzających k.p.a., który stanowił, że nie podlegają zaskarżeniu do NSA decyzje w sprawach, w których postępowanie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy z 1980 r., tj. przed dniem 1 września 1980 r.

⁵² Zob. np. uchwałę składu siedmiu sędziów z 19 stycznia 1983 r., III AZP 7/82 (OSNCP 1983, nr 8, poz. 197) stwierdzającą w pkt I, że nie można wnieść skargi do NSA na decyzję organu odwoławczego połączoną z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania organowi I instancji. W głosach do powyższej uchwały jej pkt I poddali krytyce: W. Dawidowicz, PiP 1984, z. 2, s. 135 i nast.; Z. Janowicz, PiP 1984,

w wyniku przyjętej w tych uchwałach wykładni najczęściej dochodziło do ujednoczenia orzecznictwa NSA w kwestiach wyjaśnionych przez Sąd Najwyższy⁵³.

Jak już wspomniano, ustawa z 1980 r. nie przewidywała żadnych środków procesowych ujednoczenia orzecznictwa w obrębie NSA. Jednakże nie może budzić wątpliwości, że pewien wpływ na kształtowanie tej jednolitości miały także orzeczenia NSA wydawane w indywidualnych sprawach. Przykładem orzeczenia wydanego w konkretnej sprawie, które ukształtowało późniejsze orzecznictwo NSA, był wyrok tego sądu z 6 lutego 1981 r., 819/80⁵⁴, przyjmujący, że tzw. samoistne uchwały Rady Ministrów, tj. wydawane bez ustawowego upoważnienia, nie mogą stanowić podstawy prawnej decyzji nakładającej obowiązki na obywatela. Z kolei w wyroku z 20 lipca 1981 r., SA 805/81⁵⁵, NSA wprost stwierdził, że przepisy prawa niemające mocy powszechnie obowiązującej nie mogą stanowić podstawy żadnych decyzji administracyjnych, w tym również przyznających uprawnień. Istotny wpływ na jednolitość orzecznictwa miał niewątpliwie również wyrok NSA z 20 lipca 1981 r., 1163/81⁵⁶, wskazujący elementy niezbędne do zakwalifikowania pism urzędowych, zawierających rozstrzygnięcie w sprawie indywidualnej, jako decyzji, oraz wyrok NSA z 4 czerwca 1982 r., I SA 258/82⁵⁷, wyjaśniający, że zasady ogólne postępowania administracyjnego, wyrażone zwłaszcza w art. 7-11 k.p.a., są integralną

z. 2, s. 239 i nast. oraz T. Woś, OSPiKA 1984, z. 10, s. 519 i nast. Stanowisko to podtrzymano w uchwale Calej Izby Cywilnej i Administracji z 15 grudnia 1984 r., III AZP 1/84, ONSCP 1985, nr 10, poz. 144.

⁵³ R. Hauser, A. Kabat, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego...*, s. 5 i 6.

⁵⁴ ONSA 1981, nr 1, poz. 6. Zob. glosy do tego wyroku W. Dawidowicza, OSPiKA 1981, z. 10, s. 470 i nast., H. Starczewskiego, „Problemy Praworządności” 1981, nr 7, s. 67, W. Zakrzewskiego, PiP 1982, z. 8, s. 152 i nast.

⁵⁵ ONSA 1981, nr 2, poz. 70. Zob. szerzej J. Świątkiewicz, *Podstawa prawna uprawniającej decyzji administracyjnej w świetle orzecznictwa NSA*, PiP 1985, z. 5, s. 17 i nast.; A. Zieliński, *Podstawa prawna decyzji administracyjnej*, PiP 1984, z. 3, s. 26 i nast.; M. Niezgódka-Medek, *Pozaustawowe akty normatywne jako podstawa decyzji administracyjnej w świetle orzecznictwa sądu administracyjnego*, „Biblioteka Legislacyjna”, Warszawa 1985, nr 1. Warto podkreślić, że stanowisko NSA zawarte w wyroku z 6 lutego 1981 r. zostało zaakceptowane przez Trybunał Konstytucyjny już w pierwszym orzeczeniu tego organu z 28 maja 1986 r., U 1/86 (OTK 1986, poz. 2), potwierdzonym i rozwiniętym w kolejnych orzeczeniach Trybunału, zob. szerzej R. Hauser, A. Kabat, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w praktyce Naczelnego Sądu Administracyjnego*, w: *Działalność orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego*, pod red. A. Jankiewicza, Warszawa 1994, s. 20.

⁵⁶ OSPiKA 1982, z. 9–10, poz. 169 z glosą J. Borkowskiego.

⁵⁷ OSPiKA 1983, z. 6 z glosą E. Ochendowskiego.

częścią przepisów procedury administracyjnej i są dla organów administracji wiążące na równi z innymi przepisami tej procedury.

Szczególny wpływ na praktykę orzecniczą NSA miały wyroki tego sądu wydane z uwzględnieniem postanowień Konstytucji. Podkreślenia w związku z tym wymaga, że NSA niemal od początku podjęcia działalności orzeczniczej stosował Konstytucję, traktując ją nie tylko jako dyrektywę interpretacyjną przepisów prawa administracyjnego, lecz przyjmując ją za podstawę rozstrzygnięć, zwłaszcza w wypadku kolizji pomiędzy aktami niższego i wyższego rzędu⁵⁸. Jest oczywiste, że szczególna ranga aktu prawnego stanowiącego podstawę tych wyroków powodowała, że przyjęta w nich wykładnia była respektowana przez inne składy orzekające NSA.

W literaturze prawniczej dość powszechnie podnoszono, że stosowany w okresie obowiązywania ustawy z 1980 r. system środków nadzoru sądowego „uzupełniany” orzecznictwem NSA wymaga zmiany⁵⁹. Stanowisko to uzasadniano przede wszystkim stale zwiększającą się liczbą spraw wpływających do NSA, które, jak podnoszono, z uwagi na obszerny zakres i specyfikę prawa administracyjnego wymagają szczególnej specjalizacji⁶⁰. Wśród zgłaszanych propozycji wskazywano na celowość wprowadzenia instytucjonalnych rozwiązań w procedurze obowiązującej w samym sądzie administracyjnym. J. Świątkiewicz, podzielając te poglądy, wyraził obawę, że takie rozwiązanie może nasuwać wątpliwości z uwagi na treść art. 61 ust. 1 Konstytucji z 1952 r., który jak już wspomniano przyjmował, że Sąd Najwyższy sprawuje nadzór nad działalnością wszystkich sądów, a więc także nad NSA. Autor uważał, że pewną możliwość stwarzał ust. 2 tego artykułu, który stanowił, że tryb wykonywania tego nadzoru określa ustawa. Według J. Świątkiewicza ustawa mogłaby przewidzieć również „procesowe środki ujednolicania orzecznictwa w obrębie NSA, nie prze-

⁵⁸ Zob. szerzej K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy PRL*, „Studia Prawnicze” 1988, nr 4; A. Zieliński, *Wkład Naczelnego Sądu Administracyjnego w kształtowanie zasady bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy*, w: *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005*, pod red. J. Górala, R. Hausera, J. Trzcíńskiego, Warszawa, 2005, s. 461 i nast. oraz *Sprzeczność aktu normatywnego niższego rzędu z ustawą w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 11–12.

⁵⁹ Zob. np. Z. Janowicz, *Sąd administracyjny lat dziewięćdziesiątych*, RPEiS 1999, nr 3, s. 10, 11.

⁶⁰ J. Świątkiewicz, *Sądownictwo administracyjne w Polsce de lege ferenda*, PiP 1993, z. 10, s. 15.

sądzając kwestii, jak przyszła konstytucja unormuje sprawę struktury wymiaru sprawiedliwości, w tym relacji między SN a NSA⁶¹.

Regulację prawną odpowiadającą co do zasady przedstawionej propozycji ustanowiła ustawa o NSA z dnia 11 maja 1995 r.⁶²

Ustawa z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym

Ustawa o NSA rozszerzyła zakres właściwości sądu. Kontrola tego sądu objęła dodatkowo m.in. wszystkie postanowienia wydane w postępowaniu administracyjnym, na które służyło zażalenie, kończące postępowanie albo rozstrzygające sprawę co do istoty, a także inne (niż decyzje i postanowienia) akty lub czynności z zakresu administracji publicznej w sprawach przyznania, stwierdzenia albo uznania uprawnienia lub obowiązku, wynikających z przepisów prawa. Ustawa przewidywała również skargę na bezczynność organów we wszystkich sprawach indywidualnych, w których prawne formy działania administracji podlegały kontroli sądowej⁶³.

W ujęciu ustawy o NSA z 1995 r. Naczelny Sąd Administracyjny był nadal sądem jednoinstancyjnym, działającym w Warszawie i w ośrodkach zamiejscowych.

Wymieniona ustawa wprowadziła zmiany w strukturze NSA. Z punktu widzenia rozważanej problematyki istotne znaczenie miało utworzenie w NSA dwóch izb: Izby Finansowej i Izby Ogólnoadministracyjnej. Do zadań tych izb należało bowiem podejmowanie uchwał rozstrzygających zagadnienia prawne przedstawiane przez składy orzekające NSA i udzielanie odpowiedzi na pytania prawne kierowane przez samorządowe kolegia odwoławcze⁶⁴.

Przepis art. 49 ust. 2 ustawy o NSA pozwalał, w sytuacji gdy w sprawie pojawiła się wątpliwość prawna, wystąpić składowi orzekającemu do Prezesa NSA o ich wyjaśnienie przez skład siedmiu sędziów, izby lub połączonych izb. Literalne brzmienie art. 49 ust. 4 ustawy o NSA wskazywało,

⁶¹ Tamże.

⁶² Zob. przypis 18.

⁶³ Zob. szerzej; J. Świątkiewicz, *Komentarz do ustawy ...*, s. 47–55.

⁶⁴ Ustawa z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 169, poz. 1387) w art. 8 pkt 1 przewidywała kierowanie pytań prawnych przez organy podatkowe. Jednakże w praktyce nie doszło do podjęcia uchwały na skutek pytań zgłoszonych przez wymienione organy, zob. szerzej R. Hauser, A. Kabat, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego...*, s. 22.

że Prezes NSA był związany wnioskiem składu orzekającego zarówno co do przedstawienia do rozstrzygnięcia wątpliwej kwestii prawnej, jak i w zakresie dotyczącym zespołu sędziowskiego wyjaśniającego daną wątpliwość⁶⁵. Instytucję uchwał zawierających odpowiedzi na pytania prawne samorządowych kolegiów odwoławczych regulowały przepisy art. 18 ust. 2 i art. 50 ustawy o NSA oraz art. 22 ust. 2-5 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o samorządowych kolegiach odwoławczych⁶⁶.

Wymieniona ustawa nie wprowadziła natomiast uchwał NSA podejmowanych na wniosek innych podmiotów.

W literaturze wyrażono pogląd, że w następstwie zmiany stanu prawnego, jaka nastąpiła w związku z wejściem w życie ustawy o NSA, została wyłączona możliwość występowania przez składy orzekające NSA z wnioskami o rozstrzygnięcie zagadnień prawnych przez Sąd Najwyższy. Wskazywano, że stosownie do art. 13 pkt 4 ustawy o Sądzie Najwyższym z 1984 r. do przedstawiania temu sądowi zagadnień prawnych, o których mowa w art. 13 pkt 4 tej ustawy, uprawnione są sądy określone w przepisach szczególnych oraz składy orzekające Sądu Najwyższego. Jak wspomniano wcześniej, w okresie obowiązywania ustawy z 1980 r. przyjmowano, że w odniesieniu do NSA regulację taką zawierał art. 391 k.p.c. Ustawa o NSA nie przyjęła takiego rozwiązania, natomiast art. 49 ust. 2 tej ustawy ustalał odrębną procedurę wyjaśniania zagadnień przez NSA. J. Świątkiewicz uznał więc, że brak jest podstaw do przyjęcia, że art. 391 k.p.c. w dalszym ciągu reguluje tę materię w odniesieniu do składów orzekających NSA⁶⁷. Podobne stanowisko zajął NSA w uchwale z 10 czerwca 1996 r., OSP 3/96⁶⁸, wyjaśniając dodatkowo, że po nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego, dokonanej ustawą z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw⁶⁹, składy orzekające NSA nie mogły kierować do Sądu Najwyższego wspomnianych wniosków również w sprawach, w których skarga została wniesiona przed dniem wejścia w życie ustawy o NSA.

⁶⁵ Tamże, s. 14.

⁶⁶ Dz. U. z 2001 r. Nr 79, poz. 856 ze zm.

⁶⁷ J. Świątkiewicz, *Komentarz do ustawy...*, s. 82; T. Woś, *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 1996, s. 28; J.P. Tarno, *Naczelny Sąd Administracyjny a wykładnia...*, s. 157.

⁶⁸ ONSA 1997, nr 1, poz. 2.

⁶⁹ Dz. U. Nr 43, poz. 189.

Powyższe stanowisko zostało zakwestionowane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 26 września 1996 r., III AZP 2/96⁷⁰. W orzeczeniu przypomniano, że stosownie do art. 61 Konstytucji z 1952 r. Sąd Najwyższy jest naczelnym organem sądowym i sprawuje nadzór nad działalnością wszystkich sądów w zakresie orzecznictwa. Tryb wykonywania tego nadzoru określony w art. 5 ust. 2 i 13 pkt 4 ustawy o Sądzie Najwyższym z 1984 r. nie został zmieniony. Ustawa o NSA nie reguluje możliwości zwracania się do Sądu Najwyższego przez składy orzekające NSA o rozstrzygnięcie wspomnianych zagadnień prawnych. Uchwała stwierdziła więc, że Sąd Najwyższy jest nadal obowiązany do udzielania odpowiedzi na przedstawione przez składy orzekające NSA pytania na podstawie art. 59 ustawy o NSA w związku z art. 390 § 1 k.p.c.⁷¹ Stanowisko przyjęte w uchwale zupełnie więc pomijało fakt, że ustawa o NSA wprowadziła rozwiązanie przewidujące wyjaśnianie wątpliwości prawnych w obrębie NSA, co – jak wskazano wyżej – wydawało się wykluczać stosowanie art. 390 § 1 k.p.c. według reguły sformułowanej w art. 59 tej ustawy⁷².

Przechodząc do uwag dotyczących bezpośrednio działalności uchwałodawczej NSA chciałbym wskazać, że zarówno składy orzekające NSA, jak i samorządowe kolegia odwoławcze dość często korzystały z możliwości uruchomienia procedury wyjaśniania wątpliwości prawnych w drodze tych uchwał. W okresie od 1 października 1995 r. (data wejścia w życie ustawy o NSA) do 31 grudnia 2003 r. składy orzekające NSA przedstawiły, w trybie art. 49 ust. 2 ustawy o NSA, do wyjaśnienia istotne wątpliwości prawne w 219 sprawach. Naczelny Sąd Administracyjny podjął ogółem 179 uchwał wyjaśniających przedstawione wątpliwości prawne, a w pozostałych wypadkach odmówił wyjaśnienia zgłoszonych wątpliwości. W podanym wyżej okresie samorządowe kolegia odwoławcze skierowały do NSA 339 pytań prawnych. Naczelny Sąd Administracyjny podjął 178 uchwał zawierających odpowiedzi na zgłoszone pytania prawne. W pozostałych sprawach podjęto uchwały o odmowie udzielenia odpowiedzi⁷³.

Przedmiotem tych uchwał była zarówno problematyka procesowa, jak i materialnoprawna. Z reguły dotyczyły one zagadnień prawnych o dużym ciężarze gatunkowym, w związku z czym podana w nich wykładnia kształtowała niejednokrotnie orzecznictwo w kwestiach prawnych o pod-

⁷⁰ OSNAPiUS 1997, nr 1, poz. 1.

⁷¹ Zob. art. 1 pkt 44 ustawy wymienionej w przypisie 67.

⁷² Szerzej zob. R. Hauser, A. Kabat, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego...*, s. 7–9.

⁷³ *Informacja...*, 1995–2004.

stawowym znaczeniu dla praktyki sądów administracyjnych i organów administracji publicznej.

Wśród uchwał wyjaśniających wątpliwości prawne, które wystąpiły na tle przepisów regulujących postępowanie sędziowsko-administracyjne, wymienić należy uchwałę z 9 grudnia 1996 r., OPS 4/96⁷⁴, w której NSA dokonał wykładni art. 34 ust. 1 ustawy o NSA w wypadku, gdy decyzja nie podlega zaskarżeniu w drodze odwołania i jedynym środkiem jej weryfikacji jest procedura ponownego rozpatrzenia sprawy przez ten sam organ. Stanowisko NSA, który przyjął, iż w podanej sytuacji skargę do NSA można wnieść po wyczerpaniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy określonego w art. 127 § 3 k.p.a., usunęło wątpliwości, jakie pojawiły się w tym zakresie zarówno w praktyce, jak i w literaturze. Naczelny Sąd Administracyjny podjął także uchwałę wyjaśniającą kompetencję organu administracji publicznej w ramach autokontroli przewidzianej w art. 38 ust. 2 ustawy o NSA⁷⁵ oraz uchwałę ustalającą sens określenia „w granicach danej sprawy”, użytego w art. 29 ustawy o NSA, jako elementu wyznaczającego granice orzekania sądu administracyjnego⁷⁶.

Uchwały NSA dotyczyły ponadto istotnych kwestii z zakresu postępowania administracyjnego, jak pojęcia strony postępowania⁷⁷, decyzji administracyjnej⁷⁸ oraz współdziałania organów administracji publicznej, o którym mowa w art. 106 k.p.a.⁷⁹, a także wyjaśniały różne zagadnienia prawne, występujące na tle szeroko pojmowanego materialnego prawa administracyjnego.

Wprawdzie zgodnie z art. 49 ust. 5 ustawy o NSA uchwały tego sądu wiążą jedynie w danej sprawie, jednakże istnieją podstawy do oceny, że zakres stosowania zawartej w nich wykładni jest znacznie szerszy. Obserwacja praktyki orzeczniczej NSA oraz organów administracji publicznej wykazuje, że wspomniana wykładnia jest przez nie z reguły uwzględniana

⁷⁴ ONSA 1997, nr 2, poz. 44.

⁷⁵ Uchwała z 5 lipca 1999 r., FPS 20/98, ONSA 1999, nr 4, poz. 120.

⁷⁶ Uchwała z 27 czerwca 2000 r., FPS 12/99, ONSA 2001, nr 1, poz. 7.

⁷⁷ Por. m.in. uchwały: z 25 września 1995 r., VI SA 13/95, ONSA 1995, nr 4, poz. 154; z 11 maja 1998 r., FPS 5/98, ONSA 1998, nr 4, poz. 107; i z 24 czerwca 2002 r., FPS 7/02, ONSA 2003, nr 1, poz. 9.

⁷⁸ Por. m.in. uchwały: z 25 października 1999 r., OPK 29/99, ONSA 2000, nr 1, poz. 14; z 15 października 1999 r., OPK 24/99, ONSA 2000, poz. 53 i z 4 grudnia 2000 r., FPS 10/00, ONSA 2001, poz. 56.

⁷⁹ Por. m.in. uchwały: z 18 września 1995 r., VI SA 10/95, ONSA 1995, nr 4, poz. 152; z 11 maja 1998 r., OPK 3/98, ONSA 1998, nr 4, poz. 114 i z 9 listopada 1998 r., OPS 8/98, ONSA 1999, nr 1, poz. 7.

przy rozstrzygnięciu rozpoznawanych spraw i raczej do wyjątków należą wypadki, w których właściwy organ jej nie uwzględni.

Należy zauważyć, że wpływ na kształtowanie orzecznictwa sądowno-administracyjnego miały nadal rozstrzygnięcia NSA podejmowane w związku z rozpoznawaniem konkretnych skarg, zwłaszcza wyroki, w których sąd stosował przepisy konstytucyjne⁸⁰.

Wspomniano już, że po wejściu w życie ustawy o NSA Sąd Najwyższy nadal rozpoznawał rewizje nadzwyczajne od orzeczeń NSA. Regulując tę materię art. 57 ust. 2 ustawy o NSA wymieniał podmioty legitymowane do wniesienia rewizji nadzwyczajnej oraz jej podstawy. Przewidziana w wymienionym przepisie lista podmiotów uprawnionych do wniesienia rewizji nadzwyczajnej została rozszerzona o Prezesa NSA. Podstawę rewizji nadzwyczajnej mogło stanowić tylko rażące naruszenie prawa lub interesu Rzeczypospolitej Polskiej. Podobnie jak w okresie obowiązywania ustawy z 1980 r. uprawnione podmioty raczej rzadko korzystały z wymienionego środka nadzoru judykacyjnego⁸¹.

Ustawy ustanawiające dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne

Od 1 stycznia 2004 r., tj. daty wejścia w życie ustaw wymienionych w pkt I tego opracowania⁸², istnieje w Polsce dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne. Ustanowienie dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego stanowiło realizację postanowień Konstytucji RP, a w szczególności jej art. 176 i 184⁸³.

Jak wiadomo, w myśl z art. 2 p.u.s.a. sądami administracyjnymi są Naczelny Sąd Administracyjny oraz wojewódzkie sądy administracyjne. Przepis art. 3 § 1 p.u.s.a. stanowi, że sprawy należące do właściwości sądów administracyjnych rozpoznają, w pierwszej instancji, wojewódzkie sądy administracyjne. Natomiast NSA, stosownie do art. 3 § 2 p.u.s.a., sprawuje

⁸⁰ Zob. publikacje wymienione w przypisie 57, a także A. Kabat, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, w: *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej*, pod red. K. Działochy, Warszawa 2005, s. 85 i nast.

⁸¹ Najwyższy wskaźnik wniesionych rewizji nadzwyczajnych do liczby spraw rozpoznanych w danym roku.

⁸² Zob. ustawy, których dotyczą przypisy 14–16.

⁸³ W kwestii konstytucyjnych podstaw dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego zob. m.in. J. Borkowski, *Ustawy o dwuinstancyjnym sądownictwie administracyjnym*, cz. I, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 7, s. 298, 299; R. Hauser, *Przekształcenia modelu...*, s. 96–98.

nadzór nad działalnością WSA w zakresie orzekania. Zgodnie z powołanym przepisem nadzór ten sprawowany jest w szczególności przez rozpoznawanie środków odwoławczych (skarg kasacyjnych i zażaleń) od orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych oraz przez podejmowanie uchwał wyjaśniających zagadnienia prawne.

Charakter, podstawa prawna oraz funkcje poszczególnych środków nadzoru wymienionych w art. 3 § 2 p.u.s.a. sprawiają, że są one stosowane w różnych, ściśle określonych przez ustawę, sytuacjach procesowych. Warunkiem prawidłowego wykonywania przez NSA nadzoru judykacyjnego jest więc racjonalne stosowanie ustanowionych w tym celu środków prawnych, uwzględniające w należyтым stopniu funkcję i rolę konkretnego środka w realizacji określonych przez ustawodawcę zadań⁸⁴.

Środki odwoławcze, o których mowa w art. 3 § 2 p.u.s.a., stanowią skarga kasacyjna i zażalenie. Są to instytucje procesowe służące do weryfikacji nieprawomocnych orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych. Rozpoznanie przez NSA powyższych środków odwoławczych stanowi wykonywanie nadzoru, o którym mowa w art. 3 § 2 p.u.s.a., i zmierza do realizacji celów tego nadzoru.

W literaturze podkreśla się, że w postępowaniu przed NSA skarga kasacyjna łączy zarówno funkcję środka ochrony interesu jednostki, jak i funkcję ochrony interesu publicznego. Pierwsza z tych funkcji realizowana jest poprzez samą możliwość poddania kontroli NSA orzeczenia WSA. Natomiast funkcja ochrony interesu publicznego wyraża się w możliwości zapewnienia jednolitej wykładni prawa⁸⁵. Jednym z warunków skutecznego stosowania analizowanego środka nadzoru jest właściwa regulacja prawna skargi kasacyjnej, obejmująca w szczególności określenie podmiotów legitymowanych do wniesienia tej skargi oraz jej podstaw.

Zgodnie z art. 173 § 1 p.p.s.a. skarga kasacyjna przysługuje od wydanego przez WSA wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Powyższy środek odwoławczy przysługuje na równi stronom postępowania, a więc skarżącemu oraz organowi, którego działania lub bezczynności skarga dotyczy (art. 32 p.p.s.a.), a także prokuratorowi i Rzecznikowi Praw Obywatelskich. Skargę kasacyjną można oprzeć jedynie na podstawach określonych w ustawie.

⁸⁴ Zob. A. Kabat, Glosa do wyroku składu siedmiu sędziów NSA z 15 października 2008 r., II GSK 494/07, ZNSA 2009, nr 5, s. 164.

⁸⁵ B. Gruszczyński w: B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 459.

Stanowią je: a) naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, b) naruszenie przepisów postępowania, jeżeli uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy (art. 174 pkt 1 i 2 p.p.s.a.).

Instytucja skargi kasacyjnej była przedmiotem dość licznych orzeczeń NSA⁸⁶ oraz wypowiedzi przedstawicieli doktryny⁸⁷. Spośród stanowisk zawartych w orzeczeniach NSA należy przede wszystkim wymienić uchwałę NSA w pełnym składzie z 26 października 2009 r., I OPS 10/09⁸⁸, w której zawarto szczegółową analizę uprawnień orzeczniczych sądów administracyjnych oraz niemal całość problematyki związanej z instytucją skargi kasacyjnej. Należy oczekiwać, że przyjęta w tej uchwale wykładnia wpłynie korzystnie na praktykę związaną z wnoszeniem i rozpoznawaniem przez NSA skarg kasacyjnych.

Z analizy materiału statystycznego za lata 2004–2009⁸⁹ wynika, że strony i inne uprawnione podmioty stosunkowo często korzystały z możliwości wniesienia skargi kasacyjnej. Wskaźnik wniesionych skarg kasacyjnych, wyrażający stosunek tych skarg do liczby spraw załatwionych przez WSA, w kolejnych latach wskazanego okresu wyniósł: w 2004 r. – 7,5%, w 2005 r. – 10,9%, w 2006 r. – 13,2%, w 2007 r. – 14,2%, w 2008 r. – 17,4% i w 2009 r. – 18,5%. Okazuje się więc, że w omawianym okresie wskaźnik ten stale zwiększał się, przy czym w latach 2008 i 2009 skala tego wzrostu jest wyraźna. Badany materiał statystyczny nie umożliwia wskazania przyczyn powyższego stanu; mogą być one różne. Można jednak przypuszczać, że stan ten wynika zarówno z kwestionowania w drodze skargi kasacyjnej rzeczywiście wadliwych orzeczeń, jak i korzystania z tego środka w wypadku jedynie subiektywnego przekonania strony o zbyt rygorystycznej lub wadliwej i naruszającej jej interesy wykładni prawa przyjętej przez WSA w danej sprawie.

Wskazane wyżej, dość częste korzystanie przez uprawnione podmioty z możliwości wniesienia skargi kasacyjnej wyznaczało jednocześnie zakres postępowania związanego z rozpoznaniem tych skarg przez NSA. Szeroki zakres tego postępowania stworzył dobre warunki do realizacji wymie-

⁸⁶ Zob. np. orzeczenia podane przez B. Gruszczyńskiego w: *iw.*, s. 458 i nast.

⁸⁷ Część przedstawicieli doktryny krytycznie ocenia sposób unormowania skargi kasacyjnej w p.p.s.a. Podnoszone zarzuty oraz zgłaszane wnioski *de lege ferenda* przedstawia H. Knysiak-Molczyk, zob. H. Knysiak-Molczyk, *Skarga kasacyjna w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, Warszawa 2009.

⁸⁸ ONSAiWSA 2010, nr 1, poz. 1.

⁸⁹ *Informacja...*, 2004–2009.

nionych wyżej funkcji tego środka nadzoru, w tym także ochrony interesu publicznego. Wprawdzie zgodnie z art. 190 p.p.s.a. wykładnia prawa dokonana przez NSA wiąże tylko sąd, któremu sprawa została przekazana, jednakże obserwacja praktyki wskazuje, że poglądy prawne sformułowane w orzeczeniach NSA, zwłaszcza dotyczące ważnych kwestii prawnych, są najczęściej uwzględniane w orzecznictwie sądów administracyjnych.

Stosownie do art. 191 p.p.s.a. drugi z wymienionych środków odwoławczych – zażalenie – przysługuje na postanowienie WSA w przypadkach przewidzianych w ustawie, a ponadto na postanowienia wymienione w § 1 pkt 1–10 powyższego przepisu. Dostępne orzecznictwo NSA dotyczące orzeczeń podejmowanych w związku z rozpoznawaniem zażaleń także wskazuje na wpływ tych rozstrzygnięć na praktykę stosowania prawa przez sądy administracyjne.

Wprawdzie ujednoclenie orzecznictwa sądów administracyjnych następuje za pomocą wszystkich środków nadzoru przewidzianych w art. 3 § 2 p.u.s.a., jednak jest niewątpliwe, że szczególną rolę należy przyznać w tym zakresie działalności uchwałodawczej NSA. Działalność ta obejmuje nie tylko uchwały wyjaśniające zagadnienia prawne, które zgodnie z art. 3 § 2 p.u.s.a. stanowią jeden ze środków nadzoru, lecz także uchwały wyjaśniające przepisy prawne, których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie, a więc podejmowane poza ramami tego nadzoru.

Przypomnijmy, że art. 15 § 1 pkt 2 i 3 p.p.s.a. pozwala na wyróżnienie dwóch kategorii uchwał podejmowanych przez NSA: a) uchwały abstrakcyjne, b) uchwały konkretne.

Zgodnie z art. 15 § 1 pkt 1 p.p.s.a. uchwały abstrakcyjne podejmowane są w celu wyjaśnienia przepisów prawnych, których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych. Ich przedmiotem są więc wątpliwości prawne, które nie mają bezpośredniego związku z postępowaniem toczącym się w indywidualnej sprawie sądowoadministracyjnej. Natomiast w myśl art. 15 § 1 pkt 2 p.p.s.a. przedmiotem uchwał konkretnych mogą być tylko wątpliwości prawne, które wystąpiły przy rozpoznawaniu skargi kasacyjnej (zażalenia), a więc wykazujące ścisły związek z postępowaniem w indywidualnej sprawie zawisłej przed NSA⁹⁰.

⁹⁰ W kwestii przesłanek uchwał abstrakcyjnych i konkretnych oraz trybu podejmowania uchwał przez NSA zob. A. Skoczylas, *Działalność uchwałodawcza Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2004, s. 100 i nast.; R. Hauser, A. Kabat, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego...*, s. 29 i nast.; A. Kabat, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego podjęte w latach 2004–2007*, ZNSA 2008, nr 6, 14 i nast.

Z wnioskiem o podjęcie uchwały abstrakcyjnej mogą wystąpić jedynie Prezes NSA, Prokurator Generalny i Rzecznik Praw Obywatelskich, a z wnioskiem o podjęcie uchwały konkretnej – skład orzekający NSA rozpoznający skargę kasacyjną (zażalenie).

W latach 2004–2009 składy orzekające NSA oraz uprawnione podmioty złożyły ogółem 145 wniosków o podjęcie uchwały⁹¹. W podanym okresie liczba tych wniosków systematycznie zwiększała się i w roku 2009 objęła 42 wnioski⁹².

Zgłaszane wnioski zmierzały głównie do podjęcia uchwał konkretnych, gdyż w 108 sprawach o podjęcie uchwały wystąpiły składy orzekające NSA. Uprawnione podmioty złożyły ogółem 37 wniosków, z czego 18 w 2009 roku.

Naczelny Sąd Administracyjny rozpoznał w badanym okresie 136 wniosków. W 108 sprawach podjął uchwały, a w pozostałych bądź na podstawie art. 187 § 3 p.p.s.a. przejął sprawę do rozpoznania przez skład siedmiu sędziów, bądź odmówił podjęcia uchwały.

Uchwały NSA podjęte w latach 2004–2009 obejmowały szeroką problematykę prawną – zarówno procesową, jak i materialnoprawną⁹³.

Uchwały „procesowe” obejmowały głównie zagadnienia pojawiające się na tle przepisów regulujących postępowanie przed sądami administracyjnymi. Przepisy procedur administracyjnych stanowiły przedmiot uchwał najczęściej wówczas, gdy ich wykładnia łączyła się ściśle z konkretnymi unormowaniami p.p.s.a.

Istotne znaczenie w kształtowaniu jednolitego stosowania prawa przez sądy administracyjne mają uzasadnienia uchwał. Dotychczasowa praktyka uchwałodawcza NSA ukształtowała model uzasadnienia uchwały, „uzupełniając” w tym zakresie p.p.s.a., które pominęło tę problematykę. Otóż według przyjętych zasad każde uzasadnienie poza częścią historyczną zawiera szczegółowe rozważania przedstawiające argumenty i przesłanki, które doprowadziły NSA do stanowiska sformułowanego w uchwale. W ramach tych rozważań NSA z reguły wskazuje rodzaje stosowanych wykładni, treść wypływających z nich wniosków (rezultaty wykładni) oraz ich znaczenie dla wyjaśnianego zagadnienia prawnego. Uzasadnienia uchwał zawierają niemal zawsze szczegółową analizę orzecznictwa sądowo-

⁹¹ *Informacja...*, 2004–2009.

⁹² W 2004 r. złożono 4 wnioski, w 2005 r. – 15, w 2006 r. – 21, w 2007 r. – 27, w 2008 – 31 i w 2009 r. – 42 wnioski.

⁹³ Zob. szerzej A. Kabat, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego podjęte w latach 2004–2007...*, s. 21–27, oraz *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego podjęte w latach 2008–2009*, ZNSA 2010, nr 4, s. 20–30.

administracyjnego, a także łączące się z tym orzecznictwem wypowiedzi przedstawicieli doktryny. Istotną cechą uchwał, charakterystyczną dla ich uzasadnień, jest dość szerokie uwzględnianie postanowień Konstytucji RP, a także coraz częstsze sięganie do prawa wspólnotowego.

Uchwała konkretna, stosownie do art. 187 § 2 p.p.s.a., jest w danej sprawie wiążąca. Natomiast uchwały abstrakcyjne oraz uchwały konkretne mają ogólną moc wiążącą, która wynika z art. 269 § 1 p.p.s.a. Przepis ten bowiem ustala sformalizowany tryb umożliwiający składom orzekającym sądów administracyjnych odstępianie od stanowiska zajętego w uchwale abstrakcyjnej lub konkretnej. Wynikająca z art. 269 p.p.s.a. ogólna moc wiążąca wszystkich uchwał NSA sprowadza się w istocie do tego, że dopóki nie nastąpi zmiana stanowiska zajętego w uchwale tego sądu, wszystkie składy orzekające sądów administracyjnych powinny je respektować⁹⁴. Powyższe unormowanie niewątpliwie wzmacnia wpływ uchwał na praktykę orzecniczą sądów administracyjnych.

Uwagi końcowe

Naczelny Sąd Administracyjny niemal od pierwszych dni działalności orzeczniczej podejmował czynności zmierzające do zapewnienia jednolitości orzecznictwa. Wprawdzie w okresie obowiązywania ustawy z 1980 r. możliwości NSA były w tym zakresie ograniczone kompetencjami nadzorczymi Sądu Najwyższego, jednakże powyższy stan prawny, a także brak stosownych unormowań w obrębie NSA nie stanowiły przeszkody do podejmowania działań niezbędnych do ujednoczenia orzecznictwa. W tym celu składy orzekające NSA inicjowały podejmowanie przez Sąd Najwyższy uchwał oraz dokonywały wykładni prawa w orzeczeniach podejmowanych w sprawach indywidualnych. Istotne znaczenie rozstrzyganych przez NSA problemów prawnych, a także częste uwzględnianie w przyjmowanej wykładni przepisów konstytucyjnych powodowało, że powyższa praktyka NSA miała bardzo duży wpływ na prawidłowe stosowanie prawa administracyjnego. Następnie w okresie obowiązywania ustawy o NSA sąd ten często korzystał z instytucji uchwał, które z uwagi na szeroki

⁹⁴ A. Skoczyła, *Moc wiążąca uchwał NSA a prawa jednostki*, w: *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, pod red. naukową J. Filipka, Bielsko-Biała 2003, s. 601; R. Hauser, A. Kabat, *Uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego...*, s. 37; A. Kabat, *Moc wiążąca uchwał Naczelnego Sądu Administracyjnego*, w: *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 280.

zakres wyjaśnianych zagadnień prawnych odegrały ważną rolę w procesie ujednolicania orzecznictwa. Po wejściu w życie ustaw ustanawiających w Polsce dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne i wyposażenie NSA w środki nadzoru judykacyjnego, rola tego sądu w zakresie zapewnienia zgodnego z prawem i jednolitego orzecznictwa WSA jest szczególnie ważna. Z obserwacji działalności NSA wynika, że przewidziane w ustawie środki nadzoru są stosowane racjonalnie. Szczególnego jednak podkreślenia wymaga szerokie wykorzystywanie przez NSA działalności uchwałodawczej do zagwarantowania stronie postępowania przysługujących jej uprawnień procesowych, a przede wszystkim konstytucyjnego prawa do sądu.

JAN CHMIELEWSKI

Wykładnia autentyczna w praktyce orzeczniczej sądów administracyjnych¹

1. Wprowadzenie

Integralnym elementem stosowania prawa jest jego wykładnia, bez której urzeczywistnianie norm o charakterze generalno-abstrakcyjnym byłoby nie tylko niezwykle trudne, ale w istocie niemożliwe. Stąd też wykładnia prawa – pojmowana jako czynności oraz rozumowania zmierzające do rekonstrukcji normy prawnej z określonych faktów normotwórczych² – stanowi węzłowe zagadnienie praktyki oraz teorii prawa. Z jednej strony, o czym była mowa przed chwilą, wykładnia prawa czyni możliwą (prawidłową) realizację norm prawa materialnego, z drugiej natomiast strony jest ona przedmiotem pogłębionej refleksji prawoznawstwa, w szczególności zaś – ogólnej teorii prawa³.

Jednocześnie – zwłaszcza na płaszczyźnie teoretycznej (ale nie tylko) – rysują się rozmaite podejścia do koncepcji wykładni, sposoby jej rozumienia, podziały czy typologie. Innymi słowy, wykładnia prawa jest tym zagadnieniem, które ma „notoryjnie sporny charakter”⁴ i wokół którego toczy się dyskusja przedstawicieli różnych dyscyplin, gałęzi oraz dziedzin prawa⁵.

¹ „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, nr 3.

² L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2004, s. 109.

³ M. Zieliński, *Współczesne problemy wykładni prawa*, PiP 1996, z. 8–9, s. 5.

⁴ K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 13.

⁵ Jak stwierdza M. Rączka, problem wykładni ma charakter uniwersalny. M. Rączka, *Wykładnia prawa konstytucyjnego*, w: *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, pod red. L. Morawskiego, Toruń 2005, s. 15.

Niewątpliwie ważnym wątkiem tej dyskusji jest problematyka dotycząca jednego z typów (rodzajów) wykładni, a mianowicie wykładni autentycznej. Podejście do tej wykładni oraz jej percepcja przez badaczy i praktyków prawa charakteryzuje się skrajnie odmiennymi stanowiskami, tj. od poglądu, że jest ona pełnoprawną metodą interpretacji przepisów, poprzez uznanie jej jedynie subsydiarnego charakteru, aż do założenia, w myśl którego jej stosowanie jest całkowicie nieuprawnione i bezpodstawne⁶. Jednakże problematyka ta nabiera jeszcze większego znaczenia, jeśli weźmiemy pod uwagę fakt, że wykładnia autentyczna wraz z towarzyszącymi jej dylematami oraz kontrowersjami jurydycznymi nie stanowi li tylko konstruktu teoretycznoprawnego, ale właśnie narzędzie, którym w celu ustalenia właściwego znaczenia tekstu prawnego niekiedy kierują się w swojej praktyce orzeczniczej zarówno organy administracji publicznej, jak i sądy administracyjne.

2. Cel, zakres przedmiotowy oraz metodologia opracowania

Wyłącznym celem niniejszego artykułu jest zwrócenie uwagi na konieczność uporządkowania nieścisłości terminologiczno-pojęciowych związanych z zagadnieniem wykładni autentycznej.

Realizacja tego celu wymaga udzielenia odpowiedzi na kilka kluczowych pytań. Po pierwsze: jak wykładnia autentyczna jest postrzegana na gruncie ogólnej teorii prawa i judykatury sądownoadministracyjnej? Po drugie: czy w ogóle możliwe jest wskazanie jednorodnego sposobu jej pojmowania? Po trzecie: czy istnieją rzeczywiste możliwości jej praktycznej aplikacji (stosowania)?

W celu udzielenia odpowiedzi na tak sformułowane pytania należy w pierwszej kolejności zdefiniować istotę oraz cechy wykładni autentycznej. Następnie konieczne będzie skategoryzowanie i scharakteryzowanie orzeczeń sądów administracyjnych, w których składy orzekające odwoływały się lub posługiwały się wykładnią autentyczną. Chodzi zatem o te dostępne orzeczenia sądów administracyjnych⁷, w których wykładnia autentyczna przejawia się jako pojęcie lub jest ona stosowana jako metoda

⁶ Syntetycznie o możliwych sposobach pojmowania wykładni autentycznej: W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, s. 366–367.

⁷ Analizie poddano 18 prawomocnych orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego dostępnych w CBOSA, wydanych w latach 1999–2014, w których treści pojawia się pojęcie „wykładnia autentyczna”.

interpretacji przepisów mająca prowadzić do ustalenia ich prawidłowego znaczenia. Innymi słowy, opracowanie obejmuje możliwe konteksty i sytuacje, w których składy orzekające przywołują i/lub wykorzystują wykładnię autentyczną.

Podstawową metodę badania stanowi analiza orzecznictwa oraz piśmiennictwa.

Trzeba jednak z całą mocą podkreślić, że ten tekst nie pretenduje do traktowania przedmiotowej problematyki w sposób kompleksowy i wyczerpujący, ale w zamyśle jego autora ma stanowić głos w dyskusji nad skomplikowaną i równocześnie niezmiernie interesującą naturą wykładni prawa administracyjnego.

3. Wykładnia autentyczna – określenie pojęcia i cechy charakterystyczne

Złożoność problematyki wykładni prawa wynika m.in. ze zróżnicowanych typologii wykładni opartych na odmiennych kryteriach podziałów. Kryteria te obejmują takie aspekty, jak: podmiot dokonujący interpretacji prawa, moc wiążącą rezultatów wykładni, funkcję wykładni, metodę wykładni, relację rezultatu wykładni do literalnego znaczenia przepisu, stosunek podmiotu dokonującego wykładni do wartości znajdujący odzwierciedlenie w powoływanych ideologiach wykładni czy wreszcie charakter sytuacji, w której określona wykładnia następuje⁸.

Spośród wyżej wymienionych kryteriów dwa pierwsze przesądzają o możliwości wyodrębnienia wykładni autentycznej jako typu wykładni prawa *sensu stricto* – wykładni obejmującej rozumienie tekstów prawnych⁹. Chodzi tutaj o podmiot dokonujący interpretacji prawa oraz o moc wiążącą wykładni.

W najbardziej generalnym ujęciu wykładnia autentyczna opiera się na zbiegu dwóch płaszczyzn: stanowienia i stosowania prawa. W zasadzie zawsze interpretacja norm służąca ich realizacji ma charakter wtórny wobec tekstu prawnego ustanowionego przez właściwy do tego podmiot (organ). Dotyczy to w szczególności ustaw, które są tworzone w procesie współdziałania obu izb parlamentu RP (oraz Prezydenta), a których to izb – co oczywiste – nie wyposażono w kompetencje orzecznicze. Tymczasem wykładnia

⁸ A. Kozak, *Rodzaje wykładni prawa w uchwałach Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Z zagadnień wykładni prawa*, pod red. S. Kaźmierczyka, Wrocław 1997, s. 52.

⁹ M. Zieliński, *Współczesne problemy...*, s. 6.

autentyczna może mieć charakter równoległy czy też uzupełniający względem stanowienia prawa. Jest to szczególnie widoczne w przypadku aktów wykonawczych do ustaw, w których tego typu wykładnia jest dokonywana przez wydających rozporządzenie ministrów np. w formie załączników zawierających objaśnienia¹⁰. Jak jednak wskazuje W. Góralczyk jr, najczęściej akty tego typu wykładni „nie są publikowane, przez co nie są powszechnie dostępne. Ogranicza to ich praktyczną moc. Najczęściej mają postać odpowiedzi udzielanej na zapytanie skierowane przez konkretną osobę do organu, który wydał rozporządzenie”¹¹.

Jeżeli natomiast chodzi o akty rangi ustawowej (z tym zastrzeżeniem, że uwagi te dotyczą także innych aktów normatywnych), to tutaj – za J. Wróblewskim – możemy wskazać dwa sposoby ustalania przez prawodawcę wykładni ustanawianych tekstów. Jest to wykładnia dokonywana *ex post* w postaci wydania aktu wykładni autentycznej oraz wykładnia ustalana *ex ante*, której przejaw stanowią definicje legalne¹². Wykładnia *ex post* dokonywana przez prawodawcę „jest wiążąca, o ile spełnia proceduralne wymogi działalności prawodawczej. *Ex auctoritate* ustala on więc, co jest poprawnym rozumieniem tekstu prawnego”¹³. Z kolei definicje legalne narzucają konieczność określonej interpretacji tekstu prawnego we wskazanym przez ustawodawcę sensie¹⁴, co czyni je bardzo mocnymi dyrektywami wykładni¹⁵. Wynika to z faktu, że normy odtwarzane z definicji legalnych determinują używanie danego zwrotu w określonym znaczeniu¹⁶. Jak podkreśla się w orzecznictwie NSA, definicja legalna nie ma charakteru opinii, porady, czy też wskazówki, lecz posiada, jako norma prawna, moc wiążącą dla adresatów tej normy (podmiotów stosujących prawo) w zakresie rozumienia zdefiniowanego pojęcia. Zatem odstępianie od definicji legalnej jest naruszeniem prawa¹⁷. Stąd też zwrotom normatywnym zawartym w tekście prawnym należy przypisywać znaczenie, jakie zostało sformu-

¹⁰ T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2011, s. 229.

¹¹ W. Góralczyk jr, *Podstawy prawa*, Warszawa 2004, s. 203.

¹² J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1990, s. 60.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ M. Zieliński, *Podstawowe zasady współczesnej wykładni prawa*, w: *Teoria i praktyka wykładni prawa*, pod red. P. Winczorka, Warszawa 2005, s. 122.

¹⁵ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, s. 211.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Wyrok NSA z 13 maja 2010 r., II FSK 402/09, CBOSA.

łowane w definicji legalnej¹⁸. Oznacza to, że definicje legalne posiadają walor wykładni autentycznej (stanowią jej przykład i przejaw), ponieważ wyraźnie kształtują decyzje interpretacyjne i są jednocześnie statuowane przez ten sam organ, który ustanowił określone przepisy.

Drugim kryterium, według którego wyodrębnia się wykładnię autentyczną, jest właśnie moc wiążąca obowiązywania tej metody interpretacji przepisów. Jeśli wykładnia jest dokonywana przez podmiot, który ustanowił określoną normę – a tak jest w przypadku wykładni autentycznej – to logiczną tego konsekwencją powinno być przyznanie takiej wykładni mocy powszechnie obowiązującej¹⁹. Nie jest to pogląd w pełni podzielany, mimo że zdaje się on trafnie oddawać specyfikę oraz swoistość analizowanego typu wykładni. Kontrowersyjna pozostaje bowiem istota mocy wiążącej wykładni autentycznej – nie jest przecież najważniejsze, jaki podmiot dokonał wykładni, skoro jej moc wiążąca zawsze wynika z przepisów prawa²⁰.

O ile więc fakt wyodrębnienia oraz istnienia wykładni autentycznej nie jest kwestionowany, o tyle bardziej dyskusyjna pozostaje ewentualna przydatność oraz możliwość jej stosowania zwłaszcza w kontekście zasady trójpodziału władz. Wydaje się, że problematyka (potencjalnej) aplikacji tej wykładni pozostaje w ścisłej korelacji ze sposobem jej pojmowania. Jeżeli stwierdzimy, że wykładnia autentyczna sprowadza się wyłącznie do typu interpretacji tekstu prawnego dokonywanej przez organ, który ten tekst ustanowił, to następstwem takiego założenia jest wniosek, iż „obecnie w Polsce autentyczna wykładnia ustaw nie występuje. Ustawy nie są bowiem stanowione przez jeden organ, ale w drodze współdziałania Sejmu i Senatu. Wykładnia dokonywana w drodze uchwały jednej tylko izby Parlamentu nie mogłaby być uznana za autentyczną. Obie izby, współdziałając, nie dokonują wykładni. Ani Konstytucja, ani regulaminy izb nie przewidują takiej możliwości”²¹. Jednakże tak wyartykułowane stanowisko wymaga uzupełnienia i komentarza. Po pierwsze, dotyczy ono sfery ustawowej, pomijając nakreśloną wyżej problematykę np. aktów wykonawczych czy też aktów prawa miejscowego stanowiących źródła prawa powszechnie obowiązującego. Po drugie, z całą pewnością dokumenty

¹⁸ Zob. wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 10 grudnia 2014 r., II SA/Go 691/14, CBOSA.

¹⁹ Zob. J.P. Tarno, *Naczelnny Sąd Administracyjny a wykładnia prawa administracyjnego*, Łódź 1996, s. 27.

²⁰ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 35. Tak też: T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *op. cit.*, s. 229.

²¹ W. Góralczyk jr, *op. cit.*, s. 203.

wytworzone w procesie legislacyjnym odgrywają pewną, niekiedy nawet doniosłą rolę przy wykładni prawa, nawet jeśli – co nie powinno budzić żadnych wątpliwości – nie można przypisać im mocy normatywnej.

Biorąc pod uwagę powyższe, możemy w ramach wykładni autentycznej wyodrębnić na tym etapie rozważań jej dwa dalsze podtypy (pojęcia): a) wykładnię autentyczną oficjalną, która jest zawarta w akcie wykładni statuowanym przez prawodawcę, oraz b) wykładnię autentyczną nieoficjalną, która obejmuje interpretację wszelkiego rodzaju materiałów wytworzonych i użytych w czasie prac legislacyjnych²². Bez względu jednak na pojęcie (podtyp) wykładni autentycznej, należy przypisywać jej charakter powszechny (abstrakcyjny), nie zaś operatywny. Powyższy dychotomiczny podział na podtypy wykładni autentycznej jest, co trzeba wyraźnie zaznaczyć, założeniem wstępnym, które będzie podlegać weryfikacji w toku dalszego wywodu i analizy.

4. Wykładnia autentyczna w orzecznictwie sądowoadministracyjnym

W tak zarysowaną teoretycznoprawną problematykę wykładni autentycznej wpisuje się orzecznictwo wojewódzkich sądów administracyjnych oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego. Pojęcie „wykładnia autentyczna” pojawia się w judykaturze tych sądów umiarkowanie często, ale za to – co szczególnie istotne – w kilku diametralnie różnych kontekstach i znaczeniach.

Przedmiotem analizy są prawomocne orzeczenia dotyczące wykładni autentycznej nieoficjalnej oraz oficjalnej. W bardziej szczegółowym ujęciu są to orzeczenia, w których wykładnia autentyczna jest postrzegana jako: 1) w pełni wykorzystywana metoda interpretacji tekstów prawnych w procesie stosowania prawa; 2) wyjaśnianie orzeczenia wydanego przez sąd cywilny (tzw. wykładnia wyroku); 3) typ wykładni wyłącznie o charakterze posiłkowym (subsydiarnym); 4) niedopuszczalna i nieuprawniona, na gruncie prawa administracyjnego, metoda interpretacji tekstu prawnego. W tym miejscu konieczne będzie przybliżenie poszczególnych sposobów rozumienia i używania wykładni autentycznej w judykaturze przez omówienie orzeczeń wchodzących w zakres wyodrębnionych grup.

²² L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 34.

4.1 Wykładnia autentyczna jako w pełni wykorzystywana metoda w procesie stosowania prawa

Pierwsza grupa orzeczeń sądów administracyjnych obejmuje te judykaty, w których wykładnia autentyczna jest wykorzystywana – obok innych rodzajów wykładni – jako pełnoprawna metoda rekonstrukcji i ustalania właściwego znaczenia norm prawnych. W wyroku NSA z 4 lutego 2014 r., II OSK 2911/13²³ stwierdzono, że w przypadku gdy określony przepis jest źródłem wielu wątpliwości, „należy sięgnąć, poza wykładnią językową (kontekst językowy normy), która ma pierwszeństwo przed innymi wykładniami, także do innych metod wykładni, w tym do wykładni autentycznej, celowościowej (funkcjonalnej – kontekst genezy i działania normy), systemowej (kontekst systemowy normy) (...) oraz historycznej”. Prezentowana teza orzecznicza stanowi przykład podejścia charakterystycznego (ale nie wyłącznego) dla tej grupy orzeczeń. NSA zaliczył bowiem wykładnię autentyczną do podstawowych typów wykładni (gramatycznej, systemowej, celowościowej), co w szerszej perspektywie oznacza, że – zdaniem tego składu orzekającego – wykładnia autentyczna stanowi pełnoprawną metodę ustalania znaczenia tekstów prawnych w praktyce organów (sądów) stosujących prawo.

Orzeczenia, które znalazły się w analizowanej grupie, nie są jednorodne pod względem posługiwania się przez składy orzekające pojęciem wykładni autentycznej lub posługiwaniem się wykładnią autentyczną jako rodzajem wykładni *sensu stricto*. W jej ramach uwidaczniają się bowiem kolejne, bardziej zróżnicowane sprawy, w których stosowano analizowaną wykładnię i odwoływano się do niej, przy czym, jak zobaczymy, dominują tutaj orzeczenia uwzględniające – w ramach wykładni autentycznej – interpretację projektów ustaw oraz dokumentów wytworzonych w procesie legislacyjnym.

I tak w uchwale NSA z 10 grudnia 2009 r., II OPS 3/09²⁴ skład sędziowski, rozstrzygając zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości w konkretnej sprawie sądowoadministracyjnej, stwierdził, że pobieranie opłaty z tytułu wzrostu wartości nieruchomości, o której mowa w art. 36 ust. 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym²⁵, nie obejmuje sytuacji, gdy nieruchomość została darowana osobie bliskiej. W swojej argumentacji Sąd dwukrotnie odwołał się do uzasadnień różnych projektów ustaw. Na szczególną uwagę zasługuje ta część uzasad-

²³ CBOŚA.

²⁴ ONSAiWSA 2010, nr 2, poz. 22.

²⁵ Dz.U. Nr 80, poz. 717 ze zm.

nienia uchwały, w której podkreślono, że ustawodawca w rzeczonym przepisie, wprowadzając w miejsce dotychczasowego pojęcia „sprzedaż” pojęcie „zbycie” nieruchomości jako przesłankę ustalenia opłaty planistycznej, nie kierował się zamiarem objęcia tą opłatą przypadków zbycia nieruchomości w drodze darowizny, lecz zamiarem objęcia zakresem pojęcia „zbycie” (jako pojęcia pojemniejszego niż „sprzedaż”) także prawa użytkowania wieczystego. Na poparcie tego poglądu Sąd przywołał stenogram posiedzenia Sejmowej Komisji Infrastruktury z 13 listopada 2003 r.²⁶, opatrując go komentarzem, iż „niezależnie od oceny trafności tej myśli, skonstatować trzeba, że w sytuacji braku innego uzasadnienia jest to [tzn. stenogram] istotna dyrektywa interpretacyjna dla oceny dokonanej zmiany. Projektodawca nie zastępował pojęcia »sprzedaż« terminem »zbycie« nieruchomości z zamiarem objęcia nim przypadków darowizny”.

Warto zauważyć, że w swojej uchwale, przywołując materiały legislacyjne, NSA ani razu nie odwołuje się *expressis verbis* do wykładni autentycznej. Utożsamienie tych materiałów z aktem wykładni autentycznej nastąpiło w wyroku WSA w Gdańsku z 29 lutego 2012 r., II SA/Gd 697/11²⁷, w którym – w kontekście powyższej uchwały – stwierdzono, że „Naczelny Sąd Administracyjny, odwołując się do wykładni autentycznej, wskazał, iż ze stenogramu posiedzenia Sejmowej Komisji Infrastruktury z dnia 13 listopada 2003 r. wynika, iż zmiana była dyktowana tym, że pojęcie »zbycie« jest pojemniejsze i obejmuje swym zakresem zbywanie także prawa użytkowania wieczystego”.

Taki pogląd (zrównanie dokumentacji legislacyjnej z aktami wykładni autentycznej) nie jest ani odosobniony, ani incydentalny. Sytuację, w której NSA wprost powołał się na wykładnię autentyczną rozumianą jako ustalenie właściwej treści przepisów prawa przez uwzględnienie oraz interpretację dokumentów wytworzonych w procesie ustawodawczym, ilustrują bowiem wyroki tego Sądu z 29 października 2010 r., I FSK 1819/09²⁸ oraz – przywołany już wyżej – z 4 lutego 2014 r., II OSK 2911/13.

W pierwszym z orzeczeń NSA rozstrzygał, czy użyty w art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 10 marca 2006 r. o zwrocie podatku akcyzowego zawartego w cenie oleju napędowego wykorzystywanego do produkcji rolnej²⁹ zwrot normatywny „określonej w ewidencji gruntów i budynków, według stanu

²⁶ Druk sejmowy nr 1036.

²⁷ CBOSA.

²⁸ CBOSA.

²⁹ Dz.U. Nr 52, poz. 379.

na dzień 1 kwietnia danego roku” dotyczy wyłącznie rodzaju i powierzchni gruntów, czy też stanu posiadania lub współposiadania producenta rolnego. Opowiadając się za pierwszym sposobem pojmowania spornego zwrotu, Sąd wyartykułował szereg przyczyn, które doprowadziły do prawidłowego odkodowania jego znaczenia. Jedną z nich było stwierdzenie, że za przyjętym przez Sąd zakresem znaczeniowym przepisu „przemawia także wykładnia autentyczna”. Sąd zauważył, że „w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy czytamy bowiem, iż »powierzchnia użytków rolnych zostanie określona na podstawie ewidencji gruntów i budynków według stanu na dzień 1 kwietnia danego roku«. W tym miejscu projektodawca w ogóle nie odnosi się do stanu posiadania lub współposiadania producenta rolnego (podmiotu).” Jest charakterystyczne, że w omawianym wyroku NSA poparł swoje uzasadnienie, odwołując się ponadto do „wyjaśnień” Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi kierowanych indywidualnie do określonych miast oraz gmin i zamieszczanych na stronie internetowej MRiRW. W celu uściślenia należy wyraźnie podkreślić, że Sąd w żaden sposób nie powiązał jednak tych „wyjaśnień” z problematyką wykładni autentycznej.

W drugim z wymienionych wyroków NSA rozstrzygał, czy sołectwa mogą być tworzone w miastach. Analiza przepisów ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym³⁰ oraz ustawy z dnia 20 lutego 2009 r. o funduszu sołeckim³¹ pozwoliła na sformułowanie tezy, zgodnie z którą tworzenie sołectw w miastach jest dopuszczalne wyłącznie na tych terenach znajdujących się w granicach administracyjnych miast, którym można przypisać cechy obszarów wiejskich. Taka konkluzja została poprzedzona wnioskowaniem opartym na wykładni językowej, historycznej oraz autentycznej. Tę ostatnią określono jako ważny element procesu wykładni, jakim „jest ustalenie celu, jaki przyświecał ustawodawcy. Formą takiej wykładni autentycznej jest uzasadnienie projektu ustawy z dnia 20 lutego 2009 r. o funduszu sołeckim”³². Sąd podkreślił, iż „z uzasadnienia wynika, że »przedkładany projekt ustawy ukierunkowany jest jedynie na sołectwa, z uwagi na ich specyfikę. Sołectwa co do zasady są jednymi z najmniejszych jednostek pomocniczych o najsilniejszych więziach łączących mieszkańców, usytuowanych głównie na terenach o charakterze wiejskim (...). Tym samym uchwalenie ustawy da duży bodziec prorozwojowy dla terenów wiejskich. Pozwoli również na uniezależnienie się społeczności wsi od lokalnych

³⁰ Dz.U. Nr 16, poz. 95.

³¹ Dz.U. Nr 52, poz. 420.

³² Druk sejmowy nr 1278.

uwarunkowań politycznych. Ustalając przyjęte rozwiązania, oparto się m.in. o założenie: zachowania właściwych relacji ustrojowych między gminą a sołectwami«. W uzasadnieniu do tego projektu ustawy znajdziemy też takie sformułowania: »w pełni doceniając rolę sołectw jako wspólnoty mieszkańców wsi (...)«”.

Wydaje się, że geneza pojmowania wykładni autentycznej jako procesu interpretacji np. druków sejmowych czy protokołów z posiedzeń komisji sejmowych wywodzi się z orzecznictwa Sądu Najwyższego. W jednym z orzeczeń wydanych na początku lat 90. ubiegłego wieku SN stanął w obliczu konieczności udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w świetle art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych każde zachowanie osoby, stanowiące wyraz korzystania z praw i wolności człowieka (np. występującej na rzecz swobody przekonań religijnych), jest równoznaczne z „działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego”. Rozstrzygając ten problem jurydyczny, SN stwierdził, iż „należy zauważyć, że »wykładnia autentyczna« (sprawozdania stenograficzne z 52 posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniach 21, 22 i 23 lutego 1991 r. – wydawnictwo Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej X Kadencji, Warszawa 1991, s. 338–375; protokół wspólnego posiedzenia Komisji Sprawiedliwości oraz Ustawodawczej Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej X Kadencji z dnia 25 stycznia 1991 r. – druk sejmowy; protokół wspólnego posiedzenia Komisji Sprawiedliwości oraz Ustawodawczej Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej X Kadencji z dnia 13 lutego 1991 r. – druk sejmowy) oraz »wykładnia historyczna« (porównanie senackiego projektu »ustawy o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego oraz z powodu naruszenia praw człowieka« z ostatecznym tekstem ustawy z dnia 23 lutego 1991 r. o »uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego«) – nie pozwalają na jednoznaczne, automatyczne utożsamienie represjonowania za »działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego« z represjonowaniem »za czyn, który stanowił wyraz korzystania z praw i wolności człowieka«”³³. Jak jednak zauważa L. Morawski, oparta na tego typu dokumentach wykładnia, mimo że miała w tej sprawie charakter rozstrzygający, z całą pewnością nie odznacza się przymiotem mocy formalnie wiążącej³⁴.

³³ Postanowienie SN z 3 lipca 1992 r., II KRN 90/92, OSNKW 1992, z. 9–10, poz. 74.

³⁴ L. Morawski, *Wykładnia...*, s. 35.

Prezentowane orzeczenia wyraźnie wskazują, że w judykaturze sądowno-administracyjnej istnieje tendencja do zrównywania dokumentacji i materiałów wykorzystywanych w procesie legislacyjnym z aktami wykładni autentycznej. Jest to podejście nieuprawnione, które – jak można podejrzewać – stanowi rezultat recepcji błędnej siatki pojęciowej – w tym aspekcie – Sądu Najwyższego. Przy czym nie chodzi tutaj wyłącznie o brak mocy normatywnej tego typu dokumentów. Ich istotą nie jest bowiem wyjaśnianie treści określonych przepisów (norm), a więc nie stanowią one i nie mogą stanowić aktów wykładni autentycznej³⁵. Z całą jednak pewnością ich wykorzystywanie oraz uwzględnianie w procesie stosowania prawa może przyczyniać się do prawidłowej identyfikacji intencji ustawodawcy³⁶ (*ratio legis* regulacji), a w rezultacie – do prawidłowego ustalenia znaczenia normy prawnej. W tym sensie dokumenty wytworzone w ramach procesu stanowienia prawa powinny być postrzegane w kontekście metod wykładni celowościowej, a zatem utożsamianie ich z aktami wykładni autentycznej jest nieporozumieniem.

Dopuszczalność stosowania wykładni autentycznej przez składy orzekające jako pełnoprawnej metody interpretacji tekstów prawnych jest także widoczna w przypadku aktów prawa miejscowego. W wyroku z 10 lutego 1999 r., II SA/Ka 970/97³⁷ NSA, rozpatrując skargę w przedmiocie odmowy ustalenia warunków zabudowy i zagospodarowania terenu, wskazał, że w tej sprawie konieczne było prawidłowe ustalenie znaczenia zwrotu „garaż boksowy” użytego w przepisach miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Istotne jest zastrzeżenie, że w toku postępowania organ II instancji (samorządowe kolegium odwoławcze) wystąpił do rady miasta o wyjaśnienie spornego zwrotu. Naczelny Sąd Administracyjny, uwzględniając skargę na orzeczenie SKO, podkreślił, że „z dotychczasowych spostrzeżeń wynika (...), iż kwestia ta [ustalenie znaczenia zwrotu „garaż boksowy”] wymaga dokładnego wyjaśnienia. Aczkolwiek w międzyczasie Rada Miasta zajęła (z akt nie wynika, czy w formie uchwały) stanowisko, ustalając wykładnię autentyczną przedmiotowego zwrotu, jednak organy obu instancji nie dokonały na jej podstawie ustaleń w zakresie, czy żądanie (...) pozostaje w oczywistej sprzeczności z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego”. Jest znamienne, że z punktu widzenia NSA sprawą całkowicie drugorzędną była prawna forma (lub w ogóle moż-

³⁵ *Ibidem*, s. 38.

³⁶ Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013, s. 276.

³⁷ CBOŚA.

liwy jej brak), w jakiej organ stanowiący gminy miał wypowiedzieć się co do treści niejasnego zwrotu normatywnego (akt wykładni autentycznej).

Z kolei w wyroku z 25 listopada 2014 r., II SA/Bk 848/14³⁸ WSA w Białymstoku stwierdził, że organy administracji architektoniczno-budowlanej powinny same dokonywać ustaleń w zakresie zgodności postanowień miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego z uchwałą rady gminy w sprawie przystąpienia do sporządzenia zmiany miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego oraz studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego, „a w razie konieczności [organy te] mogą skorzystać z pomocy autora projektu planu, do którego mogą się zwrócić o dokonanie wykładni autentycznej kwestionowanych w skardze zapisów planu”.

Powyższe stanowiska składów orzekających wydają się wielce kontrowersyjne w zakresie, w jakim wyjaśnienia organów stanowiących gmin co do uchwalonych przez nie aktów prawa miejscowego traktują jako akty wykładni autentycznej. Zaaprobowanie tego poglądu byłoby jednoznaczne z akceptacją sytuacji, w której organ stanowiący przepisy dokonywałby ich interpretacji z mocą wiążącą poza przewidzianą prawem procedurą (zawartą w tym przypadku w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym). Mogłoby to skutkować nieskrępowaną niczym działalnością organów polegającą na doraźnym i przede wszystkim sprzecznym z ustawą, a w konsekwencji – Konstytucją RP uzupełnianiu lub modyfikowaniu tego rodzaju przepisów podustawowych.

Stąd też należy wnosić, że pojęcie wykładni autentycznej bywa stosowane – w sposób oczywiście nieprawidłowy – w celu określenia praktyki polegającej na uzyskaniu od organu, w którego kompetencjach mieściło się upoważnienie do określonego działania, wyjaśnień co do istoty (treści) tego działania. Posługuję się tutaj pojemnym pojęciem działania z tego względu, że – w świetle orzecznictwa – może ono obejmować upoważnienie do ustanowienia aktu prawa miejscowego (jak powyżej), ale może także chodzić o akt administracyjny (jak poniżej).

W wyroku z 10 kwietnia 2013 r., II SA/Wr 767/12³⁹ WSA we Wrocławiu zauważył, że organ administracji publicznej (dyrektor regionalny zarządu gospodarki wodnej) poprzedził wydanie pozwolenia wodnoprawnego dodatkowym postępowaniem wyjaśniającym, które miało na celu ustalenie, czy decyzja o warunkach zabudowy obejmująca m.in. budowę zbiornika

³⁸ CBOSA.

³⁹ CBOSA.

wodnego pozostaje w obrocie prawnym. Wyjaśnień w tym zakresie udzielił wójt gminy, co doprowadziło Sąd do wniosku, że „jednoznaczne stanowisko zajęte przez Wójta Gminy (...) w zakresie funkcjonowania w obrocie prawnym decyzji o warunkach zabudowy stanowi dla organu administracyjnego swoistą wykładnię autentyczną”. Toteż mimo że w orzeczeniu podkreślono niestandardowy sposób oraz kontekst, w jakim posłużono się tą metodą wykładni (o czym świadczy przymiotnik „swoista” poprzedzający pojęcie „wykładnia autentyczna”), to jednak Sąd błędnie utożsamiał ją nie z wyjaśnieniem znaczenia określonego przepisu, lecz z wypowiedzią co do faktu istnienia bądź nieistnienia aktu administracyjnego. Świadczy to dobitnie o całkowitej dowolności nie tylko w posługiwaniu się pojęciem analizowanej wykładni, ale także w sposobie jej rozumienia.

Wart odnotowania jest również fakt, że w jednym z orzeczeń NSA przypisał walor wykładni autentycznej zmianom stanu normatywnego. W interesującym nas wyroku z 5 grudnia 2013 r., I GSK 96/12⁴⁰ Sąd rozpoznawał prawidłowość badania zachowania terminu przez spółkę, która wystąpiła z wnioskiem o zwrot akcyzy z tytułu wewnątrzspółnotowej dostawy wyrobu akcyzowego, od którego akcyza została opłacona na terytorium kraju. W istocie chodziło o interpretację zwrotu „przed rozpoczęciem dostawy wewnątrzspółnotowej” dokonanej przez organ podatkowy zawartego w obowiązującym wówczas stanie prawnym⁴¹, który następnie – w wyniku nowelizacji – został skreślony. Zdaniem NSA „sytuacja ta [zmiana przepisów], gdy ocenić ją przez pryzmat waloru wykładni autentycznej, powinna być stanowić dla organu podatkowego istotną wskazówkę i dyrektywę interpretacyjną w procesie badania zachowania przez spółkę terminu wystąpienia z wnioskiem o zwrot akcyzy z tytułu wewnątrzspółnotowej dostawy wyrobu akcyzowego, od którego akcyza została zapłacona na terytorium kraju”. Z całą pewnością zmiany stanu prawnego wpływają na sposób interpretacji przepisów, ale trudno zgodzić się z poglądem składu orzekającego, że należy ten aspekt powiązać z wykładnią autentyczną. Jest to twierdzenie nieuprawnione zwłaszcza w przypadku całkowitego wyeliminowania przez prawodawcę określonego zwrotu normatywnego. Można byłoby się natomiast zastanawiać nad przyznaniem takiego waloru zmianie przepisów przez modyfikację określonych znaczeń zwrotów normatywnych w formie np. ich rozbudowania czy dookreślenia (redukcji

⁴⁰ CBOŚA.

⁴¹ Art. 82 ust. 1 ustawy o podatku akcyzowym, Dz.U. z 2009 r. Nr 3, poz. 11.

nieostrości)⁴². Ale także w tym przypadku mogłoby to zostać zakwestionowane, gdyż zmiana przepisów nie jest aktem wykładni autentycznej.

Na zakończenie tej części rozważań należy zaznaczyć, że dodatkowo wykładnia autentyczna została utożsamiona, w jednym z orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych, z judykaturą i dokonywaną w jej ramach interpretacją przepisów Trybunału Konstytucyjnego, co jeszcze potęguje i tak znaczący już brak ścisłości terminologiczno-pojęciowej. W wyroku WSA w Opolu z 14 grudnia 2004 r., II SA/Wr 245/03⁴³ dotyczącym obowiązku meldunkowego skład orzekający, odnosząc się do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 27 maja 2002 r.⁴⁴ stwierdzającego niekonstytucyjność art. 9 ust. 2 ustawy o ewidencji ludności i dowodach osobistych⁴⁵, podniósł, że w tej sytuacji nie obowiązuje także zawarte w art. 15 ust. 2 rzeczonej ustawy odwołanie się do przesłanki statuowanej w przepisie sprzecznym z ustawą zasadniczą (art. 9 ust. 2 ustawy). Jak bowiem argumentował Sąd, „wskazać trzeba, w ramach wykładni autentycznej, iż zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, wyrażonym w uzasadnieniu ww. wyroku TK, ewidencja ludności służy rejestracji stanu faktycznego, a nie stanu prawnego. Wreszcie Trybunał, ograniczony co prawda przedmiotem kontroli konstytucyjnej w rozpatrywanej sprawie, wprost wskazał na związek m.in. przepisów art. 9 ust. 2 oraz art. 15 ust. 2 ustawy”.

Nie odmawiając słuszności merytorycznemu rozstrzygnięciu Sądu, należy stwierdzić, że określenie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mianem wykładni autentycznej jest poglądem chybionym. Wykładnia autentyczna była bowiem tradycyjnie przeciwstawiana ogólnej wykładni legalnej delegowanej realizowanej głównie – chociaż nie wyłącznie – właśnie przez Trybunał Konstytucyjny⁴⁶. W swoim zasadniczym zrębie wykładnia legalna nie polega na dokonywaniu wykładni przez ten sam organ, który ustanowił interpretowany przepis, lecz przez organ, który został

⁴² Warto w tym kontekście odnotować wyrok SN z 4 marca 2008 r., IV CSK 496/07, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 9, poz. 453, w którym podkreślono, że nowelizacja art. 26 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037), „która weszła w życie w dniu 15 stycznia 2004 r., usunęła wątpliwości, jakie rodziła interpretacja tego artykułu [w zakresie, czy w obowiązującym wówczas stanie prawnym spółce jawnej przysługiwały wszystkie wspólne prawa i obowiązki współników spółki cywilnej już z chwilą wpisania spółki jawnej do rejestru] w pierwotnym brzmieniu, stanowiła więc niejako jego autentyczną wykładnię (...)”.

⁴³ CBOSA.

⁴⁴ K 20/01, Dz.U. Nr 78, poz. 716.

⁴⁵ Dz.U. z 2001 r. Nr 87, poz. 960 ze zm.

⁴⁶ Por. M. Zieliński, *Współczesne problemy...*, s. 13.

upoważniony przez prawo do wykładni określonych norm⁴⁷. Dlatego też w zakresie pojęciowym wykładni legalnej mieści się nie tylko judykatura Trybunału Konstytucyjnego, ale także działalność uchwałodawcza Sądu Najwyższego czy Naczelnego Sądu Administracyjnego, z tym zastrzeżeniem, że dotyczy to wyłącznie uchwał abstrakcyjnych⁴⁸. Stąd właściwe byłoby odwołanie się przez Sąd nie do wykładni autentycznej, lecz legalnej (delegowanej).

4.2. Wykładnia autentyczna jako wyjaśnianie orzeczenia wydanego przez sąd cywilny (tzw. wykładnia wyroku)

Druga grupa wyroków obejmuje te judykaty sądów administracyjnych, w których pojęcie wykładni autentycznej jest używane dla określenia czynności sądów cywilnych polegających na wyjaśnianiu wydawanych przez nie orzeczeń. Chodzi zatem tutaj o tę część orzecznictwa, która w zasadzie dopuszcza i aprobuje używanie wykładni autentycznej, ale właśnie jako pojęcia opisującego czynności sądów cywilnych, nie zaś jako metody interpretacji przepisów prawa administracyjnego. Jednakże w celu metodologicznego uściślenia należy dodać, że ten konkretny kontekst używania omawianego typu wykładni (wykładnia orzeczeń sądów cywilnych) stanowi jedyne kryterium, które przesądziło o wyodrębnieniu analizowanej grupy judykatów.

Przystępując do omawiania problematyki wykładni autentycznej w ramach tych orzeczeń, należy przede wszystkim podkreślić, że dotyczą one wyłącznie spraw podatkowych i nie jest to grupa liczna. Ponadto, co było już sygnalizowane, wspólną dla nich cechą charakterystyczną jest fakt, że pojęcie wykładni autentycznej jest tutaj stosowane nie ze względu na praktykę orzeczniczą organów administracji publicznej i/lub sądów administracyjnych, lecz służy ono opisowi czynności dokonywanych przez sąd powszechny (cywilny) w ramach art. 13 § 2 oraz art. 352 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁴⁹. Pierwszy z wymienionych przepisów wprowadza generalną zasadę, w myśl której przepisy o procesie stosuje się odpowiednio do innych rodzajów postępowań unormowanych w k.p.c., chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Natomiast zgodnie z art. 352 k.p.c. „sąd, który wydał wyrok, rozstrzyga postanowieniem wątpliwości co do jego treści.

⁴⁷ L. Morawski, *Wykładnia...*, s. 37.

⁴⁸ Por. W. Góralczyk jr, *op. cit.*, s. 204 –205.

⁴⁹ Dz.U. Nr 43, poz. 296, dalej: k.p.c.

Postanowienie w tym przedmiocie sąd może wydać na posiedzeniu niejawnym". Przepis ten dotyczy więc sytuacji, gdy wyrok lub postanowienie⁵⁰ sądu są niejasne w swojej treści, co uniemożliwia ich jednoznaczną interpretację, a także wzbudza lub może wzbudzać wątpliwości co do zakresu rozstrzygnięcia, powagi rzeczy osądzonej czy też sposobu jego wykonania⁵¹.

Orzecznictwo sądów administracyjnych określa tego rodzaju działanie sądu cywilnego jako wykładnię autentyczną. W wyroku z 11 czerwca 2013 r., I FSK 462/12 NSA⁵², rozpatrując skargę kasacyjną, podzielił stanowisko sądu administracyjnego I instancji o konieczności dokonania przez sąd cywilny wykładni postanowienia zatwierdzającego układ zawarty pomiędzy spółką a wierzycielami. Jak podniesiono w uzasadnieniu tego orzeczenia, sąd administracyjny I instancji „prawidłowo (...) wskazał, że wykładnia postanowienia przez sąd [cywilny], który go wydał – wykładnia autentyczna – ma na celu wyjaśnienie wątpliwości, jakie mogą wynikać przy jego wykonywaniu, bądź też wątpliwości co do innych skutków postanowienia”. Pogląd ten w identycznym brzmieniu został podtrzymany w wyroku NSA z 20 lutego 2014 r., II FSK 589/12⁵³.

Analogiczne stanowisko zajął WSA w Gliwicach w wyroku z 13 kwietnia 2010 r., III SA/GI 956/09⁵⁴, odnosząc się do postanowienia sądu cywilnego zatwierdzającego układ prowadzącego działalność gospodarczą, który ogłosił upadłość, z wierzycielami, a które to postanowienie zostało następnie wyjaśnione przez sąd powszechny w drodze wykładni w trybie art. 352 k.p.c. Jak zauważył skład orzekający, „z natury rzeczy wykonywanie wyroku powinno odbywać się w sposób przewidywalny i jednolity. Wobec tego postanowieniu o wykładni należałoby przypisać rolę wyjaśniającą wolę sądu, istniejącą w dniu wydania orzeczenia podlegającego wykładni. Wykładnia odnosi się zatem do uprzednio wydanego orzeczenia i jest uwarunkowana istniejącym wówczas stanem sprawy. (...) W przeciwieństwie do orzeczenia w przedmiocie uzupełnienia orzeczenia uprzednio wydanego, postanowienie wyjaśniające nie posiada samoistnego

⁵⁰ Zgodnie z art. 361 k.p.c. „do postanowień stosuje się odpowiednio przepisy o wyrokach, jeżeli kodeks nie stanowi inaczej”.

⁵¹ I. Gill, *Rektyfikacja orzeczeń*, w: *Postępowanie cywilne*, pod red. E. Marszałkowskiej-Krześ, Warszawa 2013; zob. też postanowienie SN z 15 stycznia 2001 r., I PZ 29/00, OSNAPiUS 2002, nr 17, poz. 413.

⁵² CBOSA; zob. też wyrok WSA w Gliwicach z 14 listopada 2011 r., III SA/GI 1001/11, CBOSA.

⁵³ CBOSA; zob. też wyrok WSA w Gliwicach z 30 czerwca 2014 r., I SA/GI 343/14, CBOSA.

⁵⁴ CBOSA.

charakteru. Należy również podnieść, że wykładnia dokonywana przez sąd jest wykładnią autentyczną. Sąd, dokonując tego rodzaju wykładni, wyjaśnia z mocą obowiązującą, co rodzi obowiązek wykonania orzeczenia w rozumieniu nadanym mu przez postanowienie wyjaśniające, od daty wydania tego pierwszego”.

Cytowane orzeczenia sądów administracyjnych potwierdzają tezę, że mianem wykładni autentycznej określa się wykładnię orzeczeń (wyroków, postanowień) dokonywaną przez sądy cywilne na podstawie art. 352 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Należy podkreślić, że rozstrzyganie przez sądy cywilne wątpliwości co do treści orzeczeń właśnie w ten sposób nazywane jest przez doktrynę oraz judykaturę prawa i postępowania cywilnego⁵⁵. W szerszej perspektywie oznacza to, że działanie statutowane art. 352 k.p.c., ujmowane – na gruncie procedury cywilnej – jako wykładnia autentyczna, zostało recypowane i przyswojone przez praktykę orzeczniczą sądownictwa administracyjnego. Nie dotyczy ono jednak interpretacji przepisów prawa administracyjnego dokonywanej czy to przez organy, czy też przez sądy administracyjne.

Ponadto tak przejawiająca się wykładnia autentyczna służy określeniu wyjaśniania orzeczeń w konkretnych, zindywidualizowanych sprawach. Wskazuje to jednoznacznie na operatywny charakter tego rodzaju wykładni. Stoi to niewątpliwie w wyraźnej opozycji do wykładni autentycznej jako metody ustalania treści przepisów prawa administracyjnego, gdyż – jak pamiętamy – jest ona, w świetle założeń teoretycznych, wykładnią o charakterze abstrakcyjnym.

4.3. Wykładnia autentyczna jako typ wykładni wyłącznie o charakterze posiłkowym (subsidiarnym)

Na kolejną grupę orzeczeń sądów administracyjnych składają się wyroki, w których wprawdzie dopuszczono możliwość stosowania wykładni autentycznej, ale jako metody interpretacji przepisów prawa wyłącznie o charakterze posiłkowym.

W wyroku WSA w Szczecinie z 9 grudnia 2010 r., II SA/Sz 712/10⁵⁶ Sąd, oddalając skargę na decyzję wojewody odmawiającą zatwierdzenia pro-

⁵⁵ Zob. np.: M. Zieliński, *Art. 352*, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, pod red. A. Zielińskiego, Warszawa 2014, s. 613; K. Piasecki, *Art. 352*, w: *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1: *Komentarz do art. 1–366*, pod red. A. Marciniaka, K. Piaseckiego, Warszawa 2014, s. 1204; M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 468; A. Góra-Błaszczkowska, *Orzeczenia w procesie cywilnym*, Warszawa 2003, s. 139.

⁵⁶ CBOŚA.

jektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę, ustosunkował się do argumentu skarżącej, która wprost podniosła, że w polskim porządku prawnym nie funkcjonuje wykładnia autentyczna. Posłużenie się wykładnią autentyczną miało w tej sprawie polegać na zajęciu przez wójta gminy stanowiska co do zgodności projektu budowlanego z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Odnosząc się do twierdzenia skarżącej, Sąd podniósł, że pogląd ten jest „bezpodstawny, ponieważ treść tego pisma [w sprawie zgodności projektu budowlanego z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego] odpowiada treści planu zagospodarowania przestrzennego, a pismo wyraża stanowisko Wójta (...) niewątpliwie organu administracji publicznej (...). Rozstrzygające znaczenie ma jednak zawsze treść planu, którą organ właściwie zinterpretował”. Sąd nie zakwestionował więc stosowania wykładni autentycznej, przeciwnie – dopuścił możliwość jej wykorzystywania w procesie realizacji norm prawa materialnego, lecz poczynione na końcu wywodu zastrzeżenie może wskazywać właśnie na posiłkowy charakter tak rozumianej metody wykładni. W powyższym orzeczeniu sąd administracyjny nie określił *explicite* wykładni autentycznej jako metody subsydiarnej, ale nie oznacza to, że tego typu konstatacje nie są możliwe do odnalezienia w judykaturze.

Widać je wyraźnie w wyroku WSA w Olsztynie z 18 sierpnia 2011 r., II SA/OI 398/11⁵⁷, w którym skład orzekający rozpatrywał pojęcie „miejscowość pobliska” w kontekście kontroli legalności decyzji administracyjnej odmawiającej zwrotu kosztów przejazdów żołnierzowi zawodowemu zamieszkującemu poza miejscem pełnienia służby, w miejscowości, która nie jest miejscowością pobliską w rozumieniu ustawy z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej⁵⁸. Odnosząc się do tego aspektu sprawy, Sąd stwierdził, że „w uzasadnieniu projektu (druk sejmowy nr 1945) ustawy z dnia 22 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy o zakwaterowaniu sił zbrojnych RP oraz niektórych innych ustaw, która z dniem 1 lipca 2010 r. nadała nowe brzmienie definicji miejscowości pobliskiej, prawodawca wskazuje na spójność tego pojęcia z funkcjonującym rozwiązaniem o Policji (art. 88 ust. 4), które wyklucza komunikację w obrębie miejscowości. Zatem wolą ustawodawcy było, aby pojęcia te były rozumiane tożsamo. Choć ta wykładnia autentyczna jest nieoficjalna i prawnie nie wiąże, to jednak powinna być brana pod uwagę przy interpretacji

⁵⁷ CBOSA.

⁵⁸ Dz.U. z 2005 r. Nr 41, poz. 398 ze zm.

wskazanych regulacji”. Identyczny pogląd wyraził WSA w Poznaniu w wyroku z 11 lipca 2012 r., IV SA/Po 407/12⁵⁹, w którym odwołano się do treści zawartych w drukach sejmowych, podkreślając jednocześnie nieoficjalny i prawnie niewiążący charakter wykładni autentycznej.

Przywołane w powyższych wyrokach rozważania dotyczące wykładni autentycznej pozwalają na sformułowanie dwóch istotnych wniosków. Po pierwsze, zwraca uwagę fakt, że ta metoda wykładni została powiązana z uwzględnieniem w procesie stosowania prawa dokumentów wytworzonych w trakcie prac legislacyjnych (druki sejmowe). Wpisuje się to w dość powszechny sposób pojmowania wykładni autentycznej przez sądy administracyjne (zob. pkt 4.1. niniejszego artykułu). Po drugie, w tej grupie orzeczeń podkreśla się właśnie ów nieoficjalny przymiot analizowanej metody wykładni. Termin ten wymaga jednak doprecyzowania. Otóż – jak stwierdził WSA w Poznaniu w wyroku z 26 kwietnia 2007 r., III SA/Po 937/06⁶⁰ – „tzw. wykładnia autentyczna, pochodząca od organu stanowiącego dane normy prawne, może mieć jedynie charakter pomocniczy dla organu orzekającego w sprawie, w żadnym jednak przypadku nie może prowadzić do konsekwencji w postaci związania organu orzekającego przy rozstrzygnięciu sprawy”. Takie samo stanowisko zajął NSA w wyroku z 3 marca 1999 r., IV SA 1960/98⁶¹.

Stąd posiłkowy charakter wykładni autentycznej pojmowany w ramach wyodrębnionej grupy orzeczeń sądów administracyjnych polega wyłącznie na wzmocnieniu argumentacji, która powinna prowadzić do określonego rozstrzygnięcia, nie stanowiąc głównego i podstawowego środka (metody) wykładni norm prawa administracyjnego. W tym sensie jest ona metodą posiłkową, w konsekwencji zaś – prawnie niewiążącą, musi bowiem zawsze ustępować klasycznemu dyrektywom wykładni (językowemu, systemowemu, funkcjonalnemu).

4.4. Wykładnia autentyczna jako niedopuszczalna i nieuprawniona, na gruncie prawa administracyjnego, metoda interpretacji

Ostatnia, wyodrębniona na potrzeby tego tekstu, grupa orzeczeń sądów administracyjnych obejmuje wyroki, które wprost podkreślają niedopuszczalność stosowania reguł wykładni autentycznej na gruncie prawa admi-

⁵⁹ CBOŚA.

⁶⁰ CBOŚA.

⁶¹ Niepublikowany.

nistracyjnego. W zakresie tej grupy mieszczą się ponadto orzeczenia, które w sposób niebudzący wątpliwości kwestionują stanowisko judykatury, zgodnie z którym walor wykładni autentycznej jest przypisywany dokumentom wytworzonym na potrzeby procesu legislacyjnego (zob. pkt 4.1. niniejszego tekstu).

Egzemplifikację drugiego z przytoczonych wyżej poglądów stanowi wyrok NSA z 13 marca 2013 r., II GSK 2433/11⁶², w którym Sąd zasadniczo rozpoznawał, czy do kar pieniężnych statutowanych przepisami ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym⁶³ znajdują zastosowanie przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (w przedmiocie przedawnienia zobowiązań podatkowych z tytułu nałożenia kar pieniężnych). Uwzględniając skargę kasacyjną przedsiębiorcy, NSA podniósł, że sąd I instancji, odwołując się do uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw, które – zdaniem sędziów – precyzowało, iż przepisy dotyczące kar pieniężnych w transporcie drogowym nie zostały poddane reżimowi ordynacji podatkowej, „błędnie przypisał treści uzasadnienia komisyjnego projektu ustawy walor wykładni autentycznej (...)”. Z tym stanowiskiem w pełni koresponduje wyrok NSA z 20 marca 2013 r., II FSK 1499/11⁶⁴, w którym Sąd uznał, że do źródeł wykładni autentycznej „nie może pretendować ani uzasadnienie projektu ustawy zgłoszone przez grupę posłów, ani złożona w toku procesu legislacyjnego opinia prawna – pomijając już okoliczność, że stanowią one tylko wyraz poglądów ich autorów”. Jak widać, NSA jednoznacznie kwestionując utożsamianie treści dokumentacji sporządzanej w procesie ustawodawczym z wykładnią autentyczną, rozszerzył zakres przedmiotowy tej dokumentacji także na opinie prawno-legislacyjne (ekspertyzy prawne).

Ponadto, w tym samym wyroku NSA całkowicie zanegował możliwość stosowania wykładni autentycznej. Zdaniem sądu „wykładnia autentyczna możliwa jest tylko w takim systemie prawnym, który wyposaża prawodawcę w instrument prawny, przy zastosowaniu którego może on autorytatywnie wypowiedzieć się na temat prawidłowego rozumienia wydanego aktu prawnego. W Konstytucji RP takiego instrumentu prawnego jednak nie przewidziano, a ponieważ proces legislacyjny prowadzony jest kolejno przez trzy organy: Sejm, Senat i Prezydenta, niełatwo nawet teoretycznie

⁶² CBOSA.

⁶³ Dz.U. z 2007 r. Nr 125, poz. 874 ze zm.

⁶⁴ CBOSA.

wskazać ten organ, który wykładni autentycznej mógłby dokonać⁶⁵. Pogląd ten został sformułowany – co warto zauważyć – na gruncie sprawy, której przedmiotem było dokonanie indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego przez organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego (prezydenta miasta) na podstawie art. 14j § 1 ordynacji podatkowej w zakresie opodatkowania pomieszczeń szpitalnych wykorzystywanych na cele administracyjne podatkiem od nieruchomości przy zastosowaniu preferencyjnej stawki wynikającej z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d/ ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych⁶⁶. Skarżący kasacyjnie domagał się uwzględnienia – w ramach wykładni autentycznej – treści zawartych w uzasadnieniu poselskiego projektu ustawy z dnia 24 września 2010 r. o zmianie ustawy o podatkach i opłatach lokalnych⁶⁷, jak również opinii prawnej dotyczącej proponowanych zmian.

Wobec tego wypowiedzenie się przez NSA za niemożnością stosowania wykładni autentycznej dotyczyło aktów rangi ustawowej, jednakże analogiczne podejście judykatury sądownoadministracyjnej (negacja możliwości aplikacji reguł wykładni autentycznej) jest także widoczne na płaszczyźnie aktów prawnych wydawanych przez organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego. W wyroku z 15 września 2008 r., II SA/Kr 599/08⁶⁸ WSA w Krakowie *expressis verbis* zakwestionował dopuszczalność stosowania wykładni autentycznej w procesie interpretacji przepisów uchwały rady gminy. Przedmiot kontroli legalności stanowiła uchwała rady gminy w sprawie zasad gospodarowania nieruchomościami zaskarżona do sądu administracyjnego przez organ nadzoru (wojewodę). W odpowiedzi na skargę rada gminy podniosła m.in., że sporny zwrot normatywny powinien być wyjaśniany za pomocą innego przepisu zaskarżonej uchwały, co jest rodzajem wykładni autentycznej. Sąd, nie podziеляjąc argumentacji rady gminy w kontekście stosowania reguł analizowanej metody wykładni, wyprowadził bardziej ogólne wnioski, stwierdzając, że „dopuszczalność odwoływania się w prawie administracyjnym do reguł wykładni autentycznej jest wykluczona ze względu na charakterystyczne cechy tego prawa. Specyfika prawa administracyjnego, które ze względu na charakterystyczny dla niego element władztwa i płynące stąd gwarancje wobec »słabszej« strony w relacjach, w jakie wchodzi administracja, powinna wyklucza

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ Dz.U. z 2010 r. Nr 95, poz. 613 ze zm.

⁶⁷ Dz.U. Nr 255, poz. 1461.

⁶⁸ CBOŚA.

a limine możliwość wiążącego powoływania się przez organ administracji na intencję, którymi kierował się on, tworząc to prawo”. Ponadto Sąd wskazał, że praktyka polegająca na wyjaśnianiu norm prawnych przez ten sam podmiot, który je ustanowił, mogłaby prowadzić do obchodzenia zasady praworządności (legalizmu), a także do „dopasowywania” przepisów prawa powszechnie obowiązującego oraz konkretnych sytuacji do bieżących wartości, istotnych – w danej chwili – z punktu widzenia organu administracji publicznej. W konsekwencji skutkowałoby to naruszeniem wielu zasad, w tym szeregu zasad konstytucyjnych⁶⁹.

Wyrażony w cytowanym orzeczeniu pogląd posłużył jako zasadniczy trzon argumentacji WSA w Poznaniu w wyroku z 4 marca 2009 r., II SA/Po 1055/08⁷⁰, w którym Sąd kontrolował zgodność z prawem uchwały rady gminy dokonującej wykładni autentycznej pojęcia „altana”. Pojęcie to nie zostało bowiem zdefiniowane w przepisach prawa ani w uchwalonym miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, co spowodowało konieczność – zdaniem organu – wprowadzenia jego wykładni w formie stosownej uchwały. Sąd, oddalając skargę rady gminy na rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody stwierdzające nieważność uchwały – dokładnie jak WSA w Krakowie w cytowanym wcześniej wyroku z 15 września 2008 r. – podkreślił niedopuszczalność „odwoływania się w prawie administracyjnym do reguł wykładni autentycznej (...)”. Sąd, w moim przekonaniu słusznie, oparł to stanowisko na twierdzeniu, że takie działanie niesłoby za sobą zagrożenie w postaci nałożenia procesu stanowienia na proces stosowania prawa oraz, w konsekwencji, naruszenia fundamentalnych zasad prawnych.

5. Wnioski i postulaty końcowe

Pierwszym i ogólnym wnioskiem, który wyłania się po przeprowadzonej analizie orzecznictwa sądownoadministracyjnego, jest to, że wykładnia autentyczna pojawia się w praktyce orzeczniczej sądów administracyjnych w skrajnie różnych kontekstach i znaczeniach. Sądy administracyjne niekiedy tylko wykorzystują pojęcie wykładni autentycznej (np. w celu opisanie czynności sądów cywilnych polegających na wyjaśnianiu ich wyroków czy postanowień), innym razem wykorzystują ją jako pełnoprawną metodę interpretacji przepisów prawa administracyjnego.

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ CBOSA.

Rozdźwięk w sposobie pojmowania wykładni autentycznej jest szczególnie widoczny, gdy zestawimy ze sobą dwa przeciwstawne stanowiska traktujące o tej metodzie interpretacji przepisów. Zgodnie z pierwszym z nich, wykładnia autentyczna jest w istocie jedną z metod wykładni, która z powodzeniem może być wykorzystywana w procesie stosowania prawa. Istnieją także orzeczenia, w których ta metoda wykładni jest zrównywana z uwzględnianiem dokumentów wytworzonych w procesie ustawodawczym (np. opinii prawnych, opinii ekspertów, protokołów z posiedzeń komisji sejmowych, uzasadnień projektów), jak również – w przypadku aktów podustawowych – z wyjaśnianiem (w różnych formach) znaczenia przepisów ustanowionych przez ten sam organ (np. organ stanowiący gminy zajmuje stanowisko co do znaczenia zwrotu normatywnego użytego w uchwalonym przez niego miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego).

Z całą pewnością niejednorodność w sposobach pojmowania wykładni autentycznej jest niepożądana i kwestia ta powinna zostać ostatecznie rozstrzygnięta. Ma to fundamentalne znaczenie z punktu widzenia przede wszystkim podmiotów biorących udział w postępowaniu sądownoadministracyjnym, ale także – co ściśle się z tym aspektem wiąże – ładu terminologiczno-pojęciowego oraz autorytetu sądów administracyjnych. Poniższe uwagi będą pełniły rolę porządkującą – w pewnym zakresie – problematykę wykładni autentycznej.

Otóż – i tutaj dochodzimy do drugiego wniosku – sądzę, że używanie przez sądy administracyjne pojęcia wykładni autentycznej na określenie praktyki sądów cywilnych w przedmiocie wyjaśniania wydanych przez nie wyroków (postanowień) nie wzbudza zastrzeżeń. Jest to bowiem podyktowane utrwaloną terminologią doktryny oraz judykatury postępowania cywilnego, które określają tego typu działanie mianem wykładni autentycznej (wykładni wyroku). Dlatego też nie ma dostatecznych przyczyn uzasadniających odstępianie od tej terminologii w praktyce orzeczniczej sądów administracyjnych. Przy czym należy jeszcze raz wyraźnie podkreślić, że w takich przypadkach chodzi jedynie o określenie konkretnego działania procesowego sądu powszechnego, nie zaś o rodzaj interpretacji tekstów prawnych stosowanej przez sądy administracyjne.

Ponadto – jak wykazano – wykładnia autentyczna bywa utożsamiana z wykorzystaniem w procesie stosowania prawa dokumentacji wytworzonej w czasie jego stanowienia. Taka praktyka nie może być metodą podstawową przy ustalaniu znaczenia przepisów prawa (dokumenty sporządzane w ramach procesu legislacyjnego nie mają żadnej mocy normatywnej), ale powinna – jeśli to możliwe – prowadzić do wskazania celu, jakim kierował

się projektodawca, wprowadzając lub modyfikując dane uregulowania. Jest to więc aspekt mieszczący się w ramach wykładni celowościowej (ustalenie intencji prawodawcy) i w żadnym wypadku dokumenty wytworzone w procesie stanowienia prawa nie mogą być utożsamiane – jak chcą tego niektóre składy orzekające – z aktami wykładni autentycznej. Takie stanowisko jest prezentowane w ogólnej teorii prawa, gdzie tego typu dokumenty określa się mianem wykładni autentycznej nieoficjalnej. Dlatego też przyjęty w części teoretycznej opracowania (poświęconej pojęciu i cechom charakterystycznym wykładni autentycznej) podział omawianej wykładni na wykładnię autentyczną oficjalną i nieoficjalną nie jest prawidłowy na gruncie praktyki orzeczniczej sądów administracyjnych. Wykładnia autentyczna nieoficjalna nie może być bowiem zrównywana z wykorzystywaniem dokumentów powstałych w ramach procesu stanowienia prawa.

Walurowi wykładni autentycznej nie powinno się ponadto przypisywać zmianom stanu normatywnego. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy ustawodawca całkowicie eliminuje określone przepisy z obrotu prawnego przez ich uchylenie (skreślenie). Błędem jest również utożsamianie wykładni autentycznej z judykaturą Trybunału Konstytucyjnego. W takich przypadkach chodzi o wykładnię legalną (delegowaną) i wydaje się, że próby przełamania tak ugruntowanego poglądu są rażącym nieporozumieniem.

Jednocześnie trzeba moim zdaniem wykluczyć stosowanie w judykaturze sądowno-administracyjnej pojęcia wykładni autentycznej oficjalnej w rozumieniu, jakie przypisuje tej metodzie wykładni ogólna teoria prawa (ten sam organ, który stanowi przepisy, dokonuje ich interpretacji z mocą wiążącą), z wyłączeniem – o czym niżej – definicji legalnych. Znajduje to uzasadnienie w szczególności w zasadzie trójpodziału władz oraz wynika z konieczności respektowania konstytucyjnej zasady praworządności (legalizmu), ponieważ stanowienie i wyjaśnianie ustanowionych norm z mocą wiążącą skupione w kompetencji jednego organu nie tyle wykracza poza zakres wspomnianej zasady, ile pozostaje z nią w jaskrawej sprzeczności. Jest to stanowisko prezentowane przez część przedstawicieli doktryny oraz widoczne, w pewnym zakresie, w orzecznictwie sądów administracyjnych. Obejmuje ono w głównej mierze akty podustawowe i może dotyczyć sytuacji, gdy organ jednostki samorządu terytorialnego lub organ centralny dokonuje autorytatywnego ustalenia znaczenia przepisów uchwalonego lub wydanego przez siebie aktu (np. miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub rozporządzenia).

Należy jednak opowiedzieć się za dopuszczeniem możliwości określania mianem formy wykładni autentycznej definicji legalnych (zarówno

w ustawach, jak i w aktach podustawowych). Pochodzą one bowiem od tego samego organu (podmiotu), który stanowi normy, i (znacząco) wpływają na sposób rozumienia treści norm zawartych w tym akcie prawnym.

Authentic interpretation in the decision-making practice of administrative courts

Summary

One of the most debatable and controversial methods of interpretation is authentic interpretation, the perception and understanding of which by the administrative judiciary are extremely varied. On the one hand, there are rulings in which authentic interpretation is treated as a fully fledged method of interpreting the provisions of the substantive administrative law. On the other hand, some panels deny any relevance to such interpretation and exclude its application.

The main aim of the article is to analyze the case-law of voivodeship administrative courts and the Supreme Administrative Court in which authentic interpretation (including its various types) was taken into account. The conclusions of the analysis are, in the opinion of the author, intended to harmonize and provide a clearer order to the terminological and conceptual framework relating to the method of interpreting legal texts discussed in the article.

The article presents an analysis of the rulings of administrative courts from the years 1999–2014 available in the Central Database of Rulings of Administrative Courts (judgments, resolutions) the grounds for which take into account or refer to authentic interpretation (at legal and regulatory level). It made it possible to identify four autonomous groups of rulings, in the case of which authentic interpretation was perceived and treated by panels as: 1) a fully exploited method of interpreting legal texts in the application of law; 2) the explanation of a decision rendered by a civil court (the so-called interpretation of a judgment); 3) a type of interpretation of only subsidiary nature; 4) a method of interpreting a legal text that is inadmissible and unauthorized under the administrative law.

The article describes particular rulings belonging to the aforementioned groups. It made it possible to formulate general conclusions and proposals, the most important of which, in the opinion of the author, amount to, among others: respecting the decision-making practice whereby the situation where the courts of general jurisdiction (civil courts) explain their judgments (decisions) is referred to as authentic interpretation; challenging the view that documents drawn

Jan Chmielewski

up in the legislative process should be regarded as providing authentic interpretation; challenging the view that a practice whereby an authority that has introduced particular provisions (including especially local law acts) also explains them is called authentic interpretation or the view that authentic interpretation is equivalent to legal definitions.

ALICJA POMORSKA

Prawnopodatkowe skutki własności rzeczy i praw majątkowych. Wybrane problemy¹

Uwagi wstępne

Problematyka własności rzeczy i praw majątkowych oraz jej ochrony prawnej posiada szczególną wagę i aktualność w prawie podatkowym. Wyjątkowe znaczenie tego zagadnienia wynika z trzech co najmniej istotnych powodów. Pierwszym jest specyficzna materia oraz charakter prawa podatkowego, regulującego rodzaje i ciężar obciążeń podatkowych, stanowiących bezpośrednią i władczą ingerencję państwa w sferę dochodów i majątku osób fizycznych, jak i prawnych. Drugą przyczynę stanowi wynikająca z głównej fiskalnej funkcji podatków wyraźna dominacja ochrony interesu publicznego i to zarówno w materialnym prawie podatkowym, jak i w postępowaniu podatkowym. Trzeci powód to specjalna pozycja własności, powszechnie uznawanej za najwyższą – obok wolności – wartość w życiu jednostki, jak i całego społeczeństwa. Każdy podatek godzi w tę własność i stanowi jej ograniczenie².

W świetle wskazanych wyżej okoliczności z całą ostrością jawi się problem zapewnienia podatnikowi odpowiedniego bezpieczeństwa prawnego i ekonomicznej ochrony jego interesów i praw majątkowych, a wśród nich przede wszystkim ochrony jego prawa własności. W warunkach demokratycznego państwa prawa chodzi o zagwarantowanie równowagi pomiędzy ochroną praw obywatelskich a niezbędnym zapewnieniem ochrony interesu fiskalnego państwa lub gminy. Szczególnie istotnym i trudnym problemem

¹ „Krytyka Prawa” 2009, tom 1, s. 319–338.

² Szerzej na ten temat zob. E. Smoktunowicz, *Zwolnienia i ulgi podatkowe*, „Głosa” marzec 1995, s. 9.

staje się określenie granic opodatkowania. Nakładane podatki nie powinny bowiem prowadzić do zagrożenia egzystencji materialnej podatnika jak też do naruszenia istoty jego prawa własności jak i prawa dziedziczenia, a także nie powinny naruszać jego prawa do prowadzenia działalności gospodarczej³.

Wzorem innych demokratycznych państw prawa, również Konstytucja RP z 1997 roku zawiera w swej treści gwarancje prawnej ochrony własności i dziedziczenia jako podstawowej zasady ustroju gospodarczego (art. 21 w związku z art. 20). Jednocześnie w art. 64 przyznaje ona każdemu prawo do własności oraz innych praw majątkowych, a także prawo dziedziczenia, zapewniając równą dla wszystkich ich ochronę prawną. W doktrynie zwraca się słusznie uwagę, iż nieprzypadkowo prawo własności zostało wysunięte na czoło wolności i praw ekonomicznych⁴. Z analizy treści art. 20 Konstytucji RP uznającego za podstawę ustroju gospodarczego społeczną gospodarkę rynkową opartą m.in. na wolności działalności gospodarczej i własności prywatnej, a także z art. 23 uznającego gospodarstwo rodzinne za podstawę ustroju rolnego państwa wynika wyraźnie, iż to własność prywatna obywateli jest kategorią konstytucyjnie uprzywilejowaną⁵.

Wybrane problemy teże prywatnej własności, jak też głównych jej skutków i ochrony w prawie podatkowym stanowić będą przedmiot naszej analizy i oceny zarówno aktualnego ustawodawstwa podatkowego, orzecznictwa w sprawach podatkowych, jak też doktryny prawnopodatkowej.

Główne rodzaje prawno-podatkowych skutków własności rzeczy lub praw majątkowych

Fakt władania rzeczą lub prawem majątkowym w charakterze właściciela rodzi szereg istotnych i różnorodnych skutków natury prawno-podatkowej.

Po pierwsze – kreuje obowiązek podatkowy właściciela w wielu podatkach typu majątkowego, obciążających sam fakt posiadania majątku nieruchomości lub ruchomego bądź jego określonych składników i to bez względu na to, czy i jak jest on wykorzystywany i niezależnie od tego, czy przynosi jakiegokolwiek przychody lub dochody.

³ Szerzej na ten temat zob. T. Dębowska-Romanowska, *Prawo daninowe – podstawowe pojęcia konstytucyjne i systemowe*, „Glosa” listopad 1996, s. 1–4.

⁴ Zob. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Komentarz*, Kraków 1998, s. 62.

⁵ Szerzej na ten temat zob. J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2003, s. 144.

Po drugie – opodatkowaniu podlegają różnego rodzaju akty przenoszące własność rzeczy lub praw majątkowych. Sam system obciążenia podatkowego obrotu majątkowego jest w Polsce niezwykle skomplikowany i zróżnicowany w zależności od kilku czynników tak natury podmiotowej jak i przedmiotowej. Głównymi determinantami tegoż zróżnicowania są:

- charakter (odpłatny lub nieodpłatny) nabycia własności;
- cel przeznaczenia nabywanego majątku lub jego części (dla prowadzenia działalności gospodarczej i to w zależności od jej rodzaju bądź dla innych celów);
- rodzaj przenoszonego majątku (ruchomy lub nieruchomy), a także charakter jego składników (grunty, budynki, budowle);
- tytuł prawny do rozporządzania majątkiem właścicielskim (posiadanie samoistne, użytkowanie, użytkowanie wieczyste, dzierżawa) bądź korzystanie z majątku właściciela bez tytułu prawnego;
- osoba zbywcy i nabywcy majątku oraz charakter istniejących pomiędzy nimi powiązań (osobiste, rodzinne, kapitałowe, wynikające z tytułu pracy).

Trzecią grupę skutków prawno-podatkowych własności rzeczy lub praw majątkowych stanowią możliwości „uwolnienia się” ich właściciela od ciężących nań zobowiązań i zaległości podatkowych, i to dokonane w dwojaki sposób, tj.:

- poprzez umowne przeniesienie własności rzeczy lub praw majątkowych na rzecz Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, oraz
- drogą potrącenia zobowiązań i zaległości podatkowych właściciela z wzajemną i wymagalną wierzytelnością podatnika wobec Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego.

Kolejnym skutkiem prawno-podatkowym własności rzeczy lub praw majątkowych może być objęcie ich właściciela odpowiedzialnością solidarną w charakterze osoby trzeciej za zaległości podatkowe innych podmiotów. Po piąte – majątek nieruchomy lub ruchomy właściciela może też służyć zabezpieczeniu płatności niektórych jego zobowiązań, jak też zaległości podatkowych.

Po szóste wreszcie – majątek podatnika może być również z tytułu zaległości podatkowych właściciela przymusowo przejęty w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Podatki majątkowe

W polskim piśmiennictwie prawnopodatkowym odnaleźć można wiele różnych poglądów zarówno na temat samej istoty i specyfiki podatków majątkowych, jak też ich klasyfikacji. Podłoża tychże kontrowersji szukać należy w niejednorodnym, tak pod względem przedmiotu, formy, jak i konstrukcji prawnej charakterze tej kategorii obciążeń podatkowych. Zalicza się bowiem doń zarówno tradycyjne, oparte na posiadaniu majątku podatki od nieruchomości, jak też mające charakter nadzwyczajny podatki od przyrostu majątkowego, a także różne formy obciążeń kapitału przedsiębiorstw nawiązujące do różnie ustalanych podstaw majątkowych⁶.

Generalnie rzecz ujmując za podatki majątkowe uznać należy świadczenia powiązane w sposób bezpośredni lub pośredni z majątkiem, przy czym w sensie prawnym powiązanie to następuje poprzez dwa istotne elementy konstrukcyjne podatku, tj. jego przedmiot i podstawę opodatkowania⁷.

Samo pojęcie „majątku”, tak podstawowe i istotne w prawie podatkowym (choćby z uwagi na generalną zasadę odpowiedzialności podatnika, który za podatki odpowiada całym swoim majątkiem) nie zostało – jak dotąd – zdefiniowane ani w tymże prawie, ani w innych działach prawa pozytywnego. Wprawdzie kodeks cywilny operuje zarówno terminem „mienie”, jak i „majątek”, ale definiuje w art. 44 tylko pojęcie „mienia”, obejmując nim własność i inne prawa majątkowe. Oznacza to, że pojęcie mienia odnosi się do wszystkich praw majątkowych, rozumianych jako aktywa i stąd też może ono być traktowane jako ich nazwa zbiorcza. W odróżnieniu od tak rozumianego pojęcia mienia, majątkiem jest ogół praw majątkowych przysługujących określonemu podmiotowi prawa cywilnego. Co więcej, w piśmiennictwie z zakresu prawa cywilnego termin „majątek” jest rozumiany dwojako, tj. w znaczeniu węższym i szerszym. I tak, w znaczeniu szerszym majątkiem jest ogół praw majątkowych (aktywów) przysługujących danemu podmiotowi oraz ciężącym na nim obowiązków majątkowych (pasywów). Natomiast w znaczeniu węższym majątek obejmuje

⁶ Zob. m.in. N. Gaji, *Modele podatkowe. Podatki majątkowe*, Warszawa 1996, s. 33–35; H. Litwińczuk, *Podatki majątkowe*, w: *System instytucji prawno-finansowych* pod red. M. Weraiskiego, Wrocław 1985, s. 334 i nast.; L. Etel, G. Liszewski, *Podatki majątkowe w Polsce – wybrane problemy*, Warszawa wrzesień 2002 (raport nr 209), s. 7–11.

⁷ Szerzej na ten temat zob. L. Etel, G. Liszewski, op. cit., s. 10.

tylko ogół aktywów⁸. W kodeksie cywilnym można odnaleźć przepisy posługujące się zarówno węższym, jak i szerszym terminem majątku⁹.

Podobnie te dwa pojęcia majątku – w wąskim i szerokim znaczeniu – znane są również w nauce rachunkowości. I tak, w szerokim znaczeniu majątkiem określa się tu ogół aktywów i pasywów będących w posiadaniu danego podmiotu, majątek zaś w węższym znaczeniu oznacza jedynie ogół zasobów czynnych (aktywów), a z jego zakresu wyłącza się wszelkie zobowiązania (długi), których wykonanie skutkuje odpływem części aktywów i obniżeniem wartości masy majątkowej¹⁰. Aktywa i pasywa stanowią dwie kategorie wykorzystywane w rachunkowości do prezentacji majątku. Pierwsza z nich informuje o wartości i strukturze składników majątkowych, druga – przedstawia udział poszczególnych wierzycieli w ich tworzeniu. Podatki majątkowe obciążają z reguły majątek w jego węższym znaczeniu, czyli aktywa. Zupełnie wyjątkowo przedmiotem opodatkowania mogą być także przejęte długi i ciężary (pasywa)¹¹.

Spośród wielu znanych w doktrynie podziałów podatków majątkowych za najbardziej istotne i przydatne uznać można aktualnie w szczególności dwie klasyfikacje. Pierwsza – tradycyjna, ale wciąż aktualna i ważna z punktu widzenia ekonomicznego – odróżnia w ramach podatków majątkowych podatki nominalne i realne w zależności od tego, czy ostatecznym źródłem podatku jest dochód podatnika (bieżący lub zaoszczędzony) czy też majątek, który w tym celu musi ulec znacznemu uszczupleniu. Drugi podział dokonywany z uwagi na przedmiot opodatkowania wyróżnia cztery rodzaje podatków majątkowych, tj. podatki od posiadania majątku, od nabycia majątku, od zbycia majątku oraz od przyrostu majątku¹². Pewną modyfikację tegoż podziału stanowi klasyfikacja wydzielająca też cztery grupy podat-

⁸ Szerzej na ten temat zob. T.A. Filipiak, J. Mojak, M. Nazar, E. Niezbecka, *Zarys prawa cywilnego i rodzinnego*, Lublin 1996, s. 89–90.

⁹ I tak, terminem majątku w węższym znaczeniu posługuje się przykładowo art. 863 kodeksu cywilnego, a szerszym art. 922 kodeksu cywilnego, zawierający definicję spadku rozumianego jako „prawa i obowiązki majątkowe (czyli długi – przyp. aut.) zmarłego, przechodzące z chwilą jego śmierci na jedną lub kilka osób”.

¹⁰ Szerzej na ten temat zob. *Rachunkowość finansowa*, pod red. K. Sawickiego, Warszawa 2004, s. 24.

¹¹ Tak np. przedmiotem podatku od czynności cywilnoprawnych (PCC) jest umowa darowizny, również w części dotyczącej przejęcia przez obdarowanego długów i ciężarów albo zobowiązań darczyńcy – art. 1 ust. 1 pkt. 1 d ustawy z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (Dz.U. Nr 86, poz. 959 z późn. zm.). Szerzej na ten temat zob. K. Wojtowicz, *System opodatkowania nieruchomości w Polsce i kierunki jego zmiany*, praca doktorska, maszynopis, Lublin, 2004, s. 17–18.

¹² Szerzej na ten temat zob. L. Eteł, G. Liszewski, op. cit.

ków majątkowych, obejmujących: 1) podatki od posiadania majątku, 2) podatki od przyrostu majątku (rozumianego jako przyrostu substancji majątkowej), 3) podatki od wzrostu wartości majątku, 4) podatki od transformacji substancji majątkowej (obciążające sprzedaż rzeczy i praw majątkowych nie dokonywaną w ramach prowadzonej działalności gospodarczej a także zamianę rzeczy i praw majątkowych na inne rzeczy i prawa majątkowe)¹³.

Jeżeli chodzi o podatki obciążające samo posiadanie majątku to tradycyjnie zalicza się do nich podatki od nieruchomości. Od wielu już lat w polskiej doktrynie prawno-finansowej toczy się ożywiona dyskusja dotycząca kwestii zaliczenia konkretnych konstrukcji aktualnych podatków do teoretycznej grupy podatków majątkowych. W szczególności wiele kontrowersji budzi charakter podatku rolnego. Niektórzy autorzy wskazują na jego majątkowy charakter¹⁴, inni na majątkowo-przychodowy¹⁵, a jeszcze inni dopatrują się w jego konstrukcji cech podatku przychodowo-dochodowego¹⁶. Nie ulega wątpliwości iż w obecnej konstrukcji podatku rolnego można dostrzec pewne elementy typowe dla podatków przychodowych. Należą doń w szczególności: stosowanie przy ustalaniu powierzchni gospodarstwa rolnego tzw. hektarów przeliczeniowych, jako swego rodzaju zastępczych wskaźników przychodowości gospodarstwa, uwzględniających różne jego warunki glebowo-klimatyczne, jak też produkcyjno-ekonomiczne oraz ogólnorozwojowe, czy też konstrukcję niektórych ulg przyznawanych z uwagi na obniżoną zdolność gospodarstwa do osiągnięcia wysokich przychodów¹⁷, a także możliwość obniżania przez rady gmin w ramach przyznanego im władztwa podatkowego z uwagi na lokalne warunki ekonomiczne i produkcyjno-klimatyczne gospodarstw średnich cen skupu żyta, ustalanych przez Prezesa GUS, będących miernikiem stawki podatkowej. Powyższe elementy przychodowości trudno jednak uznać za pierwszorzędą cechę podatku rolnego, z racji tego, że obowiązek podatkowy w tym podatku uzależniony jest od posiadania gruntów, niezależnie od

¹³ Zob. R.B. Brzeziński, *Wprowadzenie do prawa podatkowego*, Toruń 2008, s. 48–49.

¹⁴ A. Hanusz, *Podatki i opłaty samorządowe*, Lublin 1992, s. 20 oraz L. Etel, G. Liszewski, op. cit., s. 13.

¹⁵ A. Kostecki, *Podatki przychodowe i podatki dochodowe*, w: *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. III, pod red. M. Weralskiego, Wrocław 1985, s. 295 oraz J. Harasimowicz, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1988, s. 153.

¹⁶ W. Wójtowicz, *Zarys polskiego prawa podatkowego*, Bydgoszcz 1997, s. 165.

¹⁷ Charakter taki mają ulgi żołnierskie, przyznawane z tytułu zmniejszenia siły roboczej (pośrednio również przychodowości) wskutek powołania właściciela gospodarstwa lub członka jego rodziny do zasadniczej służby wojskowej.

ich potencjalnej przychodowości. Ponadto, możliwość stosowania hektarów przeliczeniowych jest ograniczona tylko do gruntów wchodzących w skład gospodarstwa rolnego, natomiast przy gruntach nie spełniających normy obszarowej ich powierzchnię stanowiącą podstawę wymiaru podatku wylicza się wedle hektarów rzeczywistych, wynikających z ewidencji gruntów i budynków. O ile można zgodzić się z poglądem¹⁸, iż w aktualnej konstrukcji podatku rolnego można odnaleźć wiele argumentów uzasadniających zarówno majątkowy, jak i majątkowo-przychodowy charakter tego podatku, o tyle trudno dopatrzeć się w jego aktualnej konstrukcji jakichkolwiek cech podatku dochodowego. O przychodowo-dochodowym charakterze tego podatku można mówić tylko i wyłącznie w tym znaczeniu, iż jest to jedyny podatek obciążający gospodarstwa rolne, a zatem obciążający zarówno jego ewentualne przychody, jak też pośrednio i dochody. Brak jakiejkolwiek możliwości uwzględnienia w jego konstrukcji kosztów uzyskania przychodów nie pozwala go jednak uznać za podatek przychodowo-dochodowy.

Aktualna konstrukcja podatku leśnego z jego charakterystycznym przedmiotem opodatkowania (jakim jest las), jak i z podstawą wymiaru, (którą jest powierzchnia lasu), bez jakichkolwiek ulg i z niewielką ilością zwolnień przedmiotowych stanowi klasyczny podatek majątkowy. Podobnie ma się rzecz, gdy chodzi o charakter podatku od nieruchomości w zakresie obciążenia nim gruntów, jak też budynków. Natomiast pewnych cech podatku przychodowego można dopatrzeć się w zakresie obciążenia nim budowli, których podstawą opodatkowania jest ich wartość amortyzacyjna w przypadku budowli lub ich części związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej albo wartość rynkowa dla budowli, dla których nie dokonuje się odpisów amortyzacyjnych.

Aktualne konstrukcje trzech odrębnych podatków obciążających różne rodzaje nieruchomości wykazują wiele cech wspólnych. Stanowią je: szeroki zakres przedmiotowy i podmiotowy¹⁹:

¹⁸ P. Smoleń, *Podatki samorządowe*, w: *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, pod red. W. Wojtowicz, Kraków 2005, s. 285.

¹⁹ Przedmiotem tych podatków jest własność, samoistne posiadanie lub posiadanie nieruchomości, użytkowanie wieczyste gruntów, dzierżawa gruntów należących do Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Podatnikami zaś są osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki nie posiadające osobowości prawnej, którym przysługuje tytuł prawny do korzystania z nieruchomości gruntowej bądź obiektu budowlanego, a wyjątkowo bez tytułu prawnego, gdy chodzi o użytkowanie gruntów należących do Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego.

- obciążenie obowiązkiem podatkowym obojga małżonków, bez względu na fakt istnienia czy też nieistnienia między nimi wspólności majątkowej;
- przyjęcie za podstawę ich wymiaru w zasadzie (z pewnymi tylko wyjątkami) powierzchni gruntów lub budynków;
- stosowanie stawek proporcjonalnych, których ustawowy poziom uznać należy za umiarkowany, na dodatek jeszcze powszechnie w praktyce obniżany przez uchwały rad gmin;
- liczne zwolnienia przedmiotowe;
- samorządowy charakter podatków, zasilających dochody budżetów gmin;
- niewielka ich wydajność fiskalna²⁰.

Ta niewielka wydajność fiskalna podatków od posiadania majątku stanowiąca ich słabość z punktu widzenia zasobności budżetów gmin oznacza jednocześnie, iż ciężar ekonomiczny opodatkowania nimi właścicieli i innych osób władających nieruchomościami jest umiarkowany, a czasem wręcz niski jak w podatku rolnym. Uzależnienie wysokości podatku rolnego od urzędowych cen skupu żyta, których wysokość jest powszechnie obniżana przez rady gmin w ramach władztwa podatkowego, jak też bardzo szeroki (niespotykany w innych podatkach tej grupy) katalog ustawowych ulg i zwolnień oraz obserwowana w praktyce duża aktywność organów gminnych w zakresie udzielania na indywidualne wnioski podatników ulg podatkowych jak i umorzeń ich zaległości powodują iż faktyczne należności z tytułu tegoż podatku są dla większości podatników niewielkie, a często nawet mają symboliczny wymiar²¹.

Śpośród rzeczy ruchomych jedynie posiadanie niektórych środków transportowych podlega opodatkowaniu. Ustawa o podatkach i opłatach

²⁰ I tak, w roku 2007 największy udział w ogólnych dochodów własnych gmin w wysokości 26,9% miały w 2007 r. wpływy z podatku od nieruchomości; udział wpływów z podatku rolnego wyniósł w gminach – 1,6% dochodów własnych, jeszcze niższy był analogiczny wskaźnik dla podatku rolnego – 0,2% dochodów własnych. Źródło: *Sprawozdania z wykonania budżetu państwa za okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2007 r. Informacja o wykonaniu budżetów jednostek samorządu terytorialnego*, Rada Ministrów, Warszawa 2008, s. 13–14.

²¹ Jak się podaje w piśmiennictwie – generalnie przyjmuje się, iż wysokość podatku rolnego z 1 ha gruntów powinna oscylować wokół poziomu stanowiącego 6%–10% przeciętnego zeń dochodu; tymczasem w Polsce w 1996 roku była ona blisko 10-krotnie niższa. Szerzej na ten temat zob. A. Hanusz, *Polityka podatkowa w zakresie różnicowania dochodów rolniczych w Polsce*, Lublin 1996, s. 261–262.

lokalnych²² obciążyła tym podatkiem 7 rodzajów takich środków, i to tylko wówczas, gdy zostały one zarejestrowane. Fakt rejestracji takich pojazdów jak autobusy czy samochody ciężarowe jako główny czynnik kreujący obowiązek podatkowy ich właścicieli, a także zróżnicowanie stawki podatkowej w zależności od masy całkowitej tychże pojazdów zdaniem niektórych autorów pozwala sądzić, iż służyć one mają prowadzeniu działalności gospodarczej, stąd też dopatrują się w tym podatku pewnych elementów podatku przychodowego. Stawki podatkowe dla określonych rodzajów środków transportowych ustala w drodze uchwały rada gminy w ramach maksymalnych stawek ustawowych, które może stosownie obniżyć. Warto dodać, iż od roku 2002 dla niektórych rodzajów środków transportowych wprowadzono również stawki minimalne.

Drugą kategorię podatków majątkowych stanowią podatki od przyrostu majątkowego, rozumianego zarówno jako przyrost substancji lub przyrost wartości majątku. W aktualnym polskim systemie podatkowym – podatkiem obciążającym przyrost substancji majątkowej jest podatek od spadków i darowizn, natomiast nie ma aktualnie odrębnej daniny, która obciążałaby przyrost wartości majątku. Nie oznacza to bynajmniej, że ustawodawca pominął całkowicie tę okoliczność, jako że pewnych elementów uwzględnienia przyrostu wartości majątku można dopatrzeć by się w przyjęciu aktualnej konstrukcji podstawy wymiaru w podatku od spadków i darowizn, którą jest wartość rynkowa nabytego prawa majątkowego w drodze spadku lub darowizny, jak też w podatku dochodowym obciążającym dochody ze sprzedaży praw majątkowych czy też w podatku od czynności cywilnoprawnych w zakresie obciążenia umów sprzedaży.

Aktualna konstrukcja podatku od spadków i darowizn odznacza się wyjątkowymi cechami. Stanowią je: nadzwyczajny charakter podatku, głębokie zróżnicowanie ciężaru opodatkowania w zależności od stopnia pokrewieństwa pomiędzy zbywcą a nabywcą prawa majątkowego, rynkowa wartość netto nabytych rzeczy i praw majątkowych (tj. po potrąceniu ciężarów i długów ciężących na majątku) jako podstawa jego wymiaru. Obserwowany od kilku już lat wyraźny proces stopniowego łagodzenia obciążenia tymże podatkiem członków najbliższej rodziny aż do całkowitego zwolnienia ich w roku 2007 ocenić należy pozytywnie tak z powodów natury ekonomicznej, społecznej jak i prawnej. Bardzo często członkowie najbliższej rodziny przyczynili się do powstania majątku, który jest później

²² Zob. ustawa z dnia 12 stycznia 1991. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jednolity Dz.U. z 2006 roku Nr 121, poz. 844 z późn. zm.).

przedmiotem spadku lub darowizny, stąd też tak ze względu na udział ich wysiłku i zaangażowania w powstanie majątku jak też ze względów społecznych w pełni uzasadniony jest zamiar ustawodawcy, by majątek pozostawał w rękach rodziny. Ponadto warto podkreślić, że fakt łagodnego obciążenia podatkowego spadków i darowizn, stanowi istotny bodziec zachęcający do porządkowania stanu prawnego posiadanego majątku, a jednocześnie ograniczający praktykę fikcyjnego zawierania umów sprzedaży zamiast umowy darowizny.

Szczególne sposoby „uwolnienia się” właściciela rzeczy lub prawa majątkowego od zobowiązań podatkowych

Fakt władania rzeczą lub prawem majątkowym może pozwolić ich właścicielowi na skorzystanie ze szczególnych możliwości uwolnienia się z ciążących na nim zobowiązań i zaległości podatkowych. Wchodzić mogą tu w grę dwie możliwości, tj. przeniesienie własności rzeczy lub prawa majątkowego na rzecz Skarbu Państwa lub gminy za zaległości podatkowe oraz potrącenie ciążących zobowiązań podatkowych z wzajemną wierzytelnością podatnika wobec Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Pierwszy sposób wygaśnięcia zaległego zobowiązania podatkowego, określany *expressis verbis* jako „szczególny” następuje drogą umowną, w trybie przepisów, art. 66 ordynacji podatkowej na wniosek samego podatnika, który z tytułu ciążących nań zaległości podatkowych pragnie przenieść własność rzeczy lub praw majątkowych na rzecz związku publiczno-prawnego. „Szczegółność” tej instytucji wynika przede wszystkim z jej dualistycznego, cywilistyczno-podatkowego charakteru i oparcia konstrukcji prawnej zarówno na przepisach kodeksu cywilnego – w odniesieniu do formy i skutków umowy o przeniesienie własności, jak i ordynacji podatkowej – w odniesieniu do stron umowy i warunków jej dopuszczalności. Niemniej ważnym elementem decydującym o specyfice tego sposobu wygaśnięcia zobowiązania podatkowego jest fakt, iż reguły tej instytucji są wyjątkiem od zasady, zgodnie z którą podatki są realizowane w formie pieniężnej.

Zawarcie umowy pisemnej pomiędzy starostą wykonującym zadania z zakresu administracji publicznej a podatnikiem z tytułu jego zaległości w płatności podatków państwowych wymaga zgody właściwego naczelnika urzędu skarbowego lub urzędu celnego. Zgoda ta wydawana jest w drodze postanowienia, po przeprowadzeniu postępowania podatkowego, mają-

cego na celu dokonanie ekonomicznej, materialnoprawnej i formalnej prawidłowości takiej umowy²³. Przeniesienie własności rzeczy lub prawa majątkowego w zamian za zaległości nie może być utożsamiane z zapłatą podatku, ani też z wzajemną kompensatą długu podatkowego z wartością przenoszonych praw. Dlatego też w przypadku, gdy wartość przeniesionej na rzecz związku publicznoprawnego rzeczy lub prawa majątkowego przewyższa kwotę zaległości podatkowej, nie mogą mieć zastosowanie przepisy o nadpłacie, a zwłaszcza o możliwości zaliczenia jej na poczet przyszłych zobowiązań czy zaległości podatkowych. Wydaje się, że w takiej sytuacji naczelnik urzędu skarbowego (lub celnego) nie powinien wyrazić zgody na zawarcie takiej umowy.

Natomiast na zawarcie umowy przez podatnika z wójtem, burmistrzem, prezydentem miasta, starostą lub marszałkiem województwa o przeniesienie własności rzeczy lub praw majątkowych w zamian za zaległości z tytułu podatków stanowiących dochody budżetów samorządowych nie jest wymagana zgoda organu podatkowego. Wystarczy jedynie stosowne powiadomienie przez starostę właściwego naczelnika urzędu skarbowego o jej podpisaniu.

Umowa o przeniesieniu własności rzeczy lub praw wywiera skutki także na płaszczyźnie prawa podatkowego oraz cywilnego. Przede wszystkim prowadzi do efektywnego wygaśnięcia zobowiązania podatkowego. W następstwie tej umowy Skarb Państwa lub gmina stają się sukcesorami podatnika, którzy nabywają rzeczy lub prawa dłużnika ze wszystkimi ciężarami publicznymi, jakie były ustanowione na tej rzeczy (np. hipoteka, zastaw, służebności). Wygaśnięcie zaległości podatkowej w drodze przeniesienia własności stwierdzone jest decyzją organu podatkowego I instancji; w decyzji tej określa się wysokość zaległości.

Drugim, niejako pośrednim skutkiem posiadania nieruchomości jest możliwość skorzystania przez podatnika – dawnego jej właściciela w przypadku jej wywłaszczenia, z instytucji potrącenia. Potrąceniu (kompensacie) podlegają w tym przypadku dwie wzajemne, wymagalne i bezsporne wierzytelności, z których pierwsza przysługuje podatnikowi wobec Skarbu Państwa z tytułu wywłaszczenia jego nieruchomości, a druga – wzajemna przysługuje wierzycielowi podatkowemu z tytułu należnych zobowiązań podatkowych – aktualnych i zaległych. Na tym miejscu godzi się dodać, iż wierzytelność podatnika wynika w tym przypadku z nabycia przez Skarb

²³ Zob. C. Kosikowski, H. Dzwonkowski, A. Uchla, *Ustawa Ordynacja podatkowa – komentarz*, Warszawa 2003, s. 236.

Państwa lub gminę jego nieruchomości na cele uzasadniające jej wywłaszczenie lub wywłaszczenie na podstawie przepisów o gospodarce nieruchomościami.

Aktualna regulacja instytucji potrącenia podatkowego wykazuje kilka znaczących różnic w stosunku do klasycznego potrącenia cywilnoprawnego. Odmienności te odnoszą się przede wszystkim do bardzo wąsko sformułowanego przez prawo podatkowe katalogu tytułów uprawniających do potrącenia oraz ścisłego określenia podmiotów uprawnionych do jego dokonywania. Również tryb, prawa i obowiązki stron tej czynności prawnej są określone w sposób wyczerpujący, a wszelkie uregulowania umowne, wykraczające poza dopuszczalny przez ordynację podatkową schemat potrącenia są niedozwolone i powodują z mocy prawa nieważność rozstrzygnięć zapadłych w tej materii²⁴. W doktrynie wyraźnie podkreśla się też, iż mimo podobieństwa konstrukcji potrącenia podatkowego do cywilnoprawnego nie ma jakichkolwiek podstaw do posiłkowego stosowania przepisów kodeksu cywilnego w tym zakresie²⁵.

Przepisy art. 64 i 65 Ordynacji podatkowej dotyczące dokonywania potrąceń zaległości podatkowych z wierzytelnościami podatnika wobec związków publicznoprawnych stanowią, iż potrąceń tych dokonuje się bądź na wniosek podatnika lub z urzędu, przy czym potrącenie na wniosek ma charakter pierwszoplanowy, co wynika z brzmienia normy zawartej w §3 art. 64 ordynacji²⁶. Uprawnionym do złożenia wniosku o potrącenie jest jednak nie tylko podatnik; prawo to przysługuje również jego następcom prawnym (art. 97a ordynacji) oraz osobom trzecim (art. 109 § 1 ordynacji), rzecz jasna, jedynie w zakresie przejętych przez te podmioty zobowiązań spadkodawców bądź dłużników głównych.

²⁴ Zob. J. Orłowski, *Potrącenie zobowiązania podatkowego – zagadnienia podstawowe*, „Kwartalnik prawa podatkowego” 1999, nr 3–4, s. 63.

²⁵ Zob. L. Etel, *Komentarz do art. 64 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa*, w: R. Dowgier, L. Etel, C. Kosikowski, P. Pietrasz, S. Presnarowicz, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, 2006, s. 297.

²⁶ Zob. T. Nowak, *Istota i charakter prawny postanowienia o potrąceniu z urzędu*, „Kwartalnik prawa podatkowego” 1999, nr 3–4, s. 84. Dz.U. z 2002 roku Nr 169, poz. 1387.

Zakres i przesłanki objęcia właściciela rzeczy lub praw majątkowych odpowiedzialnością za zaległości podatkowe innych podmiotów w charakterze osoby trzeciej

Znacznie dotkliwsze skutki dla właściciela rzeczy lub praw majątkowych wywołują: rozciągnięcie nań odpowiedzialności za zobowiązania i zaległości innych podmiotów w charakterze osoby trzeciej, a także zastosowanie przez organy podatkowe określonych form zabezpieczenia na jego majątku ruchomym i nieruchomym, jak też wreszcie wszczęcie i prowadzenie postępowania egzekucyjnego z tytułu zaległości podatkowych, aż do przymusowego przejęcia nieruchomości włącznie.

Właściciel rzeczy lub prawa majątkowego począwszy od 2003 roku²⁷ został zaliczony w poczet zamkniętego ustawowo katalogu osób trzecich, które mogą zostać obciążone odpowiedzialnością solidarnie wraz z podatnikiem za jego zaległości podatkowe. W przypadku właściciela chodzi o jego odpowiedzialność za zaległości użytkownika przekazanej mu przez właściciela rzeczy lub prawa majątkowego. Zgodnie z art. 114 ordynacji podatkowej możliwość pociągnięcia właściciela rzeczy lub praw majątkowych do odpowiedzialności za długi podatkowe ich użytkownika zależy od łącznego spełnienia 3 warunków. Stanowią je:

- istniejące w trakcie umowy użytkownika pomiędzy właścicielem rzeczy a jej użytkownikiem powiązania o charakterze rodzinnym, kapitałowym, majątkowym lub wynikające ze stosunku pracy,
- prowadzenie przez użytkownika działalności gospodarczej z wykorzystaniem przekazanych mu przez właściciela rzeczy lub praw majątkowych,
- powstanie zaległości podatkowych związanych z działalnością gospodarczą użytkownika i to w okresie prowadzenia jej przy wykorzystaniu rzeczy lub praw majątkowych właściciela.

Zakres odpowiedzialności właściciela ograniczony jest do równowartości rzeczy lub praw majątkowych będących przedmiotem użytkowania. Identyczne zasady odpowiedzialności właściciela rzeczy lub praw majątkowych stosuje się w przypadku najmu, dzierżawy, leasingu oraz innych umów o podobnym charakterze.

²⁷ Dz.U. z 2002 roku Nr 169, poz. 1387.

Główną przyczyną potraktowania właściciela rzeczy lub praw majątkowych jako osoby trzeciej odpowiedzialnej za zaległości użytkownika jest zamiar ustawodawcy przeciwdziałania ewentualnej praktyce uchylania się od opodatkowania wskutek wykorzystania łączących go z użytkownikiem więzi rodzinnych, kapitałowych czy majątkowych.

Z omówionym powyżej przypadkiem odpowiedzialności właściciela jako osoby trzeciej koresponduje sytuacja unormowana we wprowadzonym od 1 stycznia 2003 r. art. 114a, pozwalająca rozciągnąć na dzierżawcę lub użytkownika nieruchomości odpowiedzialność solidarną wraz z podatnikiem, którym jest jej właściciel, za zaległości w podatkach związanych z posiadaniem nieruchomości, powstałe w trakcie trwania dzierżawy lub użytkowania²⁸.

Kolejną sytuacją, w której można obciążyć odpowiedzialnością właściciela rzeczy za zaległości podatkowe innych podmiotów jest przypadek, gdy nabywca przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, albo poszczególnych składników majątkowych związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą o jednostkowej wartości (w dniu jej zbycia) wynoszącej co najmniej 16 100 złotych odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie z podatnikiem za zaległości podatkowe powstałe przed dniem nabycia majątku, ale tylko do wartości nabytego majątku (art. 112 ordynacji). Omówione przypadki ponoszenia przez właściciela rzeczy lub praw majątkowych odpowiedzialności podatkowej w charakterze osoby trzeciej nie wyczerpują bynajmniej bogactwa i różnorodności sytuacji, w których czy to z tytułu wspólności majątkowej, czy następstwa majątkowego bądź też z tytułu współdziałania z podatnikiem w prowadzeniu działalności gospodarczej właściciel może odpowiadać za zaległości podatkowe innych podmiotów. Aktualny krąg osób trzecich jest bowiem dość obszerny i obejmuje m.in. członka rodziny, rozwiedzionego małżonka podatnika, współnika w spółkach osobowych, członka zarządu w spółkach kapitałowych czy też tzw. firmującego. Z pobieżnego choćby przeglądu powyższego kręgu podmiotów, które mogą być objęte odpowiedzialnością solidarną wraz z podatnikiem za jego zaległości podatkowe wynika, że główną przesłanką rozciągnięcia nań odpowiedzialności jest ekonomiczny związek z podmiotem lub przedmiotem podatku. W literaturze prawnofinansowej cały ka-

²⁸ O ile warunkiem rozciągnięcia odpowiedzialności właściciela za zaległości podatkowe użytkownika rzeczy było powstanie zaległości związanych z działalnością gospodarczą prowadzoną przez użytkownika, o tyle w tymże przypadku nie jest wymagany warunek wykorzystywania nieruchomości do prowadzenia działalności gospodarczej.

talog przesłanek uzasadniających objęcie konkretnej osoby solidarną odpowiedzialnością podatkową za zaległości podatnika. Są to: 1) czerpanie przez nią dochodu z działalności podatnika (małżonek, rozwiedziony małżonek, członek rodziny podatnika), 2) nabycie pewnej części majątku podatnika (nabywca majątku), 3) wykorzystywanie tego majątku (dzierżawca nieruchomości, firmujący), 4) prowadzenie działalności przy pomocy innego podmiotu (wspólnik spółki cywilnej, jawnej i komandytowej), 5) zarządzanie określonym podmiotem i ponoszenie pewnych związanych z tym obowiązków (członek zarządu spółki z ograniczona odpowiedzialnością oraz spółki akcyjnej)²⁹.

Nie ulega wątpliwości, iż odpowiedzialność podatkowa osób trzecich, w tym również właściciela rzeczy lub prawa majątkowego powinna być zupełnie wyjątkową instytucją stosowanych w ściśle określonych, a przy tym uzasadnionych ekonomicznie i prawnie przypadkach. Przyjęte aktualnie zasady solidarnej odpowiedzialności osób trzecich za zaległości podatkowe nie budzą w zasadzie większych zastrzeżeń, z uwagi na: ograniczenie tejże odpowiedzialności do zamkniętego kręgu podmiotów, odrębnej dla każdej z grup osób trzecich regulacji zakresu i charakteru przesłanek ich odpowiedzialności, ograniczenia ich odpowiedzialności do określonej wysokości długu.

Rzeczy i prawa majątkowe jako przedmiot zabezpieczenia i egzekucji z tytułu zobowiązań podatkowych właściciela

Rzeczy i prawa majątkowe mogą stać się przedmiotem zabezpieczenia zobowiązań podatkowych ich właściciela.

Głównym celem postępowania zabezpieczającego w sprawie zobowiązań podatkowych jest stworzenie gwarancji materialnych, zapewniających realne możliwości przyszłego ich wykonania. Stąd też w doktrynie słusznie wskazuje się, iż postępowanie to ma charakter wstępny i pomocniczy w stosunku do przyszłego postępowania egzekucyjnego³⁰. Oba te rodzaje postępowań służą ochronie interesów wierzycieli podatkowych, tj. Skarbu Państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego, w szczególności poprzez

²⁹ Zob. A. Mariański, *Odpowiedzialność osób trzecich według regulacji ordynacji podatkowej*, „Glosa”, kwiecień 1998, s. 1.

³⁰ Zob. C. Kosikowski, H. Dzwonkowski, A. Huchla, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 159–169.

zapewnienie im skuteczności przyszłej egzekucji zobowiązań podatkowych. Główną, a zarazem wystarczającą ustawową przesłankę zastosowania zabezpieczenia podatkowego jest wykazanie „uzasadnionej obawy”, iż obowiązek podatkowy może nie zostać wykonany. Sama ocena zaistnienia w danej sytuacji tego hipotetycznego stanu rzeczy jest pozostawiona uznaniu organu dokonującego zabezpieczeń, co nie oznacza, iż decyzja podjęta w tej sprawie może być dowolna. Musi ona wynikać z oceny całości kształtu zebranego w konkretnej sprawie materiału dowodowego. Sam ustawodawca w celu bliższego skonkretyzowania tego ogólnikowego pojęcia, podał w art. 33 § 1 ordynacji podatkowej przykłady dwóch sytuacji mogących uzasadniać istniejącą obawę niewykonania zobowiązania. Są to: trwałe nieuiszczanie przez podatnika wymagalnych zobowiązań oraz zbywanie przez niego majątku, które może utrudnić lub udaremnić w przyszłości egzekucję. Zdaniem bogatego, acz niejednolitego w tej mierze dorobku orzeczniczego, przykładowymi przesłankami upoważniającymi organ do dokonania zabezpieczenia są m.in. fakt nierzetelnego prowadzenia ksiąg handlowych, zaniżanie dochodów będących podstawą opodatkowania³¹, znaczna wysokość przewidywanego zobowiązania podatkowego, nagle zaprzestanie prowadzenia przez podatnika działalności gospodarczej³². Z kolei za dostateczne powody ustanowienia zabezpieczenia nie mogą uchodzić np. niski kapitał założycielski spółki będącej podatnikiem czy też uchylenie się przez podatnika od odbioru korespondencji³³.

Celowo zamierzone przez ustawodawcę pozostawienie w gestii organów podatkowych znacznego luzu decyzyjnego w zakresie wszczynania w konkretnym przypadku postępowania zabezpieczającego i dokonania wyboru środka zabezpieczenia – korzystne dla wierzycieli podatkowych – może w praktyce rodzić niebezpieczeństwo podjęcia wielu pochopnych decyzji krzywdzących podatnika. Instrumentami, które w pewnym zakresie mogą ograniczyć takie ryzyko niekorzystnych dla podatnika działań administracji podatkowej są: z jednej strony – obowiązek stosowania w postępowaniu zabezpieczających takich samych zasad ogólnych jakie

³¹ Zob. wyrok NSA z dn. 4 listopada 1994 r. sygn. SA./Gd 96/94, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego” 1996, nr 5, poz. 143.

³² Zob. wyrok NSA z dn. 9 listopada 1994 r. sygn. SA./Ka 759/94, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego” 1996, nr 5, poz. 156.

³³ Zob. wyrok NSA z dn. 23 maja 1995 r. sygn. SA./Wr 290/95, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego” 1997, nr 3, poz. 69.

obowiązują w postępowaniu egzekucyjnym³⁴, z drugiej – przysługujące podatnikowi możliwości wniesienia zarzutów przeciwko postępowaniu zabezpieczającemu, których podstawą jest zamknięty katalog przesłanek. Wśród kilku form zabezpieczenia zobowiązań podatkowych, jakie reguluje ordynacja podatkowa, wymienić należy w szczególności dwie rzeczowe formy zabezpieczenia na majątku podatnika w postaci zastawu skarbowego oraz hipoteki przymusowej. Obie te formy posiadają kilka cech wspólnych. Po pierwsze – hipoteka i zastaw to rodzaje praw akcesoryjnych, czyli praw ściśle związanych z zabezpieczaną w ich trybie wierzytelnością prywatną bądź publicznoprawną, np. długiem z tytułu umowy cywilnoprawnej lub z należnością z tytułu zobowiązania podatkowego. Takie unormowanie przesądza o zależności bytu hipoteki i zastawu od istnienia głównej, zabezpieczanej w ten sposób wierzytelności. W szczególności hipoteka i zastaw nie mogą powstać, ani być zabezpieczone bez wierzytelności, a wygaśnięcie wierzytelności pociąga za sobą równoczesne wygaśnięcie środka zabezpieczenia.

Po drugie – hipoteka i zastaw są prawami skutecznymi erga omnes w dwójnasób: obciążają one każdego przyszłego właściciela rzeczy nią obciążonej, a wierzyciel hipoteczny i zastawca mają pierwszeństwo zaspokojenia swej wierzytelności przed wierzycielami osobistymi, dla których nie ustanowiono zabezpieczenia hipotecznego lub zastawowego.

Natomiast wśród różnic pomiędzy oboma instytucjami uwagę zwrócić należy na to, iż przedmiotem hipoteki mogą być tylko nieruchomości, tj. prawo ich własności i udział w ich współwłasności, a także inne prawa z nimi związane np. użytkowanie wieczyste, spółdzielcze własnościowe prawo do lokali, prawo do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej oraz wierzytelność zabezpieczona hipoteką (tzw. Subintabulat). Z kolei przedmiotem zastawu mogą być tylko rzeczy ruchome, które ponadto – ze względu na cel zastawu – muszą posiadać konkretną wartość ekonomiczną, dostatecznie różnić od innych dóbr materialnych oraz mieć przymiot zbywalności³⁵. Dodatkowo, oddanie rzeczy w zastaw rozciąga się na jej części składowe, a w braku innych postanowień – również na jej przynależności. Zastaw skarbowy, posiadający wszelkie cechy zastawu cywilnoprawnego ma odróżnieniu od niego charakter zabezpieczenia przymusowego, a nie umownego. Powstaje on z chwilą dokonania wpisu w rejestrze zastawów

³⁴ Nakaz taki wynika wprost z treści art. 166 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

³⁵ Zob. J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2003, s. 269.

skarbowych i nie wiąże się z nim obowiązek wydania rzeczy. Aktualnie mogą być stosowane dwa odmienne tryby dokonywania zabezpieczenia. Pierwszy – wedle przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji³⁶, a drugi – uregulowany w przepisach artykułu 33 d ordynacji podatkowej, a obowiązujący od 1 września 2005 roku³⁷. Z punktu widzenia zapewnienia ochrony interesów majątkowych podatnika na szczególnie pozytywną ocenę zasługuje wprowadzenie tego drugiego, bardziej korzystnego dla niego trybu stosowania zabezpieczenia. Głównymi walorami tegoż nowego trybu zabezpieczenia zobowiązań są :

- możliwość skorzystania z mego w drodze wyboru przez podatnika,
- zagwarantowanie temuż trybowi pierwszeństwa stosowania przed zabezpieczeniem dokonywanym w trybie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji,
- możliwość wyboru przez podatnika najbardziej dla niego dogodnej formy zabezpieczenia (jednej lub kilku) spośród ustawowego kręgu form zabezpieczenia,
- szeroki katalog dogodnych dla podatnika form zabezpieczeń na majątku, (z których może korzystać) obejmujący: gwarancje lub poręczenia bankowe, weksle z poręczeniem wekslowym banku, czeki potwierdzone przez bank krajowy, zastaw rejestrowy na prawach z papierów wartościowych Skarbu Państwa lub NBP a także depozyt w gotówce.

Jedynym ograniczeniem możliwości skorzystania przez podatnika z tego dogodnego trybu zabezpieczenia jego zobowiązań jest pozostawienie w rękach organu podatkowego rozstrzygnięcia o przyjęciu lub odrzuceniu wniosku podatnika o zastosowaniu wybranej formy zabezpieczenia. Wprawdzie na takie postanowienie o odrzuceniu wniosku podatnikowi

³⁶ Zob. ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jednolity Dz.U. z 2005 roku Nr 229, poz. 1954 z późn. zm.).

³⁷ Wzajemny stosunek unormowań obu ustaw opiera się na zasadzie *lex specialis derogat legi generali*. Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji ma bowiem zastosowanie do wszystkich należności publicznoprawnych poddanych zabezpieczeniu i egzekucji administracyjnoprawnej, natomiast Ordynacja – jako *lex specialis* – normuje w sposób szczegółowy pewne aspekty przedmiotowe zabezpieczenia (zakres przedmiotowy i podmiotowy oraz pewne kwestie proceduralne), które dotyczą tylko i wyłącznie należności podatkowych. W pozostałym, nieobjętym przepisami Ordynacji zakresie, należy stosować w sposób bezpośredni przepisy ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (zgodnie z wyraźną dyspozycją art. 33 § 5 ordynacji).

przysługuje zażalenie oraz skarga do sądu administracyjnego, ale w praktyce – wobec braku sformułowania jakichkolwiek przesłanej i wytycznych, jakimi winien kierować się organ podatkowy przy rozpatrywaniu wniosku podatnika o wybór formy zabezpieczenia, trudno będzie mu skutecznie dowieść bezzasadności wydanej przez organ podatkowy odmownej decyzji³⁸.

W przypadku stwierdzenia przez organ podatkowy, iż w określonym prawie terminie podatnik nie uregulował spłaty swojego zobowiązania podatkowego zobligowany jest wszcząć procedurę jego dochodzenia. Podstawą wszczęcia i prowadzenia egzekucji administracyjnej jest tytuł wykonawczy wystawiony przez wierzyciela, w którym określony jest podmiotowy i przedmiotowy zakres oraz treść egzekucji. Przebieg czynności egzekucyjnych uzależniony jest w głównej mierze od rodzaju egzekwowanego obowiązku oraz od stosowanego środka egzekucyjnego. W katalogu 12 rodzajów środków egzekucyjnych, dotyczących należności pieniężnych znajdują się egzekucja z ruchomości oraz egzekucja z nieruchomości. W aktualnym stanie prawnym brak jest ograniczeń ilości stosowanych środków egzekucyjnych w związku z tym wierzyciel podatkowy może stosować jednocześnie kilka ich rodzajów, aż do uzyskania pełnej kwoty należności. Wierzyciel również ma w pierwszej kolejności prawo wyboru określonego środka egzekucyjnego (lub kilku środków), jednakże powinien brać pod uwagę uszeregowanie środków w katalogu zamieszczonym w art. 1a ustawy i w podanej tam kolejności, a to ze względu iż respektuje ona zasadę kolejności (stopniowości) stosowanych środków egzekucyjnych, poczynając od najłagodniejszych aż do najdotkliwszych dla dłużnika, którymi są: egzekucja z ruchomości a ostatecznej kolejności – egzekucja z nieruchomości.

Obok zasady ustawowej kolejności stosowania środków egzekucyjnych prowadzone postępowanie egzekucyjne winno respektować inne jeszcze zasady ogólne w zdecydowanej większości chroniące interesy dłużnika. Taki charakter posiadają zwłaszcza: zasada celowości i niezbędności postępowania egzekucyjnego oraz bezpośrednio z nią związana zasada poszanowania minimum egzystencji podatnika. Podatnik ma też zagwarantowane możliwości ochrony prawnej w postaci zgłaszania zarzutów do prowadzenia postępowania, jak też kierowania wniosków do organu egzekucyjnego

³⁸ Zob. L. Etel, *Ordynacja podatkowa*, s. 226.

oraz składanych w trakcie postępowania egzekucyjnego skarg³⁹. Na specjalną uwagę zasługuje podkreślenie faktu istotnej zmiany trybu prowadzenia egzekucji z nieruchomości. Począwszy od dnia 30 listopada 2001 roku można ją obecnie prowadzić w trybie postępowania egzekucyjnego w administracji⁴⁰. W poprzednim okresie mógł ją prowadzić wyłącznie komornik sądowy i to według odpowiednich przepisów kpc. Powyższą zmianę można oceniać różnie, z dwóch punktów widzenia, tj. szybkości i sprawności postępowania egzekucyjnego oraz stopnia zapewnienia niezbędnej ochrony interesów majątkowych podatnika. Dla wierzyciela podatkowego powyższa zmiana jest zapewne korzystna, ponieważ znacznie przyspiesza sam tok postępowania egzekucyjnego i ostateczną realizację zobowiązania podatkowego. Dawny sądowy tryb prowadzenia egzekucji z nieruchomości z natury swej bardziej sformalizowany a przez to i skomplikowany, był czasochłonny i przewlekły, trwający niekiedy w praktyce polskiej przez wiele lat. Natomiast dla dłużnika podatkowego ten poprzednio obowiązujący, sądowy tryb prowadzenia egzekucji wprowadził skomplikowany, ale gwarantujący mu możliwości składania zarzutów na każdym jego etapie prowadzenia, był bardzo dla niego korzystny i chroniący jego interesy majątkowe. Ostatecznie zalety i wady aktualnego trybu prowadzenia egzekucji z nieruchomości wykaże praktyka z kilku ostatnich lat.

³⁹ Szerzej na ten temat zob. m.in. C. Marzysz, *Prawa zobowiązanego w postępowaniu egzekucyjnym*, w: *Doradca podatkowy obrońcą praw podatnika*, pod red. J. Gumińskiej-Pawlic, Katowice 2007, s. 49 i nast.

⁴⁰ Szerzej na ten temat zob. A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, wyd. II, Warszawa 2002, s. 444–447.

ARTUR MUDRECKI

Wykładnia gospodarcza w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego¹

Pojęcie wykładni gospodarczej

Terminy: „wykładnia prawa” oraz „interpretacja prawa” w języku nauki prawa używany jest zazwyczaj zamiennie. W każdym wypadku chodzi o ustalenie treści obowiązujących norm prawnych².

W wąskim rozumieniu wykładnia ujmowana jest jako operacja myślowa, w toku której dokonuje się przekładu przepisów prawnych na zbiór norm postępowania. W szerokim ujęciu wykładnia obejmuje – oprócz rekonstrukcji norm postępowania z przepisów prawnych – wnioskowanie z norm o normach oraz rozstrzygnięcie o obowiązywaniu w danym systemie norm ze sobą niezgodnych³.

A. Gomułowicz zwraca uwagę, że w procesie wykładni przepisów prawa podatkowego chodzi przede wszystkim o odróżnienie pozorów od rzeczywistości, subiektywnych uproszczeń od obiektywnej prawdy⁴. A zatem przy wykładni przepisów prawa istotne jest dojście do racjonalnych rezultatów rozumowania.

Zdaniem B. Brzezińskiego wykładnia gospodarcza oznacza stosowanie przepisów prawa w kontekście założenia, że podatnik działa i powinien działać w sposób typowy dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, tj. przykładowo dąży do osiągnięcia zysku a nie strat. Wykładnia

¹ *Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego w Polsce. Optymalizacja podatkowa a obejście prawa podatkowego*, red. M. Münnich i A. Zdunek, Wydawnictwo KUL, Lublin 2012, s. 135–145.

² B. Brzeziński, *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2008, s. 12.

³ A. Gomułowicz, *Prawo podatkowe* [w:] A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2010, s. 209.

⁴ Tamże.

ta opiera się na dwóch podatkowych założeniach. Założenie pierwsze to takie, że podatnik powinien zachowywać się z jednej strony gospodarczo racjonalnie, z drugiej zaś – podatkowo neutralnie. Założenie drugie jest natomiast takie, że wszyscy podatnicy powinni podlegać adekwatnemu obciążeniu podatkowemu. Obciążenie takie jest adekwatne w sytuacji, w której podatnik płaci podatek w wysokości odpowiadającej ogólnym założeniom konstrukcji podatku, z uwzględnieniem przysługujących mu ulg i zwolnień⁵.

Wykładnia gospodarcza może być traktowana jako dyrektywa interpretacyjna drugiego stopnia, czyli może być uznana za dyrektywę kolizyjną lub inaczej nazywając dyrektywą wyboru pomiędzy różnymi rezultatami zastosowanych metod i środków wykładni. Umożliwia ona taki wybór w sytuacji, gdy waga argumentów przemawiających za jedną z dwóch lub większej liczby potencjalnie dostępnych możliwości interpretacyjnych jest podobna. A zatem przy ustalaniu znaczenia przepisów prawa podatkowego należy preferować takie ich rozumienie, które nie prowadzi do nieadekwatnego dla danej sytuacji gospodarczej obciążenia podatkowego⁶.

Omawiana wykładnia gospodarcza może być również ujmowana jako doktryna służąca zwalczaniu unikania opodatkowania. Wiąże się ona z problematyką adekwatności czynności obrotu gospodarczego oraz form, w jakich są one dokonywane, z jednej strony, a treści zjawisk gospodarczych, których zachowania te dotyczą, a formą wyrażoną z drugiej. Często prowadzi ona do wniosku, bez potrzeby kwestionowania skuteczności czynności prawnych na gruncie prawa cywilnego pominięcie ich znaczenia na gruncie prawa podatkowego i opodatkowanie według reguł stosownych wówczas, gdy obrót ma miejsce w formach typowych dla operacji gospodarczych określonego rodzaju⁷.

Zdaniem P. Karwata wykorzystywanie gospodarczego sposobu prawa podatkowego w procesie jego wykładni pozostaje ścisłym związkiem z zapobieganiem unikaniu opodatkowania poprzez kształtowanie stosunku cywilnoprawnego. Unikanie opodatkowania może nastąpić np. poprzez wybór formy cywilnoprawnej nieadekwatnej do rzeczywistego charakteru zdarzenia gospodarczego⁸.

⁵ B. Brzeziński, dz. cyt., s. 148–149.

⁶ Tamże, s. 149–150.

⁷ Tamże, s. 151–153.

⁸ P. Karwat, *Opodatkowanie obrotu podatkiem od towarów i usług*, [w:] H. Litwińczuk, P. Karwat, W. Pietrasiewicz, *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, red. H. Litwińczuk, Warszawa 2006, Tom I, s. 48.

Z kolei R. Mastalski zalicza wykładnię gospodarczą do wykładni celowościowej. Zmierza ona w tym wypadku do interpretacji tego prawa z punktu widzenia gospodarczej rzeczywistości, wyraźnie rozróżniając treść oraz cywilnoprawną formę czynności prawnych. Nacisk położony jest na prawdziwą treść tych czynności, a nie ich zewnętrzną formę. Prowadzi to ekonomicznej analizy opodatkowania, a także analizy socjologicznej uwzględniającej treści społeczno-polityczne, a nawet etyczne opodatkowania. Tego rodzaju sposób interpretacji prawa podatkowego mógł zyskać na znaczeniu dopiero wtedy, gdy przyjęto zostało stanowisko o autonomii prawa podatkowego w stosunku do prawa cywilnego⁹.

M. Zirk-Sadowski wskazuje, że autonomia prawa podatkowego służy za podstawę do oceny sposobu wykorzystywania przede wszystkim umów cywilnoprawnych i stwarza podstawę do zarzutu, że określona konstrukcja cywilnoprawna służy do obejścia prawa podatkowego. Nie daje podstaw do uchylecia samych tych działań, ale pozwala zapobiegać ich określonej funkcji. Stąd można nazwać ją autonomią funkcjonalną¹⁰.

Stosowanie wykładni gospodarczej w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego

Zadaniem sądownictwa administracyjnego jest utrzymanie równowagi między interesem publicznym (podatki są we współczesnym systemie podstawowym źródłem finansowania potrzeb zbiorowych społeczeństwa) a uprawnionymi interesami prywatnymi i zapewnienie podatnikowi ochrony prawnej przyznanych mu praw podmiotowych¹¹.

B. Brzeziński uważa, że orzecznictwo sądów administracyjnych ma kapitalne znaczenie jako źródło wiedzy o wykładni prawa. Nie należy zapominać, że sądy administracyjne kontrolują decyzje organów podatkowych pod kątem legalności a ich rozstrzygnięcia mają dla tych organów charakter wiążący¹².

Nie ulega również wątpliwości, że uchwały i wyroki sądów administracyjnych mają wpływ nie tylko na rozstrzygnięcia organów administracji

⁹ R. Mastalski, *Wprowadzenie do prawa podatkowego*, Warszawa 1995, s. 114.

¹⁰ M. Zirk-Sadowski, *Problem autonomii prawa podatkowego w orzecznictwie NSA*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2001, Nr 2, s. 53 i 57.

¹¹ J. Małecki, *Sędzia podatkowy a „złe” prawo i jego stosowanie*, [w:] *Podatkowe i niepodatkowe źródła finansowania zadań publicznych*, red. J. Głuchowski, A. Pomorska, J. Szołno-Koguc, Lublin 2007, s. 31–32.

¹² B. Brzeziński, dz. cyt., s. 34.

skarbowej, ale również oddziałują na postępowanie podatników. A zatem orzecznictwo odgrywa istotną rolę w kształtowaniu systemu prawa i wpływa na praktykę gospodarczą¹³.

Ze względu na problematykę poruszaną w artykule pożyteczna może okazać się analiza orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego pod kątem zastosowania wykładni gospodarczej. W szczególności warto odpowiedzieć na pytania jak często i w jakich sytuacjach NSA posługuje się wykładnią gospodarczą i czy można odczytać strategię interpretacyjną przy stosowaniu tego rodzaju wykładni? Przegląd orzecznictwa w tym zakresie będzie miał jedynie charakter przykładowy. Naczelny Sąd Administracyjny dokonując legalności zaskarżonych indywidualnych aktów administracyjnych w sprawach podatkowych nie zawsze wyraźnie wskazuje, że stosuje wykładnię gospodarczą mimo, że treści uzasadnienia orzeczenia wynika, iż ma to miejsce. Poza tym NSA stosunkowo rzadko stosuje ten rodzaj interpretacji. Oznacza to, że jedynie w wyjątkowych wypadkach jest ona wykorzystywana przy stosowaniu prawa podatkowego.

W uzasadnieniu uchwały z dnia 4 czerwca 2001 r., NSA w Warszawie wskazał, że zgodnie z przepisami zawartymi w rozdziale 11 działu IV ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137, poz. 926 ze zm.), organy podatkowe w toku postępowania podatkowego są zobowiązane do prowadzenia postępowania dowodowego¹⁴. Istotą tego postępowania jest ustalenie wszelkich istotnych okoliczności faktycznych sprawy po to, by następnie dokonać ich oceny pod kątem przepisów materialno-prawnych. W ramach tego postępowania organy podatkowe mają wyłączną kompetencję do oceny zebranych materiałów, którą powinny przeprowadzić zgodnie z wyrażoną w art. 191 Ordynacji podatkowej zasadą swobodnej oceny dowodów. Nie wdając się w wyjaśnienia dotyczące sposobu pojmowania powyższej zasady¹⁵, należy zauważyć, że w tych ramach niewątpliwie będzie się mieścić także prawo oceny treści wszelkich umów cywilnoprawnych zawartych przez podatnika, które mogłyby mieć wpływ na wysokość ciężących na nim zobowiązań podatkowych. Treść umowy

¹³ A. Mudrecki, *Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego w podatku akcyzowym zapadłe w związku z wyrokami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *Doradca Podatkowy obrońcą praw podatnika*, red. J. Gumińska-Pawlic, Katowice 2009, Tom III, s. 30.

¹⁴ Zob. uchwała NSA z dnia 4 czerwca 2001 r., sygn. akt FPS 14/00, ONSA 2001, Nr 4, poz. 147.

¹⁵ Por. poglądy. C. Kosikowski, H. Dzwonkowski, A. Huchla, *Ustawa Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 457–460; B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 376–378.

cywilnoprawnej bowiem i wyrażona w niej wola stron w zakresie, w jakim rzutują na rozmiar obowiązku publicznoprawnego, są elementami prawnopodatkowego stanu faktycznego i dlatego powinny być ustalone i ocenione przez organy podatkowe w toku prowadzonego przez nie postępowania, na podstawie wymienionych wyżej przepisów proceduralnych.

Z kolei w wyroku z dnia 22 maja 1997 r., NSA wyraził pogląd, że strony mogą kształtować treść umów cywilnoprawnych z wykorzystaniem zasady swobody umów, wszakże bez celu ukrycia rzeczywistej czynności prawnej¹⁶. Dyspozytywny charakter umów cywilnoprawnych nie może być jednak przez strony wykorzystywany do uchylania się od obowiązku podatkowego albo zmniejszenia zobowiązania podatkowego. Organy podatkowe nie mają obowiązku respektowania tych postanowień umów cywilnoprawnych, które zmierzają do obejścia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego. W innym wyroku z dnia 21 lutego 1997 r., NSA wskazał, że organy podatkowe mają uprawnienie do oceny skutków w sferze publicznoprawnej (podatkowej) umów, bowiem treść tych umów kształtuje zobowiązania podatkowe stron je zawierających¹⁷.

Z zacytowanych orzeczeń jednoznacznie wynika, że organy podatkowe mają prawo oceny treści wszelkich umów cywilnoprawnych zawartych przez podatnika, które mogłyby mieć wpływ na wysokość ciężących na nim zobowiązań podatkowych. W świetle dotychczasowych rozważań zarówno organy podatkowe, a następnie sąd administracyjny dokonujący kontroli legalności rozstrzygnięć, mogą badać treść umowy cywilnoprawnej w zakresie, w jakim rzutują na rozmiar obowiązku publicznoprawnego, gdyż są elementami prawnopodatkowego stanu faktycznego.

Powyższą linię orzecznictwa kontynuował Naczelny Sąd Administracyjny po wprowadzeniu w życie reformy sądownictwa administracyjnego. W wyroku z dnia 14 grudnia 2004 r. NSA uznał, że organ podatkowy wydając decyzję podatkową w podatku dochodowym za 2000 r. był uprawniony do oceny skutków cesji znaku towarowego, która w rezultacie doprowadziła do odpisów amortyzacyjnych zaliczanych do kosztów uzyskania przychodu i zmniejszenia przychodu oraz wysokości dochodu podlegającemu opodatkowaniu¹⁸. W uzasadnieniu wyroku NSA wyraźnie wskazał, że stosuje wykładnię gospodarczą w oparciu o dorobek przedstawicieli nauki prawa podatkowego. W orzeczeniu tym NSA powołał się na pogląd

¹⁶ Zob. wyrok NSA z dnia 22 maja 1997 r., sygn. akt I SA/Po 1052/96, SIP LEX Nr 29354.

¹⁷ Zob. wyrok NSA z dnia 21 lutego 1997 r., sygn. akt I SA/Lu 676/96, SIP LEX Nr 29049.

¹⁸ Zob. wyrok NSA z dnia 14 grudnia 2004 r., sygn. akt FSK 826/04, SIP LEX nr 147675.

R. Mastalskiego akcentując, że na tle powiązania prawa podatkowego z prawem cywilnym narodził się swoisty rodzaj wykładni celowościowej określany jako gospodarczy sposób rozpatrywania prawa podatkowego. Wykładnia celowościowa zmierza w tym przypadku do interpretacji tego prawa z punktu widzenia gospodarczej rzeczywistości, wyraźnie rozróżniając treść oraz cywilnoprawną formę czynności prawnych. Nacisk położony jest tu na prawdziwą treść tych czynności, a nie ich zewnętrzną formę. Prowadzi to do ekonomicznej analizy opodatkowania, a także analizy socjologicznej uwzględniającej treści społeczno-polityczne, a nawet etyczne opodatkowania¹⁹. Wykładnia gospodarcza – zdaniem B. Brzezińskiego – ma na celu wyeliminowanie ewentualnych korzyści podatkowych, jakie podatnik mógłby osiągnąć w drodze zachowań gospodarczych (bądź stosowanych form obrotu gospodarczego), które nie są przez prawo zakazane, ale ze względu na swą nietypowość nie są przez ustawodawcę dostrzegane. Przy braku stosownych uregulowań szczegółowych prowadziłoby to do bezzasadnego obniżenia, bądź wręcz eliminacji obciążenia podatkowego²⁰. W rozpatrywanej sprawie NSA w Warszawie – Ośrodek Zamiejscowy w Białymstoku w zaskarżonym wyroku, nie nazywając tego, zastosował gospodarczą wykładnię prawa podatkowego. Poprzez analizę umów nabycia znaku towarowego, a w szczególności mając na uwadze okoliczność odroczenia zapłacenia należności do 2007 r. z dalszą możliwością przedłużenia terminu zapłaty uznał, że w pełni uzasadnia przyjęcie tezy, że kolejność zdarzeń i ocena zawartych umów jednoznacznie wskazuje, iż miały one na celu pomniejszenie podstawy opodatkowania, a zatem mieściły się w kategorii czynności „mających na celu obejście ustawy” w rozumieniu art. 58 § 1 k.c. Poza tym wszystkie umowy zawarte zostały między podmiotami powiązanymi ze sobą osobowo lub gospodarczo. Istotą możliwości zaliczenia wydatków do kosztów uzyskania przychodu jest poniesienie tych kosztów (art. 15 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych)²¹. W sytuacji, gdy skarżąca Spółka zaliczyła do środków trwałych prawo do znaku towarowego, za który nie poniosła wydatków związanych z jego nabyciem, a następnie dokonywała odpisów amortyzacyjnych, powodując znaczne obniżenie podstawy opodatkowania, to takie zachowanie ewidentnie z gospodarczego punktu widzenia nie mogło być akceptowane. Powyższe

¹⁹ R. Mastalski, dz. cyt., s. 114–115.

²⁰ B. Brzeziński, *Szkice z wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2002, s. 97.

²¹ Zob. ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz. U. Nr 21, poz. 86 ze zm.

ustalenia, wobec wadliwie sformułowanych zarzutów kasacyjnych, nie zostały skutecznie podważone. W związku z tym zarzut dotyczący naruszenia art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 353 k.c., art. 15 ust. 6, art. 16b ust. 1 pkt 6 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, należało uznać za nieuzasadniony.

Kolejna grupa wyroków była oparta na zasadzie autonomii prawa podatkowego. W wyroku z dnia 18 października 2006 r., NSA uznał, że organy podatkowe nie mają kompetencji do orzekania o nieważności czynności cywilnoprawnych, lecz z uwagi na autonomiczność prawa podatkowego mogą dla celów podatkowych nie uwzględniać skutków czynności cywilnoprawnych, które zostały zawarte wyłącznie w celu obejścia przepisów prawa podatkowego, przy czym taki właśnie cel zawarcia tych czynności cywilnoprawnych musi wynikać i to w sposób niebudzący wątpliwości z całokształtu okoliczności sprawy²². Narzędziem organów podatkowych są tutaj przepisy art. 120, art. 187 § 1 i art. 191 ordynacji podatkowej, które generalnie rzecz ujmując wskazują na obowiązek tych organów wszechstronnego zebrania materiału dowodowego – a więc także umów cywilnoprawnych – i poddania go swobodnej ich ocenie z punktu widzenia wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego.

W wyroku z dnia 22 grudnia 2004 r., NSA stanął na stanowisku, że z uwagi na autonomiczność prawa podatkowego organy podatkowe są nie tylko uprawnione, lecz wręcz zobowiązane do badania rzeczywistej treści umów cywilnoprawnych, a więc również są zobowiązane do badania, czy określona czynność została dokonana w celu obejścia prawa lub dla pozoru – z uwzględnieniem przesłanek określonych w art. 58 i 83 k.c., przy czym sama ocena co do zaistnienia tych przesłanek nie jest równoznaczna z orzeczeniem, że określona czynność prawna jest nieważna, lecz uprawnia organy podatkowe do przyjęcia, iż nie wywiera ona skutków na gruncie prawa podatkowego²³.

W innym wyroku z dnia 18 października 2006 r., NSA wyraził pogląd, że umowy cywilnoprawne nie mogą zmieniać obowiązków, jakie wynikają z przepisów prawa podatkowego, a organy podatkowe – w ramach przysługujących im uprawnień – art. 191 Ordynacji podatkowej – są władne oceniać skuteczność czynności cywilnoprawnych z punktu widzenia prawa daninowego²⁴.

²² Zob. wyrok NSA z dnia 18 października 2006 r., sygn. akt II FSK 1299/05, SIP LEX nr 264205.

²³ Zob. wyrok NSA z dnia 22 grudnia 2004 r., sygn. akt FSK 869/04, SIP LEX nr 147449.

²⁴ Zob. wyrok NSA z dnia 18 października 2006 r., sygn. akt II FSK 1212/05, SIP LEX nr 264125.

Wiele orzeczeń NSA dotyczyło podatku od towarów i usług a zwłaszcza prawa do obniżenia podatku należnego o podatek naliczony. W wyroku z dnia 14 czerwca 2006 r., wyrażono pogląd, że transakcje, które nie odzwierciedlają rzeczywistego obrotu gospodarczego, lecz stanowią nadużycie prawa, nie mogą stanowić podstawy do obniżenia podatku należnego o podatek naliczony wynikający z tych transakcji, a w konsekwencji do zwrotu podatku (art. 19 ust. 1 i 2 i art. 21 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym, Dz. U. Nr 11, poz. 50 ze zm.)²⁵.

W innym wyroku z dnia 14 lutego 2006 r., zaakcentowano, że wykorzystanie prawa wynikającego z art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. Nr 11, poz. 50 ze zm.) do uzyskania korzyści z budżetu państwa (możliwości obniżenia czy zwrotu podatku) w efekcie czynności, które jedynie z pozoru stanowiły nabycie towarów, prowadzi do sprzeczności z celem tego przepisu²⁶.

Z kolei w wyroku z dnia 13 stycznia 2006 r., uznano, że cena jest jednym z istotnych elementów przedmiotowych umowy sprzedaży, tak więc pozornosc czynności, w świetle art. 83 § 1 k.c., może wyrażać się również w nierealnej cenie przyjętej w danej transakcji dla pozoru, nie w celu dokonywania rzeczywistego obrotu gospodarczego pomiędzy podmiotami zawierającymi transakcje w ramach „łańcuszka”, a jedynie w celu uzyskania korzyści podatkowych. Nadanie koniunkcyjnego znaczenia spójnikowi „i” zawartemu w § 50 ust. 4 pkt 5 lit. c rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. Nr 109, poz. 1245 ze zm.) prowadziłoby do niedopuszczalnego z systemowego punktu widzenia zabiegu połączenia przesłanek o odmiennym charakterze, których wspólną cechą jest jedynie rezultat w postaci nieważności czynności prawnej²⁷.

W wyroku z dnia 27 października 2005 r., NSA wyraźnie wskazał, że podatnik ma prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego przy rzeczywistym, a nie pozornym nabyciu towarów.

²⁵ Zob. wyrok NSA z dnia 14 czerwca 2006 r., sygn. akt I FSK 996/05, ONSAiWSA 2007, Nr 5, poz. 122.

²⁶ Zob. wyrok NSA z dnia 14 lutego 2006 r., sygn. akt I FSK 530/05, ONSAiWSA 2007, Nr 2, poz. 40.

²⁷ Zob. wyrok NSA z dnia 13 stycznia 2006 r., sygn. akt I FSK 499/05, SIP LEX nr 187545.

Prawo do odliczenia związane jest bowiem z realnym obrotem gospodarczym, nie zaś z czynnościami prawnymi o pozorowanym charakterze²⁸.

Zapadały również orzeczenia, gdy NSA odmawiał zastosowania wykładni gospodarczej. W wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r., uznano, że ani organy podatkowe ani sądy administracyjne nie są uprawnione do badania, czy dana czynność prawna jest ważna, czy też nie jest ważna²⁹. Rozstrzygnięcie o nieważności czynności prawnej na gruncie art. 58 § 1 k.c. należy bowiem do kognicji sądu powszechnego. Tak więc, dopóki sąd powszechny nie orzeknie inaczej, należy przyjąć, że dana czynność prawna jest ważna. Nie ma podstaw, by czynić inne założenie. Logicznie przyjmując: skoro czynność prawna jest ważna, to jej skutki podatkowe również są ważne. Tym samym, skoro „umowa najmu” nie została uznana przez sąd powszechny za nieważną, to organ podatkowy miał prawo ustalenia zgodnie z tą umową istnienia obowiązku podatkowego oraz podmiotu zobowiązanego do uiszczenia tegoż podatku.

W innym wyroku z tej kategorii NSA uznał, że sąd w zaskarżonym wyroku nie stwierdzał nieważności umów leasingu operacyjnego, a tylko odmiennie niż strony umowy ocenił ich skutki podatkowe, a nie jest to tożsame. Przepisy prawa podatkowego nie zawierają norm zakazujących lub nakazujących określone zachowanie podatnika, lecz jedynie normy określające konsekwencje zachowań podatnika na gruncie prawa podatkowego. Na gruncie prawa podatkowego nie może znaleźć zastosowania art. 58 § 1 k.c. Przepisów prawa podatkowego nie można zatem obejść, gdyż nie zawierają one zakazów i nakazów, które takim obejściem byłyby zagrożone³⁰.

Odniesienia do wykładni gospodarczej można również znaleźć w sprawach podatku od towarów u i usług w stosunku do stanów faktycznych odnoszących się do okresu po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej. W wyroku z dnia 6 kwietnia 2011 r., NSA uchylił wyrok WSA, który uznał, że nie zachodzą przesłanki do uznania za niedopuszczalne obejścia prawa podatkowego³¹. W rozpoznawanej sprawie organy podatkowe zarzuciły podatnikowi stosowanie tej metody w sposób prowadzący do uzyskania nieuprawnionej korzyści podatkowej. Strona kupując w jednym miesiącu

²⁸ Zob. wyrok NSA z dnia 27 października 2005 r., sygn. akt FSK 636/04, SIP LEX nr 187797.

²⁹ Zob. wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., sygn. akt FSK 2113/04, SIP LEX nr 179008.

³⁰ Zob. wyrok NSA z dnia 7 lipca 2005 r., sygn. akt FSK 2561/04, SIP LEX nr 173217.

³¹ Zob. wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt I FSK 523/10, publik. w: Centralnej Bazie Orzecznictwa Sądów Administracyjnych.

niewielką ilość towarów opodatkowanych preferencyjnymi stawkami, sprzedawała duże ilości papierosów, w kolejnym kupowała papierosy, sprzedając minimalne ilości towaru opodatkowanego preferencyjną stawką. Taki model postępowania doprowadził w efekcie do opodatkowania sprzedaży papierosów (stanowiących w strukturze zakupów 99,65%), stawką 4,23%, zamiast w wartości zbliżonej do stawki podstawowej 22%. Organy podatkowe w rozpoznawanej sprawie, choć nie powoływały się na zasadę nadużycia prawa, to de facto ją zastosowały. Uznały bowiem, że podatnik stosując metodę uproszczoną rozliczeń zaniżył deklarowany podatek należny z tytułu sprzedaży papierosów. Przy ponownym rozstrzygnięciu sprawy obowiązkiem Sądu pierwszej instancji będzie rozważenie, czy podatnik formalnie uprawniony do rozliczania podatku od towarów i usług przy zastosowaniu metody obliczania podatku należnego według struktury zakupów, nadużył prawa rozliczając sprzedaż papierosów według stawki 4,23%. W tym celu koniecznym będzie ustalenie, czy w realiach rozpoznawanej sprawy transakcje podatnika, które spełniały formalne przesłanki przewidziane w odpowiednich przepisach VI Dyrektywy i ustawodawstwa krajowego transponującego tę dyrektywę, skutkowały uzyskaniem korzyści podatkowej, której przyznanie byłoby sprzeczne z celem tych przepisów (dotyczących uproszczonego systemu rozliczeń). Ponadto koniecznym będzie ustalenie, czy z ogółu obiektywnych okoliczności ustalonych w postępowaniu podatkowym wynika, iż zasadniczym celem transakcji podatnika było uzyskanie korzyści podatkowej.

Z przedstawionego orzeczenia wynika, że w przypadku podatków podlegających harmonizacji możliwe jest stosowaniu wykładni gospodarczej. Pomocne w tym względzie mogą okazać wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczące obejścia prawa podatkowego.

Podsumowanie

Wykładnia gospodarcza może odgrywać ważną rolę przy stosowaniu prawa podatkowego. Wynika z niej, że wszyscy podatnicy powinni podlegać adekwatnemu obciążeniu podatkowemu. Unikanie opodatkowania prowadzi do nieuczciwej konkurencji między podatnikami, którzy płacą podatek w wysokości odpowiadającej ogólnym założeniom konstrukcji podatku.

Analizowana wykładnia jest różnie klasyfikowana. Raz uznawana jest jako wykładnia interpretacyjna drugiego stopnia, drugi raz jako rodzaj wykładni celowościowej a w niektórych przypadkach zastosowana jest jako autonomia funkcjonalna. Brak jednolitej i dopracowanej teorii wykładni

gospodarczej sprawia, że organy podatkowe i sądy administracyjne stosunkowo rzadko sięgają do jej stosowania i robią to w ewidentnych przypadkach nadużycia prawa.

Analiza orzecznictwa NSA wskazuje, że najczęściej powoływano się na zasadę autonomii prawa podatkowego, chociaż zdarzały się przypadki stosowania wykładni celowościowej lub interpretacyjnej drugiego stopnia.

W zasadzie trudno uznać, że NSA stosuje strategię przy stosowaniu wykładni gospodarczej. Każda sprawa jest rozpatrywana indywidualnie i w zależności od okoliczności sprawy stosowany jest określony rodzaj interpretacji. Przegląd orzecznictwa upoważnia do sformułowania wniosku, że wykładnia gospodarcza zastosowana w konkretnych sprawach prowadzi do racjonalnego rozstrzygnięcia.

Po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej NSA przy interpretacji przepisów podatkowych podlegających harmonizacji posługuje się klauzulą obejścia prawa podatkowego w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Bibliografia

Wybrane akty prawa krajowego

Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. Nr 21, poz. 86 ze zm.).

Ustawa z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz. U. Nr 11, poz. 50 ze zm.).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137, poz. 926 ze zm.).

Wybrane orzecznictwo krajowe

Uchwała NSA z dnia 4 czerwca 2001 r., sygn. akt FPS 14/00, ONSA 2001, Nr 4, poz. 147.

Wyrok NSA z dnia 14 grudnia 2004 r. sygn. akt FSK 826/04, SIP LEX nr 147675.

Wyrok NSA z dnia 22 grudnia 2004 r., sygn. akt FSK 869/04, SIP LEX nr 147449.

Wyrok NSA z dnia 14 czerwca 2006 r., sygn. akt I FSK 996/05, ONSAiWSA 2007, Nr 5, poz. 122.

Wyrok NSA z dnia 18 października 2006 r., sygn. akt II FSK 1299/05, SIP LEX nr 264205.

Wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., sygn. akt FSK 2113/04, SIP LEX nr 179008.

Wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt I FSK 523/10, publik. w: Centralna Baza Orzecznictwa Sądów Administracyjnych.

Wybrana literatura

Brzeziński B., *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2008.

- A. Gomułowicz, *Prawo podatkowe* [w:] A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2010.
- Litwińczuk H., Karwat P., Pietrasiewicz W., *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, red. H. Litwińczuk, Warszawa 2006, Tom I.
- Małecki J., *Sędzia podatkowy a „złe” prawo i jego stosowanie*, [w:] *Podatkowe i niepodatkowe źródła finansowania zadań publicznych*, red. J. Głuchowski, A. Pomorska, J. Szolno-Koguc, Lublin 2007.
- Mastalski R., *Wprowadzenie do prawa podatkowego*, Warszawa 1995.
- Mudrecki A., *Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego w podatku akcyzowym zapadłe w związku z wyrokami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *Doradca Podatkowy obrońcą praw podatnika*, red. J. Gumińska-Pawlic, Katowice 2009, Tom III, s. 30.
- Zirk-Sadowski M., *Problem autonomii prawa podatkowego w orzecznictwie NSA*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego”, 2001, Nr 2.

ROBERT ZIELIŃSKI

Taxation of Clergymen Revenues from Pastoral Services – an Attempt of Estimation^{1, 2}

Abstract

Purpose: The purpose of this paper is to attempt a comprehensive evaluation of the legal regulations within the Polish tax system regarding taxation of clergymen revenues from pastoral services³.

Methodology: Undertaking and accomplishing the purpose of this paper has been possible by analyzing the Polish literature on the subject as well as the relevant legal acts. For the purpose of this paper also empirical materials have been used, in the form of a report on the finances of the Catholic Church, the contents of which were used to formulate the conclusions *de lege ferenda*. The main research method used in the present study was the legal dogmatic method, which involves an analysis of the applicable regulations within the Polish legal system in the field of taxation of clergymen revenues from pastoral services. Additionally, the basic methods of statistical data presentation were used in the form of tables.

Findings: The applicable legal regulations within the Polish tax system regarding taxation of clergymen revenues obtained from performing their pastoral services require an urgent and comprehensive reform. For these are normative solutions that contradict the basic principles of taxation (especially the postulated for more than two centuries principles of equality and justice in

¹ „Management and Business Administration. Central Europe” 2013, Vol. 22, No. 3(122).

² This project has been funded by the National Science Centre based on decision no. DEC-2011/03/B/HS5/02545.

³ It needs to be emphasized that the in this paper presented considerations, as well as the formulated conclusions *de lege ferenda*, refer to the taxation of clergymen of the Catholic Church, despite the fact that these normative regulations also apply to the taxation of clergymen of other Christian Churches as well as religious communities that are legally recognized by the State.

taxation), which should form the basis for a properly determined object of taxation, and therefore they do not fulfill the by the legislature assigned functions.

Research implications: The by the Author presented ideas for changes in the currently in Poland adopted lump-sum taxation system of clergymen revenues could constitute a starting point for the developers of the tax reform for further discussion on the desirable directions of reform in the field of personal income taxation in Poland.

Originality: In the paper the Author points out that in the ongoing public discussion on the optimal method of taxation of personal income relatively little attention is given to issues concerning the taxation of personal income obtained from pastoral services. Thus, the present study, summarizing the existing achievements of the Polish doctrine of financial law in this field, constitutes a voice in the discussion on this subject and at the same time puts forward concrete proposals for changes in the current legal regulation of taxation of the clergy, which could serve as an inspiration for the developers of the tax reform in Poland.

Keywords: income tax, lump sum, clergy, revenue, simplified tax forms
JEL: K34

Introduction

In recent months, there is an ongoing public debate on the need for and directions of a reform of the principles of personal income tax that are applicable within the Polish tax system. However, in this discussion there is little room for or attention paid to the legal regulations governing the principles of taxation of clergymen revenues obtained from performing their pastoral functions, for which the basic form of taxation is lump-sum taxation of clergymen revenues⁴. Meanwhile – as it seems – these regulations require an urgent and thorough revision, because, among other

⁴ See chapter four of the Act of 20 November 1998 on Lump-Sum Income Tax on Certain Incomes Earned by Natural Persons (Journal of Laws No. 144, item 930, as amended), hereinafter abbreviated as “LSIT”. It should be added here that, based on choice, the income of clergymen obtained from performing their pastoral functions can also be subject to income tax on the so-called general principles of the progressive tax scale, together with income obtained from other sources, such as employment contracts, civil law contracts, etc. (see the Act of 26 July 1991 on Personal Income Tax, consolidated text – Journal of Laws from 2012, item 361, as amended, hereinafter abbreviated as “PIT”), but given the limited size of this study as well as the nature of these normative solutions, including the generally applicable

things, they are in conflict with the fundamental tax principles, such as equality and justice in taxation, as well as with the so-called principle of social justice⁵.

The Nature and Circumstances of Applying Lump-Sum Forms of Taxation

Even though lump-sum tax is an institution that has long been applied in the Polish tax law system, it does not have a uniform nature⁶. In the literature on the subject attention is drawn to the fact that it can be an institution of both material and formal tax law⁷. Lump-sum tax – as an institution of formal tax law – constitutes one of the forms of assessing the amount of tax provision, based on which the amount of tax due is determined without establishing an individual tax base for each taxpayer⁸. Within the framework of this type of lump-sum tax, the tax base is determined in a general and approximate way, according to uniform criteria for all taxpayers, laid down in the provisions of the material tax law. Consequently, the characteristic feature of lump-sum tax is the fact that it is not intended to determine all the elements necessary to calculate the amount of the actual financial burden. Determining a lump sum means determining the amount of a given provision (e.g. salary, payment, tax) without calculating it into detail and without determining the actual revenues and expenditures⁹. Therefore, in procedural terms, lump-sum tax is a special technique and form of imposing the amount of tax receivable within the framework of the existing

regulations in the field of progressive income taxation of individuals, these have been omitted.

- ⁵ For more information on tax rules and regulations see, for example, A. Gomulowicz (2001), *Zasady podatkowe wczoraj i dziś*, Warsaw, and by the same author: *Zasady podatkowe*, [in:] *System prawa finansowego, Volume III, prawo daninowe*, ed. L. Etel, Warsaw 2010, pp. 99–130, M. Kosek-Wojnar (2012), *Zasady podatkowe w teorii i praktyce*, Warsaw.
- ⁶ See, for example, S. Babiarz, S. Bogucki, A. Dumas, R. Pęk, S. Presnarowicz, J. Pustuł (2012), *Ryczałty w prawie podatkowym*, Warsaw, T. Dębowska-Romanowska (1992), *Ryczałt jako instytucja formalnego i materialnego prawa podatkowego* [in:] *System podatkowy. Zagadnienia teoretyczno prawne*, *Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Iuridica*, No. 55, pp. 69 ff., R. Zieliński (2009), *Dylematy wokół pojęcia i zakresu ryczałtu podatkowego*, [in:] *Daniny publiczne. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, ed. A. Dobaczewska, E. Juchniewicz, T. Sowiński, Warsaw, pp. 97–103.
- ⁷ R. Mastalski, J. Zubrzycki (1998), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wrocław, p. 27.
- ⁸ See K. Ostrowski (1970), *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Warsaw, p. 152.
- ⁹ *Słownik języka polskiego (Polish dictionary)*, ed. M. Szymczak, Volume 3, PWN, Warsaw 1989, p. 151.

tax or a number of taxes together, where the calculation of the tax receivable is performed without determining the tax base in accordance with its structure laid down in the laws governing taxes (income, turnover, assets, etc.), and based on the adopted basis for calculating the lump-sum tax base¹⁰. Whereas the essence of lump-sum tax, as an element of the material tax law, consists in the fact that the legislature predetermines certain components of the legal and tax situation, referring to them in terms of “lump sum”¹¹. In terms of personal income tax, an example of this practice is establishing a lump sum for tax costs that are deductible from the tax base, the amount of which is either fixed or based on their percentage share of the revenues earned by the taxpayer¹².

In view of the foregoing considerations the statement that lump-sum tax on the revenues of clergymen belongs to the category of case-based lump sum and represents a particular and simplified form of taxation does not raise any doubts. In the literature on the subject it is pointed out that the simplified nature of lump-sum tax consists in ignoring, for the purpose of assessing the amount of income tax, some of the elements of taxation resulting from the so-called general principles of taxation, and, consequently, in the use of a different method of calculating income tax due¹³. In typical (i.e. classic) lump-sum tax, which includes lump-sum taxation of clergymen revenues, this comes down to predetermining in the provisions of the law the amount of tax provision to be paid, the level of which depends on the external characteristics of the object of taxation (in this case the function of the member of the clergy – parish priest, vicar – the population of the parish and the number of residents of the municipality or city where the

¹⁰ R. Mastalski (2009), *Prawo podatkowe*, Warsaw, p. 468.

¹¹ R. Zieliński (2012), *Uproszczone formy opodatkowania dochodów z działalności gospodarczej*, Warsaw, p. 88.

¹² This method of determining the tax costs in terms of personal income tax has been adopted, among others, for entities with revenues from independently performed artistic, literary and scientific activities as well as entities with revenues from services provided under a commission contract or a contract for performing a specified task. In the latter cases (commission contract or a contract for performing a specified task), the costs of revenues represent 20% of the income earned less the amount of social security contributions, which are based on the revenue achieved. Lump-sum tax is also applied to, among other things, revenue from copyright (in the amount of 50% of the earned income) and to income earned from employment. In the latter case, the amount of the tax has been determined by the legislature in quota terms. (see Article 22, items 2 and 9 of the PIT).

¹³ See K. Koperkiewicz-Mordel, W. Chróścielewski, W. Nykiel (2006), *Polskie prawo podatkowe*, Warsaw, p. 172.

parish seat is located). Consequently, the use of lump-sum tax leads to exempting taxpayers from the obligation to document their revenues and costs of obtaining them with the use of a ledger or tax books, or to a significant reduction of the existing obligations in this field, as well as to exempting taxpayers from the obligation to file tax returns. That is why, among other things, in the literature on the subject, the institution of lump-sum tax is considered to be a less labor-intensive method of assessing the amount of tax provision to be paid compared to taxation based on the progressive or proportional tax systems. Due to the minimization of the tax registration requirements and due to the fact that the amount of tax to be paid depends on the so-called external characteristics of the object of taxation – lump-sum tax is also considered to be one of the concessional forms of taxation, which does not mean that applying it in practice will in each case lead to a reduction in the tax burden¹⁴. It should also be noted that lump-sum tax can be used only by a certain category of taxpayers¹⁵. It is usually applied in relation to smaller and generally economically weaker forms of manufacturing or service businesses, run by craftsmen or other small establishments¹⁶. Whereas applying lump-sum tax to clergymen revenues obtained from pastoral services is justified by the fact that their main source are the voluntary donations (offerings) of the members of the parish, and keeping a complicated tax registry in relation to them would have no substantive justification. Moreover, as emphasized in the law-and-finance literature, introducing a simplified and at the same time more favorable way of taxation of clergymen revenues compared to taxation on the so-called general principles is justified based on the activities of the Church for the benefit of the entire society¹⁷.

It should also be noted that the use of lump-sum forms of taxation has its advantages, as well as disadvantages. One of the main advantages of these forms of taxation is their simplicity, which in practice allows to implement the propagated for more than two centuries postulates of certitude, cheapness and convenience of taxation¹⁸. This is particularly important given the casuistic nature of taxation on the so-called general principles,

¹⁴ See R. Zieliński, *Uproszczone...*, p. 91.

¹⁵ T. Dębowska-Romanowska, *Ryczałt...*, p. 71.

¹⁶ See N. Gajl (1992), *Teorie podatkowe w świecie*, Warsaw, p. 163.

¹⁷ See J. Patyk (2009), *Podatki instytucji kościelnych i duchownych w Polsce*, *Przegląd Powszechny*, No. 7–8, p. 35.

¹⁸ See A. Smith (1954), *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Volume 2, Warsaw, pp. 584 ff.

the difficulties in its application by the taxpayer, as well as the high costs of assessment and collection of this tax¹⁹. However, on the other hand, lump-sum forms of taxation are an exception to the principle of equality and justice in taxation. Adopting the principle according to which the legislature does not calculate the tax base and determines the amount of the tax due based on the so-called external characteristics of the object of taxation, means that in the process of calculating the amount of tax the so-called taxpayer's ability to pay is not taken into account. As a result, this leads to a situation where a taxpayer that does not have any income (or not much), i.e. does not have the ability to pay, is obliged to pay tax, and vice versa – an increase in the ability to pay (i.e. an increase in income/revenue) does not in any way correspond to the amount of tax burden that the taxpayer is required to pay.

Rules of Taxation of Clergymen Revenues From Pastoral Services

Lump-sum taxation of clergymen revenues is a classic lump-sum tax, in the sense that in order to calculate the amount of tax provision to be paid the taxpayer is not required to determine the tax base. The taxpayer knows in advance how much tax he has to pay, based on a decision that determines this amount, issued by the tax office separately for each tax year²⁰. The characteristic feature of this taxation method is the fact that it is an optional form of taxation. In fact, in order to make use of this form of paying income tax the taxpayer has to notify the competent tax office about the start of performing pastoral functions 14 days in advance²¹.

Lump-sum taxation of clergymen revenues is applied to clergymen that perform pastoral functions. Determining the legal status of clergymen is a challenge, because the Polish law does not provide for a legal definition of this term²². Consequently, both in doctrine and in jurisprudence it is assumed that a clergyman can only be a person who is a cleric of a Church

¹⁹ See C. Kosikowski, R. Tomaka, *Dochody budżetowe w socjalizmie*, Lodz 1982, p. 141.

²⁰ In case a clergyman commences his pastoral functions within the quarter, the amount of the discussed lump sum tax rate for the period starting from the day of commencing the pastoral functions until the end of the quarter the tax office determines for each day in the amount of 1/90 of the quarterly rate.

²¹ Pursuant to Article 46 item 1 of the LSIT the jurisdiction of the tax office is determined based on the place of performance of the pastoral functions.

²² See J. Patyk (2008), *Opodatkowanie Kościoła Katolickiego i osób duchownych*, Torun, p. 211.

or a religious association with legal-entity status²³. It must therefore be concluded that the object scope of the discussed form of taxation includes clergymen of the Catholic Church and other Christian Churches, as well as religious communities that are legally recognized by the state²⁴.

In the Roman Catholic Church, on account of the performed pastoral functions, income tax in the form of the discussed lump-sum tax is mainly paid by parish priests and vicars. On account of the fact that pastoral functions are performed also by other clergymen, such as clerics that manage ecclesiastical entities that run their administration in separated parts of the parish, clergymen that temporarily perform the function of parish priests, rectors and other clergymen managing ecclesiastical entities that have their own administration without separated parts of the parish, they can also pay income tax in this form.

When analyzing the object scope of the discussed lump-sum taxation, it is worth noting that when formulating the directory of clergymen that are subject to taxation in this form, the legislature has not included such members of the clergy as: monks, nuns, so-called residents²⁵, or members of the clergy that are retired but still receive income on account of performing pastoral services. This directory also does not contain the top hierarchy of the Catholic Church. i.e. bishops, archbishops and cardinals²⁶. A gap in the law has formed in this respect and this means that in reality the above-listed categories of entities are excluded from this form of taxation. As a result, the adopted solution, consisting in the legislature including one group of clergy in the tax system and leaving out another group that has the same formal and legal status, leads to a violation of the chief principles of taxation, namely universality, equality, and justice²⁷.

Taxation in the form of the discussed lump-sum tax applies only to revenue generated from payments received for performing pastoral func-

²³ See Resolution of the Supreme Court of 6 May 1992, reference number: I KZP 1/92, *LexPolonica No. 308579*.

²⁴ At present, the status of churches and religious associations includes about 160 entities; see *Registry of churches and other religious associations*, the Ministry of Internal Affairs and Administration, www.mswia.gov.pl (date of access: 30.06.2012).

²⁵ A resident is a priest that lives in a given parish, but who performs other tasks within the diocese and is therefore not obligated to perform the duties of a vicar – e.g. he works for the Curia, the Metropolitan Court, seminary. A resident can also be a retired priest, a pensioner or a bishop who does not work in the given diocese, but does reside in its territory.

²⁶ See J. Patyk, *Opodatkowanie Kościoła...*, p. 222.

²⁷ *Ibidem*, p. 226.

tions²⁸. At the outset, it should be noted that describing this form of taxation in such a way does raise some doubts. As rightly noted in the literature on the subject, these doubts mainly concern the lack of a legal definition of the term “pastoral functions” and no definition of what these “payments” received for performing those pastoral functions really are²⁹. While defining the term “pastoral functions” or “ministry” is not such a problem, it is defining the scope of the notion “payments received for performing pastoral functions” that seems to be difficult. According to the definition of the PWN Encyclopedia, pastoral ministry includes all the activities undertaken by the Church the aim of which is salvation of the faithful and traditionally comes down to activities such as: the celebration of the Mass, preaching the Word of God, administration of the sacraments, teaching the faith (Catechesis) and charitable activities³⁰. However, the use of the term “payments” received for performing pastoral functions seems to be rather imprecise. This is due to the fact that, in accordance with the rules of cultivating faith and religious practice in Poland, supporting any religion and its clergy is associated with making offerings and donations by members and followers of the respective religions for this purpose³¹. This means that clergymen that perform pastoral functions do not actually receive payments but all kinds of offerings that are made on a voluntary basis. Therefore, it should be assumed that the discussed lump-sum tax only applies to those revenues of clergymen of which the main source are the offerings of the faithful made on account of received pastoral services, i.e. the so-called *iura stolae* (voluntary payments for baptisms, weddings, funerals) as well as Mass stipends for requests to have Holy Masses celebrated³². Revenue

²⁸ Pursuant to Canon 281 § 1 of the Code of Canon Law (*Codex Iuris canonici auctoritate Joannis Pauli PP. II promulgatus* promulgated on 25 January 1983 by John Paul II, with the Apostolic Constitution *Sacrae disciplinae leges*, in *Acta Apostolicae Sedes*, vol. LXXV, Pars II, Polish translation approved by the Conference of the Polish Episcopate, Pallotinum, Poznan 1984), for performing the ministry of the church, clergymen deserve remuneration that corresponds to their position and that takes into account the nature of their tasks as well as the circumstances of time and place necessary to meet their vital needs.

²⁹ See J. Patyk, *Opodatkowanie Kościoła...*, pp. 226–231.

³⁰ See *Encyclopedia PWN on-line*, www.encyklopedia.pwn.pl, (date of access: 30.06.2012)

³¹ See J. Patyk, *Opodatkowanie Kościoła...*, p. 228.

³² *Ibidem*, pp. 217–218, I. Matjasiuk, *Zarobki duchowieństwa*, [in]: *Finanse Kościoła Katolickiego w Polsce (analiza)*, KAI Report, Warsaw 2012, p. 12, ekai.pl/media/szuflada/RAPORT_KAI_01.03.pdf (date of access: 30.06.2012).

that clergymen obtain from other sources, e.g. based on employment contracts, commission contracts or contracts for performing a specified task, are subject to income tax on the so-called general principles of the progressive tax scale.

The lump-sum tax on clergymen revenues is collected in the form of fixed tax rates, which are determined on a quarterly basis³³. Due to inflationary trends, as well as because of the desire to increase revenues to the state budget, these rates are subject to annual indexation based on increases in the consumer price index of goods and services and are announced by the Minister of Finance in the form of a decree no later than on November 30th of the year preceding the fiscal year³⁴.

The rates of the discussed tax do not depend on the amount of actually earned income and neither on the amount of obtained revenue. The rate of taxation of clergymen revenues largely depends on the function that they perform within the Church as well as:

- in the case of clergymen performing the function of parish priest – the population of the parish, and;
- in the case of clergymen performing the function of vicar – the population of the parish and the number of residents of the municipality or city where the parish seat is located³⁵.

The current rates of the lump-sum tax on clergymen revenues are presented in the tables below.

The in the discussed lump-sum system adopted structure of tax rates does have its substantive justification.

Firstly, according to the Code of Canon Law and the implementing rules and regulations, which are the rulings of the diocesan Synods, the parish priest, being a person with a higher function within the hierarchy

³³ The tax rates are set out in Annex No. 5 (for parish priests and persons holding comparable positions in religious associations) and Annex No. 6 (for vicars and persons holding comparable positions in religious associations) of the LSIT.

³⁴ See the Decree of the Minister of Finance of 4 November 2011 on the amounts of fixed tax rates, the amount to which provisions are allowed in performing certain services with the exception of provisions to the population, and the quarterly lump-sum tax rates on the revenues of parish priests and vicars, applicable in 2012, M.P. of 2011, No. 102, item 1028.

³⁵ The number of residents is assumed to be as on December 31st of the year preceding the fiscal year for which the lump sum has been paid, according to the data of the competent administration authorities of the cities and municipalities that keep the records.

of the Church, on account of the so-called *iura stolae* and other religious services, receives twice as much compared to what a vicar is entitled to³⁶. Therefore, a parish priest has a higher income than a vicar and should pay a higher income tax accordingly.

Table 1. Quarterly lump-sum tax rates on the revenues of parish priests in 2012

In parishes with a population of		Tax rates in PLN
above	up to	
	1000	400
1000	2000	455
2000	3000	490
3000	4000	537
4000	5000	583
5000	6000	638
6000	7000	695
7000	8000	750
8000	9000	808
9000	10,000	877
10,000	12,000.	955
12,000	14,000	1036
14,000	16,000	1127
16,000	18,000	1221
18,000	20,000	1321
20,000		1431

Source: Annex No. 2 to the Decree of the Minister of Finance of 4 November 2011 (item 1028).

³⁶ See J. Patyk, *Opodatkowanie Kościoła...*, p. 218, I. Matjasiuk, *Zarobki duchowieństwa...*, p. 12.

Table 2. Quarterly lump-sum tax rates on the revenues of vicars in 2012

In parishes with a population of		If the parish seat is located		
above	up to	in a municipality or city with a population of up to 5000	in a city with a population of	
			above 5000 up to 50 000	above 50 000
tax rates in PLN				
	1000	122	252	363
1000	3000	363	381	381
3000	5000	381	403	420
5000	8000	389	420	431
8000	10,000	403	441	453
10,000		420	453	464

Source: Annex No. 3 to the Decree of the Minister of Finance of 4 November 2011 (item 1028).

In passing, it should be added that different rules from the ones presented here apply in the Archdiocese of Gniezno and the Diocese of Opole, where the offerings on account of the so-called *iura stolae* do not go directly into the pockets of the priests, but go to the budget of the parish and subsequently are used to cover the costs of their food and maintenance as well as the maintenance of the parish³⁷. Pursuant to the rulings of the diocesan Synods in the Diocese of Opole, the income of priests that they obtain from pastoral services has been set at a lump sum, regardless of the actual amount of offerings and donations received on account of the so-called *iura stolae*. For vicars this amount is equal to the minimum wage (i.e. PLN 1600 gross in 2013), and for parish priests it is 150% of that amount³⁸. Furthermore, in this diocese, during their annual pastoral visits at the homes of parishioners at Christmas time, the priests do not accept any offerings or donations and those parishioners that wish to financially support their parish can do so by making a donation during a special Christmas fundraising at the church³⁹.

³⁷ I. Matjasiuk, *Zarobki duchowieństwa...*, p. 12.

³⁸ *Ibidem*, p. 18.

³⁹ *Ibidem*.

Similar rules have been adopted in the Archdiocese of Gniezno, where the monthly income of the priests that they can receive on account of the so-called *iura stolae* has been set by the Archbishop of Gniezno, and is as follows: for a parish priest approximately PLN 800, for a vicar PLN 600; and it should be emphasized here that priests who work in schools or as chaplains do not receive this income⁴⁰.

Secondly, the size of the parish, as well as the size of the city where the parish seat is located, indirectly determine the amount of revenue (and thus income) earned by the members of the clergy. Therefore, it seems reasonable to say that working in a pastoral center that is located in a larger city, both the parish priest and the vicar will have higher revenues (income) than a parish priest or vicar exercising their ministry in a parish located in a smaller municipality or a smaller town. Therefore, the parish priests and vicars that work in pastoral centers located in larger towns or cities should pay higher income taxes than parish priests and vicars that exercise their ministry in small parishes located in smaller towns.

The in the provisions of the law determined quarterly lump-sum tax rates on the revenues of clergymen are reduced by the health insurance premium paid by these persons in the given quarter, in the amount of 7.75% of the basis of assessment of the insurance premium. This reduction is applied if the premium in question has not been previously deducted from the income tax paid on the so-called general principles, and the amount of the expenditure made for this purpose is determined on the basis of documents confirming these costs (e.g. copies of bank transfers)⁴¹. Members of the clergy that benefit from the above deduction are required to submit an annual declaration on the amount of health insurance premiums paid and deducted from the lump sum payment in each quarter to the competent tax office by January 31st of the following fiscal year⁴².

In special cases, associated with a permanent termination of exercising pastoral functions (e.g. as a result of delegating a cleric to doctoral studies), the rates of the discussed lump sum tax are reduced by 1/90 for each day that these persons do not perform pastoral functions. A condition for this

⁴⁰ *Ibidem*, p. 19.

⁴¹ Since 1 December 2008, members of the clergy can also deduct from the predetermined lump-sum payment the expenditure on health insurance made in a given year in accordance with the legislation in force in a different than the Republic of Poland Member State of the European Union or another country of the European Economic Area or the Swiss Confederation.

⁴² This annual declaration is the PIT-19A form.

reduction is reporting this fact to the competent tax office. A similar situation occurs when a member of the clergy reports that he wants to take a break from performing pastoral functions. If this break lasts longer than a month and is reported to the competent tax office within three days of its start, the quarterly lump-sum tax rate is reduced by 1/90 of its amount for each day of this intermission.

Lump-sum taxation of clergymen revenues is paid without being called once per quarter. Tax payments are made to the account of the competent tax office until the 20th of the following month after the end of the quarter, and for the last quarter – by December 28th.

Members of the clergy that pay income tax in this form are required to notify the competent tax offices (the current and new one) within 7 days about changes of location where they perform their pastoral functions in case they are delegated to do their pastoral work in another parish (so-called relocations)⁴³. This requirement also applies to clergymen who in a given year have received a so-called appointment, i.e. the nature of their pastoral functions has changed, e.g. from vicar to parish priest. These changes have a direct impact on the amount of tax that they have to pay. In case of an appointment the previous vicar will be required to pay higher income tax. Whereas in case of a relocation the clergyman (both parish priest and vicar) can end up paying higher income tax (if relocated to work in a parish with a greater population, located in a larger town/city) or lower income tax (if delegated to work in a parish with a smaller population and that is located in a smaller town/city than the former one).

Every clergyman has the right to choose not to pay their taxes in the discussed form and to pay income tax on the so-called general principles of the progressive tax scale⁴⁴. In this case the competent tax office has to be notified about this until January 20th of the given fiscal year in the form of a written statement. The decision not to pay tax in the form of the discussed lump sum may also occur in case of a change of the amount of tax due resulting from the annual indexation. In that case the notification must be submitted within 14 days of receipt of the decision determining the amount of tax due, in the form of a written statement to the relevant tax

⁴³ Delegation occurs by a decree of the local Diocesan Bishop and according to commonly accepted time frames. In the case of vicars these relocations (change of parish) usually occur every 3–4 years and are conducted in June or in September.

⁴⁴ For more information on the reasons for opting not to pay lump-sum tax on registered income see: M. Tyrakowski (2005), *Opodatkowanie dochodów Kościoła Katolickiego w Polsce*, Warsaw, p. 159.

authority. Members of the clergy may also opt not to pay income tax in this form until the day before the start of their pastoral ministry. If members of the clergy choose the option not to pay lump-sum tax, they must pay their income tax on the so-called general principles, they must keep proper tax records, pay monthly advance payments for income tax and file any tax returns required by law.

Lump-Sum Taxation of Clergymen Revenues in View of Tax Fairness

The in the previous section described principles of lump-sum taxation of clergymen revenues give rise to a few essential reflections. In the first place, taxation of clergymen in the form of the discussed lump-sum tax does not depend on the actual number of parishioners in a given parish, and therefore does not in any way take into account the since long put forward postulates by members of the clergy to base the amount of the discussed tax on the actual number of parishioners (i.e. practicing believers), and therefore it retains its fiscal nature and in the future will certainly often be the subject of fierce debate⁴⁵. The adopted solution means that in some cases – particularly when the members of a certain religion are a minority in the total population residing within the administrative borders of a given parish – the lump-sum tax rates can turn out to be too high in relation to the revenues (income) that members of the clergy obtain for performing pastoral functions. This phenomenon may be partially compensated for based on the in the LSIT provided for possibility of reducing the adopted tax rates. In case the number of people with different religions or with no religion at all constitutes a minority of the total population of a given municipality or city, based on a request submitted by a member of the clergy, the tax office may decide to reduce the quarterly rate of income tax on the revenues of parish priests and vicars. According to the settled case-law of the Supreme Administrative Court (NSA), this minority occurs in case the number of members of a given religion is less than half the number of residents of the given parish⁴⁶. The condition for implementing the mentioned reduction is a statement regarding the actual number of parishioners submitted by a member of the clergy.

⁴⁵ See M. Tyrakowski, *Opodatkowanie...*, p. 167.

⁴⁶ See the judgment of the Supreme Administrative Court (NSA) of 31 August 1999 r., reference number: I SA/Łd 1365/97, "OSNA", No. 3/2000, item 119.

In the second place, it is noteworthy that in one parish a number of clergymen can work that perform various pastoral functions, which influences the distribution of their tax burden, but this is not taken into account by the legislature when determining the amount of tax due. Consequently, making the amount of tax provision to be paid depend on the total population of a given parish, rather than on the number of practicing believers who are the ones that actually determine the level of revenues (income) of the clergy, or on the number of clergymen that work in a given parish, means that a relatively higher tax must be paid by a parish priest and vicar that work in a parish where numerous clergymen perform pastoral functions compared to if they would work in a parish where less clergymen provide pastoral services. For example, if we assume that in a parish with a population between 1000-3000 the revenue received for the provided pastoral services amounts to PLN 50,000 for the given quarter and one parish priest and three vicars work in this parish, then the distribution of the tax burden is as follows: the parish priest must pay an income tax of PLN 455 up to PLN 490 (depending on the population of the given parish), and each of the vicars must pay PLN 381, provided that the seat of the parish is located in a town with a population numbering between 5,000–50,000 residents. Whereas if one parish priest and only two vicars work in this parish, these tax rates will be exactly the same (the parish priest will have to pay between PLN 455 and PLN 490, while the vicar will have to pay PLN 381 per quarter), but based on different revenues. In the first case (1 parish priest and 3 vicars work in the parish) the total amount of revenues generated from pastoral services, in accordance with the in the documents of the Church adopted principles, is divided into five equal parts, because the parish priest receives double the amount compared to what the vicars are entitled to (except for the Diocese of Opole and the Archdiocese of Gniezno). This means that the parish priest has to pay tax on PLN 20,000 at a rate amounting to between PLN 455 and PLN 490, while every vicar has to pay tax on PLN 10,000 at a rate amounting to PLN 381. The tax burden of the parish priest in this case amounts to between 2.28% and 2.45%, and the tax burden of each of the vicars is 3.81% (on a quarterly basis). Whereas in the second case (1 parish priest and 2 vicars perform the pastoral functions in the parish), the total amount of revenues generated from pastoral services is divided into four equal parts (except for the Diocese of Opole and the Archdiocese of Gniezno). This means that the parish priest working in that parish pays the exact same tax rate but on revenues of PLN 25,000 (which is PLN 5,000 more than in the first case), and each of the vicars working in that parish

pays the exact same tax rate on revenues of PLN 12,500 (which is PLN 2,500 more than in the first case). The illustrated example shows that in this case the level of tax burden of the parish priest is 1.82%–1.96%, which is lower by 0.46%–0.49% respectively, while the tax burden of the vicars is 3.05% and is 0.76% lower than the tax burden of the vicars described in the first case.

In the third place, it is worth noting that the size intervals of the population of parishes, which determine the tax burden of parish priests, have been adopted contrary to the principle of proportionality in taxation⁴⁷. The lowest lump-sum tax rate has been established for parishes with a population of up to 1,000 people and currently amounts to PLN 400 per quarter. This means that a parish priest performing pastoral functions in a parish with a population of 500 people will pay the same tax as a parish priest performing the same functions in a parish that is twice as big and therefore generates higher revenues. The adopted solution contradicts the in the doctrine of tax law postulated for more than two centuries idea of justice in taxation and the so-called principle of social justice.

In the fourth place, a review of the rates of the lump-sum tax paid by parish priests and vicars shows that the size intervals of the population of parishes, which determine the tax burden of parish priests, increase at different rates for these groups of taxpayers. In the case of tax rates established for parish priests, the size intervals of the parish populations go up per 1,000 residents in the range between 0 and 10,000 residents, while in the range between 10,000 and 20,000 residents the intervals go up per 2,000 residents. Whereas in the case of tax rates established for vicars the size intervals of parish populations go up per 2,000 residents. Also the quarterly tax rates that parish priests and vicars have to pay increase at different rates, which is shown in the tables below.

The data presented in the tables show that the highest increase in tax rates, both for parish priests and vicars, is caused by an increase in the number of residents living in the parish where the clergymen provide pastoral services. For parish priests the tax rate increases by almost 14% if the population of the parish exceeds 1,000 residents, but only up to 2,000. Whereas any increases in the population above 2,000 up to 20,000 and more residents have less impact on the growth of the tax rates – on average by about 8.5%. For vicars the largest increases in tax rates occur when the population of the parish exceeds 1,000 people, but only up to 3,000. These

⁴⁷ See J. Patyk, *Opodatkowanie Kościoła...*, p. 218 and by the same author, *Podatki...*, pp. 24–35.

increases amount to 197.5% when the seat of the parish is located in a municipality or town with a population of 5,000 residents, 51.2% – if the parish is located in a city with a population of 5,000 up to 50,000 residents and 5.0% if the parish seat is located in a city with more than 50,000 inhabitants.

Table 3. Growth of the quarterly lump-sum tax rates on the revenues of parish priests determined by the increasing number of residents of parishes

In parishes with a population of		Growth of tax rates
above	up to	
	1000	–
1000	2000	13.8%
2000	3000	7.7%
3000	4000	9.6%
4000	5000	8.6%
5000	6000	9.4%
6000	7000	8.9%
7000	8000	7.9%
8000	9000	7.7%
9000	10,000	8.5%
10,000	12,000	8.9%
12,000	14,000	8.5%
14,000	16,000	8.8%
16,000	18,000	8.3%
18,000	20,000	8.2%
20,000		8.3%

Source: own elaboration based on the data in Table 1.

In the fifth place, in the case of taxation of vicars, the factor that has the greatest impact on the increase in their tax rates is the population of the given parish, as opposed to the number of people living in the city where the seat of the parish is located. This fact is confirmed by the data shown in Tables 4 and 5.

Table 4. Growth of the quarterly lump-sum tax rates on the revenues of vicars determined by the increasing number of residents of parishes

In parishes with a population of		If the parish seat is located		
above	up to	in a municipality or city with a population of up to 5000	in a city with a population of	
			above 5000 up to 50 000	above 50 000
tax rates in PLN				
	1000	–	–	–
1000	3000	197.5%	51.2%	5.0%
3000	5000	5.0%	5.8%	10.2%
5000	8000	2.1%	4.2%	2.6%
8000	10,000	3.6%	5.0%	5.1%
10,000		4.2%	2.7%	2.4%

Source: own elaboration based on the data in Table 2.

Table 5. Growth of the lump-sum tax rates on the revenues of vicars determined by the increasing number of residents of the municipality or city where the seat of the parish is located

In parishes with a population of		If the parish seat is located		
above	up to	in a municipality or city with a population of up to 5000	in a city with a population of	
			above 5000 up to 50,000	above 50,000
tax rates in PLN				
	1000	–	106.6%	44.0%
1000	3000	–	5.0%	0.0%
3000	5000	–	5.8%	4.2%
5000	8000	–	8.0%	2.6%
8000	10,000	–	9.4%	2.7%
10,000		–	7.9%	2.4%

Source: own elaboration based on the data in Table 2.

The data presented in these tables show that the lump-sum tax rate on the revenues of vicars increases from 2.1% to 197.5% in case of an increase of the population residing within the administrative borders of the given parish. While increases in tax rates as a result of an increase of the number of residents of the municipality or city where the seat of the parish is located are smaller and are at the level of 0.0% to 106.6%.

In view of the above, it is a striking and at the same time difficult to justify fact that when it comes to taxation of vicars that perform pastoral duties in parishes with a population of 1,000-3,000 people the legislature has not provided for an increase of their tax burden in the situation when the number of residents of the municipality or city where the seat of the parish is located goes above 50,000 people. Perhaps this solution is used deliberately in view of the fact that, in accordance with the provisions of the LSIT, tax rates at this level also burden the income of other members of the clergy, including those clergymen that do not perform the functions of parish priests, vicars or rectors, and who receive revenues from missions, retreats and other religious services.

In the sixth place, it should be noted that taxation of the top hierarchy of the Catholic Church, i.e. bishops, archbishops and cardinals, has been regulated in a rather vague way. This is due to the fact that the provisions of the mentioned act do not expressly mention them as entities subject to taxation in the discussed lump-sum form. However, since there is no doubt about the fact that these persons derive revenues from performing pastoral functions (e.g. for giving the Sacrament of Confirmation, etc.), in the law-and-finance literature it is rightly assumed that for the purposes of the discussed lump-sum taxation, bishops, archbishops and cardinals should be included in the directory of clergymen that do not perform the functions of parish priests, vicars or rectors, and who derive revenues from payments for the pastoral services that they provide, such as missions, retreats and other religious services⁴⁸. Consequently, in accordance with the currently adopted regulations, these persons pay income tax according to the tax rates established for vicars that perform pastoral functions in parishes with a population of 1,000-3,0000 people. In practice, this means that the quarterly tax burden of the top hierarchy of the Catholic Church on account of revenues derived from performing pastoral functions is at the level of PLN 363 up to PLN 381. This solution should be considered

⁴⁸ J. Patyk (1998), *Zasady opodatkowania osób duchownych*, Przegląd Podatkowy, No. 4, pp. 17–18.

rather controversial. After all, it is a well-known fact that bishops, as well as archbishops and cardinals, perform higher (and therefore more important) functions within the hierarchy of the Church than parish priests or vicars, and therefore they obtain higher revenues from pastoral services and should consequently pay a higher income tax accordingly. Meanwhile, it is not difficult to notice that the lowest lump-sum tax rate that is paid by parish priests (i.e. PLN 400 per quarter) is higher than the tax rate established for the revenues of the top hierarchy of the Catholic Church in Poland.

In the seventh place, the present analysis shows that a considerable part of vicars – this particularly applies to those that derive revenues from the performed pastoral functions in parishes with a population of more than 3,000 people – pay a higher income tax than members of the clergy exercising some of the most important functions within the hierarchy of the Church. The adopted solution has, it seems, a demoralizing nature and is a subject of criticism, both in the science of financial law and in the clerical environment, and it also contradicts two fundamental canons of taxation, namely equality and justice in taxation, both in external and internal terms.

Summary

In view of the foregoing considerations, it is clear that the currently applicable regulations for the taxation of the revenues (income) of the clergy derived from performing pastoral functions require an urgent and comprehensive reform. For these are solutions that contradict the basic principles of taxation that should form the basis for a properly determined object of taxation, and therefore they do not fulfill the by the legislature assigned functions (tasks). That being said, a reasonable solution could be progressive taxation of this income, along with the income that clergymen obtain from other sources (e.g. based on employment contracts or their own business activity). However, in order to apply this solution in practice, it appears to be necessary to change the principles of “remuneration” of members of the clergy. Here one can take inspiration from the principles adopted by the Diocese of Opole, according to which, for performing their pastoral functions, priests receive an adequate income (salaries) from the diocese, the amount of which is determined based on the functions that they exercise. It seems that implementing such a solution would benefit both the public authorities (i.e. the state budget) and the Church itself, as it would, among other things, help solve the financial problems of small and therefore usually poorer parishes, where the level of income of the

clergy obtained from providing pastoral services is far from the national average.

Bibliography

Legal Acts

Codex Iuris canonici auctoritate Joannis Pauli PP. II promulgatus. The Code of Canon Law promulgated on 25 January 1983 by John Paul II, with the Apostolic Constitution *Sacrae disciplinae leges*, in *Acta Apostolicae Sedes*, vol. LXXV, Pars II, Polish Translation approved by the Conference of the Polish Episcopate, Pallotinum, Poznan 1984.

Act of 26 July 1991 on Personal Income Tax (consolidated text, Journal of Laws from 2012, item 361, as amended).

Act of 20 November 1998 on Lump-Sum Income Tax on Certain Incomes Earned by Natural Persons (Journal of Laws No. 144, item 930, as amended).

Decree of the Minister of Finance of 4 November 2011 on the amounts of fixed tax rates, the amount to which provisions are allowed in performing certain services with the exception of provisions to the population, and the quarterly lump-sum tax rates on the revenues of parish priests and vicars, applicable in 2012, M.P. of 2011, No. 102, item 1028.

Rulings

Resolution of the Supreme Court of 6 May 1992, reference number: I KZP 1/92, *LexPolonica No. 308579*.

Judgment of the Supreme Administrative Court (NSA) of 31 August 1999 r., reference number: I SA/Łd 1365/97, "OSNA", No. 3/2000, item 119.

Literature

Babiarz S., Bogucki S., Dumas A., Pęk R., Presnarowicz S., Pustul J. (2012), *Ryczałty w prawie podatkowym*, Warszawa: LexisNexis.

Bartosiewicz A., Kubacki R. (2011), *Ustawa o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne. Komentarz*. Warszawa: ABC a Wolters Kluwer business.

Dębowska-Romanowska T. (1992), *Ryczałt jako instytucja formalnego i materialnego prawa podatkowego* [w:] *System podatkowy. Zagadnienia teoretyczno-prawne*, *Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Iuridica*, nr 55.

Gajl N. (1992), *Teorie podatkowe w świecie*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

Gomułowicz A. (2001), *Zasady podatkowe wczoraj i dziś*, Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.

Gomułowicz A. (2010), *Zasady podatkowe*, [w:] *System prawa finansowego, tom III, prawo daninowe*, red. L. Etel, Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.

Kosek-Wojnar M. (2012), *Zasady podatkowe w teorii i praktyce*, Warszawa: PWE.

- Kosikowski C., Tomaka R. (1982), *Dochody budżetowe w socjalizmie*, Łódź: Uniwersytet Łódzki.
- Koperkiewicz-Mordel K., Chróścielewski W., Nykiel W. (2006), *Polskie prawo podatkowe*, Warszawa: Difin.
- Mastalski R. (2009), *Prawo podatkowe*, Warszawa: C.H. Beck.
- Mastalski R., Zubrzycki J. (1998), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wrocław: Unimex.
- Ostrowski K. (1970), *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Warszawa: PWN.
- Patyk J. (2009), *Podatki instytucji kościelnych i duchownych w Polsce*, *Przegląd Powszechny*, Nr 7–8.
- Patyk J. (2008), *Opodatkowanie Kościoła Katolickiego i osób duchownych*, Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierowania.
- Smith A. (1954), *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, t. 2, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Tyrakowski M. (2005), *Opodatkowanie dochodów Kościoła Katolickiego w Polsce*, Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Zieliński R. (2009), *Dylematy wokół pojęcia i zakresu ryczałtu podatkowego*, [w:] *Daniny publiczne. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, red. A. Dobaczewska, E. Juchniewicz, T. Sowiński, Warszawa: CEDEWU.
- Zieliński R. (2012), *Uprozczone formy opodatkowania dochodów z działalności gospodarczej*, Warszawa: Oficyna Prawa Polskiego.

Other sources

- Encyclopedia PWN on-line*, www.encyklopedia.pwn.pl, (date of access: 30.06.2012)
- Matjasiuk I. (2012), *Zarobki duchowieństwa*, [in]: *Finanse Kościoła Katolickiego w Polsce (analysis)*, KAI Report, Warsaw, ekai.pl/media/szuflada/RAPORT_KAI_01.03.pdf (date of access: 30.06.2012).
- Registry of churches and other religious associations*, Ministry of Internal Affairs and Administration, www.mswia.gov.pl, (date of access: 30.06.2012).
- Słownik języka polskiego* (Polish dictionary), ed. M. Szymczak (1989), Volume 3, Warsaw: PWN.

RAFAŁ PASTERNAK

Ustalanie wydatków konsumpcyjnych podatnika w postępowaniu podatkowym prowadzonym w sprawie opodatkowania dochodów nieujawnionych¹

Streszczenie

W trakcie postępowań podatkowych prowadzonych w sprawach opodatkowania dochodów nieujawnionych organy podatkowe niekiedy stosują instytucję oszacowania podstawy opodatkowania, aby ustalić wysokość podstawowych wydatków konsumpcyjnych podatnika. W tym celu wspomniane organy wykorzystują zbiorcze dane statystyczne publikowane przez Główny Urząd Statystyczny. Przedmiotem artykułu jest krytyczna analiza wskazanej praktyki. W ocenie autora przedstawiony sposób ustalania wydatków podatnika narusza szereg zasad obowiązujących przy szacowaniu podstawy opodatkowania. Ponadto może budzić wątpliwości w świetle konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego.

The Determination of Taxpayers Consumption Expenditures during Proceedings Concerning the Undisclosed Income

Abstract

During proceedings concerning undisclosed income, tax authorities often use a means of assessment to determine taxpayers basic consumption expenditures.

¹ „Krytyka Prawa” 2013, tom 5, s. 215–227.

For this purpose they use statistics gathered by Central Statistical Office. The subject of this article is to analyse this practice from a critical perspective. In the author's opinion such tax actions by the authorities violate a number of principles that are important in the correct application of regulations concerning the determination of the tax base by means of assessment.

Zarys problemu

Dokonując analizy problematyki barier rozwoju przedsiębiorczości w Polsce, nie można pominąć zagadnień odnoszących się do wpływu systemu podatkowego na warunki prowadzenia działalności gospodarczej. Jednym z zasadniczych problemów tego systemu jest jego nadmierny fiskalizm, który determinuje sposób stosowania przepisów prawa podatkowego przez organy administracji podatkowej. Organy podatkowe często w swojej działalności interes publiczny sprowadzają jedynie do efektywnego w sensie ekonomicznym wymiaru podatkowego, zapominając przy tym o prawach przysługujących podatnikowi bądź o *ratio legis* stosowanych przez nie przepisów. Jednym z przykładów takiego działania jest sposób, w jaki organy ustalają wydatki konsumpcyjne podatnika w prowadzonych postępowaniach w sprawach opodatkowania dochodów nieujawnionych, polegający na jak najszerszym objęciu dochodu podatnika tym szczególnym trybem wymiaru podatkowego.

Organy podatkowe bądź organy kontroli skarbowej prowadzące tego typu postępowania zgodnie z treścią przepisu art. 20 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (dalej u.p.d.o.f.)² w celu ustalenia podstawy opodatkowania są zobowiązane m.in. do wykazania rozmiarów wydatków dokonanych przez podatnika w roku podatkowym. Mowa tu o wszelkich wydatkach ponoszonych przez podatnika: od inwestycyjnych po konsumpcyjne³. Niniejszy przepis wprowadza bowiem szczególny sposób ustalenia wielkości dochodu odchodzący od schematu traktowania go jako czystego przyrostu majątku na rzecz koncepcji dochodu jako wartości wynikającej z konsumpcji zrealizowanej w roku podatkowym powięk-

² Tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 361 z późn. zm.

³ D. Strzelec, *Dochody nieujawnione, zasady opodatkowania. Postępowanie podatkowe*, Warszawa 2010, s. 83.

szej o saldo oszczędności⁴. Wspomniane organy nie zawsze dysponują w tym zakresie odpowiednim materiałem dowodowym bądź możliwościami jego pozyskania, bowiem najszerszą wiedzę o swoich wydatkach posiada najczęściej podatnik, który z racji dotkliwych konsekwencji pod postacią obciążenia go zobowiązaniem podatkowym ustalonym w oparciu o zastosowanie 75-procentowej stawki podatkowej nie będzie zainteresowany przekazaniem jej organowi prowadzącemu postępowanie. Jak słusznie zauważa się w doktrynie: „niektórych wydatków nie poznamy nigdy bez dobrej woli podatnika”⁵. Ponadto ze względu na małą istotność i powtarzalność niektórych wydatków, np. codziennych wydatków konsumpcyjnych zaspokajających podstawowe potrzeby życiowe⁶, nawet podatnik nie jest w stanie ustalić ich wysokości, w szczególności jeśli dotyczą okresów odległych w czasie⁷. Tym samym, nie mając możliwości odtworzenia rzeczywistej wysokości wydatków dokonanych przez podatnika, organy dokonują ich oszacowania, posilając się przy tym przepisem art. 23 ordynacji podatkowej (dalej o.p.)⁸ regulującym kwestie przesłanek, metod oraz wymogów szacowania. Postępowanie takie spotyka się z powszechną aprobatą w orzecznictwie oraz doktrynie. Wydaje się jednak, iż nie w każdym przypadku instytucja oszacowania podstawy opodatkowania może być stosowana w ramach dokonywania ustaleń faktycznych. Przede wszystkim warto zwrócić uwagę na stosowaną przez organy podatkowe i akceptowaną przez sądy administracyjne praktykę dokonywania takich ustaleń przy wykorzystywaniu danych zbiorczych publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny w celu ustalenia wysokości bieżących wydatków zaspokajających podstawowe potrzeby. Wskazana praktyka nie zasługuje na aprobatę, bowiem nie jest zgodna ani z zasadą prawdy materialnej, ani też ze standardami wyznaczonymi przez zasadę państwa prawnego oraz obowiązującymi przy należyтым wykorzystywaniu instytucji oszacowania.

⁴ P. Pietrasz, *Ustalenie podstawy opodatkowania w podatku od dochodów nieujawnionych – problemy praktyczne*, Glosa 2004, nr 3, s. 15.

⁵ H. Dzwonkowski (w:) idem (red.), *Opodatkowanie dochodów nieujawnionych. Praktyka postępowania podatkowego i odpowiedzialność karna skarbową*, Warszawa 2011, s. 50.

⁶ Przez niniejsze wydatki należy rozumieć przeciętne wydatki dokonywane w gospodarstwie domowym m.in. na pożywienie, odzież, opłaty mieszkaniowe.

⁷ Por. A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Opodatkowanie dochodów z nieujawnionych źródeł*, Przegląd Podatkowy 2010, nr 10, s. 16. Wymienieni autorzy trafnie zauważają, że wszelkich dowodów związanych ze swoimi dochodami i wydatkami nie przechowuje się w nieskończoność.

⁸ Tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 749 z późn. zm.

Rola oszacowania w konstrukcji opodatkowania dochodów nieujawnionych

W polskim systemie prawa podatkowego funkcjonują dwa sposoby ustalenia podstawy opodatkowania. Może być ona ustalona na podstawie rzeczywistych zdarzeń gospodarczych – mówimy wtedy o faktycznej podstawie obliczenia podatku – bądź można ją ustalić w sposób przybliżony, czyli szacunkowy⁹. Stosowanie instytucji oszacowania co do zasady jest spowodowane pewnymi szczególnymi okolicznościami, które uniemożliwiają ustalenie podstawy opodatkowania na podstawie rzeczywistego przebiegu zdarzeń powodujących powstanie obowiązku podatkowego¹⁰. Wynikają one głównie z braku możliwości przeprowadzenia skutecznego procesu dowodzenia w zakresie wszystkich istotnych elementów podatkowego stanu faktycznego. Pomimo że stosowanie szacunku zwiększa ryzyko tego, iż obliczona kwota podatku nie jest kwotą prawidłową – czyli jedyną, którą w konkretnym stanie faktycznym powinien zapłacić podatnik¹¹, to funkcjonowanie tej instytucji jest konieczne dla zagwarantowania skuteczności wymiaru podatkowego. Postępowanie podatkowe nie może się bowiem skończyć umorzeniem ze względu na brak dowodów umożliwiających wydanie decyzji określającej bądź ustalającej zobowiązanie podatkowe¹². Dlatego też uzasadnione jest, aby w trudnych dowodowo sytuacjach organy podatkowe dysponowały takim instrumentem prawnym, który umożliwi im wykonanie ich zadań ustawowych¹³.

Przepisy prawa podatkowego regulujące zagadnienie oszacowania podstawy opodatkowania wyznaczają „granice tolerancji rozbieżności” pomiędzy podstawą opodatkowania opartą o rzeczywisty stan faktyczny, a uzyskaną w wyniku dokonania szacunku¹⁴. Ustawodawca, świadomie zgadzając się w szczególnych przypadkach na zastosowanie instytucji

⁹ J. Jaśkiewiczowa, *Prawo Finansowe*, Gdańsk 1987, s. 97–98.

¹⁰ W. Wójtowicz (w:) idem (red.) *Prawo podatkowe część ogólna i szczegółowa*, Lublin 2004, s. 25.

¹¹ T. Dębowska-Romanowska, *Uwagi o sposobie definiowania przedmiotu i podstawy opodatkowania z punktu widzenia obliczenia prawidłowej (jednej i jedynej) kwoty podatku* (w:) *Księga Pamiątkowa ku czci prof. Apoloniusza Kosteckiego, studia z dziedziny prawa podatkowego*, Toruń 1998, s. 42.

¹² P. Pietrasz, J. Siemieniako, *Glosa do wyroku NSA z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt I FSK 1259/08*, *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, 2010, nr 4, s. 196.

¹³ A. Huchla, *Oszacowanie w przepisach podatkowych*, *Monitor Podatkowy* 1999, nr 1, s. 30.

¹⁴ Pojęcie granic tolerancji rozbieżności oraz przedmiot tej sfery badawczej przedstawiła T. Dębowska-Romanowska, op. cit., s. 34.

szacunku, jednocześnie stara się zagwarantować, że nie nastąpi to w sposób, który doprowadzi do zbyt daleko idącej erozji zasad pewności i równości prawa podatkowego rozumianych jako gwarancję tego, że „(...) na każdym podmiocie zobowiązania podatkowego (znajdującego się w danej kategorii podmiotów) ciąży taka sama kwota podatku, w związku z zaistnieniem tych samych okoliczności faktycznych, identycznie zakwalifikowanych prawnie”¹⁵. Dlatego też art. 23 § 5 o.p. wprost stanowi, że określenie podstawy opodatkowania w drodze oszacowania powinno zmierzać do określenia jej w wysokości zbliżonej do rzeczywistej podstawy opodatkowania. Postępowanie, w którym organ szacunkowo ustala podstawy obliczenia podatku, powinno więc odpowiadać standardom wyznaczonym przez zasadę prawdy materialnej¹⁶.

W świetle powyższych uwag powstaje wątpliwość, co do możliwości szacowania podstawy obliczenia podatku od dochodów nieujawnionych, bowiem konstrukcja opodatkowania tych dochodów „sama w sobie” stanowi swoistego rodzaju szacunek. Zatem wspólne stosowanie obydwu instytucji prawnych doprowadza do zjawiska „podwójnego szacowania” polegającego na tym, że w pierwszej kolejności szacowane są wydatki podatnika, a następnie przyjmowane jest domniemanie, że ich wysokość odzwierciedla dochód uzyskany przez niego w danym roku podatkowym. Zasadne jest więc pytanie, czy taka metoda ustalania podstawy wymiaru może gwarantować, że jej wysokość będzie zbliżona do rzeczywistej?

Należy nadmienić, że w piśmiennictwie znajdują się poglądy kwestionujące szacunkowy charakter konstrukcji opodatkowania dochodów nieujawnionych¹⁷. Nie wchodząc głębiej w powyższą kwestię, w tym miejscu należy jedynie podkreślić, że bez względu na to, czy podstawa opodatkowania ustalana na potrzeby wymiaru podatku od dochodów nieujawnionych ma charakter szacowania, to z pewnością wszędzie tam, gdzie mamy do czynienia z zastosowaniem tej konstrukcji opodatkowania, jednocześnie poruszamy się na gruncie mniej lub bardziej zbliżonym do rzeczywistości¹⁸. Zatem w piśmiennictwie zarówno oszacowanie w rozumieniu art. 23 o.p., jak i opodatkowanie dochodów nieujawnionych klasyfikuje się jako instytucje niedające gwarancji, iż ustalona za ich pośrednictwem wysokość

¹⁵ Ibidem, s. 34.

¹⁶ P. Pietrasz, J. Siemieniako, *Oszacowanie podstawy opodatkowania w świetle zasady prawdy materialnej*, *Przegląd Podatkowy* 2010, nr 10, s. 32.

¹⁷ Por. P. Pietrasz, *Opodatkowanie dochodów nieujawnionych*, Warszawa 2007, s. 211 i n.; H. Dzwonkowski, op. cit., s. 49.

¹⁸ Tak P. Pietrasz, *Opodatkowanie...*, s. 215.

podatku jest prawidłowa, czyli jedyna, jaka powinna być uiszczona w danym stanie faktycznym¹⁹. Oznacza to, że ustalony za ich pośrednictwem dochód ma charakter jedynie hipotetyczny²⁰. Dlatego stosowanie oszacowania w celu ustalenia elementów podstawy obliczenia podatku w postępowaniu w sprawie przychodów nieznajdujących pokrycia w ujawnionych źródłach lub pochodzących ze źródeł nieujawnionych niesie ze sobą większe ryzyko nieprecyzyjności ustaleń niż w przypadku, gdy szacunku dokonuje się w „normalnych” postępowaniach wymiarowych, gdzie za jego pośrednictwem organ stara się bezpośrednio odwzorować treść zdarzeń gospodarczych powodujących powstanie obowiązku podatkowego.

Pomimo wspólnej cechy, jaką stanowi założenie pewnej nieprecyzyjności co do ustaleń stanu faktycznego, w piśmiennictwie dopuszcza się wspólne stosowanie obydwu instytucji, choć nie bez zastrzeżeń²¹. W orzecznictwie sądów administracyjnych również akceptuje się taką praktykę, wskazując, że nie narusza ona zasady prowadzenia postępowania podatkowego w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych, oraz podkreślając jej subsydiarny charakter. Judykatura podkreśla bowiem, że szacowanie może mieć zastosowanie dopiero wówczas, gdy podatnik nie potrafi określić faktycznie poniesionych wydatków w danym roku²². Jako uzasadnienie dla ustalenia podstawy obliczenia podatku od dochodów nieujawnionych w formie oszacowania wskazuje się na literalną treść przepisu art. 23 § 1 pkt 1 o.p., który wymienia jedną z przesłanek zastosowania tej instytucji. Zgodnie z nim organ podatkowy określa podstawę opodatkowania w drodze oszacowania, jeżeli brak jest ksiąg podatkowych lub innych danych niezbędnych do jej określenia. Kluczowe jest tu użycie pojęcia „innych danych”, które w powszechnej opinii obejmuje również elementy ujęte w materialnoprawnym wzorcu podstawy opodatkowania ukształtowanym w art. 20 ust. 3 u.p.d.o.f.²³. W świetle takiego brzemienia art. 23 § 1 pkt 1 o.p. nie jest możliwe całkowite wyłączenie konstrukcji opodatkowania dochodów ze źródeł nieujawnionych poza zakres działania instytucji oszacowania. Wyłączenie takie nie byłoby również zasadne, bowiem przedmiotem szacowania mogą być także dochody uzyskane przez

¹⁹ T. Dębowska-Romanowska, *Obliczenie podatku a gwarancje prawa obywatelskich*, Państwo i Prawo 1998, nr 7, s. 33–34.

²⁰ P. Pietrasz, *Opodatkowanie...*, s. 215.

²¹ Por. D. Strzelec, op. cit., s. 215.

²² Wyrok NSA z 13.12.2005 r., sygn. Akt II FSK 89/2005, LEX nr 182622.

²³ D. Strzelec, *Trudności dowodowe w postępowaniach dotyczących dochodów nieujawnionych*, Monitor Podatkowy 2011, nr 10, s. 17.

podatnika służące jako pokrycie poniesionych przez niego wydatków, co ma zasadnicze znaczenie w przypadku prowadzenia przez niego działalności niewymagającej stosowania urzędzeń księgowych, np. dochody z działalności rolniczej, leśnej, bądź dochody uzyskane z pozarolniczej działalności gospodarczej opodatkowanej w formie karty podatkowej²⁴.

Zasadne wydaje się być również szacowanie wydatków, ale jedynie wtedy, gdy proces ten opiera się na danych „dopasowanych” do konkretnego wydatku podlegającego oszacowaniu. Wyklucza to oszacowanie na podstawie wykorzystywania danych zbiorczych, tak jak dzieje się w przypadku szacunkowego ustalania drobnych i powszechnych wydatków dokonywanych w ramach zaspokojenia codziennych potrzeb (wydatków w zakresie budżetu domowego) na podstawie danych Głównego Urzędu Statystycznego.

Podstawowy argument przemawiający za niedopuszczalnością wyżej opisanego działania organów podatkowych w zakresie ustalania typowych, codziennych wydatków konsumpcyjnych jest związany ze sposobem, w jaki wykorzystują one instytucję oszacowania. Organy podatkowe, posiłkując się danymi statystycznymi, dokonują oszacowania, opierając się na metodzie zbliżonej do metody porównawczej zewnętrznej. Jest to jeden z normatywnych sposobów oszacowania wymieniony w art. 23 § 3 pkt 2 o.p., polegający na porównaniu wysokości obrotów w innych przedsiębiorstwach prowadzących działalność o podobnym zakresie i w podobnych warunkach. W prawidłowym zastosowaniu niniejszej metody kluczowe znaczenie odgrywa dobór danych służących jako materiał porównawczy²⁵, a więc również i dobór podmiotów od których te dane pochodzą. Warte podkreślenia jest, że zastosowanie danych zbiorczych wyklucza swobodę jego dokonywania. Trafnie więc wskazuje się, że stosowanie informacji ze źródeł statystycznych, np. publikacji GUS, w znacznym stopniu ogranicza wiarygodność rezultatów oszacowania²⁶. Elementem decydującym o prawidłowości rezultatu przy stosowaniu metody porównawczej jest posiadanie przez podmiot będący źródłem danych przymiotu porównywalności, czyli takich cech, które decydują o jego podobieństwie z osobą będącą stroną postępowania. Bez możliwości doboru tych podmiotów ani ich weryfikacji niemożliwe jest ocenienie wyniku szacowania w świetle jego zgodności z zasadą prawdy materialnej.

²⁴ H. Dzwonkowski, op. cit., s. 265.

²⁵ D. Strzelec, *Dochody...*, s. 211.

²⁶ R. Sowiński, *Metody oszacowania podstawy opodatkowania*, Przegląd Podatkowy 2003, nr 7, s. 50.

Ponadto warto podkreślić, że organy podatkowe (organy kontroli skarbowej), korzystając z opisanej wyżej praktyki, nie muszą właściwie wykonywać żadnych obowiązków wynikających z ww. zasady. Nie prowadzą bowiem żadnego postępowania dowodowego w zakresie tego, czy wydatki zostały poniesione, gdyż dokonywanie wydatków zaspokajających codzienne potrzeby życiowe stanowi w ich ocenie okoliczność faktyczną niewymagającą udowodnienia. Z drugiej strony, powołując się na specyficzny rozkład ciężaru dowodu obowiązujący w ramach postępowań prowadzonych w trybie art. 20 ust 3 u.p.d.o.f., przerzucają obowiązek wykazania faktycznej wysokości tych wydatków na podatnika. Tym samym ciężar dowodzenia spoczywa w tym zakresie całkowicie na stronie postępowania. Zatem, podatnik niejako „automatycznie” zostaje obciążony kwotą wydatków wskazanych w danych statystycznych, chyba, że wykaze, iż kwota ta była niższa, co w zakresie ww. wydatków właściwie jest niemożliwe ze względu na brak jakiegokolwiek dokumentacji bądź po prostu na upływ czasu. Organ podatkowy pozostaje natomiast całkowicie bierny, czego nie da się usprawiedliwić w świetle zasady prawdy materialnej – nawet jeśli przyjąć za obowiązującą w ramach procedury podatkowej regułę stanowiącą, iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne²⁷. Wprawdzie za trafną należy uznać tezę wyrażoną przez NSA, zgodnie z którą zasada prawdy materialnej nie obciąża organów bezwzględny obowiązkem wyjaśnienia stanu faktycznego, a jedynie zobowiązuje do podjęcia działań w celu jego wyjaśnienia²⁸. Natomiast należy zauważyć, że wynikają z niej dwie zasadnicze dla rozpatrywanego problemu kwestie. Po pierwsze organy podatkowe powinny podejmować realne, a nie pozorne działania w celu wyjaśnienia stanu faktycznego. Działania organu ograniczające się do wezwania podatnika do wykazania swoich wydatków, nie jest podjęciem realnej próby wyjaśnienia istotnych w sprawie okoliczności faktycznych, a jedynie przetruceniem obowiązku ich wyjaśnienia na podatnika. Po drugie, jak zauważa NSA w przytoczonym wyroku, na organach podatkowych nie może spoczywać ciężar dowodzenia faktów, o których wiedzę posiadać może jedynie podatnik. W związku z tym działanie polegające na przetruceniu ciężaru dowodu w postępowaniu podatkowym nie jest co do zasady błędne, pod warunkiem, że dotyczy okoliczności faktycznych, które są znane bądź

²⁷ Por. B. Gruszczyński (w:) S. Babiarz i in., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. elektroniczne SIP Lex Polonica, komentarz do art. 122, uwaga 6.

²⁸ Wyrok NSA z dnia 6 lutego 2008 r., II FSK 1671/2006, LexPolonica nr 1999715.

zgodnie z zasadami logiki powinny być znane podatnikowi. W przypadku spraw, których przedmiotem jest wymiar podatku od nieujawnionych dochodów, istnieją takie elementy stanu faktycznego, jak wspomniana wysokość powszechnych i codziennie ponoszonych wydatków konsumpcyjnych, co do których ani organ, ani podatnik z powodów obiektywnych wiedzy mieć nie mogą.

W przypadkach, w których nie jest możliwe precyzyjne ustalenie stanu faktycznego, ani jego oszacowanie, zastosowanie powinna znaleźć zasada *in dubio pro tributario*, która nakazuje rozstrzygać wątpliwości na korzyść podatnika. Można rozważyć, czy w takiej sytuacji nie istnieje konflikt pomiędzy tą zasadą a wcześniej wspomnianą regułą, według której organ ma ustawowy obowiązek dokonania wymiaru, jeśli posiada wiedzę, że zaistniały zdarzenia powodujące powstanie obowiązku podatkowego. Zagadnienie to jest dyskusyjne, bowiem organy nie powinny ignorować wiedzy o zdarzeniach stanowiących przedmiot opodatkowania. Warto jednak zauważyć, że przedmiotem opodatkowania w przypadku konstrukcji uregulowanej w art. 20 ust. 3 u.p.d.o.f. jest dochód, i to jego powstanie aktualizuje obowiązek dokonania wymiaru²⁹. Określenie wydatków jest jedynie sposobem na odzwierciedlenie przybliżonej wysokości dochodu. Pominięcia wydatku, którego wysokości nie da się określić w sposób wystarczająco precyzyjny, nie należy więc rozpatrywać jako naruszenie ciężącego na organie obowiązku wymiaru zobowiązania podatkowego. Poniesienie wydatku może być przyczyną wszczęcia postępowania w trybie art. 20 ust. 3 u.p.d.o.f., (choć akurat typowe wydatki konsumpcyjne nie pełnią takiej roli). Natomiast skuteczny wymiar zależy od tego, czy organ jest w stanie ustalić ich wysokość w sposób nienaruszający standardów wynikających z zasady prawdy materialnej.

Prowadzenie postępowania podatkowego, w którym organ podatkowy przenosi całkowicie ciężar dowodu na stronę postępowania, wiedząc, że prawdopodobieństwo wykazania dowodzonych okoliczności jest nikłe lub wręcz niemożliwe, należy również uznać za co najmniej dyskusyjne w świetle standardów konstytucyjnej zasady państwa prawnego, z której wynika m.in. zakaz nakładania na jakikolwiek podmiot obowiązku, którego

²⁹ Zagadnienie przedmiotu opodatkowania w przypadku dochodów nieujawnionych budzi zasadnicze rozbieżności w doktrynie, por. P. Pietrasz, *Opodatkowanie...*, s. 106 i n.

wykonanie albo niewykonanie zależy od okoliczności, na które zobowiązany nie ma bezpośredniego wpływu³⁰.

Reasumując, wskazane powyżej argumenty nie pozwalają na pozytywną ocenę powszechnie stosowanej w sprawach opodatkowania dochodów nieujawnionych praktyki ustalania wydatków konsumpcyjnych podatnika poprzez ich oszacowanie na podstawie danych zbiorczych publikowanych przez GUS.

Wnioski końcowe

Postępowania, których celem jest ustalenie zobowiązania podatkowego od dochodów nieujawnionych, mają charakter szczególny z racji chociażby sankcyjnej stawki stosowanej w tego typu sprawach. Zauważalny w praktyce działania organów podatkowych nadmierny fiskalizm może być w tego typu przypadkach dla podatnika wyjątkowo szkodliwy. Dlatego też rola zasady prawdy materialnej oraz zasady *in dubio pro tributario* powinna być tu szczególnie eksponowana. Pomimo przyjętej w praktyce stosowania konstrukcji opodatkowania dochodów nieujawnionych metody ustalania wydatków konsumpcyjnych na podstawie ich oszacowania oraz licznych głosów doktryny akceptujących taki stan rzeczy wydaje się, że kwestia wymaga dalszej dyskusji, w której warto jest podkreślać rolę obu tych zasad. Ponadto warto zauważyć, że głównym celem tej instytucji jest zapobieganie przed uchylaniem się od opodatkowania, a nie realizacja wpływów budżetowych. Poprzez odstraszające działanie sankcyjnej stawki konstrukcja opodatkowania dochodów nieujawnionych realizuje funkcję ochronną wobec innych form opodatkowania, które dzięki prewencyjnemu charakterowi art. 20 ust. 3 u.p.d.o.f., nie tracą swojej efektywności ekonomicznej³¹. Tym samym stosowanie trybu opodatkowania przewidzianego we wspomnianym przepisie w celu maksymalizacji wpływów budżetowych może budzić zasadnicze wątpliwości.

Bibliografia

Bartosiewicz A., Kubacki R., *Opodatkowanie dochodów z nieujawnionych źródeł*, Przegląd Podatkowy 2010, nr 10.

³⁰ B. Gruszczyński, *Zdanie odrębne do uchwały składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 listopada 2008 r.*, I FPS 2/2008, LexPolonica nr 1960042.

³¹ P. Pietrasz, *Opodatkowanie...*, s. 60.

- Dębowska-Romanowska T., *Obliczenie podatku a gwarancje prawa obywatelskich*, Państwo i Prawo 1998, nr 7.
- Dębowska-Romanowska T., *Uwagi o sposobie definiowania przedmiotu i podstawy opodatkowania z punktu widzenia obliczenia prawidłowej (jednej i jedynej) kwoty podatku (w:) Księga Pamiątkowa ku czci prof. Apoloniusza Kosteckiego, studia z dziedziny prawa podatkowego*, Toruń 1998.
- Dzwonkowski H. (w:) H. Dzwonkowski, M. Biskupski, M. Bogucka, J. Marusik, T. Nowak, M. Zbrojewski, Z. Zgierski, *Opodatkowanie dochodów nieujawnionych. Praktyka postępowania podatkowego i odpowiedzialność karna skarbową*, Warszawa 2011.
- Gruszczyński B. (w:) S. Babiarz, B. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Lexpolonica.
- Huchla A., *Oszacowanie w przepisach podatkowych*, Monitor Podatkowy 1999, nr 1.
- Jaśkiewiczowa J., *Prawo Finansowe*, Gdańsk, 1987.
- Pietrasz P., *Opodatkowanie dochodów nieujawnionych*, Warszawa 2007.
- Pietrasz P., *Ustalenie podstawy opodatkowania w podatku od dochodów nieujawnionych – problemy praktyczne*, Glosa 2004, nr 3.
- Pietrasz P., Siemieniako J., *Glosa do wyroku NSA z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt I FSK 1259/08*, Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2010, nr 4.
- Pietrasz P., Siemieniako J., *Oszacowanie podstawy opodatkowania w świetle zasady prawdy materialnej*, Przegląd Podatkowy 2010, nr 10.
- Sowiński R., *Metody oszacowania podstawy opodatkowania*, Przegląd Podatkowy 2003, nr 7.
- Strzelec D., *Dochody nieujawnione, zasady opodatkowania. Postępowanie podatkowe*, Warszawa 2010.
- Strzelec D., *Trudności dowodowe w postępowaniach dotyczących dochodów nieujawnionych*, Monitor Podatkowy 2011, nr 10.
- Wójtowicz W. (w:) W. Wójtowicz, *Prawo podatkowe część ogólna i szczegółowa*, Lublin 2004.

Orzecznictwo

- Wyrok NSA z dnia 13 grudnia 2005 r., sygn. akt II FSK 89/2005, LEX nr 182622.
- Wyrok NSA z dnia 6 lutego 2008 r., sygn. akt II FSK 1671/2006, LexPolonica nr 1999715.

Inne źródła

- Gruszczyński B., *Zdanie odrębne do uchwały składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 listopada 2008 r.*, I FPS 2/2008, LexPolonica nr 1960042.

JAN BARCZ

Reforma Unii Europejskiej a status Polski w procesie integracji europejskiej¹

Uwagi wprowadzające

W ostatnim ćwierćwieczu wystąpiło kilka ważnych okoliczności, które w zasadniczym stopniu wpłynęły na tempo i treść procesu integracji europejskiej. Połowa lat 80. przyniosła przewyciężenie okresu Eurosklerozy i decyzje, które doprowadziły do pogłębienia liberalizacji w ramach wspólnego rynku (początek ustanawiania rynku wewnętrznego) oraz znaczącego poszerzenia zakresu tego procesu (ustanowienie Unii Europejskiej na mocy Traktatu z Maastricht) i określenia ram prawno-instytucjonalnych Unii Gospodarczej i Walutowej (w zmodyfikowanym na mocy Traktatu z Maastricht Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską).

Przełom polityczno-ustrojowy w państwach Europy Środkowej i Wschodniej (rozpoczęty w latach 1989–1990) otworzył perspektywę ich przystąpienia do Sojuszu Północnoatlantyckiego oraz do Unii Europejskiej, prowadząc do tzw. dużego rozszerzenia Unii, sfinalizowanego w latach 2004 i 2007 i skutkującego bez mała podwojeniem liczby państw członkowskich. Radykalne poszerzenie zakresu przedmiotowego procesu integracji europejskiej wraz z paralelnym wzrostem liczby państw członkowskich (przy czym państwa „nowe” w znakomitej większości budowały dopiero swoją

¹ Niniejszy artykuł opiera się na wstępie i konkluzjach zawartych w książce autora – *Główne kierunki reformy ustrojowej post-lizbońskiej Unii Europejskiej*, opublikowanej w 2015 r. w formule *Open Access* (książka zamieszczona na stronie internetowej: www.janbarcz.republika.pl). Nawiązuje on również do dwóch jeszcze publikacji – artykułu: *Główne kierunki reformy ustrojowej Unii Europejskiej (aspekty instytucjonalno-prawne)*, *Państwo i Prawo* 2015, nr 7 (strony 23–55) oraz rozdziału: *Ustrojowa reforma Unii Europejskiej a miejsce Polski w Europie. Polska w modelu integracji elastycznej* (w: *Wobec wyzwań jutra. Co myślą Polacy i jak działają* (pod red. W. Morawskiego), Warszawa 2015).

pozycję gospodarczą, ustrojową i polityczną) doprowadziło z kolei do konieczności przeprowadzenia głębokiej reformy ustrojowej Unii Europejskiej, która – z jednej strony – podnosiłaby jej efektywność, przejrzystość i legitymację demokratyczną, z drugiej zaś strony – uwzględniała zwiększającą się różnorodność wśród państw członkowskich, gwarantując zarazem spójność procesu integracji europejskiej (ram instytucjonalno-prawnych UE).

Nie bez trudności (odrzućcie w połowie ubiegłego dziesięciolecia Traktatu konstytucyjnego) reformę tę sfinalizowano w Traktacie z Lizbony (wszedł w życie 1 grudnia 2009 r.), który przede wszystkim przekształcał trójfilarówą Unię Europejską w spójną organizację międzynarodową i umacniał elastyczność unijnego procesu decyzyjnego.

Z punktu widzenia „nowych” państw członkowskich, a zwłaszcza Polski, przeprowadzenie gruntownej reformy ustrojowej UE miało zasadnicze znaczenie. Bez bowiem takiej reformy trudno byłoby sfinalizować „duże” rozszerzenie Unii (pierwszy etap reformy, związany z tym rozszerzeniem został przeprowadzony na początku ubiegłego dziesięciolecia na mocy Traktatu z Nicei). Nawet jednak „rozszerzona” Unia, lecz bez przeprowadzenia gruntownej reformy ustrojowej, narażona była na poważne turbulencje, które mogły prowadzić do niekontrolowanego zróżnicowania wśród państw członkowskich. Rozwój taki byłby szczególnie niekorzystny dla „nowych” państw członkowskich, zwłaszcza położonych w regionie Europy Środkowej i Wschodniej, groził bowiem zaprzepaszczeniem głównego sensu włączenia się przez te państwa w struktury europejskie, stojące na straży demokracji, przestrzegania praw człowieka, gospodarki rynkowej i bezpieczeństwa politycznego².

² Warto przypomnieć w tym kontekście główną tezę z przemówienia ówczesnego Ministra Spraw Zagranicznych, Krzysztofa Skubiszewskiego, zawartą w przemówieniu wygłoszonym 21 maja 1992 r. w Sejmie, w związku z procedurą ratyfikacji układu stowarzyszeniowego:

„Dyskutując o naszych związkach ze Wspólnotą, mówimy przede wszystkim o sprawach gospodarczych. Pamiętajmy jednak, że istota tych związków dotyczy sfery politycznej naszego szeroko pojętego bezpieczeństwa. Dzisiejsze związki ze Wspólnotą i jutrzejsze do niej wejście przesądza o stabilizacji naszego bezpieczeństwa. Wspólnota była bowiem od początku, i nadal pozostaje, przedsięwzięciem politycznym. Nasze stowarzyszenie, nasze dążenie do członkostwa ma przede wszystkim charakter polityczny. Chodzi nam o to, podobnie jak to miało miejsce w przypadku Grecji, Hiszpanii i Portugalii, aby raz na zawsze oddalić od nas widmo totalitaryzmu oraz zapewnić przyszłość demokracji w naszym kraju. Dzięki traktatom, które legły u podstaw Wspólnoty, dzięki swojej działalności, Wspólnoty są dzisiaj, obok Stanów Zjednoczonych, bastionem demokracji na świecie.

Ocena reformy wprowadzonej na mocy Traktatu z Lizbony w tym kontekście była jednoznacznie pozytywna³. Traktat ten ustanowił solidny wspólny mianownik instytucjonalny, umacniający spójność Unii jako organizacji międzynarodowej, zwiększając jednocześnie elastyczność wewnętrznej konstrukcji Unii, co wychodziło naprzeciw pogłębiającemu się różnicowaniu wśród państw członkowskich (które należy uznać za zjawisko obiektywne procesu integracji europejskiej). Jeśli chodzi o status Polski, to – w tych wspólnych ramach – Traktat z Lizbony gwarantował jej solidną pozycję, odpowiadającą jej potencjałowi jako państwa członkowskiego⁴.

Zarazem jednak już wówczas jednoznacznie zdiagnozowano nową ważną okoliczność, która zaczęła stymulować ewolucję procesu integracji – trwający od kilku lat kryzys finansowy w niektórych państwach strefy euro, który zagroził stabilności tej strefy jako całości. Podejmowane na rzecz sanacji i konsolidacji strefy euro działania koncentrowały się w przeważającej mierze wyłącznie na tej strefie, a część z nich (Traktat ustanawiający Europejski Mechanizm Stabilności i Traktat o unii fiskalnej) ma charakter umów międzynarodowych, zawartych poza ramami instytucjonalno-prawnymi Unii. Co prawda podjęte i nadal podejmowane działania są świadectwem wielkiej determinacji politycznej najważniejszych państw strefy euro nakierowanej na utrzymanie całego projektu, niemniej jednak są też wyrazem postępującego wewnętrznego różnicowania się Unii Europejskiej, zaczynającego balansować na granicy jej fragmentacji.

Diagnoza prowadzonej przez Polskę wobec nowych wyzwań polityki (na początku obecnego dziesięciolecia) była zróżnicowana: „W obliczu tego rozwoju ujawniły się negatywne następstwa niezdecydowanej polityki Polski wobec wejścia do strefy euro, motywowanej przesileniami w polityce

Z drugiej strony idzie o zapewnienie naszemu krajowi bezpiecznego miejsca w Europie. Cel ten jest dla nas ważniejszy niż dla krajów, które są dzisiaj członkami Wspólnoty. Nie trzeba przypominać, że w ciągu dwóch ostatnich stuleci zagrożone były nie tylko granice Polski, nie tylko jej niepodległość, ale zagrożone było istnienie narodu. Stowarzyszenie ze Wspólnotą będzie dla nas gwarancją, podobnie jak dla innych krajów członkowskich, nie tylko rozwoju gospodarczego i społecznego, przede wszystkim będzie gwarancją zachowania i promieniowania naszej egzystencji narodowej”.

K. Skubiszewski, *Polityka zagraniczna i odzyskanie niepodległości. Przemówienia, oświadczenia, wywiady 1989–1993*, Warszawa 1997, s. 225/226.

³ J. Barcz, *Polska w Unii Europejskiej po reformach wprowadzonych na mocy Traktatu z Lizbony* (w:) *Powiązania zewnętrzne. Modernizacja Polski* (red. W. Morawski), Warszawa 2012, s. 257.

⁴ Tamże, s. 257.

wewnętrznej. W konsekwencji pogłębia się niedobre dla Polski zjawisko: aspiracje (zasadne) do pełnienia poważnej roli w unijnym procesie decyzyjnym rozmijają się coraz wyraźniej z oddalającą się perspektywą wejścia do strefy euro. Odwlekanie decyzji krajowej w tej kwestii nie tylko prowadzi do marginalizacji Polski w unijnym procesie decyzyjnym, lecz również grozi pogłębieniem takiej marginalizacji⁵. Z drugiej jednak strony nie można odmówić skuteczności ówczesnej polityki polskiej (zwłaszcza w okresie sprawowania przez Polskę Prezydencji w Radzie UE drugiej połowie 2011 r.), nakierowanej na zachowanie spójności między emancypującą się strefą euro a Unią jako całością.

Kontynuowana od tego czasu polityka Polski opisywana jest w języku polityczno-prasowym stosunkowo trafnie trzema terminami: jako polityka „trzymania nogi między drzwiami”, „kłusowania wzdłuż jadącego coraz szybciej pociągu euro” i polityka „pozycji szpagatu”⁶. Trafnie zarazem terminy te oddają zasadniczą słabość tego kierunku polskiej polityki: „Opisywane pozycje, oddające istotę strategii Polski, nie należą bowiem do najwygodniejszych: trzymanie nogi między drzwiami, zwłaszcza jeśli napór staje się coraz mocniejszy, staje się bolesne i zmusza do cofnięcia nogi; kłusowanie wzdłuż pociągu na dłuższą metę nie jest możliwe, tym bardziej że pociąg euro kiedyś zacznie przyspieszać; w końcu pozycja szpagatu, choć wygląda efektownie, może być jedynie krótkotrwałym elementem programu ćwiczeń. Ujmując rzecz zwięźle ... obecna strategia Polski może być skutecznie realizowana w wymiarze krótkoterminowym, z pewnością zaś nie jest ona do utrzymania w średnim- i długim wymiarze”⁷.

Niezależnie od tego, że w ostatnich trzech latach nastąpił istotny postęp w konsolidacji strefy euro (sfinalizowano zwłaszcza przyjęcie aktów unijnego prawa pochodnego stanowiących podstawę unii bankowej), to kolejnym, istotnym czynnikiem, które bez wątpienia będzie miał wpływ na ewolucję procesu integracji europejskiej jest powrót Rosji do polityki imperialnej, co znalazło wyraz w aneksji Krymu⁸ i czynnym stymulowaniu kryzysu na Ukrainie, przy łamaniu zasadniczych norm ładu międzyna-

⁵ Tamże, s. 258.

⁶ J. Barcz, *Spójność Unii Europejskiej a sanacja i konsolidacja strefy euro*, Sprawy Międzynarodowe 2013, nr 2.

⁷ Tamże.

⁸ Por. *Opinia Doradczego Komitetu Prawnego przy Ministrze Spraw Zagranicznych RP w sprawie przyłączenia Półwyspu Krymskiego do Federacji Rosyjskiej w świetle prawa międzynarodowego*, Państwo i Prawo 2014, nr 9, s. 109 i nast.

rodowego⁹. Zakres oddziaływania tego czynnika na kierunek ewolucji Unii Europejskiej jest obecnie trudny do oceny: powrót Rosji do polityki imperialnej może przyczynić się do umocnienia spójności Unii, przełamania impasu w budowie Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa i redefinicji Partnerstwa Wschodniego, która wyrażałaby się przede wszystkim w zdecydowanym umocnieniu programów wsparcia dla europejskiej opcji Ukrainy (i pozostałych państw, które podpisały układy stowarzyszeniowe nowej generacji – Mołdowy i Gruzji); może jednak również pogłębić (wyraźnie rysujące się) różnice stanowisk wśród państw członkowskich UE, co w najlepszym razie na długie lata „zamrozi” rozwój WPZiB UE, osłabi radykalnie rolę Unii w międzynarodowych stosunkach europejskich i globalnych oraz stymulować będzie pogłębianie się podziałów w Unii w innych obszarach: następstwem może być m.in. całkowite „rozchwianie” polityczne regionu Europy Środkowej i Wschodniej. Nie trzeba dodawać, że ten ostatni wariant byłby dla Polski szczególnie niekorzystny.

Ogólne uwarunkowania reformy ustrojowej Unii Europejskiej

Jak wyżej wspomniano, po dogłębnych dyskusjach i trudnym procesie politycznym (odrzućenie Traktatu konstytucyjnego) udało się sfinalizować ważny etap reformy ustrojowej Unii w Traktacie z Lizbony (który wszedł w życie 1 grudnia 2009 r.). Niemniej implementacja reform pakietu lizbońskiego została przysłonięta wyzwaniami, jakie pojawiły się w związku z kryzysem finansowym w niektórych państwach strefy euro, który groził zachwianiem stabilności tej strefy jako całości, wraz trudnymi do przewidzenia implikacjami dla całej Unii. Działania jakie podjęto na rzecz sanacji a następnie konsolidacji strefy euro ujawniły – z jednej strony – narastający problem wewnętrznego zróżnicowania wśród państw członkowskich UE (przynależności do różnych kręgów decyzyjnych, o różnym statusie wewnątrz-unijnym), z drugiej zaś strony – podejmowane i proponowane środki wyraźnie zmierzają do dalszej emancypacji strefy euro w ramach UE, a nawet pojawił się problem jej pewnej autonomizacji w stosunku do Unii, a tym samym fragmentacji procesu integracji europejskiej.

Problem ten stał się tym bardziej istotny z prawnego punktu widzenia, że część środków na rzecz sanacji i konsolidacji strefy euro przyjęto poza

⁹ Por. J. Kranz, *Imperialism, the Highest Stage of Sovereign Democracy: Some Remarks on the Annexation of Crimea by Russia*, *Archiv des Völkerrechts* 2014, Heft 2, s. 205 i nast.

ramami instytucjonalno-prawnymi UE (przede wszystkim Traktat ustanawiający Europejski Mechanizm Stabilności i Traktat o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w UGiW – Traktat o unii fiskalnej), sięgnięto więc do tzw. metody schengenskiej, co zawsze balansuje na krawędzi przestrzegania zasady lojalności. Mimo że Trybunał Sprawiedliwości UE orzekł w wyroku z 27 listopada 2012 r. w sprawie C-370/12 Pringle o zgodności podjętych środków międzyrządowych z prawem UE¹⁰, problem sięgnięcia to takich środków w przyszłości pozostaje otwarty.

Obecny stan regulacji prawnych nakierowanych na reformę UE daje stosunkowo mocny punkt odniesienia dla skonkretyzowania uwarunkowań debaty nad dalszym rozwojem ustrojowym Unii. Ustanowiono bowiem trwałe mechanizmy wsparcia finansowego dla państw strefy euro (Europejski Mechanizm Stabilności), umocniono Pakt Stabilności i Wzrostu, stojący na straży przestrzegania kryteriów konwergencyjnych oraz podniesiono efektywność zarządzania gospodarczego (akty unijnego prawa pochodnego przyjęte w ramach tzw. sześciopak i tzw. dwupaku oraz Traktat o unii fiskalnej)¹¹, w końcu sfinalizowano prace i przyjęto wszystkie akty unijnego prawa pochodnego stanowiące podstawę dla unii bankową.

Do uwarunkowań, mających zasadniczy wpływ na debatę nad dalszym rozwojem ustrojowym Unii Europejskiej, zaliczyć można przede wszystkim następujące okoliczności:

- **Po pierwsze** – jest rzeczą zrozumiałą, że obecna debata nad przyszłością ustrojową Unii koncentruje się na dalszej reformie strefy euro oraz na wpływie podejmowanych w tych ramach środków na spójność Unii (wiodącym problemem jest z jednej strony wyznaczenie tempa i kierunku reformy ustrojowej Unii Europejskiej, z drugiej zaś zróżnicowanie wewnętrzne UE, a nawet jej fragmentacja). Towarzyszą temu często stwierdzenia, że „Unia lizbońska” należy do przeszłości¹². W moim pojęciu założenie takie jest błędne: Traktat z Lizbony wprowadził fundamentalną reformę ustrojową, przekształcając Unię trójfilarową w spójną organizację międzyna-

¹⁰ Por. Jan Barcz, *Środki międzyrządowe konsolidujące strefę euro (w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Pringle)*, Państwo i Prawo 2013, nr 8.

¹¹ Wszystkie te dokumenty zawarte są w: *Reforma strefy euro Unii Europejskiej. Na drodze do sanacji i konsolidacji. Wybór dokumentów*. Wybór, wstęp i opracowanie J. Barcz, Warszawa 2013.

¹² Por. na przykład przebieg dyskusji podczas debat zorganizowanych w 2013 r. na zaproszenie ówczesnego Prezydenta RP, Bronisława Komorowskiego: *Przyszłość Europy. Polska perspektywa* (debaty na zaproszenie Prezydenta RP), Warszawa 2014.

rodową, z elastycznym procesem decyzyjnym i koherentną strukturą instytucjonalną; nie znaczy to oczywiście, że „Unia lizbońska” nie będzie podlegała dalszym reformom ustrojowym, co *notabene* konsekwentnie przebiega w ramach implementacji Traktatu z Lizbony. Reforma ustrojowa Unii będzie więc kontynuowana w ramach „Unii lizbońskiej”, koncentrując się – w jednej płaszczyźnie – na implementacji Traktatu z Lizbony, w drugiej zaś – na reformie strefy euro (z oddziaływaniem na ustrój całej Unii). W rozważanych dalej projektach, mimo znaczącego zróżnicowania propozycji, dominuje jednoznacznie przekonanie, że skuteczna reforma procesu integracji europejskiej powinna przebiegać w ramach Unii Europejskiej, a nie poza nią¹³ (choć oczywiście należy mieć na uwadze zagrożenie fragmentacją procesu integracji europejskiej);

- **Po drugie** – jak łatwo zauważyć, w obecnej dyskusji nie pojawiają się w zasadzie katastroficzne wizje rozpadu strefy euro, czy nawet rozpadu Unii Europejskiej. Autorzy takich koncepcji¹⁴, podejmowanych zapewne pod wpływem niezmiernie trudnej sytuacji, jaka związana była z kryzysem finansowym w niektórych państwach strefy euro oraz błędów popełnionych przy ustanawianiu UGiW, nie docenili woli politycznej państw członkowskich (w tym wiodących państw strefy euro) nakierowanej na utrzymanie i konsolidację strefy euro oraz spójności procesu integracji europejskiej oraz efektywności Unii Europejskiej jako wspólnoty prawnej. Z obecnej perspektywy można sformułować diagnozę, że kryzys finansowy w strefie euro wpłynął raczej na determinację państw członkowskich w sprawie pogłębienia procesu integracji europejskiej oraz – co ważniejsze – również na determinację w przeprowadzeniu reform wewnętrznych, niezbędnych dla podniesienia konkurencyjności poszczególnych państw i Unii jako całości (por. na przykład program zawarty w Pakcie Euro Plus);
- **Po trzecie** – w obecnej debacie nastąpiło też chyba „otrzeźwienie wizjonerskie”. Projekty, które postulowałyby zbudowanie na podstawie Unii Europejskiej *quasi*-państwowej federacji europejskiej

¹³ *Shaping the Future: Europe's New Voices*. A Communique. Proceedings from a political seminar held in Berlin on 7–8 November 2013. Edited by Ch. Rosselli. Istituto Affari Internazionali. Documenti IAI 12/13 December 2013.

¹⁴ W Polsce jednoznacznie w tym kierunku wypowiadał się S. Kawalec (*Przyszłość Europy. Polska perspektywa...*).

należą do wyjątków¹⁵, natomiast wyraźnie zaczyna być respektowany charakter prawny procesu integracji europejskiej (dawnej Wspólnot, obecnie Unii Europejskiej), którego istota nie polega na procesie państwowotwórczym, lecz „stanowi przykład wyjątkowej, przemyślanej i nader udanej zinstytucjonalizowanej współpracy międzynarodowej”¹⁶ (czyli między państwami), ujętej w organizację międzynarodową kreowaną przez państwa (czasami ostrożnie opisywaną jako „rozwinęta forma organizacji międzynarodowej, która wykazuje cechy charakterystyczne dla federacji w stadium embrionalnym”¹⁷). Zauważyć też należy, że w niedalekiej przeszłości „zapędy federalistyczne” przyniosły więcej szkody niż pożytku, przyczyniając się walcnie do upadku reformy wynegocjowanej w ramach Traktatu konstytucyjnego (który bezpodstawnie, niemniej w debacie publicznej skierowanej przeciwko Traktatowi skutecznie, interpretowano jako wyraz „federalizacji” Unii). Nawiązywanie do „tendencji federalistycznych” w obecnej debacie wymaga wielkiej ostrożności i precyzji, ponieważ łatwo jest pomieszać (w wyniku niefrasobliwości terminologicznej, niewiedzy lub intencjonalnie) państwowotwórczy proces federacyjny (który w ramach procesu integracji europejskiej z pewnością obecnie miejsca nie ma) z przejmowaniem przez organizację międzynarodową pewnych zasad wywodzących się z idei federalizmu – na przykład zasady subsidiarności, zasady proporcjonalności, pewnych zasad dotyczących podziału kompetencji między częściami składowymi a całością), co w Unii Europejskiej występuje, lecz nie zmienia charakteru Unii jako organizacji międzynarodowej kreowanej przez państwa;

- **Po czwarte** – obecną debatę nad reformą ustrojową UE należy analizować również (a może przede wszystkim) w świetle ewolucji zasadniczego celu integracji europejskiej oraz jej uwarunkowań międzynarodowych. Zasadniczy cel integracji europejskiej, nakierowany początkowo – w świetle tragicznych doświadczeń II wojny światowej – na zapewnienie trwałej pokojowej współpracy między państwami Europy Zachodniej oraz równowagi – w ramach podziału

¹⁵ Por. na przykład: R. Godino, F. Verdier, *Heading towards a European Federation. Europe's last Chance*. Notre Europe. Jacques Delors Institute. Policy Paper 105, 11 February 2014.

¹⁶ A. Menon, *Europa: stan Unii*, Warszawa 2013, s. 226.

¹⁷ Tak D. Wyatt i A. Dashwood, cyt. za: B. de Witte, *Unia Europejska jako międzynarodowy eksperyment prawny* (w:) G. de Burca, J.H.H. Weiler, *świat europejskich konstytucjonalizmów*, Centrum Europejskie Natolin, Warszawa 2014, s. 76.

ideologicznego – w stosunku do ZSRR, od początku lat 90. nakierowany został – po zmianach polityczno-ustrojowych w EŚiW – na zjednoczenie Kontynentu europejskiego („duże” rozszerzenie UE). Początek XXI wieku, wyłanianie się różnych centrów decyzyjnych w globalnym świecie, przynosi kolejną reorientację zasadniczego celu integracji europejskiej, która musi sprostać wyzwaniom wewnętrznym (zrównoważenia efektywności gospodarki rynkowej i wymiaru społecznego UE) oraz zapewnić „Europie” miejsce w powstającym „konsensualnym porządku globalnym” (*a new consensual global order*)¹⁸. Zakłada to przede wszystkim umocnienie konkurencyjności gospodarki „Europy” w skali światowej oraz zwartości w działaniach politycznych. Zrazem trudno jeszcze obecnie sprecyzować następstwa w wymiarze kontynentalnym i globalnym jawnego łamania podstawowych reguł porządku międzynarodowego przez Rosję (agresja w stosunku do Ukrainy, aneksja Krymu).

Przyjmując, jak wspomniano wyżej, że efektywna reforma ustrojowa powinna zostać przeprowadzona w ramach Unii Europejskiej, zasadnie wskazuje się (z instytucjonalnego punktu widzenia) na dwie podstawowe kwestie, które powinny być uwzględniane w proponowanych działaniach (reformach)¹⁹:

- **po pierwsze** – na racjonalność zakresu kompetencji powierzonych przez państwa członkowskie na rzecz UE (zakres przedmiotowy procesu integracji europejskiej), ale zarazem – w zakresie tych kompetencji – na konieczność radykalnego podniesienia efektywności działania Unii;
- **po drugie** – na problem zasadniczy dla umocnienia legitymacji demokratycznej procesu integracji europejskiej²⁰, tj. na konieczność znacznie mocniejszego powiązania (w tym przede wszystkim również w dziedzinie odpowiedzialności) między Unią Europejską a jej państwami członkowskimi, których „własnością” i „narzędziem” jest Unia²¹; stąd też, po pozytywnych doświadczeniach związanych z rozwiązaniami wprowadzonymi na mocy Traktatu z Lizbony, coraz

¹⁸ N. Tocci, G. Faleg, *Towards a More United and Effective Europe: A Framework for Analysis, Imagining Europe*. Istituto Affari Internazionali. Documenti, No. 1 October 2013, s. 2.

¹⁹ A. Menon, *Europa: stan Unii...*, s. 227 i nast.

²⁰ Por. J. Kranz, *Gibt es ein Demokratiedefizit in der Europäischen Union?*, *Archiv des Völkerrechts* 2013, Heft 4, s. 403 i nast.

²¹ A. Menon, *Europa: stan Unii...*, s. 236 i 240.

większą wagę przypisuje się słusznie wzmocnieniu roli parlamentów narodowych państw członkowskich w sprawach unijnych (również w kontekście reformy strefy euro).

Szczególne wyzwanie: narastające zróżnicowanie wewnętrzne w Unii Europejskiej

Za punkt wyjścia debaty nad kierunkami reform ustrojowych Unii Europejskiej należy przyjąć konieczność dopełnienia reform „pakietu lizbońskiego”, stanowiących obecnie podstawowy, wspólny mianownik utrzymania wewnętrznej wydolności Unii oraz punkt wyjścia umacniania jej pozycji międzynarodowej. Zarazem jednak należy podzielić ocenę, że ze względu na głębokie zróżnicowanie uwarunkowań politycznych poszczególnych państw członkowskich oraz równie głębokie zróżnicowanie ich wydolności (zasobów, jakimi dysponują) do przeszłości należy przyjmowane dotychczas proste założenie, stosownie do którego coraz ściślej zjednoczona (coraz bardziej spójna) Unia Europejska równoznaczna będzie z Unią coraz bardziej efektywną (*the simple equation „a more united EU equals a more effective EU”*)²².

Wewnętrzne zróżnicowanie w Unii Europejskiej stało się już faktem („uruchomienie” procedury wzmocnionej współpracy, strefy Schengen, czy – przede wszystkim – strefa euro z ustanowioną unią bankową jest tego najbardziej jednoznacznym przykładem), a „elastyczność” procesu integracji będzie się pogłębiać, tym bardziej jeśli weźmiemy pod uwagę – z jednej strony – narastające różnice interesów między państwami członkowskimi, z drugiej zaś strategię rozszerzenia Unii z ewentualną perspektywą akcesu takich państw jak Turcja czy Ukraina.

Narastające, wewnętrzne zróżnicowanie w ramach Unii Europejskiej należy więc przyjąć jako trwałą, strukturalną cechę procesu integracji europejskiej, która musi być uwzględniana w toku poszukiwania modelu spójnej Unii, umacniającej w działaniu swoją efektywność. Zgadzamy się z założeniem, że z ustrojowego punktu widzenia centralną rolę w takich poszukiwaniach odgrywać będą „pieczołowicie wypracowane mechanizmy instytucjonalne” (*carefully crafted institutional mechanisms*)²³, które powinny zapewniać – z jednej strony – sprawne funkcjonowanie centrów („jader”) pogłębionej integracji, a zarazem gwarantować spójność całej Unii poprzez

²² N. Tocci, G. Faleg, *Towards a More United and Effective Europe ...*, s. 6.

²³ Tamże, s. 10.

ustanowienie efektywnych procedur współdziałania państw należących do owych centrów („jąder”) z państwami pozostającymi poza nimi (na peryferiach), niezależnie od tego czy państwa takie zamierzają dołączyć do centrów („jąder”), czy też pozostawać na trwale poza nimi.

Odrębnym wyzwaniem instytucjonalnym pozostaje stworzenie specjalnych rodzajów członkostwa dla państw kandydujących (czy rozważanych w tym kontekście w odległej perspektywie), które mają małe szanse na pełne włączenie nawet w podstawowy zakres *acquis* unijnego, tak ze względu na swoją specyfikę gospodarczo-polityczną, jak również ze względu na brak przyzwolenia ze strony części obecnych państw członkowskich (a ich całkowite „odrzucenie” ze strony Unii byłoby w wymiarze strategicznym bez wątpienia dla „Europy” szkodliwe).

Niezależnie od wskazanych wyżej wyzwań instytucjonalnych, mających stać na straży spójności Unii Europejskiej, dla poszczególnych państw członkowskich pozostaje otwarte pytanie o zasadniczym znaczeniu politycznym – w jakim kręgu państw członkowskich w ramach zróżnicowanej integracji zamierzają się one znaleźć. Od odpowiedzi na takie pytanie zależeć będzie bez wątpienia tempo i kierunek ich rozwoju gospodarczego oraz pozycja w ramach procesu integracji oraz szerzej – na arenie międzynarodowej w skali regionalnej, kontynentalnej, a również możliwości oddziaływania w skali globalnej. Jest to problem, z którym mierzy się obecnie Polska, rozważając tempo wejścia do strefy euro²⁴.

Reformy ustrojowe w ramach „pakietu lizbońskiego”

Wprowadzone na mocy Traktatu z Lizbony reformy UE mają – jak wspomniano – fundamentalne znaczenie ustrojowe. Znacząca ich część miała jednak charakter „ramowy” i wymagała dalszych działań implementacyjnych. Nie było to – jak się szybko okazało – zadanie łatwe, niemniej w ciągu 2–3 lat po wejściu w życie Traktatu z Lizbony „ramy prawne” ustanowione tym Traktatem zostały w znacznej części wypełnione²⁵: doprecyzowano nowe procedury legislacyjne, zwłaszcza wydawania aktów delegowanych i wykonawczych (w tym nową komitologię), „uruchomiono” procedury inicjatywy obywatelskiej oraz przystąpienia UE do EKPCz, ustanowiono

²⁴ Na ten temat: J. Barcz, *Polish Policy in the Context of the Euro Area Reform*, Yearbook of Polish European Studies 2013, vol. 16.

²⁵ Por. J. Barcz, *Traktat z Lizbony. Wybrane aspekty działań implementacyjnych*, Warszawa 2012.

Europejską Służbę Działań Zewnętrznych (ESDZ), w dziedzinie zarządzania Unią – w wyniku przekształcenia Rady Europejskiej w unijną instytucję, ustanowienia jej Przewodniczącego oraz wprowadzenia tzw. hybrydowej Prezydencji – nastąpiły istotne zmiany, określane jako przejście od zarządzania *botton-up* do zarządzania *top-down*, tj. koncentracja i personifikacja zarządzania w Radzie Europejskiej, nadspodziewanie mocna emancypacja jej Przewodniczącego, wszystko to kosztem Rady UE, a zwłaszcza Prezydencji rotacyjnej.

Dwie istotne kwestie instytucjonalne pozostają jeszcze „otwarte” w świetle wyjściowego założenia reformy (pakietu nicejskiego i pakietu lizbońskiego), aby doprowadzić (w ramach pakietu lizbońskiego) do rozwiązań ustrojowych trwałych, niewymagających zwłaszcza renegocjacji w toku kolejnych rozszerzeń UE:

- **pierwszą** z nich jest kwestia zmniejszenia liczby komisarzy w stosunku do liczby państw członkowskich; z pakietu nicejskiego wynikał obowiązek dokonania takiego zabiegu, natomiast pakiet lizboński (art. 17 ust. 5 TUE) pozostawiał pewną swobodę Radzie Europejskiej, z czego Rada Europejska skorzystała, utrzymując – na mocy decyzji (2013/271/UE) z dnia 22 maja 2013 r.²⁶ – zasadę „jedno państwo – jeden komisarz” na okres kadencji, która rozpoczęła się 1 listopada 2014 r. i zapowiadając powrót do tego problemu pod koniec tej kadencji (postulat zmniejszenia liczby komisarzy w stosunku do liczby państw członkowskich dyktowany jest koniecznością podniesienia efektywności działania Komisji, zarazem jednak powiązany jest z koniecznością ustalenia zasad rotacji, a to wywołuje szereg istotnych problemów);
- **drugą** kwestia dotyczy alokacji miejsc w Parlamencie Europejskim; na mocy art. 14 ust. 2 TUE decyzje w tej sprawie podejmuje również Rada Europejska, na wniosek jednak i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, kierujących się zasadą degresywnej proporcjonalności; w decyzji Rady Europejskiej (2013/312/UE), podjętej 28 czerwca 2013 r.²⁷, dokonano alokacji miejsc w Parlamencie Europejskim na kadencję 2014–2019, niemniej podstawą tej alokacji była nie tyle zasada degresywnej proporcjonalności, co raczej – jak dotychczas – rodzaj kontraktu politycznego między państwami człon-

²⁶ Decyzja Rady Europejskiej z dnia 22 maja 2013 r. w sprawie liczby członków Komisji Europejskiej (2013/272/UE), Dz. Urz. UE 2013 L 165/98.

²⁷ Dz. Urz. UE 2013 L 181/57.

kowskimi UE, będący wynikiem różnego rodzaju zaszłości; jednocześnie art. 4 decyzja zapowiada ustanowienie przed końcem obecnej kadencji trwałego systemu, „który w przyszłości, przed każdymi kolejnymi wyborami do Parlamentu Europejskiego, będzie umożliwiał ponowny, obiektywny, sprawiedliwy, trwały i przejrzysty podział mandatów pomiędzy państwa członkowskie, odzwierciedlający zasadę degresywnej proporcjonalności ustanowionej w art. 1, przy uwzględnieniu wszelkich zmian liczby państw członkowskich i należycie potwierdzonych zachodzących w tych państwach zmian demograficznych, zapewniając tym samym ogólną równowagę systemu instytucjonalnego, ustanowioną w Traktatach”; zadanie to również nie będzie łatwe ze względu na złożone „zaszłości” polityczne oraz na to, że problem alokacji miejsc w Parlamencie Europejskim pozostaje jedną z ważniejszych kwestii ustrojowych UE ze względu na radykalne umocnienie – na mocy Traktatu z Lizbony – pozycji Parlamentu w systemie instytucjonalnym Unii oraz jej powiązanie z nową formułą podejmowania decyzji w Radzie większością kwalifikowaną (tzw. podwójną większością), która zaczęła obowiązywać od 1 listopada 2014 r.

Poza powyższymi kwestiami bezpośrednio wynikającymi z pakietu lizbońskiego (bądź z nimi powiązanymi), chodzi o szereg propozycji, artykułowanych podczas dyskusji, które mieszczą się w szeroko pojętej reformie ustrojowej pakietu lizbońskiego, przy czym wspólnym mianownikiem tych propozycji jest przede wszystkim umocnienie zasady subsydiarności, efektywności, przejrzystości działania i odpowiedzialności instytucji unijnych oraz legitymacji demokratycznej UE²⁸. Zauważyć również należy, że w kontekście reformy ustrojowej pakietu lizbońskiego wskazuje się na konieczność zagwarantowania, iż reformy instytucjonalne strefy euro nie podważą statusu Rady UE jako głównej instytucji unijnego procesu decyzyjnego oraz pozycji Komisji Europejskiej w kształtowaniu unijnego rynku wewnętrznego i koordynacji stosunków między strefą euro a pozostałymi państwami członkowskim UE. Zaznacza się również, że w żadnym przy-

²⁸ Najpełniejsze zestawienie tego rodzaju postulatów zawarte jest w studium *Centre for European Reform – How to build a modern European Union* (raport pierwszy). Pokrywają się one w znacznej mierze z postulatami, wskazywanymi w studium „*New Pact for Europe. Strategic Options for Europe’s Future*”.

padku reformy strefy euro nie mogą podważać spójności unijnego rynku wewnętrznego²⁹.

Propozycje powyższe koncentrują się na implementacji względnie usprawnieniu reform ustrojowych zaprogramowanych w pakiecie lizbońskim. Mają one różny charakter gatunkowy. Niektóre z ich wiążą się z poważnymi implikacjami instytucjonalnym, które są przedmiotem długoletniej debaty (alokacja miejsc w Parlamencie Europejskim, czy zmniejszenie liczby komisarzy), inne nakierowane są na usprawnienie rozwiązań pakietu lizbońskiego. Nie należy jednak tych zagadnień lekceważyć, czy oceniać w kategorii spraw drugorzędnych w świetle skali wyzwań ustrojowych związanych emancypacją ustrojową strefy euro. Lizbońska Unia Europejska pozostanie bowiem podstawą procesu integracji europejskiej, a przede wszystkim od skali jej reformy ustrojowej i jej wydolności zależeć będzie spójność tego procesu.

Sanacja i konsolidacja strefy euro

Okres przejściowy (2010–2013)

W pierwszym okresie (2010–2013) kryzysu finansowego w niektórych państwach strefy euro, który ujawnił wady konstrukcyjne UGiW, podejmowane działania na rzecz sanacji strefy euro miały charakter *ad hoc* – nakierowane były przede wszystkim na eliminację ujawniających się wad konstrukcyjnych UGiW oraz wsparcie finansowe tych państw tej strefy, w których kryzys finansów publicznych zagrażał stabilności strefy euro jako całości.

W toku podejmowania działań sanacyjnych posłużono się aktami unijnego prawa pochodnego (przede wszystkim akty składające się na Sześciopak i Dwupak), niemniej w ważnych dziedzinach reformy sięgnięto do środków międzyrządowych o charakterze międzynarodowym (Traktat ustanawiający Europejski Mechanizm Stabilności i Traktat o unii fiskalnej) oraz o charakterze politycznym (Pakt Euro Plus). Sięgnięcie do takich środków (TEMS i TUF) wywołało zasadniczy problem z punktu widzenia ustroju Unii Europejskiej: na ile przeprowadzana reforma prowadzi do „emancypacji” strefy euro wobec Unii, a może nawet do fragmentacji procesu integracji europejskiej.

²⁹ Tamże, s. 69 i 73.

Związane z tym problemem orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE potwierdziło zgodność TEMS i TUF z prawem UE, zarazem jednak określiło ramy prawne, w których muszą mieścić się środki międzyrządowe, podejmowane przez grupę państw członkowskich, aby mogły one zachować zgodność z prawem UE. Trybunał Sprawiedliwości UE wyznaczył więc granice dla ewentualnych przyszłych tego rodzaju umów międzynarodowych, które nastawione byłyby na reformę strefy euro, a których przekroczenie prowadziłyby do naruszenia prawa UE i fragmentacji procesu integracji europejskiej. Paralelnie, orzecznictwo trybunałów konstytucyjnych państw członkowskich (przede wszystkim niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego) wskazało na konieczność umocnienia roli parlamentów narodowych w kontekście środków podejmowanych na rzecz sanacji i konsolidacji strefy euro. Chodziło zwłaszcza o konieczność – wynikającą z autonomii budżetowej parlamentów narodowych – umocnienia zakresu ich prawa do informacji oraz umocnienia ich współdziałania z egzekutywą w toku kreowania krajowego stanowiska w zakresie decyzji, mających skutki finansowe dla budżetu państwa.

Mimo swojego charakteru *ad hoc*, środki podjęte w początkowym okresie kryzysu na rzecz sanacji strefy euro objęły ważne dziedziny działania UGiW (ustanowienie stałego mechanizmu wsparcia finansowego dla państw strefy euro, wprowadzenie reformy Paktu Stabilności i Wzrostu, umocnienie zarządzania gospodarczego, określenie obszarów współpracy koniecznej dla podniesienia konkurencyjności państw członkowskich, ustanowienie unii bankowej), które z czasem „ułożyły” się w zwarty program konsolidacji strefy euro i UGiW. Bez wątpienia środki te stały się podstawą dalszego planu reformy strefy euro, przy czym zachowanie spójności ustrojowej Unii Europejskiej będzie wymagało włączenia treści środków międzyrządowych do prawa UE.

Projekt „rzeczywistej” Unii Gospodarczej i Walutowej

Podejmowane początkowo (w latach 2010–2013) działania na rzecz sanacji i konsolidacji strefy euro stosunkowo szybko (na przełomie lat 2012/2013) ujęte zostały w ambitny plan reformy Unii Gospodarczej i Walutowej, koncentrujący się wokół strefy euro. Punkt wyjścia dla sformułowania takiego plan był niezły, bowiem widoczna stawała się konsekwencja polityczna w podejmowaniu i realizacji środków sanacyjnych, nawet kosztem zachowania spójności UE (środki międzyrządowe – Pakt Euro Plus, TEMS i TUF). Zasadnicze znaczenie dla jego skonkretyzowania miał Komunikat Komisji Europejskiej – *Plan pogłębionej i rzeczywistej Unii Gospodarczej*

*i Walutowej. W sprawie rozpoczęcia debaty europejskiej z 28 listopada 2012 r.*³⁰, rozwinięty następnie w raporcie przygotowanym przez ówczesnego Przewodniczącego Rady Europejskiej H. Van Rompuy (przedstawionym 5 grudnia 2012 r.)³¹ oraz w Komunikacie Komisji Europejskiej z 20 marca 2013 r. – *W kierunku pogłębionej i rzeczywistej unii gospodarczej i walutowej. Wprowadzenie instrumentu na rzecz konwergencji i konkurencyjności*³². Plan ustanowienia „rzeczywistej” Unii Gospodarczej i Walutowej został ostatnio sprecyzowany w przedstawionym 21 czerwca 2015 r. sprawozdaniu pięciu przewodniczących – Przewodniczącego Komisji, Jean-Claude Junckera, Przewodniczącego szczytu strefy euro, Donalda Tuska, Przewodniczącego Eurogrupy, Jeroen Dijsselbloema, Przewodniczącego Parlamentu Europejskiego, Martina Schulza oraz Prezesa Europejskiego Banku Centralnego, Mario Draghi – *Dokończenie budowy europejskiej Unii Gospodarczej i Walutowej*³³.

Nakreślony na przełomie lat 2012/2013 plan był bardzo ambitny, precyzował bowiem perspektywę ustanowienia „rzeczywistej” UGiW, której wyrazem miałyby być najwyższy stopień integracji – ustanowienie „unii politycznej” w oparciu o unię gospodarczą, unię finansową i unię fiskalną. Plan ten początkowo nie precyzował daty osiągnięcia tego najwyższego stopnia integracji w UGiW („po roku 2017”), niemniej jego cele krótkoterminowe i średnioterminowe były konsekwentnie realizowane.

W tym kontekście przedłożone 21 czerwca 2015 r. Sprawozdanie pięciu przewodniczących – *Dokończenie budowy europejskiej Unii Gospodarczej*

³⁰ *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union. Launching a European Debate.* Communication from the Commission. Brussels, 28.11.2012. COM(2012) 777 final. *Plan działania na rzecz pogłębionej i rzeczywistej Unii Gospodarczej i Walutowej. Otwarcie debaty europejskiej.* Komunikat Komisji, Bruksela, dnia 30.11.2012 r. COM(2012) 777 final/2. Corrigendum.

³¹ *Towards a genuine economic and monetary union* (raport Przewodniczącego Rady Europejskiej przygotowany we współpracy z Przewodniczącym Komisji Europejskiej, José Manuel Barroso, Przewodniczącym Eurogrupy, Jean-Claude Junckerem i Prezesem EBC, Mario Draghim). Por również późniejszy raport – European Council. The President. *Towards a genuine economic and monetary union. Interim Report.* Brussels, 12 Octobre 2013.

³² Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady. Bruksela, dnia 20.3.2013. COM(2013) 165 final.

³³ Por. komunikat prasowy Komisji Europejskiej, Bruksela, 22 czerwca 2015 r. – W Sprawozdaniu pięciu przewodniczących i prezesa EBC określono plan dotyczący wzmocnienia europejskiej unii gospodarczej i walutowej od 1 lipca 2015 r. W komunikacie wskazane są inne, powiązane ze Sprawozdaniem pięciu przewodniczących dokumenty unijne. Dalej powoływane jako: *Dokończenie budowy europejskiej Unii Gospodarczej i Walutowej.* Sprawozdanie pięciu przewodniczących z 21 czerwca 2015 r.

i Walutowej – precyzuje konkretne działania w poszczególnych etapach ustanawiania „rzeczywistej” UGiW i wnosi pewne nowe, istotne z praktycznego punktu widzenia propozycje. Przede wszystkim nastawione jest jednak na zdynamizowanie procesu ustanawiania „rzeczywistej” UGiW oraz podniesienie efektywności podjętych już środków. Temu służy również określenie zakresu czasowego tego procesu – „najpóźniej do 2025 r.”.

Jest charakterystyczne, że w Sprawozdaniu nie odniesiono się do zasadniczych elementów „unii politycznej” – docelowej formuły UGiW. Jest to o tyle zrozumiałe, iż nie ma obecnie jasności co do stopnia determinacji wszystkich państw członkowskich UE, aby wspólnie podjąć działania na rzecz tak daleko idącej konsolidacji strefy euro. A jest to natomiast zasadniczą przesłanką kontynuowania reformy UGiW w ramach instytucjonalno-prawnych UE. Jest to też przesłanką włączenia dotychczas podjętych środków międzyrządowych do prawa UE, co umocniłoby spójność Unii (istotnym momentem będzie przygotowanie przez Komisję Europejską w 2017 r. białej księgi). W przypadku braku takiej wspólnej woli politycznej – można zakładać, że istotną rolę w dalszych reformach będą odgrywały środki międzyrządowe i struktury umocowane poza UE (jak EMS czy szczyt euro). Problem spójności ustrojowej Unii Europejskiej stanie się wówczas szczególnie aktualny i istotny.

Nakreślona w Sprawozdaniu data ustanowienia „rzeczywistej” UGiW – „najpóźniej do 2015 r.” jest szczególnie istotna również dla państw objętych derogacją czasową (takich jak Polska). Wyznacza ona bowiem ramy dla przyspieszenia reform wewnętrznych, niezbędnych dla spełnienia kryteriów konwergencyjnych oraz dla politycznego i społecznego procesu, zmierzającego do podjęcia decyzji w sprawie wejścia do strefy euro. W toku przyspieszonej reformy UGiW rozdzwięk między strefą euro a pozostałymi państwami członkowskimi będzie się gwałtownie pogłębiał, balansując na granicy marginalizacji tych ostatnich państw w procesie integracji europejskiej.

Konkluzje

- 1) Traktat z Lizbony i wprowadzone na jego podstawie reformy ustrojowe UE, nakierowane na umocnienie spójności Unii Europejskiej, jej legitymacji demokratycznej oraz podniesienie elastyczności procesu decyzyjnego umocniły status Polski w Unii. Objęcie tzw. metodą wspólnotową (obecnie unijną), stojącą na straży zasady solidarności, wszystkich uprzednich trzech filarów Unii było ważne

dla całej Unii „post-lizbońskiej”, zwłaszcza jednak dla nowych państw członkowskich. Spośród tych państw Polska umiejętnie „wpisała się” w nową architekturę unijną, aspirując nawet – z pewnym powodzeniem – do dołączenia do grona państw „dużych”. Z otwartych jeszcze problemów, związanych z reformami wprowadzonymi na mocy Traktatu z Lizbony, z polskiego punktu widzenia do najistotniejszych należy kwestia składu kolegium Komisji Europejskiej i alokacji miejsc w Parlamencie Europejskim (obie te kwestie znajdują się ponownie na „stole negocjacyjnym” w najbliższych 2–3 latach). W pierwszej sprawie Polska opowiadała się konsekwentnie za podniesieniem efektywności Komisji, tj. zmniejszeniem liczby komisarzy w stosunku do liczby państw członkowskich. Gdyby takie rozwiązanie nie miało szans na realizację, to Polska może pretendować do „szóstego” miejsca stałego, które nie podlegałoby rotacji (ważny jest precedens związany z uzyskaniem stałego „szóstego” miejsca dla rzecznika generalnego). Znacznie gorszą pozycję negocjacyjną będzie miała Polska w sprawie ustalenia mechanizmu alokacji miejsc w Parlamencie Europejskim, co wynika przede wszystkim z drastycznego spadku jej potencjału demograficznego.

- 2) W pierwszych latach kryzysu finansowego w strefie euro Polska z powodzeniem wykreowała się na lidera państw członkowskich, które stanęły na straży zachowania spójności Unii Europejskiej w toku podejmowania reform na rzecz sanacji i konsolidacji strefy euro. Koncepcja jednak „trzymania nogi między drzwiami”, pozostawiania „w pozycji szpagatu” między unią lizbońską a emancypującą się strefą euro, czy też „kłusowania” paralelnie do przyśpieszającego pociągu strefy euro przynosiła pewien sukces w początkowym okresie reformy strefy euro. Dezaktualizuje się jednak ona wraz z realizacją poszczególnych etapów tej reformy, a pozostawianie Polski poza strefą euro staje się coraz poważniejszą przeszkodą w umacnianiu statusu państwa w Unii Europejskiej.
- 3) Różnicowanie wewnętrzne w Unii Europejskiej stało się faktem, a strefa euro wysuwa się bezdyskusyjnie wśród pozostałych konstelacji wewnątrzunijnych na pierwszy plan jako twardy trzon unijnego procesu decyzyjnego. Różnicowanie unijne może rozwijać się w różnych kierunkach: może zmierzać w kierunku fragmentacji procesu integracji europejskiej, a w skrajnym przypadku do emancypacji strefy euro i powstania „Unii Euro” obok „Unii lizbońskiej”; może też ewoluować w kierunku „integracji elastycznej”, tj. róż-

nicowania wewnętrznego w ramach instytucjonalno-prawnych Unii Europejskiej, które wykorzystywałoby zróżnicowany potencjał państw członkowskich i ich różnych konstelacji do dynamicznego rozwoju Unii jako całości.

- 4) Z polskiego punktu widzenia szczególnie niekorzystna byłaby fragmentacja procesu integracji europejskiej, której istota polegałaby na wyemancypowaniu się z Unii Europejskiej strefy euro, rozbudowanej do „unii politycznej”. Pozostawanie poza strefą euro oznaczałoby w takiej sytuacji wyłączenie z twardego trzonu integracji europejskiej i pozostanie w „Unii lizbońskiej” okrojonej do nielicznych, najsłabszych państw pasa wschodnio-południowego, względnie państw lokujących swoje interesy strategiczne gdzie indziej (Wielka Brytania) lub mających szczególną pozycję ze względu na położenie geograficzne i potencjał gospodarczy (Szwecja, Dania). Taki rozwój stanowiłby zarazem zaprzepaszczenie istotnej części zasadniczego dorobku polityki zagranicznej niepodległej Polski po 1989 r., którego istota polega na wejściu Polski do struktur międzynarodowych, stojących nie tylko na straży państwa prawa i zasad gospodarki rynkowej, lecz również bezpieczeństwa politycznego. Również nadmierne odwlekanie sformułowania przejrzystej strategii wejścia do strefy euro, zwłaszcza w kontekście powrotu Rosji do polityki imperialnej, jest niekorzystne.
- 5) Powyższy scenariusz jest jednak raczej mało realistyczny (choć nie niemożliwy). Należy raczej przyjąć jako podstawowe założenie, iż zróżnicowanie wewnętrzne Unii będzie miało postać „integracji elastycznej”, wykorzystującej zróżnicowany potencjał poszczególnych państw i ich grup jako czynnik dynamizujący rozwój Unii Europejskiej w jej ramach instytucjonalno-prawnych. Jednak i przy takim założeniu możliwe są różne scenariusze „elastyczności”.
 - **Po pierwsze** – strefa euro może umocnić swoją pozycję jako twardego trzonu w ramach Unii Europejskiej, zwłaszcza poprzez przeprowadzenie reform prowadzących do ustanowienia „unii politycznej”. Będzie to zarazem skutkowało ograniczeniem kręgu państw członkowskich UE należących do strefy euro – rozbuduje się bowiem katalog kryteriów konwergencyjnych, koniecznych i związanych z tym reform wewnątrz krajowych, które państwo przystępujące musiałoby przeprowadzić (bardzo trudnych z wewnątrzpolitycznego punktu widzenia); radykalnemu zaostreniu ulegnie również mechanizm weryfikacji kryteriów członkostwa

w strefie euro. W takim scenariuszu można zakładać, że przy wzroście liczby państw członkowskich UE w wyniku „rozszerzenia bałkańskiego” do 33 (28 obecnych państw członkowskich plus Serbia, Albania, Czarnogóra, Kosowo i Bośnia-Hercegowina), strefa euro obejmowałaby około 20 państw (obecne 19 plus Szwecja lub Dania, gdyby zdecydowały się przystąpić).

- **Po drugie** – reforma strefy euro może ulec pewnemu ograniczeniu (zrezygnowanie z ambitnego planu ustanowienia unii politycznej i skupienie się na realizacji unii bankowej, efektywności zarządzania gospodarczego oraz działaniu Paktu Stabilności i Wzrostu) i wchłaniać będzie kolejne państwa członkowskie UE, podnosząc w ten sposób efektywność Unii jako całości (choć w ograniczonym zakresie). Poza strefą euro pozostałyby państwa widzące gwarancje swoich interesów strategicznych w położeniu geograficznym, posiadanych zasobach naturalnych lub szczególnych powiązaniach polityczno-gospodarczych.
- 6) W obu powyższych scenariuszach pozostawanie Polski poza strefą euro będzie niekorzystne. W pierwszym przypadku przyniosłoby trwałe zmarginalizowanie Polski w procesie integracji europejskiej. Polska nie należy do grupy państw członkowskich UE, które mogą sobie pozwolić na pozostawanie poza strefą euro (warto zauważyć, że takie państwa jak Wielka Brytania, Dania czy Szwecja, w przypadku reorientacji swojej polityki, w każdej chwili będą w strefie euro mile widziane, czego nie da się powiedzieć o Polsce, choćby ze względu na pozycję gospodarczą – mimo sukcesów gospodarczych, w dalszym ciągu Polska jest beneficjentem, a do grona płatników netto może dołączyć około roku 2030 – i zakres spełnienia kryteriów konwergencyjnych. W przypadku drugiego scenariusza sytuacja stałaby się jeszcze bardziej niekorzystna. Polska znalazłaby się w gronie państw członkowskich, które – z jednej strony – mają bardzo mocną pozycję polityczną i gospodarczą i mogą sobie pozwolić na pozostawanie poza strefą euro, z drugiej strony – w gronie najsłabszych, nowych państw członkowskich rozszerzenia bałkańskiego, które jednak ambitnie zmierzają również do dołączenia do strefy euro. Przy czym szczególnie symptomatyczne jest to, że w takim przypadku Polska – w ciągu kilkunastu lat – znajdzie się (na wschodnich granicach UE) w niewielkim gronie najsłabszych państw członkowskich UE (Bułgarii, Rumunii, Chorwacji i kolejnych przystępujących państw Bałkanów Zachodnich). W obu scenariu-

szach Polska znalazłaby się w „*EUBis*”, co przyniosłoby porównywalne następstwa jak w przypadku fragmentacji procesu integracji europejskiej, łagodzone w jakimś stopniu zachowaniem spójności instytucjonalno-prawnej UE.

- 7) Odpowiedzią na powyższe wyzwania związane z reformą ustrojową Unii Europejskiej, w tym zwłaszcza strefy euro, może być przede wszystkim sformułowanie przejrzystej i konsekwentnej strategii wejścia Polski do strefy euro, powiązanej z koniecznymi reformami krajowymi (por. Pakt euro plus) oraz minimalizowanie szkód, spowodowanych dotychczasową inercją wewnątrzpolityczną w tej dziedzinie.

JERZY KRANZ

Polsko-niemieckie kontrowersje prawne – próba syntezy¹

Odnosi się wrażenie, iż okres drugiej wojny światowej postrzegany był/ jest niekiedy w Niemczech jako czas rycerskiej walki, po której – mimo naruszeń zasadniczych reguł – przeciwnicy podają sobie dłonie. Zgodnie z tym punktem widzenia, nie kwestionując popełnionych zbrodni, należało je prawnie rozliczyć zachowując jednak przedwojenne granice, karząc nie-liczną grupę zbrodniarzy i zadowalając się niemiecką obietnicą, że to się więcej nie powtórzy. Powojenne procesy winny były natomiast uwzględniać stopień niewiedzy obywateli Niemiec oraz działanie na rozkaz.

W takim kontekście dochodzi do rozbieżności w postrzeganiu przebiegu i skutków drugiej wojny światowej. Rozpoczynając wojnę i prowadząc ją z wyjątkowym okrucieństwem Niemcy wywołały ciąg nieodwracalnych (również dla nich) skutków i reakcji. Same nie tylko złamały fundamentalne normy prawa i moralności, lecz zaczęły ustanawiać nowe normy, w tym dla kategorii podludzi. W tej sytuacji trudno było liczyć na wyrozumiałość zwycięskich mocarstw, które ustanowiły reguły dla pokonanych i nowy porządek w Europie.

Wspomniane rozbieżności dotyczyły między innymi zagadnień prawnych, w tym zwłaszcza granicy polsko-niemieckiej, reparacji wojennych, odszkodowań dla ofiar narodowosocjalistycznych prześladowań, wysiedleń ludności niemieckiej i wywłaszczenia jej majątku, obywatelstwa i problematyki mniejszości narodowych czy też zabytków kultury. Kwestie te zostały już w znacznej części opisane w literaturze przedmiotu², poniższe rozważania mają zatem charakter syntetycznego ujęcia.

¹ W.M. Góralski (red.), *Przełom i wyzwanie. XX lat polsko-niemieckiego Traktatu o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy – 1991–2011*, Elipsa, Warszawa 2011, s. 477–520.

² W. Czapliński, B. Łukańska (red.), *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, Warszawa 2009; W.M. Góralski (red.), *Problem reparacji, odszkodowań i świadczeń w stosunkach polsko-niemieckich 1944–2004*, t. I: *Studia*; tom II, *Dokumenty*

1. Uwagi wstępne

1.1. Polsko-niemieckie spory prawne wynikały przede wszystkim z braku wielostronnej regulacji pokojowej z Niemcami zapowiedzianej podczas Konferencji poczdamskiej (17 lipca–2 sierpnia 1945 r.). Był to rezultat rozpadu zwycięskiej koalicji i podziału Europy na przeciwstawne bloki („żelazna kurtyna”, „zimna wojna”).

Kilka elementów składało się na nietypową sytuację, która powstała po pokonaniu Niemiec. Po pierwsze, mocarstwa objęły władzę najwyższą w Niemczech i zastrzegły sobie kompetencję do samodzielnego określenia sytuacji w Niemczech, w tym granic Niemiec. Nastąpiło to w kontekście nie tylko bezwarunkowej kapitulacji wojsk, lecz przede wszystkim uznania, że niemieckie siły polityczne nie są zdolne do zrealizowania planów alianckich wobec tego państwa. Po drugie, odpowiedzialność międzynarodowoprawna Niemiec nie ograniczała się do agresji, lecz obejmowała również ogrom zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości, których zakres i skala nie były dotąd znane, np. planowa zagłada Żydów, praca przymusowa (głównie w Niemczech) milionów robotników cywilnych wywiezionych z Europy Środkowej i Wschodniej, pseudomedyczne eksperymenty, masowy rabunek lub niszczenie dzieł sztuki. Po trzecie, konferencję mocarstw w Poczdamie zwołano (bez udziału Niemiec) w trybie pilnym w związku z koniecznością podjęcia decyzji głównie co do dalszych losów Niemiec i ich odpowiedzialności za wojnę. Mocarstwa świadome były jednak, iż pewne szczegóły muszą zostać ustalone w tzw. regulacji pokojowej (*peace settlement*).

W braku regulacji pokojowej ta nietypowa sytuacja prowadziła siłą rzeczy do kolejnych nietypowych decyzji politycznych i prawnych, niekiedy w formie dwustronnej, co jednak nie zapobiegało trwaniu kontrowersji polsko-niemieckich.

1.2. Podczas poczdamskiej konferencji mocarstw w 1945 r. uregulowano wiele zasadniczych kwestii związanych z II wojną światową, nie doszła jednak

(red. S. Dębski, W.M. Góralski), Warszawa 2004; W.M. Góralski (red.), *Transfer. Obywatelstwo. Majątek. Trudne problemy stosunków polsko-niemieckich. Studia i dokumenty*, Warszawa 2005; W.M. Góralski (red.), *Polska–Niemcy 1945–2007. Od konfrontacji do współpracy i partnerstwa w Europie. Studia i dokumenty*, Warszawa 2007, s. 37–76; L. Janicki, *RFN wobec terytorialno-politycznych następstw klęski i upadku Rzeszy*, Poznań 1986; K. Skubiszewski, *Zachodnia granica Polski*, Gdańsk 1969; *id.*, *Zachodnia granica Polski w świetle traktatów*, Poznań 1975.

do skutku zapowiedziana regulacja pokojowa z Niemcami. Fazę końcową stanowił Traktat o ostatecznej regulacji w odniesieniu do Niemiec z 12 września 1990 r. (Traktat „2+4”), który zamknął rozdział wojenny na poziomie regulacji wielostronnej.

Zasadniczym problemem polityki zachodnioniemieckiej w okresie powojennym było przywrócenie jedności Niemiec oraz kwestia ich granic. Dążenie to trzeba jednak postrzegać w kontekście rozpętanej przez Rzeszę Niemiecką wojny. Republika Federalna Niemiec, główne z dwóch państw niemieckich powstałych w 1949 r., skonstruowała specyficzną doktrynę polityczno-prawną, dotyczącą następstw drugiej wojny światowej.

Trzon tzw. pozycji prawnych (zwłaszcza do momentu zawarcia Traktatu „2+4” oraz podpisania w latach 1990–1991 polsko-niemieckich traktatów) stanowiły następujące elementy:

- 1) podtrzymywanie otwartości tzw. kwestii niemieckiej do momentu regulacji pokojowej z Niemcami jako całością, w tym tezy o prawnym istnieniu Niemiec w granicach z 1937 r. (dopóki Brama Brandenburska jest zamknięta, dopóty problem niemiecki jest otwarty);
- 2) kwestionowanie Umowy Poczdamskiej z 1945 r. ze względu na fakt, iż Niemcy nie były jej stroną (*res inter alios acta*);
- 3) kwestionowanie legalności decyzji mocarstw dotyczącej wysiedlenia ludności niemieckiej, a w konsekwencji także wywłaszczenia prywatnego majątku niemieckiego;
- 4) teza, iż Polska posiada nad przyznanymi jej w Poczdamie ziemiami tylko tymczasowy zarząd, natomiast nie posiada na tych terenach suwerenności (rozdzielenie między władztwem terytorialnym /*Gebietshoheit*/ a zwierzchnictwem terytorialnym /*Hoheitsgebiet*/);
- 5) pogląd, że zachodnia granica Polski jest tymczasowa do momentu zawarcia regulacji pokojowej z Niemcami jako całością (w Traktacie normalizacyjnym z 1970 r. RFN potwierdziła zachodnią granicę Polski wyłącznie w swoim imieniu, a nie zjednoczonych Niemiec);
- 6) teza o tzw. otwartych/nieuregulowanych kwestiach majątkowych związanych z wysiedleniem i wywłaszczeniem ludności niemieckiej w wyniku decyzji poczdamskich;
- 7) odłożenie kwestii reparacji wojennych do momentu regulacji pokojowej z Niemcami.

Tych kilka punktów pozwala uświadomić sobie, pod jaką presją polityczną znajdowała się Polska przez kilkadziesiąt lat.

Niemieckie pozycje prawne można zrozumieć w kontekście dążeń zjednoczeniowych, nie miały one jednak solidnych podstaw prawnych i nie były powszechnie akceptowane. Z upływem czasu, byliśmy świadkami kurczenia się tych pozycji, co wynikało z jednej strony z polityki czterech mocarstw, z drugiej zaś z kolejnych regulacji prawnych (często dwustronnych). Mimo to po stronie zachodnioniemieckiej stale podtrzymywano dwuznaczności prawne i polityczne.

Z perspektywy lat trzeba stwierdzić, iż pozycje te w niewielkim stopniu przyczyniły się do zjednoczenia Niemiec, odegrały natomiast jątrzącą rolę w stosunkach polsko-niemieckich.

2. Kontrowersje w sprawie zachodniej granicy Polski

W pierwszych latach po wojnie obowiązywała w RFN zasada: myśleć intensywnie o zjednoczeniu, mało natomiast o nim mówić. Z czasem mówiono coraz więcej, lecz politycy niemieccy uznawali zjednoczenie za coraz mniej realne. Im mniej Niemcy wierzyli w zjednoczenie, tym bardziej RFN trwała na stanowisku nieostatecznego charakteru zachodniej granicy Polski. Z granicy tej uczyniono zakładnika w grze o zjednoczenie Niemiec. Swoistym paradoksem było, iż sytuacja ta odpowiadała Związkowi Sowieckiemu, który przedstawiał się jako gwarant granicy na Odrze i Nysie Łużyckiej.

2.1. Jeszcze przed rozpoczęciem Konferencji poczdamskiej cztery mocarstwa oświadczyły, iż nie dokonując aneksji przejmują w Niemczech władzę najwyższą, w tym kompetencję do ustalenia przyszłych granic Niemiec³. Podczas tej Konferencji podjęto najistotniejsze decyzje, dotyczące głównie

³ Declaration Regarding the Defeat of Germany and the Assumption of Supreme Authority by Allied Powers, June 5, 1945 (preambuła): "There is no central Government or authority in Germany capable of accepting responsibility for the maintenance of order, the administration of the country and compliance with the requirements of the victorious Powers. (...) The Governments of the United States of America, the Union of Soviet Socialist Republics and the United Kingdom, and the Provisional Government of the French Republic, hereby assume supreme authority with respect to Germany, including all the powers possessed by the German Government, the High Command and any state, municipal, or local government or authority. The assumption, for the purposes stated above, of the said authority and powers does not affect the annexation of Germany. The Governments of the United States of America, the Union of Soviet Socialist Republics and the United Kingdom, and the Provisional Government of the French Republic, will hereafter determine the boundaries of Germany or any part thereof and the status of Germany or of any area at present being part of German territory".

dalszych losów Niemiec. Sprawa zachodniej granicy Polski czy też wysiedleń ludności niemieckiej stanowiła tylko niewielki fragment uzgodnień. Zapowiedziana regulacja pokojowa miała potwierdzić decyzje poczdamskie w traktacie z Niemcami.

Przyjęte w Umowie poczdamskiej w 1945 r. sformułowania dotyczące zachodniej granicy Polski wydają się jednoznaczne, gdy chodzi o jej przebieg oraz o wysiedlenie ludności niemieckiej. Mowa jest tam np. o „byłych terytoriach niemieckich” lub o przesiedleniu ludności niemieckiej „pozostającej w Polsce”. Polska przyjęła te postanowienia, nie będąc stroną tej Umowy (*pactum in favorem tertii*). Zmiana tego stanu rzeczy nie mogłaby się dokonać bez zgody Polski. Odnotujmy wszakże, iż fragment dotyczący Polski zawiera sformułowania nie zawsze precyzyjne i wymagające interpretacji⁴.

Pojęcie *administration* (w odniesieniu do terytoriów przyznanych ZSRR i Polsce) nie oznaczało administracji w tradycyjnym, kontynentalnym znaczeniu, lecz zarząd państwowy (tak rozumie się to pojęcie w doktrynie anglosaskiej)⁵. Terytorium przyznane Polsce nie stanowiło części sowieckiej strefy okupacyjnej, ani też nie rozciągała się na nie władza Sojuszniczej Rady Kontroli.

Krzysztof Skubiszewski trafnie zauważa nietypowy sposób nabycia przez Polskę władztwa w odniesieniu do części terytorium Niemiec, co „można do pewnego stopnia wiązać z tzw. przyznaniem (przysądzeniem,

⁴ The Berlin (Potsdam) Conference, July 17–August 2, 1945. Protocol of the Proceedings, August 1, 1945: „In conformity with the agreement on Poland reached at the Crimea Conference the three Heads of Government (...) reaffirm their opinion that the *final delimitation* of the western frontier of Poland should await the *peace settlement*. The three Heads of Government agree that, pending the *final determination* of Poland’s western frontier, *the former German territories* east of a line running from the Baltic Sea immediately west of Swinemünde, and thence along the Oder River to the confluence of the western Neisse River and along the Western Neisse to the Czechoslovak frontier, including that portion of East Prussia not placed under the *administration* of the Union of Soviet Socialist Republics in accordance with the understanding reached at this conference and including the area of the former free city of Danzig, shall be *under the administration* of the Polish State and *for such purposes* should not be considered as part of the Soviet zone of occupation in Germany. (...) The Three Governments, having considered the question in all its aspects, recognize that the *transfer to Germany of German populations*, or elements thereof, *remaining in Poland*, Czechoslovakia and Hungary, will have to be undertaken. They agree that any transfers that take place should be effected in an orderly and humane manner”. Szerzej na temat niektórych sformułowań Umowy Poczdamskiej zob. K. Skubiszewski, *Zachodnia granica Polski w świetle traktatów* (przypis 1), s. 64–87, 153–192.

⁵ K. Skubiszewski, *Administration of Territory and Sovereignty: A Comment on the Potsdam Agreement*, „Archiv des Völkerrechts”, Vol. 23, 1985, s. 31–41.

adjudicatio) terytorium przez mocarstwa. Mimo jednak najwyższej władzy mocarstw w ówczesnych Niemczech i ich kompetencji do decydowania o granicach, nie był to czysty przykład *adjudicatio*, a to wobec przyszłej roli rokowań pokojowych (*peace settlement*). Życie sprawiło, iż rolę tę spełniły inne układy, nie zaś traktat pokoju⁶. Potwierdzenie tej efektywnej sytuacji nastąpiło w Traktacie zgorzeleckim z 1950 r., Traktacie warszawskim z 1970 r., Traktacie „2+4” z 1990 r. oraz Traktacie polsko-niemieckim z 14 listopada 1990 r.

Traktat zgorzelecki, zawarty w 1950 r. przez PRL i NRD⁷, potwierdzał granicę na Odrze i Nysie Łużyckiej jako „granicę państwową między Polską a Niemcami” (nie NRD) oraz doprowadził do jej demarkacji.

Układ normalizacyjny PRL–RFN z 7 grudnia 1970 r.⁸ przewidywał w artykule I, że „istniejąca linia graniczna, której przebieg został ustalony w rozdziale IX uchwał Konferencji Poczdamskiej z dnia 2 sierpnia 1945 roku (...) stanowi zachodnią granicę państwową Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”. Nie ma tu mowy o granicy Niemiec, obie strony stwierdzają jedynie, jaki jest stan prawny zachodniej granicy Polski. Zwrot „granica państwowa” w odniesieniu do Polski oznacza bez wątpienia, iż na wschód od Odry i Nysy Łużyckiej mamy do czynienia z terytorium państwa polskiego (a nie Niemiec w granicach z 1937 r.). W artykule IV przypomina się jednak, iż Traktat „nie dotyczy wcześniej zawartych przez Strony lub ich dotyczących dwustronnych lub wielostronnych umów międzynarodowych”, czyli że nadal istnieją prawa czterech mocarstw w odniesieniu do Niemiec jako całości (przede wszystkim ich zjednoczenia).

⁶ K. Skubiszewski, *Zachodnia granica Polski w świetle traktatów* (przypis 1), s. 329. Zob. też *id.*, *The Great Powers and the Settlement in Central Europe*, „Jahrbuch für öffentliches Recht”, Vol. 18, 1975, s. 92–126; *id.*, *Gdańsk and the Dissolution of the Free City*, (w:) *Recht im Dienst des Friedens. Festschrift für Eberhard Menzel zum 65. Geburtstag*, Berlin 1975, s. 469–485; *id.*, *Poland's Western Frontier and the 1970 Treaties*, „American Journal of International Law”, Vol. 67, 1973, s. 23–43; D.-E. Khan, *Die deutschen Staatsgrenzen. Rechtshistorische Grundlagen und offene Rechtsfragen*, Tübingen 2004. W perspektywie historycznej zob. G. Labuda, *Polska granica zachodnia*, Poznań 1971.

⁷ Układ między Rzeczpospolitą Polską a Niemiecką Republiką Demokratyczną o wytyczeniu ustalonej i istniejącej polsko-niemieckiej granicy państwowej, podpisany w Zgorzelcu dnia 6 lipca 1950 r.: „Art. 1. Wysokie Układające się Strony zgodnie stwierdzają, że ustalona i istniejąca granica, biegnąca od Morza Bałtyckiego wzdłuż linii na zachód od miejscowości Świnoujście i dalej wzdłuż rzeki Odry do miejsca, gdzie wpada Nysa Łużycka, oraz wzdłuż Nysy Łużyckiej do granicy czeskosłowackiej, stanowi granicę państwową między Polską a Niemcami”.

⁸ Układ między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Federalną Niemiec o podstawach normalizacji ich wzajemnych stosunków, podpisany w Warszawie dnia 7 grudnia 1970 r.

Ewolucja stanowiska RFN (tzw. *Ostpolitik* – polityka wschodnia) dokonała się w dużej mierze dlatego, że RFN zaczęła odczuwać negatywne skutki swej wcześniejszej polityki, a jednocześnie wiązała zawarcie w 1970 r. tzw. układów wschodnich (z Moskwą i z Warszawą) z gotowością Związku Sowieckiego do liberalizacji położenia Berlina Zachodniego. Zdawano sobie jednak w RFN sprawę, że zachodniej granicy Polski nie da się zmienić (zwłaszcza bez zgody Polski) i że nie sposób uciec od jej prawnego uznania/potwierdzenia przez RFN, co – zdaniem części niemieckich prawników⁹ – nastąpiło wraz z Traktatem PRL–RFN z 1970 r.

Układy moskiewski¹⁰ i warszawski z 1970 r. umożliwiły RFN wyjście na polityczną arenę europejską, odegrały ważną rolę w zawarciu porozumienia czterech mocarstw w sprawie Berlina (3 września 1971 r.) i w przyjęciu Aktu Końcowego KBWE w Helsinkach w 1975 r. Zawarcie Układu PRL–RFN było jednocześnie sukcesem politycznym Polski, gdyż ówczesne potwierdzenie Odry i Nysy Łużyckiej jako granicy państwowej otwierało drogę do normalizacji i intensyfikacji stosunków z RFN¹¹.

Po zawarciu Traktatu z 1970 r. RFN przystąpiła do osłabiania jego znaczenia prawnego, podkreślając, iż wiązała się tylko w imieniu własnym, akcentując zwłaszcza zakaz zmiany granic za pomocą siły. RFN odmawiała jednocześnie oświadczenia, iż przysze (zjednoczone) Niemcy miałyby obejmować terytorium w aktualnych granicach RFN, NRD i Berlina. Nawet jeśli uznać słuszność tezy, iż RFN nie mogła prawnie wyręczać czterech mocarstw, oświadczenie polityczne byłoby zrozumiałe, ponieważ w kwestii granic mocarstwa nie mogłyby narzucić zjednoczonym Niemcom większego terytorium wbrew ich woli¹².

W konsekwencji, mimo Traktatu z 1970 r. wiele konkretnych spraw w relacjach dwustronnych pozostało w swoistym zawieszaniu, przy jed-

⁹ Zob. J. Abr. Frowein, *Zur Entstehung und Bedeutung der Ostverträge 1970 – einige persönliche Ergänzungen*, (w:) H.-J. von Cremer, Th. Giegerich, D. Richter, A. Zimmermann (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin–Heidelberg, New York 2002, s. 163–178.

¹⁰ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken, 12. August 1970.

¹¹ Szerzej na ten temat zob. M. Tomala, *Patrząc na Niemcy. Od wrogości do porozumienia 1945–1991*, Warszawa 1997 (wersja niemiecka: *Deutschland – von Polen gesehen. Zu den deutsch-polnischen Beziehungen 1945–1990*, Marburg 2000).

¹² Volker Rühle (CDU), późniejszy minister obrony w rządzie kanclerza Kohla, naraził się w połowie lat osiemdziesiątych, proponując, aby RFN uznała zachodnią Polskę za politycznie wiążącą dla przyszłych, zjednoczonych Niemiec. Opór wobec tej propozycji pokazał dobitnie, iż część elit politycznych w RFN gotowa była utrzymywać antagonizm w relacjach z Polską.

noczesnym utrzymaniu politycznego napięcia¹³. Gdyby nie przełom lat 1989/1990, wiele spornych kwestii zatrzymałoby nadal klimat stosunków dwustronnych oraz utrzymywałoby antagonizm w centrum Europy.

W roku 1989 zjednoczenie Niemiec pozostawało nadal ważnym celem politycznym, jednak w elitach RFN brakowało wiary w taką możliwość. Kurs zjednoczeniowy kanclerza Helmuta Kohla nabrał kształtu dopiero pod wpływem jednoznacznego stanowiska USA, które w zaistniałej sytuacji dostrzegły możliwość radykalnej przebudowy realiów politycznych w Europie. Gdyby nie dalekosiężne i strategiczne zdecydowanie polityki amerykańskiej, sytuacja Niemiec i Europy wyglądałaby dziś zupełnie inaczej¹⁴.

Trzymanie się niemieckich pozycji prawnych nie ułatwiało rokowań nad Traktatem „2+4”. Kanclerz Kohl zasłaniał się kompetencjami mocarstw, które rzekomo uniemożliwiały mu zajęcie oficjalnego stanowiska w sprawie granic zjednoczonych Niemiec. Ta opóźniająca taktyka (np. 10-punktowy plan Kohla¹⁵, wspominający o konfederacji niemieckiej, pominął milczeniem sprawę granicy polsko-niemieckiej) odbierana była przez wielu przychylnych zjednoczeniu Niemiec polskich polityków jako momentami żałosny spektakl¹⁶. „W lipcu 1989 r. (...) przewodniczący Obywatelskiego Klubu

¹³ Np. RFN przez długie lata (mimo zawarcia umowy rentowej w 1975 r.) uniemożliwiała lub opóźniała wypłaty niemieckich świadczeń socjalnych dla obywateli polskich (a jednocześnie Niemców w rozumieniu art. 116 Ustawy Zasadniczej) zamieszkałych na ziemiach przyznanych Polsce w Poczdamie. Powstała w tym kontekście groteskowa sytuacja, w której świat został podzielony przez niemieckiego ustawodawcę na obszar obowiązywania Ustawy Zasadniczej, na zagranicę (gdzie świadczenia wypłacano) oraz swoisty *no man's land* czyli część obszaru Polski, gdzie świadczeń nie wypłacano, mimo że mieszkali tam osoby uprawnione, zob. J. Barcz, *Sukcesja w dziedzinie ubezpieczenia społecznego w stosunkach polsko-niemieckich po II wojnie światowej*, (w:) *Problem reparacji* (przypis 1), t. I, s. 295–336. Inny przykład to ograniczenie lub sparaliżowanie współpracy i obrotu prawnego ze względu na spór co do pisowni (w wersji niemieckiej lub polskiej) nazw miejscowości położonych na ziemiach przyznanych w 1945 r. Polsce. Odbijało się to negatywnie na interesach obywateli. Na tle nazewnictwa geograficznego wynikały też utrudnienia we współpracy miast w Polsce i w RFN oraz (jeszcze pod koniec lat osiemdziesiątych) w rozszerzeniu sieci konsulatów w obu państwach. W tych warunkach trudno też było rozmawiać o problemach mniejszości narodowych.

¹⁴ Szerzej zob. C. Rice, P. Zelickow, *Germany Unified and Europe Transformed*, Cambridge, Massachusetts 1995 (wyd. niemieckie: *Sternstunde der Diplomatie. Die deutsche Einheit und das Ende der Spaltung Europa*, 2001).

¹⁵ Rede von Bundeskanzler Helmut Kohl vor dem Deutschen Bundestag über das Zehn-Punkte-Programm zur Überwindung der Teilung Deutschlands und Europas am 28. November 1989.

¹⁶ T. Mazowiecki, *Niemżliwe czyniąc możliwym*, „Rzeczpospolita”, 6–7 listopada 2004 (wykład wygłoszony 16 września 2004 r. w Operze Kilońskiej podczas 45. Zjazdu

Parlamentarnego Bronisław Geremek spotkał się z kanclerzem Niemiec Helmutem Kohlem. (...) Kohl zgadzał się z poglądem, że granica, ustanowiona w Poczdamie, nie będzie zmieniana, bo nie może się zmienić. Kiedy jednak Geremek mu powiedział, że publicznie ogłosi jego stanowisko, kanclerz stwierdził, że on temu publicznie zaprzeczy¹⁷.

Manewry polityczne kanclerza uzasadnione były między innymi próbą uzależnienia uznania granicy przez zjednoczone Niemcy od uznania mniejszości niemieckiej w Polsce oraz kolejnego potwierdzenia przez Polskę zrzeczenia się reparacji od Niemiec¹⁸. Ponadto Kohl przedstawiał środowiskom wysiedlonych (w większości nieprzyjaznym Polsce) akceptację granicy jako cenę za zjednoczenie Niemiec, a nie jako konsekwencję międzynarodowoprawnej odpowiedzialności Niemiec za wojnę. Cała ta retoryka dowodziła nieliczenia się z długofalowym, wspólnym polsko-niemieckim interesem. Dodajmy przy tym, iż nowy polski rząd nie był przeciwny ani zjednoczeniu Niemiec, ani ich pełnemu członkostwu w NATO.

Na tle wieloletnich dwuznaczności w polityce niemieckiej premier Tadeusz Mazowiecki nie chciał się ograniczyć w sprawie granicy do zapewnień w ciszy gabinetów¹⁹. W latach 1989–1990 dyplomacja polska pod kierownictwem Krzysztofa Skubiszewskiego nie tyle obawiała się podważenia granicy zachodniej Polski w momencie jednoczenia się Niemiec, ile raczej politycznego manipulowania tą kwestią dla innych celów – z niewiadomymi skutkami, w tym pewnymi ustępstwami na rzecz Moskwy²⁰.

Jeśli uwzględnić Umowę poczdamską oraz wspomniane wyżej umowy dotyczące granicy, zawarte z Polską przez NRD i RFN, to zjednoczone Niemcy jako państwo prawnie identyczne z wcześniejszą RFN i jako suk-

Historyków Niemieckich): „Dla mnie, pamiętającego niedawne rozmowy z kanclerzem, brak takiego jedenastego punktu był wielkim zaskoczeniem. Odebrałem to jako coś więcej niż tylko odkładanie sprawy motywowane względami wyborczymi. Nie podejrzewałem bynajmniej kanclerza o przejście na pozycje rewizjonistyczne. Widziałem w tym natomiast niedocenianie międzynarodowego znaczenia, jakie ma wyraźne wypowiedzenie się w tej kwestii. Pytałem siebie, gdzie pozostało to dziedzictwo Adenauera ‘po Paryżu – Warszawa’?”

¹⁷ K. Skubiszewski, *Do niepodległości krok po kroku*, „Gazeta Wyborcza”, 11 września 2009 r. (wywiad udzielony Małgorzacie Bos-Karczewskiej).

¹⁸ Zob. C. Rice, P. Zelickow (przypis 13), s. 292 (wyd. niemieckie); H.-J. Küsters, D. Hofmann (Hrsg.), *Dokumente zur Deutschlandpolitik. Deutsche Einheit. Sonderedition aus den Akten des Bundeskanzleramtes 1989/90*, München 1998, s. 863–864, 878, 955–956.

¹⁹ Zob. T. Mazowiecki, *Wiedziałem, że się uda*, „Gazeta Wyborcza”, 11–12 września 2004 r.

²⁰ Zob. K. Skubiszewski, *Polityka zagraniczna i odzyskanie niepodległości. Przemówienia, oświadczenia, wywiady 1989–1993*, Warszawa 1997, w tym przemówienie 17 lipca 1990 r. na paryskiej sesji Konferencji „2+4”, s. 55–67.

cesor NRD musiały przejść wcześniejsze zobowiązania prawne. Dyplomacja polska dążyła jednak do tego, by zjednoczenie Niemiec odbywało się w ramach szerszego, europejskiego kontekstu, w tym wykreowania nowej sytuacji geopolitycznej kontynentu. Polsce zależało też na tym, by potwierdzenie jej zachodniej granicy przez zjednoczone Niemcy odbyło się w takim właśnie kontekście, ponieważ oderwanie spraw polsko-niemieckich od tych międzynarodowych ram groziło kolejną konfrontacją polityczną i prawną w formule dwustronnej²¹. Dla polityków polskich nie ulegało wątpliwości, iż w takiej sytuacji zjednoczone Niemcy wróciłyby na drogę tzw. pozycji prawnych ze wszystkimi negatywnymi skutkami dla jednoczącej się Europy.

W okresie przełomu 1989/1990 RFN nie chciała negocjować tekstu polsko-niemieckich traktatów przed formalnym zjednoczeniem. Dzięki upartej polityce Polski doszło jednak jeszcze przed zjednoczeniem do wielu rozmów polsko-niemieckich ekspertów, Polska składała konkretne propozycje traktatowe, a wreszcie sam minister spraw zagranicznych (Krzysztof Skubiszewski) nadzorował przebieg rokowań nad Traktatem „2+4” uzyskując odpowiednie zapewnienia.

Jedno z osiągnięć ministra Skubiszewskiego polegało na zapewnieniu udziału Polski w negocjacjach „2+4” (runda paryska, 17 lipca 1990 r., z udziałem Polski). „W lutym 1990 r. w Ottawie, przy okazji konferencji w sprawie otwartych przestworzy, dwa państwa niemieckie oraz Francja, Stany Zjednoczone, Wielka Brytania i ZSRR uzgodniły, że wyłącznie one będą uczestniczyć w rozmowach w sprawie zjednoczenia Niemiec (tzw. formuła »2+4«). Konferencja pokojowa z udziałem wszystkich uczestników II wojny światowej została wykluczona. (...) Dzięki mojej interwencji w Ottawie uzupełniono komunikat końcowy dopisując do zdania o celu rozmów państw »2+4« – ‘przedyskutowanie zewnętrznych aspektów jedności niemieckiej’ – słowa: ‘łącznie z kwestiami bezpieczeństwa państw sąsiedzkich’. To uchyliło nam drzwi do rozmów państw »2+4« zajmujących się granicami Niemiec i rzutującymi na inne żywotne interesy Polski”²². Podczas paryskiej

²¹ J. Sułek, *Traktaty polsko-niemieckie z 1990 i 1991 roku – prawda i fałsz*, „Przegląd”, 2 i 8 stycznia 2007 (nr 1 i 2), „Realna zaczęła stawać się groźba, że może zostać zrealizowany najgorszy z możliwych scenariuszy: dojdzie do zjednoczenia Niemiec bez traktatowego potwierdzenia granicy na Odrze i Nysie Łużyckiej jako ostatecznej. W takim wariantcie mogło dojść wówczas do sytuacji, w której ‘odłożony na potem’ spór o granicę stałby się przysłowiową kością niezgody między wolną i suwerenną Polską a zjednoczonymi Niemcami”.

²² *Do niepodległości* (przypis 16).

sesji rokowań „2+4” przyjęto ustalenia dotyczące granicy polsko-niemieckiej, które zostały powtórzone w Traktacie o ostatecznej regulacji w odniesieniu do Niemiec, podpisanym w Moskwie w dniu 12 września 1990 r.

Podczas paryskiej sesji zadbał też minister o to, by granica Polski nie była przedmiotem gwarancji mocarstw²³. Brzmi to paradoksalnie, ale właśnie gwaranci uzyskują największy, często negatywny wpływ. „Ważne było, aby ZSRR przestał funkcjonować jako gwarant granicy polsko-niemieckiej. Obawiałem się ponadto ewentualnych ustępstw Zachodu na rzecz sowieckiej strefy wpływów w Europie w zamian za zgodę Moskwy na utratę NRD i zjednoczenie Niemiec. Moskwa gotowa była spisać na straty Czechosłowację i Węgry, Polskę jednak różne siły polityczne w ZSRR (zwłaszcza wojsko) widziały inaczej – tu oddziaływało nasze położenie między ZSRR a Niemcami. Stąd brały się także trudności w rozmowach (także z Rosją, już po upadku ZSRR) w sprawie wycofania wojska rosyjskiego z Polski”²⁴. Dodajmy, że gwarancja granicy polsko-niemieckiej przez mocarstwa nie odpowiadała również stronie niemieckiej, która dostrzegała w niej brak zaufania dla demokratycznych Niemiec.

Zjednoczenie nastąpiło w wyniku splotu różnych czynników, jednak doprowadziły do niego nie tyle pozycje prawne Bonn, ile przede wszystkim oddolne ruchy w krajach środkowoeuropejskich (zapoczątkowane przez „Solidarność”), zmiany w kierownictwie ZSRR, a w ostateczności zdecydowana postawa Stanów Zjednoczonych, przy narastającej w końcowej fazie presji ze strony ludności NRD. Bez akceptacji zachodniej granicy Polski

²³ Zob. *Procès-verbal de la réunion des ministres des Affaires étrangères de la France, de la Pologne, de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, des Etats-Unis d'Amérique, de la Grande-Bretagne, de la République Fédérale d'Allemagne et de la République Démocratique Allemande* – pkt 4 (dokument rundy negocjacyjnej Konferencji „2+4” z udziałem Polski, Paryż, 17 lipca 1990 r., tekst (w :) J. Barcz, *Udział Polski w konferencji „2+4”. Aspekty prawne i proceduralne*, Warszawa 1994, s. 167–168 (niemiecka wersja językowa (w:) *Dokumente* (przypis 17), s. 1369–1370): «Les Quatre puissances alliées déclarent que les frontières de l'Allemagne unifiée auront un caractère définitif qui ne pourra être remis en cause par aucun événement ou circonstance extérieurs. Le Ministre des Affaires étrangères de la Pologne indique qu'aux yeux du Gouvernement Polonais, cette déclaration ne constitue pas une garantie de frontières par les Quatre puissances. Le Ministre de la République Fédérale d'Allemagne indique qu'il a pris connaissance de ce que le gouvernement polonais ne voyait pas dans cette déclaration une garantie sur les frontières. La RFA s'associe à la déclaration des Quatre puissances alliées et souligne que les événements ou circonstances auxquels cette déclaration fait référence ne se produiront pas, à savoir qu'un Traité de paix ou un règlement de paix ne sont pas envisagés. La RDA souscrit à la déclaration faite par la RFA».

²⁴ *Do niepodległości* (przypis 16).

przez stronę niemiecką zjednoczenie nie doszłoby do skutku. Tak więc niemieckie pozycje prawne okazały się w tym kontekście mało przydatne.

W Traktacie z 1990 r. Polska i Niemcy potwierdziły już tylko istniejącą między nimi granicę²⁵ – w oparciu o poprzednio zawarte traktaty²⁶.

2.2. W związku z powyższym nasuwa się kilka uwag ogólniejszej natury. Tak zwane zjednoczenie Niemiec jest pojęciem z dziedziny publicystyki polityczno-prawnej. Otóż zjednoczyć nie może się jeden podmiot prawny – w rozumieniu zachodnoniemieckim Niemcy w granicach z 1937 r. Zakładając, iż Niemcy przetrwały jako państwo i podmiot prawa międzynarodowego klęskę 1945 r. nie znaczy to, iż ich granice pozostały takie same. Część terytorium niemieckiego mocarstwa przyznały w Poczdamie Polsce oraz ZSRR, a na pozostałej części (podzielonej początkowo na strefy okupacyjne) istniały od 1949 r. dwa państwa – RFN i NRD oraz Berlin. Zjednoczenie polegało na przystąpieniu NRD do RFN z uwzględnieniem obszaru Berlina.

Na zjednoczenie musiały mieć pewien polityczny i prawny wpływ cztery mocarstwa. Do roku 1949 Niemcy nie posiadały władz kompetentnych do określenia swego ustroju i akceptacji zmiany swych granic. Od 1949 r. istniały już dwa państwa niemieckie, które potwierdziły (nie chodzi tu o uznanie) granicę zachodnią Polski w traktatach z 1950 r. i 1970 r. i oświadczyły, iż granica ta jest nienaruszalna. Jeśli RFN była w 1970 r. kontynuatorem Rzeszy Niemieckiej jako podmiotu prawnego i uznała, iż nie ma roszczeń terytorialnych wobec Polski (art. I ust. 3 Traktatu z 1970 r.), to przypomnienie o prawach i odpowiedzialności mocarstw za Niemcy jako całość (art. IV) miało przede wszystkim znaczenie w odniesieniu do roli mocarstw w perspektywie ewentualnego zjednoczenia.

²⁵ Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o potwierdzeniu istniejącej między nimi granicy, podpisany w Warszawie dnia 14 listopada 1990 r.: „Artykuł 1. Umawiające się Strony potwierdzają istniejącą między nimi granicę, której przebieg określony jest w Układzie z 6 lipca 1950 r. między Rzeczpospolitą Polską a Niemiecką Republiką Demokratyczną o wytyczeniu ustalonej i istniejącej polsko-niemieckiej granicy państwowej oraz w umowach zawartych w celu jego wykonania i uzupełnienia (Akt z 27 stycznia 1951 r. o wykonaniu wytyczenia państwowej granicy między Polską a Niemcami; Umowa z 22 maja 1989 r. między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Niemiecką Republiką Demokratyczną w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich w Zatoce Pomorskiej), jak również w Układzie z 7 grudnia 1970 r. między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Federalną Niemiec o podstawach normalizacji ich wzajemnych stosunków”.

²⁶ Szerzej J. Barcz, *Podstawy prawne stosunków Polski ze zjednoczonymi Niemcami*, (w:) *Polska–Niemcy 1945–2007* (przypis 1), s. 113–158.

Potwierdzając w 1970 r. zachodnią granicę państwową Polski trudno podtrzymywać tezę o prawnym istnieniu Niemiec w granicach z 31 grudnia 1937 r. (jeden z fundamentów zachodnioniemieckiej doktryny prawej i politycznej). Konstrukcja ta pojawia się w niektórych dokumentach alianckich jako porządkująca i w celu podkreślenia, iż pod pojęciem Niemiec nie uznaje się nabytków terytorialnych uzyskanych przemocą przez to państwo po 31 grudnia 1937 r. Mocarstwa nigdy jednak nie zobowiązały się do popierania jedności Niemiec w granicach z 1937 r. – *nudum ius* w stosunku do terytorium niemieckiego w tych granicach nie zostało zagwarantowane żadnym traktatem, a co więcej Umowa poczdamska dokonywała oczywistych zmian tego terytorium. Istnienia Rzeszy w granicach z 1937 r. nie potwierdzała też Ustawa Zasadnicza RFN. Czym innym jest trwanie państwa, a czym innym jego zmieniające się granice. Suwerenność państwa²⁷ odnosi się do charakteru (cech) jego władzy, natomiast terytorium, na który władza ta jest sprawowana może ulegać zmianie. Zwiększenie lub zmniejszenie terytorium państwowego nie oznacza zwiększenia lub zmniejszenia suwerenności.

Do dziś doktryna niemiecka nie jest zgodna co do tego, w którym momencie Polska uzyskała pełne władztwo nad przyznanym jej w Poczdamie terytorium. Z polskiego punktu widzenia nastąpiło to w dniu 2 sierpnia 1945 r. (zakończenie Konferencji poczdamskiej). Żaden z powojennych traktatów nie precyzuje wprost tego momentu (spornego między stronami). Nie ulega jednak wątpliwości, że władztwo polskie na wspomnianym terytorium było skuteczne i międzynarodowo uznawane.

Przywoływano też ustanowioną w 1945 r. konstrukcję praw i obowiązków czterech mocarstw wobec Niemiec jako całości – wynik okupacji Niemiec przez zwycięskie mocarstwa. Mocarstwa przejęły władzę najwyższą w Niemczech (deklaracja z 5 czerwca 1945 r.²⁸) i zastrzegły sobie między innymi kompetencję do dysponowania terytorium niemieckim i ustalenia granic Niemiec, które w 1945 r. nie posiadały władz centralnych. Prawa mocarstw miały pierwszeństwo przed prawem niemieckim i mogły być zmienione tylko w drodze międzynarodowopravných ustaleń między mocarstwami a władzami niemieckimi. Cel mocarstw polegał na stworzeniu sytuacji międzynarodowej, w której ekspansywna i agresywna polityka Niemiec zostanie wykluczona.

²⁷ Szerzej o tym pojęciu J. Kranz, *Suwerenność w dobie przemian*, (w:) J. Kranz (red.), *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, Warszawa 2006, s. 15–54.

²⁸ Declaration (przypis 2).

Wraz z przyjęciem Ustawy Zasadniczej RFN trzy zachodnie mocarstwa okupacyjne uchwaliły w drodze traktatowej Status Okupacyjny, który wszedł w życie 21 września 1949 r. i miał na celu zapewnienie kontroli (przez Wysokiego Komisarza) nad działaniami nowopowstałej Republiki Federalnej Niemiec. Władza mocarstw nie była jednak klasyczną okupacją wojenną w rozumieniu Konwencji haskiej z 1907 r., lecz specyficzną, pokojową okupacją – mocarstwa działały w imieniu własnym, a jednocześnie w imieniu Niemiec²⁹. Specyfika powojennej okupacji Niemiec polegała na innym celu niż przewidują normy Konwencji haskiej (1907), a zwłaszcza na dokonaniu radykalnych zmian na terytorium Niemiec (ustrój, granice, polityka)³⁰. Okupacja Niemiec zakończyła się formalnie w 1955 r. Nie oznaczało to likwidacji praw i obowiązków w odniesieniu do Niemiec jako całości, jednak prawa te ulegały ograniczeniu i dotyczyły przede wszystkim połączenia obu państw niemieckich oraz statusu Berlina. Powojenne Niemcy podlegały w gruncie rzeczy międzynarodowemu zarządowi mocarstw, którego zakres zmniejszał się stopniowo.

W Układzie między RFN a trzema mocarstwami zachodnimi z 1954 r., te ostatnie przypominały o dalszym istnieniu ich praw i odpowiedzialności za Niemcy jako całość. Nie precyzowano granic tej całości (art. 2³¹), którą były w 1945 r. Niemcy w granicach stref okupacyjnych, z wyłączeniem terytoriów niemieckich przekazanych Polsce i ZSRR na mocy decyzji poczdamskich, a od roku 1949 terytoria RFN, NRD i Berlina. Jednocześnie trzy mocarstwa godziły się na to, by przyszła regulacja pokojowa dotycząca Niemiec została swobodnie wynegocjowana między (zjednoczonymi)

²⁹ Stan wojny z Niemcami zakończony został jednostronnymi deklaracjami poszczególnych państw w latach 1951–1955. Okupacja Niemiec zakończyła się 5 maja 1955 r. po wejściu w życie Traktatów paryskich (1954) – teksty: Bundesgesetzblatt, 1955 II, nr 7 i 8.

³⁰ Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (IV konwencja haska, 1907) – Załącznik: Regulamin dotyczący praw i zwyczajów wojny lądowej, Art. 43: „Z chwilą faktycznego przejścia władzy z rąk rządu legalnego do rąk okupanta, tenże poweźmie wszystkie będące w jego mocy środki, celem przywrócenia i zapewnienia, o ile to jest możliwe, porządku i życia społecznego, przestrzegając, z wyjątkiem bezwzględnych przeszkód, prawa obowiązujące w tym kraju”.

³¹ Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten in der Fassung vom 23. Oktober 1954 [Deutschlandvertrag]: „Artikel 2. Im Hinblick auf die internationale Lage, die bisher die Wiedervereinigung Deutschlands und den Abschluß eines Friedensvertrags verhindert hat, behalten die Drei Mächte die bisher von ihnen ausgeübten oder innegehabten Rechte und Verantwortlichkeiten in bezug auf Berlin und auf Deutschland als Ganzes einschließlich der Wiedervereinigung Deutschlands und einer friedensvertraglichen Regelung”.

Niemcami a ich dawnymi nieprzyjaciółmi (art. 7)³², z oczywistym jednak uwzględnieniem kompetencji mocarstw. Nie ma tu mowy o tym, iż Niemcy jako całość istnieją prawnie w granicach z 1937 r. i nie ma przyrzeczenia mocarstw w tym względzie. W 1990 r. uznano wolę obu państw niemieckich, jednak przy zachowaniu formuły „2+4” w odniesieniu do zewnętrznych aspektów tego procesu. Prawa i obowiązki mocarstw wygasły dopiero po wejściu w życie Traktatu z 12 września 1990 r. („2+4”).

Prawo do samostanowienia (niezależnie od jego nieprecyzyjnego zakresu i charakteru) nie mogło być w 1945 r. w pełni respektowane ze względu na międzynarodowoprawną odpowiedzialność Niemiec za wojnę i zbrodnie wojenne (ograniczona międzynarodowoprawna ochrona Niemiec jako agresora). Dla mocarstw jasne było, że Karta Atlantycka z 1941 r. nie ma zastosowania do pokonanych Niemiec, podobnie jak w przypadku Karty Narodów Zjednoczonych³³. Przywoływanie przez doktrynę niemiecką konstrukcji *iuris cogentis* w kontekście prawa do samostanowienia lub zakazu wysiedleń polega na nieporozumieniu, ponieważ do dziś nie istnieje formalnie katalog takich norm, a z pewnością konstrukcja ta nie obowiązywała prawnie w 1945 r. W latach 1989/1990 samostanowienie miało większy ciężar gatunkowy, chociaż swobodne połączenie się obu państw niemieckich musiało uwzględniać stanowisko mocarstw. Rozwój wydarzeń sprawił, że mocarstwom trudno byłoby się przeciwstawić zjednoczeniu, zachowały one jednak niewątpliwy wpływ na ten proces.

³² Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten in der Fassung vom 23. Oktober 1954 [Deutschlandvertrag]: „Artikel 7 (1). Die Bundesrepublik und die Drei Mächte sind darüber einig, daß ein wesentliches Ziel ihrer gemeinsamen Politik eine zwischen Deutschland und seinen ehemaligen Gegnern frei vereinbarte friedensvertragliche Regelung für ganz Deutschland ist, welche die Grundlage für einen dauerhaften Frieden bilden soll. Sie sind weiterhin darüber einig, daß die endgültige Festlegung der Grenzen Deutschlands bis zu dieser Regelung aufgeschoben werden muß. (...) (4) Die Drei Mächte werden die Bundesrepublik in allen anderen Angelegenheiten konsultieren, welche die Ausübung ihrer Rechte in bezug auf Deutschland als Ganzes berühren”.

³³ Artykuł 107 Karty NZ: „Nic w niniejszej Karcie nie unieważnia ani nie zabrania działań prowadzonych wobec jakiegokolwiek państwa, które podczas drugiej wojny światowej było nieprzyjacielem któregokolwiek sygnatariusza niniejszej Karty, podjętych lub autoryzowanych w wyniku tej wojny przez rządy odpowiadające za te działania”.

3. Kwestia reparacji

Dowodem ograniczonej skuteczności niemieckich pozycji prawnych była kwestia reparacji, a także odszkodowań dla żyjących w Europie Środkowej i Wschodniej ofiar narodowosocjalistycznych prześladowań³⁴; podobnie rzecz się miała w odniesieniu do wysiedleń ludności niemieckiej i związanego z tym pozbawienia jej majątku³⁵.

3.1. W przypadku prawnych skutków wojny mamy do czynienia z kilkoma elementami: międzynarodowoprawnymi roszczeniami jednego państwa (w imieniu własnym) wobec innego państwa, głównie w wyniku strat i zniszczeń; międzynarodowoprawnymi roszczeniami jednego państwa wobec innego państwa w związku ze stratami osób fizycznych lub prawnych; wreszcie roszczeniami osób fizycznych lub prawnych wobec obcego państwa lub jego osób fizycznych i prawnych na podstawie prawa krajowego (pozywy podmiotów prywatnych przeciwko obcemu państwu przed krajowymi sądami innego państwa objęte są co do zasady immunitetem państwa obcego).

³⁴ A. Hense, *Verhinderte Entschädigung. Die Entstehung der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ für die Opfer von NS-Zwangsarbeit und „Arisierung“*, Münster 2008; A. Lehmann-Richter, *Auf der Suche nach den Grenzen der Wiedergutmachung*, Berlin 2008; C. Goschler, *Schuld und Schulden. Die Politik der Wiedergutmachung für NS-Verfolgte seit 1945*, Göttingen 2005; J. Kranz, *Rokowania wielostronne z Niemcami – od końca 1998 r. do 17 lipca 2000 r.*, (w:) J. Barcz, B. Jałowiecki, J. Kranz, *Między pamięcią a odpowiedzialnością. Rokowania w latach 1998–2000 w sprawie świadczeń za pracę przymusową*, Warszawa 2004, s. 19–120; P. Zumbansen (Hrsg.), *Zwangsarbeit im Dritten Reich: Erinnerung und Verantwortung. Juristische und zeitgeschichtliche Betrachtungen*, Baden-Baden 2002; J. Kranz, *Zwangsarbeit – 50 Jahre danach: Bemerkungen aus polnischer Sicht*, (w:) K. Barwig, G. Saathof, N. Weyde (Hrsg.), *Entschädigung für NS-Zwangsarbeit. Rechtliche, historische und politische Aspekte*, Baden-Baden 1998, s. 111–134; A. Randelzhofer, O. Dörr, *Entschädigung für Zwangsarbeit? Zum Problem individueller Entschädigungsansprüche von ausländischen Zwangsarbeitern während des Zweiten Weltkrieges gegen die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1994; C. Pawlita, *„Wiedergutmachung“ als Rechtsfrage? Die politische und juristische Auseinandersetzung um Entschädigung für die Opfer nationalsozialistischer Verfolgung (1945 bis 1990)*, Frankfurt a.M. 1993.

³⁵ W.M. Góralski, *Podstawy prawne, przedmiot i program przezwłaszczenia własności niemieckiej na Ziemiach Zachodnich i Północnych na podstawie i w ramach Umowy Poczdamskiej*, (w:) *Problem reparacji* (przypis 1), t. I, s. 189–238; M. Muszyński, *Prawnomiędzynarodowe podstawy niemieckich zobowiązań reparacyjnych na rzecz zwycięskiej koalicji ze szczególnym uwzględnieniem Polski*, (w:) *Problem reparacji* (przypis 1), t. I, s. 81–122.

Pojęcie reparacji nie jest w prawie międzynarodowym jednoznaczne, a jego treść zmienia się wraz z poszczególnymi regulacjami traktatowymi³⁶. Najogólniej rzecz ujmując, reparacje wynikają z międzynarodowoprawnej odpowiedzialności za wojnę oraz jej skutków i dotyczą powstałych w następstwie wojny międzynarodowoprawnych roszczeń państw, zwłaszcza z tytułu kosztów okupacji, strat i szkód wojennych oraz z konieczności powojennej odbudowy. Jako główne formy reparacji wymienia się: restytucję, przejęcie mienia, wypłatę w gotówce lub dostawy towarów³⁷. Kwestie te regulowane są zazwyczaj w traktacie pokoju lub traktatach spełniających podobną funkcję.

Roszczenia reparacyjne wobec obcego państwa w płaszczyźnie międzynarodowoprawnej nie przysługują osobom fizycznym i prawnym, lecz ich państwu macierzystemu. Reparacje obejmują jednak niekiedy roszczenia indywidualne przeciwko obcemu państwu, chociaż nie jest to reguła: jeśli jakieś państwo chce zrezygnować z dochodzenia roszczeń w imieniu swych obywateli, to może to uczynić, choć często reguluje potem z nimi te kwestie na płaszczyźnie prawa krajowego.

Wbrew teozom niemieckim, w prawie międzynarodowym nie obowiązuje jednak zasada wyłącznej kompetencji państwa w dochodzeniu roszczeń swych obywateli wobec państwa odpowiedzialnego za wojnę, a roszczenia indywidualne pozostają aktualne nawet w przypadku zrzeczenia się

³⁶ Zob. np. T. Marauhn, *Der „Zwei-Plus-Vier“ – Vertrag und die deutschen Reparationsleistungen*, (w:) W. Czaplinski, B. Łukańska (przypis 1), s. 361–375; P. d'Argent, *Reparations after World War II*, „Encyclopedia of Public International Law”, 2009; B. Heß, *Geschichte vor den Richter!*, DGAP-Analyse, 2005, nr 1, s. 3–13; B. Simma, H.-P. Folz, *Restitution und Entschädigung im Völkerrecht. Die Verpflichtungen der Republik Österreich nach 1945 im Lichte ihrer ausserpolitischen Praxis*, Wien 2004; K. Doehring, B. J. Fehn, H. G. Hockerts, *Jahrhundertschuld, Jahrhundertsühne: Reparationen, Wiedergutmachung, Entschädigung für nationalsozialistisches Kriegs- und Verfolgungsunrecht*, München 2001; R. Dolzer, *Multilaterale Grundlagen deutscher Reparationspflicht nach 1945*, (w:) Festschrift für Klaus Vogel, Bonn 2000, s. 265–275; R. Dolzer, *The Settlement of War – Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right or Action*, „Berkeley Journal of International Law”, Vol. 20, 2002, nr 1, s. 296–341; U. Kischel, *Wiedergutmachung und Reparationen. Zur Dogmatik der Kriegsfolgen*, „Juristenzeitung” 1997, s. 126–131; A. Randelzhofer, O. Dörr (przypis 33).

³⁷ W komunikacie z Konferencji Jaltańskiej przewidziano, że do zakresu reparacji niemieckich wchodzi: konfiskata niemieckiego majątku w Niemczech i za granicą, dostawy z bieżącej produkcji oraz wykorzystanie niemieckiej siły roboczej, zob. *Protocol on the Talks between the Heads of the Three Governments at the Crimean Conference on the Question of the German Reparations in Kind, 11.2.1945. Documents on Germany, 1944–1961* (Committee on Foreign Relations, United States Senate, 87th Congress, 1st Session), Washington 1961, s. 9.

reparacji przez państwo macierzyste. Roszczenia te – przeciwko państwu lub jego osobom fizycznym lub prawnym – nie mają wówczas charakteru międzynarodowoprawnego, a ich podstawą jest prawo krajowe (co utrudnia w pewnym stopniu ich dochodzenie)³⁸. Nawiasem mówiąc, specjalne traktowanie roszczeń ofiar narodowosocjalistycznych prześladowań stanowi charakterystyczną cechę rozliczania II wojny światowej.

3.2. W kwestii reparacji wojennych stanowiska Polski i Niemiec różniły się przez lata. RFN traktowała reparacje jako obejmujące roszczenia państwa oraz jego podmiotów prawnych, w tym za narodowosocjalistyczne prześladowania. Stanowisko niemieckie polegało też na odesłaniu do przyszłej regulacji pokojowej oraz wskazywało, że Polska zrzekła się reparacji w 1953 r. Zauważmy jednak, iż w rokowaniach nad Traktatem „2+4” RFN unikała za wszelką cenę nazwania końcowego porozumienia traktatem pokoju lub regulacją pokojową głównie w obawie przed pojawieniem się kwestii reparacji odkładanej do czasu *peace settlement*. Raz było zatem za wcześnie, raz za późno. Strategia ta okazała się wątpliwa i narażała Niemcy na nieustającą presję zewnętrzną, przed którą musiały ustępować – również po zjednoczeniu.

W wyniku Konferencji Poczdamskiej ustalono, że Niemcy zostaną zmuszone do „odszkodowania w możliwie największym zakresie za wyrządzone Narodom Zjednoczonym straty i cierpienia, za które naród niemiecki nie może uniknąć odpowiedzialności” i ustalono ogólne zasady reparacyjne³⁹. Nie określono jednak nigdy wysokości tych reparacji, a jedynie zasady i obszary ich pobierania. W praktyce największa część reparacji przybrała

³⁸ Szerzej B. Simma, H.-P. Folz (przypis 35), pkt E, III 2(b); Bundesverfassungsgericht. Beschluß des Zweiten Senats vom 13. Mai 1996 – 2 BvL 33/93 – (Zwangsarbeiter); Landgericht Bonn. Urteil vom 05. November 1997 (Mania Krakauer u.a. ./ die Bundesrepublik Deutschland, Aktenzeichen 1 0 134/92).

³⁹ Potsdam Agreement, 1945 – Communiqué: “German Reparations. In accordance with the Crimea decision that Germany be compelled to compensate to the greatest possible extent for the loss and suffering that she has caused to the United Nations, and for which the German people cannot escape responsibility, the following agreement on reparations was reached: 1. Reparation claims of the U.S.S.R. shall be met by removals from the zone of Germany occupied by the U.S.S.R. and from appropriate German external assets. 2. The U.S.S.R. undertakes to settle the reparation claims of Poland from its own share of reparations. 3. The reparation claims of the United States, the United Kingdom, and other countries entitled to reparations shall be met from the western zones and from appropriate German external assets. 4. In addition to the reparations to be taken by the U.S.S.R., from its own zone of occupation, the U.S.S.R. shall receive additionally from the western zones”.

formę przejścia publicznego i prywatnego majątku niemieckiego w Niemczech i za granicą lub też dostaw towarów (w tym z produkcji bieżącej, zwłaszcza w sowieckiej strefie okupacyjnej). Było to rozwiązanie wynikające w znacznym stopniu ze znikomej zdolności płatniczej zniszczonych Niemiec w okresie bezpośrednio powojennym.

Według Umowy Poczdamskiej Polsce przysługiwały reparacje od Niemiec z puli przyznanej ZSRR, który z kolei czerpać je miał ze swej strefy okupacyjnej, w części z innych stref i z niemieckiego majątku zagranicznego w Europie Środkowej i Wschodniej. Była to konstrukcja dla Polski niekorzystna ze względu na feudalno-komunistyczny charakter stosunków polsko-sowieckich po wojnie – wywiązywanie się ZSRR z tego obowiązku pozostawiało w praktyce wiele do życzenia⁴⁰.

W wykonaniu ustaleń poczdamskich zawarta została Umowa między ZSRR a Polską w sprawie wynagrodzenia szkód wyrządzonych przez okupację niemiecką (Moskwa, 16 sierpnia 1945 r.). Na podstawie artykułu 1 tej Umowy: „Zgodnie ze swym oświadczeniem na konferencji berlińskiej rząd radziecki zrzeka się na rzecz Polski wszelkich pretensji do mienia niemieckiego i innych aktywów, jak również do akcji niemieckich przedsiębiorstw przemysłowych i transportowych na całym terytorium Polski, łącznie z tą częścią terytorium Niemiec, która przechodzi do Polski”.

W niektórych późniejszych umowach zawartych przez trzy mocarstwa zachodnie z RFN ustalono, że wiele odszkodowawczych świadczeń niemieckich odłożone zostaje do czasu regulacji pokojowej z Niemcami⁴¹. Część

⁴⁰ Szerzej J. Dołęga, Ł. Kulesa, R. Tarnogórski, *Wykonanie przez ZSRR postanowień reparacyjnych Umowy Poczdamskiej wobec Polski*, (w:) *Problem reparacji* (przypis 1), t. I, s. 157–188.

⁴¹ Agreement on German External Debts, London, 27 February 1953 [Abkommen über deutsche Auslandsschulden abgeschlossen in London am 27. Februar 1953 – Londoner Schuldenabkommen]: “Art. 5. (1) Consideration of governmental claims against Germany arising out of the first World War shall be deferred until a final general settlement of this matter. (2) Consideration of claims arising out of the second World War by countries which were at war with or were occupied by Germany during that war, and by nationals of such countries, against the Reich and the agencies of the Reich, including costs of German occupation, credits acquired during occupation on clearing accounts, and claims against the *Reichskreditkassen* shall be deferred until the final settlement of the problem of reparation”; Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen [Überleitungsvertrag] (in der gemäß Liste IV zu dem am 23. Oktober 1954 in Paris unterzeichneten Protokoll über die Beendigung des Besatzungsregimes in der Bundesrepublik Deutschland geänderten Fassung), Teil VI, Art. 1: “Die Frage der Reparationen wird durch den Friedensvertrag zwischen Deutschland und seinen ehemaligen Gegnern oder vorher durch diese Frage betreffende Abkommen geregelt werden”.

przepisów Umowy z 1954 r. o uregulowaniu niektórych spraw wynikających z wojny i okupacji (tzw. Umowa przejściowa) została utrzymana po zjednoczeniu Niemiec, w tym dotyczące niemożliwości dochodzenia przed sądami niemieckimi roszczeń związanych z alianckimi decyzjami reparacyjnymi (np. część VI, art. 3 ust. 1 i 3)⁴².

3.3. 22 sierpnia 1953 r. rządy NRD i ZSRR podpisały w Moskwie protokół, w którym ZSRR wyraził wolę „znacznego zmniejszenia związanych ze skutkami wojny zobowiązań finansowych i gospodarczych Niemiec wobec czterech mocarstw”, oświadczając, że „w porozumieniu z rządem PRL (jeśli chodzi o jego udział w reparacjach) zakończy całkowicie⁴³ z dniem 1 stycznia 1954 r. pobieranie reparacji z NRD zarówno w postaci dostaw towarów, jak i w każdej innej formie⁴⁴.”

Dzień później, 23 sierpnia 1953 r., rząd PRL wydał oświadczenie, w którym „biorąc pod uwagę, że Niemcy zadość uczyniły już w znacznym stopniu swym zobowiązaniom z tytułu odszkodowań i że poprawa sytuacji gospodarczej Niemiec leży w interesie ich pokojowego rozwoju (...) powziął decyzję o zrzeczeniu się z dniem 1 stycznia 1954 r. spłaty odszkodowań na rzecz Polski⁴⁵”. Pod pojęciem odszkodowań rozumie się w tym oświad-

⁴² Bekanntmachung – vom 8. Oktober 1990 – der Vereinbarung vom 27./28. September 1990 zu dem Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten (in der geänderten Fassung) sowie zu dem Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen (in der geänderten Fassung), in Kraft getreten am 28. September 1990, Bundesgesetzblatt 1990 II, s. 1386. Krytycznie na ten temat D. Blumenwitz, *Das Offenhalten der Vermögensfrage in den deutsch-polnischen Beziehungen*, Bonn 1992, s. 60–66, który domagał się wyjaśnień w drodze skargi przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym.

⁴³ Odnotować należy nieprecyzyjne polskie tłumaczenie protokołu ZSRR–NRD z 1953 r., w którym ZSRR rzekomo „przerywa” pobieranie reparacji z terytorium NRD. Tekst niemiecki (jeden z oryginalnych) stwierdza wyraźnie, iż ZSRR „całkowicie zakończy” pobieranie reparacji („wird ... ab 1. Januar 1954 die Entnahme von Reparationen aus der Deutschen Demokratischen Republik sowohl in Form von Warenlieferungen als auch in jeder anderen Form vollständig beenden“).

⁴⁴ Protokoll zwischen der UdSSR und der DDR über den Erlaß der deutschen Reparationszahlungen und über andere Maßnahmen zur Erleichterung der finanziellen und wirtschaftlichen Verpflichtungen der Deutschen Demokratischen Republik, die mit den Folgen des Krieges verbunden sind, vom 22. August 1953: „I. Die Sowjetregierung wird im Einverständnis mit der Regierung der Volksrepublik Polen (in bezug auf den sie betreffenden Anteil an den Reparationen) ab 1. Januar 1954 die Entnahme von Reparationen aus der Deutschen Demokratischen Republik sowohl in Form von Warenlieferungen als auch in jeder anderen Form vollständig beenden“.

⁴⁵ Oświadczenie Rządu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w sprawie decyzji Rządu ZSRR dotyczącej Niemiec, Warszawa, 23 sierpnia 1953, „Zbiór Dokumentów”, 1953, nr 9, s. 1830–1832 (tekst polski i tłumaczenie niemieckie).

czeniu reparacje, co wynika z oficjalnego tłumaczenia na niemiecki. W porównaniu z innymi traktatami, w oświadczeniu tym nie mówi się, że Polska zrzeka się roszczeń w imieniu swych obywateli lub wszystkich roszczeń wynikających z wojny; nie zastosowano też (znanej z innych traktatów) formuły: wobec Niemiec oraz ich osób prawnych i fizycznych⁴⁶.

Był to klasyczny akt jednostronny, dokonany przez polski organ i niewymagający akceptacji drugiej strony, ani trybu stosowanego przy zawieraniu umów międzynarodowych. Polsce przysługiwały reparacje od Niemiec (nie od NRD lub RFN), lecz pobierane z puli ZSRR. Tym samym stanowisko ZSRR miało istotny wpływ na reparacje należne Polsce. Niezależnie od oceny politycznej tej decyzji PRL, ważność zrzeczenia nie pozostawia wątpliwości⁴⁷. Przypomnijmy też, iż w Protokole z 1957 r. zobowiązania dotyczące dostaw reparacyjnych na podstawie polsko-sowieckiej Umowy z 16 sierpnia 1945 r. uznano za całkowicie wykonane⁴⁸. Dodajmy na marginesie, iż Czechosłowacja nigdy nie zrzekła się formalnie reparacji od Niemiec, co nie zapewniło jej pozycji lepszej od Polski⁴⁹.

Przedmiot sporu z Niemcami dotyczył nie tylko pojęcia reparacji wojennych i ich zakresu, ale także tego, czy – w braku regulacji pokojowej z udziałem wszystkich stron lub odłożenia kwestii reparacji do momentu takiej regulacji – niektórych roszczeń (zwłaszcza związanych z masowym prze-

⁴⁶ Por. Układ z 8 lutego 1957 r. o przywróceniu normalnych stosunków między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Japonią (Dz.U. nr 49, poz. 233) (ratyfikowany przez Radę Państwa): „Artykuł IV. Polska Rzeczpospolita Ludowa i Japonia zrzekają się wzajemnie wszelkich roszczeń wynikających z wojny między obu Krajami we własnym imieniu, jak również ze strony ich instytucji i obywateli, przeciw drugiemu państwu, jego instytucjom i obywatelom”.

⁴⁷ Niektórzy autorzy podejmują próbę podważenia ważności tego zrzeczenia, np. J. Sądorski: *Zrzeczenie się w 1953 r. przez Polskę reparacji wobec Niemiec w świetle prawa międzynarodowego*, (w:) *Problem reparacji* (przypis 1), t. I, s. 123–156. Pomijając względy merytoryczne, otwarcie sprawy reparacji z Niemcami wydaje się dziś politycznie nierealne.

⁴⁸ Polsko–radziecki protokół końcowy dotyczący wykonania dostaw reparacyjnych z 4 lipca 1957 r., tekst (w:) *Problem reparacji* (przypis 1), t. II, Warszawa 2004, s. 336.

⁴⁹ W wymianie not między Republiką Czeską a USA z 12 lipca 2000 r. rząd USA stwierdził, że powojenne decyzje jednostronne państw oraz traktaty dotyczące skutków drugiej wojny światowej, w tym reparacji oraz konfiskat mienia niemieckiego w Czechosłowacji, pozostają nienaruszone przez niemiecko-amerykańską umowę rządową (podpisaną 17 lipca 2000 r.) i są „faktami historycznymi”, których USA „nie zamierzają kwestionować”. W tym sensie też art. 3 ust. 2 Umowy rządowej USA–RFN z 17 lipca 2000 r. Zob. też w podobnym duchu oświadczenie przewodniczącego delegacji polskiej z 17 lipca 2000 r. (w:) J. Barcz, B. Jałowicki, J. Kranz (przypis 33), s. 326.

śladowaniem ludności cywilnej) można dochodzić indywidualnie od pokonanego państwa i na jakiej podstawie prawnej.

Otóż zdaniem Polski reparacje i ich zrzczenie się w 1953 r. nie obejmowały indywidualnych roszczeń z tytułu narodowosocjalistycznych prześladowań⁵⁰. Pogląd władz RFN był odmienny, uważały one bowiem, że pojęcie reparacji obejmuje wszelkie szkody wojenne. W tym kontekście Polska zawsze upominała się o odszkodowania dla ofiar prześladowań⁵¹. Istnieją jednak w tej mierze niechlubne, związane z wojną wyjątki⁵², nie dotyczące jednak relacji polsko-niemieckich.

⁵⁰ Zob. szerzej J. Kranz, *Zwangsarbeit* (przypis 33); także stanowisko rządu RP (w języku angielskim) przedstawione w *amicus curiae brief*, (w:) J. Barcz, B. Jałowiecki, J. Kranz (przypis 33), s. 256–271.

⁵¹ O tych staraniach za czasów PRL pisał M. Tomala (przypis 10), *passim*; zob. też K. Ruchniewicz, *Polskie zabiegi o odszkodowania niemieckie w latach 1944/45–1977*, Wrocław 2007.

⁵² Zwraca uwagę polityka władz PRL, polegająca na utajnionym przed opinią publiczną zawieraniem umów międzynarodowych, dotyczących z jednej strony roszczeń majątkowych pod adresem PRL za nacjonalizację mienia, z drugiej zaś przejmowania przez PRL roszczeń lub zagranicznego majątku obywateli polskich. Jednym z przykładów jest Umowa polsko-austriacka o uregulowaniu określonych zagadnień finansowych z 6 października 1970 wraz z wymianą listów oraz Protokołem dodatkowym z tej samej daty /Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Volksrepublik Polen zur Regelung bestimmter finanzieller Fragen samt Briefwechsel und Zusatzprotokoll/ (Bundesgesetzblatt, 27. Stück, Ausgegeben am 5. Feber 1974, Nr. 74). Austria zobowiązała się m.in. do uregulowania roszczeń wniesionych przez PRL „w związku z mieniem spadkowym, położonym w Austrii, a należącym do obywateli polskich, którzy w okresie II wojny światowej zmarli albo zaginęli i później zostali uznani za zmarłych”. W internetowym zbiorze umów międzynarodowych polskiego MSZ brak publikacji wymiany listów. Inny przykład to Umowa z 25 czerwca 1949 r. między Polską a Konfederacją Szwajcarską dotycząca odszkodowania interesów szwajcarskich w Polsce (uzupełniona poufnymi protokołami) [Accord entre la République de Pologne et la Confédération suisse concernant l'indemnisation des intérêts suisses en Pologne] – zob. *Ustalenia Międzyresortowej Komisji ds. wyjaśnienia okoliczności i funkcjonowania porozumień polsko-szwajcarskich z 1949 r.*, „Sprawy Międzynarodowe”, 1996, nr 3–4, s. 129–139. W internetowym zbiorze umów międzynarodowych polskiego MSZ brak publikacji poufnych protokołów do tej Umowy, dotyczących przejęcia przez władze PRL mienia zaginionych (zamordowanych) podczas wojny obywateli polskich (dostępne w zbiorze szwajcarskim – <http://www.dodis.bar.admin.ch/dodis/dodis.jsessionid=E317DEFC4335D11D5717E6619BB845F-F?XE7lhItk5BgwLOWBOlyrvvL23FDhITEjTJH8tXRN7YRSN7BHz2uFziQRcawxSWPMLH4rvYh7evNdtTZIT8MN8upTuMxYFC7rwPALSQIHdhcCRGcgZOnVrSqdKSpMEQBXYj45cgO3vp3zjCJ5HMvrzsk527Ct6vn0jFV2CHFUYyxKKfU9HL7fcBt3lpzmDI; http://db.dodis.ch/dodis?XE7lhItk6BgqBClx7OeXbbIjvtNyO9eOHtkVOKqYCSjGHx>).

3.4. Z jednostronnym stanowiskiem Niemiec można było dyskutować, ale niewiele z tego praktycznie wynikało ze względu na brak precyzyjnej regulacji traktatowej. Przyjmując, że kwestię indywidualnych odszkodowań za narodowosocjalistyczne prześladowania pozostawiono w ręku władz niemieckich, pojawia się pytanie czy i w jakim stopniu, jak dalece kompletnie i jak dalece sprawiedliwie Niemcy wywiązały się z tego obowiązku? Czy ich polityka w tym względzie nie była selektywna i niekiedy dyskryminująca?⁵³ I w gruncie rzeczy o to szedł przez lata spór Polski (oraz niektórych innych państw) z Niemcami.

Życie dowiodło, iż argumenty strony polskiej nie były w tym względzie całkiem bezpodstawne. Jeżeli bowiem wszystko było kompletnie i sprawiedliwie uregulowane, to skąd 11 dwustronnych umów odszkodowawczych za prześladowania narodowosocjalistyczne zawartych przez RFN na przełomie lat 1950/1960 z państwami zachodniej Europy? Na tym tle nie przekonuje niemiecki argument, że Polska winna wypłacić świadczenia z uzyskanych reparacji, ponieważ wspomniane inne państwa też uzyskały reparacje (lub się ich w pewnym stopniu zrzekły), a jednak w umowach dwustronnych z RFN mowa jest o odszkodowaniach (nie świadczeniach humanitarnych lub *ex gratia*) dla ofiar.

W Umowie między USA i RFN z 1995 r.⁵⁴ nie mówi się o humanitarnym geście rządu RFN, lecz wprost o przyznaniu odszkodowania (*compensation*) dla niektórych ofiar prześladowań nazistowskich. Przyjmując konsekwentnie oficjalne stanowisko RFN, przedmiot tej umowy jest częścią reparacji i wymaga międzynarodowoprawnej regulacji między państwami. Umowa międzypaństwowa została zawarta między RFN i USA, jeśli jednak Traktat „2+4” miał – w opinii RFN – zamknąć kwestie wszelkich roszczeń (w tym

⁵³ Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ vom 2. August 2000, in Kraft getreten am 12. August 2000 (Bundesgesetzblatt: BGBl. 2000 I 1263), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1. September 2008, in Kraft getreten am 9. September 2008 (BGBl. I 1797): „In Anerkennung, dass: (...) das begangene Unrecht und das damit zugefügte menschliche Leid auch durch finanzielle Leistungen nicht wiedergutmacht werden können, das Gesetz für diejenigen, die als Opfer des nationalsozialistischen Regimes ihr Leben verloren haben oder inzwischen verstorben sind, zu spät kommt, bekennt sich der Deutsche Bundestag zur politischen und moralischen Verantwortung für die Opfer des Nationalsozialismus“ (Präambel).

⁵⁴ Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany Concerning Final Benefits to Certain United States Nationals Who Were Victims of National Socialist Measures of Persecution, September 19, 1995.

indywidualnych odszkodowań) pod adresem Niemiec, to zawarcie umowy w 1995 r. było sprzeczne z główną tezą niemiecką.

Sprzeczność tę rozwiązać można tylko w ten sposób, że oddzieli się odszkodowania z tytułu narodowosocjalistycznych prześladowań (tzw. *Wiedergutmachung*) od sprawy reparacji⁵⁵. Potwierdza to art. 4 Umowy RFN–USA z 1995 r., który jako warunek wypłaty odszkodowania przewiduje zrzeczenie się przez ofiarę prześladowań wszelkich roszczeń wobec RFN oraz niemieckich osób fizycznych i prawnych (takiego warunku nie ma jednak w Umowie polsko-niemieckiej z 1991 r.), czyli zakłada się, że takie roszczenia istniały po 1990 r.⁵⁶ Również w niemieckiej ustawie z 2000 r., uchwalonej w kontekście wielostronnych negocjacji i powołującej do życia federalną fundację „*Erinnerung, Verantwortung und Zukunft*”, mowa jest wyraźnie o zrzeczeniu się roszczeń wobec państwa niemieckiego i podmiotów prywatnych po otrzymaniu na podstawie tej ustawy świadczeń za narodowosocjalistyczne prześladowania⁵⁷.

Niemcy miały zatem świadomość, iż pewne kwestie nie zostały doprowadzone do końca, przy czym wypłacały pewne świadczenia w większości przypadków pod zewnętrznym przymusem, co osłabiało ich wiarygodność.

⁵⁵ W tym sensie Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen (przypis 40): część IV poświęcona odszkodowaniom (*Entschädigung, compensation*) za prześladowania narodowosocjalistyczne, natomiast część VI poświęcona problematyce reparacji wojennych (*Reparationen, Reparation*).

⁵⁶ Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany Concerning Final Benefits to Certain United States Nationals Who Were Victims of National Socialist Measures of Persecution, September 19, 1995: “Article 4 (3). A United States national shall benefit from a payment under this Agreement only if that national executes a waiver of all compensation claims within the meaning of Article 1 against the Federal Republic of Germany and against its nationals (including natural and juridical persons)”.

⁵⁷ Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ vom 2. August 2000: „§ 16 (1) Leistungen aus Mitteln der öffentlichen Hand einschließlich der Sozialversicherung sowie deutscher Unternehmen für erlittenes nationalsozialistisches Unrecht im Sinne von § 11 können nur nach diesem Gesetz beantragt werden. Etwaige weitergehende Ansprüche im Zusammenhang mit nationalsozialistischem Unrecht sind ausgeschlossen. (...) (2) Jeder Leistungsberichtigte gibt im Antragsverfahren eine Erklärung ab, dass er vorbehaltlich der Sätze 3 bis 5 mit Erhalt einer Leistung nach diesem Gesetz auf jede darüber hinausgehende Geltendmachung von Forderungen gegen die öffentliche Hand für Zwangsarbeit und für Vermögensschäden, auf alle Ansprüche gegen deutsche Unternehmen im Zusammenhang mit nationalsozialistischem Unrecht sowie auf gegen die Republik Österreich oder österreichische Unternehmen gerichtete Ansprüche wegen Zwangsarbeit unwiderruflich verzichtet”.

Płynie z tego jedna lekcja na przyszłość, by rozliczania wojny nie odkładać na lata, a tak się niestety stało w wyniku powojennego podziału świata⁵⁸.

Mimo że regulację pokojową z Niemcami zapowiadano w niektórych powojennych umowach, to podczas rokowań nad Traktatem „2+4” nie chciano otwierać dyskusji na ten temat i przeciągnąć procesu zjednoczenia Niemiec i Europy. RFN przez wiele lat dążyła oficjalnie do zawarcia takiej regulacji, jednak podczas rokowań nad Traktatem „2+4” RFN pragnęła za wszelką cenę uniknąć sytuacji, w której nosiłby on nazwę traktatu pokoju lub regulacji pokojowej. Tym samym RFN pragnęła wyeliminować z negocjacji kwestie finansowe wynikające z wojny⁵⁹.

Ten stan rzeczy można różnie oceniać, mając jednak świadomość, że rozpoczęcie rokowań reparatornych 45 lat po wojnie było zadaniem prawie niewykonalnym, przy czym z pewnością prowadziłyby do niewiadomych skutków w procesie politycznym jednoczenia Niemiec i Europy. Tak więc – za zgodą mocarstw – sprawa reparacji nie stała się przedmiotem rokowań nad Traktatem „2+4”. Traktat pominął tę kwestię milczeniem, przy czym strony uzgodniły, że stanowi on ostateczną regulację w odniesieniu do Niemiec w związku z wojną i jej skutkami. Według niektórych opinii, zrzeczenia się reparacji nie można domniemywać, gdyż powinno być ono wyraźne. Jednak Traktat „2+4” nie powstał w próżni i nikt go nie kwestionował. Można zatem dopuścić konstrukcję zrzeczenia, która nie zaistniała w pustce, lecz w kontekście traktatu, który mógł tę kwestię uregulować. Różnego rodzaju zaległości na tym tle regulowano później w drodze umów dwustronnych z Niemcami.

3.5. W 1972 r. Polska otrzymała (*ex gratia*) 100 mln marek od rządu RFN na rzecz ofiar pseudomedycznych eksperymentów. Podział tej kwoty między ofiary stał się przedmiotem manipulacji ze strony rządu PRL, ze stratą dla żyjących jeszcze ofiar.

⁵⁸ R. Dolzer, *The Settlement* (przypis 35), s. 340–341 stwierdza nie bez racji: „A specific, central aspect of peacemaking concerns the nexus between the amount of reparations, their domestic distribution in the recipient country, and the timing of payment by the defeated state. (...) Moreover, (...) any significant delay of reparations-related elements will necessarily stand in the way of an early normalization of the political atmosphere and of reconciliation. (...) Thus the central lesson from the long-belated end of the World War II peacemaking process is that governments must more effectively, promptly and carefully incorporate the legitimate concerns of groups and individuals particularly affected by a war into the inter-governmental process of making peace”.

⁵⁹ *Dokumente zur Deutschlandpolitik* (przypis 17), s. 956.

Trzeba było czekać do początku lat dziewięćdziesiątych, by ofiary prześladowań otrzymały od rządu RFN symboliczne świadczenia⁶⁰. Na podstawie polsko-niemieckiej umowy z 1991 r. (wymiana not Żabiński–Kastrup) rząd RFN „kierując się względami humanitarnymi” przekazał 500 mln DM na rzecz „Fundacji Polsko-Niemieckie Pojednanie”. Zgodnie z tą Umową, celem Fundacji jest „udzielanie pomocy ofiarom prześladowania nazistowskiego”, zaś środki Fundacji „przeznaczone zostaną wyłącznie dla szczególnie poszkodowanych ofiar prześladowań nazistowskich” uwzględniając „kryteria ciężkich szkód na zdrowiu i obecnie trudnej sytuacji materialnej”. Jednocześnie rząd polski stwierdził, że „uważa sprawy, będące przedmiotem niniejszego porozumienia, za ostatecznie uregulowane” i że „nie będzie dochodził dalszych roszczeń obywateli polskich, które mogłyby wynikać w związku z prześladowaniem nazistowskim”⁶¹. Tego rodzaju klauzula znajduje się również w umowach dwustronnych, zawartych przez RFN w latach 1960-tych z państwami zachodnimi.

Z pierwszym fragmentem łączy się pytanie, co oznacza ogólna formuła „sprawy będące przedmiotem niniejszego porozumienia”? Przedmiotem porozumienia jest wniesienie przez RFN jednorazowego wkładu na rzecz Fundacji, świadczącej pomoc dla szczególnie poszkodowanych polskich ofiar prześladowań nazistowskich, które poniosły ciężkie szkody na zdrowiu i znajdują się obecnie w trudnej sytuacji materialnej. W Umowie tej nie wspomina się o reparacjach albo odszkodowaniu, a jedynie o pomocy w formie gestu humanitarnego i to dla ograniczonej grupy ofiar.

⁶⁰ Umowa między PRL a RFN o zaopatrzeniu emerytalnym i wypadkowym oraz Porozumienie między Rządem PRL a Rządem RFN o uregulowaniu wzajemnego rozliczenia w zakresie zaopatrzenia emerytalnego i wypadkowego (obie z 9 października 1975 r.) nie były częścią reparacji, chociaż dotyczyły rozliczeń również za okres drugiej wojny światowej. RFN nie widziała przeszkód, by podpisać ją przed zawarciem regulacji pokojowej z Niemcami. W umowach tych nastąpiło rozliczenie (zbilansowanie) między instytucjami ubezpieczeniowymi Polski i RFN z tytułu wcześniejszych (w tym z okresu przedwojennego i wojennego) roszczeń w dziedzinie zaopatrzenia emerytalnego i wypadkowego, zrealizowanych przez te instytucje. Strona Polska otrzymała w rozliczeniu kwotę 1,3 mld marek, której nie można w żadnym razie traktować jako części reparacji, a jedynie jako rozliczenie wzajemnych należności między wspomnianymi instytucjami. Wysokość rozliczenia była korzystna dla RFN, ponieważ władze PRL za wszelką cenę potrzebowały dewiz wymiennalnych. Władze PRL nie przeprowadziły zaległych rozliczeń dotyczących obszaru ówczesnej NRD. Szerzej J. Barcz, *Sukcesja* (przypis 12), t. I, s. 295–336.

⁶¹ Porozumienie w formie wymiany not w sprawie wpłaty ze strony Rządu RFN wkładu 500 mln DM na konto „Fundacji Polsko-Niemieckie Pojednanie”, 16 października 1991 r. (wymiana not Żabiński–Kastrup).

Drugi fragment odnosi się w gruncie rzeczy do tzw. opieki dyplomatycznej i oznacza, iż rząd polski nie będzie, w imieniu swych obywateli, dochodził w płaszczyźnie międzynarodoprawnej od państwa niemieckiego roszczeń wynikających z naruszenia prawa międzynarodowego, co następuje w rezultacie zobowiązania się rządu RFN do wypłaty określonej sumy ryczałtowej.

W Umowie stwierdza się ponadto: „oba Rządy zgodne są co do tego, że nie powinno to [„to” odnosi się do zrzeczenia się przez rząd polski dochodzenia w imieniu swych obywateli roszczeń z tytułu narodowosocjalistycznych prześladowań, JK] oznaczać ograniczenia praw obywateli obu państw”. Wynikałoby stąd, że roszczenia obywateli polskich pozostały nienaruszone również po zawarciu Traktatu „2+4”, w przeciwnym bowiem razie formuła o nieograniczaniu praw obywateli nie miałaby sensu, a nie ma podstaw do domniemania, iż strony zamieściły w porozumieniu bezprzedmiotowe fragmenty. Inną sprawą pozostaje jak można było tych indywidualnych roszczeń dochodzić.

Kończową fazę stanowiły rokowania wielostronne z Niemcami (z udziałem Polski) w latach 1998–2000, zakończone podpisaniem w Berlinie politycznego porozumienia z 17 lipca 2000 r., na mocy którego RFN dokonała dodatkowych wypłat na sumę 10 mld DM, w tym 1,8 mld DM dla „Fundacji Polsko-Niemieckie Pojednanie”⁶². Wypłaty tych świadczeń zostały zamknięte w 2007 r.

3.6. Inną płaszczyznę rozliczania roszczeń wojennych stanowi prawo krajowe. Z jednej strony wchodzi tu w grę roszczenia obywateli pod adresem własnego państwa, z drugiej zaś – pod adresem państwa obcego. Roszczenia te są możliwe, jeśli dopuszcza je prawo krajowe danego państwa.

W Umowie przejściowej z 1954 r. (o uregulowaniu niektórych spraw wynikających z wojny i okupacji) część IV poświęcono odszkodowaniom (*Entschädigung, compensation*) za prześladowania narodowosocjalistyczne, natomiast problematyce reparacji wojennych poświęcono część VI (*Reparationen, Reparation*), czyli nie traktowano tych kwestii jako identycznych. Umowa ta była elementem sprawczym dla rozwoju w RFN specyficznego ustawodawstwa odszkodowawczego, w oparciu o konstrukcję roszczeń indywidualnych, zwanego *Wiedergutmachungsgesetzgebung*.

Umowa przejściowa (część IV, art. 1) zobowiązywała ówczesną RFN do wypłaty „odpowiednich” (*angemessene*) odszkodowań dla ofiar indywi-

⁶² Szerzej zob. J. Barcz, B. Jałowicki, J. Kranz (przypis 33).

dualnych (przy czym ograniczała krąg tych ofiar) i do restytucji zagrabionego mienia. Kwestii tych nie odkładano do przyszłej regulacji pokojowej, jak to czyniono z reparacjami. *Wiedergutmachung* jest zatem specyficznym – i związanym z drugą wojną światową – rodzajem naprawienia szkód, wynikających ze zbrodni na ludności cywilnej. Pojęcie to różni się od reparacji, ponieważ sytuuje (nawet jeśli w ograniczonym zakresie) roszczenia indywidualne na gruncie prawa krajowego. Ustawodawstwo zachodnioniemieckie dotyczyło głównie prześladowań na tle rasowym, przede wszystkim ofiar żydowskich. W praktyce eliminowało ono w znacznym stopniu cudzoziemców, zwłaszcza z państw, z którymi RFN nie utrzymywała stosunków dyplomatycznych (czyli też z krajów Europy Środkowej i Wschodniej).

Sprawa wypłat za prześladowania nazistowskie stała się w RFN przedmiotem manipulacji, w których argumenty prawne wykorzystywano głównie po to, by wypłacać świadczenia dla ofiar na Zachodzie, nie płacąc na Wschód, gdzie żyła największa liczba ofiar pracy niewolniczej.

Gospodarka niemiecka obarczała całą winą państwo, które spowodowało i prowadziło wojnę. Z kolei rządy zachodnioniemieckie powoływały się w kwestii wypłat za prześladowania nazistowskie, w tym za pracę niewolniczą w okresie II wojny światowej, na następujące – nie zawsze spójne – argumenty⁶³:

- osoby poszkodowane nie mogą dochodzić samodzielnie swych roszczeń wobec państwa niemieckiego i niemieckich osób prawnych, gdyż zgodnie z prawem międzynarodowym roszczeń tych można dochodzić jedynie w płaszczyźnie międzypaństwowej jako żądań reparacyjnych, co wymaga umowy między określonymi państwami,
- sprawa reparacji wojennych odłożona jest do momentu regulacji pokojowej z Niemcami,
- niektóre państwa (np. ZSRR i Polska) zrzekły się w 1953 r. reparacji w odniesieniu do Niemiec,
- reparacje muszą pozostawać w odpowiednim związku czasowym z zakończeniem stanu wojny. Pięćdziesiąt lat po wojnie, ponad 40 lat po zakończeniu stanu wojny z Niemcami, po dziesięcioleciach pokojowej i owocnej współpracy RFN z innymi państwami, a także wcześniejsze świadczenia Niemiec związane z wojną prowadzą uzasadniają wniosek że „sprawa reparacji straciła swe znaczenie”,

⁶³ Zob. np. Unterrichtung durch die Bundesregierung. Umfassender Bericht über bisherige Wiedergutmachungsleistungen deutscher Unternehmen, BT-Drs. 13/4787 vom 3. Juni 1996.

- trudno jest ustalić, które przedsiębiorstwa niemieckie (lub ich następcy prawni) zatrudniały pracowników niewolniczych, a nowe wypłaty dla ofiar mogłyby doprowadzić do perturbacji na niemieckim rynku pracy.

Pozwy odszkodowawcze przed sądami zachodnioniemieckimi przeciwko RFN lub przemysłowi niemieckiemu były konsekwentnie oddalane ze względu na odłożenie sprawy roszczeń wynikających z wojny do czasu tzw. regulacji pokojowej, na wcześniejsze skorzystanie przez powodów z wypłat dokonanych przez RFN, na przedawnienie roszczeń albo na brak odpowiedniej podstawy prawnej (ustawodawstwo odszkodowawcze wyłącza inne podstawy prawne dochodzenia roszczeń, zwłaszcza kodeks cywilny).

W konsekwencji z większością ofiar z innych państw RFN dokonała rozliczenia poza swym specjalnym ustawodawstwem odszkodowawczym: na przełomie lat 50. i 60. państwa zachodnie wymogły na rządzie w Bonn zawarcie umów dwustronnych, dotyczących odszkodowania dla swoich obywateli z tytułu narodowosocjalistycznych prześladowań. Na kraje Europy Środkowej i Wschodniej przyszła kolej dopiero po zjednoczeniu Niemiec. Wiele ofiar nie dożyło tej chwili.

4. Wysiedlenia ludności i ich skutki prawne

Stanowisko RFN, że powojenne wysiedlenia ludności niemieckiej i jej wywłaszczenie z majątku naruszały prawo międzynarodowe przetrwało w pewnym stopniu fazę zjednoczenia i nowych traktatów z Polską. Skuteczność tego stanowiska pozostała jednak ograniczona.

4.1. Jest zgoda co do tego, że wysiedlenia były tragedią wielu ludzi, jest również świadomość konkretnych zbrodni, do których dochodziło w trakcie wysiedleń ludności niemieckiej, nie ma natomiast przekonania, że zbrodnią i bezprawiem była decyzja mocarstw o zmianie granic i o wysiedleniu. Tragedia ta spowodowana była przez Niemcy i w kontekście roku 1945 należy ją rozumieć jako sytuację bez (dobrego) wyjścia zarówno dla Niemiec, jak dla innych państw.

W połączeniu z ogromem niemieckich zbrodni wojennych zarówno przedwojenna polityka Rzeszy wobec mniejszości niemieckiej w innych państwach, jak i problem lojalności tej mniejszości wobec państw macierzystych, prowadził w 1945 r. do wniosku, iż konieczne jest zlikwidowanie

zarzewia dalszych konfliktów⁶⁴. Zauważmy też, iż zło i demoralizacja wywołane wojennymi działaniami Niemiec nie mogły pozostać bez wpływu na reakcje polityków i ludności wobec pokonanych Niemiec i Niemców. Tego aspektu nie sposób pominąć i ograniczać się tylko do analizy prawnej (podejście przeważające po stronie niemieckiej, która ma skłonność do jurydyzowania zjawisk społecznych)⁶⁵.

Koncepcja tzw. *Recht auf die Heimat*, popularna w RFN, nie miała w 1945 r. żadnej treści prawnej. Wspomnieliśmy też wyżej, że prawo narodów do samostanowienia (przy wszystkich niejasnościach tego pojęcia) nie miało zastosowania do pokonanych Niemiec ze względu na ich międzynarodowoprawną odpowiedzialność za wojnę.

Polscy biskupi w 1965 r., a później ministrowie spraw zagranicznych, Krzysztof Skubiszewski w 1990 r. i Władysław Bartoszewski w 1995 r.⁶⁶, nie przepaszali za akt bezprawia, lecz wyrażali żal i współczucie z powodu losu i cierpień wysiedlonych. Stanowiska polskie i niemieckie różnią się co do oceny legalności wysiedleń ludności niemieckiej i pozbawienia jej majątku. Otóż wysiedlenia ludności były jednym z legalnych instrumentów znanych polityce XX w. W roku 1945 nie były one zakazane przez prawo międzynarodowe. Dziś niektórzy komentatorzy uznają je za prawnie niedopuszczalne i temu zakazowi nadają charakter normy *iuris cogentis*. Nie był to z pewnością stan prawny roku 1945.

W kontekście wysiedleń operuje się często pojęciem winy. Tymczasem nie chodzi tylko o winę, a zwłaszcza o winę zbiorową. Winę w znaczeniu prawnym i moralnym należy indywidualizować, w przypadku konsekwencji drugiej wojny mamy natomiast do czynienia z polityczną i prawną odpowiedzialnością Niemiec i Niemców⁶⁷.

⁶⁴ Odnotujmy przy okazji, iż przesiedlenia ludności niemieckiej rozpoczęły się już w 1939 r. na podstawie tajnego protokołu do sowiecko-niemieckiej Umowy o granicy i przyjaźni z 28 września 1939 r.

⁶⁵ Zob. szerzej T. Snyder, *Bloodlands. Europe between Hitler and Stalin*, New York 2010; A. Applebaum, *The Worst of the Madness*, "The New York Review of Books", November 11, 2010.

⁶⁶ Zob. cytaty J. Kranz, K. Bachmann (red.), *Przeprosić za wypędzenie? O wysiedleniu Niemców po II wojnie światowej*, Kraków 1997, s. 27–30 (wersja niemiecka: *Verlorene Heimat. Die Vertreibungsdebatte in Polen*, Bonn 1998). Zob. też stanowiska i oświadczenia episkopatów Polski i RFN, ibidem, s. 19–22, a także *Die Lage der Vertriebenen und das Verhältnis des deutschen Volkes zu seinen östlichen Nachbarn, Eine evangelische Denkschrift*, Verlag des Amtsblattes der Evangelischen Kirche in Deutschland, Hannover, 1965 oraz *Das Bensberger Memorandum* (März 1968).

⁶⁷ K. Jaspers, *Problem winy*, „Gazeta Wyborcza”, 30–31 sierpnia 2003 r. /K. Jaspers, *Die Schuldfrage*, Heidelberg, Zürich 1946/. Zob. też G. Schwan, *Politik und Schuld. Die*

Rozpoczęcie wojny przez Niemcy było wydarzeniem o skutkach nieodwracalnych – również dla Niemiec i dla Niemców⁶⁸. Zaczęło się w roku 1939, a nie w 1945 (z prologiem od 1933 r.) i oznaczało początek końca pewnej epoki – świat przedwojenny odszedł bezpowrotnie. Zmiany granic lub wysiedlenia nie były karą za winy, nie wyrażały alianckiego odwetu, lecz dotyczyły odpowiedzialności państwa za wywołaną wojnę. Nie wydawało się wówczas, by dla zmiany granic i wysiedleń istniała alternatywa. Kategoria odpowiedzialności prawnej państwa nie zna podziału na winnych i niewinnych (zindywidualizowana wina jest kategorią prawa karnego). Od strony politycznej naród dzieli losy swego państwa, zarówno w czasie pokoju, jak i wojny. Jaka była wina Polaków, a także i Rosjan, w czasach zbrodniczego systemu komunistycznego? Mimo to ponosili oni i ponoszą konsekwencje tego ustroju. Po przegranej wojnie cierpi też ludność agresora, którego kraj jest zniszczony i płaci reparacje, na co pracują zarówno winni, jak i niewinni. Nie trzeba brać osobiście udziału w zbrodniach, by ponieść historyczną lub polityczną współodpowiedzialność za te zdarzenia.

Polityczna odpowiedzialność wynikała też z polityki niemieckiej i swojego klimatu w Niemczech, np. antysemityzmu lub antyślawnizmu, które kształtowały się od XIX w.⁶⁹ Podczas wojny akceptowano zagładę Żydów,

zerstörerische Macht des Schweigens, Frankfurt am Main 1997; J. Błoński, *Biedni Polacy patrzą na getto*, Kraków 1994 (pierwotna wersja – „Tygodnik Powszechny”, 1987, nr 2); H. Arendt, J. Kohn, *Responsibility and Judgment*, New York 2005. A. Wolff-Powęska, *Wielki dar przebaczenia*, „Gazeta Wyborcza”, 12–13 listopada 2005: „(...) przebaczenie musi poprzedzić dojrzała refleksja, uświadomienie sobie własnej winy i świadomość, że bez przebaczenia nie ma szansy na zmianę. (...) Przebaczenie skierowane jest w przyszłość. Oznacza pracę nad pamięcią, która nie jest zapomnieniem, lecz swobodą terapią – uwolnieniem się od obsesji, wrogości i chęci rewanżu. Wybaczanie, jak mówi Paul Ricoeur, ma wartość leczniczą – ‘niszczy dług’. Pojednanie natomiast zwrócone jest w przyszłość. Stanowi wyraz odpowiedzialności za pokojowe współżycie następnych pokoleń. Jest odejściem od koncentracji uwagi na sobie i skierowaniem się ku dobru ogółu”.

⁶⁸ Ansprache des Bundespräsidenten Richard von Weizsäcker am 8. Mai 1985 im Plenarsaal des Deutschen Bundestages zum 40. Jahrestag der Beendigung des Zweiten Weltkrieges: „[W]ir dürfen nicht im Ende des Krieges die Ursache für Flucht, Vertreibung und Unfreiheit sehen. Sie liegt vielmehr in seinem Anfang und im Beginn jener Gewaltherrschaft, die zum Krieg führte. Wir dürfen den 8. Mai 1945 nicht vom 30. Januar 1933 trennen“. Deutsch-Tschechische Erklärung über die gegenseitigen Beziehungen und deren künftige Entwicklung vom 21. Januar 1997: „Die deutsche Seite ist sich auch bewußt, daß die nationalsozialistische Gewaltpolitik gegenüber dem tschechischen Volk dazu beigetragen hat, den Boden für Flucht, Vertreibung und zwangsweise Aussiedlung nach Kriegsende zu bereiten“.

⁶⁹ Zob. przemówienie kanclerza Schrödera z 25 stycznia 2005 r. (Berlin) z okazji 60. rocznicy wyzwolenia obozu Auschwitz-Birkenau: „Zło ideologii narodowego socjalizmu

zagłodzenie na śmierć milionów jeńców wojennych (zwłaszcza sowieckich), pracę niewolniczą milionów ludzi w warunkach deportacji, pozbawianie ludności wielu okupowanych krajów dostępu do szkół lub wymazywanie Polski z grona narodów kulturalnych. Na obszarach okupowanych działały nie tylko oddziały wojskowe, lecz również pokaźnych rozmiarów cywilna administracja niemiecka. Zatrważające jest poparcie udzielone polityce narodowosocjalistycznych Niemiec przez sfery intelektualne oraz znikomy opór przeciwko reżimowi Hitlera⁷⁰.

Różnice poglądów między wieloma Polakami a Niemcami odnoszą się też do pojęcia ofiary. Z polskiej perspektywy ofiary nie są sobie pod każdym względem równe, spoglądamy na nie bowiem pod kątem przyczyny krzywd, winy (w indywidualnym wymiarze) lub odpowiedzialności (w wymiarze grupowym). Zarówno w kontekście winy, jak i odpowiedzialności sprawcy bywają często ofiarami własnych działań. Spór dotyczy zrównania ofiar w kontekście zróżnicowanych okoliczności: wy cierpieliście w wyniku wywołanej przez nas wojny i okupacji, my w wyniku waszych bombardowań i wysiedleń; cierpiąły dzieci Holocaustu, podobnie jak dzieci wysiedlanych Niemców; czystka etniczna na Śląsku i czystka etniczna w Jugosławii. Inny wariant myślowy to: my dokonaliśmy bezprawia, wy również. Dla takiego stanowiska brak w Polsce akceptacji, ponieważ mamy tu do czynienia z pomieszaniem przyczyn i skutków⁷¹. Trzeba bowiem – jak premier Mazowiecki – postawić pytanie, czy wysiedlenia były przyczyną wojny (jak w Kosowie), czy też jej skutkiem.

4.2. Kolejna kwestia dotyczy konfiskaty mienia niemieckiego w Polsce, w tym mienia wysiedlonej ludności. Zgodnie z obowiązującą do dziś

nie wzięło się znikąd. Brutalizacja myślenia oraz brak hamulców moralnych miały swe źródło w przeszłości. Nade wszystko jednak ideologia narodowego socjalizmu stworzona została przez ludzi i przez nich zrealizowana" [Rede von Bundeskanzler Gerhard Schröder aus Anlass des 60. Jahrestages der Befreiung des Konzentrationslagers Auschwitz, am 25. Januar 2005].

⁷⁰ L. Hirszfeld, *Historia jednego życia*, Warszawa 2000, s. 523: „Może ci uczeni mordować i grabić naszej kultury nie chcieli. Może grzeszyli tylko płytkością, pychą i samochwalstwem. Ale, na Boga, dlaczego nie odżegnali się od zbrodni, póki jeszcze głos sumienia mógł brzmieć jak krzyk protestu? Czemuż dopuścili do tego klimatu pogardy i nienawiści, tego samouwielbienia własnego narodu? Po porażce będzie za późno na wyraz skruchy. Ludzkość (...) was – na szczytach – obejmie swą karzącą pogardą”.

⁷¹ W wywiadzie prasowym arcybiskup Józef Życiński stwierdził m.in.: „Świadomy swego dramatu Kain nie wpał na pomysł, by domagać się odszkodowania materialnego za szkodę, jakie ostatecznie poniósł w wyniku śmierci Abła...”, „Tygodnik Powszechny”, 4 kwietnia 2004 r.

normą mienie publiczne na terytorium przejętym przez inne państwo przechodzi na jego własność. Tu nie ma sporu. Kwestia komplikuje się jednak gdy idzie o mienie prywatne, ponieważ zmiany terytorialne nie wywołują normalnie zmian prywatnych stosunków własnościowych. Uwzględniając jednak fakt, iż cztery mocarstwa zadecydowały o zmianie granicy i o wysiedleniu ludności niemieckiej, trudno zakładać, iż własność wysiedlonych miałaby pozostać nienaruszona. Po drugie, mocarstwa zadecydowały wyraźnie o konfiskacie zagranicznego mienia niemieckiego – publicznego i prywatnego⁷². Ta decyzja wiązała się z zagadnieniem reparacji, o których miała szczegółowo rozstrzygnąć przyszła regulacja pokojowa. RFN podnosiła w tym kontekście, iż mienie na terytoriach przyznanych Polsce w Poczdamie nie było mieniem położonym za granicą, ponieważ w Poczdamie nie dokonano ostatecznej zmiany granic Niemiec.

Z niemieckich pozycji prawnych wynikało paradoksalnie, że z jednej strony uzyskane przez Polskę w Poczdamie terytoria miałyby być częścią reparacji, z których Polska winna zaspokajać swe wynikające z wojny roszczenia (w tym roszczenia ofiar narodowosocjalistycznych prześladowań), z drugiej zaś, Polska miała dysponować tymi terytoriami i znajdującym się na nich majątkiem w sposób prowizoryczny, uwzględniając (rzekome) naruszenie prawa międzynarodowego oraz przyszłą decyzję mocarstw w sprawie zjednoczenia i granic Niemiec.

Konsekwencją stanowiska RFN była niemiecka teza o tzw. otwartości kwestii majątkowych. Nieprzewidywalne w tym względzie różnice znalazły swój wyraz między innymi w punkcie 5. listów wymienionych przez ministrów spraw zagranicznych, Krzysztofa Skubiszewskiego i Hansa-Dietricha Genschera, przy okazji podpisania Traktatu z 17 czerwca 1991 r. („Niniejszy Traktat nie zajmuje się sprawami obywatelstwa oraz sprawami majątkowymi”). Kompromis polegał na niewłączeniu (mimo takiego postulatu ze strony RFN) treści listu do samego Traktatu, a tym samym stwierdzeniu rozbieżności stanowisk (podobne sformułowanie znajduje się w listach wymienionych przy Traktacie czesko-niemieckim z 1992 r. oraz czesko-niemieckiej deklaracji z 1997 r.). Nie sposób jednak uznać tego zapisu za ułatwienie dochodzenia roszczeń majątkowych przez niemieckich wysiedleńców. Dla polityki polskiej od dawna było jasne, że roszczenia zjednoczonych Niemiec wobec Polski lub ich ewentualna opieka dyploma-

⁷² The Allied Control Council. Law N° 5, 30 October 1945: „Whereas the Control Council is determined to assume control of all German assets abroad and to divest the said assets of their German ownership” (Preamble).

tyczna na tle pretensji obywateli niemieckich wobec Polski pozbawione są podstaw prawnych. Punkt 5 wymiany listów stanowił zatem wyraz odmienności poglądów obu stron.

W ocenie RFN, wraz z Traktatem „2+4” zamknięty został ostatecznie rozdział reparacji od Niemiec, natomiast roszczenia obywateli niemieckich wobec przeciwników z czasu wojny pozostać miały w pewnym (niejasnym) zakresie dalej otwarte. Odwagi politycznej starczało jednak na reprezentowanie takiego poglądu tylko wobec Czech i Polski z pominięciem wielkich mocarstw, a zwłaszcza ZSRR/Rosji.

W związku ze skargami konstytucyjnymi na tle ratyfikacji polsko-niemieckich traktatów z 14 listopada 1990 r. i 17 czerwca 1991 r., Federalny Trybunał Konstytucyjny wyraził w latach 1992–1993 pogląd⁷³, że kwestie majątkowe nie stanowią przedmiotu regulacji traktatowej czyli że – używając języka z listu ministrów – sprawami tymi Traktaty te się nie zajmują. Trybunał wyrażał się w sposób zawiliły, jednak zakładał, iż indywidualne roszczenia majątkowe obywateli niemieckich mogą potencjalnie istnieć. Podkreślał przy tym, podobnie jak rządy niemieckie, że dochodzenie tych roszczeń jest (chwilowo?) nieaktualne ze względu na stanowisko Polski.

Stanowisko oficjalne było przez wiele lat dobrym pretekstem dla różnych inicjatyw Związku Wypędzonych (*Bund der Vertriebenen*) oraz Powiernictwa Pruskiego (*Die Preußische Treuhand GmbH & Co. KG a. A.*). Jednocześnie jednak rządy niemieckie oświadczały, iż uznają skutki prawne tych bezprawnych rzekomo działań, chociaż od czasu od czasu obiecywały, iż będą nadal reprezentować uprawnione interesy niemieckich wysiedlonych. Te uprawnione interesy i oczekiwania nie były oficjalnie precyzowane, lecz władze RFN instrumentalizowały je dla celów polityki wewnętrznej kosztem stosunków z Polską⁷⁴.

W 1996 r. minister spraw zagranicznych RFN, Klaus Kinkel, oświadczył publicznie, że decyzje poczdamskie dotyczące wysiedlenia ludności niemieckiej były bezprawne. Otrzymał na to formalną odpowiedź rządów USA i Wielkiej Brytanii, że decyzje te zgodne były z obowiązującym prawem

⁷³ Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 5. Juni 1992 (2 BvR 1613/91), (w:) *Problem reparacji* (przypis 1), t. II, s. 540–546, a także Beschluß vom 8. September 1993 (2. Senat 3. Kammer, 2 BvR 2121/92 u. a.).

⁷⁴ Por. niektóre rezolucje Bundestagu – Deutscher Bundestag. Vertriebene, Aussiedler und deutsche Minderheiten sind eine Brücke zwischen den Deutschen und ihren östlichen Nachbarn (Drucksache 13/10845 vom 27.05.1998); Deutscher Bundestag. 60 Jahre Charta der deutschen Heimatvertriebenen – Aussöhnung vollenden (Drucksache 17/4193 vom 15. 12. 2010). Głosy krytyczne – „Frankfurter Rundschau“, 14.02.2011.

międzynarodowym (*were soundly based in international law*), natomiast wysiedlenie ludności niemieckiej konieczne⁷⁵. W 1998 r. pogląd Kinkela potwierdził Bundestag – większością głosów koalicji CDU/CSU–FDP, przy wstrzymaniu się od głosu frakcji SPD⁷⁶. Również kolejny, socjaldemokratyczny rząd wypowiedział się początkowo w tym duchu⁷⁷.

Utrzymując świadomie fikcję, RFN nie wspierała jednak roszczeń swych obywateli wobec Polski, powołując się zresztą na przysługujące rządowi uznanie administracyjne (może popierać, ale prawnie nie musi). Wyrażano w tym kontekście obawę, iż wyraźne zamknięcie tej kwestii przez rząd mogłoby doprowadzić do procesów, które miałyby wytoczyć państwu niemieckiemu poszkodowani majątkowo obywatele. Zauważmy jednak, iż warszawska deklaracja kanclerza Schrödera z 1 sierpnia 2004 r. nie zaowocowała skargami konstytucyjnymi do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego.

4.3. Publiczne oświadczenie kanclerza Schrödera z 1 sierpnia 2004 r. zamyka rozdział rzekomej otwartości problemu niemieckich roszczeń majątkowych między Polską a Niemcami. Polska przyjęła bez zastrzeżeń sformułowanie kanclerza, że „związane z drugą wojną światową kwestie majątkowe nie są dla obu rządów tematem w stosunkach polsko-niemiec-

⁷⁵ Oświadczenia ambasad USA i Wielkiej Brytanii w Pradze z 14 lutego oraz Francji z 16 lutego 1996 r., tekst: „Die Friedens-Warte”, 1997, nr 72, s. 107–108. Zob. wyjaśnienia ministra Kinkela: *Interview des Bundesministers des Auswärtigen, Dr. Klaus Kinkel; mit den Stuttgarter Nachrichten am 19. Februar 1996*. Das Auswärtige Amt. Mitteilung für die Presse, nr 1026/96 z 19 lutego 1996 r.

⁷⁶ Deutscher Bundestag: Drucksache 13/10845 v. 27.5.1998, Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP. – „Vertriebene, Aussiedler und deutsche Minderheiten sind eine Brücke zwischen den Deutschen und ihren östlichen Nachbarn”, Plenarprotokoll 13/239 v. 29.5.1998; odpowiedź Sejmu – 3 lipca 1998, tekst (w:) „Monitor Polski”, 1998, nr 23.

⁷⁷ W odpowiedzi na zapytanie poselskie rząd federalny udzielił w 2002 r. następujących wyjaśnień: „Rząd federalny, podobnie jak poprzednie rządy, nie zrzekł się indywidualnych roszczeń Niemców. Dla dochodzenia indywidualnych roszczeń przez zainteresowanych istnieją możliwości prawne we właściwych krajach albo przed instytucjami międzynarodowymi. Rząd federalny z reguły nie bierze udziału w tego rodzaju postępowaniach. (s. 2). Zmiany terytorialne nie naruszają zasadniczo spraw własności prywatnej. W pkt. 5 wymiany listów do niemiecko-polskiego Traktatu o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy z 17 czerwca 1991 r. obaj ministrowie oświadczają zgodnie, że Traktat ten nie zajmuje się sprawami majątkowymi” (s. 5) – Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke und der Fraktion der PDS – Drucksache 14/8752. Deutscher Bundestag, Drucksache 14/9011 z 10 maja 2002 r.

kich”⁷⁸. Należy zatem uznać, iż obie strony (ówczesny rząd polski nie kwestionował tej formuły) nie mają wobec siebie roszczeń na płaszczyźnie międzynarodoprawnej w związku z drugą wojną światową. Nie przeszkadza to rzecz jasna w porozumieniu się w kwestiach, które strony zgodnie uznają za istotne.

Tym samym państwo niemieckie usuwa niektóre dwuznaczności swej polityki i odcina się od popierania roszczeń swych obywateli, wykluczając działania w ramach opieki dyplomatycznej⁷⁹. Oświadczenie kanclerza jest wiążącym Niemcy na przyszłość jednostronnym aktem międzynarodoprawnym⁸⁰. Potwierdza ono w gruncie rzeczy stanowisko Polski, nie wydaje się jednak, by oświadczenie to miało konstytutywne znaczenie dla kwestii wcześniej już zamkniętych lub niemających podstaw prawnych. Nie zamyka ono, bo nie może, drogi do składania indywidualnych pozwów sądowych.

Kanclerz nie ustosunkował się wyraźnie do tezy o bezprawnym charakterze niektórych decyzji alianckich, w tym rzekomo sprzecznego z prawem międzynarodowym wysiedlenia ludności niemieckiej oraz konfiskaty mienia, ale jego wypowiedź jest kolejnym dowodem na to, że Niemcy uznają skutki prawne tych działań⁸¹.

⁷⁸ Rede von Bundeskanzler Schröder zum 60. Jahrestag des Warschauer Aufstandes, 1. August 2004: „Die mit dem Zweiten Weltkrieg zusammenhängenden Vermögensfragen sind für beide Regierungen kein Thema in den deutsch-polnischen Beziehungen. Weder die Bundesregierung noch andere ernstzunehmende politische Kräfte in Deutschland unterstützen individuelle Forderungen, soweit sie dennoch geltend gemacht werden“.

⁷⁹ O tym pojęciu zob. J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Poznań 2006; K. Skubiszewski, *Ochrona dyplomatyczna obywateli*, „Państwo i Prawo”, 1975, nr 10.

⁸⁰ M. Frankowska, *Oświadczenie kanclerza Gerharda Schrödera złożone 1 sierpnia 2004 r. w Warszawie w świetle prawa międzynarodowego*, (w:) *Transfer* (przypis 1), s. 201–228; P. Saganek, *Akty jednostronne w stosunkach polsko-niemieckich*, (w:) W. Czapliński, B. Łukańska (przypis 1), s. 72–95.

⁸¹ Zob. *Ekspertyza w sprawie roszczeń z Niemiec przeciwko Polsce w związku z drugą wojną światową sporządzona na zlecenie rządów RFN i RP przez prof. dr. hab. Jana Barcza oraz prof. dr. hab. Jochena A. Froweina* (tekst polski – „Rzeczpospolita”, 12 listopada 2004 r., tekst niemiecki – *Gutachten zu Ansprüchen aus Deutschland gegen Polen in Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg erstattet im Auftrag der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen von Prof. Dr. Jan Barcz und Prof. Dr. Jochen A. Frowein* (2. November 2004), „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, Bd. 65, 2005, Nr. 3, S. 625–650): pkt 3. 1. (dotyczący rozbieżności niektórych stanowisk): „Niemcy zawsze reprezentowały stanowisko prawne, że wypędzenie ludności niemieckiej z byłych niemieckich obszarów wschodnich było niezgodne z prawem, podobnie jak przeprowadzone przez Polskę wywłaszczenie bez odszkodowania.

4.4. Główna obawa wyrażana w polskich mediach i w Sejmie dotyczyła wniesienia pozwów przez niemieckich wysiedleńców do sądów międzynarodowych. Wymieniano w tym kontekście Trybunał Sprawiedliwości UE, Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) i Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS – organ ONZ).

Istotna dla sądów międzynarodowych jest kwestia czasu: nie orzekają one w zasadzie w sprawie sporów powstałych przed wejściem w życie traktatu ustanawiającego dany sąd albo przed przystąpieniem do tego traktatu przez dane państwo. Wysiedlenia Niemców i konfiskata ich majątków dotyczą okresu wcześniejszego.

Jeśli chodzi o Trybunał UE, to osoby fizyczne i prawne nie mogą wnieść pozwów przeciw państwom członkowskim. Nadto artykuł 345 TFUE wyłącza sprawy własności spod kompetencji Unii („Traktaty nie przesadzają w niczym zasad prawa własności w Państwach Członkowskich”). Jedynie kwestia dyskryminacji w obrocie nieruchomościami po przystąpieniu Polski do UE mogłaby stanowić przedmiot badania przez ten Trybunał. Obywatel może wnieść skargę odszkodowawczą przeciw instytucjom unijnym, skargę o unieważnienie aktu unijnego oraz na bezczynność instytucji, ale te skargi nie mają w omawianym przypadku zastosowania. Sprawa mogłaby wpłynąć do Trybunału w formie pytania prawnego sądu krajowego. Wszelako, co do kontroli zgodności działań państw członkowskich z prawami fundamentalnymi (np. prawem do własności), badana w tym trybie przez Trybunał kwestia musi wchodzić w zakres prawa unijnego.

Z kolei wniesienie niemieckiego pozwu do MTS byłoby teoretycznie możliwe tylko w przypadku sporu między państwami (Polską i RFN), gdyż osoby fizyczne lub prawne nie mają tu legitymacji procesowej. Polska i RFN podlegają jednak obowiązkowej jurysdykcji tego sądu tylko w ograniczonym zakresie, przy czym wyłączone są między innymi spory zaistniałe na tle faktów lub sytuacji powstałych przed 25 września 1990 r. w przypadku Polski oraz przed 1 maja 2008 r. w przypadku RFN.

Jeśli chodzi o pozwy na płaszczyźnie prawa krajowego, to mogłyby one zaistnieć w przypadku obywateli niemieckich na gruncie prawa polskiego, a obywateli polskich na gruncie prawa niemieckiego. W obu systemach

Jednakże zarządzanie tymi obszarami przez Polskę na mocy środków przyjętych przez aliantów Republika Federalna Niemiec respektowała również w swoim porządku prawnym. Oświadczenie kanclerza federalnego nie może być rozumiane jako rezygnacja z takiego niemieckiego stanowiska prawnego. Z oświadczenia tego wynika jednak z pewnością, że nie będą dochodzone roszczenia związane z bezprawnością tych środków”.

nie ma tu jednak podstaw prawnych. Przed sądami w USA w grę wchodzi jako podstawa naruszenie prawa międzynarodowego⁸². Szanse na powodzenie są bliskie zeru, ponieważ w przypadku powojennych wysiedleń i konfiskat mienia niemieckiego Stany Zjednoczone interpretują Umowę Poczdamską podobnie jak Polska (a odmiennie niż Niemcy).

Obywatele niemieccy wysiedleni po wojnie nie mają zatem na co liczyć przed sądem polskim, międzynarodowym lub niemieckim. Z prawnego punktu widzenia niektóre polskie obawy nie wydają się uzasadnione⁸³.

W tym kontekście trzeba odróżnić sytuację niektórych przesiedleńców. Mamy tu do czynienia z grupą osób, które przed wyjazdem z Polski do RFN posiadały (nadal posiadają) obywatelstwo polskie i których wyjazd nie odbywał się w ramach decyzji poczdamskich. Od połowy lat 1950-tych do roku 1989 grupa ta stale się powiększała, głównie w wyniku polityki władz PRL, które udzielając zgody na wyjazd w znacznym stopniu decydowały pośrednio o tym, kto jest Niemcem.

Nie jest to w żadnym razie kwestia związana z reparacjami, a jej rozstrzygnięcie leży wyłącznie w gestii władz polskich. Do zbadania pozostaje (czynią to już sądy polskie) kwestia legalności wymuszonego zrzekania się obywatelstwa polskiego (przynajmniej do 1984 r.) i majątku przy legalnym wyjeździe z Polski, pozostawienia majątku bez jakiejkolwiek dyspozycji lub pozbawiania majątku przy emigracji „półlegalnej” (np. wyjazd turystyczny i pozostanie za granicą), co zresztą w ostatnim przypadku dotyczyło nie tylko wyjazdów do RFN.

4.5. W debacie publicznej pojawiła się koncepcja tzw. opcji zerowej czyli wzajemnego zrzeczenia się roszczeń przez RFN i Polskę, w tym przejęcia przez RFN wszystkich roszczeń obywateli własnych z tytułu szkód wynikających z powojennych działań polskich. Pogląd ten bazuje na przekonaniu jakoby roszczenia prawne obywateli obu państw nadal istniały, a tymczasem stałe stanowisko Polski polegało na twierdzeniu, iż wynikające z wojny roszczenia majątkowe obywateli niemieckich nie mają podstaw prawnych.

⁸² Alien Tort Claims Act (28 U.S.C. § 1350), Sec. 1350.

⁸³ Czym innym jest kwestia majątku zabużan: ETPC nie zajmował się utratą majątku na Wschodzie, a jedynie istniejącym w momencie złożenia skargi przyrzeczeniem prawnym rządu polskiego wypłaty odszkodowań dla swych obywateli, czego rząd w pełni nie dokonał (to przypadek rozliczania się państwa ze swymi obywatelami). Zob. ETPC. *Broniowski przeciwko Polsce* (skarga nr 31443/96), wyrok z 22 czerwca 2004 r. [Affaire Broniowski c. Pologne (requête. N° 31443/96)].

Na płaszczyźnie roszczeń międzypaństwowych sprawa reparacji wydaje się zamknięta zarówno przez zrzeczenie się przez PRL reparacji w 1953 r., jak i przez Traktat „2+4”. W relacjach polsko-rosyjskich zobowiązania dotyczące dostaw reparacyjnych na podstawie Umowy z 16 sierpnia 1945 r. uznano za całkowicie wykonane⁸⁴. Część nieobjętych niemieckim ustawodawstwem roszczeń indywidualnych polskich obywateli stała się przedmiotem porozumień Polski z RFN w latach 1972, 1991 i 2000.

W jaki sposób Polska mogłaby dziś dochodzić roszczeń swych obywateli? Pojawia się też pytanie: jakich roszczeń mogłoby to dotyczyć i jakie są szanse na dodatkowe wypłaty? Nie jest jasne, czego i na jakiej podstawie prawnej rząd polski mógłby się domagać i czego miałyby się w „opcji zerowej” zrzekać. Ponadto opcja ta mogłaby prowadzić do absurdalnej konsekwencji, iż Polska miałaby zaspokoić roszczenia własnych obywateli z tytułu niemieckich prześladowań.

Po stronie niemieckiej przedmiotem miałyby być roszczenia indywidualne za majątki lub prześladowanie osób wysiedlonych na mocy decyzji poczdamskich. Doktryna niemiecka stoi wprawdzie do dziś na stanowisku, że wysiedlenia i konfiskaty mienia Niemców w wyniku wojny i Umowy poczdamskiej były bezprawne, jednak rząd RFN nie występował nigdy w tej sprawie wobec Polski. Uznaje on tym samym skutki prawne polskich wywłaszczeń. Pozwy indywidualne złożone w tych sprawach do sądów polskich byłyby zapewne rozpatrzone negatywnie.

Trudno też zakładać, że rząd niemiecki miałby wypłacać wysiedlonym odszkodowania. Nie widać zwłaszcza podstaw prawnych, na mocy których na państwie niemieckim ciążyłby – wynikający z jego ustawodawstwa lub traktatów – obowiązek odszkodowania za wyniki z drugiej wojny światowej straty majątkowe swych obywateli na byłych obszarach wschodnich Rzeszy. Rządy niemieckie nie zobowiązywały się w tym względzie wobec własnych obywateli, a wysiedleni Niemcy otrzymali uprzednio tzw. świadczenie wyrównawcze (nie stanowiące jednak odszkodowania według prawa niemieckiego)⁸⁵.

⁸⁴ Zob. przypis 47.

⁸⁵ W sprawie majątku wywłaszczonego na terytorium NRD zob. *Affaires von Maltzan et autres c. Allemagne (requête no 71916/01)*, *von Zitzewitz et autres c. Allemagne (no 71917/01)* et *Man Ferrostaal et Alfred Töpfer Stiftung c. Allemagne (no 10260/02)*, décision d'irrecevabilité, Grande Chambre de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 30.03.2005 ; Beschluss des 2. Senats des BVerfG, 2 BvR 955/00 v. 26.10.2004: „Die Bundesrepublik Deutschland unterliegt keiner aus dem Völkerrecht abgeleiteten Pflicht zur Restitution des von den Eigentumsentziehungen Betroffenen. Auf etwaige ihr zustehende völkerrechtliche Schadensersatzansprüche hat sie stillschweigend im Rahmen der

Nie ma też powodów, by wewnątrzniemieckie rozliczenia z wysiedlonymi po wojnie obywatelami niemieckimi miały się stać przedmiotem polsko-niemieckiego traktatu Trzeba więc zadać pytanie, czego w ramach „opcji zerowej” rząd RFN miałby się zrzekać?

W świetle powyższych uwag można sądzić, że proponowane koncepcje opierają się na nieporozumieniu⁸⁶.

4.6. Kwestia odszkodowania za wywłaszczenia majątku niemieckiego straciła rację bytu zarówno w prawie międzynarodowym, jak i w prawie krajowym. Wydaje się to ostatecznie potwierdzać ekspertyza profesorów Barcza i Froweina oraz decyzja ETPC z 7 października 2008 r. o niedopuszczalności skargi złożonej przez obywateli RFN.

W przeprowadzonej na zlecenie rządów ekspertyzie profesorów Barcza i Froweina⁸⁷ stwierdza się między innymi:

- oświadczenie kanclerza federalnego w Warszawie z 1 sierpnia 2004 r. wyklucza dochodzenie międzypaństwowych roszczeń Niemiec w stosunku do Polski i traktuje takie roszczenia jako niemające podstawy prawnej,

Zwei-Plus-Vier-Verhandlungen zulässigerweise verzichtet. Dem Verzicht stehen keine Normen des zwingenden Völkerrechts entgegen“ (Rdn. 111); „Die Bundesrepublik Deutschland hat auf die Geltendmachung etwaiger Ansprüche aus der Haager Landkriegsordnung im Rahmen der Zwei-Plus-Vier-Verhandlungen stillschweigend verzichtet. Nach dem Wortlaut der Haager Landkriegsordnung und der Staatenpraxis bestand keine Pflicht der Bundesrepublik Deutschland, solche Ansprüche gegenüber der ehemaligen Besatzungsmacht geltend zu machen“ (Rdn. 113).

⁸⁶ Zob. szerzej J. Barcz, *Długi cień historii. W sprawie decyzji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 7 października 2008 r.*, „Sprawy Międzynarodowe”, 2009, nr 1, s. 45–62; W. Czapliński, *W sporze o prawo racje historyczne czy moralne nie mają znaczenia*, „Rzeczpospolita”, 28 września 2004 r. Regierungspressekonferenz vom 20. Dezember 2006: „Staatssekretär Wilhelm: Die Bundesregierung hat wiederholt auf ihren Rechtsstandpunkt hingewiesen, dass Individualansprüche deutscher Staatsangehöriger wegen der Enteignungen im Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg nach Auffassung der Bundesregierung nicht bestehen. Wir haben des Weiteren stets deutlich gemacht, dass auch zwischenstaatliche Ansprüche von Deutschland nicht geltend gemacht werden können. Die Bundesregierung hat des Weiteren auch öffentlich erklärt, dass sie weder heute noch in Zukunft im Zusammenhang mit Vertreibung und entschädigungsloser Enteignung von Deutschen Vermögensfragen aufwerfen wird. Ich denke, dass diese Darlegungen zum Rechtsstandpunkt der Bundesrepublik Deutschland abschließend sind und auch keine Fragen offen lassen“ – http://www.bundesregierung.de/nn_915804/Content/DE/Archiv16/Pressekonferenzen/2006/12/2006-12-20-regpk.html.

⁸⁷ Zob. przypis 80.

- roszczenia indywidualne niemieckich obywateli z tytułu wywłaszczeń na polskich ziemiach zachodnich i północnych nie istnieją ani w płaszczyźnie prawa międzynarodowego, ani w myśl prawa niemieckiego albo polskiego,
- pozwy z tytułu omawianych wywłaszczeń nie mają szansy na powodzenie ani przed sądami polskimi, niemieckimi i amerykańskimi, ani przed sądami międzynarodowymi,
- dochodzeniu roszczeń na płaszczyźnie prawa międzynarodowego sprzeciwia się wiążące z punktu widzenia prawa międzynarodowego oświadczenie, złożone przez kanclerza w imieniu Niemiec,
- rząd federalny i rząd polski mogą składać oświadczenia prezentujące ich wspólne stanowisko w toku różnych postępowań sądowych, jeżeli procedury przed sądami im to umożliwiają.

Z treścią i tezami tej ekspertyzy należy się zgodzić⁸⁸.

Oświadczenie kanclerza Schrödera oraz wspomnianą ekspertyzę dwóch profesorów zakwestionował jeden z niemieckich prawników⁸⁹, jednak nie wywołała ona negatywnych skutków dla relacji polsko-niemieckich, ani też nie przyczyniła się do wszczęcia procesów w Niemczech.

Decyzją z 7 października 2008 r. w sprawie nr 47550/06 (*Powiernictwo Pruskie GMBH & CO.KG A.A. przeciwko Polsce*) Europejski Trybunał Praw Człowieka jednomyślnie uznał skargę za niedopuszczalną *ratione personae, ratione temporis i ratione materiae*⁹⁰. Trybunał stwierdził między innymi, że „od dnia 6 maja 1945 r. do dnia 15 listopada 1946 r. Polska przyjęła szereg aktów prawnych mających na celu przejęcie niemieckiego majątku państwowego lub prywatnego, znajdującego się na terenach, leżących na wschód od granicy na Odrze i Nysie. (...) Powyższe akty prawne zostały uchwalone jako wynik Konferencji w Jaltcie, Umowy Poczdamskiej oraz zobowiązań przyjętych przez Trzy Mocarstwa odnośnie reparacji wojennych dla Polski, które, zgodnie z odpowiednimi aktami prawa międzynarodowego, zostały zaspokojone z byłych ponemieckich majątków leżących na terytorium Polski, włączając w to tereny na wschód od granicy na Odrze i Nysie”

⁸⁸ Szerzej W.M. Góralski, *Znaczenie ekspertyzy Barcz-Frowein w sprawie roszczeń z Niemiec przeciwko Polsce w związku z II wojną światową dla stosunków polsko-niemieckich*, (w:) *Transfer* (przypis 1), s. 229–280.

⁸⁹ *Gutachten zur Rechtslage des im heutigen Polen entzogenen Privateigentums Deutscher, erstellt im Auftrag des Deutschen Bundestages von Univ.-Prof. Dr. Eckart Klein, Potsdam, 15. Februar / 4. April 2005.*

⁹⁰ Zob. szerzej J. Barcz (przypis 85).

(§ 59). Tak więc „nie może być żadnej wątpliwości, iż były niemieckie tereny, na których indywidualni skarżący posiadali swoje majątki zostały w legalny sposób przekazane państwu polskiemu. (...) W związku z powyższym, argumenty skarżących wskazujące na istnienie naruszeń prawa międzynarodowego pociągające za sobą ‘inherentną bezprawność’ dokonanych przez władze polskie wywłaszczeń oraz na ‘trwałe’ skutki tych działań istniejące do dnia dzisiejszego, muszą zostać odrzucone” (§ 61).

5. Obywatelstwo a mniejszości narodowe

Jednym z istotnych problemów spornych w powojennych relacjach polsko-niemieckich było istnienie niemieckiej mniejszości narodowej w Polsce. Kwestia ta wiąże się w znacznym stopniu z koncepcją „Niemca” i niemieckiego obywatelstwa⁹¹. Dodajmy, iż niemieckie prawo o obywatelstwie jest niezwykle skomplikowane, co wynika między innymi z sytuacji politycznej Niemiec w XX wieku⁹².

5.1. W stosunkach polsko-niemieckich sprawa obywatelstwa miała podtekst prawny i polityczny, zwłaszcza w kontekście braku regulacji pokojowej oraz w związku z podważaniem przez RFN ostatecznego charakteru zachodniej granicy Polski (istnienie prawne Rzeszy w granicach z 1937 r.).

Kwestie obywatelstwa należą do kompetencji wewnętrznej danego państwa, jednak prawo międzynarodowe restryktywnie traktuje masowe nadawanie lub potwierdzanie obywatelstwa jednego państwa obywatelom innego państwa, co niezależnie od powstawania podwójnego obywatelstwa ma też określone skutki polityczne. Problem podwójnego obywatelstwa nie został nigdy uregulowany między Polską a RFN w formie traktatowej, pozostając w obszarze ustawodawstwa krajowego⁹³.

⁹¹ Szerzej W. Czapliński, *Obywatelstwo w procesie normalizacji stosunków RFN–PRL i RFN–NRD: problemy wybrane*, Poznań 1990; J. Barcz, *Problem utraty obywatelstwa polskiego przez emigrantów z Polski do Republiki Federalnej Niemiec na podstawie uchwały Rady Państwa nr 37/56*, (w:) *Transfer* (przypis 1), Warszawa 2005, s. 115–160; M. Muszyński, *Status prawny przesiedleńców i emigrantów z Polski jako wypędzonych: obywatelstwo, instytucja Niemca i sprawa wyrównania szkód za utracony majątek*, (w:) *Transfer* (przypis 1), s. 161–200.

⁹² I. von Münch, *Die deutsche Staatsangehörigkeit: Vergangenheit – Gegenwart – Zukunft*, Berlin 2007.

⁹³ Niektórzy obywatele Polski i Niemiec znaleźli się po wojnie w podobnej sytuacji w wyniku zmian terytorialnych, chociaż w wyniku innych przyczyn. Po zmianie wschodniej granicy Polski w 1945 r. nie doszło do automatycznej utraty obywatelstwa

Ustawa Zasadnicza RFN posługuje się pojęciem „Niemiec”, odnoszącym się do osób, które posiadają obywatelstwo niemieckie oraz do osób, które obywatelstwa tego nie posiadają jednak są Niemcami w rozumieniu etnicznym (język, kultura, tradycja). Zgodnie z jej art. 116 ust. 1: „Z zastrzeżeniem odmiennej regulacji ustawowej Niemcem w rozumieniu niniejszej Ustawy Zasadniczej jest każdy, kto posiada niemieckie obywatelstwo lub jako uciekinier albo wypędzony narodowości niemieckiej lub też jego małżonek albo potomek znalazł przyjęcie na obszarze Rzeszy Niemieckiej według stanu z 31 grudnia 1937 r.”⁹⁴. W braku obywatelstwa narodowość niemiecką trzeba jednak odpowiednio udowodnić.

W kontekście ucieczki lub wypędzenia pojęcie „Niemiec” odnosi się do osób z regionu Europy Środkowej i Wschodniej, nie dotyczy więc innych części świata. Zwrot „znalazł przyjęcie” na obszarze Rzeszy w granicach z 1937 r. dotyczy osób narodowości niemieckiej spoza terytorium Rzeszy, które nie posiadały obywatelstwa niemieckiego i które w wyniku ucieczki

przez obywateli polskich zamieszkałych w ZSRR, a nadanie im w czasie wojny obywatelstwa sowieckiego w drodze legislacji sowieckiej nie wywoływało skutków prawnych w świetle prawa polskiego. Ten stan rzeczy utrzymała polska ustawa o obywatelstwie z 1951 r. Uległ on zmianie w wyniku podpisanej 21 stycznia 1958 r. Konwencji między PRL i ZSRR w sprawie uregulowania obywatelstwa osób o podwójnym obywatelstwie (Dz. U. 1958 r. nr 32 poz. 143), która prowadziła z jednej strony do uznania nadania sowieckiego obywatelstwa w czasie wojny, z drugiej zaś do utraty polskiego obywatelstwa po 1958 r. w braku opcji na rzecz tego obywatelstwa. Kwestia ta jest do dziś przedmiotem sporów sądowych i politycznych, ponieważ Umowa ta nie była znana Polakom w Związku Sowieckim, przy czym część z nich przebywała jeszcze w łagrach. Zob. też Konwencja między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich w sprawie zapobiegania powstawaniu przypadków podwójnego obywatelstwa, podpisana w Warszawie dnia 31 marca 1965 r. (Dz. U. 1966 nr 4 poz. 19) oraz Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej a Rządem Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich w sprawie terminu i trybu dalszej repatriacji z ZSRR osób narodowości polskiej, podpisana w Moskwie w dniu 25 marca 1957 r. (Dz. U. 1957 nr 47 poz. 222). Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o repatriacji (Dz. U. 2000 nr 106 poz. 1118) posługuje się pojęciem „osoby pochodzenia polskiego”, za którą uznaje się (art. 5 ust. 1) „osobę deklarującą narodowość polską i spełniającą łącznie następujące warunki: 1) co najmniej jedno z jej rodziców lub dziadków albo dwoje pradziadków było narodowości polskiej; 2) wykaże ona swój związek z polskością, w szczególności przez pielęgnowanie polskiej mowy, polskich tradycji i zwyczajów”.

⁹⁴ Art. 116 (1): „Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat“.

lub wypędzania znalazły się na jej terytorium w granicach z 1937 r. Zwrot „znalazł przyjęcie” nie odnosi się więc do osób posiadających w 1945 r. obywatelstwo niemieckie i zamieszkałych na wschodnich obszarach Rzeszy przyznanych Polsce w Poczdamie. Zgodnie z prawem niemieckim, członkowie tej ostatniej grupy nie utracili po wojnie automatycznie obywatelstwa niemieckiego i mogą wnosić o jego potwierdzenie (dotyczy to również ich potomków); wiązało się to między innymi z brakiem regulacji pokojowej lub innego traktatu, który regulowałby tę kwestię⁹⁵. W przypadku osób, które nie posiadały obywatelstwa niemieckiego nabywają je one w momencie uzyskania zgody władz niemieckich na przesiedlenie do RFN⁹⁶. Stosowane przez władze niemieckie kryteria uzyskania zgody na przesiedlenie były początkowo liberalne, radykalna zmiana w tym zakresie nastąpiła natomiast po roku 1990.

Tak rozumiani Niemcy, zamieszkujący po wojnie w Europie Środkowej i Wschodniej, mogli się starać o wyjazd do RFN jako tzw. wysiedleńcy lub późni wysiedleńcy. Zamiar wyjazdu z Polski osób przynajmniej się do tożsamości niemieckiej mógł być zrozumiały w latach 1950-tych. Z czasem liczba chętnych zaczęła jednak wzrastać w wyniku pogarszającej się sytuacji gospodarczej i społecznej w PRL, przy czym niemiecka tożsamość wyjeżdżających była niekiedy wątpliwa. Wyjazdy z komunistycznej Polski nie były łatwe i emigracja ta stała się przedmiotem politycznych przetargów między PRL a RFN, przy czym PRL wyrażała stopniowo zgodę na tzw. łączenie rodzin w zamian za niemieckie kredyty (swoisty handel ludźmi). Tego rodzaju wyjazdy ustały po zmianie ustroju w Polsce.

Wychodząc z niemieckiej regulacji prawnej wielu obywateli polskich, zwłaszcza zamieszkałych na Ziemiach Zachodnich i Północnych, było Niemcami w rozumieniu artykułu 116 Ustawy Zasadniczej i stanowiło mniejszość niemiecką w Polsce. Ten stan rzeczy był trudny do zaakcepto-

⁹⁵ Zob. np. francuski Code civil, Article 17-8 (créé par Loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 – art. 50 JORF 23 juillet 1993): «Les nationaux de l’Etat cédant, domiciliés dans les territoires annexés au jour du transfert de la souveraineté acquièrent la nationalité française, à moins qu’il n’établissent effectivement leur domicile hors de ces territoires. Sous la même réserve, les nationaux français, domiciliés dans les territoires cédés au jour du transfert de la souveraineté perdent cette nationalité».

⁹⁶ Staatsangehörigkeitgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 102-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBl. I, S. 158) geändert worden ist, § 7; Bundesvertriebenengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. August 2007 (BGBl. I, S. 1902), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 6. Juli 2009 (BGBl. I, S. 1694) geändert worden ist, § 15 (1), § 27 (1).

wania. Otóż członkiem mniejszości niemieckiej w Polsce mógł/może być obywatel polski, który przyznaje się do narodowości/tożsamości niemieckiej. Przyznanie ma charakter indywidualny i jest niezależne od posiadania niemieckiego obywatelstwa lub statusu Niemca w rozumieniu prawa RFN. Odnotować też trzeba, iż wielu przedwojennych obywateli niemieckich przyznawało się i przyznaje do polskości, tak więc trudno ich traktować jako etnicznych Niemców lub członków mniejszości niemieckiej⁹⁷.

W okresie powojennym istniała i istnieje w Polsce mniejszość niemiecka. W początku lat 1950-tych mniejszość ta była oficjalnie uznawana. Problem nabrał jednak poważniejszych rozmiarów, ponieważ rząd zachodniemiecki podkreślał, iż wielu mieszkańców Polski jest „Niemcami” i stanowią milionową mniejszość niemiecką, której prawa nie są respektowane. Prawo polskie było przez długie lata ułomne gdy chodzi o zakres i poziom ochrony mniejszości narodowych – zmiana nastąpiła dopiero po roku 1990, na poziomie konstytucyjnym i ustawowym⁹⁸ oraz po zawarciu odpowiednich traktatów.

Artykuł 116 wynika ze specyficznej sytuacji powojennej i ma dziś raczej historyczne znaczenie. Zgodnie z obowiązującą wersją niemieckiej ustawy o obywatelstwie, „Niemcem w rozumieniu niniejszej Ustawy jest każdy, kto posiada niemieckie obywatelstwo” (art. 1)⁹⁹. Pojęciem „Niemiec” w rozumieniu art. 116 Ustawy Zasadniczej posługują się niektóre niemieckie ustawy w kontekście przesiedleń do RFN, np. Ustawa o wypędzonych¹⁰⁰. Po 1990 r. regulacja prawna w Niemczech nie uległa zasadniczej zmianie, jednak w wyniku nowych okoliczności oraz zawartych polsko-niemieckich

⁹⁷ Ch. Tomuschat, *Die staatliche Einheit Deutschlands: staats- und völkerrechtliche Aspekte*, 11. Juni 1990 (Vortrag vor dem Gesprächskreis Politik und Wissenschaft des Forschungsinstituts der Friedrich-Ebert-Stiftung in Bonn), s. 28: „Das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz (RuStAG) hat in der Tat einen nicht zu leugnenden expansiven Charakterzug, und ein Gleiches gilt für die Regelung des Art. 116 Abs. 1 GG über Personen deutscher Volkszugehörigkeit“.

⁹⁸ Ustawa z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. nr 17, poz. 141) oraz art. 27 i 35 Konstytucji RP z 1997 r.

⁹⁹ Staatsangehörigkeitsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 102-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBl. I, S. 158) geändert worden ist: „§ 1. Deutscher im Sinne dieses Gesetzes ist, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt“.

¹⁰⁰ Bundesvertriebenengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. August 2007 (BGBl. I, S. 1902), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 6. Juli 2009 (BGBl. I, S. 1694) geändert worden ist.

traktatów kwestia obywatelstwa nie stanowi dziś zarzewia poważniejszych napięć¹⁰¹.

Dodajmy, iż po roku 1990 wielu obywateli polskich otrzymało paszporty niemieckie na podstawie prawa niemieckiego i wyjeżdżało okresowo do Niemiec w celach zarobkowych. Wyjazdy te miały często długotrwały charakter, co przyczyniło się do licznych problemów socjalnych związanych z rozbiciem rodzin (żony i dzieci pozostawały z reguły w Polsce). Podobnie jak wielu wysiedleńców nie zawsze byli oni traktowani jako „prawdziwi Niemcy”, między innymi z powodu słabej znajomości języka.

5.2. W kontekście artykułu 20 Traktatu RP–RFN z 1991 r. pojawiają się krytyczne głosy dotyczące nierównoważności przyjętej regulacji, ponieważ z jednej strony mowa w nim jest o mniejszości niemieckiej w Polsce, z drugiej zaś o grupie polskiej w Niemczech, która nie została określona jako mniejszość narodowa¹⁰². Zauważmy jednak, iż zgodnie z art. 20 ust. 2 tego Traktatu, oba państwa „realizują prawa i obowiązki zgodnie ze standardami międzynarodowymi dotyczącymi mniejszości”. Gdyby z formuły tej nie miały wynikać skutki prawne, to jej umieszczenie w traktacie byłoby bezprzedmiotowe, a tego nie należy zakładać.

Uwzględnic należy specyficzną sytuację w każdym z państw. Otóż mniejszość niemiecką w Polsce stanowią obywatele polscy przyznający się do niemieckiej tożsamości, którzy nie zmienili swego miejsca zamieszkania (zmieniła się granica). Z kolei wielu obywateli niemieckich pochodzenia polskiego, którzy od pokoleń zamieszkują w Niemczech, nie przyznaje się

¹⁰¹ Udało się załagodzić problem zasadniczej służby wojskowej mężczyzn posiadających podwójne obywatelstwo (polskie i niemieckie) i wybierających służbę wojskową w Bundeswehrze – zob. art. 199a–199f ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jednolity Dz. U. 2004, nr 241, poz. 2416 z późn. zm.) oraz Rozporządzenie z 24 stycznia 2006 r. w sprawie trybu udzielania obywatelom polskim zgody na służbę w obcym wojsku lub w obcej organizacji wojskowej (Dz. U. nr 19, poz. 144). Zob. też *Polak przebywający za granicą może służyć w obcym wojsku*, „Gazeta Prawna”, 7 marca 2008 r.; J. Palus, S.M. Przyjemski, *Przyjęcie przez obywatela polskiego obowiązków wojskowych w obcym wojsku lub obcej organizacji wojskowej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”, 2001, nr 1.

¹⁰² „Artykuł 20 (1). Członkowie mniejszości niemieckiej w Rzeczypospolitej Polskiej, to znaczy osoby posiadające polskie obywatelstwo, które są niemieckiego pochodzenia [*deutscher Abstammung*] albo przyznają się do języka, kultury lub tradycji niemieckiej, a także osoby w Republice Federalnej Niemiec, posiadające niemieckie obywatelstwo, które są polskiego pochodzenia [*polnischer Abstammung*] albo przyznają się do języka, kultury lub tradycji polskiej. (...) 2. Umawiające się Strony realizują prawa i obowiązki zgodnie ze standardami międzynarodowymi dotyczącymi mniejszości”.

dziś do polskości (proces asymilacji). Ponadto w Niemczech zamieszkuje grupa osób, które osiedliły się tam po wojnie, przy czym niektóre z nich nie nabyły obywatelstwa niemieckiego. Wreszcie całkiem liczna jest grupa powojennych przesiedleńców z Polski, którzy przybyli do Niemiec na podstawie przyznania się do niemieckości. Teza o ponad milionowej mniejszości polskiej w Niemczech pozostaje jednak w niezgodzie z rzeczywistością¹⁰³. W wymianie listów ministrów spraw zagranicznych RP i RFN, wymienionych przy okazji podpisania Traktatu z 1991 r., strona niemiecka zobowiązała się, aby osoby przyznające się do polskości, lecz nie objęte art. 20 (to znaczy nie posiadające niemieckiego obywatelstwa) mogły korzystać z praw przyznanych w art. 21¹⁰⁴.

Rozwiązanie traktatowe wydaje się zatem realistyczne i rozszerza grupę osób mogących korzystać z praw mniejszościowych. Krytyka regulacji traktatowej okazuje się nie trafna również dlatego, iż w praktyce rzecz polega głównie na rozproszeniu terytorialnym i słabości organizacyjnej grupy polskiej w Niemczech oraz braku politycznej woli kolejnych polskich rządów, aby wspomóc ją w egzekwowaniu jej praw. Nie bez znaczenia jest też pasywność władz niemieckich¹⁰⁵.

Nawet jeśli formalnie RFN nie uznaje prawnie mniejszości polskiej, to winna ona stosować do niej międzynarodowopravne przynajmniej niektóre normy dotyczące mniejszości. Przystępując do Konwencji ramowej

¹⁰³ S. Żerko, *Polacy w Niemczech – wątpliwa mniejszość*, „Rzeczpospolita”, 25 marca 2010; M. Kostrzewa, *Procesy integracyjne i konsolidacyjne Polonii w Niemczech w latach 1990–2000*, Warszawa 2005.

¹⁰⁴ „1. Rząd Republiki Federalnej Niemiec oświadcza, iż podejmie starania celem stworzenia możliwości, aby także żyjące w Republice Federalnej Niemiec osoby polskiego pochodzenia lub przyznające się do języka, kultury lub tradycji polskiej nie objęte postanowieniami artykułu 20 ustęp 1 mogły korzystać w daleko idącym zakresie z praw wymienionych w artykule 20 i z możliwości wymienionych w art. 21”.

¹⁰⁵ Council of Europe. Beratender Ausschuss für das Rahmenübereinkommen zum Schutz Nationaler Minderheiten. Dritte Stellungnahme zu Deutschland verabschiedet am 27. Mai 2010 (ACFC/OP/III(2010)003): „34. Angesichts der wachsenden kulturellen Vielfalt in der deutschen Gesellschaft ist der Beratende Ausschuss überzeugt, dass der Schutz des Rahmenübereinkommens ggf. auf Gruppen erweitert werden kann, die davon derzeit nicht erfasst sind, so dass die festgelegten Kriterien bestimmte Gruppen nicht willkürlich von den Vorteilen des Rahmenübereinkommens ausschließen. (...) 197. Der anhaltende Dialog zwischen den deutschen Behörden und Gruppen, die nicht durch das Rahmenübereinkommen geschützt sind, insbesondere die polnische Gemeinschaft, ist zwar lobenswert, doch gab es bisher keine Fortschritte bei der Erweiterung des Anwendungsbereichs und der Anforderung der Staatsbürgerschaft, welche den Zugang zum Schutz durch das Rahmenübereinkommen für zahlreiche Menschen einschränken“.

o ochronie mniejszości narodowych, RFN zadeklarowała formalne uznanie dwóch mniejszości narodowych (duńskiej i serbo-łużyckiej), dodając przy tym, iż Konwencja ta znajdzie również zastosowanie do grupy ludności fryzyjskiej oraz Sinti i Roma (dwie ostatnie grupy nie są formalnie traktowane jako mniejszość narodowa)¹⁰⁶. Dziwnym trafem zapomniano wspomnieć o grupie polskiej, wobec której RFN posiada mniejszościowe zobowiązania traktatowe.

Zauważyć na marginesie należy, iż kryterium pochodzenia w art. 20 Traktatu nie jest zbyt szczęśliwe, chociaż nie wynikają z niego negatywne konsekwencje praktyczne. Kryterium to nie jest w dzisiejszym prawie istotne i ma charakter obiektywny, w przeciwieństwie do – subiektywnego – kryterium przyznania się do określonej tożsamości. Trudno bowiem zaliczać do mniejszości narodowej kogoś, kto miał niemieckich/polskich dziadków, ale nie przyznaje się do polskiej/niemieckiej tożsamości¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Declaration contained in a letter from the Permanent Representative of Germany, dated 11 May 1995, handed to the Secretary General at the time of signature, on 11 May 1995 and renewed in the instrument of ratification, deposited on 10 September 1997: "The Framework Convention contains no definition of the notion of national minorities. It is therefore up to the individual Contracting Parties to determine the groups to which it shall apply after ratification. National Minorities in the Federal Republic of Germany are the Danes of German citizenship and the members of the Sorbian people with German citizenship. The Framework Convention will also be applied to members of the ethnic groups traditionally resident in Germany, the Frisians of German citizenship and the Sinti and Roma of German citizenship". Zob. też Council of Europe. Beratender Ausschuss für das Rahmenübereinkommen zum Schutz Nationaler Minderheiten. *Dritte Stellungnahme zu Deutschland verabschiedet am 27. Mai 2010* (ACFC/OP/III(2010)003), punkty 14, 30, 34, 36, 197 oraz komentarz rządu RFN do tej opinii zob. *Stellungnahme Deutschlands zum Dritten Bericht des Beratenden Ausschusses für das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten* (2. Dezember 2010), s. 48–49.

¹⁰⁷ W języku urzędowym rozróżniano w Niemczech w różnych epokach osoby pochodzenia niemieckiego (*Deutschstämmige*), których jest w świecie bardzo wielu (np. w USA – podobnie zresztą jak wielu Amerykanów jest polskiego pochodzenia), od osób niemieckiej narodowości (*deutsche Volkszugehörige*). Artykuł 116 Ustawy Zasadniczej odnosi się tylko do osób narodowości niemieckiej. Nie wchodząc w szczegóły, pierwsza grupa ma tylko niemieckich przodków, lecz nie zachowała języka lub tożsamości, druga zaś grupa, to osoby przyznające się do tożsamości i czynnie praktykujące język, kulturę i obyczaje. W tym sensie członkowie mniejszości niemieckiej w Polsce należą do kategorii przyznającej się narodowości niemieckiej, natomiast nie stosuje się do nich kategoria osób niemieckiego pochodzenia.

6. Zabytki kultury

Jedyna sporna kwestia, którą Traktat polsko-niemiecki z 1991 r. pozostawił do negocjacji, to sprawa zabytków kultury (art. 28)¹⁰⁸. Stanowi ona od początku lat 1990-tych przedmiot polsko-niemieckich rozmów, przy czym ich intensywność ma charakter okresowy. W tej sprawie zderzają się polskie i niemieckie punkty widzenia¹⁰⁹. Artykuł 28 sformułowany jest w sposób znacznie słabszy od odpowiednich artykułów zawartych w Traktacie między RFN i ZSRR o dobrym sąsiedztwie, partnerstwie i współpracy z 9 listopada 1990 r. oraz w niemiecko rosyjskiej Umowie kulturalnej z 16 grudnia 1992 r. Nawiasem mówiąc Rosja – wbrew zobowiązaniom traktatowym – odmawia zwrotu lub przekazania niemieckich zabytków kultury¹¹⁰.

W myśleniu niemieckim przeważa rozumowanie w kategoriach prawnych, a zwłaszcza obowiązku prawnego przekazania niemieckich ruchomych zabytków kultury, znajdujących się na obszarze Polski w wyniku wojny. Nie chodzi jednak o zabytki wywiezione z Niemiec przez władze polskie lub zrabowane przez pojedyncze osoby, lecz o zabytki ruchome znalezione na obszarze przyznanym Polsce decyzjami Konferencji Poczdamskiej (np. część zbiorów Pruskiej Biblioteki Państwowej w Berlinie, które w obawie przed bombardowaniami zostały przemieszczone na Dolny Śląsk).

Uwzględnić należy fakt, iż Niemcy zorganizowały i realizowały w czasie drugiej wojny światowej gigantyczny rabunek dzieł sztuki we wszystkich okupowanych państwach. Mamy więc w pewnym sensie do czynienia z sytuacją, gdy złodziej obrabował i zamordował mieszkańców domu, który następnie spalił, zostawiając jednak na miejscu zbrodni rodzinną pamiątkę w postaci złotego zegarka, którego zwrotu obecnie żąda.

¹⁰⁸ Art. 28 ust. 3: „Umawiające się Strony będą dążyć w takim samym duchu [porozumienia i pojednania – J. K.] do rozwiązywania problemów związanych z dobrami kultury i archiwaliami, poczynając od pojedynczych przypadków”.

¹⁰⁹ Zob. W. Kowalski, *Restytucja dzieł sztuki*, Katowice 1993; id., *Likwidacja skutków II wojny światowej w dziedzinie kultury*, Warszawa 1994; id., *Restytucja i naprawienie szkód w zakresie polskiego dziedzictwa kulturowego. Regulacje prawne i działania władz polskich*, (w:) *Problem reparacji* (przypis 1); G. Czubek, P. Kosiewski, *Dobra kultury i problem własności. Doświadczenia Europy Środkowej po 1989 roku*, Warszawa 2005; W. Kalicki, *Sztuka zagrabiona i sztuka kompromisu*, „Gazeta Wyborcza”, 13–14 października 2001 r., s. 16–19.

¹¹⁰ Zob. np. M. Hartwig, *Vae victis – Völkerrechtliche Fragwürdigkeiten in der Argumentation des Russischen Verfassungsgerichts zum Beutekunst-Gesetz. Anmerkungen zum Urteil vom 20. Juli 1999*, „Europäische Grundrechte Zeitschrift”, 1999, s. 553–563.

Pojawia się pytanie, czy istnieje obowiązek prawny przekazania tych zabytków państwu niemieckiemu? W jakim stopniu obowiązek ten miałby dotyczyć Polski, gdzie władze niemieckie nie tylko rabowały, lecz ponadto celowo, świadomie i bezpowrotnie zniszczyły część najwartościowszych zabytków kultury, np. w pod koniec 1944 r. w Warszawie, po kapitulacji powstania? Jak rozwiązać tę łamigłówkę uwzględniając ponadto, że niektóre zabytki ruchome pochodzące z Dolnego Śląska znajdują się w Rosji?

Rozwiązanie tych kwestii wydaje się możliwe tylko w drodze kompromisu politycznego, który znalazłby swój zapis w odpowiednim akcie. Na przełomie XX i XXI w. Polska dawała znaki gotowości do takiego kompromisu. Strona niemiecka nie skorzystała z tej możliwości i przeciągała proces uzgodnień. Nie przyniosło to jak dotąd pozytywnych rezultatów.

* * *

Podsumowując, Polska i Niemcy mają za sobą czas kilku trudnych dziesięcioleci sporów na tle skutków prawnych II wojny światowej. Wraz z przełomem europejskim 1989–1990 i zawarciem nowych polsko-niemieckich traktatów większość omawianych problemów utraciła swój jątrzący charakter i nie stanowi zarzewia trwałego konfliktu. Nie znaczy to, iż problemy zniknęły lub że nie pojawiają się nowe¹¹¹, jednak ich rozwiązywanie odbywa się w zupełnie innych warunkach.

W relacjach polsko-niemieckich przeszliśmy przez etapy *Drang nach Osten*, *Ostforschung*, *Generalgouvernement*, *Generalplan Ost*, *Ostfront*, *Ostblock*, *Ostkunde*, *Ostpolitik*, *Ostverträge* do *Osterweiterung*, by znaleźć się w nieznanej w historii sytuacji, w której Polska i Niemcy są członkami wspólnego sojuszu wojskowego oraz gospodarczo-politycznej struktury integracyjnej. Rocznica zawarcia polsko-niemieckich traktatów z lat 1990–1991 skłania do refleksji, że trud negocjacyjny nie poszedł na marne.

¹¹¹ Zob. np. K. Wóycicki, W. Czachur, *Jak rozmawiać z Niemcami. O trudnościach dialogu polsko-niemieckiego i jego europejskim wyzwaniu*, Wrocław 2009; Z. Krasnodębski, *Zmiana klimatu*, Kraków 2006; J. Kranz, *Polsko-niemieckie cienie przeszłości*, „Sprawy Międzynarodowe”, 2005, nr 1, s. 5–47; id., *Polen und Deutschland: getrennte oder gemeinsame Wege der Geschichtsbewältigung? Juristisch-politische Bemerkungen aus polnischer Sicht*, Bonn 2005, Reihe Gesprächskreis Geschichte der Friedrich-Ebert-Stiftung, Heft 61 (September 2005), s. 1–85; id., *Oczekiwania i rzeczywistość: uwagi o współpracy polsko-niemieckiej*, Centrum Stosunków Międzynarodowych, Raporty i Analizy, nr 5/2003R. Freudenstein, H. Tewes, *In die Zukunft investieren: Strategie für einen Neubeginn in der deutsch-polnischen Partnerschaft*, Außenstelle Warschau der Konrad-Adenauer-Stiftung, 27. Juni 2000. Warte uwagi w tym kontekście są również prace i publicystyka Anny Wolf-Powęskiej, Klause Bachmanna i Piotra Burasa.

ANNA PUDEŁO

Funkcja europejska parlamentów państw członkowskich Unii Europejskiej¹

The European function of national parliaments of the member states of the European Union

Abstract

As a result of the accession to the EU new tasks are assigned to a parliament of a Member State. In the literature of the subject, these tasks began to be qualified as a new function of parliament, called the European function. Such a distinction is justified by not only the evolution of EU regulations that increasingly specify the competencies of national parliaments in EU matters, but also changes in traditional powers of parliaments generated by membership in the Communities and, then, the EU, as well as the emergence of new elements of the European function. The author examines the issue of assessment of the new tasks of the national parliaments in connection with the ongoing integration processes, which – due to the economic crisis – has received a new dimension (the involvement of parliaments in the EU economic affairs). She also attempts to define a new European function of national parliaments and to present its content and the extent of its operation (oversight of the EU legislative process, including the yellow, orange and red card procedures).

Keywords: EU Member State parliament, parliamentary functions, European function, EU Member State Parliament and EU affairs

Słowa kluczowe: Parlament państwa członkowskiego UE, funkcje parlamentu, funkcja europejska, parlament państwa członkowskiego UE a sprawy UE

¹ „Przegląd Sejmowy” 2015, nr 1(126).

Wprowadzenie

Ważnym wyzwaniem ustrojowym jest dla każdego państwa przystąpienie do Unii Europejskiej, ponieważ wiąże się to z procesem przekazania niektórych kompetencji organów władzy państwowej na rzecz UE². Nastęstwem takiego przekazania jest istotna zmiana kompetencji poszczególnych organów władzy państwowej, w tym parlamentów narodowych. Z jednej strony w wyniku akcesji do UE kompetencje parlamentu narodowego uległy znacznemu uszczupleniu, a z drugiej jednak strony członkostwo w Unii zaczęło pozytywnie oddziaływać na zakres kompetencji parlamentu, który dzięki nowym regulacjom zyskał nowe kompetencje, a kompetencje tradycyjne po części otrzymały nowy wymiar.

W związku z nowymi zadaniami, które zyskuje parlament narodowy w wyniku przystąpienia państwa do UE, zaczęto wyodrębniać nową funkcję parlamentu nazywaną funkcją europejską.

Celem artykułu jest przedstawienie problemu związanego z kwalifikowaniem nowych zadań parlamentu narodowego w związku z postępującymi procesami integracyjnymi, które dodatkowo – w wyniku kryzysu gospodarczego – zysały nowy wymiar (włączenie parlamentu w sprawy gospodarcze UE). Autorka podjęła próbę zdefiniowania nowej europejskiej funkcji parlamentu oraz przedstawienia jej treści i zakresu oddziaływania (kontrola procesu legislacyjnego UE, m.in. mechanizmy gwarancyjne procedury żółtej, pomarańczowej i czerwonej kartki).

Problem ze zdefiniowaniem funkcji europejskiej

Najważniejszym czynnikiem decydującym o pozycji ustrojowej każdego parlamentu jest charakter oraz zakres pełnionych przez niego funkcji. Znamienne w tym kontekście jest to, że niektórzy przedstawiciele doktryny prawa konstytucyjnego kwestię pozycji ustrojowej parlamentu wręcz utożsamiają z pełnionymi przez niego funkcjami³. Przeważa jednak pogląd, że choć funkcje są kluczowe dla oznaczenia pozycji ustrojowej parlamentu, to nie jest to jedyny czynnik⁴.

² Zob. J. Barcz, *Podział kompetencji w Unii Europejskiej. Rola parlamentów narodowych w UE z polskiego punktu widzenia*, „Raporty i Analizy” 2002, nr 10.

³ Por. B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2007, s. 420.

⁴ Zob. R. Chruściak, *Parlament w projektach konstytucji RP, w dyskusji konstytucyjnej oraz w konfrontacji z pozycją parlamentu w nowych konstytucjach Europy Środkowej i Wschodniej*,

Pojęciem „funkcji parlamentu” określa się ogół jego kompetencji lub tylko najważniejsze z nich. Klasyfikacja funkcji ma charakter konwencjonalny. Potwierdzeniem jest brak zgody przedstawicieli doktryny co do liczby wyróżnionych funkcji. Zgoda panuje tylko co do tego, że podstawowe funkcje, jakie powinien pełnić współcześnie parlament, to funkcja ustawodawcza i kontrolna. W konsekwencji w literaturze funkcje te nazywa się funkcjami tradycyjnymi. Wyróżnia się również inne funkcje, takie jak: kreacyjna, ustrojodawcza i funkcja współuczestniczenia w określeniu polityki państwa (w ramach której wyróżnić można funkcję budżetową)⁵. Klasyfikacja funkcji parlamentu wywołuje spory interpretacyjne w literaturze przedmiotu. O ile samo pojęcie „funkcji parlamentu” nie stanowi problemu, o tyle skatalogowanie tych funkcji powoduje spory. Najwięcej zwolenników zyskał pogląd, że istnieją dwie główne funkcje parlamentu: ustawodawcza i kontrolna⁶. Jednak są również przedstawiciele doktryny, którzy wyodrębniają kolejne funkcje parlamentu. Na ten problem nałożyło się również członkostwo w Unii Europejskiej.

Następstwem członkostwa państwa w UE jest rozszerzenie katalogu funkcji parlamentu państwa członkowskiego o funkcję europejską.

Wyodrębnienie funkcji europejskiej parlamentów narodowych budzi kontrowersje wśród przedstawicieli doktryny⁷, przy czym – wraz z pojawianiem się jej kolejnych składników – przeważają głosy za jej wyodrębnieniem. W polskiej literaturze przedmiotu do prekursorów wyodrębnienia funkcji europejskiej należą m.in. Wojciech Sokolewicz, Bogusław Banaszak, Jarosław Szymanek oraz Jerzy Jaskiernia.

Bogusław Banaszak wyodrębnia funkcję europejską ze względu na charakter przebiegu procesu decyzyjnego UE, w którym został przewidziany

[w:] *Założenia ustrojowe. Struktura i funkcjonowanie parlamentu*, red. A. Gwiżdż, Warszawa 1997, s. 73–82.

⁵ Por. M. Kudej, *W sprawie klasyfikacji funkcji Sejmu i Senatu*, [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 101. Szerzej por. W. Zakrzewski, *O klasyfikacji funkcji Sejmu PRL*, „Państwo i Prawo” 1971, z. 3–4, s. 466–467; tegoż, *Jeszcze o funkcjach Sejmu PRL (polemika)*, „Państwo i Prawo” 1971, z. 10, s. 640; P. Sarnecki, *Funkcje i struktura parlamentu według nowej konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12, s. 53; A. Bałaban, *Pozycja ustrojowa i funkcje Sejmu RP*, Warszawa 2005.

⁶ Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 53.

⁷ Zob. A. Maurer, W. Wessels, *National Parliaments on their Ways to Europe: Losers or Latecomers?*, Baden-Baden 2001; P. Kiiver, *The National Parliaments in the European Union: A Critical View on EU Constitution*, Hague 2006; A.J. Cygan, *National Parliaments in an Anglo-German Perspective*, The Hague—London—New York 2001; K. Wójtowicz, *Funkcja kontrolna Sejmu w zakresie integracji europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 3.

opiniodawczy udział parlamentów państw członkowskich⁸. Autor ten (wraz z Ryszardem Balickim) podkreśla przy tym, że przyjęty tradycyjny podział na funkcję ustawodawczą i kontrolną staje się nieadekwatny w momencie przystąpienia państwa do UE⁹.

Wojciech Sokolewicz dopuszcza kwalifikowanie nowych zadań parlamentu związanych z członkostwem w UE zarówno do funkcji kontrolnej, jak i do funkcji mieszanej¹⁰. Zdaniem W. Sokolewicza, funkcja kontrolna musi być w tym przypadku rozumiana szerzej w wyniku jej konkretyzacji przez nowe zadania. Natomiast funkcja mieszana zawiera – w jego ocenie – zadania, które pozostają poza obiema dychotomicznymi funkcjami.

Zdaniem Jarosława Szymanka, funkcja europejska jest osobną funkcją *sui generis* – „jest odrębna od dwóch pozostałych, a jednocześnie w jakimś stopniu pokrywa się z nimi”¹¹. Według niego, funkcję europejską tworzą następujące elementy: „implementowanie norm unijnych do wewnętrznego obrotu prawnego”, „kooperowanie z rządem w sprawach unijnych” oraz zakres posiadanych i otrzymywanych informacji przez parlament¹². Szymanek podkreśla ponadto, że funkcja europejska posiada cechy charakterystyczne dla funkcji kontrolnej parlamentu, do których zalicza: mechanizm współpracy rządu i parlamentu, związany z ustalaniem oficjalnego stanowiska państwa podczas obrad Rady UE; działania dotyczące pozyskiwania i przetwarzania informacji w sprawach UE oraz procedurę oceny i formułowania wniosków¹³. Wyodrębnia on też zjawisko „pomieszania”, które zachodzi w wykonywaniu tradycyjnych funkcji parlamentu w wyniku przystąpienia państwa do UE. Efektem takiego stanu rzeczy jest to, że parlament państwa członkowskiego „w obszarze unijnym nie wykonuje ani typowych zadań legislacyjnych, ani też zadań kontrolnych”¹⁴.

⁸ Zob. B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych...*, s. 447.

⁹ Zob. B. Banaszak i R. Balicki, *Opinia w sprawie możliwości określenia przez przysłaną komisję ds. europejskich stanowiska wiążącego Radę Ministrów na forum Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 4, s. 156 i n.

¹⁰ Zob. W. Sokolewicz, *Formy oddziaływania polskiego parlamentu na prawodawstwo Unii Europejskiej. Wybrane problemy prawne*, [w:] *Polska w Unii Europejskiej*, red. M. Kruk, J. Wawrzyniak, Kraków 2005, s. 72–73.

¹¹ Zob. J. Szymanek, *Druga izba we współczesnym parlamencie. Analiza porównawcza na przykładzie europejskich państw unitarnych*, Warszawa 2005, s. 461 i n.

¹² Zob. J. Szymanek, „Funkcja europejska” Sejmu i Senatu jako ustrojowy efekt członkostwa, [w:] *Polska w Unii Europejskiej...*, s. 347; tegoż, *Współdział Senatu w realizacji zobowiązań członkowskich w UE*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 8, s. 32.

¹³ Zob. J. Szymanek, *Koncepcja europejskiego zaangażowania Senatu RP jako drugiej izby parlamentu*, „Studia Prawnicze” 2006, nr 3, s. 49.

¹⁴ Zob. J. Szymanek, „Funkcja europejska” Sejmu i Senatu..., s. 347.

Jerzy Jaskiernia stoi na stanowisku, że w wyniku przystąpienia państwa do WE/UE następuje modyfikacja tradycyjnych funkcji parlamentu i dochodzi do wyodrębnienia funkcji, którą określa jako „funkcję kontroli tworzenia prawa wspólnotowego”¹⁵ lub „nową funkcję parlamentu związaną z członkostwem w UE”¹⁶. Do elementów nowej funkcji autor zalicza: udział parlamentu w kontroli przestrzegania zasady pomocniczości, udział w modyfikacji traktatów założycielskich oraz udział w procesie prawodawczym w I i III filarze¹⁷. Podkreśla on także, że proces współuczestnictwa parlamentu narodowego w procesie tworzenia prawa UE przez opiniowanie projektów aktów prawnych nie może być zaliczany do wykonywania klasycznej funkcji kontrolnej, ponieważ brak tu jest typowego dla tej funkcji elementu oceny działania władzy wykonawczej w zakresie wykonywania prawa stanowionego przez parlament.

Nie brak jednak również osób, które nowe zadania parlamentów państw członkowskich, pojawiające się w toku rozwoju procesu integracji europejskiej, oceniają raczej w kontekście tradycyjnych kompetencji parlamentów – uległy one wprawdzie przemianie w wyniku przystąpienia państwa do WE/UE, ale można uznać, że zostały jedynie uzupełnione o „europejskie cechy”¹⁸. Np. Cezary Mik stwierdza, że w wyniku przystąpienia państwa do UE „inaczej zostają rozłożone akcenty na funkcjach parlamentu”¹⁹. Jego zdaniem, największe przeobrażenia zachodzą w zakresie funkcji ustawodawczej parlamentu państwa członkowskiego. Taki stan rzeczy jest związany z upoważnieniem do wykonywania uprawnień na rzecz instytucji i organów WE/UE. Zakres przekazania dotyczy głównie spraw gospodarczych. C. Mik odwołuje się do wyrażanej w piśmiennictwie oceny, że około 2/3 kompetencji prawodawczych państwa (z dziedziny prawa gospodarczego) zostało przekazanych instytucji WE/UE²⁰. Natomiast w odniesieniu

¹⁵ Zob. J. Jaskiernia, *Akcesja do Unii Europejskiej a konstytucyjny system stanowienia prawa*, [w:] *Akcesja do Unii Europejskiej a Konstytucja Rzeczypospolitej*, red. H. Zięba-Załucka, M. Kijowski, Rzeszów 2002.

¹⁶ Zob. J. Jaskiernia, *Wpływ integracji z Unią Europejską na funkcję ustawodawczą Sejmu RP*, „*Studia Prawnicze*” 2006, nr 3, s. 12.

¹⁷ Tamże, s. 33.

¹⁸ Zob. C. Mik, B. Pawłowski, *Glosa do wyroku TK z dnia 12 stycznia 2005 r. (sygn. akt K 24/04)*, „*Przegląd Sejmowy*” 2005, nr 3, s. 142.

¹⁹ Zob. C. Mik, *Rola parlamentu narodowego po przystąpieniu do Unii Europejskiej*, Biuro Analiz Sejmowych, Informacja nr 878 (IP-98M), Kancelaria Sejmu, na stronie: http://biurose.sejm.gov.pl/teksty_pdf/i-878.pdf (data pobrania: 2.08.2014 r.).

²⁰ Zob. J. Barcz, *Parlament a Unia Europejska. Analiza prawna na podstawie doświadczeń Austrii*, Warszawa 1999, s. 11; tegoż, *Wyzwania stojące przed Sejmem Rzeczypospolitej*

do funkcji kontrolnej C. Mik parlamentu podkreśla jej „subtelną modyfikację”²¹. Z wykonywaniem tej funkcji łączy działania związane z ograniczeniem odpowiedzialności ministrów, którzy biorą udział w posiedzeniach Rady UE.

Również Andrzej Bałaban uważa, że członkostwo w UE nie wpływa na dotychczasowe funkcje parlamentu państwa członkowskiego – powoduje ono jedynie, że zmianie ulega sposób wykonywania funkcji parlamentu „poszerzony o aspekt «europejski»”²². Natomiast w ocenie Doroty Olejniczak²³, udział parlamentu w procesie tworzenia aktów prawa unijnego, który charakteryzuje się możliwością zmiany ich treści, należy klasyfikować jako funkcję kontrolną parlamentu w sprawach UE. Opowiadają się za tym także Krzysztof Wójtowicz²⁴, Andreas Maurer²⁵ oraz Robert Grzeszczak²⁶, którzy nowe zadania parlamentu narodowego uznają za przejaw wykonywania „szeroko pojętej funkcji kontrolnej”.

Trybunał Konstytucyjny RP również uznaje przynajmniej niektóre nowe składniki funkcji europejskiej parlamentu za wynikające z jego tradycyjnych kompetencji.

W wyroku z dnia 12 stycznia 2005 r.²⁷, sygn. akt K 24/04, Trybunał stwierdził m.in., że „współpraca parlamentu z rządem w zakresie działalności prawodawczej Unii Europejskiej jest w istocie wykonywaniem kompetencji władzy ustawodawczej. Podkreślić należy, że rząd i parlament są

Polskiej w związku z członkostwem Polski w Unii Europejskiej, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 2, s. 61.

²¹ Zob. C. Mik, *Rola parlamentu narodowego...*, s. 4.

²² Zob. A. Bałaban, *Sześć funkcji Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 4, s. 132–133.

²³ Zob. *Funkcja prawodawcza i kontrolna parlamentów krajowych państw członkowskich Unii Europejskiej – analiza porównawcza*, „Raport Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu” 1998, nr 127, s. 3.

²⁴ Zob. K. Wójtowicz, *Funkcja kontrolna Sejmu w zakresie integracji europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 3, s. 81.

²⁵ Zob. A. Maurer, *Parlamenty narodowe po Amsterdamie: adaptacja, dostosowanie skali oraz sukcesywna europeizacja*, [w:] *Rola parlamentów narodowych w perspektywie poszerzenia Unii Europejskiej oraz Konferencji Międzyparlamentarnej 2004*, red. J. Barcz, S. Puzyna, Warszawa 2002, s. 135 i n.

²⁶ Zob. R. Grzeszczak, *Wpływ członkostwa Polski w Unii Europejskiej na Sejm i Senat RP*, [w:] *Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej. Traktat akcesyjny i jego skutki*, red. S. Biernat, S. Dudzik, M. Niedźwiedz, Kraków 2003, s. 216.

²⁷ Zob. *wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2005 r. w sprawie konstytucyjności ustawy o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej*, sygn. akt K 24/04 (Dz.U. z 2005 r. Nr 11, poz. 89).

partnerami, nie zaś oponentami. Ich wspólnym zadaniem jest wypracowanie stanowiska, które w najwyższym stopniu odpowiadałoby racji stanu, czyli dobru Rzeczypospolitej”.

Funkcja europejska a tradycyjne funkcje parlamentu

Zasadniczy wpływ na powstanie nowej europejskiej funkcji parlamentu narodowego miały lata 90. ubiegłego stulecia. Od tego czasu nowe kompetencje parlamentów narodowych w sprawach UE znacznie ewoluowały, co pozwoliło na jej jednoznaczne wyodrębnienie. Rozwój nowych kompetencji parlamentów narodowych był już wyraźnie widoczny w postanowieniach traktatu z Maastricht z 1992 r. Kolejne elementy tej funkcji zostały sprecyzowane w postanowieniach traktatu z Amsterdamu z 1997 r. i w traktacie konstytucyjnym z 2004 r. Wraz z wejściem w życie traktatu z Lizbony zostały wyraźnie wyodrębnione i wzmocnione następne istotne elementy funkcji europejskiej. Regulacje tego ostatniego traktatu wyraźnie określają nowe zadania parlamentów narodowych. Po raz pierwszy w prawie traktatowym UE został przewidziany tak rozległy, a zarazem bezpośredni udział parlamentu w procesie tworzenia prawa UE²⁸. Obok tego kryzys finansowy w UE, którego efektem jest podjęcie stosownych instrumentów prawnych (Europejski Mechanizm Stabilności i traktat fiskalny), przyczynił się do dalszego rozszerzenia kompetencji parlamentów narodowych w sprawach UE, dotyczących kształtowania polityki gospodarczej²⁹.

Zasadne wydaje się więc, że za wyodrębnieniem funkcji europejskiej parlamentu przemawiają następujące argumenty: po pierwsze, ewolucja regulacji unijnych i pozaunijnych, które coraz dokładniej precyzują kompetencje parlamentów narodowych w sprawach UE, jak i zmiany zachodzące w wyniku członkostwa we Wspólnotach, a następnie UE, w tradycyjnych kompetencjach parlamentów oraz pojawianie się nowych elementów funkcji europejskiej; po drugie, nowe kompetencje parlamentów przewidziane w regulacjach unijnych znacząco wpłynęły na wykonywanie przez parlamenty dotychczasowych tradycyjnych funkcji wynikających z ich unormowań konstytucyjnych. Nowe zadania parlamentów w dużym stopniu różnią się od tradycyjnych funkcji parlamentu. Z tego względu

²⁸ Zob. A. Pudło, *Rola drugich izb parlamentów państw członkowskich w sprawach Unii Europejskiej w świetle regulacji krajowych i unijnych*, Warszawa 2011, s. 76–84.

²⁹ Szerzej: A. Pudło, *Rola parlamentu narodowego w sprawach UE po wejściu w życie Traktatu z Lizbony*, Warszawa 2014, s. 134 i n.

właśnie ten szczególny charakter oraz zakres nowych zadań parlamentów wynikających z regulacji unijnych uzasadnia powstanie nowej funkcji parlamentu nazywanej funkcją europejską.

Charakter i elementy funkcji europejskiej

Funkcja europejska ma złożony charakter, który wynika ze specyfiki elementów wchodzących w jej zakres. Z jednej strony bowiem są to elementy charakterystyczne dla tradycyjnych funkcji parlamentu (ustawodawczej i kontrolnej), a z drugiej strony są to nowe elementy, które ukształtowały się dopiero w toku rozwoju integracji europejskiej.

Do elementów funkcji europejskiej o charakterze tradycyjnym należy zaliczyć:

- współudział w podjęciu decyzji o przystąpieniu do UE: parlamenty narodowe wyrażają zgodę na akces własnego państwa oraz (po uzyskaniu członkostwa) na akces nowych państw członkowskich do UE (art. 49 Traktatu o Unii Europejskiej, dalej: TUE);
- udział parlamentu narodowego w ratyfikacji traktatów rewizyjnych zmieniających traktaty ustanawiające UE, polegający na wyrażeniu przez parlamenty narodowe zgody na ratyfikację traktatu (art. 48 TUE). Procedura ratyfikacji jest uregulowana w systemach konstytucyjnych państw członkowskich UE;
- udział w wykonaniu prawa UE przez stanowienie prawa krajowego wykonującego prawo UE oraz odpowiednią nowelizację prawa krajowego w obszarach, w których obowiązuje prawo UE.

Wymienione elementy funkcji europejskiej zasadniczo nie są przedmiotem regulacji UE, lecz należą do kompetencji wewnętrznej państw członkowskich. Regulowane są one w konstytucjach krajowych lub w ustawach, ewentualnie w regulaminach parlamentów³⁰.

Natomiast do nowych elementów funkcji europejskiej, które pojawiały się stopniowo wraz z rozwojem integracji europejskiej, a do których rozwinięcia w sposób szczególny przyczynił się traktat z Lizbony, należy zaliczyć:

- współpracę między parlamentami narodowymi w sprawach UE,
- współpracę z Parlamentem Europejskim oraz innymi instytucjami i organami UE w sprawach UE,

³⁰ Szerzej: A. Pudło, *Rola drugich izb...*, s. 118–143.

- informowanie parlamentów narodowych w sprawach UE,
- mechanizm współdziałania z własnym rządem w sprawach UE,
- powołanie odpowiednich komisji odpowiedzialnych za sprawy UE,
- monitorowanie przestrzegania zasady pomocniczości,
- kontrolowanie stosowania tzw. procedury kładki,
- kontrolowanie stosowania tzw. klauzuli elastyczności (art. 352 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej: TfUE),
- monitorowanie działań niektórych organów w ramach Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości,
- kontrolowanie działalności prawodawczej UE w obszarach „wrażliwych” (prawo rodzinne),
- udział parlamentów narodowych w sprawach UE w ramach konwentu oraz informowanie ich o wniosku państwa w sprawie jego przyjęcia do UE (art. 49 akapit pierwszy TUE),
- możliwość inicjowania skargi do Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie zgodności aktu ustawodawczego UE z zasadą pomocniczości.

Dodatkowo w regulacjach pozaunijnych (m.in. w traktacie fiskalnym) wprowadzono kolejne uprawnienia, które wzmacniają rolę parlamentu m.in. w sprawach budżetowych w UE i, tym samym, rozszerzają katalog elementów funkcji europejskiej.

Wymienione składniki funkcji europejskiej, które wpływają na intensyfikację kompetencji parlamentów narodowych w sprawach UE, znajdują swoje odniesienia zarówno w prawie pierwotnym UE (w postanowieniach traktatów i protokołów), w dokumentach politycznych i praktyce parlamentarnej, jak i w regulacjach pozaunijnych.

Funkcja europejska a relacje między organami ustawodawczymi i wykonawczymi państwa

Rozwój nowych elementów funkcji europejskiej zasadniczo wpływa na ukształtowanie się nowego podziału między władzą ustawodawczą i wykonawczą w państwach członkowskich UE w wyniku reform wprowadzonych prawem pierwotnym UE (traktat z Lizbony). Argumentem na poparcie tej tezy są regulacje krajowe wprowadzone w systemach prawnych państw członkowskich, będące wynikiem działań dopełniających w sto-

sunku do postanowień traktatu z Lizbony³¹. Wiodący kierunek wprowadzanych zmian został wytyczony przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny [dalej: FTK] w wyroku z 30 czerwca 2009 r. Chodzi o radykalne wzmocnienie pozycji parlamentu w kreowaniu stanowiska państwa w sprawach UE, prezentowanego następnie w instytucjach unijnych (głównie w Radzie Europejskiej i Radzie UE)³².

Nowe elementy funkcji europejskiej przewidziane w prawie traktatowym zostały implementowane w szeregu państwach do ich porządków krajowych. Działania implementujące objęły zarówno zmiany konstytucji, ustaw, jak i regulaminów parlamentarnych³³.

Jeśli chodzi o zmiany odnoszące się do nowych elementów funkcji europejskiej, wprowadzane do konstytucji państw członkowskich, to dotyczą one następujących obszarów:

- inicjowania wniesienia skargi do Trybunału Sprawiedliwości: m.in. art. 88-6 konstytucji Francji³⁴; art. 23 h ust. 1 B-VG konstytucji Austrii³⁵ oraz art. 23 Ustawy Zasadniczej RFN. Zgodnie z wymienionymi postanowieniami, rząd państwa członkowskiego składa skargę do Trybunału. Traktatowe uprawnienie do zainicjowania skargi przez parlament wymusza na rządzie zobowiązanie, że de facto nie może on odmówić jej wniesienia;
- udziału parlamentu w procedurze kładki sensu stricto (art. 48 ust. 7 TUE): art. 23 i B-VG konstytucji Austrii;
- stosowania mechanizmu przestrzegania zasady pomocniczości, czyli możliwości sformułowania zastrzeżenia wobec projektu aktu prawnego UE (art. 23g i art. 23k (2) B-VG konstytucji Austrii).

³¹ Por. raporty Observatory of Parliaments after the Lisbon Treaty – OPAL – Country Reports – raporty na temat roli parlamentów narodowych w sprawach UE w poszczególnych państwach członkowskich, w tym procedur przyjętych po wejściu w życie Traktatu z Lizbony: http://www.opal-europe.org/index.php?option=com_content&view=article&id=76&Itemid=108 (data dostępu: 10 sierpnia 2014 r.).

³² Szerzej: J. Barcz, *Traktat z Lizbony. Wybrane aspekty prawne działań implementacyjnych*, Warszawa 2012, s. 383 i n.

³³ Szerzej: *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, red. C. Heffttler, Ch. Neuhold, O. Rozenberg, J. Smith, W. Wessels, London 2015.

³⁴ Szerzej na temat zmian konstytucji Francji w wyniku implementacji reform wprowadzonych przez traktat z Lizbony: K. Kubuj, *Europeizacja konstytucji w świetle zmian Konstytucji V Republiki Francuskiej*, [w:] *Europeizacja konstytucji państw Unii Europejskiej*, red. K. Kubuj i J. Wawrzyniak, Warszawa 2011, s. 101–103.

³⁵ Zob. Sz. Pawłowski, *Zmiany Konstytucji Austrii jako wyraz jej europeizacji*, [w] *Europeizacja konstytucji państw Unii...*, s. 49.

Zmiany wprowadzone do ustaw objęły następujące kwestie:

- badanie zasady pomocniczości (irländzka³⁶, estońska³⁷, jak i holenderska³⁸, portugalska³⁹, słoweńska⁴⁰ oraz szwedzka⁴¹ ustawa koordynacyjna);
- udział parlamentów w procedurach kładek (regulacja irländzka⁴², włoska⁴³, estońska⁴⁴, holenderska, słoweńska i brytyjska);
- problem inicjowania skargi do Trybunału Sprawiedliwości UE (ustawa irländzka⁴⁵, estońska⁴⁶, włoska⁴⁷ i holenderska⁴⁸).

Jeśli chodzi o zmiany wprowadzone do regulaminów parlamentarnych w związku z nowymi elementami funkcji europejskiej, to odnoszą się one do:

- mechanizmu badania zasady pomocniczości (m.in. belgijska Izba Reprezentantów⁴⁹, bułgarski parlament⁵⁰ oraz słoweńska Rada Narodowa⁵¹);
- możliwości inicjowania skargi do Trybunału w związku z naruszeniem przez akt prawny UE zasady pomocniczości (m.in. postano-

³⁶ Zob. G. Barrett (2012), *OPAL Country Reports: The Irish Parliament and EU Affairs*, s. 4 i n.

³⁷ Zob. P. Ehin (2012), *OPAL Country Reports: The Estonian Parliament and EU Affairs*, s. 4.

³⁸ Zob. A.L. Högenauer (2012), *OPAL Country Reports: The Dutch Parliament and EU Affairs*, s. 4 i n.

³⁹ Zob. D. Jančić (2012), *OPAL Country Reports: The Portuguese Parliament and EU Affairs*, s. 5 i n

⁴⁰ Zob. S. Kajnc Lange (2012), *OPAL Country Reports: The Slovenian Parliament and EU Affairs*, s. 3.

⁴¹ Zob. H. Hegeland (2012), *OPAL Country Reports: The Swedish Parliament and EU Affairs*, s. 3.

⁴² Zob. G. Barrett (2012), *OPAL Country Reports...*, s. 7 i n.

⁴³ Zob. S. Cavatorto (2012), *OPAL Country Reports: The Italian Parliament and EU Affairs*, s. 7.

⁴⁴ Zob. P. Ehin (2012), *OPAL Country Reports...*, s. 5.

⁴⁵ Zob. G. Barrett (2012), *OPAL Country Reports...*, s. 11.

⁴⁶ Zob. P. Ehin (2012), *OPAL Country Reports...*, s. 5.

⁴⁷ Zob. S. Cavatorto (2012), *OPAL Country Reports: The Italian Parliament and EU Affairs*, s. 7.

⁴⁸ Zob. A.L. Högenauer (2012), *OPAL Country Reports...*, s. 5 i n

⁴⁹ Zob. T. Delreux & F. Randour (2012), *OPAL Country Reports: The Belgian Parliament and EU Affairs*, s. 5 i n.

⁵⁰ Zob. D. Kanev (2012), *OPAL Country Reports: The Bulgarian Parliament and EU Affairs*, s. 3.

⁵¹ Zob. S. Kajnc Lange (2012), *OPAL Country Reports: The Slovenian Parliament and EU Affairs*, s. 4.

wienia regulaminów w parlamentach: Estonii⁵², Litwy⁵³, Portugalii⁵⁴);

- postępowania parlamentu w odniesieniu do procedur kładek (m.in. parlament irlandzki⁵⁵ i słoweński⁵⁶).

Cechą charakterystyczną zmian ustrojowych przyjętych w państwach członkowskich jest wyraźne „zakotwiczenie” udziału parlamentu w sprawach UE w odniesieniu do kształtowania stanowiska państwa w instytucjach UE (w tym wyrażenie sprzeciwu, udział w procedurach kładki oraz formułowanie opinii przez parlamenty narodowe w mechanizmie badania przestrzegania zasady pomocniczości). Wymienione działania wskazują, że regulacje unijne wymuszają zmiany w regulacjach krajowych i – tym samym – wpływają na rozwój elementów funkcji europejskiej parlamentu narodowego.

Funkcja europejska a kontrola prawodawstwa UE

Implementacja nowych elementów funkcji europejskiej w regulacjach krajowych w poszczególnych państwach członkowskich pozwala zweryfikować przyjętą w literaturze hipotezę⁵⁷, że włączenie parlamentów narodowych w proces integracyjny stanowi swoistą cenę, jaką państwa są gotowe zapłacić za rozszerzenie procesu integracyjnego na sfery, które dotychczas były traktowane jako wyłączna rezerwa państwa członkowskiego. Nowe zadania parlamentu narodowego przewidziane w traktacie z Lizbony, takie jak: mechanizm monitorowania przestrzegania zasady pomocniczości, procedury kładki czy inicjowanie procedury wniesienia skargi do Trybunału, dają im możliwość kontroli instytucji unijnych w procesie stanowienia oraz stosowania prawa unijnego.

⁵² Zob. P. Ehin (2012), *OPAL Country Reports: The Estonian Parliament and EU Affairs*, s. 5.

⁵³ Zob. J. Novagrockienė (2012), *OPAL Country Reports: The Lithuanian Parliament and EU Affairs*, s. 4.

⁵⁴ Zob. D. Jančić (2012), *OPAL Country Reports...*, s. 6.

⁵⁵ Zob. G. Barrett (2012), *OPAL Country Reports...*, s. 7 i n.

⁵⁶ Zob. S. Kajnc Lange (2012), *OPAL Country Reports: The Slovenian Parliament and EU Affairs*, s. 4.

⁵⁷ Zob. *Roles & Functions of Parliamentary Questions*, red. S. Martin i O. Rozenberg, London 2012, s. 8.

W traktacie z Lizbony w odniesieniu do mechanizmu monitorowania przestrzegania zasady pomocniczości⁵⁸ sformułowano konkretną procedurę działań, składającą się z trzech etapów. Zgodnie z protokołem nr 2 do traktatu z Lizbony, przyznano każdemu parlamentowi (również jego drugiej izbie) jeden głos. Parlamenti – zarówno w tzw. procedurze żółtej, jak i pomarańczowej kartki – mają możliwość wywierania pośredniego wpływu na kształt projektowanego aktu ustawodawczego UE. W tej pierwszej procedurze parlamenti mogą przyczynić się do zgromadzenia jednej trzeciej lub jednej czwartej – w zależności od przedmiotu projektowanego aktu ustawodawczego – „uzasadnionych” opinii o niezgodności projektu aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości (przedstawianych w terminie ośmiu tygodni od daty przekazania projektu w języku narodowym). W przypadku złożenia opinii o niezgodności projekt będzie musiał zostać zwrócony wnioskodawcom w celu poddania go ponownej analizie. Następstwem analizy może być podtrzymanie, zmiana lub wycofanie projektu aktu prawnego. Jeszcze większy wpływ na unijne prawo parlamenti mają w tzw. procedurze pomarańczowej kartki, która może doprowadzić nawet do zablokowania procesu prawodawczego UE.

Mechanizm badania przestrzegania zasady pomocniczości zatem bezpośrednio angażuje parlamenti narodowe w procedurę stanowienia prawa UE oraz przyczynia się do szerszej i wzmocnionej współpracy między nimi a instytucjami UE w sprawach dotyczących Unii. Taki stan rzeczy prowadzi z kolei do tzw. redystrybucji władzy między państwa członkowskie a instytucje unijne. W piśmiennictwie zaangażowanie parlamentów narodowych w mechanizm wczesnego ostrzegania zostało uznane za „trzecią wirtualną” instytucję unijną, obok Parlamentu Europejskiego i Rady, która posiada funkcję prawodawczą⁵⁹. Mechanizm ten wpływa również na

⁵⁸ Szerzej: C. Neuhold i A. Strelkov, *New Opportunity Structures for the New Kids in the Block? Implications of the Early Warning System (EWS) for the Role of National Parliaments within the EU System of Governance*, OPAL Working papers 2012; J. Adamiec, *Pierwszy wypadek zastosowania mechanizmu żółtej kartki – opinie parlamentów dotyczące rozporządzenia Monti II*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2012, nr 3, s. 23; W. Gagatsek, *Polityczne i prawne znaczenie zasady pomocniczości w UE (po 20 latach od wejścia w życie Traktatu z Maastricht)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 11, s. 31; H. Brady, *The EU’s ‘yellow card’ Comes of Age: Subsidiarity unbound?*, Centre for European Reform, 12.11.2013; F. Fabbrini, K. Granat, *“Yellow card, but no foul”: The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike*, „Common Market Law Review” 2013, t. 50, s. 115.

⁵⁹ Zob. I. Cooper, *A ‘Virtual Third Chamber’ for the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon*, „West European Politics” 2012, t. 35, s. 441.

relacje między władzą wykonawczą i ustawodawczą, co w doktrynie opisywane jest jako „socjalizacja w stosunkach pomiędzy rządem a parlamentem”⁶⁰.

Mechanizm kontrolowania tzw. procedury kładki⁶¹ został uregulowany m.in. w art. 48 ust. 7 TUE oraz w art. 81 ust. 3 TfUE. Przypomnijmy, że – zgodnie z art. 48 ust. 7 TUE – parlament może sprzeciwić się uproszczonej, „jednokierunkowej” procedurze rewizji traktatów, umożliwiającej zastąpienie szczególnej procedury ustawodawczej procedurą zwykłą bądź zastąpienie zasady głosowania jednomyślnego kwalifikowaną większością głosów. Sprzeciw któregośkolwiek z parlamentów może uniemożliwić zastosowanie przez Radę Europejską klauzuli kładki. Na podstawie art. 81 ust. 3 TfUE, parlament może kontrolować zastosowanie procedury kładki w odniesieniu do prawa rodzinnego (o skutkach transgranicznych) przez wyrażenie sprzeciwu wobec rezygnacji Rady ze specjalnej procedury ustawodawczej na rzecz zwykłej procedury ustawodawczej. Każdy parlament może zgłosić taki sprzeciw w terminie sześciu miesięcy od uzyskania informacji o zamiarze Rady. Skutkiem sprzeciwu parlamentu będzie to, że decyzja Rady nie będzie mogła zostać podjęta.

Procedury kładki stanowią jedno ze znaczących uprawnień parlamentów narodowych w procesie stanowienia prawa UE, które zostały im przyznane na podstawie postanowień traktatu z Lizbony. Parlamenti zyskały możliwość bezpośredniej kontroli stanowienia prawa pierwotnego przez instytucje UE poprzez mechanizmy ustanowione wprost w prawie UE (m.in. prawo sprzeciwu). Uproszczone procedury zmiany prawa pierwotnego stały się przedmiotem krajowych regulacji prawnych (wprowadzenie względnie doprecyzowanie krajowych mechanizmów legitymizacyjnych)⁶². Państwa członkowskie zmieniły w tym zakresie konstytucje, ustawy dotyczące materii współpracy rządu i parlamentu w sprawach UE oraz regulaminy parlamentarne.

⁶⁰ Zob. P. de Wilde, *Why the Early Warning Mechanism does not Alleviate the Democratic Deficit*, OPAL Online Paper No. 6/2012.

⁶¹ Szerzej: J. Barcz, *Legitymacja demokratyczna zmiany postanowień traktatów stanowiących UE na podstawie tzw. procedur kładki (wprowadzonych przez Traktat z Lizbony) w świetle rozwiązań niemieckich*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2000, nr 3–4, s. 26 i n.; tegoż, *Traktat z Lizbony. Wybrane aspekty prawne działań implementacyjnych*, Warszawa 2012, s. 151–152.

⁶² Zob. *Rewizja Traktatów stanowiących podstawę Unii Europejskiej po wejściu w życie Traktatu z Lizbony (Praktyka, problemy prawne i proceduralne)*, red. J. Barcz, Warszawa 2012.

Rozwiązania krajowe przyjęte w poszczególnych państwach członkowskich w odniesieniu do procedur kładki sensu stricto skoncentrowane są zasadniczo na formule kształtowania stanowiska państwa na forum Unii Europejskiej. Ustanowienie stosownego mechanizmu decyduje bowiem o zakresie kontrolowania krajowego rządu przez parlament na forum UE. Elementem różnicującym krajowe mechanizmy kreowania stanowiska państwa na forum UE są: podstawy prawne ich funkcjonowania, forma oraz zakres materii regulowanej przez UE i objętej regulacją krajową. Zważywszy, że decyzja podjęta na podstawie art. 48 ust. 7 TUE i na podstawie klauzul ad hoc kładek sensu stricto może doprowadzić do poszerzenia kompetencji UE względem państw członkowskich, to te ostatnie otrzymały instrument kontrolowania przez swoje parlamenty stosowania takiej procedury (prawo sprzeciwu), które wynika wprost z prawa UE. Państwa członkowskie, kierując się wyrokiem FTK z czerwca 2009 r. oraz przyjętymi rozwiązaniami niemieckimi w tym zakresie, ustanowiły w swoich systemach konstytucyjnych stosunkowo sztywne uprzedzające mechanizmy kontroli stanowiska rządu na forum UE przez parlament narodowy. Chodzi głównie o wprowadzenie wymogu uzyskania zgody w formie ustawy, uchwały bądź aprobaty parlamentu wobec decyzji, która ma zostać podjęta przez przedstawiciela rządu⁶³.

W kwestii inicjowania skargi do Trybunału Sprawiedliwości UE, to – zgodnie z postanowieniami protokołu nr 2 – parlament narodowy ma możliwość inicjowania skargi do Trybunału Sprawiedliwości UE odnośnie do naruszenia przez akt ustawodawczy zasady pomocniczości. Parlament bierze również udział w kontroli ex post zgodności aktu ustawodawczego UE z zasadą pomocniczości. Wprawdzie zgodnie z tą procedurą, parlament narodowy nie ma bezpośredniej legitymacji do działania przed Trybunałem Sprawiedliwości UE, jednak możliwość kształtowania przepisów krajowych w tym zakresie pozwala na wzmocnienie jego pozycji⁶⁴.

⁶³ Szerzej: raporty Observatory of Parliaments after the Lisbon Treaty – OPAL – Country Reports – raporty na temat roli parlamentów narodowych w sprawach UE w poszczególnych państwach członkowskich, w tym procedur przyjętych po wejściu w życie Traktatu z Lizbony: http://www.opal-europe.org/index.php?option=com_content&view=article&id=76&Itemid=108 (data dostępu: 10 sierpnia 2014 r.).

⁶⁴ Zob. C. Mik, *Pozycja prawna parlamentów narodowych w Unii Europejskiej w świetle Traktatu z Lizbony*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, z. 2.

Udział parlamentów narodowych w koordynacji polityki gospodarczej państw członkowskich

Ustanowienie środków międzyrządowych w celu umocnienia Unii Gospodarczej i Walutowej w UE spowodowało rozszerzenie uprawnień parlamentów narodowych w sprawach UE (tym razem dotyczy to spraw gospodarczych), a tym samym wpłynęło na intensyfikację elementów funkcji europejskiej⁶⁵. Konkretnie postanowienia w tym zakresie zostały uregulowane w przepisach pozaunijnych (traktat fiskalny⁶⁶) oraz w dokumentach politycznych, m.in. dotyczących ustanowienia unii bankowej⁶⁷.

Należy odnotować, że znaczącą rolę otrzymały tu: Rada Europejska, odpowiedzialna za zarządzanie kryzysowe, co przedkłada się na zdefiniowanie ogólnych wytycznych, których należy przestrzegać, oraz Rada w ramach eurogrupy⁶⁸. Z tego względu istotną kwestią jest skuteczne kontrolowanie rządów krajowych przez parlamenty narodowe w przedmiotowym zakresie

⁶⁵ Szerzej: A. Pudło, *Parlamenty narodowe państw UE a kryzys strefy Euro*, „Wspólnoty Europejskie” 2012, nr 4, s. 37–42.

⁶⁶ Art. 13 traktatu fiskalnego stanowi, że „Zgodnie z postanowieniami tytułu II Protokołu (nr 1) w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej załączonego do Traktatów Unii Europejskiej, Parlament Europejski oraz parlamenty narodowe Umawiających się Stron wspólnie ustalą organizację oraz działania informacyjne w odniesieniu do konferencji przedstawicieli odpowiednich komisji Parlamentu Europejskiego i przedstawicieli odpowiednich komisji parlamentów narodowych mającej na celu omówienie polityk budżetowych oraz innych kwestii będących przedmiotem niniejszego Traktatu”.

⁶⁷ Koncepcja utworzenia tzw. unii bankowej została przedstawiona przez przewodniczącego Komisji J.M. Barroso na nieformalnym posiedzeniu Rady Europejskiej 23 maja 2012 r. Na szczycie Rady Europejskiej w dniach 28–29 czerwca 2012 r. Herman Van Rompuy, we współpracy z przewodniczącymi Komisji i eurogrupy oraz prezesem Europejskiego Banku Centralnego, przedstawił sprawozdanie pt. *W kierunku faktycznej unii gospodarczej i walutowej*, w którym wymienia zintegrowane ramy finansowe jako jeden z czterech podstawowych elementów składowych stabilnej unii gospodarczej i finansowej, obok zintegrowanych ram budżetowych, polityki gospodarczej i zapewnienia niezbędnej legitymacji demokratycznej. Ostatni element przewiduje ściśle zaangażowanie Parlamentu Europejskiego i parlamentów narodowych, w ramach zakreślonych przez protokół nr 1 w sprawie roli parlamentów narodowych w UE. W listopadzie 2012 r. Komisja Europejska przedstawiła plan utworzenia unii bankowej w komunikatach: *Plan działania na rzecz unii bankowej* (COM(2012) 510) oraz *Plan działania na rzecz pogłębionej i rzeczywistej unii gospodarczej i walutowej. Otwarcie debaty europejskiej* (COM(2012) 777).

⁶⁸ Eurogrupa jest nieformalnym forum uzgodnień ministrów właściwych do spraw gospodarczych i finansowych państw strefy euro. Jej podstawę traktatową stanowi art. 137 TfUE oraz protokół nr 14 w sprawie eurogrupy (wcześniej rezolucja Rady Europejskiej, 13 grudnia 1997 r.).

w celu wzmocnienia demokratycznego aspektu zarządzania w ramach Unii Gospodarczej i Walutowej⁶⁹.

Dotychczasowe zaangażowanie parlamentów narodowych w analizowanym zakresie można określić jako realizowanie funkcji europejskiej przy wykorzystaniu tzw. miękkich instrumentów kontrolnych, czyli:

- wysłuchań odpowiednich władz krajowych (bułgarskie Zgromadzenie Narodowe, rumuńska Izba Deputowanych); dyskusji nad zaleceniami dla poszczególnych państw z przedstawicielami Komisji Europejskiej i rządu (słoweńskie Zgromadzenie Narodowe) lub w ramach debaty nad uczestnictwem ministra finansów w spotkaniu Rady do spraw gospodarczych i finansowych (chorwacki Sabor);
- kontroli parlamentarnej projektów planów budżetowych;
- debaty z rządem po przedstawieniu zaleceń dla poszczególnych państw (niderlandzka Izba Pierwsza);
- debat budżetowych nad realizacją zaleceń dla poszczególnych państw, które są konkretnym tematem poszczególnych rozdziałów projektu budżetu przedkładanego parlamentowi (niderlandzka Izba Druga);
- debat parlamentarnych nad projektami planów budżetowych i zaleceniami dla poszczególnych państw (czeski Senat) uzupełnianych regularnymi sprawozdaniami informacyjnymi rządu (niemiecki Bundestag);
- przedstawienia przez rząd lub przyjęcia zaleceń dla poszczególnych państw oraz dyskusji nad opinią Komisji na temat planu budżetu (estoński Riigikogu);
- rozpatrzenia zaleceń dla poszczególnych państw przez siedem komisji branżowych po wydaniu opinii popartej przez izbę (rumuńska Izba Deputowanych);
- kontroli w zakresie zaleceń dla poszczególnych państw w komisji i następnie przesłania listu do rządu z informacją o jej opinii (brytyjska Izba Lordów)⁷⁰.

⁶⁹ Zob. Y. Bertoincini, *The Parliaments of the EU and the EMU Governance. What Parliamentary Dimension for the "Political Union"?*, „Tribune” Notre Europe Jacques Delors Institute, z 11.04.2013 r., s. 3, na stronie: <http://www.notre-europe.eu/media/reformingenuegovernance-bertoincini-vitorino-ne-jdi-sept14.pdf?pdf=ok> (data pobrania: 28.11.2014 r.)

⁷⁰ Szerzej: *Dwudziesty pierwszy raport półroczny: zmiany stosowanych w Unii Europejskiej procedur i praktyk dotyczących kontroli parlamentarnej*, 15–17 czerwca 2014 r., Ateny, s. 39 i n., na stronie: http://oide.sejm.gov.pl/oide/images/files/international/raport_cosac_21.pdf (data pobrania: 28.11.2014 r.).

Niewątpliwie kryzys w strefie euro spowodował wzmocnienie działań instytucji unijnych w celu jego przezwyciężenia, a zarazem wpłynął na dalsze rozszerzenie kompetencji parlamentów narodowych w sprawach UE, tym razem w sprawach gospodarczych.

Podsumowanie

Rozwój procesów integracyjnych początkowo spowodował, że tradycyjna rola parlamentu została ograniczona, co wywołało powstanie zjawiska określanego jako deficyt demokracji. W miarę rozwoju procesów integracyjnych rola parlamentu zaczęła się umacniać zarówno na podstawie nieformalnych regulacji, jak i konkretnych odniesień do postanowień prawa traktatowego, a obecnie również regulacji pozatraktatowych. Rozwój nowej europejskiej funkcji parlamentu to niewątpliwie efekt regulacji unijnych, które de facto określają jej charakter i zakres, a nie krajowych (wewnętrznych) regulacji na poziomie konstytucyjnym, ustawowym czy regulaminowym. Te ostatnie, jako wynik procesów implementujących postanowienia prawa unijnego, oczywiście ulegają zmianie i – tym samym – doprecyzowują poszczególne elementy funkcji europejskiej.

Można zaryzykować twierdzenie, że funkcja europejska parlamentów narodowych niewątpliwie wpisuje się w zakres realizacji zasady równowagi instytucjonalnej w prawie UE. Zasada ta polega nie tylko na rozgraniczeniu zadań autonomicznie wypełnianych przez instytucje Unii, ale również na wypracowanym systemie ich wzajemnej współpracy i kontroli na poziomie UE i jej państw członkowskich⁷¹.

Funkcję europejską tworzą zarówno elementy charakterystyczne dla tradycyjnych funkcji parlamentu, jak i nowe elementy, które są wynikiem szeroko rozumianych, postępujących procesów integracyjnych w ramach UE. Stąd charakter funkcji europejskiej należy określić jako złożony, bowiem wynika on – z jednej strony – z regulacji unijnych i pozaunijnych, a – z drugiej – jest doprecyzowany w prawie krajowym.

Ewolucja funkcji europejskiej w wyniku rozwoju regulacji unijnych przyczynia się do częściowego przesunięcia ciężaru zadań i odpowiedzialności z egzekutywy na legislatywę. Znamionym efektem realizacji funkcji europejskiej w poszczególnych państwach członkowskich jest

⁷¹ Szerzej: *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, red. M. Kenig-Witkowska, Warszawa 2004, s. 131 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-70/88 PE przeciwko Radzie UE (Czernobyl).

wskazanie, do kogo tak naprawdę należy rzeczywista władza polityczna w danym państwie. Parlamente państw członkowskich, które były swoistymi ofiarami procesów integracyjnych na początkowym etapie ich rozwoju, obecnie stają się jednym z głównych aktorów uczestniczących w procesie tworzenia i nadzorowania stosowania prawa unijnego.

TERESA WYKA

Prawne pojęcie mobbingu i jego skutki zdrowotne¹

Problem mobbingu jako zagrożenia psychospołecznego występującego w miejscu pracy

Mobbing, rozumiany najogólniej jako przemoc w miejscu pracy, jest najczęściej traktowany jako zagrożenie mające swe źródło w czynnikach niematerialnych². Uznanie mobbingu za zagrożenie występujące w miejscu pracy sytuuje tę kategorię w obszarze bezpieczeństwa i higieny pracy. Ogólne przepisy bhp, zawarte w rozporządzeniu w sprawie ogólnych przepisów bhp, definiują pojęcie zagrożenia jako stan środowiska pracy, mogący spowodować wypadek lub chorobę (§ 7 p. 13 rozporządzenia)³. Warto zauważyć, że prawodawca nie ogranicza pojęcia zagrożenia wyłącznie do skutku w postaci wypadku przy pracy czy choroby zawodowej, zatem każde zdarzenie o charakterze wypadku i każda choroba są tu brane pod uwagę. Definicja zagrożenia, wyżej zacytowana, łączy je ze środowiskiem pracy. Jest ono także zdefiniowane w ogólnych przepisach bhp (§ 7 p. 11 rozporządzenia) jako warunki środowiska materialnego, określanego czynnikami fizycznymi, chemicznymi i biologicznymi, w którym odbywa się proces pracy. Bardzo ściśle związana z pojęciem zagrożenia i środowiska pracy pozostaje jedna z najważniejszych kategorii dziedziny bhp, a mianowicie kategoria ryzyka zawodowego, które pracodawca jest zob-

¹ T. Wyka i Cz. Szmidt (red.), *Wieloaspektowość mobbingu w stosunkach pracy*, Poltext, Warszawa 2012.

² T. Wyka, *Ochrona zdrowia i życia pracownika jako element treści stosunku pracy*, Warszawa 2003, s. 29–30.

³ Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26.09.1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, tj. Dz.U. z 2003 nr 169 poz. 1650, ze zm.

wiązany ocenić i dokumentować⁴. Kategoria ryzyka zawodowego jest coraz częściej rozpatrywana także w kontekście mobbingu⁵, stąd wydaje się niezbędne przybliżenie pojęcia ryzyka zawodowego w opracowaniu dotyczącym tego zagrożenia psychospołecznego. Przepisy ogólne bhp pod pojęciem ryzyka zawodowego rozumieją prawdopodobieństwo wystąpienia niepożądanych zdarzeń związanych z wykonywaną pracą, powodujących straty, w szczególności wystąpienie u pracowników niekorzystnych skutków zdrowotnych w wyniku zagrożeń zawodowych występujących w środowisku pracy lub sposobu wykonywania pracy (§ 7 pkt 7 cyt. wyżej rozporządzenia⁶). Porównując definicję zagrożenia i ryzyka zawodowego, należy zauważyć, że pojęcie ryzyka zawodowego jest szersze nie tylko dlatego, że uwzględnia poza stanem środowiska pracy (a więc czynniki materialne) również sposób wykonywania pracy (a więc czynniki niematerialne), ale także dlatego, że w zakresie konsekwencji dla pracowników pojęcie ryzyka zawodowego uwzględnia różne niekorzystne skutki zdrowotne (nie tylko wypadek lub chorobę), a więc na przykład te, które mogące wywoływać rozstrój zdrowia. Konstatacja ta jest istotna z punktu widzenia dalszych rozważań poświęconych skutkom zdrowotnym mobbingu.

Z drugiej strony, dla kategorii ryzyka zawodowego i zagrożenia wspólna jest pewna nieuchronność negatywnych skutków zdrowotnych środowiska pracy i sposobu wykonywania pracy, czyli uznanie prawdopodobieństwa ich wystąpienia. Pojęcie ryzyka zawodowego i zagrożenia zakłada więc, że w środowisko pracy i w sposób wykonywania pracy są niejako wpisane negatywne skutki zdrowotne, ale czy możemy przyjąć, że tym samym wpisane są patologie, np. takie jak mobbing? Niniejsze opracowanie stanowi próbę odpowiedzi na to pytanie.

Stanowisko Unii Europejskiej w sprawie zagrożeń psychospołecznych (w tym mobbingu) występujących w środowisku pracy

Unia Europejska od dawna postrzega zagrożenia dotyczące ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracy jako kluczowe zagrożenie wpływające na

⁴ Por. art. 226 k.p. oraz § 39 i § 39a rozporządzenia MPiPS w sprawie ogólnych przepisów bhp.

⁵ Por. m.in. B. Kądzia, S. Kowalewski, *Przemoc – nowy „czynnik ryzyka zawodowego” w środowisku pracy*, Bezpieczeństwo Pracy 2002, nr 1.

⁶ Por. także pojęcie ryzyka zawodowego zdefiniowane w art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o służbie medycyny pracy, tj. Dz.U. z 2014, nr 1184.

jakość zatrudnienia, jako najważniejszy obszar polityki społecznej Unii, mający jednocześnie istotny wymiar ekonomiczny. Działania Unii w tym przedmiocie przebiegają wielokanałowo. Uchwalane są stosowne akty prawne, wśród których fundamentalne miejsce zajmuje dyrektywa ramowa 1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy⁷. Przyjmowane są także stosowne rezolucje w sprawie strategii Unii Europejskiej w dziedzinie bhp, jak również prowadzi się dialog społeczny w tym przedmiocie, owocujący autonomicznymi porozumieniami.

Wymieniona wyżej dyrektywa ramowa z 1989 r. nie dotyczy wprawdzie zagrożeń zawodowych, a raczej skupia się na określeniu pozycji stron stosunku pracy w związku z bhp, wyraźnie jednak stanowi w art. 5 ust. 1, że pracodawca ponosi odpowiedzialność w zakresie zapewnienia pracownikom bezpieczeństwa i higieny pracy w każdym aspekcie odnoszącym się do ich pracy. Należy przez to rozumieć nie tylko aspekt techniczny czy organizacyjny, ale także społeczny i psychiczny.

Problematyka nowych zagrożeń psychospołecznych, jakie mogą wystąpić w związku ze świadczoną pracą została wyeksponowana w dwóch rezolucjach Rady Unii Europejskiej. Chodzi w szczególności o rezolucję Rady Unii Europejskiej z dnia 3 czerwca 2002 r. w sprawie nowej strategii Wspólnoty w dziedzinie zdrowia i bezpieczeństwa pracy na lata 2002–2006⁸. Rezolucja ta zwraca uwagę, że polityka Wspólnoty w zakresie bhp powinna obrać za główny cel stałą poprawę dobrostanu w pracy w jego wymiarze fizycznym, psychicznym i społecznym. W ramach natomiast celów szczegółowych rezolucja wskazuje m.in. na konieczność uwzględniania w działaniach na rzecz dobrostanu w pracy takich zagrożeń jak: stres i mobbing w pracy; zaleca także upowszechnienie i wprowadzenie w życie dobrych praktyk, zmieniających warunki pracy, tak aby sprzyjały poprawie zdrowia i dobrostanu w pracy.

W drugiej rezolucji Rady Unii Europejskiej, stanowiącej treść nowej strategii Unii Europejskiej w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy na lata 2007–2012⁹, uznano zasadność priorytetów przyjętych przez strategię poprzednią; zauważono, że świat pracy zmienia się pod wpływem zmian demograficznych i globalizacji, co wymaga uwzględniania w działaniach na rzecz dobrostanu w miejscu pracy wielu nowych czynników. Zaliczono

⁷ Dz. U. WE L 183 z 29 czerwca 1989 r.

⁸ Official Journal of the European Communities (2002/c 161/01).

⁹ *Nowa strategia Unii Europejskiej w zakresie bhp (2007–2012)*, COM, 2007, 62.

do nich w szczególności: starzejące się społeczeństwo, wzrost migracji, prac sezonowych, a także wzrost podwykonawstwa i stosowania umów na czas określony. W nowej strategii na lata 2007–2012 zwraca się uwagę na konieczność uwzględniania w działaniach legislacyjnych polegających na ustanawianiu lepszego (prostszego) prawa bhp zarówno starych, jak i „narastających” zagrożeń, takich jak w szczególności stres. Wprawdzie więc strategia ta nie wskazuje wprost na mobbing czy też przemoc w miejscu pracy, ale odwołuje się do kategorii szerszej, tj. do „dobrostanu” w miejscu pracy, rozumianego w aspekcie fizycznym, psychicznym i społecznym.

Jeszcze inną formą, w ramach której Unia Europejska podnosi problem zagrożeń psychospołecznych w miejscu pracy, są autonomiczne porozumienia zawierane przez europejskich partnerów społecznych. Istotne w tym przedmiocie są dwa, a mianowicie chodzi Porozumienie z 2004 r.¹⁰ oraz o Porozumienie z 2007 r.¹¹. W Porozumieniu z 2004 r. stwierdza się powszechność zjawiska stresu w związku z pracą, choć z drugiej strony podkreśla trudność ustalenia listy prac związanych ze stresem. Wśród czynników wywołujących stres w pracy wymienia się molestowanie i molestowanie seksualne. Co ciekawe, Porozumienie to wymaga od obydwu stron stosunku pracy podjęcia działań mających na celu ochronę przed stresem, w szczególności chodzi o zapewnienie przepływu informacji i konsultacji z pracownikami w tym przedmiocie.

Podobne podejście do zagrożeń psychospołecznych dostrzegamy w Porozumieniu z 2007 r., gdzie problem przemocy i nękania w miejscu pracy jest traktowany jako wspólna troska pracodawcy i pracowników.

Porozumienie z 2007 r. bardzo szeroko traktuje problem mobbingu. Wskazuje nie tylko na źródło ochrony przed tą patologią w relacjach między pracodawcą a pracownikiem, a także między pracownikami, którym jest prawo do godności, ale definiuje również procedury antymobbingowe oraz uprawnienia indywidualne i zbiorowe pracowników w razie wystąpienia zjawiska nękania i przemocy.

Wskazane wyżej porozumienia autonomiczne, będące swoistym źródłem prawa Unii Europejskiej, są wdrażane w państwach członkowskich zgodnie z procedurami właściwymi dla partnerów społecznych w tych pań-

¹⁰ http://ec.europa.eu/employment_social/dsw/public/actRetrieveText.do?id=10402; szerzej B. Surdykowska, *Stres związany z pracą*, MPP 2007, nr 2.

¹¹ http://ec.europa.eu/employment_social/dsw/public/actRetrieveText.do?id=8446; szerzej B. Surdykowska, *Autonomiczne porozumienie ramowe dotyczące nękania i przemocy w pracy*, MPP 2007, nr 10.

stwach¹². W Polsce wdrożenie obu tych Porozumień dokonało się w formie Deklaracji Partnerów Społecznych, tj. związków zawodowych i pracodawców, w postaci Wspólnej Deklaracji Partnerów Społecznych z dnia 14 listopada 2008 r., dotyczącej zapobiegania i przeciwdziałania zjawisku stresu związanego z pracą oraz Wspólnej Deklaracji Partnerów Społecznych z dnia 24 marca 2011 r., dotyczącej nękania i przemocy w miejscu pracy¹³.

Regulacje dotyczące mobbingu według prawa polskiego

Do dnia 1 stycznia 2004 r., a więc do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 14 listopada 2003 r.¹⁴ nowelizującej k.p., która wprowadziła do tego aktu regulację poświęconą mobbingowi (art. 94³ k.p.), polskie prawo nie przewidywało unormowań chroniących przed nękaniami i przemocą w miejscu pracy¹⁵. Nie oznaczało to jednak, że tego typu zachowania były całkowicie poza prawem, bowiem w razie wystąpienia zjawiska przemocy psychicznej wobec pracownika mógł on uzyskać ochronę na podstawie art. 11¹ k.p., stawiając pracodawcy zarzut naruszenia jego godności lub innych dóbr osobistych. Dalsze konsekwencje takiego bezprawnego zachowania pracodawcy mogły być wyprowadzone przez pracownika zarówno z przepisów k.p.¹⁶, jak i z przepisów k.c.¹⁷.

W tym momencie rodzi się więc pytanie, czy zasadne było uregulowanie mobbingu w k.p., tym bardziej że niewiele obcych porządków prawnych zawiera takie regulacje¹⁸. Odpowiedź jest jednak twierdząca, biorąc pod uwagę w szczególności funkcję uświadamiającą przepisów opisujących negatywne zjawiska w stosunkach społecznych w miejscach pracy.

¹² B. Surdykowska, *Dialog społeczny wokół zagrożeń psychospołecznych*, PiZS 2011, nr 7, s. 13 i n.

¹³ www.solidarność.org.pl/uploads/oryginał3/2/7111_Deklaracja_PS.pdf.

¹⁴ Ustawa nowelizująca, weszła w życie 2 stycznia 2004 r.

¹⁵ Potwierdził to SA w Katowicach w wyroku z dnia 24 listopada 2006 r. (III APa 165/05 w Katowicach 2007 nr 3 poz. 5), stwierdzając, że nie można skutecznie dochodzić roszczeń z tytułu poddania pracownika mobbingowi określonych w art. 94³ § 3 i § 4 k.p. odnośnie do zdarzeń mających miejsce przed 1 stycznia 2004 r., tj. przed wejściem w życie tych przepisów.

¹⁶ Pracownik mógł np. skorzystać z prawa rozwiązania niezwłocznego umowy o pracę (art. 55 §1¹ k.p.).

¹⁷ Por. art. 23 i 24 k.c.

¹⁸ Por. na ten temat: M. Chakowski, *Mobbing. Aspekty prawne*, Bydgoszcz 2005, s. 15 i n.

Ustawodawca, decydując się na tę regulację w k.p., musiał także rozstrzygnąć, w jakiej części tego aktu winny być umieszczone stosowne unormowania. Wydaje się, że miał do wyboru albo przepisy działu X k.p. poświęcone problematyce bhp, bowiem mobbing najczęściej objawia się negatywnymi skutkami zdrowotnymi¹⁹, albo przepisy działu IV k.p., dotyczące obowiązków pracodawcy i pracownika. Nasz ustawodawca zdecydował się wybrać tę drugą opcję i umieścić przepis art. 94³ k.p. dotyczący mobbingu w dziale IV w rozdz. I zatytułowanym *Obowiązki pracodawcy*. Uważam to za właściwe. Warto bowiem zauważyć, że *ratio legis* przepisów bhp polega głównie na prewencji przed ryzykiem zawodowym, jakie wiąże się z wykonywaną pracą w określonym środowisku pracy. Owo ryzyko zawodowe jest niejako „wpisane” w sposób naturalny w określone rodzaje pracy czy zawodów. Dotyczy to także stresu związanego z określonymi pracami²⁰. Natomiast patologie w stosunkach społecznych, występujące w związku z zatrudnieniem, wprawdzie mogące skutkować w sferze zdrowia pracowników, nie mogą być traktowane jako naturalny czy też prawdopodobny skutek zatrudnienia w określonych warunkach. Trudno więc włączyć je w zakres obowiązków pracodawcy dotyczących bhp realizujących cele prewencyjne²¹. Dobrze się więc stało, że ustawodawca potraktował bezprawne zachowania w miejscu pracy w kategoriach powinności pracodawcy przeciwdziałania nim, i dotyczy to nie tylko mobbingu (art. 94³ § 1 k.p.), lecz także dyskryminacji w zatrudnieniu (art. 94 pkt 2a k.p.). Warto dodać, że obie te regulacje zostały dodane do działu IV k.p. cytowaną ustawą z 2003 roku.

Wyłączenie regulacji dotyczącej mobbingu (a także dyskryminacji w zatrudnieniu) z przepisów bhp będzie więc skutkowało tym, iż nie będą one podlegać procedurom prewencyjnym charakterystycznym dla sfery bhp, takim jak np. ocena ryzyka zawodowego.

¹⁹ W niektórych ustawodawstwach, np. w Szwecji i Szwajcarii, mobbing jest uregulowany w przepisach dotyczących bhp.

²⁰ Por. np. wykaz prac wymagających szczególnej sprawności psychofizycznej stanowiący treść rozporządzenia MPiPS z dnia 28 maja 1996 r., Dz.U. nr 63, poz. 287.

²¹ Obowiązki pracodawcy w sferze bhp to zarówno obowiązki prewencji bezpośredniej o adresacie zindywidualizowanym i zbiorowym, jak i obowiązki prewencji pośredniej (szerzej na ten temat: T. Wyka, *Ochrona zdrowia...*, s. 221 i n.).

Zakres zastosowania przepisów dotyczących mobbingu

Z treści art. 94³ k.p. wynika, że mobbing dotyczy stron stosunku pracy. Stroną bierną mobbingu jest pracownik będący ofiarą działań mobbingowych, co oznacza, że według tego przepisu ofiarą mobbingu nie może być pracodawca²², natomiast stroną czynną, czyli sprawcą mobbingu, jest pracodawca, a także może być nim inna osoba, czego nie wyklucza art. 94³ § 1 k.p. stanowiący, że pracodawca jest obowiązany przeciwdziałać mobbingowi. Przepis ten nie zawiera jakiegokolwiek zastrzeżenia, kto może być sprawcą mobbingu. Rozważmy bliżej krąg podmiotów, które mogą wystąpić w wyżej wskazanych rolach. Rozpocznijmy od strony biernej mobbingu.

W art. 94³ § 2–§ 3 k.p. na określenie ofiary mobbingu ustawodawca posługuje się pojęciem „pracownik”, bez dodatkowych uściśleń. Należy zatem odwołać się do przepisów k.p., definiujących pracownika, tj. do art. 22 § 2 i § 3 k.p., który uznaje kryterium wieku za determinujące wystąpienie w roli pracownika²³ oraz do art. 2 k.p., który za takie kryterium przyjmuje podstawę zatrudnienia²⁴.

W świetle tych regulacji ofiarą mobbingu może być zarówno pracownik dorosły, jak i młodociany, zatrudniony na podstawie w zasadzie każdego rodzaju umowy o pracę²⁵ i na podstawie źródeł pozaumownych. Ofiarą mobbingu może być także pracownik zatrudniony w pełnym i niepełnym wymiarze czasu pracy.

Rozpatrując stronę bierną mobbingu, warto rozważyć, czy ofiarą mobbingu może być pracownik tymczasowy²⁶. Oczywiście, jeśli sprawcą mob-

²² W takim wypadku, gdy przemoc ze strony pracownika dotyczy pracodawcy, znajdują zastosowanie wyłącznie przepisy k.c. o ochronie dóbr osobistych.

²³ Zgodnie z art. 22 § 2 k.p. pracownikiem może być osoba, która ukończyła 18 lat. Na warunkach określonych w dz-IX k.p. pracownikiem może być również osoba, która nie ukończyła 18 lat. Chodzi tu o pracownika młodocianego, którym może być osoba w wieku 16–18 lat.

²⁴ Zgodnie z art. 2 k.p. pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę.

²⁵ W praktyce może powstać pewien problem kwalifikowania zachowania jako mobbingu w przypadku krótkich terminowych umów o pracę, jeśli weźmiemy konieczną do stwierdzenia przesłankę uporczywości zawartą w definicji legalnej mobbingu (94³ § 2 k.p.).

²⁶ Sytuację pracownika tymczasowego i strony pracodawcy w tym nietypowym zatrudnieniu pracowniczym reguluje ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnieniu pracowników tymczasowych, Dz.U. nr 166, poz. 1608 z późn. zm.

bingu wobec pracownika tymczasowego będzie agencja pracy tymczasowej, występująca w tej złożonej, trójpodmiotowej konstrukcji w roli pracodawcy w rozumieniu art. 3 k.p., to pracownik tymczasowy związany z agencją umową o pracę będzie mógł być niewątpliwie ofiarą mobbingu w rozumieniu 94³ § 2 k.p., i będzie mógł z tego tytułu wywodzić określone skutki prawne. Powstaje jednak pytanie, czy będziemy mieli do czynienia z mobbingiem w sytuacji, gdy sprawcą nękania wobec pracownika tymczasowego będzie pracodawca użytkownik, na rzecz którego i pod jego kierownictwem pracownik tymczasowy świadczy pracę, nie pozostając z nim jednak w żadnej więzi prawnej²⁷. Wydaje się, że można byłoby przyjąć, iż mamy wówczas do czynienia z tzw. mobbingiem poziomym, gdzie sprawcą mobbingu jest inna osoba niż pracodawca, który jednak, zgodnie z 94³ § 1 k.p., stanowiącym o obowiązku pracodawcy przeciwdziałania mobbingowi, będzie odpowiedzialny za bezprawne zachowanie mobbera, w tym wypadku – za bezprawne zachowanie pracodawcy użytkownika wobec pracownika tymczasowego.

Podsumowując ten wątek rozważań, należy stwierdzić, że w świetle regulacji wynikającej z 94³ k.p. ofiarą mobbingu według tej normy może być wyłącznie osoba występująca w roli pracownika. Zatem jeśli ofiarą nękania i przemocy jest osoba zatrudniona na innej podstawie niż stosunek pracy, np. osoba zatrudniona na podstawie umowy cywilnoprawnej czy funkcjonariusz służb mundurowych zatrudniony na podstawie „służbowego” mianowania (np. policjant)²⁸, wówczas należy to zachowanie kwalifikować wyłącznie w kategoriach naruszenia dóbr osobistych (art. 23 i art. 24 k.c.), a nie mobbingu, i stosować sankcje przewidziane prawem cywilnym.

Powyższe uwagi wyjaśniają w pewnym stopniu stronę czynną mobbingu, czyli jego sprawcę. Z treści 94³ § 1 k.p., w którym ustawodawca posługuje się pojęciem pracodawcy wynika, że sprawcą mobbingu może być pracodawca. Wówczas będziemy mieli do czynienia z tzw. mobbingiem pionowym. Definicja pracodawcy została zawarta w art. 3 k.p. stanowiącym, że pracodawcą może być zarówno osoba fizyczna, jak i jednostka

²⁷ Na temat konstrukcji zatrudnienia tymczasowego por. m.in.: D. Makowski, *Praca tymczasowa jako nietypowa forma zatrudnienia*, Warszawa 2006; A. Sobczyk, *Zatrudnienie tymczasowe. Komentarz*, Warszawa 2009; M. Paluszkiwicz, *Zatrudnienie tymczasowe w polskim prawie pracy. Konstrukcja i charakter prawny*, Warszawa 2011.

²⁸ Postanowienie SN z dnia 9 maja 2007 r, gdzie SN przyjął, iż dopuszczalna jest droga sądowa w sprawie, w której funkcjonariusz policji dochodzi odszkodowania i innych roszczeń z tytułu długotrwałego izolowania go, poniżania oraz pomijania w awansach i szkoleniach przez przełożonych (art. 1–2 § 1 k.p.c.), OSNAP 2008, nr 15–16, poz. 224.

organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, jeśli tylko zatrudniają pracowników. Z definicji legalnej mobbingu zawartej w 94³ § 2 k.p. (o czym dalej) wynika, że zachowania mobbingowe mogą pochodzić wyłącznie od osoby fizycznej. Zatem według przepisów k.p. mobberem będzie mógł być pracodawca będący osobą fizyczną, zaś w sytuacji, gdy pracodawcą jest jednostka organizacyjna, mobberem będzie osoba fizyczna zarządzająca tą jednostką (art. 3¹ § 1 k.p.).

Należy zauważyć, że zarówno za pracodawcę będącego jednostką organizacyjną, choćby nie posiadała osobowości prawnej, jak i za pracodawcę będącego osobą fizyczną, zgodnie z art. 3¹ § 1 i § 2 k.p. może wystąpić inna osoba fizyczna „wyznaczona” do podejmowania czynności w sprawach z zakresu prawa pracy. Oznacza to, że w razie wyznaczenia owej innej osoby działającej albo na zasadach pełnomocnictwa w rozumieniu prawa cywilnego albo w oparciu o umowę cywilnoprawną zawartą z pracodawcą²⁹, to ona będzie występowała w roli mobbera.

Jak wspomniano powyżej, k.p. dopuszcza jednak także mobbing poziomy, stanowiąc, że pracodawca ma obowiązek przeciwdziałać mobbingowi (§ 1 art. 94³ k.p.). Mobberem mogą więc być pracownicy, a także inne osoby fizyczne pozostające w różnych relacjach z pracodawcą, za których bezprawne działania wobec pracownika-ofiary mobbingu, zgodnie z 94³ k.p., będzie on ponosił odpowiedzialność. Będą to więc np. współpracownicy ofiary mobbingu, mogą to być przełożeni, kierownicy różnego szczebla, mogą to być, jak się wydaje, inne osoby trzecie, w tym pracodawca użytkownik, czy np. klienci, z którymi pracownik ma kontakt w ramach swoich obowiązków³⁰. SN uważa, że w procesie mobbingu nie musi uczestniczyć wyłącznie pracodawca czy bezpośredni przełożeni pracownika. Mogą w nim uczestniczyć również osoby spoza zakładu, np. małżonek lub dorosłe dziecko właściciela zakładu czy ściśle współpracujący z pracodawcą kluczowy kontrahent. Jednakże, zdaniem SN, konsekwencje prawne mobbingu będzie ponosił wyłącznie pracodawca, zarówno wtedy gdy sam się dopuścił czynu bezprawnego, jak i wtedy gdy tolerował lub nie zapobiegł tego typu zachowaniom ze strony innych osób względem własnego pracownika³¹.

²⁹ Por. T. Zieliński, G. Goździewicz: *Komentarz do art. 3¹kp (w:) Kodeks pracy. Komentarz*, red. L. Florek, Warszawa 2011, s. 47–48.

³⁰ Szeroki krąg podmiotów, które mogą wystąpić w roli mobbera wobec pracownika przewiduje cytowana wyżej Rezolucja Rady Unii Europejskiej z 2007 roku.

³¹ Por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 7 maja 2009, III PK 2/09, OSNAP 2011, nr 1–2, poz. 5.

Definicja legalna mobbingu

Przepis 94³ § 2 k.p. zawiera definicję legalną mobbingu. Jest ona bardzo rozbudowana, zawiera wiele zwrotów ocennych, co rodzić może różne interpretacje zachowań, które najogólniej można nazwać przemocą psychiczną w miejscu pracy³². Bardzo pomocne we właściwej wykładni tego przepisu są stosunkowo liczne wypowiedzi SN w tym przedmiocie. Bogate orzecznictwo może świadczyć z jednej strony o częstym zjawisku mobbingu w miejscach pracy, z drugiej strony potwierdza złożoność i niejasność definicji mobbingu.

Zgodnie z 94³ § 2 k.p., mobbing oznacza działania lub zachowania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, polegające na uporczywym i długotrwałym nękanii lub zastraszaniu pracownika, wywołujące u niego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej, powodujące lub mające na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników.

Mobbing ma więc polegać na działaniach lub zachowaniach. Ustawodawca niepotrzebnie rozbudowuje w tym zakresie definicję mobbingu. Wystarczyłoby bowiem ograniczyć się tylko do przesłanki zachowania, która mieści w sobie zarówno działania, jak i zaniechania³³. Sformułowanie zawarte w analizowanym przepisie, że owe zachowania mogą „dotyczyć pracownika lub też mogą być skierowane przeciwko pracownikowi” sugeruje z kolei, że działania dotyczące pracownika będą mogły być działaniami wobec niego pozytywnymi, co oczywiście kłóci się z istotą mobbingu.

Dalej, ustawodawca wymaga, aby zachowanie mobbera było uporczywe i długotrwałe. W odróżnieniu od wyżej wskazanych, te przesłanki, o niedookreślonym znaczeniu, muszą wystąpić łącznie³⁴. Przesłanka uporczywości oznacza, że negatywne zachowania powinny się powtarzać, wymaga się więc wielokrotnych zachowań, zatem jednorazowe zachowanie, choćby spełniło wszystkie pozostałe elementy definicyjne mobbingu, nie będzie mogło być kwalifikowane w kategoriach 94³ § 2 k.p. Równie nieprecyzyjna jest przesłanka „długotrwałości”. W wyroku z 17 stycznia 2007 r. SN uznał, że nie jest możliwe sztywne wskazanie minimalnego okresu niezbędnego

³² Podnosi to m.in. M. Gładoch, *Mobbing a praca pod kierownictwem*, PiZS 2006, nr 4, s. 19.

³³ W. Cieślak, J. Stelina, *Definicja mobbingu oraz obowiązki pracodawcy przeciwdziałania temu zjawisku (94³ k.p.)*, PiP 2004, nr 12, s. 72.

³⁴ Szerzej: B. Bury, *Uporczywość i długotrwałość zachowania jako elementy składowe prawnej definicji mobbingu*, MPP 2007, nr 2.

do zaistnienia mobbingu³⁵, choć we wcześniejszym wyroku z 29 czerwca 2005 r. przyjął, że za mobbing można uznać działania naruszające dobra osobiste pracowników w krótkim czasie, np. podczas jednej dniówki roboczej³⁶.

Na definicję legalną mobbingu składa się także wymóg nękania lub zastraszania pracownika. Pojęcia te także nie są bliżej zdefiniowane, co rodzi różną ich interpretację. Wydaje się jednak, że włączenie ich do definicji mobbingu pozwoli wyeliminować z działań mobbingowych te zachowania pracodawcy, które będąc negatywnie odbierane przez pracowników, nie miały jednak na celu ich zastraszania. Taki wniosek potwierdzają wypowiedzi judykatury, np. w wyroku z 20 marca 2007 r. SN stwierdził, że towarzysząca zapowiedzianym zwolnieniom z pracy atmosfera napięcia psychicznego wśród załogi zakładu pracy nie oznacza stosowania przez pracodawcę mobbingu³⁷. W innym wyroku uznano, że nawet niesprawiedliwa, lecz incydentalna krytyka pracownika przez pracodawcę, nie może być kwalifikowana jako mobbing³⁸, jak również samo rozwiązanie stosunku pracy podyktowane zmianami organizacyjnymi w szkole nie daje podstaw do traktowania go jako przejawu mobbingu³⁹. Szczególnie istotna w tym względzie jest wypowiedź SN w wyroku z 8 grudnia 2005 r., gdzie przyjął, że wydawanie przez pracodawcę poleceń dotyczących pracy nie stanowi, co do zasady, naruszania godności pracownika (dóbr osobistych), nierównego traktowania lub dyskryminacji oraz mobbingu⁴⁰.

Na definicję mobbingu składa się także określenie skutku zachowań mobbingowych. Ustawodawca wymaga bowiem, aby zachowania mobbera wywołały u pracownika-ofiary mobbingu zaniżoną oceną przydatności. O tym, jak istotna jest to przesłanka, może świadczyć jedna ze spraw rozstrzyganych przez sąd pracy, gdzie powołując się na opinie biegłych, że wrogie działania pracodawcy prowadzone wobec pracownika „nie spowodowały u niego przekonania, że jest gorszym kierownikiem i nie radzi sobie na zajmowanym stanowisku” przyjęto, iż mobbing nie miał miejsca, ponieważ „nie została udowodniona przez stronę powodową niezbędna

³⁵ Wyrok SN z dnia 17 stycznia 2007 r., I PK 176/06, OSNAP 2008, nr 5–6, poz. 58.

³⁶ Wyrok SN z dnia 29 czerwca 2005 r., I PK 290/04, OSNAP 2006, nr 9–10.

³⁷ Wyrok SN z dnia 20 marca 2007 r., II PK 221/06, OSNAP 2008, nr 9–10, poz. 357.

³⁸ Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 grudnia 2006 r., III APa 170/05, OSA w Katowicach 2007, nr 3, poz. 4.

³⁹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 20 października 2006 r., III APA 39/06, OSA w Katowicach, nr 3, poz. 3.

⁴⁰ Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2005 r., I PK 1003/05, OSNAP 2006, nr 21–22, poz. 321.

przesłanka mobbingu wystąpienia u pracownika zaniżonej oceny przydatności zawodowej⁴¹.

Równie istotnym elementem definicji mobbingu jest cel działań mobbera, a mianowicie zgodnie z art. 94³ § 2 k.p. jego działania powinny powodować lub mieć na celu poniżenie lub ośmieszenie, izolowanie lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników. W wyroku z 14 listopada 2008 r. SN wyjaśnił, że izolacja pracownika w grupie współpracowników nie stanowi autonomicznej cechy mobbingu. Tylko izolacja w grupie pracowniczej, będąca następstwem działań polegających na negatywnych zachowaniach objętych dyspozycją normy zawartej w 94³ § 2 k.p. (nękanie, zastraszanie, poniżanie, ośmieszanie) uzasadnia przyjęcie zaistnienia mobbingu. Jeśli natomiast izolacja jest reakcją na naganne zachowania pracownika w stosunku do swoich współpracowników, to zdaniem SN nie ma podstaw, aby działaniom polegającym na unikaniu kontaktów z takim pracownikiem (czyli na izolowaniu go) przypisać znamiona mobbingu⁴².

Ustalanie celu i skutków negatywnych zachowań staje się więc konieczne dla kwalifikacji bezprawnego zachowania jako mobbingu⁴³. Udowodnienie w szczególności celu potwierdza nie tylko bezprawność mobbera, lecz także jego winę, a ta z kolei jest przesłanką uzyskania przez pracownika-ofiary mobbingu stosownych świadczeń⁴⁴, także na podstawie art. 415 k.c.⁴⁵.

Przedstawione wyżej przesłanki mobbingu muszą wystąpić łącznie⁴⁶, i powinny być ustalone według obiektywnej miary. W cytowanym już wyroku z 14 listopada 2008 r. SN stwierdził, że ocena, czy nastąpiło nękanie i zastraszanie pracownika oraz czy działania te miały na celu i mogły lub doprowadziły do zaniżonej oceny jego przydatności zawodowej, do jego poniżania, ośmieszania, izolacji lub wyeliminowania z zespołu współpracowników, opierać się musi na obiektywnych kryteriach. Nie przeszkadza

⁴¹ Por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 7 maja 2009 r., III PK 2/09, OSNAP 2011, nr 12, poz. 5.

⁴² Wyrok SN z dnia 14 listopada 2008 r., II PK 88/08, OSNAP 2010, nr 9–10, poz. 114.

⁴³ Odosobniony pogląd w tej kwestii reprezentuje SA w Katowicach, który w wyroku z dnia 15 grudnia 2006, III APa 170/05) uznał, że uznanie określonego zachowania za mobbing wg 94³ § 2 k.p. nie wymaga ani stwierdzenia po stronie prześladowcy działania ukierunkowanego na osiągnięcie celu (zamiaru), ani wystąpienia skutku. Wystarczy, że pracownik był obiektem oddziaływania, które według obiektywnej miary może być ocenione za wywołujące jeden ze skutków określonych w 94³ § 2 k.p.

⁴⁴ Tak SN w wyroku z dnia 5 października 2007 r., II PK 31/07, OSNAP 2008, nr 21–22, poz. 312.

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 2 października 2009 r., PK 105/09, Lex nr 571904.

⁴⁶ Tak SN w wyroku z dnia 5 maja 2006 r., II PK 112/06, OSNAP 2008, nr 1–2, poz. 12.

to jednak rozpatrywaniu każdego przypadku w sposób zindywidualizowany, przy uwzględnieniu okoliczności konkretnego zachowań⁴⁷.

Przyjęcie założenia, że uznanie mobbingu powinno opierać się na obiektywnej ocenie jego przesłanek, a nie wyłącznie subiektywnym odczuciu pracownika-ofiary mobbingu, jest słuszne⁴⁸. Jak wynika bowiem z licznych spraw rozpatrywanych przez sądy pracy, często nadmierna wrażliwość pracownika wywołuje u niego z jednej strony zaniżoną ocenę przydatności bądź też, z drugiej strony, brak odpowiedniej wrażliwości skutkującej zaniżoną oceną uniemożliwia kwalifikowanie zachowania jako mobbingu. Posłużenie się więc kryteriami obiektywnymi pozwoli wypracować „obiektywne wzorzec ofiary rozsądnej”⁴⁹; daje pracodawcy możliwość organizowania pracy i korzystania z uprawnień kierowniczych, w tym wydawania pracownikom poleceń, które mieszczą się w granicach prawa lub treści umowy o pracę (art. 100 § 1 k.p.)⁵⁰.

Pozostaje jednak do rozważenia sprawa ciężaru dowodu. Przepis 94³ k.p. nie zawiera w tym przedmiocie żadnych regulacji, nie odsyła także do ewentualnego odpowiedniego stosowania art. 18^{3b} § 1 k.p., który w sprawach dotyczących zarzutu nierównego traktowania ciężar dowodu (przeciwne) przerzuca w zasadzie pracodawcę⁵¹. Pozostaje więc przyjęcie reguł ogólnych wynikających z art. 6 k.c., zgodnie z którymi ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Taki też jest pogląd SN, który uważa, że na pracowniku-ofierze mobbingu spoczywa zarówno ciężar udowodnienia przesłanek, jak i skutków mobbingu w postaci rozstroju zdrowia⁵². Trudno dyskutować z tym stanowiskiem; znajduje ono oparcie w przepisach prawa, a raczej w braku szczegółowych regulacji w tym przedmiocie. Jednak wydaje się, że biorąc pod uwagę wskazane wyżej przesłanki mobbingu, w tym cel i skutek działań mobbera, łatwo można wyobrazić sobie sytuację, w której pracownik-ofiara mobbingu nie będzie w stanie przeprowadzić dowodu na okoliczność

⁴⁷ Por. wyrok SN z dnia 17 stycznia 2007 r., I PK 176/06, OSNAP 2008, nr 5–6, poz. 58.

⁴⁸ Tak też SN w wyroku z dnia 7 maja 2009 r. (III PK 2/09, Lex nr 510981), gdzie stwierdzono, że badanie i ocena subiektywnych odczuć osoby mobbingowanej nie może stanowić podstawy do ustalenia odpowiedzialności mobbingowej.

⁴⁹ Por. uzasadnienie cytowanego wyroku SN z dnia 7 maja 2009 r., III PK 2/09.

⁵⁰ Zwraca na to uwagę M. Gładoch, *Mobbing a praca...*, s. 19.

⁵¹ Zdaniem SN pracownik powinien wskazać fakty uprawdopodobniające zarzut nierównego traktowania, a na pracodawcę przechodzi ciężar, że kierował się obiektywnymi powodami (wyrok SN z dnia 9 czerwca 2006 r., III PK 30/06, OSNAP 2007, nr 11–12, poz. 160; wyrok SN z dnia 18 sierpnia 2008 r., I PK 28/09, Lex nr 528155).

⁵² Wyrok SN z dnia 5 grudnia 2006, II PK 112/06, OSNAP 2008, nr 1–2, poz. 12.

wszystkich przesłanek mobbingu. Stąd, należałoby postulować, aby ustawodawca wzorem wskazanych wyżej regulacji, wymagał od pracownika jedynie uprawdopodobnienia mobbingu.

Skutki zdrowotne mobbingu

Jak wynika z przytoczonej i poddanej analizie definicji legalnej mobbingu, ustawodawca nie uznaje skutków zdrowotnych działań mobbingowych jako cechy tego typu zachowań. Skutki zdrowotne natomiast, szczególnie w postaci rozstroju zdrowia pracownika-ofiary mobbingu są przesłanką domagania się przez niego, na podstawie art. 94³ § 3 k.p., zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Takie też jest w tym zakresie dominujące stanowisko doktryny i judykatury⁵³. Odmienny pogląd zaprezentował jednak SN w jednym z najnowszych orzeczeń dotyczących mobbingu, a mianowicie w wyroku z 16 marca 2010 r. przyjął, że do stwierdzenia mobbingu w rozumieniu art. 94³ § 2 k.p. nie jest wymagane wykazanie umyślnego zamiaru wywołania rozstroju zdrowia u pracownika poddanego temu zakazanemu zachowaniu się mobbera, co oznacza, że za mobbing mogą być uznane wszelkie bezprawne, także nieumyślne działania lub zachowania mobbera, które wyczerpują ustawowe znamiona mobbingu, a w szczególności jeśli wywołały rozstrój zdrowia u pracownika⁵⁴. Zatem za ustawowe znamię mobbingu SN uznaje wystąpienie skutku w postaci rozstroju zdrowia. Trudno zgodzić się z tym poglądem, pozostaje on bowiem w sprzeczności z 94³ § 2 k.p., który nie wymaga rozstroju zdrowia dla kwalifikacji zachowania jako mobbingu. Po pierwsze więc, może mieć miejsce uznanie zachowania pracodawcy, czy też osób mu podległych, lub za które odpowiada za mobbing, i jeżeli nie wywołałyby on skutków zdrowotnych w szczególności rozstroju zdrowia, to pracownik będzie mógł z tytułu mobbingu wywodzić inne określone skutki, w tym będzie mógł skorzystać z prawa rozwiązania umowy o pracę i żądania odszkodowania na podstawie 94³ § 4 k.p., jak również będzie mógł dochodzić zadośćuczynienia na podstawie przepisów k.c. (art. 23 i 24 k.c.). Po drugie, jeśli pracownik udowodni nie tylko mobbing, ale także skutek mobbingu w postaci rozstroju zdrowia, to będzie mógł dochodzić zadośćuczynienia na podstawie art. 94³ § 3 k.p.

⁵³ Por m.in.: wyrok SN z dnia 7 maja 2009 r., III PK 2/09, Lex nr 510981; Wyrok SN z 5 października 2007 r., II PK 31/07, Lex nr 328055.

⁵⁴ Wyrok SN z dnia 16 marca 2010 r., I PK 203/09, Lex nr 58950.

lub na podstawie art. 445 k.c. i 448 k.c.⁵⁵, jak również będzie mógł korzystać z innych praw.

Uznając więc, że skutki zdrowotne mobbingu w postaci rozstroju zdrowia są jedynie niezbędne dla wyprowadzenia przez pracownika stosownych roszczeń, spróbujmy ustalić treść pojęcia „rozstrój zdrowia” użytego w art. 94³ § 3 k.p.

W prawie pracy brakuje definicji legalnej rozstroju zdrowia. Brakuje takiej definicji także na gruncie prawa cywilnego, pomimo że k.c. posługuje się tym pojęciem obok pojęcia uszkodzenia ciała (art. 444 § 1 k.c., art. 446 § 1 k.c.). Warto dodać, że z kolei w prawie ubezpieczeń społecznych, tj. w ustawie z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych⁵⁶ ustawodawca definiuje uraz, będący elementem definicyjnym wypadku przy pracy, jako uszkodzenie tkanek ciała lub narządów człowieka wskutek działania czynnika zewnętrznego (art. 2 pkt 13 ustawy)⁵⁷. W ustawie tej zdefiniowano także pojęcie stałego i długotrwałego uszczerbku na zdrowiu (art. 11 ust. 2.3) rozumianego jako naruszenie sprawności organizmu, które powoduje upośledzenie czynności organizmu nierokujące poprawy (stały uszczerbek) lub powodujące upośledzenie czynności organizmu na okres przekraczający 6 miesięcy, mogące ulec poprawie (długotrwały uszczerbek).

Wskazane wyżej pojęcia, którymi posługuje się ustawodawca, należą do szerszej kategorii szkody na osobie. W doktrynie prawa cywilnego pod pojęciem szkody na osobie rozumie się w szczególności uszczerbki wynikające z uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia, pozbawienia życia, a także naruszenia innych dóbr osobistych człowieka⁵⁸. Uszkodzenie ciała polega na naruszeniu integralności fizycznej człowieka, natomiast rozstrój zdrowia wyraża się w zakłóceniu funkcjonowania organizmu człowieka (np. zatrucie, nerwica)⁵⁹. Rozstrój zdrowia, podobnie jak uszkodzenie ciała, jest pewną kategorią medyczną.

Zatem dla jego ustalenia konieczna jest ocena profesjonalisty. Nie wystarczy więc w tym przypadku poprzestanie jedynie na emocjach (smutek, żal, przygnębienie). Takie też jest stanowisko SN w kwestii rozstroju zdrowia

⁵⁵ Postanowienie SN z dnia 9 czerwca 2010 r., II PZ 17/10, Lex nr 619635.

⁵⁶ Tj. Dz. U. z 2009 r, nr 167, poz. 1322 z późn. zm.

⁵⁷ Szerzej: W. Witoszko, *Uraz jako element definicji wypadku przy pracy*, MPP 2006, nr 6, s. 301 i n.

⁵⁸ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 252.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 254.

jako przesłanki uzasadniającej żądanie pracownika zadośćuczynienia z tytułu mobbingu na podstawie art. 94³ § 3 k.p.⁶⁰.

Rodzi się pytanie, kto będzie w takim wypadku uprawniony do stwierdzenia rozstroju zdrowia pracownika. Jak zostało to wyżej przyjęte, rozstrój zdrowia powinien być oceniony w kategoriach medycznych, zatem ocena lekarza będzie tutaj konieczna. Pracownicy podlegają profilaktycznym badaniom lekarskim (art. 229 k.p.), które są przeprowadzane przez lekarza profilaktyka zatrudnianego, zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 o służbie medycyny pracy⁶¹, przez pracodawcę. Lekarz ten powinien mieć zagwarantowaną niezależność od pracodawcy, pracowników i ich przedstawicieli, jak stanowi art. 3 tej ustawy, lecz w praktyce pozostaje on w dużym stopniu zależny ekonomicznie od podmiotu go zatrudniającego⁶². Nie wydaje się więc właściwe, aby to lekarz profilaktyk, który zresztą wykonuje badania profilaktyczne głównie z inicjatywy pracodawcy na podstawie wystawionego przez niego skierowania, dokonywał oceny stanu zdrowia pracownika z punktu widzenia skutków zdrowotnych mobbingu. Byłby wówczas „sędzią” w sprawie pracodawcy, z którym wiąże go umowa.

Pozostaje więc przyjąć, że ocena, czy doszło do rozstroju zdrowia na skutek mobbingu będzie należała do innego lekarza niż lekarz profilaktyk, np. lekarza pierwszego kontaktu, a także do biegłych sądowych. Praktyka pokazuje jednak, że lekarze nie dokonują odpowiednich wypisów w dokumentacji medycznej, że rozstrój zdrowia został spowodowany mobbingiem, co znacznie utrudnia dochodzenie przez pracowników zadośćuczynienia pieniężnego za rozstrój zdrowia na podstawie art. 94³ k.p.⁶³.

Rozważmy z kolei, czy mobbing może być rozpatrywany w kategorii jeszcze innych skutków zdrowotnych niż tylko jako rozstrój zdrowia. Chodzi w szczególności o problem krzywdy rozumianej jako niemajątkowy efekt wywołany uszkodzeniem ciała czy rozstrojem zdrowia. Wydaje się, że jeżeli mobbing wywoła cierpienia fizyczne i psychiczne dotyczące zdrowia i wywołujące dalsze następstwa w postaci nie tylko osamotnienia, nieprzydatności społecznej, wykluczenia społecznego, ale także wywoła obawę o stan zdrowia, to można przyjąć, że na skutek mobbingu doszło

⁶⁰ Por. uzasadnienie cytowanego wyroku SN z dnia 7 maja 2009, III PK 2/09.

⁶¹ Tj. Dz.U. z 2004, nr 125, poz. 1317 z późn. zm.

⁶² Szerzej na temat relacji między lekarzem profilaktykiem a pracodawcą: T. Wyka, *Prewencyjna kontrola zdrowia pracownika – przesłanki, skutki, granice* (w:) *Kontrola pracownika. Możliwości techniczne i dylematy prawne*, red. Z. Góral, Warszawa 2010, s. 57–59.

⁶³ T. Zalewski, *Lekarze odmawiają poświadczenia mobbingu*, Rzeczpospolita, 22 września 2010, s. C6.

do naruszenia dobra osobistego, jakim jest zdrowie, chronionego na podstawie art. 207 § 2 k.p.⁶⁴, wymienionego w art. 23 k.c. wśród różnych dóbr osobistych na pierwszym miejscu. Zatem naruszenie poprzez zachowania mobbera pracowniczego bezpieczeństwa zdrowotnego, wywołujące lęk o zdrowie może być jeszcze innym skutkiem zdrowotnym mobbingu uzasadniającym dochodzenie zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na podstawie art. 445 k.c. lub na podstawie art. 448 k.c. Odpowiedzialność więc pracodawcy za skutki zdrowotnego mobbingu będzie się mogła opierać w ramach prawa cywilnego nie tylko na podstawie odpowiedzialności z tytułu czynu niedozwolonego (art. 415 k.c.), ale także na podstawie odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.)⁶⁵.

Poszukując różnych skutków zdrowotnych mobbingu, warto także odnieść się do pewnych konstrukcji przewidzianych w przepisach bhp. Mamy tu na uwadze szczególne uprawnienie, jakim dysponuje pracownik na podstawie art. 210 k.p., a mianowicie chodzi o prawo pracownika powstrzymania się od wykonywania pracy niebezpiecznej. Ustawodawca przewiduje w tym przepisie dwie postaci tego prawa, które różnią się zakresem podmiotowym, przesłankami oraz sytuacją pracownika w związku z realizacją uprawnienia⁶⁶. Z punktu widzenia mobbingu szczególnie przydatne będzie rozważenie prawa pracownika powstrzymania się od wykonywania pracy niebezpiecznej ze względu na zagrożenie zewnętrzne, a więc pochodzące spoza organizmu pracownika, o którym stanowi art. 210 § 1 k.p.

Skorzystanie z tego prawa jest uwarunkowane łącznym wystąpieniem dwóch przesłanek, a mianowicie musi nastąpić stwierdzenie przez pracownika, że warunki pracy nie odpowiadają przepisom bhp i powoduje to powstanie bezpośredniego zagrożenia dla życia i zdrowia pracownika. W takim wypadku pracownik ma prawo powstrzymać się od pracy, a nawet oddalić z miejsca zagrożenia (art. 210 § 2 k.p.), z gwarancją zachowania pełnego wynagrodzenia za cały czas powstrzymania się od pracy (art. 210 § 3 k.p.), jak również z gwarancją ochrony przez negatywnymi działaniami ze strony pracodawcy (art. 210 § 2¹ k.p.).

⁶⁴ Na temat treści generalnego obowiązku pracodawcy ochrony zdrowia i życia pracowników: T. Wyka, *Ochrona zdrowia i życia pracowników, jako element treści stosunku pracy*, Warszawa 2003, s. 238–249. Por. także: Wyrok SA w Gdańsku z dnia 31 grudnia 2009 r., III APa 24/09, z glosą J. Jankowiaka, OSP 2011, poz. 35.

⁶⁵ Por. wyrok SN z dnia 14 grudnia 2010 r., I PR 95/10, Lex nr 785643.

⁶⁶ Szerzej: T. Wyka, *Powstrzymanie się od wykonywania pracy niebezpiecznej*, PiZS 1998, nr 4 (cz. I), nr 5 (cz. II).

Wydaje się, że działanie mobbera może być uznane za zagrożenie zewnętrzne, uzasadniające powstrzymanie się od wykonywania pracy. Mobbing bowiem, jak stwierdzono wyżej, może być także oceniany w kategoriach naruszenia dobra osobistego w postaci zdrowia. Jeśli działania mobbera wywołają u pracownika utratę poczucia bezpieczeństwa zdrowotnego, które pracownik oceni jako bezpośrednie zagrożenie dla jego życia i zdrowia, to powstanie po jego stronie prawo odmowy wykonywania pracy w kontrakcie z mobberem – źródłem zagrożenia bezpośredniego. Warunki pracy nie będą w tym wypadku odpowiadać przepisom bhp, bowiem nakładają one na pracodawcę obowiązek ochrony zdrowia i życia pracownika. Zostaną więc spełnione łącznie obie przesłanki warunkujące powstrzymanie się pracownika od pracy. Należy jednakże dodać, że prawo powstrzymania się od pracy na skutek mobbingu częściej znajdzie zastosowanie, gdy będziemy mieli do czynienia z mobbingiem poziomym (między pracownikami) niż w sytuacji mobbingu pionowego (ze strony pracodawcy), choć i takiej sytuacji nie możemy wykluczyć.

MAGDALENA KUBA

Monitoring w miejscu pracy – refleksje na tle aktualnego stanu prawnego¹

Streszczenie

Celem niniejszego studium jest podjęcie próby oceny obowiązującego stanu prawnego w zakresie dotyczącym monitoringu w miejscu pracy. Wyjaśniewszy źródła uprawnień kontrolnych pracodawcy, autorka koncentruje swe rozważania na ustaleniu granic owych uprawnień. W związku z tym formułuje warunki dopuszczalności kontroli pracownika, opierając się na analizie nie tylko przepisów prawa pracy, ale także regulacji konstytucyjnych, cywilnych i administracyjnych.

Słowa kluczowe: dane osobowe, dobra osobiste, prawo pracy

Monitoring in the workplace – reflections in view of current legal regulations

Abstract

The purpose of this paper is to attempt an evaluation of the legal regulations relating to the issue of monitoring in the workplace. The Author defines sources of the employer's right to control the employee and analyses the limits of this right. Finally, the Author states some provisions of conducting monitoring in the workplace.

Keywords: labour law, personal data, personal goods

¹ „Krytyka Prawa” 2014, tom 6, s. 559–570.

Uwagi wstępne

Problem dopuszczalności poddawania pracownika kontroli wywołuje rozliczne wątpliwości natury etycznej i prawnej. Bezsporną kwestią jest, iż pracodawca jako podmiot organizujący pracę ludzką i nią zarządzający musi być wyposażony w kompetencje kontrolne pozwalające mu ograniczać, w pewnym stopniu, ponoszone przez niego ryzyko. Należy jednak mieć na względzie, że pracodawca nie dysponuje pełną swobodą w podejmowaniu wobec pracownika czynności kontrolnych. Pracownik jako podmiot określonych praw i wolności nie może być bowiem traktowany przedmiotowo, na równi z rzeczowymi, finansowymi czy innymi zasobami organizacji. Złożoność problemu kontroli pracownika, w obszarze którego dochodzi do konfrontacji interesów obydwu stron stosunku pracy, utrudnia wytyczenie granic prawa pracodawcy do kontroli pracownika. Brak interwencji prawodawcy, który, jak dotąd, nie uznał za celowe uregulowanie omawianego zagadnienia, należy oceniać krytycznie. Celem niniejszego studium jest analiza aktualnego stanu prawnego w przedmiotowym zakresie.

Problem dopuszczalności stosowania przez pracodawcę monitoringu w polskim systemie prawnym

Rozważania należałoby rozpocząć od wyjaśnienia pojęcia monitoringu, który często utożsamiany bywa ze stosowaniem środków technicznych, takich jak m.in.: kamery, programy komputerowe (tzw. szpiegowskie) czy narzędzia lokalizacyjne. Według definicji zawartej w *Słowniku języka polskiego* jest to proces stałej obserwacji, kontroli lub nadzoru². Można zatem przyjąć, że pojęcie monitoringu może być utożsamiane z pojęciem kontroli, choć w przypadku pierwszego ze wskazanych terminów nacisk kładzie się na stały charakter prowadzonych czynności. Według brytyjskiego *Information Commissioner* (będącego odpowiednikiem polskiego Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych) monitoring w miejscu pracy oznacza ogół czynności podejmowanych w celu gromadzenia informacji o pracownikach poprzez poddawanie ich różnym formom obserwacji, zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej (w tym przy użyciu środków elektronicznych)³.

² Hasło *monitoring* znajduje się w internetowym *Słowniku języka polskiego* dostępnym na stronie: www.sjp.pwn.pl.

³ *The Employment Practices Data Protection Code*, UK Information Commissioner's Office, Wilmslow 2011, Part 3: *Monitoring at work*, s. 59; tekst kodeksu dostępny na stronie: www.ico.gov.pl.

Międzynarodowa Organizacja Pracy proponuje z kolei objęcie zasięgiem monitoringu stosowanie urządzeń typu: komputery, kamery, sprzęt video, aparaty dźwiękowe, telefony i inne środki komunikacji oraz różnych metod ustalania tożsamości i położenia oraz innych form nadzoru⁴. Zakres przedmiotowego pojęcia jest zatem dość obszerny, choć zdaniem M. Wujczyka termin ten należy odnieść do kontroli wykonywanej za pomocą nowoczesnych środków technicznych⁵. Wydaje się, że w Polsce ten sposób rozumienia monitoringu jest bardziej popularny, stąd też takim ujęciem monitoringu (kontroli) będę się posługiwać w niniejszym opracowaniu. Bez wątpienia kontrola realizowana za pośrednictwem środków technicznych generuje poważniejsze zagrożenia dla poddawanego monitoringowi pracownika aniżeli bezpośrednia obserwacja dokonywana przykładowo przez przełożonego. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż rozwój technologiczny stwarza możliwości kontrolowania pracownika w sposób ukryty, bez jego wiedzy.

Źródłem uprawnień kontrolnych pracodawcy jest rzecz jasna kierownictwo pracodawcy stanowiące cechę konstytutywną stosunku pracy. Poprzez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy pod kierownictwem pracodawcy (art. 22 § 1 Kodeksu pracy⁶), a zatem także pod jego kontrolą. W mojej ocenie uprawnienia kontrolne są nieodłączną częścią kierownictwa pracodawcy i należy je zakwalifikować do kompetencji dyrektywnych, jakie pracodawca realizuje poprzez wydawanie pracownikom poleceń. Treść tych ostatnich uprawnień, jak proponuje H. Lewandowski, obejmuje zaś takie sfery jak: przydzielane pracownikowi zadania i sposób ich realizacji, miejsce świadczenia pracy oraz czas pracy⁷, jak również porządek w zakładzie pracy⁸. Uprawnienia kontrolne pracodawcy mają zatem także charakter niejednorodny, dotycząc różnych elementów treści stosunku pracy. Potwierdzeniem tezy o istnieniu prawa pracodawcy do kontroli pracownika jest, jak się wydaje,

⁴ *Protection of workers' personal data. An ILO code of practice*, Geneva 1997; dalej „kodeks praktyk MOP”; pkt 3.3; tekst kodeksu dostępny na stronie: www.ilo.org.

⁵ M. Wujczyk, *Prawo pracownika do ochrony prywatności*, Warszawa 2012, s. 308–309.

⁶ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, tekst jedn.: Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.; dalej „k.p.”.

⁷ Takie ujęcie uprawnień kierowniczych pracodawcy prezentuje H. Lewandowski w monografii pt. *Uprawnienia kierownicze w umownym stosunku pracy (Przedmiot i granice)*, Warszawa 1977.

⁸ *Idem*, *Możliwości kontrolowania pracownika w ramach uprawnień kierowniczych pracodawcy – zagadnienia ogólne*, [w:] *Kontrola pracownika. Możliwości techniczne i dylematy prawne*, red. Z. Góral, Warszawa 2010, s. 30–31.

art. 67¹⁴ k.p., w świetle którego pracodawca ma prawo kontrolować wykonywanie pracy przez telepracownika w miejscu świadczenia pracy, nawet jeśli miejscem tym jest dom telepracownika (przy spełnieniu określonych przez ustawodawcę przesłanek). Skoro pracodawca zdecydował się na ustalenie reguł wykonywania kontroli w domu telepracownika, to przypuszczalnie założeniem wyjściowym było przekonanie o tym, iż pracodawca, jako podmiot decydujący się na wybór modelu zatrudnienia pracowniczego, dysponuje kompetencjami kontrolnymi.

O ile istnienie prawa pracodawcy do kontroli pracownika nie jest kwestionowane, o tyle sprawą wywołującą wiele wątpliwości, a nawet kontrowersji, jest wyznaczenie granic owego prawa. W sensie ogólnym wytyczają je umowa o pracę (bądź inny akt kreujący stosunek pracy) oraz przepis prawny (art. 100 § 1 k.p.), jak również klauzule wskazane w art. 8 k.p., tj. społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa i zasady współżycia społecznego (klauzule te w istocie określają granice wykonywania prawa). Jako że brak co do zasady kompleksowych unormowań dotyczących zasad przeprowadzania przez pracodawcę kontroli⁹, ustalenie granic uprawnień kontrolnych pracodawcy wymaga analizy materiału normatywnego wykraczającego poza obszar prawa pracy. Granice te wyznaczają przede wszystkim regulacje ustanawiające instytucję ochrony dóbr osobistych oraz przepisy o ochronie danych osobowych. Realizowany w zakładzie pracy monitoring, w zależności od typu wybranych narzędzi i sposobu ich zastosowania, zagrażać może dobrom osobistym kontrolowanego pracownika. Kontrola ze swej istoty służy pozyskiwaniu informacji, w tym wypadku dotyczących pracownika, a zatem jego danych osobowych. W świetle bowiem art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych¹⁰ danymi osobowymi są wszelkie informacje odnoszące się do zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Analiza przepisów prawa pracy oraz norm konstytucyjnych, cywilnych i administracyjnych pozwala na sformułowanie pewnych przesłanek, których spełnienie warunkuje legalność procesu monitoringu, jakiemu poddawany ma być

⁹ Jedyną uregulowaną, choć w mojej ocenie wadliwie, formą kontroli pracownika jest kontrola jego trzeźwości (art. 17 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 1356 z późn. zm. oraz przepisy wykonawcze do ww. ustawy). Pozostałe unormowania odnoszące się do omawianego zagadnienia mają raczej charakter fragmentaryczny.

¹⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych; tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.; dalej „u.o.d.o.”.

pracownik. Do warunków dopuszczalności kontroli pracownika zaliczam co najmniej: zgodny z prawem cel kontroli, poszanowanie przez pracodawcę dóbr osobistych pracownika, zachowanie przesłanki legalności przetwarzania danych osobowych pracownika oraz respektowanie w toku kontroli dwóch reguł: zasady proporcjonalności (adekwatności) i zasady jawności¹¹.

Podejmowanie przez pracodawcę czynności kontrolnych względem pracowników winno przede wszystkim służyć realizacji stosunku pracy. Jako że przedmiotem pracowniczego zobowiązania jest wykonywanie pracy w sposób sumienny i staranny (art. 22 § 1 k.p., art. 100 § 1 k.p.), celem monitoringu może niewątpliwie być weryfikacja owej sumienności i staranności pracownika. Przykładowo założeniem pracodawcy korzystającego z oprogramowania szpiegowskiego jest monitorowanie aktywności pracownika w sieci po to, ażeby uzyskać dane nt. przestrzegania przez pracownika czasu pracy czy też prawidłowości użytkowania przez niego sprzętu służbowego. Informacje te pozwolą z kolei ocenić, w pewnym stopniu, sumiennosc i staranność pracownika. Inną formą kontroli realizowaną dla osiągnięcia ww. celu może być monitoring rozmów telefonicznych. W przypadku gdy uzgodnionym przez strony stosunku pracy rodzajem pracy jest telefoniczna obsługa klienta, analiza treści przeprowadzonych przez pracownika rozmów może być konieczna dla weryfikacji jego sumiennosci i staranności. Zaznaczyć przy tym trzeba, iż nie zawsze możliwe jest rzetelne sprawdzenie sumiennosci i staranności pracownika w oparciu o same rezultaty jego pracy (nie wszystkie bowiem czynniki mające wpływ na wyniki pracy konkretnego pracownika są od niego zależne). Należy się ponadto zgodzić z J. Wratnym, że kontrola przestrzegania przez pracownika stawianych mu wymagań dotyczących jakości wyniku pracy oddziałuje mobilizująco na rzecz poprawy jakości jego pracy¹². Przesłanką, która bezdyskusyjnie mieści się w formule zgodnego z prawem celu kontroli pracownika, są względy bezpieczeństwa. Po pierwsze pracodawca zobowiązany jest chronić życie i zdrowie pracownika (art. 207 § 2 k.p.). Po drugie oczywiste jest, że dąży on również do zabezpieczenia należącego do niego mienia oraz znajdujących się w jego dyspozycji informacji. Podkreślić przy tym trzeba, iż stosowanie bezpośredniej ochrony fizycznej

¹¹ Koncepcję taką przyjąłem w ramach dysertacji doktorskiej pt. *Prawne formy kontroli pracownika w miejscu pracy*, obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego w grudniu 2013 r. i wydanej nakładem Wydawnictwa Wolters Kluwer w formie monografii o tym samym tytule (Warszawa 2014, ss. 455).

¹² J. Wratny, Obowiązek należytej jakości pracy. Problemy definicji, *Studia Prawno-Ekonomiczne*, t. XXIV/1980 r., s. 46–47.

oraz zabezpieczenia technicznego (np. kamer) jest na gruncie art. 5 ustawy o ochronie osób i mienia¹³ obligatoryjne w przypadku takich obiektów jak m.in.: banki, obiekty telekomunikacyjne czy porty lotnicze. W konsekwencji pracodawca związany jest powinnością wprowadzenia pewnych środków monitoringu. Bardziej konkretne regulacje dotyczą konwojentów, jako że przepisy wykonawcze do ww. ustawy ustanawiają obowiązek wyposażenia pojazdów ubezpieczających bankowozy w monitorowany z zewnątrz system lokalizacji sanitarnej (dotyczy to także bankowozów)¹⁴. Celem, dla którego pracodawca stosuje monitoring, może być także konieczność zapewnienia prawidłowego przebiegu procesu pracy. W myśl art. 94 pkt. 2 k.p. pracodawca zobowiązany jest organizować pracę w sposób zapewniający pełne wykorzystanie czasu pracy oraz osiąganie przez pracowników wysokiej wydajności i należytej jakości pracy. Pewne narzędzia stosowane w procesach monitoringu umożliwiają pracodawcy realizację ww. powinności, jak choćby środki geolokalizacji (np. GPS-y) wspierające efektywne zarządzanie zadaniami pracowników świadczących pracę w terenie (np. kurierów, przedstawicieli handlowych). Z pewnością można byłoby wskazać również inne przesłanki kontroli pracownika. Podsumowując, stwierdzić jednak wypada, iż założenia leżące u podstaw podejmowania przez pracodawcę określonych czynności kontrolnych winny wiązać się, choćby w sposób pośredni, z realizacją stosunku pracy.

Kolejny z warunków dopuszczalności stosowania przez pracodawcę monitoringu dotyczy uwzględnienia zagrożeń, jakie generować może aplikacja wybranych narzędzi kontroli dla sfery osobistej pracownika. Art. 11¹ k.p. zobowiązuje pracodawcę do poszanowania godności oraz innych dóbr osobistych pracownika. Jak podnosi się w literaturze przedmiotu, regulacja ta obliuguje pracodawcę do zapewnienia pracownikom środowiska pracy wolnego od tego typu naruszeń¹⁵. Projektując procedury monitoringu, pracodawca winien wziąć pod uwagę dobór takich narzędzi, których zastosowanie nie będzie prowadzić do nadmiernej ingerencji

¹³ Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia; tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 145, poz. 1221 z późn. zm.

¹⁴ Załącznik nr 6 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 września 2010 r. w sprawie wymagań, jakim powinna odpowiadać ochrona wartości pieniężnych przechowywanych i transportowanych przez przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne (Dz. U. Nr 166, poz. 1128 z późn. zm.).

¹⁵ Zob. m.in.: Z. Góral, *Kontrola pracownika a zasada ochrony jego godności i innych dóbr osobistych – zagadnienia wybrane*, [w:] *Kontrola pracownika. Możliwości techniczne i dylematy prawne*, red. *idem*, Warszawa 2010, s. 41–42; *idem*, *O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2011, s. 132.

w sferę osobistą kontrolowanego pracownika. Dobrami osobistymi, które w tym wypadku są szczególnie zagrożone, są godność pracownika oraz jego prywatność. Przykładowo, instalację kamer w miejscach typu: toalety czy szatnie należy, moim zdaniem, uznać za niedopuszczalną ze względu na obowiązek poszanowania przez pracodawcę wskazanych dóbr osobistych. O ile zatem omówiony uprzednio cel monitoringu stanowi swego rodzaju podstawę działań kontrolnych pracodawcy, o tyle wynikający z art. 11¹ k.p. obowiązek ochrony dóbr osobistych pracownika wyznacza granice swobody pracodawcy w tym obszarze. Określenie ich w sposób ścisły nie jest w aktualnym stanie prawnym możliwe. Ponadto poważnych trudności bez wątplenia nastręcza sztywne oddzielenie sfery osobistej pracownika od jego sfery zawodowej. W okresie rozwoju nowoczesnych technologii wykorzystywanych zarówno w sprawach służbowych, jak i prywatnych, powyższe sfery wzajemnie się przenikają. Zdarza się więc, że pracodawca korzystający z oprogramowania szpiegowskiego śledzi czynności dokonywane przez pracownika w obydwu tych obszarach (np. realizowane w godzinach pracy przelewy bankowe czy podejmowaną wówczas korespondencję prywatną). W mojej ocenie natomiast granice uprawnień kontrolnych pracodawcy wyznaczają z całą pewnością miejsce pracy oraz czas pracy. Monitorowanie zachowania pracownika poza miejscem pracy i po godzinach pracy bez wyraźniej podstawy prawnej¹⁶ stanowiłoby bezprawną ingerencję w prywatność pracownika.

Kwestia poszanowania ww. dobra osobistego wiąże się z zagadnieniem ochrony danych osobowych pracownika. Jako że monitoring z reguły prowadzi do pozyskiwania informacji dotyczących osoby pracownika czy też jego zachowania, niezbędne jest wypełnienie którejs z przesłanek legalizujących proces przetwarzania danych osobowych. Okoliczności te wskazuje art. 23 ust. 1 u.o.d.o. (w odniesieniu do danych zwykłych) oraz art. 27 ust. 2 u.o.d.o. (w odniesieniu do danych wrażliwych¹⁷). Jednocześnie usta-

¹⁶ Przykładem takiej podstawy prawnej jest rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 27 lipca 1999 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu kontroli prawidłowości wykorzystywania zwolnień lekarskich od pracy oraz formalnej kontroli zaświadczeń lekarskich (Dz. U. Nr 65, poz. 743) przyznające pracodawcy zatrudniającemu powyżej 20 pracowników uprawnienia w zakresie dokonywania kontroli prawidłowości wykorzystywania przez pracowników zwolnień lekarskich.

¹⁷ Zgodnie z art. 27 ust. 1 u.o.d.o. do danych szczególnie chronionych (zwanymi danymi wrażliwymi bądź sensorywnymi) zalicza się: informacje ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność wyznaniową, partyjną lub związkową, dane dotyczące stanu zdrowia, kodu genetycznego, nałogów lub życia seksualnego, jak również informacje

wodawca pracy określa, na gruncie art. 22¹ k.p., zakres informacji, jakich pracodawca może żądać od pracownika. Nie wdając się w szczegółową analizę relacji zachodzącej pomiędzy wspomnianymi aktami prawnymi, tj. Kodeksem pracy i ustawą o ochronie danych osobowych, pragnę po-prześcić na wskazaniu tych przesłanek, które, w moim przekonaniu, znajdować będą zastosowanie w przypadku monitoringu w miejscu pracy. Zaliczam do nich przede wszystkim: wykonywanie praw lub obowiązków pracodawcy i pracownika wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązującego (art. 23 ust. 1 pkt 2 u.o.d.o., art. 22¹ k.p.), realizację zawartej przez pracodawcę i pracownika umowy (art. 23 ust. 1 pkt 3 u.o.d.o.) oraz wypełnianie tzw. prawnie usprawiedliwionego celu pracodawcy (art. 23 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o.). Przy czym w sytuacji, gdy monitoring prowadziłby do pozyskiwania danych sensytywnych pracownika, w rachubę wchodzić może jedynie pierwsza ze wskazanych przesłanek (art. 27 ust. 2 pkt 6 u.o.d.o.). Kwestią wywołującą kontrowersje jest zgoda pracownika jako przesłanka działań kontrolnych pracodawcy. Choć moim zdaniem brak podstawy normatywnej pozwalającej na jednoznaczne wykluczenie dopuszczalności zastosowania ww. okoliczności, należy się zgodzić ze stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego, iż: „brak równowagi w relacji pracodawca pracownik stawia pod znakiem zapytania dobrowolność wyrażenia zgody na pobieranie i przetworzenie danych osobowych”¹⁸.

Respektowanie przez podmiot kontrolujący dwóch reguł – zasady proporcjonalności (adekwatności) i zasady jawności – stanowi w istocie przejaw zachowania omówionych wyżej warunków. Jawność działań kontrolnych jest następstwem wypełniania przez pracodawcę obowiązku poszanowania dóbr osobistych pracownika, jak również przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych¹⁹. Tylko pracownik poinformowany o stosowanym wobec niego monitoringu ma szansę chronić swoją prywatność przed dostępem pracodawcy. Warto ponadto zaznaczyć, że znaczenie tej reguły dostrzegł normodawca, formułując zakaz dokonywania

odnoszące się do skazań, orzeczeń o ukaraniu i mandatów karnych oraz innych orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym lub administracyjnym.

¹⁸ Wyrok NSA z dnia 1 grudnia 2009 r., I OSK 249/09, treść orzeczenia dostępna na stronie: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>. W tym kontekście wątpliwości budzić może także swoboda zawarcia przez pracownika umowy z pracodawcą w trakcie trwającego już stosunku pracy.

¹⁹ Na mocy art. 24 u.o.d.o. administrator danych osobowych (w tym wypadku pracodawca) zobowiązany jest poinformować osoby, których dane przetwarza, m.in. o celu przetwarzania ich danych osobowych.

bez wiedzy pracownika ilościowej i jakościowej kontroli jego pracy na stanowisku pracy wyposażonym w monitor ekranowy (pkt 10 załącznika do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 1 grudnia 1998 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na stanowiskach wyposażonych w monitory ekranowe²⁰). Zasada proporcjonalności wiąże się z kolei z koniecznością dokonania oceny wagi interesów obydwu stron stosunku pracy, pracodawcy zainteresowanego podjęciem działań kontrolnych w określonym celu i pracownika postrzegającego kontrolę na ogół jako zagrożenie dla swoich dóbr osobistych. Dobór środków monitoringu oraz sposób ich użytkowania powinny być zatem odpowiednie do przyjętego przez pracodawcę celu oraz nie prowadzić do zbędnej lub nadmiernej ingerencji w sferę osobistą pracownika bądź do pozyskiwania danych osobowych pracownika w zakresie wykraczającym ponad rzeczywiste, uzasadnione potrzeby pracodawcy. Stopień naruszenia praw lub wolności monitorowanego pracownika ma być możliwie najmniejszy i ograniczać się do minimum niezbędnego dla realizacji przyjętego celu.

Podsumowując, nadmienić wypada, iż niekiedy dodatkowym warunkiem dopuszczalności kontroli pracownika może być jego zgoda, czego przykładem jest kodeksowa regulacja dotycząca telepracy. W świetle art. 67¹⁴ § 2 k.p. pracodawca ma prawo przeprowadzić kontrolę w domu telepracownika wyłącznie za jego uprzednią zgodą. Z kolei w przypadku badań wariograficznych (poligraficznych) zgoda przyszłego uczestnika badania jest w zasadzie powszechnie przyjętym elementem procedury takiego badania²¹. W mojej ocenie jednak zgoda pracownika nie może przesądzać o istocie uprawnień kontrolnych pracodawcy, a jedynie warunkować możliwość podjęcia przez pracodawcę pewnych czynności kontrolnych w określonym miejscu i czasie. Prawo pracodawcy do kontroli pracownika wynika bowiem z natury pracowniczego stosunku zatrudnienia. Zgoda pracownika może zatem stanowić jedynie dodatkową okoliczność, nie zaś samodzielną przesłankę legalizującą działania kontrolne pracodawcy.

²⁰ Dz. U. Nr 148, poz. 973.

²¹ Jako przykład wskazać można regulację dotyczącą funkcjonariuszy Straży Granicznej (§ 12 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 kwietnia 2010 r. w sprawie przeprowadzania testu sprawności fizycznej, badania psychologicznego i badania psychofizjologicznego w Straży Granicznej; Dz. U. Nr 75, poz. 482 z późn. zm.).

Uwagi końcowe

Obowiązujący stan prawny budzi poważne zastrzeżenia. Rozstrzygnięcie dopuszczalności stosowania przez pracodawcę monitoringu w miejscu pracy wymaga analizy przepisów objętych zakresem różnych dyscyplin prawa, m.in.: prawa pracy oraz prawa konstytucyjnego, cywilnego i administracyjnego. Utrudnia to niewątpliwie stosowanie prawa, a przede wszystkim stanowi źródło nadużyć ze strony pracodawców poddających pracowników nie zawsze etycznym formom kontroli. Nie ustalając *explicite* obowiązku przestrzegania przez pracodawcę konkretnych reguł kontroli pracownika, normodawca pozostawia pracodawcy w wielu wypadkach znaczną swobodę działania, którego generalna podstawa tkwi w kierownictwie pracodawcy. Z drugiej zaś strony brak kompleksowej regulacji przewidującej dopuszczalność prowadzenia monitoringu w miejscu pracy utrudnia bądź nawet w niektórych okolicznościach uniemożliwia wykonywanie kontroli, ze względu choćby na restrykcyjność przepisów o ochronie danych osobowych. Przykładowo, trudno jednoznacznie rozstrzygnąć legalność stosowania w procesie monitoringu narzędzi biometrycznych (np. czytników linii papilarnych). Nie wiadomo bowiem, jaki zakres obejmują dane biometryczne. Ustalenie zatem warunków dopuszczalności ich przetwarzania jest w zasadzie niemożliwe. Kontrowersyjną sprawą jest także monitoring komunikacji, w której uczestniczy pracownik. W tym wypadku wątpliwości wyłaniają się przede wszystkim na tle art. 49 Konstytucji RP²² oraz art. 267 Kodeksu karnego²³. Jest to o tyle problematyczne, że komunikacja stanowi obszar o fundamentalnym znaczeniu dla prawidłowego funkcjonowania każdej organizacji, zaś brak norm prawnych, które określałyby reguły dostępu pracodawcy do podejmowanej przez pracownika komunikacji, utrudnia jednoznaczne rozstrzygnięcie zakresu uprawnień kontrolnych podmiotu zatrudniającego. Bierność ustawodawcy, który nie dostrzega potrzeby ustalenia zasad prowadzenia monitoringu w miejscu pracy, należy zatem oceniać krytycznie.

²² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.). W świetle art. 49 Konstytucji RP ograniczenia wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się mogą nastąpić wyłącznie w przypadkach wymienionych w ustawie i w sposób w niej określony.

²³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.). Na gruncie art. 267 k.k. penalizowane jest naruszenie wolności komunikowania się, jak również tajemnicy komunikacji.

Wydaje się, iż prawodawca winien przede wszystkim określić granice uprawnień kontrolnych pracodawcy w wymiarze czasowo-przestrzennym, tj. przez pryzmat zasięgu czasu pracy i miejsca pracy. Jest to szczególnie istotne w odniesieniu do pracowników świadczących pracę w terenie. Stosowane przez pracodawców narzędzia geolokalizacji pozwalają bowiem na ustalenie położenia pracownika korzystającego z monitorowanego samochodu służbowego także poza czasem pracy. Standardem powinien być ponadto zakaz instalowania kamer bądź innych środków monitoringu w pomieszczeniach, w których pracownik ma prawo oczekiwać poszanowania swojej prywatności (typu toalety czy szatnie). Nie mniej istotną kwestią jest, w moim przekonaniu, wprowadzenie wymogu jawności w stosunku do wszelkich form monitoringu pracownika. Nie sądzę, aby właściwym rozwiązaniem było powoływanie regulacji bardziej szczegółowych, określających w sposób kazuistyczny katalog dopuszczalnych środków monitoringu. Rozwój nowoczesnych technologii znajdujących zastosowanie w procesie kontroli pracownika jest na tyle dynamiczny, że ustawodawca pracy nie jest i nie będzie w stanie nadążyć za zachodzącymi zmianami. Uważam natomiast, iż niezbędne jest wytyczenie pewnych reguł, wedle których prowadzenie monitoringu w miejscu pracy byłoby dopuszczalne. Wybór konkretnego modelu regulacji przedmiotowego zagadnienia jest niewątpliwie sprawą dyskusyjną. Sama zaś potrzeba unormowania tej kwestii wydaje się być sprawą pilną.

Mobbing a ochrona danych osobowych pracownika¹

1.

W sferze stosunków pracy narasta problematyka ochrony godności i innych dóbr osobistych pracownika. Na system ochrony tych dóbr składa się szereg przepisów prawa pracy i innych dziedzin prawa wyrażających obowiązki pracodawcy w tym obszarze oraz instrumenty ochrony prawnej pracownika. Współcześnie etyczne postępowanie wobec pracowników jest elementem budowania pozytywnego wizerunku pracodawcy (firmy, przedsiębiorstwa) w obrocie gospodarczym, co sprzyja ekonomicznemu powodzeniu realizowanych przedsięwzięć. Stąd czynniki zagrażające temu stanowią dla pracodawcy poważny problem, przynoszący często dotkliwe skutki, zwłaszcza w sferze finansowej. Do takich czynników współcześnie zalicza się szereg zjawisk, których wystąpienie w środowisku pracy może potencjalnie skutkować pokrzywdzeniem pracownika, a w konsekwencji naruszać również dobro pracodawcy.

Pracodawca jest podmiotem zobowiązanym na mocy art. 94³ § 1 k.p. do przeciwdziałania mobbingowi. W obrębie jego obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy leży również zakaz stosowania praktyk dyskryminacyjnych (art. 11³ k.p.) oraz nakaz respektowania zasad równego traktowania (por. art. 11² k.p., rozdział IIa k.p.) Te powinności charakteryzują się całym zespołem powiązań, koncentrujących się wokół ochrony dóbr osobistych pracownika w sferze pracy, czego normatywnym wyrazem jest art. 11¹ k.p. Zagadnienia te są o tyle interesujące, że nierzadko określony stan faktyczny może zostać poddany kwalifikacji prawnej w oparciu

¹ *Wieloaspektowość mobbingu w stosunkach pracy*, red. T. Wyka i Cz. Szmidt, Poltext, Warszawa 2012.

o regulację dotyczącą mobbingu oraz przepisy antidyskryminacyjne. Na tym tle należy rozważyć również problematykę danych osobowych pracownika, których naruszenie w niektórych wypadkach może być przejawem co najmniej braku poszanowania chronionych prawem dóbr osobistych pracownika.

W związku z rozwojem nowoczesnych technologii i informatyzacji istnieją w zasadzie nieograniczone możliwości pozyskiwania i przetwarzania w różnorodnych celach danych osobowych człowieka. W prawie pracy ochronę tych danych można traktować jako narzędzie służące poszanowaniu godności i innych dóbr osobistych pracownika. W świetle art. 6 ustawy o ochronie danych osobowych za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące osoby fizycznej oraz określające jej tożsamość, które obejmują: informację dotyczącą osoby fizycznej, zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania. Podlegają one ochronie o charakterze powszechnym, którą statuują przepisy wspomnianej ustawy. Na płaszczyźnie prawa pracy podstawowe znaczenie ma art. 22¹ k.p., który buduje system sektorowej ochrony danych osobowych pracownika i osoby ubiegającej się o zatrudnienie, a w konsekwencji ogranicza uprawnienia pracodawcy w dostępie do danych osobowych i ich przetwarzania. K.p. przewiduje dalej idącą ochronę pracownika w zakresie jego danych osobowych niż ustawa o ochronie danych osobowych. Oznacza to, że żądanie przez pracodawcę udzielenia innych niż wskazane w art. 22¹ k.p. danych osobowych dotyczących pracownika bądź ich wykorzystywanie bez podstawy prawnej może stanowić także naruszenie jego dóbr osobistych, być przejawem mobbingu lub praktyk dyskryminacyjnych.

2.

Zjawisko mobbingu odnosi się do jakości stosunków interpersonalnych w miejscu pracy oraz bezsprzecznie wywiera wpływ na funkcjonowanie całej struktury organizacyjnej pracodawcy. Mobbing stanowi najbardziej dotkliwy przejaw naruszenia dóbr osobistych, ponieważ jest to rodzaj prześladowania, terroru psychicznego, stosowanego przez jedną lub kilka osób przeciwko (przeważnie) jednej osobie.

Przeciwdziałanie mobbingowi należy do podstawowych obowiązków pracodawcy. Określony w art. 94³ § 1 k.p. w tej sferze obowiązek pracodawcy ma charakter rozbudowany. Składają się nań trzy powiązane ze sobą elementy: po pierwsze, skierowany do pracodawcy zakaz mobbingu, po drugie, obowiązek eliminacji praktyk o takim charakterze podejmowa-

nych przez osoby trzecie względem pracownika, po trzecie wreszcie – obowiązek zapobiegania powstawaniu mobbingu w środowisku pracy (prewencja antymobbingowa)². Pracodawca jest obarczony odpowiedzialnością za samo przeciwdziałanie mobbingowi, a więc za stworzenie takich warunków i atmosfery pracy, w których mobbing nie będzie występował. Konsekwencją tej regulacji jest odpowiedzialność pracodawcy za stosowanie wobec pracownika mobbingu przez innych pracowników nawet wówczas, gdy sam pracodawca mobbingu nie stosował, a nawet nie orientował się, że takie zjawisko występuje w jego firmie. Potencjalnie mobbing może być bowiem stosowany nie tylko przez pracodawcę, lecz również przez przełożonego w strukturze personalnej zakładu pracy oraz współpracowników.

Zgodnie z art. 94³ § 2 k.p. mobbing oznacza działania lub zachowania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, polegające na uporczywym i długotrwałym nękaniu lub zastraszaniu pracownika, wywołujące u niego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej, powodujące lub mające na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników. Kwestiom definicyjnym mobbingu poświęcono sporo miejsca w literaturze, istnieje na ten temat również dość bogaty dorobek orzecznictwa sądowego. W tym miejscu należy zatem dokonać wskazania jedynie najistotniejszych zagadnień dotyczących mobbingu. Jego cechą charakterystyczną jest uporczywość lub długotrwałość działania sprawcy lub sprawców. Określenia „uporczywość” i „długotrwałość” mają charakter ocenny. W doktrynie³ podkreśla się, że cecha mobbingu w postaci uporczywości lub długotrwałości działania sprawcy lub sprawców jest trudna do stwierdzenia, co może prowadzić do dużej dowolności w ocenie zjawiska mobbingu. Należy zwrócić uwagę na istotne dla interpretacji przesłanek mobbingu rozstrzygnięcie SN z dnia 17 stycznia 2007 r. (I PK 176/06)⁴, według którego długotrwałość nękania lub zastraszania pracownika w rozumieniu art. 94³ § 2 k.p. musi być rozpatrywana w sposób zindywidualizowany i uwzględniający okoliczności konkretnego przypadku. Nie jest zatem możliwe sztywne wskazanie

² W. Cieślak, J. Stelina, *Definicja mobbingu oraz obowiązek pracodawcy przeciwdziałania temu zjawisku (art. 94³ k.p.)*, PiP 2004, nr 12, s. 69 i n.

³ Por. W. Cieślak, J. Stelina, *Definicja mobbingu oraz obowiązek pracodawcy...*, s. 68; M. Gładoch, *Mobbing a praca pod kierownictwem pracodawcy*, PiZS 2006, nr 4, s. 18; B. Bury, *Uporczywość i długotrwałość zachowania jako elementy składowe prawnej definicji mobbingu*, MPP 2007, nr 2, s. 71 i n.

⁴ OSNP 2008, nr 5–6, poz. 58.

minimalnego okresu niezbędnego do zaistnienia mobbingu. Z art. 94³ § 2 i 3 k.p. wynika jednak, że dla oceny długotrwałości istotny jest moment wystąpienia wskazanych w tych przepisach skutków nękania lub zastraszania pracownika oraz uporczywość i stopień nasilenia tego rodzaju działań. Działanie to może, ale nie musi, być sprzeczne z prawem w rozumieniu innych przepisów. Musi ono jednak być przynajmniej w pewnym sensie naganne, niemające usprawiedliwienia w normach moralnych lub zasadach współżycia społecznego.

Uporczywość jest interpretowana w kontekście rozciągniętego w czasie postępowania sprawy (czyli nie dotyczy działań jednorazowych), oraz jego nastawienia psychicznego. Uporczywe – to zachowanie nieustępliwe, stale powtarzające się, nieprzerwane, utrzymujące się długo, uciążliwe. Ponadto zwraca się również uwagę na element złośliwości, wskazujący na natężenie złej woli ze strony pracodawcy, przełożonych lub współpracowników⁵.

Definicja mobbingu określa następstwa, jakie muszą wystąpić, aby dane zachowanie lub działanie mogło być kwalifikowane jako mobbing. W literaturze wskazuje się dość różnorodne skutki mobbingu, które nie dotyczą jedynie ofiary zachowań mobbowych, ale mają o wiele szerszy zasięg⁶. Jednakże zgodnie z treścią art. 94³ § 2 k.p. zachowanie lub działanie ma wywołać u prześladowanego pracownika zaniżenie przydatności zawodowej, spowodować lub mieć na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników. Ta część definicji spotkała się z krytyką w nauce, ponieważ wskazane wyżej skutki nie zawsze będą miały pierwszorzędne znaczenie, a ponadto podnosi się, że „podstawowym skutkiem mobbingu jest doprowadzenie do niemożliwości efektywnego wykonywania pracy, a następnie do zaburzeń psychicznych i psychosomatycznych”⁷. Zgodnie z tezą wyroku SN z dnia 5 paź-

⁵ H. Szewczyk, *Pojęcie mobbingu w świetle art. 94³ Kodeksu pracy (w:) Ochrona praw człowieka w świetle przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Referaty i wystąpienia zgłoszone na XVII Zjazd Katedr/Zakładów Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego, Kraków 7–9 maja 2009 r.*, red. A.M. Świątkowski, Warszawa 2009, s. 124 i n.

⁶ Por. przykładowo: L. Grzesiuk, *Mobbing w miejscu pracy – czynniki ryzyka i konsekwencje (w:) Zdrowie i choroba. Problemy teorii, diagnozy i praktyki*, red. J.M. Brzeziński, L. Cierpiałowska, Gdańsk 2008, s. 239 i n.; L. Lewandowska, M. Nawrocki, *Skutki mobbingu i dyskryminacji – dla pracowników, pracodawców, społeczeństwa*, MPP 2010, nr 10, s. 520 i n.

⁷ Por. M. Zych, *Normatywna definicja mobbingu*, MPP 2006, nr 4, s. 194; G. Jędrejek, *Cywilnoprawna odpowiedzialność za stosowanie mobbingu*, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 36; H. Szewczyk, op. cit., s. 120–121.

dziennika 2007 r. (II PK 31/07)⁸): „W postępowaniu dotyczącym stosowania przez pracodawcę mobbingu oraz przyznania świadczeń z tego tytułu nie jest wystarczające stwierdzenie bezprawności działań podjętych wobec pracownika, lecz konieczne jest wykazanie celu tych działań i ich skutków (art. 94³ § 2 k.p.)”. Należy podkreślić, że często ofiarą mobbingu padają osoby przebojowe, ekspansywne, kreatywne, mające wysoki poziom wiedzy merytorycznej. Należy zatem przypuszczać, że tacy pracownicy nie zawsze będą odczuwać zaniżoną ocenę przydatności zawodowej. Może być wręcz odwrotnie. Z pewnością można mówić o mobbingu także wtedy, gdy nie wystąpią negatywne skutki opisane w art. 94³ § 2 k.p.⁹.

Kolejny element definicyjny mobbingu dotyczący poniżenia lub ośmieszenia pracownika oraz izolowania go lub wyeliminowania z zespołu współpracowników jest kojarzony ze stworzeniem wrogiego i niebezpiecznego środowiska pracy¹⁰. Nie oznacza to bezpośredniego odniesienia do bezprawnego działania naruszającego dobra prawnie chronione, takie jak godność, zdrowie, fizyczna i psychiczna integralność pracownika, choć mobbing zazwyczaj do takich następstw prowadzi¹¹.

Warto podkreślić, że ustawowe przesłanki mobbingu muszą być spełnione łącznie, a także – według ogólnych reguł dowodowych – powinny być wykazane przez pracownika, który z tego faktu wywodzi skutki prawne¹². W wyroku z dnia 14 listopada 2008 r. (II PK 88/08) SN wskazał, że „1. Ocena, czy nastąpiło nękanie i zastraszanie pracownika, czy działania te miały na celu i mogły lub doprowadziły do zaniżonej oceny jego przydatności zawodowej, do jego poniżenia, ośmieszenia, izolacji bądź wyeliminowania z zespołu współpracowników, opierać się musi na obiektywnych kryteriach; 2. Izolacja pracownika w grupie współpracowników nie stanowi autonomicznej cechy mobbingu”. Tylko izolacja w grupie pracowniczej będąca następstwem działań polegających na negatywnych zachowaniach objętych dyspozycją tej normy (nękanie, zastraszanie, poniżanie, ośmieszanie) uzasadnia przyjęcie zaistnienia mobbingu. Jeśli natomiast jest ona reakcją na naganne zachowania pracownika w stosunku do swoich współpracowników, to nie ma podstaw, aby działaniom polegającym

⁸ Lex nr 328055.

⁹ Tak: G. Jędrejek, op. cit.

¹⁰ H. Szewczyk, *Prawna ochrona przed mobbingiem w pracy*, KPP 2006, nr 2, s. 258 i n.

¹¹ H. Szewczyk, *Ochrona dóbr osobistych pracownika (uwagi de lege lata i de lege ferenda)* – cz. 2, PiZS 2010, nr 1, s. 8.

¹² Por. wyroki SN: z dnia 5 października 2007 r., II PK 31/07, OSNP Nr 21–22/2008, poz. 312; z dnia 6 grudnia 2005 r., III PK 94/05, PiZS 2006, nr 7.

na unikaniu kontaktów z takim pracownikiem przypisywać znamiona mobbingu. Nawet gdyby działania pracodawcy, skierowane przeciwko prawom pracowniczym, miały charakter powtarzalny, a część z nich została zakwalifikowana jako przestępstwo umyślne popełnione na szkodę pracownika z zamiarem bezpośrednim, kierunkowym, to jednak, bez wykazania określonego w ustawie celu tego działania, brak podstaw do jego kwalifikowania jako mobbingu.

Jak już wskazano, obowiązkiem pracodawcy jest przeciwdziałanie mobbingowi. Może on używać środków organizacyjnych i perswazyjnych, a gdy są one nieskuteczne, może stosować sankcje przewidziane w prawie pracy. Według wyroku SN z dnia 29 marca 2007 r. (II PK 228/06)¹³, mobbing jest kwalifikowanym deliktem prawa pracy, a sankcje za jego stosowanie są zdarzeniami prawa pracy, które sądy pracy osądzają przede wszystkim na podstawie art. 94³k.p., chociaż odbywa się to z uwzględnieniem dorobku judykatury cywilistycznej z zakresu orzekania o zadośćuczynieniu za doznaną krzywdę (art. 445 § 1 i art. 448 k.c.) i kompensaty szkody wywołanej rozstrojem zdrowia (art. 444 § 1 k.c.).

3.

Jak już wspomniano, na pracodawcy w stosunkach pracy ciąży obowiązek wynikający z przepisów dotyczących ochrony danych osobowych. Chodzi tu o powinności związane z realizacją prawidłowej polityki przetwarzania danych osobowych, których uzewnętrznieniem są akta osobowe¹⁴ oraz dokumentacja w sprawach związanych ze stosunkiem pracy¹⁵. Pracodawca nie posiada jednakże pełnej swobody co do środków przetwarzania danych osobowych, gdyż akta osobowe zgodnie z obowiązującym prawem nie mogą być prowadzone w systemie informatycznym¹⁶. Pracodawca przetwarzający dane powinien dołożyć szczególnej staranności w celu ochrony interesów osób, których dane dotyczą, a w szczególności jest zobowiązany

¹³ OSNP 2008, nr 9–10, poz. 126.

¹⁴ Podstawowym aktem regulującym zagadnienia związane z prowadzeniem dokumentacji pracowniczej jest rozporządzenie w sprawie dokumentacji pracowniczej.

¹⁵ E. Wronikowska, *Komentarz do rozporządzenia w sprawie zakresu prowadzenia przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika (w:) Akty wykonawcze do kodeksu pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 264 i n.

¹⁶ A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Wzory pism i przepisy*, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 72.

zapewnić, aby dane te były merytorycznie poprawne i adekwatne w stosunku do celów, w jakich są przetwarzane. Zasada poprawności (prawdziwości) danych¹⁷ oraz ich aktualności oznacza, że informacje wynikające z danych przetwarzanych przez ich administratora powinny być zgodne z prawdą, pełne (kompletne) oraz powinny odpowiadać aktualnemu (najnowszemu) stanowi rzeczy.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Z kolei osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne. Przetwarzaniem danych osobowych są jakiegokolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, a zatem „przetwarzanie” należy do sfery czynności faktycznych. Słusznie wskazano, że w definicji legalnej przetwarzania danych ustawodawca wskazuje przykładowe operacje na nich wykonywane: zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie. Ponadto art. 22¹ k.p. wspomina o „żądaniu”, czyli o czynności faktycznej, poprzedzającej zbieranie danych, a tym samym ich przetwarzanie¹⁸.

Zakres danych osobowych możliwych do przetwarzania w stosunkach pracy wyznacza art. 22¹ k.p. Przepis ten zasadniczo wyłącza możliwość przetwarzania danych osobowych na podstawie innych przesłanek, w szczególności wymienionych w art. 23 ustawy o ochronie danych osobowych¹⁹. Paragraf 1 art. 22¹ k.p. określa zakres danych, jakich od kandydata do pracy może żądać pracodawca. Natomiast od pracownika, zgodnie z § 2, oprócz wskazanych powyżej informacji, pracodawca może domagać się również innych danych osobowych. Pracodawca ma prawo żądać udokumentowania danych osobowych osób, o których mowa w § 1 i 2. Paragraf 4 dopuszcza także możliwość żądania przez pracodawcę ujawnienia

¹⁷ Szerzej o obowiązujących zasadach przetwarzania danych osobowych: J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Komentarz do art. 26 ustawy o ochronie danych osobowych*, LEX 2011.

¹⁸ A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Wzory pism i przepisy*, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 59.

¹⁹ Przesłanką wzbudzającą najwięcej kontrowersji jest zgoda wyrażona na przetwarzanie danych osobowych, zob. wyroki NSA: z dnia 1 grudnia 2009 r., I OSK 249/09; z dnia 13 lutego 2003 r., II SA 1620/01.

nienia jeszcze innych danych osobowych, jeżeli obowiązek ich podania wynika z odrębnych przepisów.

Na podstawie odrębnych ustaw przedmiotem przetwarzania przez pracodawcę mogą być dane dotyczące m.in. przynależności związkowej²⁰, stanu zdrowia²¹, karalności, obywatelstwa polskiego, pełnej zdolności do czynności prawnych, korzystania z praw publicznych, lub posiadania własności, które poddają się ocenie w sferze norm moralnych²².

W konsekwencji art. 22¹ k.p. zezwala na pozyskiwanie trzech grup danych:

- wyliczonych enumeratywnie w tym przypisie;
- koniecznych ze względu na korzystanie przez pracownika ze szczególnych uprawnień przewidzianych w prawie pracy, np. ze świadczeń z zakładowego funduszu świadczeń socjalnych;
- innych (dodatkowych) danych osobowych, jeżeli obowiązek ich podania wynika z odrębnych przepisów, nawet gdy nie mówią one o tym wprost, np. o odpowiednich kwalifikacjach zdrowotnych przy zatrudnieniu na określone stanowiska.

4.

Nadmierna kontrola pracownika w środowisku pracy może być kwalifikowana jako mobbing. Kontrolowanie pracowników w miejscu pracy należy do zwykłych instrumentów skutecznego kierowania procesem pracy, którego źródeł upatruje się w uprawnieniach kierowniczych pracodawcy. Pojęcie „kierownictwo pracodawcy” jest zaliczane do podstawowych pojęć prawa pracy i doczekało się licznych i wyczerpujących opracowań w literaturze przedmiotu²³. Dla niniejszych rozważań istotna jest konsta-

²⁰ Por. art. 30 ust. 2¹ ustawy o związkach zawodowych, Dz.U. z 1991 r., Nr 55, poz. 234 z późn. zm.

²¹ Obowiązek przedstawienia pracodawcy (płatnikowi składek) zaświadczenia lekarskiego o czasowej niezdolności do pracy na skutek choroby lub pobytu w szpitalu wynikający z art. 62 ust. 1 ustawy z 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby lub macierzyństwa, Dz.U. z 2005 r., Nr 10, poz. 71 z późn. zm.

²² Warunki takie przewidują m.in.: art. 6 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, Dz.U. Nr 223, poz. 1458 z późn. zm.; art. 4 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r., o służbie cywilnej, Dz.U. Nr 227, poz. 1505 z późn. zm.; art. 61 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.

²³ Por. H. Lewandowski, *Uprawnienia kierownicze w umownym stosunku pracy*, Warszawa 1977; Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa pracodawcy (w:) Prawo pracy a wyzwania XXI wieku*.

tacja, że „praca pod kierownictwem” pracodawcy oznacza powinność pracownika stosowania się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy (art. 100 § 1 k.p.) i pozostawania do dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy. Koniecznym elementem składającym się na kierownictwo pracodawcy jest kierowanie pracą, co najmniej przez wyznaczanie zadań oraz kontrolę i ocenę ich wykonania. Istotnym, chociaż niekoniecznym, przejawem kierownictwa pracodawcy jest uprawnienie do nakładania kar porządkowych. Podporządkowanie pracownika kierownictwu pracodawcy występuje wyłącznie w postaci podległości organizacyjnej pracownika jako wykonawcy obowiązków na rzecz pracodawcy, który organizuje proces pracy. W zakresie prawnego ujęcia kierownictwa pracodawcy mieszczą się uprawnienia pracodawcy do wyznaczania zachowania pracownika w procesie pracy oraz odpowiadające tym uprawnieniom – obowiązki pracodawcy²⁴.

Granice kontroli sprawowanej nad pracownikami określa z jednej strony cel umowy o pracę, a z drugiej reguły obowiązującego porządku prawnego (zwłaszcza prawa cywilnego i karnego). Słusznie wskazano, że pozbawione umocowania prawnego będą wszelkie działania kontrolne niemające żadnego związku ze stosunkiem pracy, w jakim pozostaje kontrolowany pracownik²⁵. Kontrola pracownika pozostaje w związku z dążeniem do ograniczenia ponoszenia ryzyka osobowego związanego z zatrudnieniem pracowników, właściwej oceny pracy pracowników, sposobu zachowania w zakładzie pracy, miary czasu pracy, wykorzystania czasu pracy, oraz – w szerszym aspekcie – zapewnienia względów bezpieczeństwa, ograniczenia kradzieży itd. Współcześnie stosowanie kontroli przy wykorzystaniu rozmaitych narzędzi oferowanych przez elektronikę i systemy informatyczne jest dość rozpowszechnione, a dokonujący się w tym zakresie nieustanny rozwój techniczny stwarza ku temu coraz to nowe możliwości. Do najszerzej wykorzystywanych narzędzi wypada zaliczyć cały szereg metod monitorowania pracowników, m.in. monitoring audio-wizualny, weryfikowanie korespondencji, badanie zawartości skrzynek e-mailowych i stron przeglądanych w internecie, podsłuch telefoniczny,

Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego, Warszawa 2002, s. 233 i n.; T. Liszcz, *Podporządkowanie pracownika a kierownictwo pracodawcy – relacja pojęć* (w:) *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga jubileuszowa Profesora Henryka Lewandowskiego*, Warszawa 2009, s. 159 i n.

²⁴ Z. Kubot, op. cit., s. 234 i n.

²⁵ Por. Z. Góral, *Kontrola pracownika a zasada ochrony jego godności i innych dóbr osobistych – zagadnienia wybrane* (w:) *Kontrola pracownika. Możliwości techniczne i dylematy prawne*, red. W. Góral, Warszawa 2010, s. 44 i n.

używanie rejestratorów GPS, sprawdzanie aktualnej pozycji telefonu GSM, a nawet prowadzenie rejestru czasu przebywania w pomieszczeniach higieniczno-sanitarnych. Szczególnie problematyczne jest ujawnianie w toku czynności kontrolnych danych biometrycznych (obejmujących biofizyczne cechy osób zatrudnionych), takich jak geometria rąk, linie papilarne, wzór tęczyówki i źrenicy oka, barwa głosu.

Najogólniej można stwierdzić, że pracodawca ma prawo do posługiwania się środkami technicznymi, jeżeli służy to ochronie jego ważnego interesu, osiągnięcie spodziewanego celu jest bardzo prawdopodobne, a stosowanie innych środków jest niemożliwe lub wysoce utrudnione. Jednocześnie pracodawcy uważają, że dzięki stosowaniu różnych form monitoringu praca staje się efektywniejsza. Uzyskują oni wymierne korzyści finansowe, gdyż eliminują działania pracowników, które nie są związane z obowiązkami służbowymi i prowadzą do znacznych strat (np. korzystanie z urzędzeń w celach prywatnych, załatwianie własnych spraw w godzinach pracy), a nawet mają charakter przestępczy (np. kradzieże, niszczenie mienia, przeglądanie stron internetowych o treściach pornograficznych)²⁶. Niewątpliwie zaletą stosowania kontroli jest osiągnięcie większej skłonności pracowników do przestrzegania przepisów wewnątrzzakładowych oraz zapobieganie zachowaniom godzącym w zasady współżycia społecznego lub wręcz zabronionym, m.in. mobbingowi lub molestowaniu.

Jednakże z uwagi na brak wyraźnej regulacji obejmującej dopuszczalność i sposoby stosowania wspomnianych form kontroli pracownika²⁷ istnieje realne niebezpieczeństwo nielegalnego użycia lub nadużywania, co w konsekwencji grozi naruszeniem dóbr osobistych pracownika, przede wszystkim jego godności i prawa do prywatności. W następstwie wykorzystywania technik nadzorczych może dojść do ujawnienia danych wrażliwych pracownika. Dane wrażliwe zostały zdefiniowane w art. 27 ustawy o ochronie danych osobowych. Należą do nich dane ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność wyznaniową, partyjną lub związkową, jak również informacje o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym oraz danych dotyczących skazań, orzeczeń o ukaraniu

²⁶ Tak: G. Spytek-Bandurska, *Wybrane problemy pracodawców ze stosowaniem przepisów o ochronie danych osobowych* (w:) *Granice ochrony danych osobowych w stosunkach pracy*, red. T. Wyka, A. Nerka, Warszawa 2009, s. 39 i n.

²⁷ O projektach uregulowania tego problemu: E. Kulesza, *Dopuszczalność kontroli pracowników w świetle przepisów o ochronie danych osobowych* (w:) *Kontrola pracownika...*, s. 90 i n.

i mandatów karnych, a także innych orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym lub administracyjnym. W literaturze²⁸ podnosi się, że ujawnienie tych danych powoduje poczucie zażenowania, wstydu, poniżenia lub upokorzenia, stanowiąc rażący przejaw naruszenia najbardziej intymnej i osobistej sfery człowieka. Obecnie w nauce sfera intymna jest rozumiana w sposób szerszy, w konsekwencji obejmuje również informacje zdrowotne dotyczące nosicielstwa HIV, kodu genetycznego, nałogów, życia seksualnego, stosunków pozamałżeńskich, życia uczuciowego, utrzymywanej w tajemnicy wstydlivej przeszłości, potrażeń należności alimentacyjnych z wynagrodzenia pracownika, pochodzenia rasowego lub etnicznego, poglądów politycznych, przekonań religijnych, wyznania, przynależności partyjnej i związkowej oraz karalności²⁹.

Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której tego typu dane osobowe, znane pracodawcy lub współpracownikom, są wykorzystywane w celach mobbowania pracownika. Upublicznienie lub ujawnienie, nawet nielicznym współpracownikom, danych osobowych dotyczących, przykładowo, skazań lub życia seksualnego lub przynależności partyjnej, jeśli ma charakter uporczywy i długotrwały, może doprowadzić do wywołania uczucia poniżenia lub ośmieszenia pracownika, izolowania go lub wyeliminowania w konsekwencji z zespołu współpracowników. Takie zachowanie pracodawcy będzie wyczerpywać przesłanki mobbingu w rozumieniu art. 94³ § 2 k.p. A jeżeli pozyskanie takich danych zostało dokonane w sposób naruszający obowiązujące przepisy o ochronie danych osobowych, powstaje również wielopostaciowa odpowiedzialność pracodawcy za nieuprawnione wykorzystanie danych osobowych. Pracodawca zatem nie może wykorzystywać pozyskanych danych osobowych pracownika, „zwykłych” i sensytywnych w sposób niezgodny z przepisami prawa. Ujawnienie tych danych, nawet pozyskanych w sposób legalny, ale wykorzystywanych w sposób niezgodny z celem przetwarzania, może nosić znamiona działań mobbingowych. Jako przykładowe zachowania sprawcy można również podać: wypominanie wieku i stanu cywilnego, wyśmiewanie upodobań, przekonań politycznych itd.³⁰.

²⁸ Por. A. Kopff, *Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, Studia Cywilistyczne 1972, t. XX, s. 32 i n.

²⁹ Podaję za J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna*, Kraków 2006, s. 148–149.

³⁰ K. Indecki, *Ocena spójności systemu prawnego ochrony osoby mobbowanej (w:) Kontrola pracownika...*, s. 207.

Obowiązek zachowania w poufności danych osobowych pracownika ma podstawowe znaczenie w odniesieniu do funkcjonowania systemu *whistleblowing*, służącego m.in. do wykrywania działań bezprawnych i nieetycznych. Zbyt wczesna realizacja obowiązku określonego w art. 25 ustawy o ochronie danych osobowych dotyczącego sytuacji zbierania danych osobowych nie od osoby, której one dotyczą, a polegającego na poinformowaniu osoby o źródle danych, celu i zakresie gromadzenia danych, odbiorcach lub ich kategoriach, budzi kontrowersje³¹. Zapewnienie anonimowości informatorowi jest zasadniczym sposobem ochrony przed ewentualnymi negatywnymi następstwami ujawnienia jego tożsamości. Poufność musi być bezwzględnie zachowana, aby pracownik wiedzący o nadużyciach chciał je dobrowolnie ujawniać i nie obawiał się ujemnych następstw swej decyzji w środowisku pracy, m.in. działań mobbingowych.

5.

Prawo do ochrony dóbr osobistych pracownika stanowi część powszechnego prawa do ochrony dóbr osobistych i ogólnego prawa do ochrony danych osobowych, u którego podstaw leży ochrona prawna godności i życia prywatnego obywatela³². Obowiązek szanowania tych dóbr przez pracodawcę stał się zasadą prawa pracy, chronioną przepisami prawa pracy i prawa cywilnego. Dobra osobiste są wartościami niematerialnymi człowieka, które zostały wymienione w art. 23 k.c. Przepis ma charakter otwarty, co oznacza, że wyliczenie w nim zawarte jest przykładowe i obejmuje: zdrowie, wolność, cześć, swobodę sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnicę korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukową, artystyczną i racjonalizatorską.

W stosunkach pracy obowiązek szanowania godności pracownika i innych dóbr osobistych jest podstawową powinnością pracodawcy podniesioną do rangi zasady prawa pracy wyrażoną w art. 11¹ k.p.³³. Wynika z niej obowiązek pracodawcy obejmujący nakaz powstrzymania się od działań stanowiących bezpośrednią ingerencję w prawnie chronione dobra osobiste pracownika, oraz powinność podejmowania pozytywnych działań zmierzających do stworzenia odpowiednich warunków pracy,

³¹ Tak: G. Spytek-Bandurska, op. cit., s. 43 i n.

³² M. Gersdorf, *Organizacja pracy przez pracodawcę a ochrona dóbr osobistych pracownika* (w:) *Ochrona praw człowieka...*, s. 109.

³³ I. Boruta, *Ochrona dóbr osobistych pracownika*, PiZS 1998, nr 2.

wolnych od ewentualnego zagrożenia lub naruszenia dóbr osobistych³⁴. Są to cele zbieżne z tworzeniem w zakładzie pracy środowiska wolnego od przemocy psychicznej.

Bezprawna ingerencja w dobro osobiste pracownika daje możliwość pociągnięcia pracodawcy do odpowiedzialności, np. z tytułu naruszenia dóbr osobistych, ochrony danych osobowych, a jeśli działania mają charakter uporczywy i długotrwały – z tytułu mobbingu.

Konieczność objęcia pracownika szczególną ochroną w tym zakresie wynika z cech charakterystycznych stosunku pracy, na które składają się zwłaszcza:

- długotrwała więź prawna,
- zależność ekonomiczna pracownika od pracodawcy,
- słabsza pozycja negocjacyjna pracownika w stosunku pracy³⁵.

Problem poszanowania prywatności występuje w stosunkach pracy, w relacji pracownik–pracodawca. Przy ocenie tego zagadnienia należy uwzględnić specyfikę stosunku pracy, kreującego trwałą więź między podmiotami, nasyconą czynnikami o charakterze personalnym, co sprzyja przenikaniu się sfery „prywatnej” i „zawodowej”³⁶.

Ochrona danych osobowych stanowi element ogólniejszego systemu prawnej ochrony osób przed niepożądanymi skutkami bezprawności podejmowanych działań w zakresie przetwarzania danych. K.p. przyznaje bezpośrednio je- dynie pracodawcy prawo do żądania i przetwarzania określonych danych w celach nawiązania i kontynuowania stosunku pracy. Ustawa o ochronie danych osobowych obejmuje instrumenty prawne, umożliwiające zapobieganie naruszeniom i skuteczniejszą ochronę przed specyficznymi zagrożeniami, jakie występują w procesie przetwarzania danych osobowych. Słusznie zatem wskazano, że przy interpretacji przepisów ustawy trzeba mieć na uwadze zarówno ścisły związek ochrony danych osobowych z cywilistyczną konstrukcją ochrony dóbr osobistych, jak i administracyjnoprawny charakter omawianej regulacji³⁷.

³⁴ D. Dörre-Nowak (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, K.W. Baran, E. Chmielek-Lubińska, L. Mitrus, T. Nycz, A. Sobczyk, B. Wagner (red.), M. Wandzel, wyd. IV, Gdańsk 2008, s. 48 i n.

³⁵ M. Gersdorf, *Organizacja pracy przez pracodawcę...*, s. 109.

³⁶ T. Liszcz, *Ochrona prywatności pracownika w relacjach z pracodawcą*, MPP 2007, nr 1, s. 11 i n.

³⁷ Tak: P. Fajgielski, *Zgoda na przetwarzanie danych osobowych (w:) Ochrona danych osobowych. Aktualne problemy i nowe wyzwania*, red. G. Sibiga, X. Konarski, Warszawa 2007,

Choć ustawowa definicja mobbingu nie określa wprost, że działania lub zachowania dotyczące pracownika lub przeciwko niemu skierowane, bezprawnie naruszają jego dobra osobiste, takie jak zdrowie lub godność, to nie ulega wątpliwości, że muszą godzić w prawnie chronione dobra osobiste pracownika³⁸. W ocenie SN wydawanie przez pracodawcę zgodnych z prawem poleceń dotyczących pracy co do zasady nie stanowi naruszenia godności (dóbr osobistych) pracownika, nierównego traktowania lub dyskryminacji czy mobbingu³⁹. Z drugiej strony nie ulega wątpliwości, że możliwe jest stosowanie przez pracodawcę mobbingu polegającego na podejmowaniu działań nawet w granicach jego ustawowych uprawnień (poprzez wydawanie poleceń) oraz może dotyczyć wszystkich pracowników⁴⁰.

6.

Interesujący problem stanowi możliwość korzystania z roszczeń przysługujących pracownikowi w opisanych sytuacjach. Pracownik, którego dobra osobiste uległy naruszeniu, w sferze prawa pracy może korzystać z ograniczonych instrumentów ochrony. Należy do nich możliwość niezwłocznego rozwiązania stosunku pracy bez wypowiedzenia z tytułu ciężkiego naruszenia przez pracodawcę jego obowiązków względem pracownika (art. 55 § 1¹ k.p.). Poza tym mają zastosowanie powszechne sankcje za naruszenie dóbr osobistych, określone w prawie cywilnym, a w szczególności w art. 23 i 24 k.c.

Ofiara mobbingu posiada możliwość skorzystania z roszczeń określonych w art. 94³ § 3 i 4 k.p. Pracownik, u którego mobbing wywołał rozstrój zdrowia, może dochodzić od pracodawcy odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. Z kolei o odszkodowanie w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę może wystąpić pracownik, który wskutek mobbingu rozwiązał umowę o pracę. Oświadczenie pracownika o rozwiązaniu umowy powinno nastąpić na piśmie z podaniem przyczyny (mobbing). W przypadku rozwiązania

s. 42; M. Stasiewicz, *Warunki dopuszczalności przetwarzania danych osobowych na gruncie znowelizowanej ustawy z 29.9.1997 r. o ochronie danych osobowych*, KPP 2001, nr 4, s. 156.

³⁸ B. Cudowski, *Mobbing w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, MPP 2008, Nr 10, s. 510; H. Szewczyk, *Prawna ochrona przed mobbingiem...*

³⁹ Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2005 r., I PK 103/05, OSNAPiUS 2006, Nr 21–22, poz. 321.

⁴⁰ Por. wyrok SN z dnia 5 grudnia 2006 r., II PK 112/06, OSNAPiUS 2008, Nr 1, poz. 12.

umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracodawcy dochodzi do zbiegu podstaw żądania odszkodowania, ponieważ oprócz art. 94³ § 4 k.p. podstawą będzie również art. 55 § 1¹ k.p. Tak więc odszkodowania ryczałtowe z art. 55 § 1¹ k.p. i minimalne z art. 94³ § 4 k.p. przysługują niezależnie od siebie, gdyż inny jest ich tytuł – ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków wobec pracownika w pierwszym przypadku i w drugim przypadku mobbing, który nie zawsze musi być ciężkim naruszeniem podstawowych obowiązków pracodawcy. Dochodzenie wyższego odszkodowania niż suma dwóch powyższych skutkowałaby koniecznością udowodnienia wysokości szkody wyższej od tych odszkodowań⁴¹. Ponadto pracownik poddany mobbingowi jest uprawniony do ochrony dotyczącej dóbr osobistych (art. 24 k.c.).

K.p. nie przewiduje szczególnych sankcji z tytułu naruszenia ochrony danych osobowych pracownika. W konsekwencji pracownik podlega ochronie typu administracyjnego wynikającej z przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Egzemplifikację uprawnień przysługującej osobie, której dane osobowe są zbierane, zawiera art. 32 ustawy o ochronie danych osobowych, który ustanawia szeroko ujęte prawo do informacji (określane też jako prawo dostępu do zbiorów danych), pozwalające na kontrolę przetwarzania danych zgromadzonych w zbiorach, któremu towarzyszy prawo do weryfikowania poprawności danych oraz sprzeciwienia się przetwarzaniu danych w określonych przypadkach⁴². Dochodzenie określonych tu roszczeń może mieć również miejsce w postępowaniu przed Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych oraz w toku postępowania przed sądem administracyjnym. W razie naruszenia danych osobowych, które można kwalifikować jako naruszenie dóbr osobistych, pracownikowi przysługuje prawo do wykorzystania instrumentów ochrony prawnej przewidzianych w k.c.

7.

Mobbing, molestowanie, naruszenia dóbr osobistych oraz naruszenia ochrony danych osobowych to sfery rodzące odpowiedzialność pracodawcy, nawet jeśli pracodawca nie jest sprawcą, a w tej roli występują pracownicy (zwłaszcza przy mobbingu). Stąd należy zwrócić uwagę na potrzebę ochrony

⁴¹ B. Cudowski, op. cit.

⁴² J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Komentarz do art. 7 ustawy o ochronie danych osobowych*, LEX 2011.

interesu pracodawcy oraz jego dóbr osobistych i majątkowych, w zasadzie pozbawionych ochrony prawnej wynikającej z przepisów prawa pracy. Pracodawca powinien mieć możliwość podejmowania pewnych inicjatyw, które pozwolą mu na ochronę interesów oraz na uniknięcie lub ograniczenie odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych pracownika przez podwładnych. Dotyczy to przede wszystkim naruszenia prywatności oraz informacji o mobbowaniu. Informacja ta pozwoli na podejmowaniu odpowiednich środków zaradczych w postaci opracowania strategii działania w danej sytuacji i wdrożenia właściwych procedur⁴³.

Wiodącym przepisem w tym zakresie jest art. 94 pkt 2 k.p., który nakazuje pracodawcy organizować pracę w sposób zapewniający pełne wykorzystanie czasu pracy i osiągnięcie przez pracowników odpowiedniej wydajności i należytej jakości pracy oraz w pewnym sensie przepisy art. 207 k.p., art. 94 pkt 2 k.p. pozwalające wykorzystanie w tych celach różnych środków organizacyjnych, reguł postępowania, które z jednej strony mają chronić dobra osobiste pracownika, z drugiej zaś pozwalają na pozyskanie i wykorzystanie informacji o pracowniku. Do takich środków zaliczamy wyznaczanie regulaminów organizacyjnych, zasad korzystania ze sprzętu i urządzeń pracodawcy, zasad kontrolowania, czy pracownicy tych reguł przestrzegają oraz wprowadzanie procedur prewencyjnych, czyli takich, które mają na celu ochronę przed mobbingiem oraz naruszeniem danych osobowych.

Na marginesie – problem, który się tu pojawia, to podstawa prawna takich regulaminów i schematów organizacyjnych w zakresie prewencji mobbingowej lub kontroli pracownika. Zazwyczaj stwarzają one możliwość wkraczania w prywatność pracownika, chronioną przecież przez przepis konstytucyjny, który pozwala na naruszenie prywatności w takim zakresie, w jakim przepis szczególny na to zezwala. Stąd pytanie o charakter specyficznych źródeł pracy, które określają niejednokrotnie procedury takich działań, które z jednej strony pozwalają na pozyskanie danych osobowych i ich przetwarzanie w sposób wykraczający poza dyspozycję art. 22¹ k.p., z drugiej zaś mają na celu ochronę dóbr osobistych pracownika oraz interesu pracodawcy.

⁴³ M. Gersdorf, *Organizacja pracy przez pracodawcę a ochrona dóbr osobistych pracownika* (w:) *Ochrona praw człowieka...*, s. 115 i n.

8.

Mobbing i ochrona danych osobowych stanowią niewątpliwie odrębne konstrukcje prawne, ujęte w odmiennych działach k.p. Podlegają różnej kwalifikacji prawnej (mobbing jest deliktem prawa pracy, naruszenie ochrony danych osobowych – wykroczeniem przeciw prawom pracownika), podobnie jak odpowiedzialność pracodawcy. Zjawiska te mają jednak pewne punkty styczne. Stanowią element szerszego ujęcia problematyki obowiązków pracodawcy w sferze stosunków pracy. Ponadto obszarem wspólnym jest ochrona dóbr osobistych pracownika. Ochrona dóbr osobistych, w szczególności prywatności może zostać potencjalnie naruszona wskutek działań pracodawcy wykraczających poza ramy prawne przy pozyskiwaniu i przetwarzaniu danych osobowych pracownika oraz innych dóbr osobistych, zwłaszcza godności, czci, których naruszenie towarzyszy zazwyczaj działaniom noszącym znamiona mobbingu. Kontrola pracownika, w zależności od jej legalności i przebiegu, może mieć charakter działań lub zachowań mobbingowych albo zmierzać do naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych lub powodować to naruszenie. Dotyczy to ujawniania znajdujących się w gestii pracodawcy danych osobowych pracownika, niejednokrotnie o charakterze wrażliwym i wykorzystania ich w celu dręczenia psychicznego pracownika. Następstwem takich działań może być wywołanie skutków charakterystycznych dla mobbingu.

PAŃSTWO
PRAWO
GOSPODARKA

CZEŚĆ II

OPRACOWANIA
ABSOLWENTÓW KOLEGIUM PRAWA

ALEKSANDRA WOJTASZEWSKA

Odnawialne źródła energii w Unii Europejskiej¹

Wstęp

Wzrost liczby ludności, zmiany klimatyczne, globalny kryzys energetyczny oraz destabilizacja polityczno-społeczna w wielu regionach świata stanowią poważne zagrożenia dla współczesnego ładu międzynarodowego. W przypadku bezpieczeństwa energetycznego współczesne wydarzenia zmuszają do podejmowania nowych działań mających na celu uniezależnienie surowcowe od państw trzecich i rozwijania nowych technologii energetycznych poprzez rozwój i promowanie odnawialnych źródeł energii (OZE). W niniejszej pracy poddano analizie te zagrożenia i skupiono się na podejmowanych inicjatywach prawnych w ramach Wspólnoty Europejskiej, a potem Unii Europejskiej. Praca koncentruje się na analizie działań realizowanych przez Unię w zakresie OZE z podziałem na okres do 2006 r. i okres po 2006 r., kiedy rozpoczęto realizację Nowej Polityki Energetycznej UE.

Definicja i klasyfikacja odnawialnych źródeł energii

Współczesne wydarzenia, takie jak gwałtowny wzrost populacji świata, postępujący efekt cieplarniany, globalny kryzys energetyczny oraz jego wpływ na bezpieczeństwo międzynarodowe stały się zagrożeniem dla stabilnego rozwoju gospodarek. Realnym wyzwaniem jest podjęcie odpowiednich kroków w celu wyeliminowania marnotrawstwa i nieefektywnego

¹ Artykuł napisany na podstawie pracy magisterskiej – „Działania Unii Europejskiej na rzecz promowania odnawialnych źródeł energii (OZE). Aspekty prawne i polityczne”, obronionej w 2015 r. (seminarium prof. Jana Barcza). Mgr Aleksandra Wojtaszewska pracuje obecnie w Biurze do Spraw Ochrony Ludności i Obrony Cywilnej Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej.

gospodarowania dostępnymi zasobami energetycznymi, a opracowania strategii rozwoju i implementacji technologii energetycznej, usprawnienia systemów wytwarzania energii, jej racjonalnego wykorzystywania oraz użycia w sektorze przemysłowym.

Eksperti przewidują, że największy udział w produkcji energii elektrycznej przez OZE po roku 2030 będzie miała biomasa – wykorzystywana zarówno w wytwarzaniu skojarzonym² oraz we współpalaniu w konwencjonalnych jednostkach parowych – i turbiny zasilane energią wiatru, w mniejszym stopniu ogniwa słoneczne (PV – *photovoltaic cells*)³.

Pokrycie potrzeb energetycznych w znacznym stopniu z udziałem energii ze źródeł odnawialnych wywołało potrzebę utworzenia planu przez Unię Europejską, tak aby w państwach członkowskich stworzyć uwarunkowania prawne w zakresie rozwoju rynków i wspomagania różnych obszarów i kierunków wykorzystywania OZE.

Pojęcie odnawialnych źródeł energii zdefiniowane jest w Ustawie o Odnawialnych Źródłach Energii (Ustawa o OZE)⁴ z dnia 20 lutego w art. 2 pkt. 22 jako „odnawialne, niekopalne źródła energii obejmujące energię wiatru, energię promieniowania słonecznego, energię aerotermalną, energię geotermalną, energię hydrotermalną, hydroenergię, energię fal, prądów i pływów morskich, energię otrzymywaną z biomasy, biogazu, biogazu rolniczego oraz z biopłynów”.

Przeciwieństwem są nieodnawialne źródła energii, czyli źródła, których zasoby odtwarzają się bardzo powoli lub wcale. Do tej grupy zalicza się między innymi ropa naftowa, węgiel, gaz ziemny i uran.

Najintensywniej obecnie wykorzystywanym odnawialnym źródłem energii jest energia grawitacyjna wody (hydroenergetyka), która w 2013 r. stanowiła niemal 71% energii z odnawialnych źródeł.

Do odnawialnych źródeł energii zalicza się:

- energię wiatru – sposób jej wykorzystania został opracowany w USA, obecnie jest to popularne źródło energii wykorzystywane głównie w krajach, które posiadają małe zasoby surowców energetycznych;
- energię słoneczną – jej wykorzystanie jest relatywnie trudne, ponieważ nie zawsze jest to źródło powszechnie dostępne. Wykorzystanie

² Proces polegający na jednoczesnym wytwarzaniu ciepła i energii elektrycznej w elektrociepłowni.

³ F. Krawiec, *Odnawialne źródła energii w świetle globalnego kryzysu energetycznego. Wybrane problemy*, Warszawa 2010, s. 12.

⁴ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz.U. 2015, poz. 478).

- energii słonecznej cieszy się popularnością głównie w małych gospodarstwach domowych i rolnych;
- energię pływów morskich – aby móc ją wykorzystać, buduje się specjalne zapory zamykające ujście wody zatoki morskiej. Gdy woda nagromadzi się w zbiorniku w czasie przyływu, zapora otwiera się. Wówczas siła płynącej wody napędza turbiny, które wytwarzają energię elektryczną;
 - energię geotermalną – wykorzystanie energii nagromadzonej w gorących wodach cyrkulujących w przepuszczalnej warstwie skorupy ziemskiej, które występują na głębokości większej niż 1000 m;
 - energię wody – wykorzystuje energię wód płynących;
 - energię termoelektryczną – aby ją wytworzyć, wykorzystuje się różnicę temperatur między wodami powierzchniowymi a głębinowymi oceanów. System funkcjonuje głównie wyspach Morza Karaibskiego;
 - energię biomasy – wykorzystuje się ją na wiele sposobów, m.in.: biogazownie zużywające odpady organiczne produkcji rolnej, zwierzęcej, spożywczej i innych, wykorzystanie poprzez spalanie biomasy (m.in. drewno, zrębki, pelety);
 - energię z łupków i piasków bitumicznych – energia produkowana z zawartego w surowcach oleju mineralnego, z którego uzyskuje się benzynę i olej opałowy;
 - energię z odpadów innych niż organiczne – tworzywa sztuczne, oleje mineralne i odpady gumowe, np. opony⁵.

Prognozy wskazują, że do 2020 r. energia wiatrowa i słoneczna będą produkowały podobną ilość energii co hydroenergetyka, a udział energii odnawialnej może przekroczyć 20%.

Zdefiniowaniem OZE zajęła się także Międzynarodowa Agencja Energetyczna (International Energy Agency – IEA), która przed kilku laty podjęła zadanie dotyczące doprecyzowania pojęć i określenia metodologii ocen istniejących i potencjalnych zasobów odnawialnych nośników energii. Grupa Robocza ds. Odnawialnych nośników energii, powołana przez IEA (The Renewable Energy Working Party – REWP) przyjęła definicję: „Odnawialna energia jest tą ilością energii, jaką pozyskuje się w naturalnych procesach przyrodniczych stale odnawialnych. Występując w różnej postaci, jest generowana bezpośrednio lub pośrednio przez energię słoneczną lub z ciepła pochodzącego z jądra Ziemi. Zakres tej definicji obejmuje

⁵ http://www.praktycznyprogram.ekspert-sitr.pl/produkty/material_wspomagajacy.pdf.

energię generowaną przez promieniowanie słoneczne, wiatr, z biomasy, geotermalną cieków wodnych i zasobów oceanicznych oraz biopaliwo i wodór pozyskany z wykorzystaniem wspomnianych odnawialnych źródeł energii”.

Zgodnie z wyżej wymienioną definicją do odnawialnych zalicza się: hydroenergię (niezależnie od mocy źródła jaka jest wytwarzana), energię słoneczną wykorzystaną w ogniwach fotowoltaicznych, energię zawartą w nośniku podgrzanym przez słoneczne kolektory, energię pływów i ruchu fal morskich, energię wiatrową oraz energię z wykorzystania stałej biomasy, ciekłego biopaliwa i gazów z biomasy (produkty pochodzenia roślinnego, zwierzęcego oraz biodegradowalnej części odpadów komunalnych). Z kolei IEA nie zalicza do OZE palnych odpadów przemysłowych, nieodnawialnych, palnych odpadów komunalnych, technologicznego ciepła odpadowego, oraz energię elektryczną pozyskaną z elektrowni wodnych szczytowo-pompowych⁶.

W dyrektywie 2001/77/EC Parlamentu Europejskiego w sprawie promocji elektryczności produkowanej ze źródeł odnawialnych używa się podobnej do stosowanej przez IEA definicji odnawialnych źródeł energii. Zgodnie z art. 2. dyrektywy są to „źródła odnawialne inne niż paliwa kopalne: energia wiatru, promieniowania słonecznego, geotermalna, fal i pływów morskich, z elektrowni wodnych, z biomasy oraz gazu z wysypisk śmieci i z oczyszczalni ścieków”.

OZE a nieodnawialne źródła energii. Działania Unii Europejskiej wobec konwencjonalnych źródeł energii

Nieodnawialne źródła energii to wszystkie źródła energii, które nie odnawiają się w krótkim okresie czasu lub wcale. Ich wykorzystanie jest szybsze niż uzupełnienie ich zasobów. Mimo coraz częstszego wykorzystywania OZE do otrzymania energii, stanowią one podstawowe źródło energii dla przemysłu, energetyki, transportu oraz gospodarstw domowych.

Źródłami nieodnawialnymi są przede wszystkim paliwa kopalne, takie jak:

⁶ J. Norwisz, T. Musielak, B. Boryczko, *Odnawialne źródła energii – polskie definicje i standardy*, „Rynek Energii” 2006, 1, http://www.zielona-energia.cire.pl/pliki/2/oze_def_stand.pdf (25.01.2015).

- węgiel kamienny,
- torf,
- węgiel brunatny,
- ropa naftowa,
- gaz ziemny.

Omawiając zagadnienie nieodnawialnych źródeł energii, warto zwrócić uwagę na działania podejmowane na forum Unii Europejskiej od lat 90. XX w. Niepewność dostępu do strategicznych surowców takich jak ropa naftowa czy gaz ziemny dała początek rozwojowi OZE. W związku ze współczesnymi zagrożeniami (m.in. wojna, kryzys ekonomiczny, destabilizacja polityczna) UE staje w obliczu wyzwania niedoboru rezerw energetycznych, zwłaszcza, że uzależniona jest od importu produktów ropopochodnych. W celu zapewnienia bezpieczeństwa dostaw substancji ropopochodnych UE zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia minimalnego poziomu zapasów produktów ropopochodnych, które można wykorzystać w przypadku kryzysu dostaw. Podstawę działań stanowi dyrektywa Rady 2006/67/WE z 24 lipca 2006 r.⁷ (uchylona przez dyrektywę 2009/119/WE od dnia 31 grudnia 2012 r.) nakładająca na państwa członkowskie obowiązek utrzymywania minimalnych zapasów ropy naftowej lub produktów ropopochodnych. Państwa członkowskie są zobowiązane do ustanowienia i utrzymywania minimalnych zapasów ropy naftowej w ilości wystarczającej na co najmniej 90 dni średniego dziennego zużycia wewnętrznego w poprzednim roku kalendarzowym. Państwa członkowskie, które dysponują własną produkcją naftową, mogą ją w sposób proporcjonalny odliczyć od wymaganych zapasów – jednak nie może ono przekroczyć 25% krajowego zużycia w państwie członkowskim.

Na wypadek kryzysu dostaw zastąpienie brakujących dostaw przez wprowadzenie na rynek zapasów ustanowionych przez państwa członkowskie może być skuteczne tylko wtedy, jeśli są z tym związane działania uzupełniające (środki mające na celu wspieranie efektywności energetycznej, dywersyfikacja źródeł energii, w szczególności przez promowanie odnawialnych źródeł energii itp.)⁸.

Podobnie jak zabezpieczenie rezerw ropy naftowej bezpieczeństwo dostaw gazu ziemnego jest również priorytetowe. Gaz ziemny jest bazo-

⁷ Dyrektywa Rady 2006/67/WE z 24 lipca 2006 r. (Dz.U. UE L 217/8).

⁸ *Strategiczne rezerwy ropy naftowej*, http://europa.eu/legislation_summaries/energy/external_dimension_enlargement/127071_pl.htm (29.01.2016).

wym elementem struktury energetycznej Unii Europejskiej. Pokrywa niemal 25% zaopatrzenia i wykorzystywany jest głównie do wytwarzania energii elektrycznej, ogrzewania, jako surowiec przemysłowy i jako paliwo w transporcie. W ciągu ostatniej dekady zużycie gazu w Europie wzrosło. Podstawę działań stanowi rozporządzenie nr 994/2010 w sprawie środków zapewniających bezpieczeństwo dostaw gazu ziemnego i uchylecia dyrektywy Rady 2004/67/WE. Celem rozporządzenia jest zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw poprzez zapobieganie przerwom w dostawach i skoordynowane działanie w przypadku ich wystąpienia oraz zapewnienie należytego i nieprzerwanego funkcjonowania wewnętrznego rynku gazu ziemnego. Rozporządzenie określa oparty na solidarności, przejrzysty mechanizm koordynacji planowania i reagowania na szczeblu krajowym, regionalnym i unijnym w przypadku stanu nadzwyczajnego. Rozporządzenie określa trzy podstawowe stany kryzysowe, tj.: stan wczesnego ostrzeżenia, stan alarmowy i stan nadzwyczajny. Komisja może ogłosić stan nadzwyczajny na szczeblu europejskim lub regionalnym na wniosek właściwego organu, który ogłosił sytuację nadzwyczajną. Kiedy wniosek pochodzi od przynajmniej dwóch organów, Komisja ogłasza stan nadzwyczajny na szczeblu UE lub regionu⁹.

Przesłanki rozwoju OZE

Ostatnia dekada spowodowała, że OZE stały się coraz powszechniejsze i bardziej doceniane. Od kilku lat w tym sektorze następuje stały wzrost inwestycji.

Dla rozwoju OZE do 2020 r. państwa członkowskie UE przyjęły różne mechanizmy wsparcia, często bazując na dyrektywie 2001/77/WE w sprawie promocji energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych na rynku energii. W większości przypadków systemy wsparcia nie zostały zmienione, tylko wzmocnione. W nielicznych wypadkach zdecydowano się na reorganizację mechanizmów wsparcia, m.in. we Włoszech zmodyfikowano system zielonych certyfikatów przyjmując system taryf gwarantowanych (*feed-in*) dla wybranych technologii, w Wielkiej Brytanii liczbę certyfikatów wydawanych za wytworzenie jednostki energii uzależniono od mocy oraz wykorzystywanego nośnika energii. W Niemczech, Hiszpanii i Czechach nastąpiło

⁹ Bezpieczeństwo dostaw gazu ziemnego, http://europa.eu/legislation_summaries/energy/external_dimension_enlargement/en0026_pl.htm.

istotne obniżenie taryfy *feed-in* dla energii elektrycznej wytwarzanej w ogniwach fotowoltaicznych. W krajach UE wyodrębnić można dwa bezpośrednie mechanizmy wsparcia, które po latach ewaluacji dominują: tzw. system *feed-in*, w którym producent energii otrzymuje określoną, zazwyczaj w prawie, cenę za wytworzoną energię. W drugim z systemów (system kwotowy) nałożono na pewne podmioty zobowiązania do zakupu określonej ilości energii ze źródeł odnawialnych.

Czynniki, dzięki którym można postawić prognozę, że przyszłość energetyczna należy do odnawialnych źródeł energii, to:

- bezpieczeństwo energetyczne – państwa w obliczu coraz większej destabilizacji na świecie będą dążyły do dywersyfikacji źródeł energii. Istotnym atutem OZE jest ich niewyczerpalność;
- zmiana klimatu i globalne ocieplenie – w celu ograniczenia skutków wywołujących degradację środowiska naturalnego, państwa podejmują polityczne i prawne decyzje oraz strategie, które mają na celu zmniejszenie emisji dwutlenku węgla do atmosfery (m.in. decyzja z Kioto, pakiet energetyczny UE 3x20);
- wzrost popytu na elektryczność – zapotrzebowanie na energię elektryczną stale wzrasta. Więcej inwestycji w OZE spowoduje, że energia elektryczna będzie powszechnie dostępna;
- konkurencyjność cen – gdy w sektorze energetycznym rośnie konkurencyjność, a koszty są ograniczane. Sukces firm OZE potwierdza, że są one konkurencyjne.

OZE w prawie wspólnotowym do 2006 roku

Pierwsze inicjatywy dotyczące odnawialnych źródeł energii

Prace nad alternatywnymi źródłami energii rozpoczęto już w latach 60. XX wieku, jednak realne działania na szczeblu wspólnotowym zaczęły się w 1996 r. wraz z powstaniem Zielonej Księgi – „Ku europejskiej strategii bezpieczeństwa energetycznego”. Początek intensywnej dyskusji nad odnawialnymi źródłami energii przypadł na lata 60. XX wieku. Powstałe ruchy proekologiczne w państwach wysoko rozwiniętych (obecnej Unii Europejskiej oraz Stanach Zjednoczonych) dały początek międzynarodowym inicjatywom prawnym, których celem stała się nie tylko ochrona środowiska i zdrowie swoich obywateli, ale również bezpieczeństwo energetyczne.

Gwałtownie rosnące ceny ropy naftowej na rynkach światowych – wywołane embargiem nałożonym przez państwa zrzeszone w Organizacji

Krajów Eksportujących Ropę Naftową¹⁰ zastosowane wobec Stanów Zjednoczonych (1973–1974) i rewolucją w Iranie (1979) – oraz szybko rosnące koszty łagodzenia skutków zwiększającego się zanieczyszczenia środowiska naturalnego wywołały konieczność poszukiwania alternatywnych źródeł energii.

W wielu państwach Europy Zachodniej podjęto stosowne działania promujące OZE. W latach 90. XX w. Dania wprowadziła podatek od emisji dwutlenku węgla w celu promocji efektywności, pomimo że odkryto już pokłady ropy naftowej na Morzu Północnym. Działania rządu duńskiego przyniosły ogromne korzyści finansowe dla państwa. Od 1981 r. do pierwszych lat XXI w. gospodarka Danii wzrosła o ponad 70%, zużycie energii pozostało na tym samym poziomie, a bezrobocie wynosi zaledwie 2%. Stosunkowo wczesna koncentracja uwagi na rozwoju energii słonecznej i wiatrowej, obecnie dostarczająca ok. 18% zużycia energii, umożliwiła powstanie i rozwój zupełnie nowego modelu przemysłu eksportowego. Koncentracja na tematyce OZE znalazła swoje odzwierciedlenie w procesie tworzenia nowych miejsc pracy w Danii. Obecnie, dla porównania, niemal jedna trzecia wszystkich naziemnych turbin wiatrowych na świecie pochodzi właśnie z Danii. Poza tym dwaj najbardziej innowacyjni i rozwinięci technologicznie producenci enzymów stosowanych w procesie przetwarzania biomasy w paliwo to duńscy potentaci: Danisco i Novozymes. Ciekawą kwestią jest to, że w 1973 r. 99% energii zużywanej w Danii pochodziło ze Środkowego Wschodu, a dzisiaj ilość importowanej energii wynosi 0%¹¹.

Zielona Księga (1996) – „Ku europejskiej strategii bezpieczeństwa energetycznego”

Jednym z pierwszych międzynarodowych dokumentów, który stanowił podstawę do ewolucji odnawialnych źródeł energii było uzupełnienie ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu zwane jako Protokół z Kioto¹². Traktat został wypracowany na konferencji w Kioto w grudniu 1997 r., a wszedł w życie 16 lutego 2005 r. Dokument zawiera zobowiązania państw uprzemysłowionych do ograniczenia emisji

¹⁰ Organization of the Petroleum Exporting Countries – OPEC.

¹¹ F. Krawiec, *Odnawialne źródła energii w świetle globalnego kryzysu energetycznego. Wybrane problemy*, Warszawa 2010, s. 21–23.

¹² Protokół z Kioto do Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu, sporządzony w Kioto dnia 11 grudnia 1997 r. (Dz.U. 2005 Nr 203, poz. 1684).

gazów cieplarnianych odpowiedzialnych za globalne ocieplenie. Całkowite emisje krajów rozwiniętych miały zostać ograniczone o co najmniej 5% w latach 2008–2012 w stosunku do poziomu z 1990 r.¹³.

20 października 1996 r. Komisja Europejska przyjęła Zieloną Księgę „Ku Europejskiej strategii bezpieczeństwa energetycznego”, czyli w tym samym czasie kiedy negocjowano Protokół z Kioto. Zielona Księga przedstawiła sytuację energetyczną Europy i zwracała szczególną uwagę na uzależnienie Europy od zewnętrznych dostaw surowców energetycznych i wysoki poziom emisji gazów cieplarnianych¹⁴. Głównym celem Zielonej Księgi było rozpoczęcie debaty o bezpieczeństwie energetycznym, które zostało uznane za najważniejszy element podstawy stworzenia niezależności polityczno-ekonomicznej Wspólnoty w kontekście starań dotyczących realizacji postanowień z Kioto oraz poprawy europejskiego rynku energetycznego. Zielona Księga stała się pierwszym poważnym krokiem w tworzeniu nowej strategii energetycznej dla państw europejskich. Określiła cele związane z wykorzystaniem OZE, rozpoznając główne przeszkody dla ich szerszego wykorzystania.

Powstanie potrzeby stworzenia nowej strategii Wspólnoty wynikała z faktu, że odnawialne źródła energii miały znikomy udział w bilansie energetycznym Wspólnoty i aby to zmienić, potrzebowały nie tylko wsparcia, ale przede wszystkim promocji. W Zielonej Księdze z 1996 r. wyróżniono zalety korzystania z OZE. Zalicza się do nich:

- realizację strategii zrównoważonego rozwoju,
- zmniejszenie zależności WE/UE od importu energii, tym samym zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego rynku wewnętrznego,
- przyczynianie się do poprawy ogólnej konkurencyjności przemysłu europejskiego,
- pozytywny wpływ na rozwój regionalny i walkę z bezrobociem,
- zainteresowanie społeczne, powstanie ruchów proekologicznych¹⁵.

Mimo licznych zalet, istniały (i dalej istnieją) przeszkody umożliwiające upowszechnienie korzystania z odnawialnych źródeł energii. Są to:

¹³ http://europa.eu/legislation_summaries/environment/tackling_climate_change/l28060_pl.htm (1.04.2015).

¹⁴ <http://www.klimatarolnictwo.pl/biomasa/dlaczego-oze/regulacje-prawne> (1.04.2015).

¹⁵ *Renewable energy: Green Paper*, http://europa.eu/legislation_summaries/other/l27018_en.htm (20.03.2015).

- wysokie koszty początkowe,
- mimo zainteresowania społecznego wciąż mała świadomość i przez to brak inicjatywy decydentów,
- problemy techniczne i ekonomiczne,
- trudności spowodowane różnicami klimatycznymi – np. niedostateczna ilość wiatru lub słońca.

Realizacja celu wymagała wzmocnienia następujących polityk wspólnotowych:

- wewnętrzny rynek energii (m.in. system harmonizacji podatków, pomocy państwa),
- szczególne wsparcie finansowe (Program Altener: 40 mln ECU¹⁶ na lata 1993–1997),
- wzrost udziału odnawialnych źródeł energii w programach badawczych i rozwojowych),
- rozwój polityki regionalnej wspierającej promocję OZE, głównie w obszarach podmiejskich i wiejskich,
- polityka rolna,
- wykorzystanie potencjału energii odnawialnej dla rozwoju gospodarczego państw Europy Środkowej i Wschodniej, krajów basenu Morza Śródziemnego i krajów rozwijających się¹⁷.

Biała Księga „Energia dla przyszłości – odnawialne źródła energii” (1997)

Konsekwencją Zielonej Księgi z 1996 r. była opracowana w 1997 r. Biała Księga „Energia dla przyszłości: odnawialne źródła energii”. Dokument zakładał, że do 2010 r. państwa członkowskie UE uzyskają 12% udział energii ze źródeł odnawialnych w bilansie paliwowo-energetycznym.

Biała Księga jest dokumentem *stricte* politycznymi, chcącym dać wskazówki państwom członkowskim, jak wybrać odpowiednią strategię i plan działania dostosowany do celu. Podobnie jak w Zielonej Księdze, podkreślono znaczenie budowania własnych strategii narodowych i decydowania o technologiach.

¹⁶ European Currency Unit (ECU) – jednostka rozliczeniowa w Europejskim Systemie Monetarnym używana w latach 1979–1998.

¹⁷ *Renewable energy: Green Paper*, http://europa.eu/legislation_summaries/other/127018_en.htm (10.04.2015).

Biała Księga uwzględniała również dodatkowe uwagi do perspektywy wzrostu wykorzystania OZE do 2010 r. To jest:

- wzrost produkcji biopaliw stałych powoduje, że wykorzystanie odpadów (rolnych, przemysłu drzewnego itp.) i uprawy roślin energetycznych w rolnictwie także wzrasta,
- wzrost udziału energii wiatru i jej wykorzystania wymagał rozwiązań logistycznych i finansowych umożliwiających podłączenie elektrowni wiatrowych do europejskiej sieci elektroenergetycznej,
- wzrost wykorzystania pasywnych systemów słonecznych może wymagać zmian w prawie budowlanym i w warunkach odbioru budynków,
- mała energetyka wodna może być rozwijana poprzez modernizację nieczynnych obecnie elektrowni, co mogłoby zapewnić niskie koszty utrzymania,
- budowa dużych elektrowni wodnych powinna być ograniczona ze względu na ich negatywny wpływ na wzrost zanieczyszczenia.

Zielona Księga „O bezpieczeństwie energetycznym” (2000)

Na początku 2000 r. oszacowano, że niemal 50% energii pochodziło z importu, a w przypadku braku jakichkolwiek działań przywydywano, że wzrost o około 70% nastąpi w 2020 r. Import energii stanowił 6% importu ogółem, z czego 45% importu ropy naftowej pochodziło z Bliskiego Wschodu i 40% gazu ziemnego z Rosji¹⁸.

Zielona Księga z 2000 r. skupiała się głównie na słabych stronach Wspólnot w zakresie OZE i przedstawiała propozycje na temat instrumentów, którymi można byłoby się posłużyć. Energia stanowi stały element obaw od początków kształtowania się Unii Europejskiej. Dwa z trzech traktatów ustanawiających Wspólnotę Europejską dotyczyły energii, tj. Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (1952 r.) oraz Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Euroatom, 1957 r.). Głównym celem traktatów było zapewnienie regularnych i uczciwych dostaw węgla i energii atomowej do państw członkowskich. Jednak w Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą nie wspomniano o wspólnej polityce energetycznej. Negocjacje z Maastricht i Amsterdamu

¹⁸ *Green Paper on the security of energy supply*, http://europa.eu/legislation_summaries/energy/external_dimension_enlargement/127037_en.htm.

w sprawie energii nie przyniosły oczekiwanych skutków i zakończyły się porażką¹⁹.

Według Zielonej Księgi, głównym celem strategii energetycznej Wspólnoty powinno być zagwarantowanie obywatelom państw członkowskich dobrobytu i prawidłowo funkcjonującej gospodarki poprzez zapewnienie swobodnego dostępu do energii w przystępnej cenie, przy jednoczesnej trosce o środowisko naturalne i realizowaniu planu zrównoważonego rozwoju. Strategia miała doprowadzić niekoniecznie do samowystarczalności energetycznej, ale przede wszystkim do uniezależnienia od bliskowschodnich czy rosyjskich dostawców energetycznych²⁰.

Dyrektywa 2001/77/WE

Dyrektywa 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych²¹ wdrażała propozycje zawarte w Białej Księdze. Głównym założeniem dyrektywy było wsparcie zwiększania udziału odnawialnych źródeł energii w produkcji energii elektrycznej na wewnętrznym rynku oraz opracowania podstaw dla przyszłych ram Wspólnoty w zakresie OZE²².

Dyrektywa podkreśliła rolę wspierania produkcji energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii dla Wspólnoty i uznała ją za sprawę priorytetową, realizującą potrzebę lepszego zabezpieczenia i zróżnicowania dostaw energii, ochrony środowiska i zwiększenia społecznej i ekonomicznej spójności. Sprawę poparły Rada w rezolucji z dnia 8 czerwca 1998 r. w sprawie odnawialnych źródeł energii²³ oraz Parlament Europejski w uchwale w sprawie Białej Księgi.

¹⁹ *Green Paper – Towards a European strategy for the security of energy supply* (COM/2000/0769 final), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52000DC0769&from=EN>.

²⁰ *Green Paper on the security of energy supply*, http://europa.eu/legislation_summaries/energy/external_dimension_enlargement/127037_en.htm.

²¹ Dyrektywa 2001/77/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 września 2001 r. w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych (Dz.U. L 283 z 27.10.2001).

²² *Dlaczego OZE – regulacje prawne*, <http://www.klimatarolnictwo.pl/biomasa/dlaczego-oze/regulacje-prawne>.

²³ Rezolucja Rady z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie strategii Wspólnoty mającej na celu wspieranie skojarzonej produkcji energii elektrycznej i ciepła (Dz.U. C 4 z 8.01.1998).

Dyrektywa nie nakłada obowiązku, aby państwa członkowskie uznawały zakup gwarancji pochodzenia energii elektrycznej od innego państwa członkowskiego lub podobny zakup energii elektrycznej za element wypełnienia krajowego zobowiązania kontyngentowego²⁴.

Plan działania w sprawie biomasy (2005)

7 grudnia 2005 r. Komisja Wspólnot Europejskich wydała komunikat dotyczący planu działania w sprawie biomasy. Komisja, mając na uwadze znaczenie polityki energetycznej, w komunikacie tym dokonała gruntownego przeglądu swoich działań dotyczących sektora energetycznego. Jednocześnie w komunikacie zarysowano plan, który określał środki nakierowane na zwiększenie pozyskania energii z biomasy pochodzącej z drewna, odpadów oraz roślin uprawnych.

Plan przedłożony przez Komisję miał stanowić pierwszy poważny krok, umożliwiający koordynację działań wykorzystujących potencjał biomasy, która w 2005 r. zaspokajała 4% zapotrzebowania na energię. Biomasa z powodzeniem może być wykorzystywana w transporcie, energetyce i ogrzewnictwie.

Odnawialne źródła energii w Nowej Polityce Energetycznej po 2006 roku

Problem bezpieczeństwa energetycznego Unii Europejskiej. Zielona Księga „Europejska strategia na rzecz zrównoważonej, konkurencyjnej i bezpiecznej energii” (2006)

Nowym trendem w kreowaniu polityki unijnej stało się bezpieczeństwo energetyczne – nie tylko w kontekście bezpieczeństwa zbiorowego, ale i bezpieczeństwa narodowego państw członkowskich. Europa w coraz większym stopniu zaczęła stawać się zależna od zewnętrznych dostawców ropy naftowej i gazu, których cena stale rośnie. Większość dostaw pochodzi z Rosji i krajów Bliskiego Wschodu. Brak wspólnej polityki energetycznej, przy jednocześnie różnym podejściu państw członkowskich do tego zagadnienia, stały się jednym z najpoważniejszych wyzwań przed jakimi stanęła Unia Europejska²⁵.

²⁴ Preambuła dyrektywy 2001/77/WE.

²⁵ M. Tatarzyński, *Polityka energetyczna Unii Europejskiej – raport*, BBN, 2007, s. 108.

Mimo kryzysów naftowych w latach 70. XX wieku, państwa członkowskie dopiero w latach 90. XX wieku zaczęły zdawać sobie sprawę z powagi sytuacji. Z powodu destabilizacji na Bliskim Wschodzie, Rosja była postrzegana jako dostawca pewny i przyszłościowy z europejskiego punktu widzenia. Jednak i to postrzeżenie uległo zmianie, na co niewątpliwie miało wpływ odcięcie dostaw gazu dla Ukrainy na początku 2006 r., co również dotknęło wiele krajów UE i stanowiło impuls do podjęcia bardziej zdecydowanych działań dotyczących bezpieczeństwa energetycznego. Pierwszym poważnym działaniem unijnym było opublikowanie w marcu 2006 r. Zielonej Księgi – „Europejska strategia na rzecz zrównoważonej, konkurencyjnej i bezpiecznej energii”²⁶.

Zielona Księga z 2006 r. określiła sześć kluczowych dziedzin, które były potrzebne do stawienia czoła wyzwaniom, przed którymi stanęła UE:

- 1) konkurencyjność i wewnętrzny rynek energii,
- 2) zróżnicowanie form energii,
- 3) solidarność państw członkowskich,
- 4) zrównoważony rozwój,
- 5) innowacje i technologia,
- 6) polityka zewnętrzna²⁷.

Zielona Księga określiła ówczesne realia w sektorze energetycznym, które stały się wyzwaniem dla państw członkowskich. Globalna współzależność w kwestii energii nadała polityce energetycznej wymiar unijny. Dokument określił trzy główne cele dla UE, czyli:

- trwałość (m.in. rozwój konkurencyjnych źródeł energii odnawialnej, ograniczenie popytu na energię w Europie),
- konkurencyjność (m.in. otwarcie rynku energii korzystne dla konsumentów, łagodzenie wzrostu światowych cen energii na gospodarkę unijną),
- bezpieczeństwo zaopatrzenia w energię (m.in. poprzez zapewnienie dostępu do energii obywatelom UE i przedsiębiorstwom).

Dodatkowo Zielona Księga przedstawiła konkretne propozycje umożliwiające osiągnięcie tych celów:

²⁶ KOM(2006) 105 wersja ostateczna.

²⁷ *Zielona Księga – Europejska strategia na rzecz zrównoważonej, konkurencyjnej i bezpiecznej energii*, KOM(2006) 105 wersja ostateczna, s. 4–5.

- stworzenie wewnętrznego rynku energii i gazu,
- zapewnienie, że unijny wewnętrzny rynek energii gwarantuje bezpieczeństwo dostaw i solidarność między państwami członkowskimi,
- konieczność zajęcia się wyzwaniami związanymi ze zmianami klimatycznymi w sposób zgodny z celami strategii lizbońskiej (m.in. aby do 2020 r. oszczędzić 20% energii),
- realizacja strategicznych technologii energetycznych (m.in. inicjatywy technologiczne, innowacje w dziedzinie energetyki),
- wspólna polityka energetyczna wobec krajów trzecich (m.in. aby sprostać pojawiającym się wyzwaniom)²⁸.

Inicjatywy prawne dotyczące odnawialnych źródeł energii w Unii Europejskiej

Międzyrządowe konsultacje w sprawie propozycji zawartych w Zielonej Księdze, zakończyły się na początku 2007 r., wówczas gdy Komisja ogłosiła kolejne propozycje inicjatyw dotyczących OZE. W ramach zintegrowanej polityki energetycznej sektor energii odnawialnej stał się jedynym sektorem energetycznym, który charakteryzował się możliwością ograniczenia emisji gazów cieplarnianych, zanieczyszczeń i ochrony środowiska oraz stymulacją nowych technologii przemysłowych.

W marcu 2006 r.²⁹ Rada Europejska wezwała do koordynacji działań na rzecz OZE i zwróciła się do Komisji o przygotowanie analizy dotyczącej promocji OZE w perspektywie długoterminowej. Jednym z pomysłów było zwiększenie do 2015 r. udziału OZE w zużyciu wewnętrznym brutto do 15%. W odpowiedzi na to Parlament Europejski znaczącą większością głosów wezwał do określenia celu wynoszącego 25% udziału OZE w ogólnym zużyciu energii w Unii Europejskiej do 2020 r.³⁰

Uzależnienie państw europejskich od surowców energetycznych wzrosło i konieczne okazało się opracowanie racjonalnego rozwiązania wzmacniającego UE. Według prognoz Komisji znaczna część importu pochodziła i będzie pochodzić z kilku krajów Bliskiego Wschodu, basenu Morza Kaspijskiego i Rosji. Warto zwrócić uwagę, że wymienieni dostawcy nie charakteryzują się liberalnym, otwartym rynkiem, co sprawia, że utrzymanie pożądanego bezpieczeństwa energetycznego nie jest sprawą prostą. Ze względu

²⁸ Ibidem, s. 20–22.

²⁹ Dokument Rady 7775/1/06 REV10.

³⁰ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 14 grudnia 2006 r. w sprawie wspólnej europejskiej polityki zagranicznej w dziedzinie energetyki (2007/2000(INI)).

na plan stopniowego zamykania elektrowni jądrowych w niektórych państwach unijnych oraz bardziej restrykcyjne wymogi dotyczące emisji gazów cieplarnianych, wybór gazu, który jest tańszy niż LNG³¹, jako paliwa do elektrowni staje zjawiskiem częstszym.

W rozważaniach na temat OZE warto zwrócić uwagę na koszty. Zmiana energetyki tradycyjnej na odnawialną wiązała się i wiąże z potężnymi kosztami dla budżetów państw członkowskich. Ponadto nie było wyraźnie wypracowanej strategii odnośnie energetyki jądrowej, ponieważ państwa członkowskie miały do niej różne podejście. M.in. Polska, Rumunia, Francja czy Finlandia stały się zwolennikami wykorzystywania tego rodzaju energii, zaś państwa takie jak Niemcy, Włochy czy Hiszpania wyraźnie starały się od niej odejść.

Mapa drogowa na rzecz energii odnawialnej. Energie odnawialne w XXI wieku: budowa bardziej zrównoważonej przyszłości

10 stycznia 2007 r. Komisja Europejska przedstawiła Radzie Europejskiej i Parlamentowi Europejskiemu komunikat, w którym zawarła plan działań stanowiących podstawy przyszłej wspólnej polityki energetycznej. Komunikat otrzymał tytuł – „Mapa drogowa na rzecz energii odnawialnej. Energie odnawialne w XXI wieku: budowa bardziej zrównoważonej przyszłości”³².

Mapa drogowa stanowi integralną część Strategicznego Przeglądu Sytuacji Energetycznej Unii Europejskiej i określała długoterminowy plan dla OZE. Pojawiła się w niej propozycja, aby UE określiła prawnie wiążący cel na poziomie 20% dla udziału energii odnawialnych w zużyciu energii w UE do 2020 r. W Mapie drogowej dodatkowo przedstawiono propozycje nowych ram prawnych w kwestii wspierania i wykorzystania OZE przez państwa członkowskie. Celem dokumentu miało być zapewnienie długoterminowej stabilności zarówno dla przedsiębiorców, jak i bezpośrednich konsumentów w odniesieniu do sektora energetyki odnawialnej, tak aby zapewnić bardziej zrównoważoną przyszłość³³. Wyznaczone cele w kierunku czystszej, bezpieczniejszej i bardziej konkurencyjnej przyszłości energetycznej miały stanowić element wspólnej strategii państw członkowskich

³¹ LNG – skroplony gaz ziemny.

³² KOM(2006) 848 wersja ostateczna.

³³ Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego – Mapa drogowa na rzecz energii odnawialnej. Energie odnawialne w XXI wieku: budowa bardziej zrównoważonej przyszłości, s. 3.

poprzez zwiększenie udziału OZE w sektorach elektryczności, transportu, ogrzewania i chłodzenia.

Mapa drogowa podkreśla, że udział OZE zwiększył swój udział o 55% w wartościach bezwzględnych energii. Mimo wyraźnego progresu, cel w wysokości 12% nie osiągnął nawet 10%. Przyczyny tej sytuacji są złożone. Mimo, iż koszty większości OZE maleją, na ówczesnym etapie rozwoju rynku energii OZE nie stanowiły najtańszej opcji energetycznej, co dało przewagę ekonomiczną paliwom kopalnym. Kolejną przyczyną tego stanu była złożoność, nowość oraz zdecentralizowany charakter większości zastosowań OZE, co zamiast ułatwiać, spowodowało nowe problemy administracyjne, np. niejasne procedury uzyskiwania zezwoleń na planowanie, budowę i obsługę systemów, różnice standardów i certyfikacji. Brak informacji dla dostawców, klientów oraz instalatorów także był zjawiskiem powszechnym³⁴.

Podsumowując inicjatywy unijne dotyczące OZE, można stwierdzić, że postęp w tej dziedzinie był nierównomierny i nieregularny, a państwa członkowskie nie były wystarczająco przygotowane na osiągnięcie wyznaczonych celów. Polityki krajowe poszczególnych państw okazały się zbyt wrażliwe na często zmieniające się polityczne trendy. Brak wiążących prawnie celów w zakresie energetyki odnawialnej na poziomie unijnym, słabe ramy regulacyjne dotyczące użycia OZE w transporcie i brak ram prawnych dotyczących bezpośrednio sektora ogrzewania i chłodzenia, świadczyły o niewystarczającym zaangażowaniu państw członkowskich³⁵. Wyraźny postęp zauważalny był jedynie w sektorze energetyki, głównie ze względu na efektywność dyrektywy w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych (dyrektywa 2001/77/WE) przyjętej w 2001 r., której cele zostały osiągnięte niemal w całości.

Mapa drogowa zasygnalizowała także, że ówczesna polityka energetyczna nie dawała gwarancji na zmniejszenie emisji dwutlenku węgla, wręcz przeciwnie – przewidywała jego zwiększenie do 2030 r. o 5%. Zależność UE od importu surowców energetycznych, takich jak ropa naftowa czy gaz ziemny miała wzrosnąć kolejno z 80 do 94% i 57 do 84%. Zgodnie z danymi Międzynarodowej Agencji Energii, do 2030 r. światowe zapotrzebowanie na ropę naftową może wzrosnąć do 41%, co może stworzyć ryzyko destabilizacji polityczno-ekonomicznej. Mechanizmy mające na celu zapewnienie

³⁴ Ibidem, s. 5.

³⁵ Ibidem.

solidarności między państwami członkowskimi w przypadku kryzysów energetycznych w praktyce stanowiły dopiero cel do zrealizowania.

Dyrektywa 2009/28/WE

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE³⁶ stanowi konsekwencję działań z poprzednich lat dotyczących tzw. Pakietu 3x20 dotyczącego realizacji trzech celów osiągniętych wymiarze 20% do 2020 r., czyli: zmniejszenia emisji dwutlenku węgla, oszczędności energii i większego udziału energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych. Dyrektywa 2009/28/WE odniosła się bezpośrednio do odnawialnych źródeł energii, ustanawiając wspólne ramy prawne w celu promowania energii ze źródeł odnawialnych oraz doprecyzowując obowiązkowe cele do zrealizowania przez państwa członkowskie w kwestii całkowitego udziału energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych w końcowym zużyciu energii brutto i udziału energii ze źródeł odnawialnych wykorzystanych w transporcie. W dyrektywie określono również reguły dotyczące statystycznych transferów energii między państwami członkowskimi, wspólnych projektów między państwami członkowskimi i z państwami trzecimi, gwarancji pochodzenia energii, procedur administracyjnych, a także informacji i szkoleń oraz dostępu energii ze źródeł odnawialnych do sieci elektroenergetycznej. W dyrektywie określono także kryteria zrównoważonego rozwoju dla biopaliw i biopłynów.

Priorytetowym celem działań przewidzianym w dyrektywie było osiągnięcie 20% udziału energii pochodzącej z OZE w końcowym zużyciu energii (brutto) w 2020 r. Cel w ostateczności został „przełożony” na indywidualne cele nałożone na państwa członkowskie – na przykład w przypadku Polski wyniósł on 15%. W dyrektywie sprecyzowano sposób wyliczenia udziału energii z OZE, którą oblicza się jako wartość końcowego zużycia brutto z OZE podzieloną przez wartość końcowego zużycia brutto ze wszystkich wykorzystanych źródeł. Otrzymany wynik wyrażony jest w procentach³⁷.

³⁶ Dz.U. UE L 09.140.16.

³⁷ *Nowe regulacje prawne w zakresie promowania energii ze źródeł odnawialnych*, <http://www.ppr.pl/arttykul-nowe-regulacje-prawne-promowania-energii-156597-dzial-11.php> (15.04.2015).

Dyrektywa 2009/28/WE nie wprowadziła jednolitego systemu wsparcia dla energii pochodzącej z OZE na terytorium Unii Europejskiej. Wybór sposobu wspierania OZE należy do decyzji państw członkowskich. Dodatkowo przewidziano możliwość wspierania energii ze źródeł odnawialnych wytworzonej na terenie nie swojego, a innego państwa członkowskiego. Do takich narzędzi współpracy w sektorze energetyki odnawialnej zaliczono:

- transfery statystyczne energii z OZE między państwami członkowskimi,
- wspólne projekty dotyczące budowy instalacji wytwarzania energii ze OZE między państwami członkowskimi,
- wspólne projekty dotyczące budowy instalacji wytwarzania energii z OZE między państwami członkowskimi i państwami trzecimi,
- wspólne systemy wsparcia³⁸.

Nowa strategia energetyczna Unii Europejskiej 2010–2020

25 listopada 2010 r. Parlament Europejski przyjął rezolucję „W kierunku nowej strategii energetycznej dla Europy 2011–2020”. Dokument ten można uznać za jeden z pierwszych, poważniejszych planów przyjętych w ramach Unii Europejskiej w dziedzinie energetyki w odniesieniu do perspektywy długoterminowej. W świetle wcześniejszych działań UE dotyczących sektora energetycznego nowa strategia była niezbędna. Dotychczas głównie poszczególne państwa członkowskie podejmowały samodzielne, indywidualne decyzje oraz inicjatywy (głównie Dania, Niemcy czy Hiszpania). Działania te miały istotny wpływ na bezpieczeństwo energetyczne dla UE, jednak nie były one skoordynowane ani skonsultowane z innymi państwami członkowskimi. Wraz z przyjęciem rezolucji Parlamentu Europejskiego, pojawiła się szansa na zmianę takiego stanu rzeczy, tak aby korzyści były odczuwalne nie tylko dla poszczególnych państw członkowskich, ale dla Unii Europejskiej jako całości.

Zasadność przyjęcia rezolucji należałoby rozważyć przede wszystkim w kontekście wyzwań, przed jakimi stanęła UE w następnych latach. Aby nastąpił jakikolwiek postęp w tej dziedzinie, Unii potrzebne są nowe inwestycje niezbędne dla rozwoju przemysłu energetycznego. Inwestycje wchodziłyby w grę wówczas, gdyby UE dysponowała stabilnymi ramami prawnymi, które w 2010 r. nie były wystarczająco rozwinięte.

³⁸ Ibidem.

Rezolucja poruszyła kwestie przedsiębiorstw i realizowanych przez nie projektów na lokalnych rynkach energii, wskazując na konieczność stymulacji takich przedsiębiorstw i wspieranie ich rozwoju. Jest to konieczne w przypadku przedsiębiorstw znajdujących się w państwach słabiej rozwiniętych, gdzie z przyczyn ekonomicznych trudno zrealizować i sfinansować unijne inwestycje energetyczne. Duży wpływ na to miał światowy kryzys gospodarczy z 2008 r. odpowiadający między innymi za opóźnienie części zaplanowanych inwestycji – na przykład gazociągu Nabucco³⁹ (który długo pozostawał w fazie projektu i z którego ostatecznie zrezygnowano w 2013 r.).

Nowa strategia energetyczna na lata 2011–2020 stanowi również próbę przystosowania inicjatyw i celów unijnych do nowych warunków, jakie stworzył Traktat z Lizbony (którzy wszedł w życie w 2009 r.). Dokument strategiczny miał usprawnić prawodawstwo Unii Europejskiej dotyczące sektora energetycznego. W dokumencie wyraźnie podkreślono niepokojące uzależnienie energetyczne od Rosji i konieczność wypracowania nowych rozwiązań, takich jak na przykład inwestycje w odnawialne źródła energii.

Jedną z przyczyn niepowodzenia w osiągnięciu wyznaczonych celów w zakresie OZE i ogólnie w polityce energetycznej stanowił brak obligatoryjnego wprowadzenia sankcji za nieprzestrzeganie przepisów dotyczących OZE. Stało się to o tyle trudne, że wcześniej państwa członkowskie nie były prawnie zobligowane do prowadzenia polityki energetycznej zgodnie z celami całej Unii Europejskiej. Nowy porządek prawny i wprowadzenie sankcji za niewywiązywanie się z przyjętych zasad dotyczących energetyki miało pomóc w realizacji planów.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego wezwała Komisję Europejską do zweryfikowania działań Agencji do Spraw Współpracy Organów Regulacji Energetyki ACER i Europejskiej Sieci Operatorów Systemów Przesyłowych ENTSO. Parlament Europejski wezwał także do sprawdzenia ich uprawnień. Celem PE stało się usprawnienie Unii Europejskiej w zakresie podejmowania decyzji dotyczących sektora energetycznego. Do 2020 r. celem stało się zintegrowanie sieci energetycznych i gazowych na terytorium UE oraz skupienie się na inwestycjach w OZE⁴⁰.

³⁹ Gazociąg Nabucco – gazociąg, który miał transportować gaz ziemny z Iranu, Azerbejdżanu, Rosji i wschodniej Turcji do Austrii przez Rumunię, Bułgarię i Węgry. Według wcześniejszych planów, budowa miała rozpocząć się w pod koniec 2012 r. i zakończyć pod koniec 2015 r.

⁴⁰ T. Niedziółka, *Nowa strategia energetyczna UE*, http://www.stosunkimiedzynarodowe.info/arttykul,880,Nowa_strategia_energetyczna_UE (21.04.2015).

Alternatywne źródła energii według rezolucji Parlamentu Europejskiego powinny być promowane i rozwijane. Podkreślono zasadność inicjatyw DESERTEC⁴¹ i TRANSGREEN⁴². Projekty te zakładają czerpanie energii dla państw europejskich z baterii słonecznych, rozmieszczonych w Afryce Północnej. Według ekspertów w ciągu 6 lat na pustyniach można uzyskać więcej energii ze słońca niż ludzkość zużywa w ciągu roku⁴³. Do 2050 r. z tych źródeł powinno trafić około 15% jej rocznego zapotrzebowania na energię.

Miejsce odnawialnych źródeł energii w nowej strategii energetycznej UE

6 czerwca 2012 r. Komisja wydała komunikat zatytułowany „Energia odnawialna: ważny uczestnik europejskiego rynku energii”⁴⁴. Wskazała w nim obszary, którym do 2020 r. powinno poświęcić się więcej uwagi i wsparcia, tak aby produkcja energii z OZE osiągnęła tendencję zwykłą do 2013 r. i kolejnych latach. Technologie zajmujące się energią alternatywną powinny stać się do 2020 r. tańsze, bardziej konkurencyjne i dostosowane do potrzeb rynkowych. UE miała stymulować nowe inwestycje w OZE, m.in. znosząc dopłaty do paliw kopalnych i odpowiednio opracowując podatki energetyczne.

W listopadzie 2013 r. Komisja opracowała i przedstawiła kolejne wytyczne regulujące systemy wsparcia energii pochodzącej ze źródeł alternatywnych. Komisja poparła wykorzystanie mechanizmów współpracy również w zakresie OZE przy kosztach minimalnych⁴⁵. Komisja zapowiedziała kompleksowy przegląd dotacji, które państwa członkowskie mogły przeznaczyć na sektor energetyki odnawialnej. W czerwcu 2014 r. nowe wytyczne dotyczące pomocy państw w dziedzinie ochrony środowiska

⁴¹ DESERTEC – projekt zainicjowany w 2009 r., który zakładał, że energia odnawialna powinna być wytwarzana w tych miejscach, w których występuje w największej obfitości. Miejsca te należy połączyć liniami wysokiego napięcia prądu stałego HVDC i przesyłać energię przy minimalnych stratach wszędzie tam, gdzie jest ona potrzebna.

⁴² TRANSGREEN – projekt zainicjowany w 2010 r., który zaplanował budowę rozległej sieci podmorskich linii elektrycznych na dnie Morza Śródziemnego, która będzie zasilać Europę energią słoneczną pochodzącą z Afryki.

⁴³ Projekt DESERTEC – Unia *Energetyczna*, <http://virtech.pl/projekt-desertec> (20.04.2015).

⁴⁴ COM(2012) 271.

⁴⁵ COM(2013) 7243.

i energii zostały opublikowane w komunikacie Komisji zatytułowanym „Wytyczne w sprawie pomocy państwa na ochronę środowiska i cele związane z energią w latach 2014–2020”⁴⁶.

Unia Europejska rozpoczęła intensywne prace, aby zrealizować częściowo wyznaczone cele dotyczące OZE do 2020 r. i przygotować się do okresu po 2020 r. OZE stanowią element strategii wieloletniej, ponieważ realizacja celów w zakresie OZE została wyznaczona do 2050 r.⁴⁷. Zamierzenia obniżenia emisyjności sektora energii uwzględnione w planie działania pokazują, że do 2030 r. udział energii pochodzącej ze źródeł alternatywnych powinien ukształtować się na poziomie wynoszącym co najmniej 30%.

W marcu 2013 r. została opublikowana Zielona Księga zatytułowana „Ramy polityki w zakresie klimatu i energii do roku 2030”⁴⁸. Po tym wydaniu Komisja wydała komunikat z dnia 22 stycznia 2014 r. pod tytułem „Ramy polityczne na okres 2020–2030 dotyczące klimatu i energii”⁴⁹, w którym przedstawiła propozycję nieodnawiania po 2020 r. wiążących krajowych celów w zakresie energii pochodzącej z OZE. Głównym założeniem jest osiągnięcie 27% poziomu udziału energii pochodzącej z OZE w ogólnym zużyciu w UE.

W nowym planie unijnym dotyczącym promowania odnawialnych źródeł energii skupiono się także na konkretnych zasobach energetycznych wymagających dodatkowego wsparcia, tj. biomasie i biopaliwach oraz morskiej energii wiatrowej i energii oceanów.

Wnioski

Rozwój sektora energetyki odnawialnej umożliwia osiągnięcie postępu technologicznego, który może pomóc rozwiązać istotne problemy, przed którymi staje Unia Europejska. Odnawialne źródła energii stanowią element strategii UE na najbliższe lata, umożliwiając rozwiązanie jednego z najpoważniejszych globalnych zagrożeń, jakimi są zmiany klimatu i bezpieczeństwo energetyczne.

Unia Europejska potrzebuje tzw. zielonej rewolucji, aby móc wyjść z globalnego kryzysu energetycznego. Jej głównym założeniem powinno być zintensyfikowana ochrona środowiska naturalnego i budowa strategii

⁴⁶ *Energia odnawialna*, http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pl/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.7.4.html (2.05.2015).

⁴⁷ COM(2011) 885.

⁴⁸ COM(2013) 169.

⁴⁹ COM(2014) 15.

rozwoju zrównoważonych programów zaopatrzenia w energię dla świata. Działania te powinny być skoordynowane z technologią czystego spalania węgla, energii wodorowej, ogniw paliwowych i innych. Takie stanowisko pomoże zapewnić czyste środowisko naturalne i racjonalne zaspokojenie potrzeb energetycznych, szczególnie krajów uzależnionych od ropy naftowej oraz integrację państw członkowskich⁵⁰.

Unia Europejska postawiła sobie jasne cele do realizacji do 2020 r., jednocześnie zakładając, że ich realizacja będzie trwała także po 2020 r. Komisja w komunikacie z dnia 22 stycznia 2014 r. – „Ramy polityczne na okres 2020–2030 dotyczące klimatu i energii” – przedstawiła propozycję nieodnawiania po 2020 r. wiążących krajowych celów w zakresie OZE. Obligatoryjnym celem stał się udział energii pochodzącej OZE w ogólnym zużyciu energii na poziomie 27%⁵¹.

Warto zwrócić uwagę na to, że UE sama nie jest w stanie zapobiec zmianom klimatu i innym zagrożeniom. Ważne jest, aby państwa członkowskie zajęły wspólne stanowisko w sprawach dotyczących OZE, ponieważ wtedy dopiero będzie możliwy postęp.

Rozbieżność interesów wynika z szeregu uwarunkowań, począwszy od ekonomicznych, kończąc na społecznych i historycznych. Kwestia wspólnej polityki energetycznej stała się jednym z priorytetów unijnych, co może wywrzeć pozytywne skutki zarówno na środowisko, jak i społeczeństwo międzynarodowe.

Zgodnie z wyznaczonymi celami w 2030 r. UE będzie zużywać mniej niż 10% łącznej ilości energii konsumowanej na całym świecie⁵². Dodatkowo promocja odnawialnych źródeł energii w ramach międzynarodowej polityki energetycznej wspiera europejskie interesy. Ważne, aby przyszłe działania unijne w celu wprowadzenia energii odnawialnej na rynki energetyczne skupiły się również na kwestii przyłączenia do sieci, opłat za dostęp i opłat bilansujących z korzystania z energii odnawialnej.

⁵⁰ F. Krawiec, *Odnawialne źródła energii w świetle globalnego kryzysu energetycznego. Wybrane problemy*, 2010, s. 31.

⁵¹ *Energia odnawialna*, http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pl/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.7.4.html (16.02.2016).

⁵² Komunikat Komisji do Rady Europejskiej i Parlamentu Europejskiego – *Europejska Polityka Energetyczna*, KOM(2007) 1, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com%282007%290001_/com_com%282007%290001_pl.pdf, s. 19. (1.02.2016).

DANIEL PAWLUCZUK

Zasada kontradiktoryjności w kodeksie postępowania cywilnego

Wstęp

„Proces cywilny, jak każda zorganizowana działalność ludzka, opiera się na pewnym zespole reguł, które mają zapewnić efektywne osiągnięcie jego celów¹.” Postępowanie cywilne powinno kończyć wydanie sprawiedliwego, odpowiadającego stanowi faktycznemu rozstrzygnięcia. Ponieważ każde rozstrzygnięcie jest oparte na materiale faktycznym istotnym dla sprawy, reguły dokonywania ustaleń faktycznych mają kardynalne znaczenie dla kształtu procesu. Za fundament dokonywania ustaleń faktycznych może posłużyć zasada kontradiktoryjności (sporności) bądź zasada inkwizycyjności. Artykuł traktuje o wzmocnionej nowelizacją kodeksu postępowania cywilnego z 1996 r. zasadzie kontradiktoryjności².

Artykuł stanowiący zsyntetyzowaną wersję pracy magisterskiej nie rozwija wszelkich wątpliwości nasuwających się przy pytaniu o kształt postępowania cywilnego. Poświęcając się zagadnieniom teoretycznym, nie odda też pełnego obrazu uzupełnianego praktyką. W kontekście kontradiktoryjności powinien jednak pomóc zorientować się w kształcie obowiązującej procedury.

¹ M. Łochowski, *Rola zasady kontradiktoryjności w sprawach cywilnych dotyczących odpowiedzialności lekarzy za błędy w sztuce*, „Prawo i medycyna” 2004, 4, s. 59.

² Ustawa z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. Nr 43, poz. 189.

Pojęcie procesu cywilnego

Pojęcie postępowania cywilnego jest w doktrynie definiowane w różny sposób. Jedną z najtrafniejszych definicji skonstruowana została przez J. Jodłowskiego, zgodnie z nią, postępowanie cywilne jest prowadzoną w określonych prawem formach działalnością sądów i innych właściwych organów oraz występujących przed tymi organami stron i innych zainteresowanych osób, zmierzającą do realizacji stosunków prawa cywilnego, rodzinnego, prawa pracy i innych powierzonych przepisami szczególnymi oraz do ochrony wynikających z tych stosunków praw podmiotowych. Działalność ta polega na rozpatrywaniu i rozstrzyganiu spraw z zakresu tych stosunków oraz na przymusowym wykonaniu orzeczeń sądów i innych właściwych organów stwierdzających prawa i obowiązki stron³. Już z tej definicji można wysunąć wniosek, że najistotniejszym zadaniem postępowania cywilnego jest realizacja norm prawa materialnego w zakresie spraw cywilnych na drodze ich przymusowego wykonania.

Pojęcie naczelných zasad procesowych

Celem nauki o zasadach procesowych jest wykrycie pewnych generalnych i dających się racjonalnie uzasadnić założeń strukturalnych wywierających wpływ na kształt instytucji procesowych⁴. Odróżnić należy przy tym zasady procesowe od naczelných zasad wymiaru sprawiedliwości i od tzw. postulatów procesowych, które w postaci pewnych deklaracji czy dyrektyw mogą być też formułowane w przepisach prawa procesowego. Postulaty, takie jak np.: szybkość postępowania, dążenie do ugodowego załatwienia sprawy, nie są normami *sensu stricto*, nie pozbawia się ich jednak znaczenia normatywnego, powinny być brane pod uwagę przy interpretacji prawa procesowego⁵.

Do zasad procesowych zaliczana jest tradycyjnie zasada „prawdy materialnej” jako odpowiadającej stanowi faktycznemu. W podejściu bardziej

³ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2000, s. 10.

⁴ A. Jakubecki, *Naczelne zasady postępowania cywilnego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego, zjazd katedr postępowania cywilnego w Zakopanem 7–9.10.2005 r., Warszawa 2006, s. 349 i n.

⁵ H. Mądrzak, E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2001, s. 47 i n.

pragmatycznym postulat dokonania przez sąd ustaleń faktycznych odpowiadających rzeczywistości stanowi rzeczy stanowi cel postępowania, a nie zasadę. Właściwym zatem byłoby zastąpienie skrótu myślowego „zasada prawdy”, „zasadą dążenia do prawdy materialnej”.

Zasadą procesową postępowania cywilnego jest zasada równości, zwana zasadą równości broni, równouprawnienia stron i uczestników postępowania. Występująca w procedurze cywilnej zasada równości w pewnym stopniu pokrywa się z konstytucyjną zasadą równości obywateli wobec prawa. Zgodnie z art. 32 Konstytucji RP:

- „1. Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne;
2. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny.”⁶.

Do zasad procesowych należy zasada dyspozycyjności, zwana inaczej zasadą rozporządzalności. Wśród naczelných zasad procesu miejsce znalazła również będąca przedmiotem pracy zasada kontradiktoryjności. Ważna pozostaje przeciwdziałająca przewlekłości postępowania zasada koncentracji, skupienia materiału procesowego. Zasada kierownictwa sędziowskiego podkreśla rolę ciała orzekającego. W formie naczelnej zasady procesowej przyznano sądowi prawo do swobodnej oceny dowodów (przeciwieństwo legalnej teorii dowodów). Zasady bezpośredniości i jej korelat zasada ustności postulują w miarę możliwości przeprowadzenie postępowania dowodowego bezpośrednio przed składem orzekającym. Potrzeba zapewnienia sprawnego przebiegu procesu wykształciła zasadę umiarkowanego formalizmu procesowego.

Od przedstawionych zasad odróżnić należy naczelne zasady wymiaru sprawiedliwości, wynikające z założeń prawa konstytucyjnego w zakresie, w jakim odnoszą się do sfery ustrojowo-organizacyjnej wymiaru sprawiedliwości. Do tych zasad zalicza się: zasadę sądowego wymiaru sprawiedliwości, zasadę nadzoru judykacyjnego Sądu Najwyższego, zasadę niezawisłości sędziowskiej, zasadę udziału czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, zasadę kolegialności, zasadę jawności, zasadę

⁶ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 78, poz. 483.

instancyjności. Zasady te wywierają wpływ na instytucje i rozwiązania prawa procesowego⁷.

Zasada kontradiktoryjności

Artykuł poświęcony jest zagadnieniu, kto i w jakim zakresie: sąd czy strony ma gromadzić materiał procesowy. Na początku XIX wieku niemiecki prawnik Nicolaus T. Gönner, późniejszy twórca pruskiego kodeksu postępowania cywilnego, po raz pierwszy wyróżnił zasadę kontradiktoryjności. Etymologia słowa wywodzi się z łaciny, gdzie „*contradictorius*” oznacza „oparty na przeciwnych twierdzeniach”⁸.

W klasycznym ujęciu kontradiktoryjność oznacza przyjęcie koncepcji prowadzenia postępowania, w której sąd rozstrzyga wyłącznie na podstawie materiału procesowego, zgromadzonego i dostarczonego na wniosek stron procesowych⁹. A Okolski, kontradiktoryjność przedstawia jako zasadę wolnego rozporządzania prawami, podkreśla, że zarówno wytoczenie powództwa, jak i dokonywanie dalszych czynności procesowych zależy nie od woli państwa, ale od samych stron¹⁰. A Okolski, pierwszy polski badacz kontradiktoryjności z punktu widzenia państwa, sprowadza ową zasadę do nieingerencji¹¹.

Zalety i wady zasady kontradiktoryjności

Za formą kontradiktoryjną w procesie cywilnym doktryna opowiada się z bardzo wielu powodów¹². Powszechną zgodę i przekonanie zyskał pogląd, że to same strony najlepiej znają stan faktyczny, najczęściej dysponują dowodami na poparcie swoich argumentów, jeżeli same nie posiadają dowodów, to i tak są najlepiej zorientowane, gdzie takowe dowody się znajdują. Strony, podmioty na prawach stron i inni uczestnicy postępowania

⁷ B. Naleziński, *Prawo konstytucyjne. Podręczniki prawnicze*, pod red. P. Sarneckiego, Warszawa 2005, s. 386 i n.

⁸ M. Kuryłowicz, *Słownik terminów, zwrotów i sentencji prawniczych łacińskich oraz pochodzenia łacińskiego*, Kraków 2001, s. 143.

⁹ W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2000, s. 58–59.

¹⁰ W. Broniewicz, *Zasada kontradiktoryjności procesu cywilnego w poglądach nauki polskiej (1880–1980)*, Studia z prawa postępowania cywilnego, Księga pamiątkowa ku czci Zbigniewa Resicha, Warszawa 1985, s. 39 i n.

¹¹ Ibidem, s. 39.

¹² H. Dolecki, *Z problematyki...*, s. 3 i n.

należą do grupy najbardziej zainteresowanych wyjaśnieniem okoliczności sprawy¹³. W tym celu do inicjatywy stron należy paleta środków dowodowych, aby wykazać okoliczności dla siebie sprzyjające. Pobudką ma być własny interes, który wydaje się być wystarczająco silnym bodźcem i motywem ludzkich zachowań¹⁴. W razie biernej postawy, oczywiście, strona, co podkreśla orzecznictwo, powinna liczyć się z możliwymi ujemnymi konsekwencjami swojej biernej postawy¹⁵.

Zasada kontrydiktoryjności jest przedłużeniem, ramieniem zasady dyspozycyjności¹⁶. Skoro ustawodawca stronie przyznał prawo decyzji o treści pozwu, to powinien pozostawić również stronie decyzję odnośnie do podejmowanych środków dowodowych.

Kontrydiktoryjność jest najkorzystniejszym rozwiązaniem również z punktu widzenia sądu. Zgodny z formą śledczą, aktywny udział sądu zmusza wyrokujących do porzucenia roli obiektywnego obserwatora i włączenia się w ferwor walki procesowej¹⁷. W takiej sytuacji rodzi się ryzyko, kojarzone z ułomnością natury ludzkiej, stronniczego prowadzenia sprawy, czy nawet podświadomego prowadzenia postępowania w przeważającej części na rzecz tylko jednej ze stron. Aktywny udział sądu na rzecz jednej ze stron może rodzić podejrzenie naruszenia zasady równości¹⁸. Nadszarpnięty wydaje się być wtedy wizerunek samego wymiaru sprawiedliwości¹⁹. Nałożenie na sąd obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia sprawy jest niekorzystne ze względów ekonomicznych. Dominacja sporności prowadzi do podziału pracy pomiędzy strony a sąd dokonujący subsumcji²⁰. Strony mając dodatkowo możliwość korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej, są w stanie same zabezpieczyć swój interes prawny. Strona, której sytuacja finansowa nie pozwala na ponoszenie wydatków związanych z dostępem do sądu, ma prawo do zwolnienia z kosztów postępowania.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 1997 r., II UKN 271/97 OSNAPiUS 1998 r. Nr 14, poz. 430, Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 19 maja 2000 r., III CZP 4/00, OSNC 2000, poz. 195.

¹⁶ B. Bieńkowska, *Wybrane...*, s. 50.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ H. Dolecki, *Z problematyki...*, s. 3 i n.

Kontradyktoryjność daje stronom duże możliwości samodzielnego działania, inkwizycyjność natomiast oddaje strony pod opiekę sądu, ich aktywność słabnie i zaczynają one liczyć na pomoc sądu²¹. Jeżeli pomocy nie otrzymują, czy ma ona subiektywnie ograniczony zakres, podejrzewają sąd o stronniczość. Takie osłabienie czujności stron może mieć szkodliwe skutki z punktu widzenia przewlekłości postępowania.

Zasada kontradyktoryjności a zasada prawdy

W literaturze międzywojennej zwrócono uwagę, że kontradyktoryjność dobrze służy wykryciu prawdy w procesie pod warunkiem jednak, że zapewniona jest faktyczna równość stron. Z tego względu w prawie procesowym kontradyktoryjność jest uzupełniana przez elementy oficjalno-śledcze (inkwizycyjne), zezwalające na ograniczoną inicjatywę dowodową sądu. Wprowadzenie takich elementów do postępowania jest podyktowane właśnie dążeniem do wykrycia prawdy materialnej w procesie cywilnym. Zasada prawdy w nowym brzmieniu ujęta w art. 3 k.p.c.: „Strony i uczestnicy postępowania obowiązani są dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody”²², zdecydowanie różni się od „prawdy w ujęciu socjalistycznym”.

Po zmianie art. 3 k.p.c. można się zastanawiać, jakiej prawdzie służyć ma proces. Odpowiedź nie jest łatwa i jednoznaczna. Rozstrzygnięcie zapadłe w postępowaniu odpowiadać ma faktycznym okolicznościom sprawy. Jednak dążenie do prawdy doznaje wielu kodeksowych ograniczeń (prekluzja, zakazy dowodowe itp.). Pomimo uchylecia art. 3 § 2 k.p.c., który nakładał na sąd obowiązek wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy i wyjaśnienia rzeczywistej treści stosunków faktycznych i prawnych, nowsza literatura procesu cywilnego nadal uznaje zasadę prawdy materialnej za naczelną zasadę procesu cywilnego²³.

²¹ M. Sawczuk, *Problem aktywności stron w postępowaniu cywilnym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1974, 1, s. 65 i n.

²² Ustawa z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 43, poz. 189.

²³ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2000, s. 133 i n.; H. Dolecki, *Postępowanie cywilne, zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 49 i n.; K. Piasecki, *Postępowanie sporne rozpoznawcze*, Warszawa 2004, s. 65 i n.; W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2006, s. 54 i n.; inaczej H. Mądrzak, E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2001, s. 49 (postrzegają prawdę jako postulat, a nie zasadę).

Na tle aktualnego stanu prawnego są też jednak zapatrywania negujące istnienie zasady prawdy materialnej i głoszące powrót do prawdy formalnej²⁴. Zagadnienie, jakiej prawdzie służyć ma proces cywilny, ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia art. 232 zdanie 2 k.p.c. Jeżeli sąd ma zadowolić się prawdą formalną, to dopuszczanie dowodu z urzędu traci rację bytu. Zatem uchylenie przepisu zawierającego ustawową definicję prawdy i wyraźne zobowiązanie sądu do dążenia do niej nie powinno przesłaniać faktu, że kodeks postępowania cywilnego zawiera szereg przepisów ukierunkowanych na dążenie do prawdy: art. 3 k.p.c. – „zakaz kłamstwa”, art. 229 i 230 k.p.c. – przyznanie okoliczności faktycznych nie może nasuwać wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, art. 339 § 2 k.p.c. – twierdzenia powoda o okolicznościach faktycznych mogą stanowić podstawę wyroku zaocznego, jeżeli nie budzą wątpliwości co do zgodności z prawdziwym stanem rzeczy, art. 233 § 1 k.p.c. – ocena wiarygodności i mocy dowodów, art. 217 § 1 k.p.c. – termin przedstawiania faktów, art. 431 – zakaz oparcia rozstrzygnięcia jedynie na uznaniu powództwa w postępowaniach ze spraw małżeńskich, art. 468 – zobowiązanie sądu do podjęcia określonych czynności wyjaśniających w postępowaniach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, art. 477¹ – obowiązek przyznania roszczenia alternatywnego w sprawach o ustalenie istnienia stosunku pracy.

Dążeniem do prawdy materialnej podyktowane są te przepisy, zgodnie z którymi sąd działa z urzędu, wychodząc poza materiał przedstawiony przez strony lub uczestników postępowania. Kodeks postępowania cywilnego z 1930 r.²⁵ zdominowany formą kontrydiktoryjną, skierowany był ku prawdzie formalnej.

Postulat wykrycia w procesie prawdy materialnej zdecydowanie mocniej dochodzi do głosu w pewnych postępowaniach, w których ze względu na ich charakter za konieczne uznano wprowadzenie przepisów szczególnych. Odnosi się do postępowania w sprawach małżeńskich (art. 431 k.p.c.), w sprawach ze stosunków między rodzicami a dziećmi (art. 458 § 1

²⁴ A. Kallaus, *Konsekwencje prawne zmiany przepisu art. 3 w postępowaniu procesowym*, „Monitor Prawniczy” 1997, 4, s. 139 i n.

²⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. – Kodeks Postępowania Cywilnego, Dz.U. Nr 83, poz. 651, Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks Postępowania Cywilnego, Dz.U. Nr 83, poz. 652, Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1932 r. zmieniające niektóre przepisy Kodeksu Postępowania Cywilnego i Przepisów wprowadzających Kodeks Postępowania Cywilnego.

w związku z art. 431 k.p.c.) oraz w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych (art. 468 k.p.c.)²⁶.

Do unormowań ograniczających wykrycie prawdy w procesie zalicza się także przepisy o domniemaniach prawnych. Domniemania służą ułatwieniu procesowej ochrony niektórych dóbr i wartości stawianych w pewnym zakresie ponad prawdę materialną²⁷. Domniemania służą również zapobieganiu przewlekaniu postępowania, niecelowe są np. dowody co do istnienia praw grawitacji czy inne równie absurdalne²⁸. Wskazuje się ponadto na przepis o ograniczeniu dowodu z zeznań świadków lub przesłuchania stron na fakt dokonania czynności prawnej w przypadku zastrzeżenia formy *ad probationem* (art. 74 § 2 k.c.) Można go potraktować jako ograniczony postulat prawdy materialnej²⁹.

Dążeniom do prawdy formalnej sprzyjają: art. 217 § 2 k.p.c. (sąd pominię dowody powoływane jedynie dla zwłoki), art. 233 § 2 k.p.c. (upoważniający sąd do oceny odmowy przedstawienia przez stronę dowodu lub przeszkodom stawianym w celu jego przeprowadzenia), art. 381 k.p.c. (upoważniający sąd do pominięcia nowych faktów w postępowaniu odwoławczym, jeżeli strona miała możliwość powołania ich w postępowaniu w pierwszej instancji) oraz regulacje odnoszące się do terminów zawitych i fikcji prawnych.

Nie negując istnienia w prawie procesowym i materialnym przejawów prawdy formalnej, dominujące znaczenie przypisać należy nadal dążeniu do prawdy materialnej, na co wskazują przytoczone wyżej przepisy kodeksu postępowania cywilnego³⁰. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że wyrazem zasady prawdy materialnej w postępowaniu cywilnym jest także art. 232 k.p.c. w części stanowiącej podstawę dopuszczenia przez sąd z urzędu dowodów niewskazanych przez stronę. Reasumując, o tym, czy prawo procesowe dąży do prawdy materialnej, czy też zadawała się prawdą formalną, decydują nie deklaracje wypowiediane *expressis verbis* w kodeksie postępowania cywilnego, ale przewaga unormowań odwoławczych się do

²⁶ K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego, komentarz*, tom 1, pod red. A. Zielińskiego, Warszawa 2005, s. 1184 i n.

²⁷ Z. Resich, *Poznanie prawdy w procesie cywilnym*, Warszawa 1958.

²⁸ Z. Świda, W. Jasiński, M. Kuźma, *Dyrektywa rozstrzygania spraw w „rozsądnym terminie” a realizacja zasady prawdy materialnej w polskim procesie karnym*, (w:) *Zasada prawdy materialnej, materiały z konferencji Krasieczyn 15–16 X 2005 r.*, pod red. Z. Sobolewskiego, G. Artymiak, Warszawa 2006, s. 15–43.

²⁹ S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego, księga pierwsza, część ogólna*, Warszawa 2001, s. 253 i n.

³⁰ *Ibidem*.

prawdy formalnej bądź materialnej³¹. Dlatego też uchylenie art. 3 § 2 k.p.c. zawierającego definicję prawdy materialnej nie oznacza powrotu do koncepcji prawdy formalnej w polskim cywilnym prawie procesowym³².

Zasada równości stron w kontekście formy kontradiktoryjnej

Równouprawnienie stron w procesie cywilnym zaliczane jest do podstawowych zasad postępowania wynikających z samej istoty procesu cywilnego. Przestrzeganie warunków równouprawnienia stron jest warunkiem *sine qua non* rzetelnego procesu cywilnego w formie kontradiktoryjnej. Jeżeli jednak chodzi o tzw. faktyczną lub materialną równość stron, to jej znaczenie ujawnia się wtedy, gdy intelektualny lub finansowy status stron nie umożliwia im w równym stopniu skorzystania z uprawnień procesowych i ta nierówność jest asumptem do ewolucji instytucji kodeksowych. Problem w większym zakresie dotyczy strony „słabszej” w procesie. Stałym przejawem do zapewnienia materialnej równości stron w prawie procesowym jest instytucja zwolnienia od kosztów sądowych.

Nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego z 2 lipca 2004 r. zmodyfikowała brzmienie art. 5 i 212 k.p.c., zdejmując co do zasady z sądu i przewodniczącego obowiązek udzielania pouczeń i wskazówek stronie lub uczestnikowi postępowania działającym bez adwokata lub radcy prawnego. Z art. 5 k.p.c. znikła też wzmianka dotycząca pouczenia o skutkach prawnych czynności procesowych i o skutkach jej zaniedbań.

Ograniczenie informacyjnych obowiązków sądu spotkało się z krytycznym przejęciem w piśmiennictwie³³. Główna obawa koncentruje się w przesłance „uzasadnionej potrzeby”, która ma uznaniowy charakter i może prowadzić do całkowitego zaniechania pouczeń, sankcjonuje tylko prezentowaną wcześniej w orzecznictwie wykładnię art. 5 k.p.c. Modyfikacja treści art. 5 służyć może wzmocnieniu kontradiktoryjności, może zobligować strony do wykazania możliwie szerokiej inicjatywy. Nie lekceważąc wyrażanej w doktrynie obawy, zauważyć należy, że w prawie procesowym występujący w przepisach zwrot „sąd może” (jeżeli nie będzie uważany

³¹ A. Jakubecki, *Kontradiktoryjność...*, s. 63 i n.

³² M. Manowska, *Zasada prawdy materialnej w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, „Prawo Spółek” 1999, 12, s. 52 i n.

³³ T. Pietrzykowski, B. Wojciechowski, *Równość, prawda i sprawiedliwość w procesie cywilnym. Rozważania na tle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, „Palestra” 2004, 9–10, s. 15 i n.

za upoważnienie do dyskrecjonalnej władzy) zgodnie z tradycyjnym podejściem nie oznacza dowolności, lecz powinność przy spełnieniu określonych przesłanek. Do przesłanek tych należy z całą pewnością istnienie potrzeby udzielenia stronie pouczeń. Określenie „uzasadniona potrzeba”, to pleonazm, który oznacza w istocie „istniejącą potrzebę”. Takie podejście nie budzi zastrzeżeń nauki. Zatem zmieniony kształt art. 5 spowodowały względy ideologiczne, jak te, które przyświecały ustawie z 1950 r. Zmiana taka wzmacnia kontradiktoryjność, akcentując wyjątkowość instytucji pouczenia. Rozwiązanie to w większej mierze wyzwala energię stron, promuje aktywną rolę w procesie. Na ograniczeniu prawa pomocy również w niewielkim stopniu wydaje się ucierpieć zasada prawdy materialnej³⁴. W przypadku osób nieporadnych, nieudolnych nie powinno być regułą „prowadzenie stron za rękę” przez sąd, a raczej zgodnie z dyrektywą z art. 212 k.p.c. zwrócenie uwagi na „celowość ustanowienia pełnomocnika procesowego”. Zasada równości z punktu widzenia instytucji procesowych jest realizowana w kodeksie postępowania cywilnego w pełnym zakresie. Od woli stron jednak zależy, w jaki sposób z niej skorzystają. Rola stron, potrzeba ich aktywności w kontradiktoryjnym procesie zdaje się być bowiem nie do zastąpienia.

Zasada kontradiktoryjności a zasada koncentracji materiału procesowego i zasada szybkości postępowania

Sprawność sądowego wymiaru sprawiedliwości i związana z tym szybkość rozpoznawania spraw jest współczesnym wyzwaniem nie tylko w sprawach cywilnych i nie tylko w naszym państwie. Zasada szybkości postępowania koresponduje z zasadą koncentracji materiału procesowego. Podobnie jak w przypadku zasady prawdy, jest to postulat, a nie kwestia zaistnienia przy zastosowaniu określonych reguł, inaczej, szybkość postępowania – tak jak prawda – nie jest zasadą opisową.

Postulat przyśpieszenia postępowania znalazł wyraz w art. 6 Konwencji z 4 listopada 1950 r. o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³⁵ oraz w zaleceniach Komitetu Ministrów Rady Europy³⁶, a w ostat-

³⁴ S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa, zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 60 i n.

³⁵ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

³⁶ Zalecenie Nr R 84/5 Komitetu Rady Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich.

nim czasie w Polsce wyeksponowała go ustawa z 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki³⁷.

Prawo procesowe wyposaża sąd i przewodniczącego w środki służące koncentracji materiału procesowego, w pierwszej instancji są to art. 207 k.p.c. – odpowiedź na pozew, art. 208 k.p.c. – przygotowanie, 212 k.p.c. – ustalenie okoliczności bezspornych. Strony mogą przytaczać okoliczności faktyczne i dowody aż do zamknięcia rozprawy (art. 217 § 1 k.p.c.). Natomiast *ad discretionem* sędziego pozostawia się kwestię, czy pominąć dowód powołany jedynie dla zwłoki albo w sytuacji, gdy okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione (art. 217 § 2 k.p.c.)³⁸, z zastrzeżeniem, że nie dotyczy to dowodu przeciwnego. W drugiej instancji ocenie sądu podlega z kolei, czy strona nie mogła powołać w pierwszej instancji faktów i dowodów podniesionych w apelacji lub w toku postępowania w drugiej instancji lub czy potrzeba powołania powstała później, od czego zależy wzięcie ich pod uwagę (art. 368 § 1 pkt 4 k.p.c., 381 k.p.c.).

Zasada kontradiktoryjności a zasada umiarkowanego formalizmu procesowego

Proces jako ciąg działań podejmowanych przez uczestniczące w nim podmioty wymaga zorganizowania. Zorganizowanie polega na określeniu czynności procesowych co do formy, treści, czasu i miejsca, w którym mają być dokonane. Formalizm zapewnić ma sprawny, zorganizowany przebieg postępowania, służyć ma udzieleniu ochrony stronom i uczestnikom postępowania przed niedogodnościami, jakie mogłyby wynikać z niepewności lub dowolności.

Formalizm znalazł także wyraz w wyeliminowaniu možnosti ustnego zgłoszenia powództwa przez stronę zwolnioną od kosztów sądowych i działającą bez adwokata (art. 188 k.p.c. – uchylony nowelą z 24 maja 2000 r.) oraz wprowadzeniu instytucji pism procesowych wnoszonych na urzędowych formularzach. Powołane regulacje nie są przejawem formalizmu procesowego chroniącego strony przed dowolnością organów procesowych i będącego gwarancją wolności, a mają na celu usprawnienie postępowania

³⁷ Dz.U. Nr 179, poz. 1843.

³⁸ J. Krajewski, *Środki zmierzające do doskonalenia poziomu i sprawności postępowania cywilnego oraz ograniczenia społecznych kosztów wymiaru sprawiedliwości*, „Przegląd Sądowy” 1973, 3, s. 9.

z punktu widzenia sądu. Aktualna pozostaje jednak teza, że formalizm procesu cywilnego powinien być umiarkowany, ponieważ zbyt rygorystyczny może prowadzić do niepożądanych konsekwencji³⁹.

Zasada kontradiktoryjności a ciężar dowodu

Zgodnie z zasadą koncentracji, to sąd gromadzi materiał procesowy. Zasada kontradiktoryjności przesądza o tym, kto dostarcza materiał procesowy. Procedura cywilna zawiera wiele regulacji, które stanowią odpowiedź na pytanie, jaki skutek prawny będzie w danej sytuacji wywierał brak dowodu. Reguły interpretacyjne stawiają możliwość rozstrzygnięcia sporu nawet w przypadku braku materiału dowodowego w sensie fizycznym. Prawidłowa interpretacja tych reguł ma olbrzymie znaczenia z punktu widzenia prawa materialnego i procesowego. Kwestie te, jak i to, która ze stron ma obowiązek dawania materiału procesowego rozstrzyga problematyka ciężarów procesowych. Wyróżniamy ciężar twierdzenia i dowodzenia⁴⁰. Ciężar twierdzenia oznacza powinność przytoczenia okoliczności faktycznych w postaci twierdzeń czy oświadczeń. Ciężar dowodzenia w znaczeniu formalnym dotyczy czynności dowodowych stron, w znaczeniu materialnym polega na uzasadnianiu zdań, na ocenie negatywnych konsekwencji nieudowodnienia twierdzeń⁴¹.

Ciekawe rozważania na temat ciężarów procesowych poczynił A Stefaniak. Odniósł problem ciężarów procesowych do procesu subsumcji prawa materialnego z chwilą ziszczenia się określonych przesłanek przewidzianych w przepisach prawa procesowego, a także w przypadku zaistnienia domniemań: prawnego i faktycznego⁴². Co do zasady regułę rozkładu ciężaru dowodu rozstrzyga prawo materialne w art. 6 k.c.: „ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne”. W tym znaczeniu określa on stronę, która poniesie ujemne konsekwencje tego, że istnienie doniosłego dla rozstrzygnięcia sprawy faktu nie zostało w toku postępowania udowodnione przez kogokolwiek⁴³. Gdy zatem w toku

³⁹ J. Gudowski, *O kilku naczelnych zasadach procesu cywilnego – wczoraj, dziś, jutro*, Prawo prywatne czasu przemian, Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Stanisławowi Sołtyśkiemu, Poznań 2005, s. 1032.

⁴⁰ L. Morawski, *Ciężar dowodu – niektóre problemy dowodu*, Studia Cywilistyczne, Warszawa 1982, s. 219 i n.

⁴¹ H. Dolecki, *Postępowanie...*, s. 173 i n.

⁴² A. Jakubecki, *Kontradiktoryjność...*, s. 63 i n.

⁴³ Z. Radwański, *Prawo Cywilne – część ogólna*, Warszawa 1998, s. 63 i n.

postępowania nie dojdzie do ustalenia faktu stanowiącego podstawę żądania strony, owo żądanie musi zostać przez sąd oddalone. W procesie jednak często występują ekscepcje, zarzuty, strona w prawdzie przyznając podstawę żądania drugiej strony, podnosi jednocześnie zarzut – oparty na innym fakcie i tym uzasadnia oddalenie pierwotnego żądania (zarzuty peremptoryjne i dylatoryjne). Zarzuty peremptoryjne, inaczej niweczące, prowadzą do oddalenia powództwa, a zarzuty dylatoryjne zawieszające prowadzą jedynie do niemożności dochodzenia roszczenia w danej chwili. Mówi się wówczas o przerzuceniu ciężaru dowodowego. Dlatego reguła ciężaru dowodu nie może być zatem rozumiana w ten sposób, że zawsze, bez względu na okoliczności sprawy, spoczywa on na stronie powodowej. Strona powodowa udowadnia fakty przemawiające za zasadnością powództwa, a na stronie pozwanej spoczywa ciężar udowodnienia ekscepcji i faktów uzasadniających oddalenie powództwa⁴⁴. Zatem osoba występująca z pozwem powinna udowodnić fakty pozytywne, które stanowią podstawę powództwa, gdyż z faktów tych wywodzi swoje prawo. Do przeciwnika natomiast należy wykazanie okoliczności niweczących to prawo lub uniemożliwiających jego powstanie. Zdarza się, że występuje odwrócony ciężar dowodu. Zgodnie z wykładnią art. 6 k.c.⁴⁵, przedstawienie ekscepcji uzasadniającej, np. inną niż wskazana w pozwie przyczynę powstałej szkody powoduje obciążenie ciężarem dowodu stroną pozwaną.

Pewne odstępstwa od wyrażonej w art. 6 k.c. reguły rozkładu ciężaru dowodu zawierają przepisy kodeksu postępowania cywilnego, które określają fakty (okoliczności faktyczne) nie wymagające udowodnienia. Należą do nich⁴⁶:

- fakty nie mające istotnego znaczenia,
- fakty notoryjne,
- fakty przyznane,
- fakty uznane za ustalone w trybie art. 230 k.p.c.,
- domniemania.

Z przedstawionego obrazu rozkładu ciężarów procesowych wyłaniają się wnioski, że prawidłowa interpretacja takich reguł i umiejętność korzystania z nich ma istotne znaczenie z punktu widzenia rozpoznania sprawy

⁴⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 1982 r., I CR 79/82 (niepublikowane).

⁴⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

⁴⁶ H. Jakimko, W. Jakimko, *Rozkład ciężaru dowodowego i jego konsekwencje w polskim procesie cywilnym*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji, Wrocław 2001, s. 165 i n.

we właściwym terminie⁴⁷, dyscyplinuje strony i zwiększa pewność prawa w postaci zaznajomienia stron z prawnymi konsekwencjami swych czynów.

Zasada kontradiktoryjności a dopuszczalność dowodu z urzędu w procesie cywilnym

Forma kontradiktoryjna przesądza o tym, że strony jako podmioty gromadzące materiał procesowy odpowiedzialne są za wynik procesu. Wszelka aktywność sądu w tym przedmiocie jest odstępstwem od formy kontradiktoryjnej. Aktualny kodeks postępowania cywilnego w ograniczonym zakresie taką aktywność sądu dopuszcza (art. 232 zd. 2 k.p.c.). Z przepisu tego wynika, że sąd może dopuścić dowód niewskazany przez stronę.

Punktem wyjścia do rozważań na temat działania sądu z urzędu w ramach postępowania dowodowego jest zasada związania sądu podstawą faktyczną powództwa. Podstawa ta obejmuje twierdzenia strony powodowej wyrażające jej subiektywny pogląd a dotyczące faktów zaszłych poza procesem. Na tym jednak sprawa się nie kończy, nie można bowiem utożsamiać materiału procesowego dostarczonego przez strony z materiałem procesowym stanowiącym podstawę rozstrzygnięcia.

Ze związaniem podstawą faktyczną rozstrzygnięcia łączy się art. 321 k.p.c.: sąd nie może wyrokować co do przedmiotu nie objętego żądaniem, ani zasądzać ponad żądanie (wyjątkiem jest art. 477¹ k.p.c. w postępowaniu z zakresu prawa pracy, jeżeli pracownik dokonał wyboru jednego z przysługujących mu alternatywnie roszczeń, a zgłoszone roszczenie okaże się nieuzasadnione, sąd może z urzędu uwzględnić roszczenie alternatywne).

Przyjmuje się, że sąd może dopuścić dowód niewskazany przez strony, ale możliwe jest to tylko wtedy, gdy spełnione są następujące warunki dopuszczalności dowodu:

- fakt przytacza strona,
- ma on istotne znaczenie dla sprawy,
- jest on sporny.

Za niedopuszczalne należy uznać przeprowadzenie z urzędu dowodów nie powołanych przez strony, dla udowodnienia faktów, których żadna ze stron nie przytoczyła w toku postępowania⁴⁸. Sąd nie ma prawa, a tym samym

⁴⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 1997 r., I PKN 408/97, OSNAP 1998/20/591.

⁴⁸ M. Malczyk-Herdzina, *Dopuszczalność dowodu z urzędu w procesie cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 2000, 6, s. 59 i n.

obowiązku, dopuszczenia z urzędu dowodu na okoliczność wykraczającą poza ramy twierdzeń faktycznych strony. Odnosnie do dopuszczania dowodu z urzędu wielokrotnie wypowiedziało się orzecznictwo Sądu Najwyższego. W orzeczeniu z 17 grudnia 1996 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że przy rozpoznawaniu sprawy na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego zmienionych ustawą z 1 marca 1996 r. rzeczą sądu nie jest zarządzanie dochodzeń w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie, ani też sąd nie jest obowiązany do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy⁴⁹. Sąd nie ma obowiązku zbierania dalszych dowodów z urzędu, jeżeli zebrany w sprawie materiał jest dostateczny do jej rozstrzygnięcia⁵⁰. Sąd dopuszczając dowód z urzędu powinien kierować się własnym rozeznaniem i oceną czy zebrany w sprawie materiał jest rzeczywiście dostateczny do jej rozstrzygnięcia (art. 316 k.p.c.)⁵¹. Powinien również korzystać z tego uprawnienia rozsądnie i z umiarem⁵². W orzeczeniu z 25 września 1997 r. Sąd Najwyższy, podkreślił, że dowód z urzędu nie może zastąpić bezczynności strony i strona liczyć się musi z ewentualnymi konsekwencjami takiego zachowania⁵³. W innym orzeczeniu uznano, że nieprzeprowadzenie dowodu z urzędu co do zasady nie jest uchybieniem⁵⁴. Dowód z urzędu może być przeprowadzony celem obalenia domniemania prawnego, jeżeli ustawa go nie wyłącza⁵⁵. Za jedną z przesłanek działania sądu z urzędu wymienia się również interes publiczny⁵⁶, z zastrzeżeniem, że interesu publicznego nie należy utożsamiać z partykularnym

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 1997 r., I CKU 45/OSNC 1997 r., nr 6–7, poz. 76 z glosą A Zielińskiego, „Palestra” 1998, 1–2 s. 204 i n.

⁵⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 1980 r. I CR 75/80, OSN 1981 r., nr 2–3, poz. 46.

⁵¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 października 1996 r., III CKN 6/96, OSN 1997 r., poz. 29 oraz A. Jakubecki, *Kontrydiktoryjność...*, s. 63 i n.

⁵² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 1997 r., III CKN 244/97, OSNC 1998/3, poz. 52; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 1997 r.

⁵³ II UKN 271/97, OSNAPiUS 1998/14, poz. 430 oraz Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 19 maja 2000 r., III CZP 4/00, OSNC 2000, poz.. 195.

⁵⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1998 r., III CKN 384/98 (niepublikowane).

⁵⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 1998 r., II CKN 378/97, OSP 1998/6, poz. 111 z glosą A. Szpunara.

⁵⁶ J. Lapiere, *Prawo sądu do instruowania procesu z urzędu według kodeksu postępowania cywilnego na tle prawno-porównawczym*, Księga pamiątkowa ku czci prof. W. Broniewicza, Łódź 1998, s. 201 i n.

interesem państwowej osoby prawnej. Inicjatywa dowodowa sądu jest zbędna w przypadku zastępstwa przez profesjonalnych pełnomocników⁵⁷.

Zasada kontradiktoryjności a obowiązki informacyjne sądu

Zgodnie z art. 5 k.p.c. „w razie uzasadnionej potrzeby, sąd może udzielić stronom i uczestnikom postępowania występującym w sprawie bez adwokata lub radcy prawnego niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych”. Niewątpliwie zakres pouczeń wpływa na kształt procesu⁵⁸. Z punktu widzenia sporności ważny jest zakres pouczeń i ich kierunek⁵⁹. Sędzia jako trzeci (*tertius*) w procesie zobowiązany jest do bezstronności i neutralności, dlatego przez pouczenia nie może stać się rzecznikiem żadnej ze stron. Pouczenie sprzyjać ma wyrównywaniu szans stron procesowych⁶⁰. Służy szczególnie w takich postępowaniach, w których jedna ze stron korzysta z pomocy profesjonalnego pełnomocnika, a druga działa w sposób samodzielny i nie posiada odpowiedniej wiedzy w zakresie obowiązujących przepisów prawa i mogłaby z racji tego znaleźć się w gorszej sytuacji. Pouczenia nie mają charakteru jurysdykcyjnego, tzn. co do zasady nie powinny wpływać na dyspozycyjność i kontradiktoryjność procesu⁶¹. Pouczenie nie może w żadnym wypadku zastępować czynności dyspozytywnych strony⁶². Sąd ma prawo pouczać stronę, interwenienta ubocznego, biegłego, świadka, uczestnika postępowania nieprocesowego, a nawet uczestników postępowania zabezpieczającego i egzekucyjnego⁶³. Adresatem art. 5 k.p.c. jest sąd, art. 5 k.p.c. ma odpowiednie zastosowanie do przewodniczącego w fazie tzw. dekretacji pozwu. Sąd ma wyrażony w kodeksie obowiązek

⁵⁷ W. Siedlecki, *Postępowanie...*, op. cit., oraz II CKN 656/97, OSNC 1998/12, poz. 208, Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1998 r.

⁵⁸ Ustawa o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 2 lipca 2004 r., która weszła w życie 5 lutego 2005 r., Dz.U. Nr 172, poz.1804.

⁵⁹ M. Sawczuk, *Niezawistość...*, s. 39.

⁶⁰ K. Piasecki, *Antropologiczne i aksjologiczne podstawy prawa cywilnego procesowego, filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Katowice 1992, s. 269.

⁶¹ K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz*, tom I, wyd. 3, Warszawa 2001, s. 101 i n.

⁶² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2000 r., II UKN 33/00, OSNP 2002/10, poz. 251.

⁶³ E. Wengerek, *Przyczyny i zakres aktywności sędziego w polskim procesie cywilnym*, „*Studia Iuridica*” 1976, 5, s. 159.

pouczyć stronę przy spełnionych innych przesłankach odnośnie do: art. 212 k.p.c.: ustalenia okoliczności bezspornych, zasadności ustanowienia pełnomocnika, znaczenia prawnego przytoczonych okoliczności, art. 327 k.p.c.: sposobu, terminów i środków zaskarżenia przy wydawaniu wyroku, art. 343 k.p.c.: środków zaskarżenia przy doręczeniu wyroku zaocznego, art. 357 k.p.c.: środków zaskarżenia przy doręczeniu nakazu zapłaty.

Aktywność sądu w ustalaniu okoliczności bezspornych art. 212 k.p.c. realizowana jest przez przewodniczącego poprzez zadawanie pytań czy przesłuchanie informacyjne. Każdorazowo przewodniczący powinien zbadać zasadność pouczeń. W imię zasady równości i sporności pouczenie powinno ograniczyć się do niezbędnego minimum. Nie może mieć charakteru wskazówek. W sprawach o alimenty i o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym sąd obowiązany jest pouczyć stronę o roszczeniach wynikających z przytoczonych faktów. Pouczenie powinno przybrać charakter obiektywnej i bezstronnej informacji, nie może być to być sugerowana zachęta, namowa czy groźba. Pouczenia można dokonać tylko w związku z faktami wskazanymi przez powoda, a nie pozwanego, gdy np. strona pozwana powołała się na fakt dla siebie niekorzystny. Niedopuszczalne jest również pouczenie o roszczeniach, które powodowi by przysługiwały, gdyby powołał się na inne fakty.

Zgodnie z linią orzeczniczą Sądu Najwyższego brak jest obowiązku pouczenia odnośnie do przeprowadzenia odpowiednich dowodów⁶⁴. Nie może w swym pouczeniu określać konkretnych dowodów, które wymagają przeprowadzenia⁶⁵. Sąd nie jest również zobowiązany do informowania strony o znaczeniu dowodu, np. dowód z DNA⁶⁶. Nie może również pouczać o bezzasadności powództwa, czy możliwości dochodzenia innych roszczeń⁶⁷. Orzecznictwo podkreślało zakaz naruszania przez art. 5 k.p.c. konstytucyjnej zasady równości wobec prawa i jednakowego traktowania przez władze publiczne⁶⁸. Służy temu konstrukcja przepisu, która nie może być

⁶⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 września 1999 r., II CKN 269/99, „Prokuratura i Prawo” 2000, 2, s. 27 i n.

⁶⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2001 r., IV CKN 1867/00, niepublikowane.

⁶⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2000 r., I CKN 791/00, OSNC 2001/1, poz. 11.

⁶⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2000 r., I PKN 48/00, OSNP 2002/8, poz. 189.

⁶⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483, art. 2 i art. 32 ust. 1.

asumptem do zarzucania sądowi braku pouczenia „w razie uzasadnionej potrzeby sąd może...”. Zwrotu „sąd może” jednak nie należy utożsamiać ze swobodą lub dowolnością działania organu sądowego. W razie spełnienia przesłanek sąd powinien tej pomocy udzielić. Potrzeba pouczenia zachodzi, jeżeli stroną lub uczestnikiem postępowania jest osoba nieporadna, nie rozumiejąca znaczenia podstawowych czynności. Oceniając dopuszczalność i zakres pouczeń należy wziąć pod uwagę rolę sądu w kontradiktoryjnym procesie, gdzie sąd ma rozpoznać i rozstrzygnąć. Pouczanie stron powinno być zatem wyjątkiem a wykładnia nie powinna mieć charakteru rozszerzającego⁶⁹. Nieudzielenie informacji zatem może stanowić podstawę zarzutu naruszenia prawa procesowego, ale tylko wtedy, gdy skarżący wykaże, że uchybienie temu obowiązкови miało wpływ na treść orzeczenia.

Uwagi końcowe

Obowiązujący kodeks postępowania cywilnego uchwalony został 17 listopada 1964 r., prace kodyfikacyjne rozpoczęto już w latach pięćdziesiątych. Zaproponowane w nich rozwiązania zwłaszcza co do zakresu obowiązywania zasad kontradiktoryjności i dyspozycyjności odbiegały w znacznym stopniu od ogólnie akceptowanych w ówczesnej nauce procesu cywilnego poglądów na funkcję postępowania cywilnego jako jednego z instrumentów służących do utrwalania i ochrony panujących stosunków społecznych. Dlatego kodeks postępowania cywilnego w swoim kształcie przyjął rozbudowaną wersję przywilejów procesowych sądu i silne zaakcentowanie zasady oficjalności (art. 3 § 2, 213 § 1 i 232 k.p.c.).

Mimo zachowania pewnych odrębności i uwzględnienia dorobku polskiej myśli procesowej, ówczesny proces ukształtował się jako typ postępowania właściwego państwowi o charakterze autorytarnym⁷⁰. Nic też zatem dziwnego, że już w latach osiemdziesiątych, przede wszystkim jednak po zmianach, jakie nastąpiły po 1989 r., system polskiego prawa procesowego podlegał ciągłym zmianom. Zasadniczej przebudowy dokonała nowela z 1 marca 1996 r. Głównym celem tej przebudowy była reforma systemu środków zaskarżenia, dostosowana do trójszczeblowej organizacji sądownictwa (apelacja, kasacja, wznowienie postępowania). Przy okazji

⁶⁹ M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego, komentarz. Krótkie komentarze Becka*, tom I, Warszawa 2007, s. 142 i n.

⁷⁰ H. Mądrzak, E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie...*, s. 7.

niejako, co zresztą nie umniejsza samym zmianom, dokonano istotnej korekty w zakresie obowiązywania zasady kontradiktoryjności i dyspozytywności. Zatem w następstwie licznych zmian legislacyjnych polski system prawa procesowego różni się zasadniczo od pierwotnej wersji.

Nakreślając obraz obecnego postępowania przez pryzmat kontradiktoryjności, uwypuklono najistotniejsze zagadnienia dla problemu.

EDYTA DĘBSKA-LISZEWSKA

Obowiązek alimentacyjny dzieci na rzecz rodziców w świetle badań empirycznych

Uwagi wstępne

Zakres ujęcia tematu

Niniejszy artykuł został opracowany na podstawie pracy magisterskiej pt. *Obowiązek alimentacyjny dzieci na rzecz rodziców w świetle badań empirycznych*, napisanej pod kierunkiem prof. zw. dr hab. Wandy Stojanowskiej i obronionej w 2013 r. w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie. Pracę magisterską przygotowano na podstawie materiałów źródłowych (literatura prawnicza) oraz wyników badań empirycznych (badania własne). W ramach badań własnych posłużono się narzędziami w postaci kwestionariusza do analizy akt sądowych oraz scenariusza wywiadu pogłębianego do przeprowadzenia rozmów z pensjonariuszami Domów Pomocy Społecznej¹. Badania empiryczne (aktowe oraz wywiady pogłębione), których wyniki zaprezentowano w niniejszym artykule, miały na celu omówienie zakresu oraz sposobu dochodzenia przed sądem alimentów przez rodziców od swoich dzieci, jak również ocenę stanu świadomości prawnej osób starszych na temat przysługujących im uprawnień z zakresu prawa alimentacyjnego zawartego w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym².

Problematyka alimentacji osób starszych nie jest przedmiotem szczególnych zainteresowań ze strony piśmiennictwa prawniczego. Obowiązek alimentacyjny dzieci na rzecz rodziców nie jest bowiem tak powszechnie

¹ Wzory kwestionariusza do analizy akt sądowych oraz scenariusza wywiadu pogłębionego do przeprowadzenia rozmów z pensjonariuszami Domów Pomocy Społecznej stanowią załączniki do pracy magisterskiej (oznaczone jako aneks nr 1 i 2).

² Ustawa z dnia 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59 z późn. zm.), dalej: k.r.o.

omawiany jak w przypadku obowiązku alimentacyjnego względem innych osób (np. na rzecz małoletnich dzieci bądź między rozwiedzionymi małżonkami). Celowa zatem wydaje się być głębsza analiza tej tematyki, w szczególności w sytuacji, gdy świadczenia z tytułu zabezpieczenia społecznego (ubezpieczenia bądź pomocy społecznej) często nie są wystarczające do zapewnienia osobie w podeszłym wieku egzystencji na właściwym poziomie. W wielu przypadkach wysokość świadczeń społecznych nie pokrywa nawet podstawowych wydatków związanych z potrzebami osoby starszej, dlatego też ciężar ich zaspokojenia spoczywa wówczas na członkach rodziny. Nie ulega wątpliwości, iż rodzice w podeszłym wieku największe nadzieje pokładają w dzieciach, którym poświęcili wiele lat swojego życia. Dzieci natomiast zazwyczaj odczuwają moralny obowiązek, który nakazuje im udzielić pomocy starszym rodzicom. Nie można jednak wykluczać takich sytuacji, w których dziecko – mimo wyraźnej chęci udzielenia pomocy – nie jest w stanie zaspokoić potrzeb rodzica ze względu na brak swoich możliwości zarobkowych oraz majątkowych. Zdarza się również, iż dzieci odmawiają pomocy rodzicom, chociaż mogłyby uczynić zadość moralnemu obowiązkowi z uwagi na korzystną sytuację materialną, w jakiej się znajdują. Trudno jednoznacznie odpowiedzieć, czy taka sytuacja wynika z nagannej postawy dziecka, czy też sam rodzic przyczynił się do własnego niedostatku, a w przeszłości swoim zachowaniem doprowadził do tak niekorzystnych relacji rodzinnych. Brak odpowiedniej edukacji w ramach przysługujących rodzicom uprawnień z zakresu prawa alimentacyjnego powoduje, że często nie są oni nawet świadomi możliwości uzyskania na drodze sądowej świadczeń zapewniających im godziwe życie. Niezmiernie istotne jest zatem rozważenie problemu alimentacji osób starszych pod względem liczby rozpatrywanych spraw sądowych, sposobów rozstrzygnięcia sądu oraz motywów podjęcia decyzji o wniesieniu pozwu o alimenty bądź rezygnacji z tego uprawnienia przez rodziców, a także przyczyn, dla których dzieci nie uznają wytoczonego przeciwko nim powództwa.

Metodologia badań własnych

Badania aktowe, których wyniki zobrazowano w niniejszym artykule, przeprowadzono na podstawie 100 akt spraw o alimenty z powództwa rodziców przeciwko dzieciom³. Sprawy te zostały rozpoznane przed sądami rejono-

³ Pominięto grupę spraw, w których powództwo zostało skierowane przeciwko dzieciom, pomimo istnienia osoby zobowiązanej do alimentacji w bliższej kolejności, która była w stanie uczynić zadość swojemu obowiązkowi. W tych sprawach

wymi w obszarze właściwości Sądu Okręgowego dla Warszawy oraz Sądu Okręgowego dla Warszawy-Pragi w latach 2007–2011. Zaprezentowane wyniki badań własnych pozwoliły odpowiedzieć na szereg pytań związanych z zagadnieniem obowiązku alimentacyjnego dzieci na rzecz rodziców, a w szczególności: czy sądy w sposób rzetelny analizują przesłanki obowiązku alimentacyjnego po stronie uprawnionego i zobowiązanego, czy właściwie dokonywana jest metodyka wyważania przez organ orzekający usprawiedliwionych potrzeb powoda oraz możliwości zarobkowych i majątkowych pozwanego, czy i jak często uwzględniany jest zarzut niegodności alimentacji rodzica.

Wywiady pogłębione przeprowadzono zaś z 30 pensjonariuszami przebywającymi w państwowych lub prywatnych Domach Pomocy Społecznej w Warszawie. Analiza wyników powyższych badań pozwoliła na ustalenie, ilu respondentów wie o przysługującym im z mocy prawa uprawnieniu do wytoczenia powództwa o alimenty przeciwko dzieciom, jak również – w ilu przypadkach osoby te zdecydowały się na wniesienie pozwu bądź podjęłyby taką decyzję, gdyby wiedziały wcześniej o takiej możliwości. Ponadto wywiady dostarczyły również informacji o źródłach utrzymania oraz wydatkach respondentów, co pozwoliło na określenie, w jakim stopniu oczekują oni od dzieci wsparcia finansowego. Przeprowadzone badania umożliwiły także poznanie opinii respondentów na temat aktualnych rozwiązań legislacyjnych w zakresie obowiązku alimentacyjnego dzieci na rzecz rodziców. Dokonana przez respondentów ocena obowiązujących przepisów prawnych dotyczących prawa alimentacyjnego stanowiła podstawę do podjętych rozważań na temat skuteczności oraz funkcjonowania aktualnych regulacji prawnych.

Na podstawie wyników badania pilotażowego akt sądowych i rozmów z pensjonariuszami Domów Pomocy Społecznej oraz literatury przedmiotu⁴

sąd oddalił powództwo na podstawie art. 132 k.r.o. w zw. z art. 130 k.r.o. lub art. 27 k.r.o., bez badania przesłanek po stronie uprawnionego i zobowiązanego.

⁴ Problematyka obowiązku alimentacyjnego dzieci wobec rodziców nie doczekała się opracowań monograficznych w literaturze prawniczej. Wyjątek stanowi tu artykuł W. Stojanowskiej, *Obowiązek alimentacyjny dzieci wobec rodziców a zabezpieczenie społeczne*, „Zeszyty Naukowe IBPS” 1988, 30, s. 43–58 oraz niepublikowanej pracy magisterskiej M. Chodkowskiego, *Obowiązek alimentacyjny dzieci na rzecz rodziców* (napisana pod kierunkiem prof. zw. dr hab. Wandy Stojanowskiej, Warszawa 2006 i obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, dostępna w Bibliotece UKSW). Na podstawie powyższych prac sformułowano część hipotez badawczych.

sformułowano 11 hipotez badawczych, jednakże ramy artykułu nie pozwalają na przedstawienie ich treści i weryfikacji.

Charakterystyka obowiązku alimentacyjnego dzieci na rzecz rodziców w świetle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, orzecznictwa Sądu Najwyższego i doktryny

Obowiązek alimentacyjny spełnia doniosłą rolę społeczną. Przez realizację tego obowiązku osoby uprawnione do alimentów, które własnymi siłami nie potrafią się samodzielnie utrzymać, mają możliwość uzyskania pomocy materialnej od innego członka rodziny. Nadanie w ten sposób obowiązkowi alimentacyjnemu szczególnego charakteru prowadzi przede wszystkim do stabilizacji stosunków rodzinnych i poczucia wzajemnej odpowiedzialności za członków rodziny. Można zatem stwierdzić, że obowiązek alimentacyjny ma wymiar nie tylko ekonomiczny, ale również moralny i spełnia swoją funkcję opiekuńczo-zabezpieczającą w rodzinie⁵. Doniosłość ta realizuje się nie tylko w zakresie alimentacji na rzecz niesamodzielnych dzieci, ale także wobec rodziców, którzy ze względu na wiek, stan zdrowia bądź szczególne okoliczności życiowe znaleźli się w sytuacji uniemożliwiającej im samodzielne utrzymanie się. W takich przypadkach wsparcie ze strony dzieci staje się wyrazem solidarności rodzinnej, której rodzice mają prawo oczekiwać.

Treścią obowiązku alimentacyjnego jest dostarczanie uprawnionemu przez zobowiązanego środków utrzymania, a w miarę potrzeby także środków wychowania (art. 128 k.r.o.). Można przyjąć, że są to te wszystkie środki, które mają na celu zaspokojenie usprawiedliwionych, bieżących potrzeb bytowych uprawnionego⁶. W przeciwieństwie do uprzywilejowanego obowiązku alimentacyjnego, określonego w art. 133 § 1 k.r.o., realizacja uprawnień alimentacyjnych przez osoby dorosłe (np. rodziców) wymaga wykazania, że znajdują się one w niedostatku (art. 133 § 2 k.r.o.). Zaistnienie przesłanek niedostatku i usprawiedliwionych potrzeb po stronie uprawnionego nie jest jednak wystarczającą podstawą do zasądzenia przez sąd żądanych alimentów. Zakres świadczeń alimentacyjnych zależy

⁵ T. Smoczyński: § 51. *Pojęcie i funkcja obowiązku alimentacyjnego*, w: *System Prawa Prywatnego, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, CH Beck, Warszawa 2011, s. 759–760.

⁶ Por. J. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Pietrzykowski, Warszawa 2012, s. 1085.

bowiem nie tylko od usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego, ale także od zarobkowych i majątkowych możliwości zobowiązanego (art. 135 § 1 k.r.o.). Zasadzając wysokość świadczeń alimentacyjnych, sąd orzekający powinien zatem zachować równowagę między koniecznością zaspokojenia usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego a możliwościami zarobkowymi i majątkowymi zobowiązanego⁷.

Sama okoliczność istnienia obowiązku alimentacyjnego wynikającego z więzi prawnych, z którymi ustawa łączy ten obowiązek (pokrewieństwo, małżeństwo, przysposobienie) nie jest wystarczającą podstawą do uwzględnienia powództwa o alimenty, nawet wówczas, gdy zostały spełnione wszystkie przesłanki tego obowiązku po stronie uprawnionego i zobowiązanego. Ocena pewnych zawinionych zachowań powszechnie potępianych w społeczeństwie nie może być pomijana przy orzekaniu w sprawach alimentacyjnych. Do roku 1987 problem niegodności alimentacji nie był nawet znany w orzecznictwie, co prowadziło często do rozstrzygnięć krzywdzących osoby zobowiązane do świadczeń alimentacyjnych. Jednym z przełomowych orzeczeń w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej w sprawach alimentacyjnych była uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1987 roku⁸. Dopiero bowiem określone w tezie VIII wytyczne tego sądu w zakresie dopuszczalności stosowania art. 5 k.c. w sprawach o alimenty stanowiły punkt zwrotny w dotychczasowej praktyce orzeczniczej⁹.

Wytyczne Sądu Najwyższego z 1987 r. stanowiły jedynie kierunek interpretacji przepisów prawa i miały na celu usunięcie nieprawidłowości w dotychczasowej praktyce sądowej. Pozostawienie jednak tak istotnej kwestii wyłącznie regułom wykładni wydawało się niewystarczające. Dlatego też nowelą do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 2008 r.¹⁰ został dodany nowy przepis prawny (art. 144¹ k.r.o.), regulujący zagadnienie nadużycia

⁷ T. Smoczyński, *Alimentacja członków rodziny w świetle systemu zabezpieczenia społecznego*, wyd. Ossolineum, Wrocław 1989, s. 19; J. Ignatowicz i M. Nazar: *Prawo rodzinne*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 399.

⁸ Uchwała pełnego składu Izby Cywilnej i Administracyjnej Sądu Najwyższego z dnia 16.12.1987 r. w sprawie wytycznych w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej w sprawach o alimenty, III CZP 91/86 (OSNCP 1988, Nr 4, poz. 42).

⁹ Zgodnie z tą tezą: „W razie rażąco niewłaściwego postępowania osoby uprawnionej do alimentów, budzącego powszechną dezaprobatę, dopuszczalne jest oddalenie powództwa w całości lub w części ze względu na zasady współżycia społecznego (art. 5 k.c.)”.

¹⁰ Ustawa z dnia 6.11.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r., Nr 220, poz. 1431).

prawa w obszarze stosunków alimentacyjnych¹¹. Przepis ten pozwala zatem na dokonanie oceny roszczeń alimentacyjnych w świetle zgodności z zasadami współżycia społecznego, a w konsekwencji jest samodzielną podstawą prawną do oddalenia powództwa o alimenty w przypadku stwierdzenia, iż żądanie uprawnionego jest sprzeczne z tymi zasadami. Tym samym stosowanie art. 5 k.c. w sprawach o alimenty zostało wyłączone¹².

Analiza wyników badań własnych – aktowych dotyczących spraw o alimenty z powództwa rodziców przeciwko dzieciom

Przedstawione w niniejszej artykule wyniki badań – jak już wcześniej wspomniano – przeanalizowano w celu zbadania zakresu oraz sposobu dochodzenia przed sądem alimentów przez rodziców od swoich dzieci. Analiza akt sądowych pozwoliła przede wszystkim na ustalenie, w ilu sprawach stroną powodową byli pensjonariusze domów opieki społecznej, jak również to, w jakim zakresie placówka zainteresowała się wniesioną przez ich podopiecznego sprawą o alimenty. Istotne pozostawało także to, czy w przypadku rodziców mających co najmniej dwoje dzieci, powództwo było wytaczane przeciwko wszystkim dzieciom, czy też tylko przeciw jednemu? Spróbowano też ustalić na podstawie badanych akt przyczyny decyzji powodów o wyborze konkretnego dziecka, które zostało przez nich pozwane. Zbadano także, czy sądy w sposób rzetelny analizowały przesłanki obowiązku alimentacyjnego po stronie uprawnionego i zobowiązanego. Zwrócono przy tym szczególną uwagę na sposób wyważania przez sąd usprawiedliwionych potrzeb powoda oraz możliwości zarobkowych i majątkowych pozwanego. Akta sądowe dostarczyły również informacji, jak często zawierana była ugoda sądowa między stronami. Ponadto badania umożliwiły ocenę trafności rozstrzygnięć sądów I i II instancji, zwłaszcza w przypadku wyroku oddalającego powództwo na podstawie art. 144¹ k.r.o. i art. 5 k.c.

Z przeprowadzonych badań wynioskowano, że prawie połowę wśród rodziców występujących z powództwem o alimenty przeciwko dzieciom stanowili ci w przedziale 61–75 lat (47%). Mniej liczną grupą byli rodzice

¹¹ W. Stojanowska, *Nowelizacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Rozdział VIII Alimenty. Komentarz do art. 135 k.r.o.*, w: W. Stojanowska, M. Kosek, *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, red. W. Stojanowska, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 314 i n.

¹² Ibidem.

w wieku od 45 do 60 lat (29%). Natomiast powyżej 75. roku życia tylko 19 rodziców złożyło pozew o alimenty (19%). W 5 sprawach nie ustalono wieku powodów na podstawie akt. W większości spraw stroną pozwaną stanowiły dzieci w wieku 26–40 lat (64%). W 27% spraw wiek pozwanych mieścił się w przedziale 41–55 lat, a najmniejszą grupę stanowili ci, którzy ukończyli już 55. rok życia (2%). W 9 sprawach pozwani byli w wieku od 18 do 25 lat (7%). Analiza akt sądowych pozwoliła również na stwierdzenie, że najstarszy z powodów miał 87 lat, zaś najmłodszy – 47 lat. Natomiast w przypadku pozwanych najstarszy z nich miał 66 lat, a najmłodszy – 20 lat.

Badania własne umożliwiły również ustalenie, jakie wykształcenie mieli rodzice i ich dzieci w poszczególnych sprawach. Z akt sądowych wynikało, że najliczniejszą grupę spośród badanych spraw stanowiły te, w których strony postępowania miały wykształcenie średnie (rodzice) i wyższe (dzieci) – łącznie 30%. Drugie miejsce zajęli ci z wykształceniem średnim i z wykształceniem wyższym (zarówno rodzice i dzieci) – w obu przypadkach 13% spraw. W czterech sprawach rodzice mieli podstawowe wykształcenie, gdy tymczasem ich dzieci miały wykształcenie wyższe. Spośród tych spraw rodzice najczęściej podnosili, że zrezygnowali z dalszego kształcenia, aby pracować i tym samym móc sfinansować edukację dzieci oraz umożliwić im uzyskanie w przyszłości wysokich kwalifikacji na rynku pracy. W jednej sprawie rodzic z wykształceniem wyższym wystąpił z powództwem przeciwko dziecku, które miało podstawowe wykształcenie¹³.

Najwięcej było spraw, w których rodzice mieli tylko jedno dziecko (53%). W 27 sprawach ustalono, że powód miał dwoje dzieci. Najmniejszą grupę stanowili rodzice mający co najmniej troje dzieci (20%). Spośród tych 47 spraw w 25 z nich (ponad 50%) powództwo nie zostało wniesione przeciwko wszystkim dzieciom.

¹³ W tym przypadku powódka podnosiła, że syn nigdy nie był zdolnym dzieckiem i pomimo tego, że często finansowała mu dodatkowe zajęcia w szkole, nie wykazywał chęci do nauki. W toku sprawy okazało się jednak, że pozwany *de facto* prawie nie znał własnej matki, bowiem wyjechała ona w celach zawodowych za granicę, gdy syn miał dwa lata. Sprawowanie pieczy nad dzieckiem powódka powierzyła nieformalnie babci. Pozwany przez wiele lat nie mógł pogodzić się z tym, że matka go opuściła. Stając jako pozwany przed sądem, wyznał matce, że przesyłane przez nią pieniądze na kształcenie były dla niego bezwartościowe, gdyż z jego sukcesów naukowych i tak nie mogłaby się cieszyć, skoro nigdy nie była przy nim obecna.

Tabela 1. Przyczyny zaniechania wniesienia powództwa przez rodziców przeciwko wszystkim dzieciom

Lp.	Przyczyny zaniechania wniesienia powództwa rodziców przeciwko wszystkim dzieciom	w l.b.	w %
1.	nieświadomość prawna	11	44
2.	świadomy wybór tego dziecka, które ma największe możliwości zarobkowe i majątkowe	5	20
3.	wpływ na decyzję miały osoby trzecie	6	24
4.	niepełnoletnie dzieci	3	12
5.	ogółem	25	100

Źródło: opracowanie własne.

Z tabeli 1 wynika, iż w 11 przypadkach (44%) przyczyną zaniechania wniesienia powództwa przeciwko wszystkim dzieciom była nieświadomość rodziców w zakresie możliwości ich pozwania.

W 5 sprawach (20%) rodzice świadomie kierowali powództwo przeciwko jednemu dziecku, motywując to tym, iż ma ono największe możliwości zarobkowe i majątkowe. Niemalże tożsamą grupę spraw (24%) stanowiły te, w których pozew złożony został przeciwko tylko jednemu dziecku z uwagi na okoliczność, iż wpływ na decyzję rodziców w tym zakresie miały osoby trzecie (np. pozostałe dzieci, sąsiad, przyjaciel, partner). W tych sprawach często powodowie podkreślali, że pozwany jest dzieckiem „niewdzięcznym” i powinien ponosić koszty utrzymania rodzica, skoro „nie potrafi okazywać mu miłości”, „nie kontaktuje się z nim tak często, jak to robią pozostałe dzieci”, „nie chce dobrowolnie wspierać finansowo rodzica”.

W żadnej sprawie strona powodowa nie skorzystała z uprawnienia wynikającego z treści art. 194 § 3 k.p.c., co można tłumaczyć w ten sposób, że skoro już na etapie wniesienia pozwu o alimenty nie była świadoma możliwości pozwania wszystkich dzieci, to trudno przewidywać, że bez odpowiedniego pouczenia wykaże się znajomością przepisów regulujących instytucję dopozwania. Brak niezbędnych w tym zakresie pouczeń sądu w badanych sprawach – w przypadku powodów występujących w sprawie bez profesjonalnego pełnomocnika – mógł wynikać z tego, że art. 5 k.p.c. stanowi o fakultatywnej możliwości udzielenia przez sąd pouczeń stronie w razie zaistnienia uzasadnionej potrzeby. Taka konstrukcja art. 5 k.p.c. powoduje, iż sądy w powyższych przypadkach rzadko go stosują. Ponadto – nawet w razie udzielenia stronie takiego pouczenia i w następstwie

złożenia przez nią wniosku o dopozwanie pozostałych dzieci – sąd nie jest związany tym wnioskiem, co oznacza, iż może go oddalić (np. gdy złożenie wniosku nastąpiło na etapie, gdy postępowanie dowodowe zostało już przeprowadzone)¹⁴.

Tabela 2. Stałe źródło utrzymania rodziców występujących z powództwem o alimenty przeciwko dzieciom

Lp.	Stałe źródło utrzymania rodziców występujących z powództwem o alimenty przeciwko dzieciom	w liczbach	w %
1.	emerytura/renta	75	73
2.	zasilek	7	7
3.	praca zawodowa	4	4
4.	pomoc finansowa osoby bliskiej	3	3
5.	inne	2	2
6.	nie posiada stałego źródła utrzymania	11	11
7.	ogółem*	102	100

* Wzięto pod uwagę źródło utrzymania każdego z powodów w sprawach, w których powództwo wytoczone zostało przez oboje rodzice (2 sprawy), stąd liczba „ogółem” przewyższa liczbę zbadanych spraw.

Źródło: opracowanie własne.

Na podstawie tabeli 2 można zauważyć, że tylko w 11% spraw rodzice nie posiadali stałego źródła utrzymania. W dwóch sprawach strona powodowa podnosiła, że przyczyną braku dochodu jest stan zdrowia uniemożliwiający podjęcie pracy. W trzech sprawach rodzice twierdzili, że szukają zatrudnienia, ale ze względu na niskie kwalifikacje bądź inne trudności nie mogą jej znaleźć. Była także grupa spraw, w których powodowie podawali inne przyczyny niemożności podjęcia pracy. Wśród nich ojciec stwierdził, że nie chce pracować, bowiem skoro ma dzieci, to one powinny zadbać o jego utrzymanie. W innej sprawie rodzic uznał, że nie ma żadnych szans na znalezienie stałej pracy, ponieważ za każdym razem, gdy podejmuje zatrudnienie, po kilku dniach pracodawca rozwiązuje z nim umowę. W toku procesu ustalono, iż przyczyną tego stanu był problem alkoholowy powoda.

¹⁴ M. Manowska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, pod red. M. Manowskiej, wyd. LexisNexis, Warszawa 2011, s. 420.

Analizując kolejny punkt tabeli 2, należy wskazać, że spośród 89% spraw, w których powodowie posiadali stałe źródło utrzymania, w 75 sprawach źródłem tym była emerytura bądź renta. Średnia wysokość świadczeń w tym przypadku wynosiła 1025 zł netto. Na drugim miejscu znalazły się sprawy, w których rodzice utrzymywali się z zasiłków z Ośrodka Pomocy Społecznej (7%). Praca zawodowa stanowiła źródło dochodu powodów w 4 sprawach. Niemalże równą pod względem liczebności grupą spraw były te, w których rodzice otrzymywali pomoc finansową od innej osoby, np. od konkubenta (3%) lub otrzymywali inne świadczenia (2 sprawy).

Zgodnie z wynikami badań aktowych w większości spraw stroną powodową byli ojcowie (58%), zaś matki wystąpiły z powództwem w 40% badanych spraw. W 2% spraw stroną powodową byli oboje rodzice. Istotne jest również to, że tylko w trzech sprawach powodami byli pensjonariusze domu pomocy społecznej. Oznacza to, że rzadko podopieczni placówek zajmujących się pomocą społeczną występują z roszczeniami alimentacyjnymi. Trudno także pominąć uwagę, iż w żadnym przypadku nie zostało wytoczone powództwo przez inną osobę lub instytucję, którym przepisy prawa przyznają takie uprawnienie¹⁵. W omawianych przypadkach z inicjatywą wszczęcia procesu może bowiem wystąpić prokurator, organizacja pozarządowa, a także kierownik ośrodka pomocy społecznej oraz kierownik powiatowego centrum pomocy rodzinie. Takie uprawnienie, w szczególności w zakresie roszczeń alimentacyjnych, wynika z potrzeby ochrony interesów osób, które nie potrafią samodzielnie dochodzić swoich praw przed sądem z uwagi na wiek, nieporadność czy też niewiedzę. Brak wystąpienia po stronie powodowej jednego z powyższych podmiotów należy uznać za niepokojące zjawisko, zwłaszcza że w wielu przypadkach rodzice we własnym imieniu, z różnych przyczyn nie wytaczają powództwa o alimenty, o czym świadczy stosunkowo niewielka liczba wpływających do sądu pozwów.

Przeprowadzone badania aktowe pozwoliły na ustalenie, że powództwo o alimenty zostało uznane przez pozwanych w całości w 7 sprawach, zaś w części – w 10 przypadkach. W czterech sprawach nie ustalono stanowiska pozwanych ze względu na umorzenie postępowania jeszcze przed pierwszą rozprawą, a pozwany nie złożył wcześniej odpowiedzi na pozew. Można zatem wywnioskować, że aż w 79 sprawach pozwani nie uznali powództwa.

¹⁵ Artykuł 7 k.p.c., 61 § 1 k.p.c. art. 110 ust. 5 ustawy z dnia 12.03.2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. Nr 64, poz. 593 z późn. zm.), dalej: u.p.s; art. 112 ust. 3 u.p.s.

Tabela 3. Przyczyny nieuznania powództwa przez pozwane dzieci

Lp.	Przyczyny nieuznania powództwa przez pozwane dzieci	w l.b.	w %
1.	żądanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (bez podania podstawy prawnej)	36	42
2.	żądanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (z podaniem podstawy prawnej – art. 5 k.c. lub art. 1441 k.r.o.)	8	9
3.	powód nie znajduje się w niedostatku	15	17
4.	trudna sytuacja finansowa pozwanego	13	15
5.	powód został namówiony do wniesienia pozwu przez inną osobę	4	5
6.	powód kierował się chęcią zemsty	7	8
7.	inne	3	4
8.	ogółem*	86	100

* Wynik nie sumuje się do 79 l.b., ponieważ w niektórych sprawach pozwani podali więcej niż jedną przyczynę nieuznania powództwa.

Źródło: opracowanie własne.

W tabeli 3 przedstawiono argumenty podane przez pozwanych w odpowiedzi na pozew bądź ustnie do protokołu, uzasadniające żądanie oddalenia powództwa. Najliczniejszą grupę stanowili ci pozwani, którzy podnosili, iż powództwo jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (51%), z tym że w 36 sprawach nie została podana przez nich podstawa prawna tego żądania. Natomiast w 9% spraw podstawa prawna (art. 5 k.c. lub 144¹ k.r.o.)¹⁶ została wskazana przez stronę pozwaną. W tych przypadkach pozwani najczęściej uzasadniali swoje żądanie tym, że rodzic nie zajmował się pozwanym, gdy ten był dzieckiem; znęcał się fizycznie lub psychicznie nad nim; nie płacił zasądzonych na rzecz pozwanego alimentów; wszystkie pieniądze przeznaczał na używki (hazard, alkohol, papierosy) lub na korzystanie z usług agencji towarzyskich; jak również tym, że powód wielokrotnie mówił pozwanemu, że go nienawidzi albo – że żałuje, iż pozwany jest jego dzieckiem. Na drugim miejscu znalazły się sprawy, w których

¹⁶ W trzech sprawach pozwani wskazali w odpowiedzi na pozew art. 5 k.c. (przed wejściem w życie noweli do k.r.o. z 2008 r.), zaś w pięciu sprawach – art. 144¹ k.r.o. jako podstawę do oddalenia powództwa (po wejściu w życie noweli do k.r.o. z 2008 r.).

pozwani twierdzili, że rodzice nie znajdują się w niedostatku (17%). W tej grupie spraw można wskazać przykładowo te, w których pozwani zarzucali rodzicom, iż ci posiadają oszczędności, z których mogą się utrzymać; pracują „na czarno” bądź nie chcą podjąć pracy, mimo sprawności fizycznej i istniejącej możliwości znalezienia zatrudnienia; czy też mają wystarczające dochody na opłacenie podstawowych potrzeb życiowych. Niewiele mniejszą grupę stanowili pozwani podnoszący, że ich sytuacja finansowa uniemożliwia uczynienie zadość obowiązkowi alimentacyjnemu względem rodzica (15%). Jako przykład można podać sprawę, w której 66-letni pozwany pobierał o połowę niższą emeryturę niż 87-letni powód, mając przy tym bardzo podobny zakres wydatków. W 7 sprawach dzieci wskazywały, iż ojciec bądź matka, wytaczając powództwo przeciwko nim, kierowali się wyłącznie chęcią zemsty. Mniej było spraw (5%), w których pozwani zarzucili rodzicom, że wpływ na ich decyzję o wniesieniu pozwu miały osoby trzecie¹⁷.

Z tabeli 3 również wynika, że w trzech sprawach pozwani podnosili odmienne argumenty na poparcie swoich twierdzeń. W jednej z badanych spraw pozwany stwierdził, że choć sam nie znajduje się w niedostatku, nie jest w stanie pomóc finansowo matce z uwagi na to, iż co miesiąc pokrywa koszty pobytu umierającego ojca w hospicjum oraz utrzymuje niepełnosprawną córkę. Dodatkowe zobowiązanie w postaci świadczenia alimentacyjnego na rzecz matki byłoby dla niego znacznym obciążeniem. W innej sprawie pozwany wskazywał, iż matka nie wytoczyła powództwa o alimenty ze względu na swoją sytuację materialną, lecz w celu upokorzenia pozwanego. Okazało się bowiem, że dotychczas wniosła ona już przeciwko synowi 22 pozwy w sprawach dotyczących, np. odszkodowania za czas poświęcony wychowaniu pozwanego, o zwrot pożyczonych rzeczy, o zapłatę za ugotowane obiady.

Z danych zawartych w tabeli 4 (poniżej) wynika, że dominującą grupą spraw były te, w których sąd oddalił powództwo (53%). Natomiast w 27 przypadkach sąd uwzględnił powództwo, w tym w całości – 8% spraw i w części – 19% spraw. Postępowanie zostało umorzone ze względu na zawarcie ugody w 9 sprawach (9%), zaś z uwagi na cofnięcie pozwu – w 8% spraw. Na dalszym miejscu należy wskazać sprawy, w których sąd zawiesił postępowanie

¹⁷ W tych przypadkach często było to trafne twierdzenie, ponieważ w toku postępowania okazywało się, że rzeczywiście powodowie decydowali się wystąpić z roszczeniem przeciwko dzieciom za namową innych osób najbliższych, np. partnera. Niejednokrotnie pozew był wówczas kierowany tylko przeciwko jednemu dziecku, pomimo iż powód miał co najmniej dwoje dzieci.

nie na podstawie art. 177 § 1 pkt. 5 k.p.c. (2%) bądź umorzył postępowanie ze względu na śmierć powoda przed dniem wyznaczonej rozprawy (1%).

Tabela 4. Sposób rozstrzygnięcia sądu I instancji

Lp.	Sposób rozstrzygnięcia sądu I instancji	w l.b.	w %
1.	uwzględnienie powództwa w całości	8	8
2.	uwzględnienie powództwa w części	19	19
3.	oddalenie powództwa	53	53
4.	umorzenie postępowania ze względu na zawarcie ugody	9	9
5.	umorzenie postępowania ze względu na cofnięcie pozwu	8	8
6.	umorzenie postępowania ze względu na śmierć powoda	1	1
7.	zawieszenie postępowania	2	2
8.	ogółem	100	100

Źródło: opracowanie własne.

Warto również dodać, że w sprawach, w których stroną powodową byli pensjonariusze domu pomocy społecznej, w jednej z nich sąd umorzył postępowanie na podstawie art. 355 § 1 k.p.c. (śmierć strony przed pierwszą rozprawą), w drugiej zaś zawiesił postępowanie ze względu na art. 177 § 1 pkt. 5 k.p.c. Natomiast w ostatnim przypadku sąd oddalił powództwo, uzasadniając to tym, iż powód nie znajduje się w niedostatku. W sprawie tej częściowy koszt pobytu matki w prywatnej placówce przeznaczony dla osób w podeszłym wieku przez kilkanaście lat ponosiła córka, która jednak po wieloletniej walce z chorobą zmarła. W związku z tym powódka wystąpiła przeciwko drugiemu dziecku z roszczeniem alimentacyjnym, które wysokością odpowiadało równowartości brakującej kwoty do pokrycia miesięcznej opłaty za pobyt w placówce. Syn jednak nie uznał powództwa, argumentując to tym, że skoro matka przez całe życie faworyzowała jego siostrę, to nie zamierza teraz finansować jej zachcianek.

W tabeli 5 przedstawiono podstawy oddalenia przez sąd powództwa o alimenty. Na pierwszym miejscu znalazły się sprawy, w których sąd ustalił, iż powód nie znajdował się w niedostatku (30%). Najczęściej były to przypadki, gdy rodzice uchylali się od podjęcia pracy, mimo sprawności fizycznej lub – wbrew ich twierdzeniom – sąd uznał, że wysokość miesięcznego dochodu jest wystarczająca, aby mogli się samodzielnie utrzymać.

W jednej ze spraw rodzic oświadczył przed sądem, że wprawdzie posiada zgromadzone oszczędności „na czarną godzinę”, ale skoro ma możliwość pozwania syna o alimenty, to nie zamierza z tych oszczędności korzystać. Jeszcze w innej sprawie powód uzasadniał swoje żądanie tym, że co miesiąc musi zakupić określoną ilość piwa i papierosów. Zrobił nawet dokładne wyliczenie ile litrów alkoholu i ile paczek papierosów jest niezbędne do jego codziennej egzystencji. Sąd jednak słusznie oddalił powództwo, uznając, że obowiązek alimentacyjny nie służy finansowaniu nałogów.

Tabela 5. Podstawy oddalenia powództwa w badanych sprawach

Lp.	Podstawy oddalenia powództwa	w liczbach	w %
1.	żądanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.)	8	15
2.	żądanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 1441 k.r.o.)	14	27
3.	powód nie znajdował się w niedostatku	16	30
4.	pozwany sam znajdował się w niedostatku	6	11
5.	nie wynika z akt	9	17
6.	ogółem	53	100

Źródło: opracowanie własne.

Jako jeden z ciekawszych przykładów można podać sprawę, w której ponad 70-letni ojciec załączył do pozwu listę swoich wydatków, zaś na niej dominującą grupę stanowiły koszty związane z utrzymaniem psa (np. karma, wizyty u weterynarza, środki lecznicze przeznaczone dla zwierząt). Co do własnych wydatków powód wymienił co najwyżej prasę, którą regularnie kupuje oraz książki, a dopiero na końcu listy znalazły się koszty związane z wykupem recept lekarskich. Organ orzekający ustalił, że skoro powód nie wykazał własnych usprawiedliwionych potrzeb (poza wydatkami na psa), jak również tego, że jego sytuacja materialna uniemożliwia mu ich zaspokojenie własnymi siłami, to należy przyjąć, iż nie znajduje się w niedostatku. Warto jednak mieć na uwadze, że wielu ludzi starszych, samotnych, niemających oparcia w rodzinie, decyduje się zaopiekować zwierzęciem, które po pewnym czasie zaczyna być postrzegane jako drugi domownik. Stwierdzenie, że koszt utrzymania psa nie wchodzi w zakres potrzeb tej osoby, może oznaczać dla niej konieczność oddania zwierzęcia

do schroniska i tym samym powrót do samotności. Jest to szczególnie dotkliwie dla tych osób, które nie mogą liczyć na obecność i wsparcie rodziny, zwłaszcza dzieci.

Na drugim miejscu w tabeli 5 znalazły się sprawy, w których sąd oddalił powództwo ze względu na sprzeczność żądania alimentów z zasadami współżycia społecznego na podstawie art. 144¹ k.r.o. (27%). Niewiele mniej było spraw, w których podstawą takiego rozstrzygnięcia był art. 5 k.c. (15%)¹⁸. Najczęściej były to przypadki, w których ustalono, że powód uchylił się od płacenia zasądzonych alimentów na rzecz pozwanego, nie brał udziału w jego wychowaniu, nadużywał alkoholu, jak również to, że nienawidził swojego dziecka, mścił się na nim, wytaczał kolejne powództwa, aby uprzykrzyć życie dziecku. Była także grupa spraw, w których sąd oddalił powództwo ze względu na art. 144¹ k.r.o. lub art. 5 k.c., motywując niegodność uprawnionego rodzica tym, że w przeszłości znęcał się fizycznie lub psychicznie nad rodziną, molestował swoje dziecko, opuścił je po urodzeniu i nie interesował się później jego życiem. Najmniej było spraw, w których podstawą oddalenia powództwa było ustalenie, że pozwany sam znajduje się w niedostatku (11%). W 9 przypadkach nie było możliwe jednoznaczne ustalenie przyczyn oddalenia powództwa (brak uzasadnienia), ale analiza badanych spraw pozwoliła na wyciągnięcie pewnych wniosków co do podstaw rozstrzygnięcia. W trzech przypadkach z całokształtu materiału dowodowego wynikało, że podstawą oddalenia powództwa mógł być art. 5 k.c. lub art. 144¹ k.r.o. W sprawach tych pozwani argumentowali bezzasadność roszczeń strony powodowej okolicznością, iż rodzic był w przeszłości karany za przestępstwo niealimentacji wobec pozwanych bądź opuścił rodzinę wiele lat temu. Podnoszony był także zarzut nadużywania alkoholu przez powoda, mimo iż on sam twierdził, że pije przy pełnej aprobachie swoich dzieci i nie można zatem nazywać go alkoholikiem¹⁹.

W większości spraw, w których zaskarżono wyrok I instancji (15 spraw), apelacja została oddalona – 74%. Sąd nie uwzględnił żadnej apelacji złożonej przez stronę powodową, a w przypadku środka odwoławczego wnie-

¹⁸ Sprawy zakończone przed dniem wejścia w życie noweli do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 2008 r. (13.06.2009 r.).

¹⁹ W tym przypadku dodatkowym argumentem przemawiającym za stwierdzeniem, iż sąd oddalił powództwo, odwołując się do zasad współżycia społecznego, jest postawa powoda wobec swoich dzieci. Pomimo tego, że jeszcze przed wszczęciem postępowania pozwani wspierali finansowo ojca, opłacając mu część miesięcznych rachunków oraz pokrywając koszt prywatnej opieki medycznej, powód jednak odnosił się z pogardą do dzieci, używając określeń takich jak „jesteście zwyrodniali” i „nie pokazujcie się przed moimi oczami do końca życia”.

sionego przez stronę pozwaną apelację oddalono w jednej sprawie. W pozostałych przypadkach sąd uwzględnił apelację i zmienił zaskarżony wyrok na korzyść strony pozwanej. Przykładem tego jest sprawa, w której sąd I instancji, mimo wyraźnych podstaw do oddalenia powództwa ze względu na zaistniałe przesłanki z art. 5 k.c.²⁰, zasądził na rzecz powoda alimenty. Sąd II instancji jednak słusznie uznał postawę powoda za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego i oddalił jego powództwo.

Świadomość prawna pensjonariuszy Domów Pomocy Społecznej na temat obowiązku alimentacyjnego dzieci na rzecz rodziców oraz ich opinia na temat obowiązujących przepisów w zakresie prawa alimentacyjnego

Z przeprowadzonych rozmów z pensjonariuszami wybranych Domów Pomocy Społecznej wynika, iż większość z nich miała świadomość istnienia przepisów regulujących obowiązek alimentacyjny dzieci na rzecz rodziców (22 osoby). Informacje w tym zakresie uzyskali przede wszystkim z prasy, telewizji bądź od osób bliskich lub znajomych. Pozostali respondenci dopiero w trakcie badania dowiedzieli się o przysługujących im prawach zawartych w prawie alimentacyjnym (8 osób).

Pośród pensjonariuszy, mających co najmniej jedno dziecko, 23 osoby stwierdziły, że bez względu na okoliczności nigdy nie wystąpiłyby z roszczeniem alimentacyjnym przeciwko swoim dzieciom. Pozostali respondenci uznali, że wniesienie powództwa o alimenty byłoby zasadne tylko wówczas, gdyby ich sytuacja materialna graniczyła ze skrajnym ubóstwem (4 osoby). Dominującą przyczyną, dla której pensjonariusze nie zdecydowałiby się na dochodzenie roszczeń alimentacyjnych, był wstyd przed pozywaniem własnego dziecka²¹. Odczucie to było na tyle silne, że niektórzy z respondentów stanowczo twierdzili, że lepszym dla nich rozwiązaniem byłoby „umrzeć z głodu” (5 osób). Opór przed dochodzeniem roszczeń alimentacyjnych na drodze sądowej wyraźnie wpłynął także na postawę niektórych

²⁰ W sprawie tej strona pozwana podniosła, że widziała ojca w swoim życiu tylko 3 razy. Kiedyś napisał do niej kartkę, że jeśli chce się z nim skontaktować, to adres może znaleźć w książce telefonicznej. Ponadto powód był dwukrotnie karany za niepłacenie alimentów na rzecz pozwanej.

²¹ Drugą przyczyną była obawa przed trudnościami, z jakimi może wiązać się postępowanie przed sądem (złożenie pozwu, uczestnictwo w rozprawie, przedstawienie dowodów itp.).

respondentów wobec rodziców, którzy zdecydowali się na wystąpienie z takim powództwem przeciwko dziecku. Trzynastu pensjonariuszy negatywnie oceniło sytuację, w której rodzic pozwał o alimenty własne dzieci. Ich zdaniem pozostawanie takiego rodzica w niedostatku jest zawsze zawnione, a skoro dziecko nie chce dobrowolnie mu pomagać, to zapewne jest to uzasadnione jego zachowaniem w przeszłości. Wyrażono przede wszystkim pogląd, że osoba starsza powinna być samowystarczalna i zadbąć o swoją starość pod względem finansowym, nie obarczając przy tym własnych dzieci. Natomiast 17 respondentów uznało, że dla rodziców, którzy zdecydowali się na tak poważny życiowy krok, jakim jest pozwanie przed sądem swojego dziecka, musiało to być ostateczne rozwiązanie. W takich przypadkach, zdaniem osób badanych, nie należy negatywnie oceniać tych rodziców, lecz z drugiej strony – żaden z respondentów nie potrafił jednoznacznie stwierdzić, czy sam wystąpiłby z takim roszczeniem, gdyby znalazł się w podobnej sytuacji.

W wielu przypadkach ustalono, iż po opłaceniu kosztów związanych z pobytem w Domu Pomocy Społecznej, pensjonariuszom pozostaje niewielka kwota na własne wydatki (21 osób). Respondenci ci przyznali, że często muszą odmawiać sobie niektórych wydatków z uwagi na brak środków pieniężnych, lecz żaden z nich dotychczas nie poprosił dziecka o jakąkolwiek pomoc finansową, a tym bardziej nie rozważał możliwości uzyskania świadczeń alimentacyjnych na drodze sądowej. Najczęściej uzasadniano to twierdzeniami: „nie zamierzam być żebrakiem”, „to jest niemoralne, a co ludzie by powiedzieli”, „prosić o pomoc – to najgorsze co może być”, „patologia”, „to państwo powinno zapewnić starość ludziom, a nie ciągnąć od rodziny”.

Zdaniem 28 respondentów aktualne regulacje prawne w zakresie obowiązku alimentacyjnego dzieci wobec rodziców są potrzebne, słuszne i wystarczające. Tylko dwóch pensjonariuszy wyraziło odmienne zdanie, argumentując to tym, że przyznawanie jakichkolwiek uprawnień alimentacyjnych rodzicom może ich zachęcać do wielokrotnego bezpodstawnego wytaczania powództw o alimenty. Ich zdaniem przepis umożliwiający wnoszenie przez rodziców pozwu o alimenty przeciwko swoim dzieciom należałoby usunąć. Spośród osób pozytywnie oceniających obowiązujące regulacje prawne z zakresu prawa alimentacyjnego, 11 z nich uznało, że powództwo o alimenty powinien wnosić tylko ten rodzic, który ma pewność co do tego, iż dziecko jest w stanie zadośćuczynić swojemu obowiązkowi alimentacyjnemu. Ponadto taki rodzic najpierw powinien wykorzystać wszystkie dostępne środki w celu zapewnienia sobie we własnym zakresie

utrzymania, np. przez pracę zawodową, a przede wszystkim – przez uzyskanie świadczeń emerytalnych na odpowiednim poziomie. Czterech respondentów podkreśliło, że konieczność wytoczenia powództwa o alimenty wynika najczęściej z okoliczności, iż dzieci nie chcą dobrowolnie wspierać finansowo rodziców. Przyczyną tego – w ich opinii – może być nieodpowiednie wychowanie dzieci (bezsstresowe, pozbawione więzi emocjonalnej z rodzicami) i niewykształcenie w nich poczucia odpowiedzialności za osobę starszą, schorowaną, wymagającą pomocy. Według takiego poglądu to rodzice są często winni egoistycznych postaw swoich dzieci. Jeden z pensjonariuszy nawet wprost oświadczył, iż z przepisów regulujących obowiązek alimentacyjny „korzystają tylko ludzie z patologicznych rodzin”.

W kwestii propozycji zmian legislacyjnych respondenci wskazywali przede wszystkim na konieczność ograniczenia uprawnień alimentacyjnych tym rodzicom, którzy przez swoje naganne zachowanie sami doprowadzili się do ubóstwa. Zdaniem pensjonariuszy wprowadzenie art. 144¹ k.r.o. było zasadne²². Jedna z respondentek podkreśliła, iż to nie przepisy prawne wymagają zmian, lecz mentalność społeczeństwa, które w niewłaściwy sposób rozumie celowość instytucji obowiązku alimentacyjnego wobec rodziców. W opinii tej pensjonariuszki organy państwowe powinny zorganizować kampanię społeczną, aby uświadomić osobom starszym oraz ich dzieciom, czym są świadczenia alimentacyjne i jakie okoliczności uzasadniają ich zasądzenie. Taką uwagę należy ocenić pozytywnie, bowiem przedstawione w niniejszym artykule wyniki badań wskazują, że dominującym problemem nie jest brak świadomości rodziców w zakresie przyśługujących im praw z zakresu prawa alimentacyjnego, lecz niewłaściwa ocena tej instytucji zarówno przez zobowiązanych, jak i przez samych uprawnionych.

Uwagi końcowe

Przeprowadzona analiza akt sądowych oraz wywiadów pogłębionych umożliwiła szczegółowe zbadanie problematyki alimentacji osób starszych. Nie ulega wątpliwości, że sprawy o alimenty z powództwa rodziców przeciwko dzieciom są stosunkowo rzadko rozpoznawane przez sąd. Większość osób starszych negatywnie ocenia sytuację, w której rodzic występuje z powództwem o alimenty przeciwko dzieciom. Oznacza to, że sama okolicz-

²² Zaznaczyć należy, że o treści art. 144¹ k.r.o. respondenci zostali poinformowani przez ankietera (autorkę niniejszego artykułu).

ność braku świadomości osób starszych co do istnienia przepisów prawnych umożliwiających im dochodzenie roszczeń alimentacyjnych wydaje się być marginalna. Z wywiadów pogłębionych wynikało, że niemalże każdy respondent wiedział o istnieniu obowiązku alimentacyjnego wobec rodziców, lecz z zupełnie innych motywów negatywnie oceniał tę instytucję prawną. Najczęściej rodzice sami rezygnują z dochodzenia roszczeń alimentacyjnych ze względu na wstydlivą sytuację, którą jest dla nich skierowanie powództwa przeciwko własnemu dziecku. Ponadto dla osoby starszej, która niejednokrotnie jest słaba i nieporadna, procedura związana z postępowaniem przed sądem może okazać się zbyt trudna i zniechęcić uprawnionego do wystąpienia z powództwem o alimenty.

W związku z powyższymi rozważaniami należy zastanowić się nad podjęciem odpowiedniej akcji informacyjnej w celu uświadomienia osób starszych w zakresie przysługujących im uprawnień przewidzianych w prawie alimentacyjnym. Rodzice nie powinni odczuwać wstydu, występując z pozwem o alimenty, ani obaw przed zbyt skomplikowaną procedurą sądową. Dzieci natomiast nie powinny zakładać, że rodzic, pozywając je o alimenty, dokonuje tej czynności wyłącznie z chęci z zemsty albo nienawiści. I wreszcie – obie strony powinny zrozumieć, iż naturalne jest oczekiwanie przez osobę starszą (rodzica) wsparcia od dziecka w późnych latach swojego życia. Wsparcie to może polegać nie tylko na pomocy finansowej, ale również na częstych kontaktach z rodzicami, zapewnieniu im towarzysztwa, na rozmowie i pomocy w zakresie codziennych spraw. Skoro obowiązkiem rodzica jest utrzymanie dziecka, wychowywanie i przygotowanie go do dorosłego życia, to analogicznie należy przyjąć, iż obowiązkiem dziecka jest wsparcie takiego rodzica w czasie, gdy ten jest już chory, niedołączny, niepełnosprawny albo nie ze swojej winy popadł w niedostatek. Nie można przy tym pomijać, iż również ustawodawca w art. 87 k.r.o. uregulował obowiązek wzajemnego wspierania się rodziców i ich dzieci²³.

Jednakże w sytuacji, gdy z żądaniem świadczeń alimentacyjnych występuje rodzic, który w przeszłości postępował wobec dziecka w sposób rażąco niewłaściwy, to wówczas dziecko może skorzystać z uprawnienia do uchylenia się od wykonania obowiązku alimentacyjnego. Aktualne rozwiązania legislacyjne spełniają swoją funkcję, o czym świadczą wyniki badań przeprowadzonych przez autorkę niniejszego artykułu. Ważne

²³ Natomiast w zakresie wsparcia materialnego można rozróżnić postać alimentacyjną (art. 128 k.r.o.) oraz niealimentacyjną (art. 91 k.r.o.). Por. A. Sylwestrzak: *Obowiązki dziecka wobec rodziców*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, 3, s. 65.

jednak jest dostrzeżenie innego problemu niż ten związany z zaspokajaniem potrzeb materialnych osoby starszej. Rodzice w podeszłym wieku potrzebują wsparcia emocjonalnego, a przede wszystkim częstych kontaktów i zainteresowania się ich codziennymi sprawami. Dzieci natomiast niejednokrotnie – ze względu na pracę zawodową lub osobiste problemy – nie mają czasu lub nie chcą go poświęcać swoim rodzicom. Dlatego też pożądane jest kształtowanie mentalności ludzi już od najmłodszych lat, aby humanitarne postawy wobec człowieka starszego stały się powszechne. Zadanie to pozostawić należy systemowi edukacyjnemu państwa²⁴.

²⁴ W. Stojanowska, *Obowiązek alimentacyjny dzieci wobec rodziców...*, s. 58.

GRZEGORZ WYMYSŁOWSKI

Zakłócanie procesu przetargu publicznego w świetle art. 305 k.k.

1. Wstęp

Treścią opracowania opartego na pracy magisterskiej pt. *Przestępstwa z art. 305 k.k.*, jest ukazanie istoty unormowania art. 305 kodeksu karnego z 1997 r., które penalizuje czyny zabronione godzące w procedurę przetargu publicznego, jak również wskazanie genezy powstania tego przepisu oraz racjonalności jego funkcjonowania w polskim systemie prawnym. Czyny zabronione, nazywane zbiorczo w literaturze przestępstwami przetargowymi, stanowią poważne zagrożenie dla polskiego rynku zamówień publicznych oraz niebagatelne wyzwanie dla polskiego systemu sprawiedliwości. Zjawisko nielegalnych ingerencji w procedury przetargowe i im pokrewne występuje w polskiej gospodarce praktycznie od lat 20. XX wieku, stanowiąc istotną część przestępczości gospodarczej także w gospodarce centralnie planowej i w obecnej gospodarce wolnorynkowej, która opiera się o zasady uczciwej konkurencji.

W tej pracy w celu scharakteryzowania praktyki stosowania omawianego unormowania, zaprezentowano autorskie wyniki, opracowane na podstawie analizy dostępnych danych statystycznych, przedstawiających występowanie zagrożeń dla procesu przetargowego na rynku oraz ich wykrywalność i skazywalność na przestrzeni ostatnich lat.

2. Specyfika instytucji przetargu publicznego

Przetarg publiczny stanowi podstawowy tryb udzielania zamówienia publicznego, będącego niezbędnym i elementarnym mechanizmem, stosowanym przez uczestników rynku dysponujących funduszem publicznym do wyłaniania wykonawców inwestycji w warunkach wolnej konkurencji.

Istotę obu form przetargu – ograniczonego i nieograniczonego – wraz z innymi mechanizmami wyłaniania wykonawcy inwestycji w stosunkach cywilnoprawnych, definiują przepisy art. 70¹, 70³–70⁵ k.c.¹. Jednakże na potrzeby tego opracowania badano narzędzie uznane przez ustawodawcę za podstawową metodę udzielania zamówienia publicznego, jakim jest – zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 oraz art. 39 i nast. ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych² (zwanej dalej „Pzp”) – przetarg nieograniczony. Jak bowiem wskazuje się w art. 39 Pzp, jest to „tryb udzielania zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy”. Tym samym katalog oferentów jest otwarty, a wnioski wraz ze specyfikacją propozycji są rozpatrywane na zasadzie równości. Stanowisko to potwierdził w praktyce Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 11 marca 1998 r.³, w którym stwierdził, iż jedynie przetarg w formie nieograniczonej gwarantuje dochowanie zasady uczciwej konkurencji, jednego z głównych filarów gospodarki rynkowej oraz norm regulujących udzielanie zamówienia publicznego. Podstawą rozpatrywania przetargu jako „publicznego” jest zatem spełnienie przynajmniej jednej z następujących przesłanek: jego źródłem proceduralnym jest akt prawa publicznego; instytucja, która go przeprowadza bądź organizuje ma charakter państwowy lub samorządowy; środki będące jego przedmiotem, mają charakter publiczny⁴.

Polska gospodarka, po zmianach ustrojowych i rynkowych z początku lat 90. XX wieku, rozwija się na podstawie zasad wolnorynkowych. W przeciwieństwie do gospodarki centralnie planowanej, której mechanizm był ściśle regulowany i sztywny, gospodarka rynkowa jest elastyczna i wrażliwa na wydarzenia na skalę światową. To samo dotyczy rodzimego rynku zamówień publicznych, który po wejściu Polski do Unii Europejskiej w 2004 roku korzysta z dwóch źródeł zasilania – ze środków unijnych oraz krajowych. Oba te rodzaje środków w rozumieniu art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych⁵ są środkami publicznymi, w związku z czym podmiotami uprawnionymi do ich wydatkowania są jednostki sektora finansów publicznych, mogące to czynić w trybie przewidzianym w Prawie zamówień

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. 1964 Nr 16, poz. 93 ze zm.

² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych*, Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.

³ Wyrok SA w Warszawie z dnia 11 marca 1998 r., sygn. II AKa 247/97.

⁴ R. Zawłocki i M. Królikowski, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Warszawa 2013, s. 1428.

⁵ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. 2009 Nr 157, poz. 1240 ze zm.

publicznych⁶. Dowodów ekonomicznej racjonalności wyboru ustawodawcy i podporządkowania się zasadom gospodarki wolnorynkowej poprzez udzielenie przetargowi nieograniczonemu wyłączności na wylanianie wykonawców projektów zasilanych ze środków publicznych, dostarczają przeprowadzane cyklicznie przez Urząd Zamówień Publicznych badania. Wynika z nich, że tryb przetargu nieograniczonego jest najbardziej rentowny, przynosi bowiem realne oszczędności w wydatkach publicznych, np. ceny dla zamawiających są średnio o 12% niższe niż wynikało to z początkowych szacunków, podczas gdy w innych trybach przewidzianych w Pzp ceny finalne są równe bądź wyższe niż pierwotnie zakładano⁷.

3. Typologia zjawisk patologicznych w zamówieniach publicznych

Należy zauważyć, iż z racji dużych nakładów inwestycyjnych cały sektor zamówień publicznych był i wciąż jest narażony na szereg nielegalnych ingerencji o różnej genezie. Czynnikiem łączącym zaprezentowane w tej części pracy zjawiska patologiczne i będące ich pochodnymi czyny zabronione, jest działanie umyślne, ukierunkowane na osiągnięcie korzyści majątkowej. Działanie to stanowi główną przesłankę do uznania czynów godzących w procedury zamówień w świetle Prawa zamówień publicznych⁸ i prawa karnego za nielegalne. Mając na uwadze wyłączność, jaką cieszy się procedura przetargu nieograniczonego w sektorze zamówień publicznych, zachowania te można w świetle ich znamion wykonawczych uznać za godzące w szeroko rozumiany rynek zamówień publicznych, w tym przede wszystkim w procedurę przetargową. Pomijając bowiem różnice w formach działania, w swym meritem doprowadzają one do stworzenia takich warunków zamówienia publicznego, gdzie jeden z uczestników znajduje się w pozycji uprzywilejowanej. Sytuacja ta może zaistnieć na każdym etapie uzyskiwania zamówienia publicznego⁹. Przedmiotowe zjawiska patologiczne zostały przez Urząd Zamówień Publicznych zakwalifikowane do

⁶ W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski i M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 304–328.

⁷ *Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2000 r.*, Urząd Zamówień Publicznych, 2001.

⁸ W. Dzierżanowski i J. Jerzykowski, M. Stachowiak, op. cit., s. 1076–1079.

⁹ J. Skorupka, *Podstawy karania oszustw przetargowych ze szczególnym uwzględnieniem zamówień publicznych*, „Prokurator” 2008, 1, poz. 33, s. 14.

dwóch rodzajów: zjawisk systemowych oraz zjawisk mających podłoże w tzw. czynniku ludzkim¹⁰.

3.1. Systemowe zjawiska patologiczne w zamówieniach publicznych

Do patologicznych zjawisk systemowych zaliczyć można: niestosowanie lub obchodzenie przepisów Pzp, a tym samym działanie ukierunkowane na pominięcie przymusu stosowania procedury przetargu nieograniczonego; ograniczanie konkurencji, co skutkuje pogwałceniem elementarnych zasad gospodarki wolnorynkowej; wadliwe przygotowywanie procedury udzielenia zamówienia publicznego, w tym brak sprecyzowanej koncepcji lub celu realizacji zamówienia publicznego, mające postać w np. pominięciu istotnych specyfikacji zamówienia; brak rzetelnego planowania zamówień publicznych; niefachowe sporządzanie dokumentów przetargowych, co skutkować może manipulacją przy rozstrzygnięciach zarówno etapowych, jak i końcowych; brak należytego przygotowania umów w sprawie zamówień publicznych, narażające interes majątkowy stron na straty; nadużywanie trybów „nieprzetargowych” przewidzianych w wyjątkowych sytuacjach w Pzp i związana z tym podatność na ich proceduralne patologie, nieadekwatne do pozyskiwania danego zamówienia publicznego; manipulacja przetargami, w tym nierówność w dostępie do informacji oraz niedostateczna dokumentacja postępowania, które podobnie jak poprzednie, naraża zasadę konkurencji¹¹.

3.2. Zjawiska patologiczne oparte na tzw. czynniku ludzkim

Zjawiskami mającymi podwaliny w tzw. czynniku ludzkim są: nieprawidłowe przygotowanie merytoryczne osób udzielających zamówienia, co jest spowodowane brakiem ustawowo określonych wymogów kompetencyjnych oraz systemów wewnętrznej kontroli; poziom etyczny urzędników, niejednokrotnie odbiegający od pożądaných standardów, co naraża zamówienia publiczne na występowanie zjawisk korupcyjnych; funkcjonowanie komisji przetargowych; niekonsekwentne pociąganie do odpowiedzialności za naruszenie przepisów, w tym nieefektywna praca arbitrażu, przewidziana w Pzp, opieszałością urzędników oraz niewystarczającymi procedurami,

¹⁰ P. Wiśniewski, *Korupcja w obszarze zamówień publicznych w Polsce – zagrożenia i rekomendacje na przyszłość*, „Analizy i Opinie” 2006, 67, poz. 10, s. 4.

¹¹ *Zjawiska patologiczne w zamówieniach publicznych, Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2000 r.*, 2001, Urząd Zamówień Publicznych, s. 45–51.

co skutkuje nagannym poziomem dociekliwości w ocenie stanu faktycznego i materiału dowodowego bądź przedawnieniem; udzielanie zamówień nierzetelnym wykonawcom, a więc błędne rozpoznanie co do najlepszego oferenta, mogące przyczynić się do poważnych opóźnień w wykonaniu zamówienia, stratom i karom finansowych, a nawet niewywiązaniem się z umowy.¹²

4. Geneza typu przestępstw z art. 305 k.k.

Potrzebę ochrony przetargu publicznego zaobserwowano już w latach 20. XX wieku¹³. Pierwszym unormowaniem kryminalizującym przestępstwa przetargowe był art. 283 k.k. z 11 lipca 1932 roku¹⁴. Zbliżone rozwiązania penalizujące zawarto w art. 245 k.k. z 1969 roku¹⁵, a następnie unormowano w art. 2 ustawy z 12 października 1994 roku o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego¹⁶.

Obecny stan prawny stanowi efekt ewolucji kryminalizacji przestępstw przetargowych, zależny od warunków rynkowych, zmieniających się wraz z systemami gospodarczymi. Tym samym modyfikacjom ulegał przedmiot ochrony i metody jego zabezpieczenia. Niezmiennie głównym celem przyświecającym ustawodawcy na przestrzeni lat była ochrona instytucji przetargu publicznego oraz interesu majątkowego potencjalnie zagrożonych podmiotów, jakimi były i są instytucje publiczne oraz samorządowe, organizatorzy przetargów publicznych i podmioty je przeprowadzające.

5. Przedmiot ochrony art. 305 k.k.

Ustawodawca za pośrednictwem art. 305 k.k. zastosował swoisty „parasol bezpieczeństwa” nad całością procedury publiczno-przetargowej. W literaturze zaprezentowano wielość stanowisk w kwestii przedmiotu ochrony, co z jednej strony podkreśla jego rozległe możliwości interpretacyjne,

¹² Ibidem, s. 52–54.

¹³ R. Zawłocki, *Geneza i rozwój karnoprawnej ochrony obrotu gospodarczego; Przesłpstwa gospodarze w Kodeksie karnym z 1932 r.* w: R. Zawłocki (red.), *Przesłpstwa przeciwko mieniu i gospodarze. System Prawa Karnego*, t. 9, Warszawa 2011, s. 412–416.

¹⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1932 Nr 60, poz. 571.

¹⁵ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1969 Nr 13, poz. 94.

¹⁶ Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarze i zmianie niektórych przepisów prawa karnego, Dz.U. 1994 Nr 126, poz. 615.

a z drugiej wskazuje na zbyt ogólny charakter przepisu. W piśmiennictwie wskazuje się, iż przedmiotem ochrony art. 305 k.k. jest nie tylko sama procedura publiczno-przetargowa¹⁷, ale także interesy majątkowe organizatora, instytucji przeprowadzającej przetarg oraz oferentów¹⁸, ochrona przedmiotu przetargu¹⁹, jak również – analizując przedmiot rodzajowo – sam obrót gospodarczy²⁰. Tak szeroki katalog przedmiotów ochrony można rozumieć jako narzędzie zapewniające judykaturze szerokie możliwości ochronne, w tym precedensowe mechanizmy wykrywania i udowadniania winy, ale także jako nieprzejrzystą konstrukcję prawną, która nie wskazuje jednoznacznie na to, co podlega ochronie, tym samym stwarzając możliwości niewłaściwego zastosowania w sądzie.

Rozpatrując przedmiot ochrony art. 305 k.k. pod względem ewentualnych zmian *de lege ferenda*, warto rozważyć możliwość modyfikacji konstrukcji słownej, zawartej zarówno w §1, jak i §2, odnoszącej się do działania „na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany”. Zastosowane przez ustawodawcę rozwiązanie chroni tym samym jedynie interes właściciela mienia i osób lub instytucji, będących organizatorem przetargu. Rozwiązaniem poprawiającym skuteczność ochronną art. 305 k.k. byłoby z pewnością rozszerzenie przedmiotu ochrony na wszystkie podmioty biorące udział w przetargu, a więc także oferentów. Ich interes podczas procesu przetargowego jest nie mniej narażony na szkodę, niż podmiotów będących aktualnie zabezpieczonymi tym unormowaniem.

6. Podmiot i strona podmiotowa czynów zabronionych z art. 305 k.k.

By w pełni zdefiniować podmiot przestępstw przetargowych, należy zwrócić uwagę na fakt, iż wskazane czyny są przestępstwami powszechnymi. Podmiotem może bowiem być każdy z uczestników przetargu – zarówno organizator, jak i oferenci oraz osoby trzecie, mające interes w konkretnym

¹⁷ O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 91.

¹⁸ W. Wróbel, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 465.

¹⁹ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2010, s. 556.

²⁰ R. Zawłocki, M. Królikowski, *Kodeks karny. Część szczególna*, Warszawa 2014, s. 1429–1430.

rozstrzygnięciu²¹. Wiąże się to bezpośrednio z charakterem przestępstw przetargowych, które zagrażają całej procedurze pozyskiwania zamówienia publicznego, w której aktywne – bądź bierne – uczestnictwo ma wiele podmiotów, pozostających w stosunku do siebie zarówno wertykalnie, jak i horyzontalnie.

Analizując stronę podmiotową, należy zwrócić uwagę na fakt, iż czyny opisane w § 1 art. 305 k.k., mogą zostać popełnione z zamiarem bezpośrednim kierunkowym (*dolus directus coloratus*) z zamiennym celem, którym jest dążenie do osiągnięcia korzyści majątkowej. Warto przy tym przypomnieć definicję właściwości osobowej korzyści majątkowej, którą jest – zgodnie z art. 115 § 4 k.k. – nie tylko korzyść pozyskiwana we własnym interesie, ale także dla osoby trzeciej.

Trzy kolejne czyny zabronione wskazane w art. 305 § 2 k.k. charakteryzują się umyślnością działania, z zamienną zarówno zamiarem bezpośrednim (*dolus directus*), jak i ewentualnym (*dolus eventualis*). Zamiar bezpośredni oznacza chęć popełnienia czynu zabronionego i pełną świadomość zmierzania do tego postępków, zaś zamiar ewentualny – godzenie się na popełnienie czynu zabronionego.

7. Katalog czynów zabronionych z art. 305 k.k. oraz ich strona przedmiotowa

Analizując przepis art. 305 k.k., można wyodrębnić pięć czynów zabronionych, które zakłócają procedurę przetargu publicznego na każdym jej etapie. Są to: udaremnienie przetargu publicznego, utrudnianie przetargu publicznego, wejście w porozumienie z inną osobą, rozpowszechnianie nieprawdziwej informacji mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu publicznego oraz przemilczenie okoliczności, mającej znaczenie dla zawarcia umowy, będącej przedmiotem przetargu publicznego.

Czyny te są podstawą przestępstw gospodarczych godzących w procedurę przetargu publicznego. Mogą one posłużyć sprawcy do ingerencji w proces przetargowy na praktycznie każdym jego etapie. Art. 305 k.k. stanowi pierwszy filar ochrony tej procedury, jednocześnie zabezpieczając

²¹ Ł. Pohl, *Ujęcie przepisów określających przestępstwa zakłócania przetargu publicznego*, w: O. Górniok (red.), *Prawo karne gospodarcze. Prawo gospodarcze i handlowe*, t. 10, Warszawa 2003, s. 516–517; R. Zawłocki, *Art. 296–309. Rozdział XXXVI. Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*, w: A. Wąsek i R. Zawłocki, *Komentarz. Kodeks karny – Część szczególna*, t. 2, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 1481–1489.

interes instytucji publicznych i samorządowych będących stroną przetargu oraz samego przedmiotu przetargu, jakim są środki publiczne²².

7.1. Udaremnienie przetargu publicznego

Pierwszy czyn – udaremnienie przetargu publicznego – polega na ingerencji w proces przetargowy, której celem i efektem jest niedoprowadzenie przetargu publicznego do końca bądź jego faktyczne przerwanie. Ustawodawca nie wskazał konkretnie, jakie zachowania podlegają penalizacji w ramach przestępstwa udaremnienia przetargu, zostawiając tym samym nieograniczony ich katalog²³. Jednakże należy wskazać, iż udaremnianie przetargu publicznego musi być działaniem ukierunkowanym na osiągnięcie korzyści majątkowej ze szkodą dla właściciela przedmiotu przetargu, osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg był przeprowadzany, przy czym szkoda może mieć charakter zarówno rzeczywisty (*damnum emergens*) jak też postać tzw. kosztów utraconych korzyści (*lucrum cessans*)²⁴.

7.2. Utrudnienie przetargu publicznego

Drugi czyn zabroniony w art. 305 k.k. – utrudnienie przetargu publicznego – należy rozumieć jako podjęcie czynności bądź zaniechanie, doprowadzające do ingerencji w jego prawidłowy przebieg. Prowadzi to bezpośrednio do zaburzeń prawidłowego toku procedury, często mających postać podejmowania dodatkowych, wcześniej nieprzewidzianych czynności, niekorzystnych ze względu na ekonomiczny cel przetargu²⁵. Podobnie jak w przypadku udaremnienia przetargu zasadniczą przesłanką i motywem sprawczym utrudnienia przetargu publicznego jest chęć osiągnięcia korzyści majątkowej. Może mieć ona dwojaką postać: bezpośrednią, wynikłą wprost z podjętego działania, jak np. nieuczciwe wyłączenie z procesu dominującego oferenta czy wydłużenie jednego z etapów proceduralnych oraz pośrednią, będącą efektem działania osoby trzeciej, mającej intratny cel w odpadnięciu danego uczestnika lub działającej odpłatnie na zlecenie jednego z nich. Podobnie jak w przypadku udaremnienia, utrudnienie przetargu publicznego musi skutkować wystąpieniem szkody godzącej

²² Ł. Pohl, op. cit., w: R. Zawłocki (red.), op. cit., s. 510.

²³ J. Skorupka, *Strona przedmiotowa. Przestępstwo udaremnienia lub utrudnienia przetargu publicznego*, w: R. Zawłocki (red.), *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, t. 9, Warszawa 2011, s. 692.

²⁴ O. Górniok, op. cit., s. 94.

²⁵ J. Skorupka, *Strona przedmiotowa...*, s. 693.

w interesy właściciela przedmiotu przetargu lub osoby bądź instytucji, na rzecz której lub przez którą proces był organizowany²⁶.

7.3. Wejście w porozumienie z inną osobą

Trzeci czyn zabroniony, stypizowany w art. 305 k.k., to szeroko rozumiane wejście w porozumienie z inną osobą, które zostało przewidziane przez ustawodawcę zarówno w § 1, jak i w § 2 tego przepisu. Należy je rozumieć jako zawarcie porozumienia w zakresie konkretnego zachowania się bądź szeregu zachowań, będących działaniem na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg publiczny jest dokonywany²⁷. Aby prawidłowo interpretować wejście w porozumienie jako działanie wymierzone w zakłócenie przetargu, należy postrzegać je celowościowo, a więc łącząc kooperację podmiotów z zamiarem osiągnięcia korzyści majątkowej poprzez wywarcie oddziaływania na przebieg przetargu²⁸. Wypada zauważyć, iż w ramach tego przestępstwa podmioty mogą łączyć relacje o nieograniczonej konfiguracji – dotyczy to nie tylko aspektu ilościowego (dwóch lub więcej sprawców), ale także możliwości zawarcia porozumienia przez podmioty pozostające w stosunku zarówno horyzontalnym (np. dwóch bądź więcej oferentów), jak i wertykalnym (np. organizator i jeden z oferentów). W praktyce to postępowanie często ma postać ustawienia przetargu i zmywy przetargowej.

7.3.1. Ustawienie przetargu

Pierwszą postacią wejścia w porozumienie jest nieoficjalne zawarcie układu pomiędzy zamawiającym a oferentami, dotyczące wspólnych ustaleń co do nadania jednemu z wykonawców pozycji uprzywilejowanej. Warto podkreślić, iż ten rodzaj czynu zabronionego jest niezwykle trudny do wykrycia w praktyce²⁹. Istnieje kilka form tego działania, z czego wyróżniono trzy najpopularniejsze³⁰.

Pierwszą metodą ustawienia przetargu jest wybór daty złożenia oferty sprzyjający jednemu z oferentów i będący niekorzystnym dla innych. Ustawodawca przeciwdziałając temu zjawisku, wprowadził w Pzp mechanizm,

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ł. Pohl, op. cit., w: R. Zawłocki (red.), op. cit., s. 515.

²⁸ A. Michalska-Warias, *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (art. 296–309)* w: M. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2012, s. 804–809.

²⁹ A. Marek, op. cit., s. 657.

³⁰ Opracowanie własne na podstawie J. Kraszkiewicz, *Ustawianie przetargów, czyli przed czym nie chroni nas ustawa*, „Forum Samorządowe”, październik 2007, s. 16.

zgodnie z którym terminem przewidzianym na złożenie oferty dostaw i usług jest okres nie mniejszy niż siedem dni, a na roboty budowlane dwadzieścia dni. Ma to na celu niedopuszczenie do ustalenia przez organizatora przetargu niekonkurencyjnego terminu na przygotowanie oferty i jej przedstawienie, co z pewnością wiązałoby się z wykluczeniem części uczestników.

Drugą metodą jest manipulacja przy treści oferty i wymogów stawianych w SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), które faworyzują wybranego oferenta poprzez np. ukryte szczegóły kompatybilności produktu. Skutkuje to często tym, iż zaledwie jeden potencjalny wykonawca jest w stanie sprostać wyjątkowym, niewspomnianym w ofercie wymogom zlecenia, jak np. metoda montażu urządzeń. Podstawę zabezpieczenia prewencyjnego, zastosowanego w Pzp przeciwko takiemu działaniu stanowi art. 29 pkt. 2 tej ustawy, zgodnie z którym „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”.

Trzecią formą ustawienia przetargu jest nieformalna relacja pomiędzy oferentem a zamawiającym. Do takich przypadków zaliczyć można m.in. wcześniejszą znajomość o charakterze prywatnym, którą kontynuują również w trakcie przystąpienia do przetargu. Taka sytuacja często prowadzi do nadużyć kompetencji i wspólnych poczynań. Ten rodzaj ustawienia przetargu jest najprostszy do wykrycia, gdyż dzięki łatwemu przepływowi informacji oraz popularności mediów społecznościowych, można posłużyć się analizą ogólnodostępnych danych o znajomościach.

7.3.2. Zmowa przetargowa

Zmową przetargową jest – zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów³¹ – porozumienie między wykonawcami, którego „celem bądź skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu pracy lub ceny”. Warto zwrócić uwagę na fakt, iż przesłanką niezbędną do wystąpienia zmowy jest już samo wejście w porozumienie, bez konieczności osiągnięcia efektów majątkowych³². Ocenie podlegają zatem zamiar i wolę sprawców, które rozpatrywane są dwueta-

³¹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. 50, poz. 331.

³² A. Marek, op. cit., s. 657.

powo. Najpierw bada się istotę czynu zabronionego – wejście w porozumienie, a następnie analizuje się działanie faktyczne. Procedura ta ma na celu wykrycie współsprawstwa oraz ochronę instytucji przetargu publicznego.

Zmowa przetargowa jest zjawiskiem występującym na polskim rynku zamówień publicznych stosunkowo często, szczególnie przy ofertach na projekty sektora publicznego³³. W ocenie ustawodawcy, jak również judykatury, stanowi proceder niezwykle szkodliwy dla zasad wolnej konkurencji, którymi kieruje się polska gospodarka. W praktyce wyróżnia się cztery podstawowe formy zmowy przetargowej³⁴:

Pierwszą formą jest składanie ofert symbolicznych, będące najpopularniejszym rodzajem zmowy. Polega ono na pozornej konkurencji między oferentami przy z góry ustalonych przez uczestników zmowy warunkach. Ta swoista „gra pozorów” ma za zadanie doprowadzić do zwycięstwa jednego z członków zmowy przy niejawnym wsparciu innych, którzy otrzymują z góry ustaloną rekompensatę za kontrolowaną przegraną. Przykładami zachowań mających na celu doprowadzenie do wykluczenia na kolejnych etapach są: intencjonalne dopuszczanie się błędów proceduralnych i formalnych, umyślne pomyłki w zgłoszeniach i wystawianie niekompletnych zestawów wymaganych dokumentów.

Drugą formą zmowy przetargowej jest rezygnacja z udziału w postępowaniu, co w istotny sposób faworyzuje konkurenta, będącego członkiem porozumienia. Stanowi to modyfikację formy pierwszej, polegającą na bezpośredniej rezygnacji ze złożenia oferty bądź jej wycofaniu. W literaturze przedmiotu, na podstawie analiz rynkowych i znanych wymiarowi sprawiedliwości zμών przetargowych podkreśla się, iż ten proceder stanowi nieznaczną ułamek wszystkich zμών przetargowych. Jednakże w judykaturze zaobserwowano odmianę tej formy, polegającą na udzieleniu odmowy na zawarcie umowy przez wykonawcę, który zwyciężył, co jest równoznaczne z wycofaniem się z procedury przetargowej. Zgodnie z zasadami Pzp, oferta w takiej sytuacji podlega cesji na drugiego – w kolejności atrakcyjności – oferenta. W przypadku zmowy jest to współnik zwycięzcy,

³³ G. Borowik, *Zwalczanie zμών cenowych jako zagrożenia ekonomicznych interesów RP – próba oceny skuteczności unormowań prawnych*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2013, 9, s. 167–192.

³⁴ G. Materna, op. cit., w: *Rola urzędników administracji państwowej (...)*, „Materiały konferencyjne”; IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna; CBA, Warszawa 2014, s. 10–11.

który w pierwotnym bądź późniejszym czasie został nielegalnie nomino-
wany przez sprawców na faktycznego wygranego³⁵.

Trzecią formą zmowy jest rotacyjne składanie ofert przetargowych,
będące kombinacją dwóch poprzednich metod. Polega na składaniu ko-
lejnych ofert w różnych przetargach przez zmawiających się wykonawców
i ustalaniu, który z nich wygra w danym przetargu³⁶. Innymi słowy, każdy
zmawiający się jest pretendowany do zwycięstwa w wybranym dla niego
przetargu, a dzięki pomocy innych – składających oferty symboliczne bądź
pozorne, ewentualnie wycofujących się na którymś etapie przetargu – ma
praktycznie pewne zwycięstwo. Znaczną trudność w wykrywaniu i zbie-
raniu materiału dowodowego dla tej formy zmowy stanowi jej złożony
charakter oraz oddzielne procedury przetargowe wymagające dogłębnej
analizy, a będące – co do zasady – badane przez sąd oddzielnie³⁷.

Ostatnią wyróżnioną formą jest podział rynku (tzw. alokacja rynkowa),
oparty na dywersyfikacji danego sektora rynku między członkami zmowy,
efektem czego jest wyłączność, jaką część z nich ma na branie udziału w prze-
targach w tych właśnie sektorach. Taki podział jest przez sprawców doko-
nywany ze względu na czynnik geograficzny (np. rejony powiatu) bądź
podmiotowy (np. wybrane podmioty rozpisujące przetargi)³⁸.

Zmowa przetargowa, niezależnie od formy, niesie ze sobą korzyść
majątkową – pośrednią lub bezpośrednią – dla każdego uczestnika porozu-
mienia. Wszyscy bowiem w drodze wewnętrznych ustaleń mają gwa-
rancję zysku, bądź w formie otrzymania zamówienia, bądź rekompensaty
pieniężnej od innych zmawiających się w przypadku kontrolowanego
ustąpienia z konkurencji³⁹.

7.4. Rozpowszechnianie informacji mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu publicznego

Trzecią formą czynu zabronionego penalizowanego w art. 305 k.k. i zarówno
pierwszą z § 2 tego przepisu jest rozpowszechnianie informacji, mającej
znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu publicz-
nego. Należy to rozumieć jako przekazywanie informacji o dużej wadze

³⁵ G. Borowik, op. cit., s. 177–179.

³⁶ G. Materna, op. cit., s. 8–11.

³⁷ Ibidem, s. 8–11.

³⁸ G. Borowik, op. cit., s. 169–171.

³⁹ A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, „iKAR” 2012, 4, poz. 1, s. 44–56.

dla powodzenia procedury przetargowej, nieuprawnionej do tego osobie lub grupie osób. Rozpowszechnianie może się odbyć zarówno publicznie, jak i niepublicznie – istotne jest jedynie, by informacja była ważna dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu. Ustawodawca celowo ustanowił dla czynności rozpowszechniania katalog otwarty nie konkretyzując działań jakie przez to rozumie, ani kręgu adresatów informacji. Pozostawiło to swoistą furtkę interpretacyjną dla tego przestępstwa, co ma niebagatelne znaczenie w dobie coraz to nowszych metod przekazywania informacji i łatwiejszego do nich dostępu⁴⁰.

7.5. Przemilczenie istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu publicznego

Ostatnim typem czynu zabronionego spenalizowanego w drodze art. 305 k.k. i drugim w § 2 jest przemilczenie istotnych okoliczności, mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu publicznego. W praktyce oznacza to zaniechanie przekazania bardzo ważnej dla przebiegu przetargu informacji, bez której powodzenie jego prawidłowego przebiegu jest wielce wątpliwe. Podmiotem tego przestępstwa – prawnie zobligowanym do dbania o dobro informacji – może być zarówno organizator przetargu, który np. nie poda informacji o przetargu na stronie internetowej czy nie powiadomi uczestników o kryteriach wyboru oferty⁴¹, jak i oferent, który np. nie poinformuje o posiadanym długu czy przemilczy poważne problemy kadrowe. Przestępstwo przemilczenia okoliczności, zamykające katalog czynów zabronionych godzących w procedurę przetargową, wzorem poprzednich posiadać musi przesłankę działania na szkodę właściciela mienia, bądź osoby tudzież instytucji, na rzecz której przetarg organizowano⁴².

8. Tryby ścigania przestępstw z art. 305 k.k.

Ustawodawca w treści art. 305 § 3 k.k. przewidział różne tryby ścigania przestępstw wymienionych w § 1 i § 2, ze względu na podmiot będący ofiarą przestępstwa. Zawarł bowiem formę ścigania z urzędu w sytuacji, gdy

⁴⁰ W. Wróbel, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, t. 3, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 476.

⁴¹ Ibidem.

⁴² R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 536.

pokrzywdzonym jest Skarb Państwa oraz ściganie na wniosek, kiedy ofiarą padł inny podmiot i to on wystąpi w roli wnioskodawcy, będąc do tego jedynym uprawnionym⁴³. Należy zauważyć, iż ochrona interesu Skarbu Państwa poprzez przydzielenie mu trybu ścigania z urzędu była racjonalnym i właściwym posunięciem, które ma nie tylko charakter działania prewencyjnego, ale także zabezpieczającego. Wiąże się to nie tylko z wagą tej instytucji, ale również z dużymi środkami będącymi w jego dyspozycji.

Udzielenie innym podmiotom prawa do ochrony w trybie ścigania wnioskowego jest rozwiązaniem, które daje ewentualnym poszkodowanym prawo do samokontroli własnych poczynań, co chroni zasadę uczciwej konkurencji, a w razie poniesienia szkody – daje możliwość zwrócenia się o pomoc do organów ścigania⁴⁴. Jednakże należy rozpatrzyć *de lege ferenda* możliwość nadania również tym podmiotom prawa do korzystania z trybu ścigania z urzędu, gdyż z pewnością wpłynęłoby to korzystnie nie tylko na wykrywalność przestępstw, ale także na poprawę funkcji ochronnej i prewencyjnej art. 305 k.k.

9. Analizy danych statystycznych dotyczących art. 305 k.k.

Badając zebrane dane statystyczne, przeprowadzono dwie analizy: stosunku liczby wszczętych postępowań w trybie art. 305 k.k. do ilości przestępstw na podstawie tego przepisu stwierdzonych, oraz liczby prawomocnych skazań osób dorosłych z art. 305 § 1 i § 2 w latach 2001–2012.

Miało to na celu zbadanie i przedstawienie racjonalności tego unormowania oraz funkcji ochronnej i prewencyjnej, jaką pełni na rynku zamówień publicznych. Jednocześnie analiza występowania danych zjawisk patologicznych w korelacji z wydarzeniami geopolitycznymi w Polsce i na świecie pozwoliła zidentyfikować pewne prawidłowości, jakimi rządzą się przestępstwa przetargowe z art. 305 k.k. Jest to niezbędne do pełnego zrozumienia fenomenologii tych czynów w warunkach polskiej gospodarki.

⁴³ G. Borowik, op. cit., s. 169–171.

⁴⁴ A. Michalska-Warias, op. cit., s. 802–806; A. Marek, op. cit., s. 655.

Tabela 1. Liczba wszczętych postępowań i stwierdzonych przestępstw z art. 305 § 1 i § 2 w latach 1999–2013

rok	liczba postępowań wszczętych	liczba przestępstw stwierdzonych	rok	liczba postępowań wszczętych	liczba przestępstw stwierdzonych
1999	46	11	2007	84	19
2000	51	13	2008	77	18
2001	70	20	2009	48	9
2002	57	9	2010	45	10
2003	72	19	2011	54	26
2004	85	19	2012	43	8
2005	92	45	2013	144	65
2006	82	15			

Źródło: <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestępstwa-przeciwko-17/63941,Udaremnienie-przetargu-art-305.html>.

Do pierwszej analizy posłużyły oficjalne informacje z bazy danych Policji, przedstawiające liczbę wszczętych postępowań i stwierdzonych przestępstw z art. 305 § 1 i § 2 w latach 1999–2013, zamieszczone w tabeli 1. Wynika z nich wzrostowa tendencja liczby wszczętych postępowań w latach 1999–2008, co mogło być podyktowane okresem szybkiego rozwoju gospodarczego, a także przełomowym dla polskiej gospodarki wkroczeniem Polski do Unii Europejskiej w 2004 roku. Przyniosło to znaczący wpływ inwestycji oraz dotacji unijnych. Niebagatelny wpływ na rozwój polskiej gospodarki miały także dwustronne ustalenia stowarzyszeniowe, akcesoryjne i członkowskie, jakie obowiązywały Polskę i UE od roku 1994 i stawiały przed Polską wymóg podniesienia poziomu gospodarki krajowej w wielu sektorach. To z kolei wiązało się z dużymi nakładami inwestycyjnymi na realizację projektów rządowych, a więc w praktyce posłużenia się instytucją przetargu publicznego.

Analizując okres 2009–2013, można zaobserwować utrzymywanie się przez cztery pierwsze lata liczby wszczętych postępowań na poziomie około 50 rocznie, z niewielkimi wahaniami i ich radykalny – praktycznie trzykrotny – wzrost w roku 2013. Przedział czasowy, cechujący się stagnacją i względnie nieznaczną liczbą stwierdzonych przestępstw, przypadł na okres wzmożonych inwestycji związanych z organizowaniem przez Polskę

i Ukrainę Mistrzostw Europy w piłce nożnej Euro 2012. Podobnie jak to miało miejsce przy spełnianiu wymogów akcesyjnych do UE⁴⁵, również tak istotne na skalę europejską wydarzenie wymagało wielomilionowych nakładów inwestycyjnych na rozwój, przede wszystkim infrastruktury. Prawo do organizacji Mistrzostw Europy przysługuje jedynie krajom, które posiadają odpowiednio rozwinięte zaplecze infrastrukturalne. Zgodnie z Prawem zamówień publicznych na każdą z inwestycję w tym sektorze musi zostać rozpisany przetarg publiczny. Z tego powodu wzrosła i utrzymywała się liczba przetargów, a wraz z nią, także system kontroli i nadzoru ich poprawnego przeprowadzania.

Niezwykłe ciekawym i przełomowym momentem był wspomniany rok 2013, w którym zaobserwowano gwałtowny – trzykrotny w stosunku do przeciętnej wartości w okresie 2009–2013 – wzrost liczby wszczętych postępowań, jak również niespotykany – bo aż sześciokrotny w stosunku do roku 2012 – wskaźnik przestępstw stwierdzonych. Przyczyn tego zjawiska można upatrywać w dwóch powiązanych ze sobą czynnikach – światowym kryzysie gospodarczym oraz wynikającym z niego zaostrzeniu się walki konkurencyjnej. Kryzys spowodował drastyczne ograniczenie liczby inwestycji, czego następstwem było wystąpienie w wielu sektorach gospodarki zjawiska zawężania się rynku. Wraz ze spadkiem ilości inwestycji zmniejsza się liczba rozpisanych przetargów publicznych, a to z kolei sprawia, że walka o zdobycie zamówienia staje się bardziej bezpośrednia. Skłania to oferentów do sięgania po niekiedy nielegalne narzędzia konkurencji, noszące znamiona czynów zabronionych z art. 305 k.k. Analizując stopień zwiększonej wykrywalności, można również przypuszczać, iż wiązało się to z unowocześnieniem i rozbudową policyjnego systemu kontroli i ścigania, a co za tym idzie, poprawą funkcjonowania wydziałów do walki z przestępczością gospodarczą.

Biorąc z kolei pod uwagę odsetek stwierdzonych przestępstw w porównaniu do wszczętych postępowań w danym roku, można zaobserwować stałą prawidłowość we wszystkich analizowanych latach, którą jest nieznaczna ilość stwierdzonych przestępstw w korelacji do wszczętych postępowań, oscylująca w okolicy 20%. W latach 2002, 2009 i 2012 sięgała wartości nawet mniejszych, zawierających się w granicach 5–6%. Badając

⁴⁵ *Gospodarczo-społeczne efekty członkostwa Polski w Unii Europejskiej, z uwzględnieniem wpływu rozszerzenia na UE-15 (1 maja 2004–1 maja 2012) – główne wnioski w związku z ósmą rocznicą przystąpienia Polski do UE*, „Raport Ministerstwa Spraw Zagranicznych”, Warszawa 2012, s. 2.

tę prawidłowość, wyciągnięto wnioski pozwalające na wyodrębnienie kilku najistotniejszych czynników, stanowiących podstawę tego zjawiska.

Pierwszym czynnikiem jest duży odsetek zawiadomień o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. pochodzących od podmiotów, które brały udział w tym samym przetargu i go nie wygrały. Niejednokrotnie już wstępna analiza procesu przetargowego i podstawowych dowodów uwidacznia fakt, iż zarzuty są bezpodstawne, będąc jedynie podejrzeniami przegranego konkurenta. Należy jednakże podkreślić, iż każde zgłoszenie dokonane na podstawie art. 305 § 3 wymaga rozpatrzenia.

Drugim determinantem jest trudność w jednoznacznym określeniu zamiaru i formy sprawstwa pod względem prawdziwych intencji jego dokonywania. Czyny zakłócające przebieg procedury przetargowej nie zawsze są tylko nielegalne; możliwa jest bowiem ingerencja w proces metodami niebędącymi w karnoprawnym rozumieniu jednoznacznie zabronionymi, jak np. nieumyślne zaniechanie dokonania danej czynności w terminie, od którego jest uzależniona ważność dalszego procesu przetargowego.

Trzecim czynnikiem jest trudność w faktycznym stwierdzeniu charakteru czynu, szczególnie w odniesieniu do przestępstw z art. 305 § 2 k.k. – rozpowszechniania informacji i przemilczenia okoliczności istotnych dla zawarcia umowy. Problematycznym w udowodnieniu jest określenie pochodzenia i postaci działania, gdy np. przyjmuje ona postać plotki albo luźnego stwierdzenia. Czynności tego typu często nie pozostawiają jasných dowodów, a jedynie szereg poszlak.

Ostatnim czynnikiem będącym podstawą analizowanego zjawiska jest kwestia stwierdzenia odpowiedzialności karnej i udowodnienia pośrednictwa oraz współudziału w przestępstwie. Podmiotami dokonującymi czynów zabronionych z art. 305 k.k. są nierzadko osoby trzecie lub uczestnicy przetargu, działający na zlecenie innych podmiotów – zewnętrznych i wewnętrznych – mających interes majątkowy w konkretnym przebiegu przetargu lub jego przerwaniu. Najczęściej są to konkurenci organizatorów przetargu lub konkurencji oferentów.

W tabeli 2 przedstawiono skazania osób dorosłych z art. 305 § 1 i § 2 k.k. w okresie od 2001 do 2012 roku. Badając powyższe dane, można zaobserwować nieprzerwaną prawidłowość, zgodnie z którą w analizowanym okresie skazania z art. 305 § 1 k.k. utrzymują się na obiektywnie niskim poziomie, podczas gdy wyroki wydawane na podstawie art. 305 § 2 k.k. praktycznie nie występują. Jest to związane z tym, iż przestępstwa z § 1 tego przepisu pozwalają na wielość środków i metod popełnienia – w przeciwieństwie do czynów zabronionych z § 2, których podstawową i konieczną przesłanką

przedmiotową jest wykorzystanie informacji bądź istotnej dla przetargu okoliczności.

Tabela 2. Prawomocne skazania osób dorosłych z art. 305 § 1 i § 2 w latach 2001–2012

rok	art. 305 § 1	art. 305 § 2	rok	art. 305 § 1	art. 305 § 2
2001	0	0	2007	6	1
2002	8	0	2008	20	0
2003	3	0	2009	8	0
2004	13	0	2010	3	1
2005	12	0	2011	11	0
2006	7	0	2012	11	0

Źródło: isws.ms.gov.pl, data ostatniej modyfikacji 25.11.2013 (10.03.2016).

Na wyróżnienie zasługuje okres lat 2002–2004, w którym odnotowano jednostajny – prócz roku 2003 z wartością 3 skazań – wzrost ilości wydawanych wyroków za czyny z art. 305 § 1 k.k. z 8 do 13, by następnie wykazać tendencję malejącą do wartości 6 skazań w roku 2007. Jak wynika z badań nad danymi z tabeli 1, rok 2004 był – w związku z wstąpieniem Polski do Unii Europejskiej – datą przełomową, z czym wiązały się określone konsekwencje dla rodzimej gospodarki, przede wszystkim w postaci gwałtownego wzrostu nakładów inwestycyjnych i poszerzenia horyzontów rynkowych. Tak duże wzbogacenie, przede wszystkim obrotów na rynku zamówień publicznych, wiązało się ze zwiększeniem ilości przestępstw z art. 305 § 1 k.k., a w konsekwencji prawomocnych skazań z tego przepisu. Zanotowany w dalszych latach regres podyktowany był uspokojeniem się sytuacji na rynku i zamiarkowaniem poziomu inwestycji w Polsce.

Na uwagę zasługuje również gwałtowny wzrost liczby skazań z art. 305 § 1 k.k. do 20 w roku 2008. Badając to zjawisko w korelacji do lat poprzedzających, można zauważyć unikalność tej sytuacji, bowiem w roku uprzednim – 2007 – zanotowano jedynie 6 skazań, a w 2009 – tylko 8. Wartości te stanowiły jedne z najniższych spośród wszystkich wykazanych w analizowanym okresie 2001–2012. Wiąże się to z postępującym ogólnoswiatowym kryzysem gospodarczym, którego początki odnotowano w roku 2007, a wraz z nim – częstsze popełnianie przestępstw z art. 305 k.k. Wykrycie i doprowadzenie do skazania z tego przepisu wymaga średnio do

roku czasu, a więc znaczna część wyroków, jakie zapadły w 2008 roku, dotyczy przestępstw popełnionych w początkach kryzysu gospodarczego. Dane prezentowane w tabeli 2 potwierdzają zatem wysnutą na podstawie analizy tabeli 1 prawidłowość, zgodnie z którą gwałtowny spadek inwestycji spowodowany kryzysem na polskim rynku zamówień publicznych skutkował wzrostem konkurencyjności, czego konsekwencją była zwiększona liczba przestępstw przetargowych.

10. Podsumowanie

Rynek zamówień publicznych jest bardzo rozległy i intratny. Stanowi jeden z głównych filarów rozwoju gospodarczego, niejednokrotnie spełniając funkcję głównego wyznacznika wydajności gospodarczej czy poziomu bogactwa kraju. Instytucja przetargu publicznego, będąc najważniejszym narzędziem pozyskiwania wykonawców w warunkach wolnorynkowych, jest także gwarantem zachowania reguł prawa konkurencji w sektorze publicznym.

Jednakże, mając na uwadze treść art. 305 k.k., dokonaną na łamach tego artykułu analizę tego przepisu oraz wyniki przeprowadzonych badań statystycznych, należy zauważyć, iż przetarg publiczny stoi w obliczu licznych zagrożeń ze strony uczestników biorących udział w procedurze, jak i osób trzecich pozostających w jego obrębie. Niezależnie jednak od metod nielegalnych ingerencji w proces przetargowy, wspólnym ich mianownikiem jest działanie ukierunkowane na pozyskanie korzyści majątkowej – bezpośrednio bądź w odleglejszym czasie. Przedstawione czyny zabronione niejednokrotnie charakteryzują się złożonością i współsprawstwem, co utrudnia ich wykrywalność i gromadzenie wystarczającego materiału dowodowego. Warto zaznaczyć, iż przetarg publiczny służy inwestowaniu kapitału publicznego – z tej racji wymaga on szczególnej formy ochrony i wdrażania coraz to nowszych metod zabezpieczania interesu Skarbu Państwa oraz innych podmiotów potencjalnie zagrożonych. Tym samym należy rozważyć *de lege ferenda* możliwość objęcia trybem ścigania z urzędu przestępców, którzy działali na szkodę nie tylko Skarbu Państwa, ale także innych podmiotów biorących udział w przetargu – przede wszystkim oferentów. Zwiększyłyby to skuteczność funkcji ochronnej i prewencyjnej tego przepisu, jak również podniosłyby skuteczność w wykrywaniu czynów zabronionych, jednocześnie podnosząc prestiż całego unormowania.

Jednocześnie, mając na uwadze przedmiot ochrony art. 305 k.k., który aktualnie zabezpiecza interes majątkowy właściciela mienia i organizatora,

można poddać pod rozważania słuszość zaproponowanej w pracy koncepcji *de lege ferenda*, jaką byłoby rozszerzenie katalogu ochronnego także na oferentów biorących udział w przetargu.

By właściwie pojmować sens tytułowego przepisu, istotne jest zrozumienie mechanizmu działania i motywacji sprawcy, która – jak ukazały analizy statystyczne – może wykraczać poza podstawową formę przesłanki pozyskania korzyści majątkowej. Z racji naturalnej wrażliwości wolnego rynku na wahania kondycji gospodarki krajowej oraz zagranicznej, zjawiska takie jak światowy kryzys gospodarczy odbijają się na rynku zamówień publicznych, radykalnie i gwałtownie go ograniczając. To z kolei skutkuje wzrostem niezdrowej konkurencji, w ramach której zaczyna się wśród oferentów przetargowych faktyczna walka o przetrwanie motywowana chęcią utrzymania rentowności swojej działalności. Kryzys doprowadził bowiem wiele firm do upadłości. Będąc tego świadomymi, część oferentów przy okazji konkurowania o zamówienie publiczne, dopuszczała się czynów zabronionych, licząc na to, że mimo ryzyka zdołają przeforsować swój interes i zachować rentowność. Tym samym można wysnuć założenie, iż im gorsza jest kondycja gospodarki oraz idąca za tym rosnąca konkurencja i zawężanie się rynku, tym wyższy jest wskaźnik przestępstw przetargowych.

Bibliografia

Artykuły i publikacje książkowe

- Bojarski M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Borowik G., *Zwalczanie zmów cenowych jako zagrożenia ekonomicznych interesów RP – próba oceny skuteczności unormowań prawnych*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2013, 9.
- Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolter Kluwer Polska, Warszawa 2014.
- Gospodarczo-społeczne efekty członkostwa Polski w Unii Europejskiej, z uwzględnieniem wpływu rozszerzenia na UE-15 (1 maja 2004–1 maja 2012) – główne wnioski w związku z ósmą rocznicą przystąpienia Polski do UE*, Raport Ministerstwa Spraw Zagranicznych, Warszawa 2012.
- Górniok O., *Kodeks karny. Komentarz*, Arche, Gdańsk 2005.
- Górniok O., *Prawo karne gospodarcze. Prawo gospodarcze i handlowe*, t. 10, C.H. Beck, Warszawa 2003.
- Kraszkiewicz J., *Ustawianie przetargów, czyli przed czym nie chroni nas ustawa*, „Forum Samorządowe” 2007, październik.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.

- Rola urzędników administracji państwowej w identyfikowaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych*, Materiały pokonferencyjne, IV Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna; CBA, Warszawa 2014.
- Skorupka J., *Podstawy karania oszustw przetargowych ze szczególnym uwzględnieniem zamówień publicznych*, „Prokurator” 2008, 1.
- Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2000 r.*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, maj 2001.
- Wąsek A., Zawłocki R., *Komentarz, Kodeks karny – Część szczególna*, tom 2, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Wiśniewski P., *Korupcja w obszarze zamówień publicznych w Polsce – zagrożenia i rekomendacje na przyszłość*, „Analizy i Opinie” 2006, 67.
- Zawłocka-Turno A., *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, „iKAR” 2012, 4.
- Zawłocki R. (red.), *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze. System Prawa Karnego*, tom 9, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Zawłocki R., Królikowski M., *Kodeks karny. Część szczególna*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Zjawiska patologiczne w zamówieniach publicznych, Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2000 r.*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001.
- Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, tom 3, wyd. 3, Komentarze LEX, Warszawa 2008.

Orzecznictwo sądowe

Wyrok SA w Warszawie z dnia 11 marca 1998 r., sygn. II AKa 247/97.

Akty prawne

- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz. U. 1932, nr 60, poz. 571.
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. 1997, nr 88, poz. 553.
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93 ze zm.
- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, Dz. U. 1969 nr 13 poz. 94.
- Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego, Dz. U. 1994 nr 126 poz. 615.
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. 2009 nr 157 poz. 1240 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. nr 19, poz. 177 ze zm.

KAMIL GÓRECKI

Pełnomocnik procesowy w sprawie cywilnej

Zapewnienie uczestnikom postępowania sądowego możliwości uczestniczenia w postępowaniu sądowym za pośrednictwem pełnomocnika procesowego stanowi realizację zasady prawa do sądu, wyrażonej w art. 45 Konstytucji RP. Wynikają z niej dwa główne założenia, a mianowicie: prawo strony do działania przed sądem za pośrednictwem innej osoby oraz możliwość uzyskania tzw. prawa pomocy.

Przepisy k.p.c.¹ nie zawierają definicji legalnej pełnomocnictwa procesowego Określają one jednak jego kształt, formę i zakres. Pełnomocnictwo może być albo pełnomocnictwem procesowym, albo pełnomocnictwem do niektórych tylko czynności procesowych (art. 88 k.p.c.). Pełnomocnictwo procesowe może być pełnomocnictwem ogólnym lub pełnomocnictwem do prowadzenia poszczególnych spraw. Pełnomocnictwo procesowe ogólne oznacza umocowanie do prowadzenia wszystkich spraw w imieniu mocodawcy, natomiast pełnomocnictwo do prowadzenia poszczególnych spraw oznacza umocowanie do prowadzenia tylko tych spraw, które zostały wymienione w treści pełnomocnictwa². Ustawa wyróżnia także pełnomocnictwo do odbioru pism procesowych. Pełnomocnictwo tego rodzaju nie upoważnia jednak pełnomocnika do podejmowania jakichkolwiek czynności procesowych w imieniu mocodawcy. Zgodnie z terminologią przyjętą w k.p.c., pełnomocnictwem procesowym jest wyłącznie pełnomocnictwo procesowe ogólne oraz pełnomocnictwo do prowadzenia poszczególnych spraw. O tym, czy pełnomocnictwo jest pełnomocnictwem procesowym

¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. 2014, poz. 101 ze zm.).

² H. Pietrzkowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2010, s. 49.

w rozumieniu przepisów kodeksu, decyduje zakres umocowania pełnomocnika.

Z kolei w piśmiennictwie pełnomocnictwo procesowe definiowane jest na kilka sposobów³. Przede wszystkim pojęcie pełnomocnictwa utożsamiane jest z umocowaniem do reprezentowania mocodawcy lub z dokumentem zawierającym treść umowy o zastępstwo procesowe⁴. Przez pełnomocnictwo procesowe rozumie się także stosunek prawny między pełnomocnikiem a mocodawcą oraz czynność prawną polegającą na udzieleniu pełnomocnictwa⁵.

Niezależnie od przyjętej definicji pełnomocnictwa procesowego pełnomocnictwo takie jest stosunkiem niezależnym i samodzielny⁶. Co do zasady łączy się ono z innym stosunkiem prawnym, polegającym na tym, że pomiędzy stroną a pełnomocnikiem musi istnieć stosunek będący podłożem pełnomocnictwa, natomiast w niektórych przypadkach wymagane jest także, aby przedmiot sprawy mieścił się w ramach tego stosunku⁷. W doktrynie taki stosunek prawny nazywany jest stosunkiem podstawowym. Przepisy określające krąg podmiotów, które mogą być pełnomocnikami procesowymi, jednocześnie opisują stosunki podstawowe, w ramach których dopuszczalne jest udzielenie pełnomocnictwa. Istnienie stosunku podstawowego nie jest jednak jednoznaczne z umocowaniem do działania w sprawie. Oprócz tego konieczne jest udzielenie pełnomocnictwa procesowego w sposób przewidziany w przepisach k.p.c. Zagadnieniem tym zajmował się Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 listopada 2006 r., II CSK 208/06 (OSNC 2007, nr 7–8, poz. 122) stwierdził, że umowa o zastępstwo strony przez radcę prawnego przed sądem należy do kategorii umów o świadczenie usług, jednakże radca prawny, który zawarł taką umowę, nie jest umocowany do działania w imieniu strony przed sądem z mocy tej umowy. Radca prawny, aby mógł wykonać umowę o zastępstwo strony przed sądem, musi bowiem otrzymać od strony stosowne pełnomocnictwo procesowe.

³ Ibidem, s. 26.

⁴ M. Gutowski, *Umowa o zastępstwo procesowe*, Warszawa 2008, s. 4.

⁵ H. Knysiak-Molczyk, (w:) A. Mudrecki, H. Knysiak-Molczyk, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach administracyjnych i sądownoadministracyjnych*, Warszawa 2011, s. 21.

⁶ K. Markiewicz, *Podmiotowe i przedmiotowe granice pełnomocnictwa w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Przeгляд Sądowy” 2010, 1, s. 33.

⁷ J. Gudowski, (w:) T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza postępowanie rozpoznawcze. Część druga postępowanie zabezpieczające*, t. I, red. T. Ereciński, Warszawa 2006, s. 256.

Udzielenie pełnomocnictwa powinno nastąpić w sposób określony w kodeksie. Co do zasady pełnomocnictwo procesowe powinno zostać udzielone na piśmie⁸. Przyjmuje się, że dokument pełnomocnictwa składany przed sądem jest środkiem dowodowym potwierdzającym fakt umocowania, do którego dochodzi poza sądem⁹. Moment udzielenia pełnomocnictwa nie ma jednak praktycznego znaczenia, bowiem pełnomocnictwo procesowe staje się skuteczne z chwilą, gdy dojdzie do adresata w taki sposób, aby sąd i inni uczestnicy postępowania mogli się zapoznać z jego treścią¹⁰. Z tego powodu brak daty na dokumencie pełnomocnictwa nie jest brakiem formalnym. Dokument pełnomocnictwa zasadniczo może zostać sporządzony w zwykłej formie pisemnej, przy czym podpis nie musi być czytelny¹¹. W razie wątpliwości co do podpisu, sąd może zażądać urzędowego poświadczenia podpisu strony. Jeżeli strona nie może się podpisać, pełnomocnictwo powinna podpisać osoba upoważniona przez mocodawcę, z wymienieniem przyczyny, dla której strona sama się nie podpisała (art. 90 k.p.c.). W piśmiennictwie wskazuje się, że przyczyna niemożności podpisania pełnomocnictwa musi zachodzić bezpośrednio po stronie mocodawcy i nie może to być przyczyna sytuacyjna, taka jak nieobecność mocodawcy lub pozbawienie wolności¹². Szczególna forma pełnomocnictwa procesowego została zastrzeżona dla złożenia oświadczenia o odmowie przyjęcia obowiązków wykonawcy testamentu oraz do udziału w przetargu, jeżeli osobą udzielającą pełnomocnictwa nie jest państwowa jednostka organizacyjna lub jednostka organizacyjna samorządu terytorialnego albo pełnomocnictwo zostało udzielone osobie niebędącej adwokatem lub radcą prawnym. W tych sytuacjach pełnomocnictwo powinno zostać udzielone na piśmie z podpisem urzędowo poświadczonym (art. 664 i 977 k.p.c.).

Przy pierwszej czynności procesowej pełnomocnik jest obowiązany dołączyć do akt sprawy pełnomocnictwo z podpisem mocodawcy lub wierzytelny odpis pełnomocnictwa wraz z odpisem dla strony przeciwnej (art. 89 § 1 k.p.c.). W sądzie może zostać złożony oryginał dokumentu

⁸ J. Jodłowski, (w:) Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, J. Jodłowski, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2009, s. 242.

⁹ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2006, s. 268.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 sierpnia 2000 r., II CKN 894/00, Biul. SN 2000, 10, s. 14.

¹² M. Manowska, (w:) M. Manowska, P. Prus, A. Adamczuk, E. Stefańska, M. Sieńko, M. Radwan, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. M. Manowska, Warszawa 2011, s. 195.

pełnomocnictwa albo wierzytelny odpis pełnomocnictwa. Za zgodność z oryginałem odpis pełnomocnictwa poświadczyc może notariusz lub konsul Rzeczypospolitej Polskiej¹³. Adwokat, radca prawny, rzecznik patentowy, a także radca Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa oraz odpisy innych dokumentów wykazujących ich umocowanie. Pełnomocnik procesowy powinien wykazać swoje umocowanie w sposób należyty, a zatem wykazanie umocowania do reprezentowania strony będącej osobą prawną powinno nastąpić nie tylko przez złożenie dokumentu pełnomocnictwa, ale również dokumentu świadczącego o tym, że osoby, które podpisały pełnomocnictwo, są uprawnione do działania jako organ osoby prawnej¹⁴.

Skutki niedołączenia oryginału lub wierzytelnego odpisu dokumentu pełnomocnictwa oraz innych dokumentów wykazujących prawidłowe umocowanie pełnomocnika są odmienne w zależności od tego, czy braki występują na etapie wniesienia pozwu, czy też po nadaniu sprawie biegu¹⁵.

W sytuacji, gdy brak prawidłowego pełnomocnictwa występuje na etapie wniesienia pozwu, któremu nie nadano jeszcze biegu, przewodniczący wzywa stronę na podstawie art. 130 § 1 k.p.c. pod rygorem zwrócenia pisma do usunięcia braków formalnych pozwu. W przypadku natomiast, gdy brak prawidłowego pełnomocnictwa występował w momencie wniesienia pozwu, jednakże został ujawniony dopiero po nadaniu sprawie biegu, wydanie wyroku jest niedopuszczalne. Wówczas zachodzi konieczność umorzenia postępowania, co jednak może nastąpić dopiero po odmowie zatwierdzenia przez stronę czynności procesowych dokonanych przez pełnomocnika¹⁶. Z kolei gdy pozew został wniesiony przez osobę prawidłowo umocowaną, jednakże pełnomocnictwa procesowego nie załączono do dalszego pisma procesowego wniesionego przez pełnomocnika, który przedtem nie złożył pełnomocnictwa, niezłączenie pełnomocnictwa stanowi brak formalny pisma procesowego (art. 126 § 3 k.p.c.). Wówczas brak pełnomocnictwa nie ma znaczenia dla dopuszczalności wydania wyroku, lecz skutkuje zwrotem pisma po bezskutecznym upływie terminu do usunięcia braków formalnych.

¹³ J. Gudowski, *Kodeks...*, s. 269.

¹⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 26 marca 2012 r., I ACz 542/12, LexPolonica nr 3118851 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2010 r., III CSK 42/10, LexPolonica nr 3035803.

¹⁵ M. Manowska, *op. cit.*, s. 192.

¹⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 1969 r., I CZ 106/68, OSNCP 1970, nr 1, poz. 8.

Wyjątek od konieczności przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa przy pierwszej czynności procesowej zachodzi w elektronicznym postępowaniu upominawczym, w którym pełnomocnik powinien jedynie powołać się na pełnomocnictwo, wskazując jego datę, zakres oraz okoliczności uprawniające go do występowania w sprawie w charakterze pełnomocnika zgodnie z art. 87 k.p.c. lub innym przepisem szczególnym. Powyższe nie zmienia faktu, że osoba działająca w imieniu strony powinna posiadać pełnomocnictwo i powołać się na nie w pozwie lub sprzeciwie od nakazu zapłaty¹⁷.

Szczególny sposób postępowania w zakresie usuwania braków formalnych pism, do których nie dołączono dokumentu pełnomocnictwa dotyczy środków zaskarżenia¹⁸. Jeżeli brak formalny polegający na niewykazaniu należytego umocowania pełnomocnika nie został usunięty, sąd powinien wezwać stronę do potwierdzenia czynności procesowych dokonanych przez pełnomocnika, wyznaczając jej termin, a w razie jego bezskutecznego upływu ocenić brak umocowania pełnomocnika stosownie do przepisów kodeksu postępowania cywilnego¹⁹. Jednakże w razie obowiązku zastępstwa strony przed Sądem Najwyższym przez zawodowego pełnomocnika, strona nieposiadająca zdolności postulacyjnej nie może zatwierdzić czynności dokonanych przez pełnomocnika, w związku z czym nieusunięcie braku formalnego w postaci nieprawidłowego pełnomocnictwa prowadzi od razu do odrzucenia środka prawnego²⁰.

W niektórych sytuacjach przepisy k.p.c. przewidują możliwość dopuszczenia do udziału w sprawie osoby niemogącej przedstawić pełnomocnictwa. W myśl art. 97 § 1 k.p.c., jeżeli po wniesieniu pozwu zachodzi konieczność podjęcia naglącej czynności procesowej, a osoba działająca w imieniu strony nie może przedstawić dokumentu pełnomocnictwa, sąd może tymczasowo dopuścić osobę działającą w imieniu strony do podjęcia takiej czynności. Przepis art. 97 § 1 k.p.c. nie ma jednak zastosowania w zakresie wnoszenia środków odwoławczych do Sądu Najwyższego²¹.

¹⁷ K. Knoppek, (w:) H. Dolecki, T. Wiśniewski, I. Gromska-Szuster, A. Jakubecki, J. Klimkowicz, K. Knoppek, G. Misiurek, P. Pogonowski, T. Zembrzusi, T. Żyznowski, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2011, s. 348.

¹⁸ M. Manowska, op. cit., s. 193.

¹⁹ Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2009 r., III CZP 118/08, OSNC 2009, nr 6, poz. 76.

²⁰ Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2009 r., OSNC 2009, nr 6, poz. 76.

²¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2008 r., I CZ 17/08, LexPolonica nr 3048680.

Dopuszczenie do podjęcia naglącej czynności procesowej przez osobę niemogącą przedstawić dokumentu pełnomocnictwa sąd może uzależnić od zabezpieczenia kosztów. Jednocześnie sąd wyznacza termin, w ciągu którego osoba działająca bez pełnomocnictwa powinna je złożyć albo przedstawić zatwierdzenie swej czynności przez stronę. Jeżeli termin upłynie bezskutecznie, sąd pominie czynności procesowe tej osoby. Sankcja pominięcia czynności osoby nieumocowanej nie powoduje tzw. upadku postępowania, lecz tylko to, że dalsze postępowanie toczy się z udziałem samej strony lub jej pełnomocnika już należycie umocowanego, jeśli strona go ustanowi²². W tym wypadku przeciwnik może żądać od działającego bez umocowania zwrotu kosztów spowodowanych jego tymczasowym dopuszczeniem.

Inną formą udzielenia pełnomocnictwa procesowego jest forma ustna, jednakże pełnomocnictwo może zostać udzielone w ten sposób jedynie w toku sprawy podczas posiedzenia sądu poprzez oświadczenie złożone przez mocodawcę i wciągnięte do protokołu²³.

Równoznaczne z udzieleniem pełnomocnictwa procesowego jest ustanowienie pełnomocnika przez sąd (art. 118 § 1 k.p.c.). Pełnomocnikiem ustanowionym przez sąd może być wyłącznie adwokat, radca prawny lub prawnik zagraniczny z Unii Europejskiej wykonujący stałą praktykę w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴. Ustanowienia pełnomocnika może domagać się zarówno strona zwolniona w całości lub w części od kosztów sądowych, jak i strona niezwolniona od kosztów sądowych²⁵. Strona niezwolniona od kosztów sądowych, będąca osobą fizyczną, może się domagać ustanowienia pełnomocnika, jeżeliłoży oświadczenie, z którego wynika, że nie jest w stanie ponieść kosztów jego wynagrodzenia bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny (art. 117 § 2 k.p.c.). Wniosek o ustanowienie pełnomocnika złożony przez stronę reprezentowaną przez adwokata lub radcę prawnego bez dołączenia oświadczenia przewodniczący zwraca bez wzywania do usunięcia braków (art. 117¹ § 3 k.p.c.). Sąd może odebrać od osoby fizycznej przyrzeczenie. Osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, powinna wykazać, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata

²² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 1969 r., I CZ 106/68, OSNCP 1970, nr 1, poz. 8.

²³ J. Jodłowski, op. cit., s. 242.

²⁴ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2006, s. 342.

²⁵ H. Pietrzkowski, op. cit., s. 40.

lub radcy prawnego (art. 117 § 3 k.p.c.). Sąd uwzględni wniosek o ustanowienie pełnomocnika tylko w przypadku, gdy udział adwokata lub radcy prawnego w sprawie uzna za potrzebny (art. 117 § 5 k.p.c.). Udział pełnomocnika procesowego w sprawie jest potrzebny zazwyczaj wówczas, gdy strona jest nieporadna lub sprawa jest skomplikowana²⁶.

Sąd może ustanowić pełnomocnika dla strony wyłącznie na jej wniosek²⁷. Jedynie w postępowaniu nieprocesowym w sprawie o ubezwłasnowolnienie, o uchylenie oraz zmianę ubezwłasnowolnienia sąd może ustanowić dla osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, lub dla osoby ubezwłasnowolnionej adwokata lub radcę prawnego z urzędu, nawet bez jej wniosku, jeżeli osoba ta ze względu na stan zdrowia psychicznego nie jest zdolna do złożenia wniosku, a sąd uzna udział adwokata lub radcy prawnego w sprawie za potrzebny (art. 560¹ k.p.c.).

Pełnomocnik procesowy może zostać ustanowiony przez sąd także na podstawie przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych prowadzonym w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz o prawie pomocy w celu ugodowego załatwienia sporu przed wszczęciem takiego postępowania²⁸. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy, prawo pomocy obejmuje ustanowienie adwokata albo radcy prawnego – jeżeli to możliwe, władającego językiem zrozumiałym dla wnioskodawcy – w celu świadczenia przez niego pomocy prawnej, w szczególności udzielenia wnioskodawcy niezbędnej porady prawnej oraz występowania w jego imieniu przed sądem. O przyznanie pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej może się ubiegać wnioskodawca mający miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej (art. 4 ustawy). Sąd przyznaje prawo pomocy, jeżeli wnioskodawca wykaże, że nie jest w stanie ponieść bez uszczerbku utrzymania koniecznego dla siebie i rodziny kosztów postępowania.

Dla prawidłowego umocowania pełnomocnika konieczne jest nie tylko udzielenie pełnomocnictwa w formie przewidzianej prawem, ale również udzielenie go osobie, która zgodnie z przepisami k.p.c. może występować w danej sprawie jako pełnomocnik strony. Przepisy ograniczają swobodę wyboru pełnomocnika poprzez wyliczenie podmiotów mogących być pełnomocnikami strony w postępowaniu cywilnym. Wyliczenie podmiotów

²⁶ Ibidem, s. 41.

²⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 1967 r., III PRN 73/67, LexPolonica nr 325635.

²⁸ Dz.U. 2005, Nr 10, poz. 67 ze zm.

mogących reprezentować stronę jest wyczerpujące, co oznacza, że podmiot niewskazany w przepisach nie może być skutecznie ustanowiony pełnomocnikiem procesowym²⁹. Przepisy ograniczające swobodę wyboru pełnomocnika znajdują odpowiednie zastosowanie w postępowaniu egzekucyjnym (art. 13 § 2 k.p.c.) tylko wtedy, gdy w grę wchodzi działanie przed sądem jako organem egzekucyjnym lub sprawującym nadzór nad egzekucją, w tym nadzór instancyjny³⁰. Oznacza to, że pełnomocnikiem strony oraz innego uczestnika w postępowaniu przed komornikiem może być każda osoba zdolna do czynności prawnych³¹.

W doktrynie wyróżnia się dwie kategorie pełnomocników – tzw. pełnomocników profesjonalnych (zawodowych) oraz pełnomocników nieprofesjonalnych. Rozróżnienie to ma także znaczenie praktyczne, albowiem niektóre instytucje postępowania cywilnego znajdują zastosowanie wyłącznie w sprawie, w której strona jest zastępowana przez zawodowego pełnomocnika.

Do kategorii pełnomocników profesjonalnych zalicza się adwokatów, radców prawnych, prawników zagranicznych, rzeczników patentowych i radców Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa.

Adwokat, radca prawny oraz prawnik zagraniczny pochodzący z Unii Europejskiej działający na podstawie ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej³² mogą być pełnomocnikami procesowymi w każdej sprawie cywilnej. Co do zasady pełnomocnikiem procesowym w postępowaniu cywilnym nie może być natomiast prawnik zagraniczny spoza Unii Europejskiej³³. Prawnicy zagraniczni pochodzący spoza Unii Europejskiej, którzy świadczą usługi transgraniczne (jednorazowo lub przejściowo) na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, mogą reprezentować przed sądem wyłącznie stronę będącą obywatelem lub przynależącą do państwa, w którym prawnik ten jest uprawniony do wykonywania zawodu.

Do kategorii pełnomocników zawodowych należy zaliczyć także rzecznika patentowego. Możliwość ustanowienia pełnomocnikiem rzecznika patentowego jest jednak ograniczona, albowiem w przeciwieństwie do

²⁹ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2006, s. 244.

³⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2008 r., III CZP 56/08, OSNC 2009, nr 7–8, poz. 108.

³¹ A. Marciniak, *Sądowe postępowanie egzekucyjne*, Warszawa 2011, s. 130.

³² Tekst jedn.: Dz.U. 2014, poz. 134 ze zm.

³³ K. Kłaczyńska, M. Kłaczyński, *Świadczenie przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Polsce. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 145.

adwokata, radcy prawnego i prawnika zagranicznego, rzecznik patentowy może reprezentować stronę wyłącznie w sprawach własności przemysłowej oraz we wszystkich sprawach dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji³⁴.

Jedynie adwokat lub radca prawny mogą być pełnomocnikami substytucyjnymi, a więc ustanowionymi w drodze oświadczenia reprezentującego już stronę pełnomocnika (art. 91 k.p.c.). Pełnomocnika substytucyjnego może ustanowić każdy pełnomocnik, a więc zarówno pełnomocnik profesjonalny, jak i pełnomocnik nieprofesjonalny³⁵. Na skutek udzielonej substytucji, substytut staje się pełnomocnikiem strony, a nie pełnomocnika strony, który udzielił substytucji. Substytut może reprezentować stronę dopóty, dopóki pełnomocnik podstawowy ma jej umocowanie³⁶. Ponieważ prawnik z Unii Europejskiej wpisany na listę prowadzoną przez okręgową radę adwokacką lub przez radę okręgowej izby radców prawnych jest uprawniony do wykonywania stałej praktyki w zakresie odpowiadającym odpowiednio zawodowi adwokata lub radcy prawnego, należy uznać, że pełnomocnictwo substytucyjne może zostać udzielone również prawnikowi zagranicznemu.

Nie jest natomiast pełnomocnikiem substytucyjnym aplikant adwokacki lub aplikant radcowski upoważniony przez adwokata lub radcę prawnego do zastępowania go w sprawie³⁷. Aplikant nie uzyskuje statusu pełnomocnika procesowego, gdyż działa jedynie za pełnomocnika i w jego imieniu, a nadto w przeciwieństwie do pełnomocnika substytucyjnego nigdy nie wchodzi w jego miejsce. Między stroną a aplikantem nie powstaje węzeł prawny, jaki zazwyczaj poprzedza udzielenie pełnomocnictwa procesowego, w związku z czym aplikant nie ponosi wobec strony odpowiedzialności obligacyjnej, którą ponosi wyłącznie wobec swego mocodawcy.

Artykuł 91 k.p.c. nie jest jedynym przepisem regulującym kwestię udzielenia pełnomocnictwa substytucyjnego. Zgodnie bowiem z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych, rzecznik patentowy może udzielić dalszego pełnomocnictwa (substytucji) innemu rzecznikowi patentowemu³⁸. Nadto rzecznik patentowy kierujący aplikacją

³⁴ H. Pietrzkowski, op. cit., s. 35.

³⁵ K. Knoppek, op. cit., s. 345.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2009 r., III CSK 195/08, LexPolonica nr 2039476.

³⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2006 r., III CZP 27/06, OSNC 2007, nr 3, poz. 42.

³⁸ Dz.U. Nr 155, poz. 925 ze zm.

może upoważnić swojego aplikanta do zastępowania go we wszystkich czynnościach, przy czym za czynności wykonywane przez aplikanta odpowiedzialność ponosi rzecznik patentowy kierujący aplikacją (art. 36 ustawy o rzecznikach patentowych).

Co do zasady strona może działać w sprawie samodzielnie, jednak w niektórych sytuacjach kodeks obliguje stronę do korzystania z pomocy zawodowego pełnomocnika. Wyjątek taki został uregulowany w art. 87¹ k.p.c. W celu zapewnienia profesjonalnego opracowywania skarg kasacyjnych oraz sprawności postępowania kasacyjnego, ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw wprowadzono obowiązek zastępowania stron przez zawodowego pełnomocnika w postępowaniu przed Sądem Najwyższym, zwany przymusem adwokacko-radcowskim³⁹. Pełnomocnikiem procesowym w postępowaniu przed Sądem Najwyższym może być także prawnik zagraniczny działający na podstawie ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, jednakże prawnik taki ma obowiązek współdziałać z osobą wykonującą zawód adwokata lub radcy prawnego⁴⁰. Ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustaw regulujących warunki dostępu do wykonywania niektórych zawodów⁴¹ rozszerzono krąg osób uprawnionych do reprezentowania strony w postępowaniu przed Sądem Najwyższym. Od dnia wejścia w życie tej ustawy, pełnomocnikiem w postępowaniu przed Sądem Najwyższym w sprawach własności przemysłowej może być również rzecznik patentowy.

Obowiązek korzystania z pomocy zawodowego pełnomocnika nie obowiązuje, gdy zastępstwo procesowe Skarbu Państwa albo państwowej osoby prawnej jest wykonywane przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa. Strona w postępowaniu przed Sądem Najwyższym nie musi być zastępowana przez profesjonalnego pełnomocnika także w sytuacji, gdy stroną, jej organem, jej przedstawicielem ustawowym lub pełnomocnikiem jest sędzia, prokurator, notariusz albo profesor lub doktor habilitowany nauk prawnych, a także gdy stroną, jej organem lub jej przedstawicielem ustawowym jest adwokat, radca prawny lub radca Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa. Warto wskazać, że sędzia, prokurator, notariusz, profesor lub doktor habilitowany nauk prawnych mogą być pełnomocnikami strony

³⁹ Dz.U. Nr 172, poz. 1804 ze zm.

⁴⁰ K. Kłaczyńska, M. Kłaczyński, op. cit., s. 135.

⁴¹ Dz.U. 2015, poz. 1505.

tylko w przypadku, gdy łączy ich ze stroną odpowiedni stosunek wynikający z art. 87 k.p.c. lub z innych przepisów uprawniających do zastępowania strony w postępowaniu cywilnym. Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 14 stycznia 2002 r., I PKN 607/01 (OSNP 2004, nr 3, poz. 48), nie jest dopuszczalne wniesienie skargi kasacyjnej przez sędziego jako pełnomocnika strony w sytuacji, gdy nie mógł być on ustanowiony pełnomocnikiem, ponieważ nie były spełnione przesłanki z art. 87 k.p.c. Nabycie uprawnienia do występowania przed Sądem Najwyższym jest trwałe, w związku z czym prawo występowania przed Sądem Najwyższym nie wygasa z chwilą przejścia w stan spoczynku⁴².

Przymus adwokacko-radcowski dotyczy sporządzenia i wniesienia skargi kasacyjnej do sądu oraz dokonywania innych czynności przed Sądem Najwyższym, jak również dotyczy czynności procesowych związanych z postępowaniem przed Sądem Najwyższym, podejmowanych przed sądem niższej instancji⁴³. Przez pewien czas sporne było w doktrynie, czy wniesienie do sądu drugiej instancji wniosku o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia wyroku jest czynnością związaną z postępowaniem przed Sądem Najwyższym, jako czynność konieczna dla wniesienia skargi kasacyjnej⁴⁴. Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 16 maja 2006 r., III UZ 6/06 (OSNP 2007, nr 11–12, poz. 174) wskazał, że wniosek o doręczenie orzeczenia sądu drugiej instancji wraz z uzasadnieniem złożony na podstawie art. 387 § 3 k.p.c. nie jest czynnością procesową związaną z postępowaniem przed Sądem Najwyższym w rozumieniu art. 87¹ § 1 k.p.c., bowiem czynność ta nie ma bezpośredniego związku z postępowaniem przed Sądem Najwyższym, natomiast twierdzenie, że bez złożenia wniosku o doręczenie orzeczenia z uzasadnieniem nie można skutecznie wnieść skargi kasacyjnej jest nieprzekonujące.

Konsekwencją naruszenia przymusu adwokacko-radcowskiego jest odrzucenie skargi kasacyjnej – na podstawie art. 398⁶ § 2 k.p.c. – bez wezwania do usunięcia braku formalnego skargi⁴⁵. Odrzuceniu podlega także zażalenie do Sądu Najwyższego wniesione z naruszeniem przymusu adwokacko-radcowskiego. Pisma nie będące środkami odwoławczymi lub środkami zaskarżenia wniesione z naruszeniem art. 87¹ k.p.c. podlegają zwrotowi bez wzywania do usunięcia braku formalnego (art. 130 § 5 k.p.c.).

⁴² T. Zembrzuski, *Skarga kasacyjna. Dostępność w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2009, s. 347.

⁴³ Ibidem, s. 330.

⁴⁴ K. Knoppek, op. cit., s. 344.

⁴⁵ T. Zembrzuski, op. cit., s. 336.

Do szczególnej kategorii profesjonalnych pełnomocników należy zaliczyć radców, starszych radców, Prezesa i wiceprezesów Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa. Przedstawiciele Prokuraturii Generalnej mogą reprezentować w postępowaniu cywilnym Skarb Państwa, a na polecenie Prezesa Rady Ministrów również państwową osobę prawną.

W każdej sprawie cywilnej Prokuratoria Generalna z urzędu lub na wniosek podmiotu reprezentującego Skarb Państwa może przejąć zastępstwo procesowe Skarbu Państwa, jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa. Co do zasady radca Prokuraturii Generalnej nie może udzielić dalszego pełnomocnictwa osobie spoza Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa. Jedynie w przypadku gdy zachodzi konieczność wykonywania zastępstwa procesowego przed sądami w sprawach wymagających znajomości prawa obcego albo procedur lub instytucji międzynarodowych, Prokuratoria Generalna może powierzyć to zastępstwo w drodze umowy cywilnoprawnej radcy prawnemu, adwokatowi lub innej osobie uprawnionej do występowania w charakterze pełnomocnika procesowego.

Zastępstwo procesowe Skarbu Państwa przez Prokuratorię Generalną jest obowiązkowe do zakończenia sprawy w postępowaniu przed Sądem Najwyższym, w sprawach rozpoznawanych w pierwszej instancji przez sąd okręgowy, w sprawach o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, jeżeli wartość przedmiotu sprawy przewyższa kwotę 1 000 000 zł, w sprawach o stwierdzenie zasiedzenia, jeżeli wartość przedmiotu sprawy przewyższa kwotę 1 000 000 zł, w sprawach rozpoznawanych przez sądy polubowne, niezależnie od tego, czy miejsce postępowania przed tym sądem znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czy też poza jej granicami lub nie jest oznaczone, a także w sprawach o uchylenie wyroku sądu polubownego oraz uznanie albo stwierdzenie wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej. Obowiązek zastępstwa Skarbu Państwa przez Prokuratorię Generalną jest względny, albowiem przy spełnieniu przesłanek określonych w art. 8b ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, Prokuratoria Generalna może przekazać sprawy lub grupy spraw do prowadzenia podmiotowi reprezentującemu Skarb Państwa, z tym zastrzeżeniem, że co do zasady nie jest dopuszczalne przekazanie spraw, w których wartość przedmiotu sprawy przewyższa kwotę 10 000 000 zł.

Na skutek zmiany wprowadzonej ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa oraz niektórych innych ustaw, Prokuratoria Generalna na polecenie Prezesa Rady Ministrów

i za zgodą państwowej osoby prawnej, przejmuje zastępstwo procesowe państwowej osoby prawnej zajmującej się realizacją zadań publicznych z zakresu kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, nauki, oświaty i wychowania lub szkolnictwa wyższego, jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw i interesów dotyczących mienia państwowego. Przed wejściem w życie tego przepisu Prokuratoria Generalna mogła w postępowaniu cywilnym sprawować zastępstwo procesowe wyłącznie Skarbu Państwa, brak było natomiast możliwości reprezentowania państwowych osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych⁴⁶.

Z kolei do kategorii pełnomocników nieprofesjonalnych zalicza się każdego pełnomocnika niebędącego adwokatem, radcą prawnym, prawnikiem zagranicznym, rzecznikiem patentowym lub radcą Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa. Podstawą udzielenia pełnomocnictwa procesowego takiemu pełnomocnikowi może być określony stosunek procesowy, określony stosunek prawny lub przepis szczególnie ustawy.

Stosunek procesowy stanowi podstawę udzielenia pełnomocnictwa współuczestnikowi sporu, przy czym nie ma znaczenia, czy współuczestnictwo ma charakter materialny, czy formalny⁴⁷. W postępowaniu nieprocesowym pełnomocnikiem procesowym uczestnika może być inny uczestnik tego postępowania, jeżeli nie zachodzi między nimi kolizja interesów⁴⁸. Nie może być natomiast pełnomocnikiem procesowym interwenient uboczny⁴⁹.

Określony stosunek prawny może stanowić podstawę udzielenia pełnomocnictwa zarządcy majątku lub interesów strony, zleceniobiorcy, pracownikowi oraz osobie związanej ze stroną stosunkiem rodzinnym lub stosunkiem przysposobienia.

Zgodnie z art. 87 § 1 k.p.c. pełnomocnikiem procesowym strony w postępowaniu cywilnym może być osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony. Z literalnego brzmienia przepisu wprawdzie nie wynika, że zarząd powinien być sprawowany stale, jednakże warunek ten jest akceptowany w orzecznictwie⁵⁰. Dlatego też nie może być pełnomocnikiem procesowym osoba, której strona powierzyła zarząd majątku lub interesów

⁴⁶ H. Pietrzkowski, op. cit., s. 64.

⁴⁷ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2006, s. 258.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ A. Zieliński, (w:) K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 184.

⁵⁰ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 czerwca 1995 r., IV SA 357/95, ONSA 1996, nr 2, poz. 92.

jedynie w celu dochodzenia określonego roszczenia⁵¹. Co więcej, sprawa, w której zarządca ma być ustanowiony pełnomocnikiem procesowym strony, musi pozostawać w bezpośrednim związku ze sprawowanym zarządem lub prowadzonymi interesami mocodawcy⁵².

Status osoby sprawującej zarząd majątkiem lub interesami strony postępowania może wynikać nie tylko z umowy stron, ale także z orzeczenia sądu lub innego organu⁵³. W związku z powyższym pełnomocnikiem procesowym strony może być także zarządca nieruchomości ustanowiony na podstawie art. 203 i 269 k.c. lub art. 931 § 1 k.p.c., zarządca nieruchomości wspólnej po ustanowieniu odrębnej własności lokali – art. 18 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, zarządca praw majątkowych po zmarłym członku spółdzielni – art. 25 § 2 ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze, zarządca przymusowy nad przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym (art. 1064¹⁰ k.p.c.) oraz zawodowy zarządca nieruchomości zarządzający nieruchomościami na podstawie art. 184 i n. ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁵⁴.

Pełnomocnikiem procesowym strony w postępowaniu cywilnym może być również osoba pozostająca ze stroną w stałym stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. W orzecznictwie wskazuje się jednak, że nie może stanowić podstawy pełnomocnictwa procesowego umowa stałego stosunku zlecenia obejmująca jedynie reprezentowanie interesów majątkowych zleceniodawcy przed sądami⁵⁵. Możliwość udzielenia pełnomocnictwa procesowego osobie, z którą strona zawarła stosunek zlecenia jedynie w celu dochodzenia określonego roszczenia, prowadziłyby do obejścia przepisów o adwokaturze oraz przepisów ustawy o radcach prawnych⁵⁶. Umowy obejmujące taki zakres, jako mające na celu obejście prawa, należy uznać za nieważne (art. 58 § 1 k.c.)⁵⁷.

W myśl art. 87 § 2 k.p.c., pełnomocnikiem osoby prawnej lub przedsiębiorcy, w tym nieposiadającego osobowości prawnej, może być również

⁵¹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 1991 r., III CZP 41/91, OSNCP 1992, nr 2, poz. 28.

⁵² J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2007, s. 255.

⁵³ H. Pietrkowski, op. cit., s. 38.

⁵⁴ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2007, s. 256.

⁵⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 1992 r., III CZP 4/92, LexPolonica nr 308389.

⁵⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 1991 r., III CZP 41/91, OSNCP 1992, nr 2, poz. 28.

⁵⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 15 marca 2011 r., I ACa 1186/2010, LexPolonica nr 2520084.

pracownik tej jednostki albo jej organu nadrzędnego. Pracownikiem upoważnionym do pełnienia funkcji pełnomocnika procesowego jest każda osoba pozostająca w stosunku pracy z osobą prawną lub innym przedsiębiorcą albo z jej organem nadrzędnym, niezależnie od zajmowanego stanowiska⁵⁸. Wykazanie istnienia stosunku pracy jako podstawy pełnomocnictwa procesowego może nastąpić przez złożenie tej treści oświadczenia strony, potwierdzonego przez pełnomocnika o pozostawaniu w stosunku pracy i wciągniętego do protokołu posiedzenia⁵⁹.

Dodatkowo w sprawach z zakresu regulacji energetyki, pełnomocnikiem Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki może być pracownik tego Urzędu (art. 479⁵¹ k.p.c.), w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji i poczty, pełnomocnikiem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej może być pracownik tego Urzędu (art. 479⁶² k.p.c.), w sprawach z zakresu regulacji transportu kolejowego pełnomocnikiem Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego może być pracownik tego Urzędu (art. 479⁷³ k.p.c.), natomiast w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, pełnomocnikiem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może być pracownik tego Urzędu (art. 479²⁹ § 3 k.p.c.). Pracownik odpowiedniego urzędu nie może być pełnomocnikiem Prezesa tego urzędu w sprawie innej, niż sprawy wyżej wymienione⁶⁰.

Krąg pełnomocników procesowych w stosunku do art. 87 § 1 i 2 k.p.c. rozszerza też przepis art. 109¹ § 1 k.c., zgodnie z którym prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Prokura w przeciwieństwie do pełnomocnictwa procesowego uregulowanego w przepisach k.p.c. powinna być pod rygorem nieważności udzielona na piśmie (art. 109² § 1 k.c.). Prokura ma charakter pełnomocnictwa procesowego do prowadzenia poszczególnych spraw, które są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa⁶¹. Ustawowe umocowanie prokurenta do podejmowania czynności sądowych w imieniu mocodawcy oznacza, że prokura zastępuje pełnomocnictwo procesowe⁶². Zakres prokury obejmuje umocowanie do wszystkich czynności sądowych jakie

⁵⁸ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2007, s. 257.

⁵⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CZ 102/2010, OSNC 2011, nr A, poz. 22.

⁶⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2008 r., III SZP 2/2008, OSNP 2009, nr 17–18, poz. 245.

⁶¹ A. Kidyba, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 612.

⁶² Idem, *Prawo handlowe*, Warszawa 2010, s. 149.

są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, a więc jest szerszy niż zakres pełnomocnictwa procesowego określony w art. 91 k.p.c. Nadto prokurent w przeciwieństwie do pełnomocnika procesowego może udzielić pełnomocnictwa nie tylko adwokatowi lub radcy prawnemu, ale każdemu, kto z mocy art. 87 k.p.c. lub z mocy innego przepisu szczególnego może reprezentować przedsiębiorcę w postępowaniu przed sądem. W prokurze nie można wyłączyć możliwości zawarcia ugody, zrzeczenia się roszczenia albo uznania powództwa przez prokurenta w imieniu mocodawcy.

Pełnomocnikami procesowymi strony w postępowaniu cywilnym mogą być także rodzice, małżonek, z wyjątkiem małżonka pozostającego ze stroną w separacji (art. 64¹ § 1 k.r.o.), rodzeństwo lub zstępni strony oraz osoby pozostające ze stroną w stosunku przysposobienia, przy czym stosunek przysposobienia może być stosunkiem pełnym lub niepełnym⁶³.

Pełnomocnikiem procesowym na podstawie przepisu szczególnego może być też przedstawiciel właściwego w sprawach z zakresu pomocy społecznej organu jednostki samorządu terytorialnego oraz organizacji społecznej mającej na celu udzielanie pomocy rodzinie, jednak wyłącznie w sprawach o ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka i o roszczenia alimentacyjne. Dodatkowo w sprawach związanych z prowadzeniem gospodarstwa rolnego pełnomocnikiem rolnika może być przedstawiciel organizacji zrzeszającej rolników indywidualnych, której rolnik jest członkiem, w sprawach związanych z ochroną praw konsumentów pełnomocnikiem może być przedstawiciel organizacji, do której zadań statutowych należy ochrona konsumentów, natomiast w sprawach związanych z ochroną własności przemysłowej pełnomocnikiem twórcy projektu wynalazczego może być przedstawiciel organizacji, do której zadań statutowych należą sprawy popierania własności przemysłowej i udzielania pomocy twórcom projektów wynalazczych. W sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych pełnomocnikiem pracownika lub ubezpieczonego może być przedstawiciel związku zawodowego lub inspektor pracy albo pracownik zakładu pracy, w którym mocodawca jest lub był zatrudniony, a ubezpieczonego – także przedstawiciel organizacji zrzeszającej emerytów i rencistów. Z kolei w postępowaniu nieprocesowym w sprawach z zakresu przepisów o przedsiębiorstwach państwowych i o samorządzie załogi przedsiębiorstwa państwowego pełnomocnikiem rady pracowniczej może być każdy pracownik przedsiębiorstwa, któremu przysługuje bierne prawo wyborcze do organów samorządu załogi przedsiębiorstwa.

⁶³ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2007, s. 258.

Ustanowienie pełnomocnika procesowego zawsze ma istotny wpływ na przebieg postępowania. Zgodnie z art. 133 § 3 k.p.c., jeżeli ustanowiono pełnomocnika procesowego, doręczenia należy dokonać pełnomocnikowi. Jednakże gdy stroną jest Skarb Państwa, doręczenia dokonuje się organowi uprawnionemu do reprezentowania Skarbu Państwa przed sądem lub do rąk pracownika upoważnionego do odbioru pism. Dodatkowo w sposób szczególny uregulowano niektóre instytucje w razie ustanowienia zawodowego pełnomocnika. Odmienności w tym przedmiocie dotyczą postępowania w razie braków formalnych i fiskalnych pism procesowych, sposobu doręczania pism procesowych, gdy obie strony są reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania. Warto wskazać też, że występujący w sprawie pełnomocnik będący adwokatem, radcą prawnym, prawnikiem zagranicznym, rzecznikiem patentowym lub radcą Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa może poświadczyc za zgodność z oryginałem odpis dokumentu składany w sądzie. Zawarte w odpisie dokumentu poświadczenie zgodności z oryginałem ma charakter dokumentu urzędowego.

Podstawowy skutek udzielenia pełnomocnictwa procesowego wyraża się jednak w tym, że każda czynność procesowa dokonana przez pełnomocnika w zakresie jego umocowania pociąga za sobą bezpośredni, wiążący skutek prawny dla strony, w imieniu której została dokonana⁶⁴. Mocodawca stawający jednocześnie z pełnomocnikiem może niezwłocznie prostować lub odwoływać oświadczenia pełnomocnika. Dopuszczalne jest też prostowanie i odwoływanie oświadczeń pełnomocnika wyrażonych w pismach procesowych, przy czym strona powinna sprostować lub odwołać takie oświadczenie najpóźniej na najbliższej rozprawie⁶⁵. W piśmiennictwie został wyrażony również odmienny pogląd, zgodnie z którym strona nie może prostować lub odwoływać oświadczeń pełnomocnika dokonanych pod nieobecność mocodawcy albo w piśmie procesowym⁶⁶. W razie kolizji oświadczeń pełnomocnika i mocodawcy decydujące dla sądu może być tylko oświadczenie strony⁶⁷. Z kolei w razie reprezentowania strony przez kilku pełnomocników sprzeczne oświadczenia pełnomocników należy uznać za niebyłe, jeżeli strona nie dokona wyboru właściwego

⁶⁴ J. Sobkowski, *Pełnomocnictwo procesowe, jego istota, powstanie i wygaśnięcie*, Poznań 1967, s. 22.

⁶⁵ A. Zieliński, *Kodeks...*, Warszawa 2010, s. 201.

⁶⁶ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2007, s. 281.

⁶⁷ *Ibidem*.

oświadczenia⁶⁸. Przepis przewidujący możliwość sprostowania lub odwołania oświadczeń pełnomocnika nie ma natomiast zastosowania do czynności dyspozytywnych, ponieważ czynnościom tym strona może przeciwstawić się skutecznie bez ograniczeń określonych w tym przepisie⁶⁹.

Działanie w sprawie za pośrednictwem osoby, której nie udzielono pełnomocnictwa w sposób określony w kodeksie, lub która takim pełnomocnikiem nie mogła być, co do zasady skutkuje nieważnością postępowania⁷⁰. Brak należytego umocowania stanowi także podstawę wznowienia postępowania na podstawie art. 401 pkt 2 k.p.c. Brak należytego umocowania pełnomocnika sąd bierze pod rozagę z urzędu w każdym stanie sprawy (art. 202 k.p.c.).

Nienależyte umocowanie może polegać zarówno na wadliwym udzieleniu pełnomocnictwa osobie mogącej reprezentować stronę, jak również na reprezentowaniu strony przez podmiot, który nie może być jej pełnomocnikiem w danej sprawie⁷¹. Przyczyna nienależytego umocowania ma istotne znaczenie dla oceny jego skutków. W pierwszej z powołanych wyżej sytuacji strona może potwierdzić czynności nienależycie umocowanego podmiotu⁷². W drodze zatwierdzenia czynności nienależycie umocowanego pełnomocnika nie można natomiast usunąć uchybienia polegającego na reprezentowaniu strony przez podmiot, któremu strona zgodnie z przepisami kodeksu nie może udzielić pełnomocnictwa⁷³. Zastępowanie strony przez podmiot, który w ogóle nie może być jej pełnomocnikiem, zawsze prowadzi do nieważności postępowania⁷⁴.

Dla oceny, czy pełnomocnik był należycie umocowany w sprawie, konieczne jest ustalenie, czy podejmowane przez niego czynności nie przekraczały zakresu umocowania wynikającego z pełnomocnictwa. Przepisy kodeksu określają w sposób wyczerpujący wszystkie uprawnienia pełno-

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 listopada 2006 r., I ACa 594/06, LexPolonica nr 1218915.

⁷⁰ T. Ereciński, (w:) T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza postępowanie rozpoznawcze. Część druga postępowanie zabezpieczające*, t. I, red. T. Ereciński, Warszawa 2006, s. 493.

⁷¹ M. Wójcik, (w:) O. Marcewicz, P. Telenga, M. Wójcik, *Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2005, s. 493.

⁷² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 1992 r., III CZP 112/92, OSN 1993, nr 5, poz. 75.

⁷³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 2004 r., III CZP 32/04, Biul. SN 2004, nr 7, poz. 8.

⁷⁴ M. Wójcik, op. cit., s. 494.

mocnika wynikające z pełnomocnictwa procesowego ogólnego lub szczególnego⁷⁵. Według art. 91 k.p.c., pełnomocnictwo procesowe obejmuje z mocy prawa umocowanie do wszystkich łączących się ze sprawą czynności procesowych, nie wyłączając powództwa wzajemnego, skargi o wznowienie postępowania i postępowania wywołanego ich wniesieniem, jako też wniesieniem interwencji głównej przeciwko mocodawcy, wszelkich czynności dotyczących zabezpieczenia i egzekucji, udzielenia dalszego pełnomocnictwa procesowego adwokatowi lub radcy prawnemu, zawarcia ugody, zrzeczenia się roszczenia albo uznania powództwa, jeżeli czynności te nie zostały wyłączone w danym pełnomocnictwie oraz do odbioru kosztów procesu od strony przeciwnej. Pełnomocnictwo procesowe nie obejmuje z mocy prawa umocowania do wniesienia skargi kasacyjnej i skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia oraz udziału w tych postępowaniach⁷⁶. Samo uprawomocnienie się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie nie stanowi jednak przeszkody, aby pełnomocnik procesowy podejmował skutecznie działania związane z fazami postępowania poprzedzającymi uprawomocnienie się orzeczenia kończącego postępowanie jako całość⁷⁷.

W niektórych kategoriach spraw dla prawidłowego umocowania pełnomocnika konieczne jest udzielenie pełnomocnictwa procesowego do prowadzenia poszczególnej sprawy. Takie pełnomocnictwo wymagane jest w sprawach małżeńskich (art. 426 k.p.c.), w sprawach ze stosunków między rodzicami a dziećmi (art. 458 § 1 k.p.c.) oraz w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych do odbioru należności zasądzonych na rzecz pracownika lub ubezpieczonego (art. 465 § 2 k.p.c.)⁷⁸. Z kolei pełnomocnictwo procesowe do odbioru należności zasądzonych na rzecz pracownika lub ubezpieczonego powinno zostać udzielone po powstaniu tytułu egzekucyjnego.

Zakres, czas trwania i skutki umocowania szerszego niż pełnomocnictwo procesowe, jak też umocowanie do poszczególnych czynności procesowych, ocenia się według treści pełnomocnictwa oraz przepisów prawa cywilnego (art. 92 k.p.c.).

W kodeksie jedynie częściowo regulowano kwestię wygaśnięcia pełnomocnictwa procesowego. Pełnomocnictwo procesowe wygasa w następ-

⁷⁵ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2007, s. 274.

⁷⁶ Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., III CZP 142/07, OSNC 2008, nr 11, poz. 122.

⁷⁷ H. Pietrzkowski, *op. cit.*, s. 52.

⁷⁸ *Ibidem.*, s. 50.

stwie śmierci mocodawcy lub utraty zdolności sądowej przez mocodawcę niebędącego osobą fizyczną (art. 96 k.p.c.), przy czym pełnomocnik procesowy ma obowiązek działać aż do czasu zawieszenia postępowania. Czynności nie zmierzające do zawieszenia postępowania podejmowane przez pełnomocnika po śmierci strony są bezprawne⁷⁹.

Pełnomocnictwo procesowe wygasa też w przypadku śmierci pełnomocnika lub utraty przez niego zdolności procesowej lub kwalifikacji uprawniających do reprezentowania strony. W takiej sytuacji postępowanie może toczyć się dalej dopiero po wezwaniu strony niestawiającej (art. 175 k.p.c.). Zgodnie natomiast z art. 175¹ k.p.c., jeżeli zastępstwo stron przez adwokatów lub radców prawnych jest obowiązkowe, w razie śmierci adwokata lub radcy prawnego sąd zawiesza postępowanie z urzędu, wyznaczając odpowiedni termin do wskazania innego adwokata lub radcy prawnego i po upływie tego terminu podejmuje postępowanie.

Kolejną przyczynę wygaśnięcia pełnomocnictwa stanowi jego wypowiedzenie (art. 94 k.p.c.). Pełnomocnictwo może zostać wypowiedziane w każdym czasie przez mocodawcę lub przez pełnomocnika. Wyjątek dotyczy pełnomocnika ustanowionego przez sąd, bowiem w tym przypadku wypowiedzenie pełnomocnictwa może nastąpić wyłącznie przez mocodawcę⁸⁰. Zwolnienie pełnomocnika procesowego ustanowionego przez sąd może nastąpić tylko na podstawie postanowienia sądu⁸¹.

Wypowiedzenie pełnomocnictwa procesowego odnosi skutek prawny w stosunku do sądu z chwilą zawiadomienia go o tym, w stosunku zaś do przeciwnika i innych uczestników z chwilą doręczenia im tego zawiadomienia przez sąd. Do czasu powiadomienia sądu o wypowiedzeniu pełnomocnictwa, skutkuje ono tylko w stosunku wewnętrznym łączącym pełnomocnika i mocodawcę⁸². Jeżeli pełnomocnictwo zostało wypowiedziane przez pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym, jest on obowiązany działać za stronę jeszcze przez dwa tygodnie, chyba że mocodawca zwolni go od tego obowiązku (art. 94 § 2 k.p.c.). Obowiązek ten istnieje także wtedy, gdy strona ustanowiła nowego pełnomocnika⁸³. Każdy inny pełnomocnik, a więc także pełnomocnik nieprofesjonalny powinien mimo

⁷⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2001 r., II UKN 657/00, OSNP 2003, nr 18, poz. 448.

⁸⁰ M. Manowska, op. cit., s. 203.

⁸¹ H. Pietrzkowski, op. cit., s. 48.

⁸² J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2006, s. 274.

⁸³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 maja 2009 r., II GSK 958/08, LexPolonica nr 2053827.

wypowiedzenia działać za mocodawcę przez dwa tygodnie, jeżeli jest to konieczne do uchronienia mocodawcy od niekorzystnych skutków prawnych (art. 94 § 2 k.p.c.).

W doktrynie wskazuje się, że pełnomocnictwo procesowe wygasa również w następstwie osiągnięcia celu, dla którego zostało udzielone, w następstwie upływu czasu, na który zostało udzielone, w przypadku wzajemnego porozumienia mocodawcy i pełnomocnika, w następstwie cofnięcia przez sąd ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, a także w razie prawomocnego zakończenia postępowania w sprawie, w której pełnomocnik został ustanowiony przez sąd⁸⁴. Przyczyną wygaśnięcia pełnomocnictwa procesowego jest także ogłoszenie upadłości likwidacyjnej strony oraz ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu, gdy strona została pozbawiona prawa zarządu masą upadłości⁸⁵. Wygaśnięcie pełnomocnictwa skutkuje jednocześnie wygaśnięciem substytucji⁸⁶.

W doktrynie i orzecznictwie zarysowała się rozbieżność poglądów, czy pełnomocnictwo udzielone przez przedstawiciela ustawowego strony wygasa z chwilą wygaśnięcia przedstawicielstwa ustawowego, a więc także z chwilą śmierci przedstawiciela ustawowego⁸⁷. W najnowszym orzecznictwie dominuje pogląd, że pełnomocnictwo procesowe udzielone przez przedstawiciela ustawowego małoletniego dziecka w jego imieniu nie wygasa z chwilą dojścia do pełnoletności⁸⁸.

⁸⁴ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2007, s. 282.

⁸⁵ K. Knoppek, op. cit., s. 361.

⁸⁶ J. Gudowski, *Kodeks...*, Warszawa 2007, s. 282.

⁸⁷ J. Jodłowski, op. cit., s. 245.

⁸⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1995 r., III CZP 139/95, OSNC 1996, nr 1, poz. 17.

Mediacje w sprawach gospodarczych – kolejna dekada¹

Wstęp

Parafrazując słynne zdanie Isaaca Newtona można powiedzieć, że ludzie nadal budują za dużo murów, a za mało mostów, ale przynajmniej czasem próbują znaleźć w tych murach choćby niewielką, otwartą furtkę. W grudniu 2015 roku minęło 10 lat od wprowadzenia instytucji mediacji gospodarczych do polskiego systemu prawnego². Natomiast 1 stycznia 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów, która w dużej mierze stanowi kolejną próbę otwarcia i zachętę do wykorzystywania tej metody zarówno przez sądy, jak i przedsiębiorców³. Wydaje się zatem, że to dobry moment na ponowne spojrzenie na mediację nie tylko jako na jedną z wielu form rozwiązywania sporów, ale na realną procedurę umożliwiającą przekształcenie konfliktu destrukcyjnego w konflikt konstruktywny i integrujący, rozumiany jako wspólny proces decyzyjny⁴.

¹ W artykule wykorzystane zostały fragmenty pracy magisterskiej „Mediacja jako alternatywny sposób rozwiązywania sporów gospodarczych – analiza strategiczna” napisanej pod kierunkiem prof. dr hab. Jolanty Jabłońskiej-Boncy.

² W związku z dziesięcioleciem obowiązywania polskiego prawa mediacyjnego, rok 2015 został przez największe organizacje mediacyjne w Polsce ustanowiony „Rokiem Mediacji Gospodarczej”, <http://kirp.pl/rok-2015-rokiem-mediacji-gospodarczej> (9.01.2016).

³ Ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów (Dz.U. z 2015 r., poz. 1595).

⁴ Zob: M. Cetera, *Szansa nie w pełni wykorzystana*, „Gazeta Prawna”, 16.11.2005.

Mediacja – pojęcie

Termin mediacja pochodzi od łacińskiego słowa *mediatio* oznaczającego pośrednictwo, czy też procedurę pośredniczenia w sporze, która ma na celu doprowadzenie skonfliktowanych stron do porozumienia⁵. Mediacja jest zjawiskiem dość złożonym i niejednorodnym, zarówno pod względem rodzajów i stosowanych technik, jak też zakładanych funkcji i celów, dlatego trudno wskazać jedną powszechnie akceptowalną i poprawną metodologicznie definicję mediacji⁶. Również w polskim ustawodawstwie dotychczas brak jest jednolitej normatywnej definicji tego pojęcia. Jej definicję można jednak znaleźć w art. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/EC z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, zgodnie z którą: „mediacja oznacza zorganizowane postępowanie o dobrowolnym charakterze, bez względu na jego nazwę lub określenie, w którym przynajmniej dwie strony sporu próbują same osiągnąć porozumienie w celu rozwiązania ich sporu, korzystając z pomocy mediatora. Postępowanie takie może zostać zainicjowane przez strony albo może je zaproponować lub zarządzić sąd lub nakazać prawo państwa członkowskiego. Termin ten obejmuje mediację prowadzoną przez sędziego, który nie jest odpowiedzialny za jakiegokolwiek postępowanie sądowe dotyczące rzeczonoego sporu. Nie obejmuje on jednak prób podejmowanych przez sąd lub sędziego rozstrzygającego spór w toku postępowania sądowego dotyczącego rzeczonoego sporu”⁷. Mediacja najczęściej rozumiana jest zatem jako pośredniczenie w sporze osoby trzeciej, której zadaniem, w przeciwieństwie do sędziego, nie jest rozstrzygnięcie sporu, ale pogodzenie zwaśnionych stron. Jest instytucją, która wnikając w źródła konfliktu, powinna doprowadzić do złagodzenia stosunków między zantagonizowanymi stronami⁸. Według jednej z definicji przedstawionej przez Christophera W. Moore: „mediacja jest interwencją w toczące się negocjacje lub konflikt, podjętą przez akceptowaną trzecią stronę, która nie ma autorytatywnej władzy pozwalającej na podjęcie decyzji rozstrzygającej spór, lecz pomaga stronom w dobrowolnym osiągnięciu przez nie

⁵ E. Smoktunowicz (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, Białystok–Warszawa 2000, s. 440.

⁶ Zob. E. Gmurzyńska, R. Morek, *Mediacje. Teoria i praktyka*, Warszawa 2014, s. 17.

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/EC z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. L 136/3 z 24 maja 2008 r.).

⁸ Ł. Błaszczak, *Mediacyjne rozwiązywanie sporów*, „Rzeczpospolita”, 25.08.2005.

wzajemnie akceptowanego porozumienia w kwestiach spornych”⁹. Mediacja jest zatem instytucją, która stanowi niewątpliwie wyzwanie zarówno dla stron konfliktu, jak i dla większości prawników, gdyż tu o sprawiedliwym rozstrzygnięciu sporu nie decyduje nikt inny, jak tylko same zainteresowane strony.

Historia mediacji

Udział w sporze neutralnej osoby trzeciej ma swoją bardzo długą i dość rozległą pod względem przestrzennym tradycję¹⁰. Obejmuje ona nie tylko państwa europejskie, ale także kraje azjatyckie i plemiona afrykańskie. Pierwsze spory rozwiązywane za pośrednictwem mediatora według danych historycznych miały miejsce w państwie Sumerów, kulturze Fenicjan, jak również w starożytnym Babilonie¹¹. Jednak prawdziwy rozwój sztuki mediacji jest zauważalny dopiero w starożytnej Grecji i Rzymie. W Grecji niezamężna osoba trzecia pośrednicząca w sporze nazywana była *proxenetes*, natomiast w Rzymie określano ją różnymi nazwami takimi jak: *inter-nuncius*, *medium*, *intercessor*, *philantropus*, *interpolator*, *conciliator*, *interlocutor*, *interpres*, aż ostatecznie przyjęta została nazwa *mediator*¹².

Mediacja rozwijała się nie tylko na kontynencie europejskim. Na innych obszarach, a zwłaszcza w krajach azjatyckich, stawała się także jedną z bardziej popularnych metod polubownego rozwiązywania sporów. Jednym z państw, które mogłoby służyć za pokazowy model skuteczności i popularności stosowania mediacji do rozwiązywania sporów jest chociażby Japonia. Zarówno historyczne, jak i kulturowe podłoże tego kraju wskazują na nieodzowną rolę jaką w tej dziedzinie przez wszystkie lata odegrali przywódcy-liderzy wiosek. Spory w większości przypadków były i są tam rozwiązywane poprzez wspólne rozmowy i wzajemne ustępstwa w obrębie tych społeczności, w jakich się pojawiły¹³. Łatwo zauważyć, że w porów-

⁹ Ch.W. Moore, *The mediation process. Practical strategies for resolving conflict*, San Francisco 1996, s. 15, cyt za: H. Przybyła-Basista, *Proces mediacji rodzinnych – od teorii do praktyki*, „Mediator” 2002, 21, s. 6.

¹⁰ Por: R.M. Calkins, *Mediation: A Gentler Way*, „South Dakota Law Review” 1996, 41, s. 277.

¹¹ R. Roger, J. Patterson, *Dispute in the World of Alternatives*, „Catholic University Law Review” 1988, 37, s. 593.

¹² M. Stathopoulou, *Cross-Language Mediation in Foreign Language Teaching and Testing*, Bristol–Buffalo–Toronto 2015, s. 16.

¹³ Por. L. Brown, *Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions*, „Conciliation Court Review” 1982, s. 37.

naniu do większości krajów zachodnioeuropejskich w Japonii na jednego mieszkańca przypada stosunkowo mała liczba prawników¹⁴. Związane jest to oczywiście w pewnej części z trudnościami proceduralnymi, jakie napotyka tam młodzi adwocaci prawa¹⁵. Jednakże w głównej mierze jest to spowodowane mentalnością i kulturą Japończyków, dla których rozstrzygnięcie sądowe ich problemu jest rzeczywiście ostatecznością¹⁶. W sąsiednich krajach, takich jak Chiny, czy Korea, na które duży wpływ wywarły takie religie jak konfucjanizm, czy buddyzm, instytucja mediacji stanowi również jedną z bardziej popularnych metod rozwiązywania konfliktów¹⁷. Zgodnie z tym, czego nauczał Konfucjusz, najlepszą drogą, by rozwiązać istniejący spór, jest osiągnięcie wspólnie wypracowanej ugody. Kiedy jest to tylko możliwe, należy (choćby poprzez moralną perswazję czy dyskusję) dążyć do zawarcia porozumienia, gdyż jakikolwiek przymus zawsze stanowi samoistne zakłócenie naturalnej harmonii. Buddyzm także uważa przymus za rzecz ostateczną, dlatego też za najlepszą drogę do rozstrzygnięcia sporów uznaje kompromis. Ogółem można zauważyć, że w większości kultur azjatyckich droga sądowa wybierana jest jedynie z konieczności, gdy inne metody nie przyniosły oczekiwanego rezultatu. Rozwiązanie zaistniałego sporu w sądzie stanowi bowiem „utrata twarzą” tych wszystkich, którzy poprzez swój upór nie potrafili wspólnie znaleźć jakiegoś rozwiązania.

Podobnie przedstawia się historia mediacji w państwach czy plemionach afrykańskich. Każda z osób zaangażowanych w spór może zwołać tam nieoficjalne sąsiedzkie spotkanie, podczas którego respektowany przez większość jeden z członków plemienia występuje jako mediator i pomaga zwaśnionym stronom uzgodnić wspólne rozwiązanie.

W kulturze islamu, która także kładzie nacisk na polubowne rozwiązywanie sporów, w roli mediatorów występują osoby zwane *quadis*¹⁸. Ich zadaniem jest utrzymanie w danej społeczności harmonii właśnie poprzez wspólne uzgadnianie rozwiązań dla pojawiających się problemów.

W Europie Zachodniej od czasów średniowiecza jedną z głównych ról w dziedzinie polubownego rozwiązywania sporów należy bez wątpienia

¹⁴ Na 125 mln mieszkańców Japonii przypada niewiele ponad 17 000 prawników, czyli jeden prawnik na około 7350 osób, D. Monroe, *Japan's Lawyers: the Path to Admissior to the Bar in Japan*, „International Legal Practitioner”, March 2002, s. 11.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Por. L. Leszczyński, *Zjawiska prawne w kulturze społeczeństw Japonii*, „Studia Prawnicze” 1991, 1, s. 48.

¹⁷ Krajowe Stowarzyszenie Mediatorów, <http://www.mediacje-ksm.pl/124/> (18.11.2006 r.).

¹⁸ Zob. F.E. Vogel, *Islamic Law and Legal System*, Leiden–Boston–Köln 2000, s. 155.

przypisać Kościołowi. Duchowni występowali jako mediatorzy zarówno w sprawach kryminalnych, gdzie jako strona trzecia próbowali pogodzić ofiarę ze sprawcą, jak i w sporach rodzinnych czy pomiędzy właścicielami a ich poddanymi¹⁹. Mediacja, w której Kościół stanowił neutralną stronę, była także zauważalna w konfliktach międzynarodowych. Jako przykład można tu wspomnieć chociażby konflikt między Hiszpanią a Niemcami, w którym jako mediator występował papież Leon XIII²⁰.

Współczesna, zinstytucjonalizowana mediacja została natomiast wprowadzona po raz pierwszy w Wielkiej Brytanii. W roku 1896 wszedł w życie Akt Pojednania, który wprowadzał mediację jako sposób rozwiązania sporów powstałych na tle prawa pracy i w stosunkach przemysłowych²¹. Następnie jako alternatywny sposób dla sądowego rozwiązywania sporów mediacja została wprowadzona do porządku prawnego w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Tam też w roku 1947 zostało utworzone po raz pierwszy Federalne Biuro Mediacji i Koncyliacji (Federal Mediation and Conciliation Service). Początkowo mediacja wykorzystywana była jedynie w konfliktach pracowniczych, jednakże dość szybko została zaadoptowana jako skuteczne rozwiązanie w innych obszarach prawa. Głównym obszarem, w którym nastąpił rozwój mediacji, okazało się prawo rodzinne, co zaowocowało utworzeniem Zrzeszenia Mediatorów Rodzinnych (Family Mediation Association), a następnie utworzeniem pierwszej szkoły wyższej dla mediatorów rodzinnych (Academy of Family Mediators).

Jednak prawdziwy rozwój instytucji mediacji w sprawach gospodarczych nastąpił dopiero w latach 80. XX wieku. Wysokie koszty sądownictwa powszechnego, dość długi czas oczekiwania na rozstrzygnięcie sprawy w sądzie, a w dużej mierze także wynikająca z potrzeb rynku chęć utrzymywania, mimo konfliktu, kontaktów handlowych między przedsiębiorcami, zaowocowały wzrostem popularności mediacji.

Obecnie mediacja jest stosowana zarówno w krajach anglosaskich, takich jak Wielka Brytania, Kanada czy Stany Zjednoczone Ameryki, jak i w systemach prawa kontynentalnego: w Niemczech, we Francji, czy we Włoszech.

Mediacja, rozumiana jako udział w konflikcie bezstronnej osoby trzeciej, historycznie występowała także w Polsce. W przeszłości w roli nieformalnych mediatorów występowali bowiem niekiedy księża czy zakonnicy.

¹⁹ Por. Ch. Moore, *The Mediation...*, s. 20.

²⁰ Konflikt miał miejsce w 1885 r. i dotyczył rozstrzygnięcia własności wysp Karoliny.

²¹ M. Roberts, *A-Z of Mediation*, New York 2014, s. 39.

Jednak pierwszy zapis w polskim prawie dotyczący mediacji pojawił się dopiero pod koniec XX wieku, w ustawie o rozwiązywaniu sporów zbiorowych²². W dniu wejścia w życie tejże ustawy rozpoczęła się też pierwsza w Polsce mediacja z udziałem mediatora z listy ówczesnego Ministra Pracy i Polityki Socjalnej²³.

Mediacje w sprawach karnych wzorowane były natomiast na założeniach niemieckich. W 1992 roku na zaproszenie jednej z niemieckich fundacji przedstawiciele Senatu RP mieli możliwość obserwowania w Kolonii zasady działania niemieckich ośrodków mediacji. Na bazie zdobytych spostrzeżeń i zaobserwowanych metod powstał w Polsce w 1995 roku Zespół ds. Wprowadzenia Mediacji²⁴. Początkowo zespół zajmował się głównie mediacjami pomiędzy pokrzywdzonym, a sprawcą czynu karalnego, czego rezultatem było wprowadzenie już w 1997 roku instytucji mediacji do kodeksu karnego. Natomiast od roku 2000, kiedy na bazie Zespołu ds. Wprowadzenia Mediacji zostało powołane Stowarzyszenie Polskie Centrum Mediacji, zakres prowadzonych mediacji poszerzył się między innymi o mediacje z zakresu prawa rodzinnego i gospodarczego. Mediacja w Polsce w chwili obecnej może być zatem stosowana w przypadku sporów zbiorowych, w prawie pracy, a także w sprawach z zakresu: prawa karnego, prawa administracyjnego, prawa cywilnego oraz w sprawach z udziałem nieletnich²⁵.

²² Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 295 ze zm.).

²³ Została ona przeprowadzona w przedsiębiorstwie transportowym w Pyrzycach. A. Olszewska, J. Żylińska-Imiołek, *Mediacje, czyli konflikt bez przemocy*, http://www.mgip.gov.pl/eGazeta/Archiwum/Moim+zdaniem/mediacje_moimzdaniem.htm (16.02.2007).

²⁴ Pełna nazwa: Zespół do wprowadzenia mediacji w Polsce.

²⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.) – w skrócie k.p.c., ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557 ze zm.), ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 382), ustawa z 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 295 ze zm.), ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 270), ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1647).

Rodzaje mediacji

Współczesna mediacja jako sposób rozwiązywania konfliktów rozwijała się na świecie przez ostatnie kilkadziesiąt lat. Na jej kształt wpływały zarówno zróżnicowane systemy prawne stosujących ją państw, jak również praktyka i stosowanie jej przez poszczególnych mediatorów. Ten wielopłaszczyznowy rozwój spowodował, że w chwili obecnej w praktyce występuje kilka typów mediacji, które są stosowane w zależności od charakteru sporu czy też systemu prawnego w jakim postępowanie mediacyjne jest prowadzone.

Pierwszy podział to rozróżnienie na mediację facylitatywną (klasyczną) i mediację ewaluatywną (o charakterze ocennym)²⁶. Pierwsza, zwana także mediacją o orientacji proceduralnej, charakteryzuje się tym, że jedynym zadaniem mediatora w trakcie spotkań mediacyjnych, jest pomoc stronom w odnalezieniu wspólnego rozwiązania. Mediacja ocenna, zwana także mediacją merytoryczną, wyróżnia się natomiast większym wpływem mediatora na działania stron. W tego rodzaju mediacjach wykorzystuje on swoje doświadczenie, zdobytą wiedzę i podczas rozmów merytorycznie doradza stronom najlepsze rozwiązania²⁷.

W literaturze opisującej modele mediacji ze względu na ich cel i rolę mediatora występują także inne jej odmiany²⁸. Na gruncie prawa karnego i w konfliktach rodzinnych, możemy mówić o mediacji transformującej. Jej głównym celem i istotą jest nie tyle odnalezienie sposobu na rozwiązanie konfliktu, ale, jak to ma miejsce zwłaszcza między sprawcą czynu a ofiarą, zachęcenie do podjęcia jakiegokolwiek wspólnej komunikacji. Natomiast w sprawach z zakresu prawa rodzinnego, w tym zwłaszcza w sprawach rozwodowych, możemy mówić o mediacji wahadłowej, która ma umożliwić stronom między innymi wymianę poglądów właśnie za pośrednictwem neutralnej osoby trzeciej, czyli mediatora.

Kolejnym podziałem mediacji jest jej rozróżnienie z uwagi na podmiot inicjujący postępowanie mediacyjne. Możemy zatem wyróżnić dwa główne

²⁶ Por. L. Riskin, *Understanding Mediators Orientations Strategies and Techniques Grid For the Perplexed*, „Harvard Negotiating Law Review” 1996, 7, s. 17.

²⁷ Niektórzy autorzy uważają nawet, że mediacja ewaluatywna jest tak różna od mediacji facylitatywnej, że stanowi inną metodę polubownego rozwiązywania sporów – koncyliację. Właśnie w tej metodzie osoba trzecia proponuje stronom sposób pojednawczego zakończenia istniejącej między nimi sytuacji spornej, który to sposób może, ale nie musi być zaakceptowany przez strony. Por. A. Wach, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sportowych*, Warszawa 2005, s. 231.

²⁸ Por. Z. Kmiecik, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004, s. 29.

rodzaje mediacji: mediację umowną oraz tzw. mediację sądową²⁹. Mediacja umowna prowadzona jest na podstawie zawartego wcześniej przez strony kontraktu i najczęściej występuje w trzech rodzajach sytuacji:

1. Strony, podpisując kontrakt dotyczący współpracy, jako jedno z postanowień umieszczają w nim informacje dotyczące sposobu rozwiązywania wszelkich sporów, które mogą wyniknąć podczas dalszej współpracy. Jeżeli jako pierwszy właściwy sposób rozwiązywania konfliktów zostanie wskazana mediacja, wtedy takie postanowienie nazywane jest klauzulą mediacyjną.
2. Niezależnie od faktu, czy kontrakt został podpisany, czy też nie, strony w oddzielnym dokumencie zawierają pomiędzy sobą umowę mediacyjną. Podobnie jak w klauzuli mediacyjnej należy w takiej umowie określić, czego ma dotyczyć mediacja, kto ma być ewentualnym mediatorem bądź też w jaki sposób ma on być w przyszłości wybierany.
3. Jedna ze stron, mimo iż nie podpisano wcześniej umowy o mediację, postanawia skierować sprawę do mediatora. Wysyła wniosek o mediację, o czym zostaje poinformowana druga strona. Jeżeli wyrazi ona zgodę na taki sposób rozwiązywania zaistniałego konfliktu, to powyższa zgoda według przepisów oznacza zawarcie umowy o mediację³⁰.

Mediacja sądowa występuje natomiast w przypadku, kiedy sąd, rozpatrując sprawę, dostrzega możliwość polubownego rozstrzygnięcia powstałego sporu³¹. Wydaje wówczas postanowienie, w którym kieruje strony do mediacji. Jest ona jednak zawsze dobrowolna, dlatego też, nawet w takim przypadku, strony mają prawo odmówić wyrażenia zgody na postępowanie mediacyjne i czekać na rozstrzygnięcie spornej kwestii przez sąd.

²⁹ Por. K. Gonera, *Mediacja według projektu zmian Kodeksu postępowania cywilnego*, (w:) G. Goździewicz (red.), *Arbitraż i mediacja w prawie pracy*, Lublin 2005, s. 77; także P. Wrześniewski, *Mediacja zamiast sądu*, „Rzeczpospolita”, 6.12.2005.

³⁰ Por. art. 183¹ § 2 k.p.c. ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.).

³¹ Jak stwierdził Maksymilian Pazdan: wyrażenie „mediacja sądowa”, powinno być raczej zastąpione sformułowaniem „mediacja z inicjatywy sądu”. Wyrażenie „mediacja sądowa” może być bowiem używane na oznaczenie zabiegów pojednawczych podejmowanych bezpośrednio przez sąd (czasem wręcz obowiązkowych) bez udziału osoby trzeciej jako mediatora. Zob. M. Pazdan, *O mediacji i projekcie jej unormowania w Polsce*, „Rejent” 2004, 2, s. 9–23.

Jeszcze innym podziałem mediacji jest jej rozróżnienie dokonywane ze względu na formę, w jakiej występuje, czyli na: mediację bezpośrednią i mediację pośrednią³². Najczęściej spotykaną w praktyce jest mediacja bezpośrednia, która polega na spotkaniu stron w obecności mediatora. Sesje mediacyjne są wspólne, a uczestnicy podczas rozmów ustalają główną przyczynę konfliktu i próbują razem znaleźć najlepsze dla wszystkich rozwiązanie. Wybór mediacji bezpośredniej nie oznacza tego, że strony nie mogą spotykać się z mediatorem na oddzielnych spotkaniach. Takie rozmowy są oczywiście dopuszczalne, służą one zarówno stronom, które mogą w ten sposób odreagować zgromadzone emocje, jak też pomagają mediatorowi, który na takich spotkaniach jest często informowany przez strony o tematach, które raczej nie powinny być poruszane na wspólnych sesjach mediacyjnych.

Mediacja pośrednia odbywa się natomiast podczas oddzielnych spotkań każdej ze stron z mediatorem. Strony nie rozmawiają ze sobą bezpośrednio, a wszystkie informacje, poglądy i propozycje rozwiązań są przekazywane przeciwnej stronie przez mediatora. Występuje on w tej formie mediacji w roli pośrednika, który stanowi w pewnym sensie łącznik w komunikacji między stronami, a także, uczestnicząc w oddzielnych spotkaniach, pomaga wypracować wspólne rozwiązania.

Fazy mediacji

Zarówno mediacja umowna, jak i mediacja sądowa, a także pozostałe jej formy, jeżeli zostaną zaakceptowane przez strony, odbywają się w podobny sposób. Trudno jednoznacznie stwierdzić, jaki jest najlepszy czy też najczęściej stosowany model mediacji, gdyż zależy to w dużej mierze od osoby mediatora, rodzaju stron czy też omawianego problemu. W literaturze dotyczącej mediacji bądź negocjacji występują różne modele postępowania mediacyjnego. Jedne, tak jak przedstawiony w tabeli 1. schemat 12 kroków mediatora, dość dokładnie opisują i wyznaczają kolejne etapy w prowadzeniu mediacji, inne ograniczają się jedynie do ogólnych schematów, które są dostosowywane do sytuacji w zależności od uznania mediatora.

³² A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, Warszawa 2004, s. 5.

Tabela 1. Dwanaście kroków mediatora

1. zawiązanie wspólnoty ze stronami sporu	<ul style="list-style-type: none"> • wstępny kontakt ze stronami • budowanie zaufania • przekonywanie o wartości porozumienia • informowanie stron o przebiegu i procesie mediacji • zwiększenie zaangażowania stron
2. wybór strategii prowadzenia mediacji	<ul style="list-style-type: none"> • pomoc stronom w ocenie i wyborze odpowiedniej metody zarządzania zaistniałym konfliktem • koordynacja wybranego podejścia stron
3. zbieranie i analizowanie informacji z przeszłości	<ul style="list-style-type: none"> • zbieranie danych dotyczących osób zaangażowanych w spór, podłoża konfliktu • weryfikowanie dokładności zebranych danych • minimalizacja nieścisłości, bądź niedostępności danych
4. wybór szczegółowego planu mediacji	<ul style="list-style-type: none"> • zidentyfikowanie strategii i konsekwencji niestereotypowych ruchów, które umożliwią dalsze porozumienie • zidentyfikowanie wszystkich możliwych ruchów, odpowiedzi, które mogą wystąpić podczas omawiania zaistniałego konfliktu
5. budowanie atmosfery zaufania i współpracy	<ul style="list-style-type: none"> • przygotowanie psychologiczne uczestników do udziału w rozmowach dotyczących kluczowego zagadnienia • powstrzymanie silnych emocji • sprawdzenie poziomu percepcji i minimalizowanie oddziaływania stereotypów • budowanie zaufania • wyjaśnianie, oczyszczanie komunikacji
6. rozpoczęcie sesji mediacyjnej	<ul style="list-style-type: none"> • otwarcie rozmów pomiędzy stronami • przyjęcie otwartego i pozytywnego tonu • przyjęcie zasad i reguł zachowania • pomoc stronom w kontrolowanym oczyszczeniu ze złych emocji • ograniczenie tematów i zagadnień do dalszych dyskusji • towarzyszenie stronom w dalszym zgłębianiu poruszonych w dyskusji tematach
7. określenie głównych zagadnień i ustalenie porządku wspólnych rozmów	<ul style="list-style-type: none"> • zidentyfikowanie ogólnych tematów, które mają podlegać dyskusji • uzyskanie zgody na poruszanie konkretnych, wybranych zagadnień, które mają być dyskutowane • wskazanie kolejności rozważanych spraw
8. odkrycie ukrytych potrzeb stron	<ul style="list-style-type: none"> • zidentyfikowanie istotnych, proceduralnych i psychologicznych potrzeb stron • powiadomienie stron o istniejących, rzeczywistych potrzebach drugiej strony
9. „poszerzanie spojrzenia”, czyli ukazywanie wszystkich możliwych rozwiązań	<ul style="list-style-type: none"> • uświadamianie stronom istnienie wielu zróżnicowanych możliwości rozwiązań • pomoc stronom w zaakceptowaniu wielości rozwiązań przy jednoczesnej rezygnacji z zakładanej wcześniej wyłącznie słusznej alternatywy • generowanie rozwiązań w oparciu o przyjęte stanowiska bądź walkę o interesy

10. ocenianie szansy na zawarcie porozumienia	<ul style="list-style-type: none"> • przegląd interesów stron • ocenianie jak w danych okolicznościach interesy poszczególnych stron mogą zostać jednocześnie zaspokojone • ocenianie kosztów i zysków wybranych rozwiązań
11. rozmowy końcowe	<ul style="list-style-type: none"> • osiągnięcie porozumienia poprzez wzrost zbieżności stanowisk bądź ustanowienie proceduralnych środków pozwalających osiągnąć oczekiwaną ugodę w przyszłości
12. zawarcie ugody	<ul style="list-style-type: none"> • zidentyfikowanie proceduralnych kroków, by usprawnić formalne porozumienie • ustalenie procedury oceny i monitorowania porozumienia • sformalizowanie porozumienia poprzez zawarcie ugody i stworzenie mechanizmu jej egzekwowania

Źródło: R.J. Lewicki, B. Barry, D.M. Saunders, J.W. Minton, *Negotiation*, New York 2003, s. 477.

Uogólniając, można jednak przyjąć, że zasadniczo w większości przypadków procedura mediacji przebiega w następujących trzech fazach:

- Faza przygotowawcza obejmuje wszczęcie mediacji przez stronę lub strony, wybór miejsca i języka mediacji oraz wybór mediatora. Następuje tu zbadanie faktycznego i prawnego stanu sprawy, określone są reguły postępowania, rola mediatora³³. Warto w tej początkowej fazie po wyborze konkretnego mediatora zawrzeć z nim umowę, w której strony określają: zakres jego zadań, wysokość wynagrodzenia czy też możliwą częstotliwość spotkań. Ważne jest także, aby strony już na początku ustaliły, które z osób reprezentujących je podczas spotkań mediacyjnych będą miały w przyszłości uprawnienie do podejmowania wiążących decyzji. Jest to dość istotne zwłaszcza w ostatniej fazie mediacji, kiedy następuje ustalenie, zaakceptowanie przedyskutowanego rozwiązania i zawarcie ugody.
- Faza właściwa polega na wspólnych spotkaniach stron z mediatorem. Pierwsze spotkanie ma najczęściej charakter organizacyjny i przeprowadzanie jest oddzielnie dla stron. Mediator wyjaśnia stronie, jaka jest jego rola i jakie są zasady mediacji. Następnie strona składa wstępne oświadczenia, w których określa, jakie są jej oczekiwania, stanowiska i co jej zdaniem stanowi punkt sporny. Jest to bardzo ważny etap w postępowaniu mediacyjnym. Dla mediatora jest to najczęściej pierwszy moment, w którym może zapoznać się z całokształ-

³³ Na podstawie referatu wygłoszonego przez Violetę Huryń podczas seminarium Mediacje i negocjacje prawnicze „Edukacji Prawniczej”, które odbyło się w Warszawie 18.10.2006 r.

tem danej sprawy i rodzajem konfliktu. W przeciwieństwie do adwokatów czy radców prawnych mediatorom rzadko udostępniane są akta sprawy i w większości przypadków muszą oni polegać tylko na informacjach przekazanych im przez strony. Po spotkaniu indywidualnym w większości przypadków następuje już pierwsza sesja mediacyjna, czyli wspólne spotkanie stron i mediatora. Strony zaczynają ze sobą rozmawiać, prezentować swoje racje, wyjaśniać interesy. Przy udziale mediatora mają za zadanie próbować zbliżyć swoje stanowiska i znaleźć jak najlepsze rozwiązania alternatywne. W czasie między wspólnymi spotkaniami mogą także mieć miejsce indywidualne rozmowy strony z mediatorem. Dzieje się tak najczęściej wtedy, gdy nastąpi blokada we wzajemnych rozmowach i strony nie potrafią przejść dalej, do kolejnych rozmów. Mediator podczas oddzielnych spotkań pomaga przewyciężyć chwilowy kryzys, wysłuchuje stronę, a następnie próbuje przedstawić stronom ich wspólne interesy.

- W fazie końcowej następuje rozwiązanie sporu i zawarcie ugody albo, jeżeli nie udało się znaleźć satysfakcjonującego rozwiązania, oświadczenie mediatora o niepowodzeniu mediacji bądź wycofaniu się z niej przez strony. Jeżeli mediacja kończy się zawarciem ugody, może być ona następnie zatwierdzona przez sąd, przez co nabiera mocy prawnej ugody zawartej przed sądem.

Regulacje prawne dotyczące mediacji gospodarczej w Polsce

Mediacja jako instytucja umożliwiająca rozwiązywanie sporów cywilnych, w tym w sprawach gospodarczych, została wprowadzona do polskiego prawa ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw³⁴. Przez ostatnie 10 lat liczba ugód zawieranych w wyniku podjętych mediacji była jednak stosunkowo niewielka w porównaniu do wszystkich spraw rozpoznawanych w tym czasie przez sądy³⁵. Dlatego zarówno w celu upowszechnienia wykorzy-

³⁴ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 172, poz. 1438).

³⁵ W 2014 roku do sądów wpłynęło około 15 mln spraw, z których do mediacji teoretycznie kwalifikowałyby się ok. 1,1 mln. Tymczasem skierowano do niej zaledwie 8 tys. spraw, z czego zawarto ok. 1,5 tys. ugód. A. Torbus (red.), *Mediacja w sprawach gospodarczych. Praktyka – teoria – perspektywy*, Warszawa 2015, s. 6.

stania tej instytucji, zwłaszcza pomiędzy przedsiębiorcami, jak i usprawnienia przebiegu procesów sądowych w sprawach gospodarczych została opracowana ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów, która w znacznym stopniu zmienia zasady prowadzenia mediacji³⁶.

Zgodnie z art. 183¹ k.p.c. przystąpienie do mediacji jest nadal dobrowolne i zależy od decyzji strony. Jednakże na podstawie dodanego nowelizacją art. 210 § 2² k.p.c. sąd ma obowiązek pouczenia stron o możliwości ugodowego rozwiązania sporu. Ponadto na podstawie znowelizowanego art. 10 k.p.c. w sprawach, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd na każdym etapie postępowania ma dążyć do ich ugodowego załatwienia, w szczególności nakłaniając do mediacji uczestniczące w nim strony. Natomiast w myśl art. 183⁸ § 1 k.p.c., jeżeli sąd uzna to za właściwe, na każdym etapie postępowania może skierować strony do mediacji i – co równie ważne – może tego dokonać wielokrotnie w trakcie postępowania³⁷.

Ustanowienie dla sądu powinności dążenia do przyjęcia ugodowego rozwiązania konfliktu i nakłanianie przez sąd stron do mediacji ma niewątpliwie na celu wzmocnienie i promocję alternatywnych metod rozwiązywania sporów³⁸. Sędzia w trakcie całego procesu, wysłuchując stron i dokonując analizy zabranego materiału, w tym uwzględniającego zaistniałe okoliczności, uzyskał możliwość podjęcia każdorazowo racjonalnej decyzji. Jeżeli zauważy, że pojawiły się szanse na polubowne rozwiązanie sprawy, to zawsze niezależnie od fazy postępowania może umożliwić stronom skorzystanie z mediacji. Jest to możliwe także w sprawach nakazowych i upominawczych, gdyż zgodnie ze zmodyfikowanym art. 183⁸ § 3 k.p.c. również ten rodzaj spraw, o ile skutecznie wniesiono zarzuty, będzie teraz mógł być kierowany do mediacji. Upowszechnianie korzystania z tej metody i wspieranie stron w wyborze mediacji ma stać się zatem jedną z ważniejszych zasad procedowania w sporach cywilnych.

³⁶ Ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów (Dz.U. z 2015 r., poz. 1595).

³⁷ Zgodnie z uprzednim brzmieniem art. 183⁸ k.p.c. sąd mógł skierować strony do mediacji aż do zamknięcia pierwszego posiedzenia wyznaczonego na rozprawę, a po jego zamknięciu mógł tego dokonać tylko na zgodny wniosek stron. Ponadto mógł skierować strony do mediacji tylko raz w toku całego postępowania. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. z 17 grudnia 2013 r., Dz.U. z 2014 r., poz. 101).

³⁸ Por. K. Gajda-Rozczynialska, *Komentarz do art. 10 k.p.c.*, (w:) A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis/el.

Kolejną nowością jest wprowadzenie w art. 187 § 1 pkt 3 k.p.c. obowiązku informowania już w pozwie, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązywania sporu przed skierowaniem sprawy do sądu, a w przypadku, gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia. Niewykazanie tych informacji w pozwie, będzie stanowiło brak formalny pozwu, a nieuzupełnienie ich w wyznaczonym przed sąd terminie będzie podstawą do zwrotu pozwu. Wymóg ten ma w pewnym stopniu zmusić strony do podjęcia rozważań, że istnieją inne możliwości rozwiązania zaistniałego sporu. Warto przy tym zauważyć, że nie został określony sposób, w jaki powód ma wykazać przed sądem, że podjął się próby polubownego rozwiązania istniejącego konfliktu – czy próba oznacza, że każdorazowo przed złożeniem pozwu wystarczy jedynie przedsądowe wezwanie do polubownego załatwienia takiej sprawy, czy też należy zaprosić pozwanego już na konkretne spotkanie do mediatora, czy arbitra.

Przepisy znowelizowanej ustawy wydłużyły również czas trwania mediacji, która jest prowadzona z inicjatywy sądu³⁹. Zgodnie ze znowelizowanym art. 183¹⁰ k.p.c. sąd, kierując strony do mediacji, wyznacza czas jej trwania na okres do trzech miesięcy, a nie jak było uprzednio do miesiąca, przy czym na zgodny wniosek stron lub z innych ważnych powodów termin ten, jeżeli będzie to sprzyjać ugodowemu załatwieniu sprawy może zostać przedłużony. Wyznaczenie trzymiesięcznego terminu ma oczywiście swoje uzasadnienie w fakcie, iż z zasady mediacja powinna toczyć się szybko i umożliwiać rozwiązanie konfliktu w jak najkrótszym czasie. Wydaje się jednak, że głównym powodem wyznaczenia konkretnego czasu na jej przeprowadzenie była chęć realizacji ekonomii procesowej i zapobieżenia przewlekłości postępowania⁴⁰. Zarówno sąd, jak i strony mogłyby bowiem świadomie wydłużać czas mediacji, tylko po to, aby przedłużyć postępowanie i uzyskać zwłokę w ostatecznym rozpoznaniu sprawy. Termin ten, jak słusznie zauważa Rafał Morek: „powinien także w pewien sposób dyscyplinować strony, które w przeciwnym razie mogłyby przedłużać rokowania w ramach mediacji, by do końca walczyć o korzystniejsze

³⁹ W przypadku mediacji umownej zarówno o miejscu, jak i czasie jej trwania decydują oczywiście same strony. Umowa o mediację może zawierać określone warunki i czas prowadzenia mediacji, jednakże są one każdorazowo ustalane przez same zainteresowane strony, dlatego trudno jednoznacznie stwierdzić, ile wynosi przeciętny czas prowadzenia tego rodzaju mediacji. Można jednak przyjąć, że najczęściej rzeczywisty czas trwania mediacji wynosi od 3 godzin do 30 dni, VIII część cyklu *Prawo dla menedżera*, CD – „Puls Biznesu” z 2.02.2004 r.

⁴⁰ Por. M. Malczyk, *Komentarz do art. 183¹⁰ k.p.c.*, (w:) A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis/el.

dla siebie rozwiązanie”⁴¹. Powyższy przepis ustala czas trwania mediacji, jednak nie wskazuje od jakiego momentu należy liczyć ten trzymiesięczny okres. Wydaje się więc, że analogicznie do art. 183⁶ § 1 k.p.c. chwilą wszczęcia mediacji jest moment doręczenia mediatorowi odpisu postępowania sądu o skierowanie sprawy do mediacji⁴². Warto ponadto zauważyć, iż ustawa nie precyzuje czasu, na jaki mediacja może zostać przedłużona na zgodny wniosek stron. Ustawodawca zakłada bowiem, że to strony najlepiej znają wszystkie okoliczności danej sprawy i mogą dokładniej przewidywać, ile czasu potrzebują na znalezienie wspólnego rozwiązania. Nie znaczy to, że sąd jest takim wnioskiem stron związany. Za każdym razem, kiedy zauważy, że wniosek ma na celu jedynie przedłużenie postępowania, może się do niego nie przychylić, jednakże w praktyce są to sytuacje wyjątkowe⁴³.

Jeżeli chodzi o mediację przedsądową, to zgodnie z art. 183⁶ § 3 k.p.c., w przypadkach opisanych w § 2 pkt 1–3 k.p.c., czyli takich w których mimo czynności podjętych prawidłowo przez wierzyciela do mediacji z powodów od niego niezależnych nie dochodzi, to jeżeli strona wytoczy powództwo o roszczenie, które było objęte wnioskiem o przeprowadzenie mediacji, w terminie trzech miesięcy od dnia, w którym mediator lub druga strona złożyli oświadczenie powodujące, że mediacja nie została wszczęta, albo jeżeli takiego oświadczenia nie złożyli od następnego dnia po upływie tygodnia od dnia doręczenia wniosku o przeprowadzenie mediacji, to w odniesieniu do tego roszczenia zostają zachowane skutki przewidziane dla wszczęcia mediacji. Nowelizacja wydłużyła zatem czas, jaki wierzyciel ma na wystąpienie na drogę sądową. Wielokrotnie bowiem zdarzały się sytuacje, gdy mediator lub strona przeciwna pozostawali bierni, a wierzyciel, nie otrzymując żadnej odpowiedzi, w obawie o przedawnienie roszczenia, wybierał drogę sądową nawet w sytuacjach, w których istniała możliwość polubownego rozwiązania sporu⁴⁴.

Nowelizacja podkreśliła ponadto aktywną rolę stron. W myśl art. 183⁹ § 1 k.p.c. uzyskały one pierwszeństwo przy wyborze mediatora i dopiero,

⁴¹ R. Morek, *Mediacja i arbitraż*, Warszawa 2006, s. 77.

⁴² Ibidem.

⁴³ Por. K. Piasecki (red.), *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 2006, t. I, s. 752.

⁴⁴ Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów. Druk nr 3432, s. 17, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3432> (18.01.2016).

gdy nie dokonają takiego wyboru, mediatora wyznaczy kierujący je do mediacji sąd.

Odnosnie samego mediatora to na podstawie art. 183⁹ § 2 k.p.c. uzyskał on prawo do zapoznania się z aktami sprawy zaraz po przystąpieniu stron do mediacji, chyba że strona w terminie tygodnia od dnia ogłoszenia lub doręczenia postanowienia kierującego strony do mediacji nie wyrazi na to zgody. Równocześnie wprowadzono wymagania dotyczące kwalifikacji dla stałych mediatorów. Zgodnie z dodanym do ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych art. 157a stałym mediatorem może być osoba fizyczna, która: ma pełną zdolność do czynności prawnych i korzysta w pełni z praw publicznych, nie jest sędzią, z wyjątkiem sędziów w stanie spoczynku, ma wiedzę i umiejętności w zakresie prowadzenia mediacji, ukończyła 26 lat, zna język polski, nie była prawomocnie skazana za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe i została wpisana na listę stałych mediatorów prowadzoną przez prezesa sądu okręgowego⁴⁵.

Ponadto stosownie do art. 183^{3a} k.p.c., stanowiącego pewną ingerencję w sposób prowadzenia procesu mediacji, mediator, prowadząc mediację, będzie mógł wykorzystywać różne metody zmierzające do polubownego rozwiązania sporu, w tym wspierać strony w formułowaniu przez nie propozycji ugodowych, a na ich zgodny wniosek wskazać możliwe sposoby rozwiązania sporu, które nie będą jednak dla stron wiążące. Ustawodawca uznał zatem, że strony, o ile o to zgodnie wystąpią, a mediator zgodzi się na taką formułę, powinny mieć możliwość otrzymania od niego propozycji możliwych rozwiązań istniejącego sporu. Tego rodzaju podejście w znacznym stopniu rozwiewa istniejące wcześniej wątpliwości co do modelu mediacji, który może być zastosowany w postępowaniu. Dotychczas bowiem mimo niesformalizowanej procedury mediacji nie było jednoznaczne, czy mediator może stosować ewaluatywny model mediacji i w trakcie spotkań ze stronami dokonywać analizy sytuacji faktycznej i prawnej, oceniać i komentować argumenty, jak też zgłaszać swoje propozycje rozwiązania sporu, czy też dopuszczalny jest jedynie model klasyczny, w którym mediator jedynie wspomaga strony, ale sam nie wypowiada żadnych ocen czy propozycji.

Przyjęta nowelizacja wzmocniła również jedną z najważniejszych cech, jaka decyduje o rozwoju i popularności tej metody rozwiązywania sporów,

⁴⁵ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz.133 ze zm.).

wyrażoną w art. 183⁴ k.p.c. zasadę niejawności postępowania⁴⁶. Jak stwierdził Sylwester Pieckowski: „ochrona osoby mediatora i innych osób uczestniczących w postępowaniu mediacyjnym przed wezwaniem tych osób do zeznawania przed sądem w charakterze świadka jest jednym z podstawowych zadań i celów regulacji mediacji cywilnej w formie ustawy (...) i stanowi fundament postępowania mediacyjnego”⁴⁷. Niezależnie bowiem od rodzaju spraw, w jakich prowadzona jest mediacja, jej powodzenie, czyli znalezienie przez strony zadowolającego je rozwiązania i wspólne wypracowanie warunków ugody, zależy od faktu, czy strony są w stanie szczerze i otwarcie ze sobą rozmawiać⁴⁸. Skuteczność i popularność mediacji opierają się na otwartości i „bezpieczeństwie dialogu”, jaki gwarantuje właśnie zasada poufności postępowania. W trakcie rozmów, czy to na spotkaniach indywidualnych strony z mediatorem, czy na wspólnych rozmowach, strony, aby ukazać swoje stanowiska, przedstawiają wiele istotnych faktów, informacji, które, gdyby sprawa toczyła się w postępowaniu sądowym, nie zostałyby ujawnione. Świadczyć mogą o tym ugody zawierane po przeprowadzonej mediacji dotyczące często spraw, które w żadnym wypadku nie zostałyby uregulowane w drodze postanowienia sądu⁴⁹. Prawdziwe przyczyny sporu są bowiem często odmienne od zarzutów, jakie wynikają z treści pozwu. Dopiero w otwartej rozmowie, w której strony nie boją się ujawniać szczegółów swojego postępowania, uwidaczniają się realne i główne zarzewia istniejących konfliktów.

Opisywana zasada niejawności miała przez ostatnie 10 lat pewne ograniczenia, w głównej mierze dotyczyła tylko i wyłącznie mediatora, który bez zgody strony nie mógł uzyskanych w trakcie postępowania informacji przekazać zarówno drugiej stronie, jak i osobom trzecim. Od 1 stycznia 2016 r.

⁴⁶ W pierwotnym tekście ustawy przygotowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego, powyższy art. brzmiał: „postępowanie mediacyjne jest poufne”. Jak stwierdza Ewa Gmurzyńska, możliwe jest, że „zmiana ta miała na celu wprowadzenie takich określeń, które funkcjonują w procedurze cywilnej, a być może z obaw wiążących się z tym, że publiczny charakter postępowania przed organami sądowymi chroni strony przed wymiarem sprawiedliwości sprawowanym w tajemnicy”. E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce*, Warszawa 2007, s. 373.

⁴⁷ S. Pieckowski, *Mediacja w sprawach cywilnych*, Warszawa 2006, s. 37.

⁴⁸ Por. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *KPC Komentarz*, t. I, Warszawa 2006, s. 419.

⁴⁹ W przypadku mediacji gospodarczej mogą to być dłuższe terminy gwarancyjne, inny tryb informowania o planach kontrahenta, częstotliwość i podział kosztów wspólnych szkoleń między zależnymi spółkami itp.

zgodnie z art. 183⁴ § 2 k.p.c. rozszerzono krąg osób, które są obowiązane do zachowania w tajemnicy faktów, o których dowiedziały się w związku z prowadzeniem mediacji również o strony postępowania, jak i inne osoby biorące udział w postępowaniu mediacyjnym. W mediacjach często uczestniczą bowiem pełnomocnicy stron, pracownicy danego przedsiębiorstwa, zapraszani są eksperci, czy też członkowie rodziny strony. Objęcie zasadą poufności wszystkich możliwych uczestników może pomóc wzmocnić zaufanie do tej instytucji⁵⁰. Opisana zasada ma nie tylko umożliwić stronom prowadzenie otwartych rozmów, ale także stanowić zabezpieczenie równego traktowania stron w postępowaniu mediacyjnym. Jest to postępowanie niesformalizowane, dlatego też strony, przekazując różnego rodzaju informacje czy składając oświadczenia, mają pewność, że nie będą przez nie w żaden sposób w przyszłości dyskryminowane. Niejawność postępowania jest także istotna z tego względu, że nie narusza pozycji strony w otoczeniu. Niezależnie bowiem, czy sprawa, której dotyczy mediacja, jest sprawą dotyczącą niewielkich przedsiębiorstw o podłożu rodzinnym, czy też dotyczy działań dużych koncernów, poufność mediacji gwarantuje, że dany spór będzie rozwiązywany bez rozgłosu. Jest to ważne zarówno dla poszczególnych indywidualnych, uczestników mediacji, którzy mają pewność, że o sprawie nie dowie się nikt z ich najbliższego otoczenia, ale także dla dużych przedsiębiorstw, które unikną w ten sposób negatywnego rozgłosu⁵¹. Zachowanie tajemnicy dotyczy zarówno mediacji, które zakończyły się zawarciem ugody, ale przede wszystkim tych, które nie zostały zakończone sukcesem. Tego rodzaju postępowań dotyczy właśnie art. 183⁴ § 3 k.p.c. Stanowi on, że: „bezskuteczne jest powoływanie się w toku postępowania przed sądem lub sądem polubownym na propozycje ugodowe, propozycje wzajemnych ustępstw lub inne oświadczenia składane w postępowaniu mediacyjnym”. Strony mogą bowiem próbować wykorzystać ujawnione w trakcie mediacji informacje, aby zdyskredytować przeciwnika,

⁵⁰ Warto zauważyć, że konsekwencje powyższej zasady zachowania tajemnicy, dotyczą jednak jedynie mediatora, któremu w myśl art. 259¹ k.p.c. zakazane jest występowanie w roli świadka co do faktów, o których dowiedział się w związku z prowadzeniem mediacji, chyba że strony zwolnią go z obowiązku zachowywania tajemnicy.

⁵¹ Niektóre powszechnie znane firmy, mimo iż sprawa ma duże szanse na wygraną w procesie sądowym, decydują się na rozwiązanie sporu za pomocą mediacji. Nawet bowiem, jeżeli wygrają w sądzie, sprawa, która zostanie rozgłoszona przez media, zostanie zapamiętana przez potencjalnych klientów, a tego rodzaju reklama przedsiębiorstwa nie jest w żadnym wypadku pożądana. Na podstawie seminarium *Mediacje i negocjacje prawnicze* „Edukacji Prawniczej”.

a przez to wzmocnić swoją pozycję. Powyższy przepis na szczęście unie-
możliwia tego rodzaju zachowania, gdyż nawet jeżeli strona ujawni pod-
czas rozprawy „tajne informacje”, sąd i tak nie weźmie ich pod uwagę.

Mediacja jest ze swej natury postępowaniem dobrowolnym, toteż w art.
183⁵ k.p.c. przyjęto ogólną zasadę, że niezależnie czy mediacja prowadzona
jest z inicjatywy strony, czy też na podstawie skierowania sądu, wynagro-
dzenie mediatora i zwrot wydatków obciążają strony. Z tego powodu dość
istotna wydaje się zmiana wprowadzona w art. 5 ust. 1 pkt 11 u.k.s.c., zgod-
nie z którą koszty mediacji prowadzonej na skutek skierowania przez sąd
od 1 stycznia 2016 roku stanowią wydatek⁵². Nowelizacja pozwoli więc na
całkowite bądź częściowe zwolnienie strony od kosztów mediacji, a wyna-
grozdzenie mediatora będzie wypłacane ze środków Skarbu Państwa. W do-
tychczasowym stanie prawnym taka możliwość nie istniała, co stanowiło
dużą barierę w rozwoju tej instytucji. Podmioty czy osoby, zwłaszcza te
niezamożne, które kwalifikowały się do zwolnienia od kosztów sądowych,
często nie decydowały się na mediację nie z powodów merytorycznych,
ale głównie dlatego, że zmuszone były pokrywać jej koszty we własnym
zakresie. Oczywiście istnieje możliwość, aby mediator wyraził zgodę na pro-
wadzenie mediacji bez wynagrodzenia, jednakże w praktyce jest to dość
rzadko spotykane, głównie dlatego, że mediatorzy prowadzący postępo-
wanie wykonują to w ramach swojej działalności zarobkowej, a nie jako
działalność charytatywną⁵³.

Wysokość wynagrodzenia mediatora w przypadku mediacji prowadzo-
nej z inicjatywy strony jest określana w umowie zawieranej między stro-
nami a mediatorem, bądź też strony akceptują wysokość wynagrodzenia
mediatora w momencie, kiedy wyrażają zgodę na przeprowadzenie me-
diacji w danym ośrodku mediacyjnym, które z kolei mają najczęściej stałe
taryfy opłat⁵⁴. Jeżeli jednak wynagrodzenie mediatora nie zostało w żaden
sposób ustalone, można je określić w drodze postępowania sądowego,
stosując odpowiednio art. 735 § 2 k.c., czyli wyznaczyć wynagrodzenie
odpowiadające wykonanej pracy.

⁵² Art. 5 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych
(t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1025) – w skrócie u.k.s.c.

⁵³ Stosując wykładnię językową art. 183⁵ k.p.c. można stwierdzić, że w przypadku, kiedy
mediator dobrowolnie rezygnuje z wynagrodzenia, nadal ma prawo do zwrotu
wydatków związanych z przeprowadzeniem mediacji, ustawa bowiem przewiduje
jedynie możliwość zrzeczenia się wynagrodzenia, a nie zwrotu wydatków. Zob.
T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *KPC Komentarz...*, s. 421.

⁵⁴ Zob. M. Pazdan, *O mediacji...*, s. 19.

W przypadku mediacji ze skierowania sądu na podstawie art. 98¹ § 4 k.p.c. wysokość wynagrodzenia mediatora, w tym mediatora stałego, za prowadzenie postępowania mediacyjnego wszczętego na podstawie skierowania sądu i podlegające zwrotowi wydatki, biorąc pod uwagę rodzaj sprawy i wartość przedmiotu sporu oraz sprawny przebieg postępowania mediacyjnego, ustalona została w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2005 r. i wynosi:

- w sprawach o prawa majątkowe 1 procent wartości przedmiotu sporu, nie mniej niż 30 zł i nie więcej niż 1000 zł za całość postępowania,
- w sprawach, w których nie ma możliwości określenia wartości przedmiotu sporu oraz w sprawach o prawa niemajątkowe, wynagrodzenie mediatora za pierwsze posiedzenie mediacyjne wynosi 60 zł, a za każde następne 25 zł⁵⁵.

Ponadto, jeżeli sąd upoważnił mediatora do zapoznania się z aktami sprawy, jego wynagrodzenie podwyższa się o 10 procent. Zwrotowi podlegają także poniesione przez mediatora niezbędne wydatki, takie jak koszty przejazdów, czy zawiadomienia stron, zakup materiałów biurowych, czy też wynajem pomieszczenia na przeprowadzenie mediacji⁵⁶. Wysokość powyższych stawek ma pozwolić mediatorowi na osiągnięcie godziwego, odpowiadającego roli mediatora wynagrodzenia⁵⁷. Jak jednak łatwo zauważyć, stawki i wynagrodzenie mediatora w żaden sposób nie są uzależnione od rodzaju sprawy i jej skomplikowania⁵⁸.

⁵⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2005 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 218).

⁵⁶ Maksymalna wysokość zwracanych wydatków za wynajem pomieszczenia na jedno posiedzenie wynosi 50 zł. Informacja o postępowaniu mediacyjnym w sprawach cywilnych, gospodarczych, z zakresu prawa pracy, Ministerstwo Sprawiedliwości, <https://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/publikacje-akty-prawne-statystyki> (14.01.2016).

⁵⁷ Uzasadnienie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2005 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym (Dz.U. Nr 239, poz. 2018), cyt. za: Projekt rozporządzenia z dnia 27 marca 2006 r., zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym, <https://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/spoleczna-rada-ds-alternatywnych-metod-rozwiazywania-konfliktow-i-sporow/kadencja-i/> (15.01.2016).

⁵⁸ Słuszne więc stwierdza S. Pieckowski, że: „w odniesieniu do dużych, złożonych spraw gospodarczych z elementem międzynarodowym, np. sporu inwestycyjnego, gdzie samo zapoznanie się z dokumentacją musi zająć mediatorowi wiele godzin, a postępowanie mediacyjne może wymagać przeprowadzenia kilkunastu lub

W przypadku mediacji umownej, która nie doprowadzi do zawarcia ugody, bądź też ugoda nie zostanie zatwierdzona przez sąd, a strony zdecydują się skierować sprawę na drogę sądową w ciągu trzech miesięcy od zakończenia mediacji lub uprawomocnienia się postanowienia o odmowie zatwierdzenia zawartej ugody na podstawie art. 98¹ § 2 k.p.c., koszty takiej mediacji w wysokości nieprzekraczającej czwartej części opłaty wejdą w skład kosztów procesu. Jeżeli do mediacji strony zostały skierowane przez sąd, koszty mediacji zawsze w całości wchodzi w skład niezbędnych kosztów procesu i zostaną rozdzielone między strony stosownie do wyniku postępowania. Strona przegrywająca sprawę w sądzie obowiązana jest bowiem na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. na żądanie drugiej strony zwrócić jej koszty mediacji. Jeżeli jednak ugoda zostanie zawarta, koszty takiej mediacji znoszą się wzajemnie, chyba że strony skierowane do mediacji przez sąd postanowią rozdzielić je w inny sposób⁵⁹. Ponadto, aby zachęcić jak największą liczbę uczestników postępowań sądowych do skorzystania z mediacji, nawet wówczas, gdy sprawa trafiła już do sądu, w myśl art. 79 u.k.s.c., jeżeli zawrą oni ugodę w trakcie toczącego się już postępowania, sąd z urzędu zwróci stronie trzy czwarte uiszczonych opłaty.

Kolejne zmiany mające na celu zachęcenie stron do podjęcia procedury mediacyjnej to z jednej strony znowelizowany art. 95 ust. 1 u.k.s.c., na podstawie którego wniosek o zatwierdzenie ugody pozasądowej zawartej przed mediatorem został zwolniony od opłaty sądowej. Natomiast z drugiej strony nowelizacja art. 103 § 2 k.p.c., zgodnie z którą sąd niezależnie od wyniku sprawy może obciążyć stronę, która w nieuzasadniony sposób odmówiła poddania się mediacji, częścią kosztów wywołanych jej niesummiennym lub niewłaściwym postępowaniem. Omawiany przepis stanowi wyjątek od wyrażonej w art. 98 k.p.c. zasady odpowiedzialności za wynik procesu, dlatego też, aby możliwe było jego zastosowanie, konieczne jest istnienie winy kwalifikowanej w postaci szczególnie niesummiennego, niezgodnego z dobrymi obyczajami postępowania⁶⁰. Za nieuzasadnioną odmowę nie można zatem uznać sytuacji, w której strona, która ostatecznie w całości wygrała postępowanie, nie poddała się mediacji, gdyż była przekonana co do swoich racji, bądź też gdy strona odmówiła poddania

kilkudziesięciu sesji mediacyjnych, poziom maksymalnego wynagrodzenia mediatora na poziomie 1000 zł jest po prostu rażąco niewspółmierny” S. Pieckowski, *Mediacja...*, s. 30.

⁵⁹ Art. 104¹ k.p.c.

⁶⁰ Por. H. Ciepla, *Komentarz do art. 103 k.p.c.*, (w:) K. Piasecki, A. Marciniak (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2014, Legalis/el.

się mediacji w trakcie procesu, bo przed wytoczeniem powództwa na jej próbę dążenia do polubownego rozwiązania sporu otrzymała odmowę od strony przeciwnej⁶¹. Dotychczas nałożenie takich kosztów postępowania przeciwko stronie odmawiającej poddania się mediacji było możliwe jedynie w przypadku, gdy strona ta uprzednio na mediację wyraziła zgodę.

Ponadto w odpowiedzi na jeden z częściej spotykanych zarzutów stawianych podmiotom mającym wpływ na popularyzację procedury mediacji, w szczególności profesjonalnym pełnomocnikom, którzy często jedynie z powodów pragmatycznych (ekonomicznych) nie zachęcali do niej swoich klientów, znowelizowany został art. 109 § 2 k.p.c.⁶². Sąd przy ustalaniu wysokości kosztów poniesionych przez stronę reprezentowaną przez pełnomocnika, w obecnym stanie prawnym weźmie pod uwagę niezbędny nakład pracy pełnomocnika, w tym czynności podjęte w celu polubownego rozwiązania sporu, również te przed wniesieniem pozwu. Zaangażowanie pełnomocników w mediację znajdzie zatem odzwierciedlenie w zasądzanym w postaci kosztów zastępstwa procesowego honorarium, co niewątpliwie choć w części wpłynie na nastawienie adwokatów, radców prawnych, czy rzeczników patentowych do mediacji i zachęci do korzystania z polubownych sposobów rozwiązywania sporów⁶³.

Do szerszego stosowania mediacji może przyczynić się również umocowanie prawne funkcji koordynatora ds. mediacji. Zgodnie z dodanym art. 16a ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych zarówno koordynator do spraw mediacji w sądach okręgowych, jak i wykonujący te zadania w sądach rejonowych na obszarze właściwości danego sądu okręgowego ma wykonywać działania na rzecz rozwoju mediacji, zapewniać sprawną komunikację pomiędzy sędziami i mediatorami oraz stałymi mediatorami, a także współpracować przy organizowaniu spotkań informacyjnych⁶⁴. Koordynatorzy do spraw mediacji, którymi są zarówno sędziowie, kuratorzy, jak i referendarze sądowi, działają w sądach

⁶¹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy..., s. 8.

⁶² Jak zauważył na Europejskim Kongresie MŚP w Katowicach przewodniczący podkomisji stałej ds. nowelizacji prawa cywilnego Robert Maciaszek: „Jedynie niebezpieczeństwo widzę w zachowaniu samych prawników, którzy kierując sprawę do mediacji, *de facto* nie zarabiają, a więc mogą być sceptyczni wobec tego rozwiązania”, J. Styczyński, *Mediacje zamiast sądu? Od stycznia zaczną obowiązywać nowe przepisy*, „Gazeta Prawna”, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/899744,mediacje-zamiast-sadu-od-stycznia-zaczna-obowiazrywac-nowe-przepisy.html> (14.01.2016).

⁶³ Por. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy..., s. 13.

⁶⁴ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 133, ze zm.).

rejonowych, okręgowych i apelacyjnych już od 2010 roku. Do tej pory jednak ich status i funkcjonowanie w strukturze sądów nie były formalnie określone, a wykonywane zadania nie posiadały podstawy prawnej⁶⁵.

Zakończenie

Podsumowując przedstawione rozważania, można zgodzić się z Stephenem J. Ware, który stwierdził, że „w większości sporów istnieje przynajmniej jedno rozwiązanie, które jest lepsze niż kontynuowanie sporu przed sądem”⁶⁶. Przyjęte w postępowaniach mediacyjnych rozwiązania oczywiście z samej natury mogą różnić się i często znacznie różnią się od tych, jakie zapadłyby, gdyby orzekał o nich sąd. Zarówno mediacja, jak i inne instytucje alternatywne dają bowiem niemal nieograniczone możliwości takiego ukształtowania postępowania, by najlepiej odpowiadało ono typowi i specyfice rozstrzyganych spraw oraz w najszerszym zakresie respektowało interesy stron⁶⁷. W prawie procesowym istotne jest ustalenie prawdy obiektywnej, co wyraża się między innymi w uregulowaniach proceduralnych określających obowiązki organów, świadków, biegłych⁶⁸. Natomiast w postępowaniu mediacyjnym poznanie prawdy materialnej nie stanowi obowiązującej zasady i jest jedynie środkiem ułatwiającym komunikację między stronami. W wielu postępowaniach mediacyjnych nie jest istotne ustalenie faktu, kto w przeszłości „zawinił”, ale ustalenie właściwych stosunków i kooperację stron w przyszłości⁶⁹. Dlatego też osoby, które przy ocenie prawa czy instytucji kierują się jedynie kryterium sprawiedliwości w znaczeniu legalności, często nie są przekonane o słuszności mediacji⁷⁰. Celem mediacji nie jest bowiem znalezienie rozwiązania, które będzie jedynie zgodne z obowiązującym prawem, ale jest nim znalezienie rozwiązania, które będzie sprawiedliwe, zgodnie z regułą sprawiedliwości rozdzielczej, czyli zasadą „każdemu według jego potrzeb”⁷¹. Postępowanie mediacyjne ma umożliwić

⁶⁵ Obecnie jest 110 koordynatorów. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy..., s. 38.

⁶⁶ S.J. Ware, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, 2001, s. 207.

⁶⁷ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 190.

⁶⁸ J. Oniszczyk, *Stosowanie prawa*, Warszawa 2000, s. 88.

⁶⁹ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 189.

⁷⁰ J. Stelmach, *Prawo wobec wartości*, (w:) R. Sarkowicz, J. Stelmach (red.), *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 187.

⁷¹ Więcej na temat pojęcia sprawiedliwości według systematyki zaproponowanej przez Arystotelesa, czyli podziału na sprawiedliwość: legalną, rozdzielczą i wyrównawczą,

stronom znalezienie rozwiązania, które jest w danej sytuacji dobre i sprawiedliwe według ich opinii, czyli takie, które zaspokoi ich własne, wewnętrzne poczucie sprawiedliwości⁷². Mediacja jest niewątpliwie dobrą alternatywą dla postępowań przed sądem i powinna w coraz większym stopniu uzupełniać istniejący system rozwiązywania konfliktów, tak aby w sądach były rozpoznawane głównie te sprawy, których mimo podjętej próby nie udało się bez udziału sędziego rozwiązać wcześniej. Czy tak się jednak stanie, czas pokaże...

Akty prawne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/EC z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.U. L 136/3 z 24 maja 2008 r.).
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.).
- Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 382).
- Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 295 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm.).
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 133, ze zm.).
- Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1647).
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 270).
- Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1025).
- Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 172, poz. 1438).

zob. Ch. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959; S. Tkacz, *Rozumienie sprawiedliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Katowice 2003; Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992.

⁷² Zdarzają się zatem mediacje, w których przedsiębiorcy wspólnie ze swoimi dłużnikami ustalają nowe regulacje w umowie, przedłużają wzajemne gwarancje czy terminy spłaty.

Ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów (Dz.U. z 2015 r., poz. 1595).

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2005 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym, (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 218).

Bibliografia

- Błaszczak Ł., *Mediacyjne rozwiązywanie sporów*, „Rzeczpospolita”, 25.08.2005.
- Brown L., *Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions*, „Conciliation Court Review” 1982.
- Calkins R.M., *Mediation: A Gentler Way*, „South Dakota Law Review” 1996, 41.
- Cetera M., *Szansa nie w pełni wykorzystana*, „Gazeta Prawna”, 16.11.2005.
- Ciepla H., *Komentarz do art. 103 k.p.c.*, (w:) K. Piasecki, A. Marciniak (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2014, Legalis/el.
- Erciński T., Gudowski J., Jędrzejewska M., *KPC Komentarz*, t. I, Warszawa 2006.
- Gajda-Rozczynalska K., *Komentarz do art. 10 k.p.c.*, (w:) A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis/el.
- Gmurzyńska E., *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce*, Warszawa 2007.
- Gmurzyńska E., Morek R., *Mediacje. Teoria i praktyka*, Warszawa 2014.
- Gonera K., *Mediacja według projektu zmian Kodeksu postępowania cywilnego*, (w:) G. Goździewicz (red.), *Arbitraż i mediacja w prawie pracy*, Lublin 2005.
- Huryń V., Referat wygłoszony podczas seminarium Mediacje i negocjacje prawnicze „Edukacji Prawniczej”, które odbyło się w Warszawie 18.10.2006 r.
- Kmieciak Z., *Mediacja i concyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004.
- Leszczyński L., *Zjawiska prawne w kulturze społeczeństw Japonii*, „Studia Prawnicze” 1991, 1.
- Lewicki R.J., Barry B., Saunders D.M., Minton J.W., *Negotiation*, New York 2003.
- Malczyk M., *Komentarz do art. 183¹⁰ k.p.c.*, (w:) A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis/el.
- Monroe D., *Japan's Lawyers: the Path to Admission to the Bar in Japan*, „International Legal Practitioner”, March 2002.
- Moore Ch.W., *The mediation process. Practical strategies for resolving conflict*, San Francisco 1996.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000.
- Morek R., *Mediacja i arbitraż*, Warszawa 2006.
- Oniszczyk J., *Stosowanie prawa*, Warszawa 2000.
- Pazdan M., *O mediacji i projekcie jej unormowania w Polsce*, „Rejent”, 2004, 2.
- Perelman Ch., *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959.
- Piasecki K. (red.), *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 2006.
- Pieckowski S., *Mediacja w sprawach cywilnych*, Warszawa 2006.

- Przybyła-Basista H., *Proces mediacji rodzinnych – od teorii do praktyki*, „Mediator” 2002, 21.
- Rękas A., *Mediacja w polskim prawie karnym*, Warszawa 2004.
- Riskin L., *Understanding Mediators Orientations Strategies and Techniques Grid For the Perplexed*, „Harvard Negotiating Law Review” 1996, 7.
- Roberts M., *A–Z of Mediation*, New York 2014.
- Roger R., Patterson J., *Dispute in the World of Alternatives*, „Catholic University Law Review” 1988, 37.
- Smoktunowicz E. (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, Białystok–Warszawa 2000.
- Stathopoulou M., *Cross-Language Mediation in Foreign Language Teaching and Testing*, Bristol–Buffalo–Toronto 2015.
- Stelmach J., *Prawo wobec wartości*, (w:) R. Sarkowicz, J. Stelmach (red.), *Teoria prawa*, Kraków 1996.
- Tkacz S., *Rozumienie sprawiedliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Katowice 2003.
- Torbus A. (red.), *Mediacja w sprawach gospodarczych. Praktyka – teoria – perspektywy*, Warszawa 2015.
- Vogel F.E., *Islamic Law and Legal System*, Leiden–Boston–Köln 2000.
- Wach A., *Alternatywne formy rozwiązywania sporów sportowych*, Warszawa 2005.
- Ware S.J., *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, 2001.
- Wrześniewski P., *Mediacja zamiast sądu*, „Rzeczpospolita”, 6.12.2005.
- Ziemiński Z., *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992.

Inne źródła

- Uzasadnienie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2005 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym (Dz.U. Nr 239, poz. 2018).
- Projekt rozporządzenia z dnia 27 marca 2006 r., zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym, <https://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/spoleczna-rada-ds-alternatywnych-metod-rozwiazywania-konfliktow-i-sporow/kadencja-i/>, (15.01.2016).
- A. Olszewska, J. Żylińska-Imiołek, *Mediacje, czyli konflikt bez przemocy*, http://www.mgip.gov.pl/eGazeta/Archiwum/Moim+zdaniem/mediacje_moimzdaniem.htm, (16.02.2007).
- Prawo dla menedżera*, CD – „Puls biznesu”, 2.02.2004.
- Krajowe Stowarzyszenie Mediatorów, <http://www.mediacje-ksm.pl/124/>, (18.11.2006).
- Jakub Styczyński, *Mediacje zamiast sądu? Od stycznia zaczną obowiązywać nowe przepisy*, „Gazeta Prawna”, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/89974-4,mediacje-zamiast-sadu-od-stycznia-zaczna-obowiazywac-nowe-przepisy.html> (14.01.2016).
- Informacja o postępowaniu mediacyjnym w sprawach cywilnych, gospodarczych, z zakresu prawa pracy, Ministerstwo Sprawiedliwości,

<https://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/mediacje/publikacje-akty-prawne-statystyki>,
(14.01.2016).

Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów. Druk nr 3432.

<http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3432>, (18.01.2016).

MATEUSZ WALCZYŃSKI

Pozycja prawna nabywcy wobec dewelopera w ustawie o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego¹

Powstanie działalności deweloperskiej w Polsce nastąpiło pod koniec lat 80. XX wieku. Przyczyny społeczno-gospodarcze i zmiany regulacji prawnych spowodowały niepoślednie zmiany w obrębie budownictwa mieszkaniowego. Poprzez wprowadzenie swobody działalności gospodarczej podmioty prywatne, działające w celach komercyjnych zaczęły przejmować czynności z branży budowlanej. Organizatorem przestało być państwo, którego zadania objęli uczestnicy rynku. Przyniosło to dynamiczny rozwój modelu deweloperskiego, który obecnie odgrywa istotną rolę w budownictwie mieszkaniowym oraz w tzw. budownictwie komercyjnym. Bardzo dobrym odzwierciedleniem tej sytuacji są wyniki badań przeprowadzonych przez Główny Urząd Statystyczny, zgodnie z którymi w 2014 roku w Polsce oddano do użytku 143 tys. 373 mieszkań, w tym 58 tys. 882 z nich oddali deweloperzy². Do 29 kwietnia 2012 roku dopuszczalność zawarcia umowy, której przedmiotem jest zobowiązanie dewelopera do wybudowania lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego w celu odpłatnego przekazania go nabywcy, czyli tak zwanej umowy deweloperskiej, była możliwa i wynikała z zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), zgodnie z którą strony miały do wyboru trzy warianty:

¹ Praca magisterska napisana pod kierunkiem prof. zw. dr. hab. Maksymiliana Pazdana, Warszawa 2016.

² Raport GUS, *Budownictwo mieszkaniowe w okresie I–XII 2014 r.*, <http://www.stat.gov.pl> (11.03.2016).

- 1) przyjęcia bez jakichkolwiek modyfikacji określonego typu umowy uregulowanej normatywnie,
- 2) zawarcia tzw. umowy mieszanej, polegającej na połączeniu cech kilku umów nazwanych, przy jednoczesnym wprowadzeniu do niej pewnych odmienności,
- 3) z zachowaniem ograniczeń narzuconych przez art. 353¹ k.c. *in fine*, zawarcia umowy nienazwanej, której treść jest kształtowana według uznania przez strony³.

Od wielu lat pojawiały się postulaty, aby uregulować tę problematykę. W dniu 2 sierpnia 2010 r. Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu⁴, na podstawie art. 4 ust. 2 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym⁵ dostrzegł istnienie luki w prawie, której usunięcie było konieczne dla zapewnienia spójności systemu prawnego i dla urzeczywistnienia wartości konstytucyjnych wyrażonych w art. 76 Konstytucji⁶ przyznającym konsumentom, użytkownikom i najemcom ochronę ze strony władz publicznych przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi, a także w art. 75 ust. 1 Konstytucji, zobowiązującym władze publiczne do prowadzenia polityki sprzyjającej zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych obywateli⁷. Liczne dyskusje oraz spory na temat charakteru prawnego tzw. umowy deweloperskiej były spowodowane brakiem regulacji ustawowej dotyczącej tej materii. Dopuszczalność zawierania tego typu umów w stanie prawnym obowiązującym do 28 kwietnia 2012 r. wynikała z zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.)⁸. Główne elementy owych umów zostały ukształtowane w praktyce obrotu gospodarczego. Mogły być więc one ujęte jako umowy uregulowane w art. 9 ustawy o własności lokali⁹ lub inne umowy zobowiązujące nienazwane¹⁰. Zarówno umowy zawierane w trybie art. 9 u.w.l., jak i umowy zawierane na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, określano zamiennie i niejednoznacznie mianem deweloperskich, realizatorskich albo realizacyjnych.

³ H. Ciepla, B. Szczytowska, *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego i domu jednorodzinnego. Komentarz. Wzory umów deweloperskich i pism*, Warszawa 2012, s. 11.

⁴ Postanowienie TK z dnia 2.08.2010 r., S 3/10, OTK-B 2010, Nr 6, poz. 407.

⁵ Ustawa z dnia 1.08.1997 o Trybunale Konstytucyjnym, Dz.U. 1997 Nr 102, poz. 643 ze zm.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r., Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483.

⁷ Postanowienie TK z dnia 2.08.2010 r., S 3/10, OTK-B 2010, Nr 6, poz. 407.

⁸ H. Ciepla, B. Szczytowska, op. cit, s. 15.

⁹ Ustawa z dnia 24.06.1994 r. o własności lokali, Dz.U. 2000 Nr 80, poz. 903 ze zm.

¹⁰ R. Strzelczyk, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (ustawa deweloperska). Komentarz*, Warszawa 2013.

Ich istotnym elementem było zobowiązanie nabywcy do jednorazowej zapłaty całej ceny, tzn. przed przeniesieniem na jego rzecz własności lokalu, bardzo często jeszcze przed jego wybudowaniem. Zapłaty dokonywano z reguły sukcesywnie, według harmonogramu ustalonego przez strony¹¹. Ustawa o własności lokali nie nakładała obowiązku zawarcia opisywanej umowy w formie aktu notarialnego¹².

Analizy charakteru prawnego tzw. umów deweloperskich zawieranych przed wejściem w życie ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego¹³ dokonał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku kasacyjnego z dnia 9 lipca 2003 r., w którym wskazał, iż umowa deweloperska, na podstawie której nabywca zobowiązany jest do zapłaty całej należności za wybudowanie lokalu, ustanowienie jego odrębnej własności i przeniesienie jej na nabywcę, nie jest umową przedwstępną, o której mowa w art. 389 k.c. Sąd Najwyższy zaznaczył, że taka umowa jest rodzajem umowy nienazwanej, która powstaje z połączenia czynności prawnych dokonywanych w ramach budowlanego procesu inwestycyjnego, gdzie podstawą i przyczyną działania dewelopera jest zamiar przekazania inwestycji użytkownikowi. Zdaniem Sądu Najwyższego możliwość przydzielenia umowie deweloperskiej skutków prawnych właściwych dla odrębnych umów nazwanych będzie zależeć od poziomu jej odrębności w stosunku do tych umów. Im większe zróżnicowanie, tym mniejsze znaczenie przy określeniu skutków prawnych umowy deweloperskiej będzie miało stosowanie przepisów dotyczących podobnych umów nazwanych¹⁴.

Umowa deweloperska jawiła się zatem jako umowa najczęściej jednostronnie gospodarcza, odpłatna, dwustronnie zobowiązująca, wzajemna, konsensualna, kauzalna i kompleksowa, której treść kształtują zazwyczaj obie strony, a także jako umowa rezultatu, w ramach której, w odróżnieniu od umowy starannego działania, deweloper odpowiada za końcowy efekt swoich czynności, a nie tylko dołożenie należytej staranności przy wykonywaniu obowiązków umownych¹⁵. Na niezbędność zapewnienia ochrony konsumentowi, który jest stroną umowy deweloperskiej, zwrócił również

¹¹ Ibidem.

¹² R. Strzelczyk, A. Turlej, *Własność lokali. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 265.

¹³ Ustawa z dnia 16.09.2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, Dz.U. 2011 Nr 232, poz. 1377 ze zm.

¹⁴ Wyrok SN z dnia 9.07.2003 r., IV CKN 305/01, OSNC 2004, Nr 7–8, poz. 130.

¹⁵ I. Weiss, R. Jurga, *Charakter prawny umowy deweloperskiej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”, 1998, 11, s. 4.

uwagę Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), który w Raporcie z kontroli wzorców umownych stosowanych w umowach deweloperskich¹⁶ wskazał, że sytuacja konsumenta na rynku usług budowlanych jest niezadowolająca, a analiza wzorców umów stosowanych przez deweloperów wykazała istniejącą asymetrię pomiędzy stronami umowy. UOKiK wykrył wiele nieprawidłowości, w tym przede wszystkim stosowanie przez deweloperów niedozwolonych postanowień umownych, niejednoznacznych i niezrozumiałych sformułowanych wzorców umownych, a także zawieraniu umów deweloperskich w zwykłej formie pisemnej, a nie w formie aktu notarialnego, co pozbawiało możliwości skutecznego dochodzenia swoich praw przed sądem w przypadku bezzasadnego odstąpienia przez dewelopera od zawarcia umowy czy w razie jego upadłości¹⁷.

Problem zapewnienia ochrony interesów obywateli, którzy byli lub są klientami firm deweloperskich, zainteresował też Rzecznika Praw Obywatelskich, który, działając na podstawie art. 16 ust. 2 pkt 1 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich¹⁸, w piśmie z dnia 6 lipca 2010 r. wskazał, że wyłącznie przepisy o charakterze sektorowym w całościowy sposób regulujące zagadnienia tzw. umowy deweloperskiej oraz praw i obowiązków nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego mogłyby odnieść pozytywny rezultat dla rynku. Przedstawił Prezesowi Rady Ministrów tę materię z prośbą o zbadanie potrzeby podjęcia działań legislacyjnych w omawianym obszarze¹⁹. Trybunał Konstytucyjny w Postanowieniu²⁰ wskazał, iż w istniejącym stanie prawnym niezbędne stało się wprowadzenie takich mechanizmów, które chroniłyby interesy nabywców, ponieważ zdarzały się i zdarzają upadłości firm deweloperskich działających na polskim rynku. Koniecznością więc było stworzenie przepisów chroniących klientów deweloperów. Dotychczasowe dysproporcje w kontraktowej pozycji stron takiej umowy były rażące. Zdaniem Trybunału niezbędne było zatem określenie wzajemnych obowiązków i praw stron, sposobu wykonania umowy oraz odpowiedzialności stron w sytuacji jej niewykonania lub nienależytego wykonania. Bardzo ważne stało się wprowadzenie mechanizmów ochronnych dla kupujących nowe mieszkania w sytuacji, gdy

¹⁶ Raport UOKiK, Warszawa 2007, <http://www.uokik.gov.pl/raporty2.php> (11.03.2016).

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ustawa z dnia 15.07.1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, Dz.U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.

¹⁹ Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 6.07.2010 r., RPO-562607-V/07.

²⁰ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2.08.2010 r., S 3/10, OTK-B 2010, Nr 6, poz. 407.

umowa zobowiązująca lub przedwstępna nie zostały zawarte w formie aktu notarialnego.

Postanowienie to było przyczyną rozpoczęcia wiosną 2011 r. prac zgodnie z kursem proponowanym przez Trybunał Konstytucyjny. Dnia 10 października 2011 r. Prezydent podpisał ustawę deweloperską, która została mu przekazana do podpisu 20 września 2011 r. Weszła ona w życie po upływie *vacatio legis* 29 kwietnia 2012 r., zmieniając całkowicie funkcjonowanie rynku mieszkaniowego w Polsce²¹.

Z chwilą wejścia w życie ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego umowa deweloperska stała się w systemie prawa polskiego umową nazwaną²², tak więc nazwa ta powinna być zagwarantowana tylko dla kontraktów zawieranych w reżimie prawnym określonym przepisami rzeczonyj ustawy, a w efekcie niedozwolone jest używanie tej nazwy do innych stosunków obligacyjnych. Jej *essentialia negotii* to wybudowanie budynku, wyodrębnienie lokalu i przeniesienie przez dewelopera jego własności na nabywcę za cenę²³. Tytuł ustawy niezupełnie odpowiada przedmiotowi jej regulacji. Chroni ona jedynie prawa osób fizycznych zawierających umowę deweloperską, a nie w każdej sytuacji nabycia lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Nabycie wspomnianych nieruchomości w ramach innego stosunku prawnego, np. w ramach umowy sprzedaży, zamiany czy darowizny zostaje poza sferą jej działania.

Doktryna niezwłocznie nazwała ustawę o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego *ustawą deweloperską* ze względu na jej niepraktyczny i niedokładny tytuł²⁴.

Strony umowy deweloperskiej

Umowa deweloperska jest umową kwalifikowaną podmiotowo²⁵. Zawierana jest pomiędzy nabywcą oraz deweloperem. Pojęcie nabywcy zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 4 u.o.n.l.m. Zgodnie z tym przepisem nabywca to osoba fizyczna, która na podstawie umowy deweloperskiej uprawniona jest do żądania przeniesienia na nią prawa odrębnej własności lokalu

²¹ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, LEX 2012.

²² R. Strzelczyk, *Umowa deweloperska w systemie prawa prywatnego*, LEX 2013.

²³ W. Katner, Konferencja naukowa „Umowa deweloperska i inne środki ochrony nabywców”, Wrocław 14 czerwca 2013 r., Rej. 2013, 8(268), s. 151–152.

²⁴ R. Strzelczyk, *Umowa deweloperska...*

²⁵ R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*

mieszkalnego lub własności zabudowanej domem jednorodzinny nieruchomości gruntowej albo własności domu jednorodzinnego wraz z prawem użytkowania wieczystego gruntu, na którym jest on posadowiony. W tej definicji podkreślone jest zobowiązanie nabywcy do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa. Analizując treść ustawy, można zauważyć ograniczenie kręgu podmiotów, które mogą być uznane za nabywcę, do jednej kategorii podmiotowej – osób fizycznych. Zdaniem przedstawicieli doktryny rozwiązanie takie jest uzasadnione z punktu widzenia celu tej regulacji²⁶. Kontrahentem dewelopera jest przeważnie osoba fizyczna zmierzająca do zaspokojenia swoich potrzeb mieszkaniowych²⁷. Można z tego wyciągnąć wniosek, iż stroną umowy deweloperskiej jest często konsument w rozumieniu art. 22¹ k.c.²⁸. Brak uznania nabywcy za konsumenta przez ustawodawcę rodzi określone konsekwencje. W świetle ustawy nabywcami mogą być również przedsiębiorcy. W związku z tym umowa deweloperska może mieć zarówno jednostronnie, jak i dwustronnie handlowy charakter²⁹. Stanowisko ustawodawcy jest w tej kwestii niezrozumiałe, ponieważ z jednej strony z zakresu pojęcia nabywcy wyłączono osoby prawne i podmioty ustawowe, a z drugiej zaś nie wykluczono po stronie nabywcy możliwości bycia przedsiębiorcą w zakresie dokonywanej czynności prawnej³⁰. W tej sytuacji, zgodnie z art. 3 pkt 4 u.o.n.l.m., za nabywcę można uznać osobę fizyczną – przedsiębiorcę, natomiast zgodnie ze stanowiskiem reprezentowanym w doktrynie, statusu tego odmówić należy m. in. fundacji, która ma zamiar nabyć własność lokalu w związku z prowadzeniem działalności celowej³¹. Rozwiązanie to jest o tyle osobliwe, że w stosunkach pomiędzy dwoma przedsiębiorcami wspiera jednego z nich³². Obecnie nabywcy podlegają podwójnej ochronie, tzn. zarówno ochronie wynikającej z przepisów u.o.n.l.m., jak i ochronie zapewnianej konsumentom przez przepisy

²⁶ A. Goldszewicz, op. cit.

²⁷ M. Wojewoda, *Umowa deweloperska i przedawnienie wynikających z niej roszczeń*, PPH 2010, 10, s. 46.

²⁸ Ustawa z dnia 23.04.1964 – kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

²⁹ A. Goldszewicz, op. cit.

³⁰ R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*, s. 22; A. Goldszewicz, op. cit.

³¹ A. Goldszewicz, op. cit.

³² R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*, s. 22; R. Tymiec, (w:) D. Okolski, *Prawo budowlane i nieruchomości*, LEX 2013.

ustawy³³ o ochronie konkurencji i konsumentów³⁴. Przy zawieraniu umowy deweloperskiej przez nabywcę niebędącego osobą fizyczną przepisy u.o.n.l.m. nie znajdują zastosowania³⁵.

W sytuacji, gdy małżeństwo nabywa lokal mieszkalny lub dom jednorodzinny, umowa deweloperska powinna być podpisana przez oboje małżonków. Może być ona również podpisana przez jednego z małżonków działającego za zgodą drugiego. Podstawę prawną stanowi tu art. 37 § 1 k.r.o.³⁶. Zgodnie ze stanowiskiem SN przedstawionym w wyroku³⁷ do chwili potwierdzenia umowa deweloperska znajduje się w stanie bezskuteczności zawieszony, zaś brak potwierdzenia skutkuje jej nieważnością. Przytaczając stanowisko wyrażane przez przedstawicieli doktryny, dotyczy to tylko umowy deweloperskiej zawieranej przez jednego z małżonków w ramach majątku wspólnego, gdyż dokonanie przez każdego z małżonków czynności prawnej w obrębie majątku osobistego nie wymaga zgody drugiego małżonka³⁸. Regulując zagadnienie w kwestii formy dla wyrażenia zgody, przedstawił je NSA w wyroku³⁹, wyjaśniając, że do dokonania czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu potrzebna jest zgoda drugiego małżonka wyrażona w formie wymaganej dla danej czynności prawnej. Pełnomocnictwo do zawarcia umowy deweloperskiej wymaga formy aktu notarialnego. Uregulowane jest to w art. 99 § 1 k.c., ponieważ dla ważności umowy deweloperskiej wymagana jest forma aktu notarialnego⁴⁰. Zgodnie z postanowieniem SN ważność pełnomocnictwa stanowi element decydujący o skuteczności oświadczenia woli złożonego w umowie, a tym samym o ważności umowy⁴¹.

Ustawodawca w art. 3 pkt 1 u.o.n.l.m. wskazał definicję dewelopera. Zgodnie z tym przepisem deweloper jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ k.c., który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej na podstawie umowy deweloperskiej zobowiązuje się do ustanowienia prawa, o którym mowa w art. 1 u.o.n.l.m. – zobowiązanie do ustanowienia odręb-

³³ Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. 2007 Nr. 50, poz. 331 ze zm.

³⁴ R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*

³⁵ B. Gliniecki, *Umowa deweloperska. Konstrukcja prawna i zabezpieczenie wzajemnych roszczeń stron*, WKP 2012.

³⁶ Ustawa z dnia 25.02.1964 r., Dz.U. 1964 Nr 9, poz. 59 ze zm.

³⁷ Wyrok SN z dnia 9.03.2004 r., I CK 436/03, Legalis.

³⁸ R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*

³⁹ Wyrok NSA z dnia 14.09.1983 r., I SA 516/83, ONSA, 1983, Nr 2, poz 71.

⁴⁰ R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*

⁴¹ Postanowienie SN z dnia 24.03.1999 r., II CKN 250/98, Legalis.

nej własności lokalu, i przeniesienia tego prawa na nabywcę. Powyższy przepis wskazuje, że deweloper jest przedsiębiorcą⁴² spełniającym przesłanki wskazane w art. 43¹ k.c. Zdaniem wyrażonym przez przedstawicieli doktryny kryterium podmiotowe uznania za przedsiębiorcę sprowadza się do stwierdzenia, że przymiot ten przysługiwać będzie każdemu uczestnikowi stosunków cywilnoprawnych, tj. osobie fizycznej, osobie prawnej, jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, wyposażonej w przymiot zdolności prawnej⁴³. Kryterium przedmiotowe natomiast związane jest z wykonywaniem we własnym imieniu działalności gospodarczej lub zawodowej⁴⁴. Definiując pojęcie działalności gospodarczej i uwzględniając jej zorganizowany charakter oraz ciągłość, jak również towarzyszącą jej cechę zarobkowości, można przyjąć, że działalność deweloperska będzie przejawem działalności gospodarczej. Ustawa deweloperska nie zawiera żadnych norm kolizyjnych, które określałyby relacje pomiędzy przepisami tej ustawy, a przepisami ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych. W Komunikacie Związku Rewizyjnego Spółdzielni Mieszkaniowych RP⁴⁵ wskazano, że spółdzielnia mieszkaniowa ma status przedsiębiorcy i znajdują do niej zastosowanie przepisy u.o.n.l.m. w zakresie, w jakim przepis art. 1 ust. 2 pkt 5 u.s.m. dotyczy budowania budynków w celu sprzedaży znajdujących się w tych budynkach lokali mieszkalnych. Zgodnie z art. 1 ust. 4 u.s.m. działalność ta powinna być ujawniona w statucie spółdzielni mieszkaniowej. W pozostałym zakresie przepisy u.o.n.l.m. z uwagi na szczegółowo określone relacje między członkami spółdzielni mieszkaniowych a spółdzielniami w u.s.m. nie znajdują zastosowania. Przepisy u.o.n.l.m. nie będą miały zastosowania do umów prowadzących do nabywania lokali mieszkalnych i domów jednorodzinnych przez osoby fizyczne, jeżeli stroną takiej umowy nie będzie deweloper w rozumieniu art. 3 pkt 1 u.o.n.l.m.

Prawa i obowiązki stron umowy deweloperskiej

W umowie deweloperskiej, która kwalifikuje się jako umowa dwustronnie zobowiązująca, każda ze stron jest jednocześnie wierzycielem i dłużnikiem. Zgodnie z treścią definicji określoną w art. 3 pkt 5 u.o.n.l.m., umowę dewe-

⁴² M. Nazar, *Sposoby ustanawiania odrębnej własności lokali na podstawie ustawy z 24.06.1994 r., (w:) Obrót nieruchomościami w praktyce notarialnej*, Kraków 1997, s. 135.

⁴³ E. Gniewek, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 88.

⁴⁴ W.J. Katner, *Podstawowe zagadnienia prawne nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, PPH 2004, 12, s. 6.

⁴⁵ Komunikat z dnia 10.05.2012 r. Związku Rewizyjnego Spółdzielni Mieszkaniowych RP.

loperską można byłoby scharakteryzować, biorąc pod uwagę ogół postanowień ustawy deweloperskiej, jako umowę zawieraną pomiędzy deweloperem i nabywcą, na podstawie której nabywca jest jednocześnie uprawniony i zobowiązany, ponieważ:

- 1) deweloper zobowiązuje się do:
 - a) wybudowania budynku mieszkalnego, a następnie ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego w tym budynku i przeniesienia własności tego lokalu na nabywcę, z którym wraz z przeniesieniem odrębnej własności lokalu wiąże się przeniesienie udziału w nieruchomości wspólnej stanowiącej grunt oraz części budynku i urządzenia, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali albo
 - b) zabudowania nieruchomości gruntowej stanowiącej przedmiot własności lub prawa użytkowania wieczystego przysługującego deweloperowi domem jednorodzinnym oraz przeniesienia na nabywcę własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym lub do przeniesienia na nabywcę prawa użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i prawa własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego, stanowiącego odrębną nieruchomość.
- 2) natomiast nabywca zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet:
 - a) ceny nabycia odrębnej własności lokalu mieszkalnego wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej stanowiącej grunt oraz część budynku i urządzenia, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali albo odpowiednio
 - b) ceny nabycia nieruchomości gruntowej zabudowanej domem jednorodzinnym lub nabycia prawa użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i prawa własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego, stanowiącego odrębną nieruchomość⁴⁶.

Z analizy art. 3 pkt 5 i 6 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 18 u.o.n.l.m. wynika, że umowa deweloperska ma charakter umowy dwustronnie zobowiązującej, wzajemnej, konsensualnej oraz odpłatnej. Jest to umowa co do zasady

⁴⁶ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, op. cit.

jednostronnie gospodarcza i kauzalna⁴⁷. Zgodnie z art. 487 § 2 k.c. umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Świadczenie nabywcy ma charakter świadczenia pieniężnego. Jest realizowane przez wykonanie czynności faktycznych, które polegają na dokonaniu zapłaty ustalonej wartości pieniężnej – spełnienie świadczenia na poczet ceny. Zdaniem doktryny pomimo tego, iż świadczenie to jest rozłożone w czasie i z reguły będzie spełniane w częściach, nie jest ono świadczeniem okresowym, lecz świadczeniem jednorazowym, które może być spełniane częściami⁴⁸. Dlatego w szczególności do roszczeń dewelopera o zapłatę przez nabywcę świadczeń pieniężnych na poczet ceny nabycia zastosowanie mieć będą ogólne zasady przedawnienia roszczeń. Roszczenia te, zgodnie z art. 118 k.c., będą podlegać – jako roszczenia związane z prowadzoną przez dewelopera działalnością gospodarczą – trzyletniemu terminowi przedawnienia⁴⁹.

Z treści umowy deweloperskiej dla nabywcy wynikają przeważnie trzy podstawowe obowiązki⁵⁰. Podstawowym zobowiązaniem, które przyjmuje nabywca w umowie deweloperskiej, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt. 8 u.o.n.l.m., jest zobowiązanie do spełnienia świadczeń pieniężnych na poczet ceny nabycia. Sprowadza się ono do przekazania z majątku dłużnika do majątku wierzyciela określonej wartości majątkowej wyrażonej w jednostkach pieniężnych, czyli sumy pieniężnej (art. 358¹ § 1 k.c.)⁵¹. Obowiązek zapłaty ceny stanowi *essentialia negotii* umowy deweloperskiej (art. 3 pkt 5 u.o.n.l.m.)⁵². Ma ona fundamentalne znaczenie, ponieważ bez jej określenia strony nie zawarłyby umowy, a w konsekwencji umowa deweloperska nie zawierająca oznaczenia ceny jest nieważna (art. 58 § 1 k.c.)⁵³. Zatem nie wywołuje ona skutków zamierzonych przez strony – czynność ta jest dokończona i zawarta, oświadczenia woli zostały złożone, jednakże oceniane jako zamierzone skutki prawne w ogóle nie powstają⁵⁴.

⁴⁷ R. Tymiec, D. Kurek, *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, LEX 2014.

⁴⁸ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, op. cit.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ B. Gliniecki, *Umowa deweloperska...*

⁵¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 56.

⁵² M. Wojewoda, op. cit., s. 46.

⁵³ J. Skąpski, (w:) *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, t. III, cz. 2, s. 49.

⁵⁴ B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, (w:) *System prawa cywilnego. Część ogólna*, red. S. Grzybowski, t. I, s. 706.

Drugi obowiązek wierzyciela-nabywcy, związany jest z wymogiem współdziałania stron w celu spełnienia świadczenia (art. 354 § 2 k.c.). Polega on na odbiorze przez nabywcę przedmiotu świadczenia (lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego). Jednostronna czynność nabywcy z do- rozumianym przejawem przyjęcia nieruchomości (lokalu, domu) i uznania świadczenia za spełnione jest jego kluczowym aspektem⁵⁵. Natomiast uznanie przez strony, że zobowiązanie zostało właściwie wykonane jest jego naczelną funkcją⁵⁶. Odbiór w umowie deweloperskiej należy zakwalifikować ze strony dewelopera jako czynność faktyczną polegającą na wydaniu nieruchomości (lokalu, budynku). Natomiast ze strony nabywcy odbiór obejmuje akceptację, która stanowi jednostronne oświadczenie woli⁵⁷. Ocena jakości przedmiotu świadczenia dokonywana jest przez nabywcę w akcie odbioru. Przyjmując przedmiot świadczenia, nabywca aprobeuje, że został on wykonany zgodnie z umową i zwalnia wykonawcę ze spełnionego świadczenia⁵⁸. Zgodnie z art. 27 ust. 5 i 6 u.o.n.l.m. odpowiedzialność dewelopera za wady może powstać już w na etapie przystępowania do odbioru. Ustawodawca postanowił, że zaistnienie wiązać się będzie z oznaczeniem w protokole przystąpienia do odbioru wad, a w rezultacie ze złożeniem oświadczenia przez nabywcę o dokonaniu lub o odmowie dokonania odbioru. Nabywca nie jest pozbawiony możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu wad przedmiotu świadczenia w przypadku złożenia przez dewelopera w tym terminie oświadczenia woli o nieuznaniu wady, natomiast niezbędne jest wykazanie jej istnienia⁵⁹.

Zgodnie z art. 27 ust. 6 u.o.n.l.m. w zakresie nieuregulowanym w przepisach ust. 1–5 tego artykułu do odpowiedzialności dewelopera za wady fizyczne i prawne lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego o rękojmi. Można przypuszczać, że chodzi o przepisy dotyczące rękojmi za wady obiektu – czyli art. 656 k.c., który odsyła do przepisów umowy o dzieło, a więc art. 637 k.c. oraz 638 k.c., odsyłający do przepisów o rękojmi przy sprzedaży⁶⁰. Natomiast sytuacja, w której wierzyciel popada w zwłokę, ma miejsce, jeżeli odmawia on

⁵⁵ J.P. Naworski, *Wpływ istnienia wad na obowiązek odbioru robót budowlanych przez inwestora*, PPH 1998, Nr 8, s. 14.

⁵⁶ I. Weiss, R. Jurga, *Inwestycje budowlane*, Warszawa 1996, s. 264.

⁵⁷ C. Żuławska, *Zabezpieczenie jakości świadczenia*, SC 1978, t. XXIX, s. 32.

⁵⁸ E. Strzępka-Frania, *Umowy o generalne wykonawstwo robót budowlanych*, Warszawa 2010, s. 128.

⁵⁹ A. Goldiszewicz, op. cit.

⁶⁰ B. Gliniecki, *Umowa deweloperska...*, s. 180.

dokonania czynności prawnej, bez której świadczenie nie może być spełnione⁶¹. Zgodnie z art. 29 ust. 5 u.o.n.l.m. niestawienie się nabywcy do podpisania aktu notarialnego przenoszącego na nabywcę prawo własności nieruchomości, pomimo dwukrotnego doręczenia w formie pisemnej w odstępie co najmniej 60 dni, sankcjonowane jest przyznaniem deweloperowi uprawnienia do odstąpienia od umowy. Nie dotyczy to sytuacji, gdy niestawienie się nabywcy jest spowodowane działaniem siły wyższej.

Trzecim spośród najważniejszych obowiązków nabywcy w umowie deweloperskiej jest współdziałanie z deweloperem przy akcie odbioru lokalu⁶². Jedną z czynności zmierzających do zakończenia stosunku zobowiązaniowego pomiędzy stronami umowy deweloperskiej jest wydanie przedmiotu umowy nabywcy, które uzależnione jest od współpracy stron, a także odebrania lokalu od dewelopera. Z wydaniem przedmiotu nabywcy wiąże się kolejny obowiązek, który polega na wydaniu dłużnikowi pokwitowania, czyli pisemnego potwierdzenia faktu spełnienia świadczenia (art. 462 k.c.)⁶³. Protokół odbioru, którego treść stanowi o akceptacji przedmiotu świadczenia – nieruchomości, można uznać za takie pokwitowanie⁶⁴. W sytuacji naruszenia obowiązku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem powstaje zwłoka wierzyciela ze wszystkimi określonymi w art. 486 § 1 k.c. skutkami⁶⁵.

Środki ochrony nabywcy w ustawie deweloperskiej

Przepisy ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego stanowią ograniczenie zasady swobody umów określonej w 353¹ k.c.⁶⁶. Artykuł 2 ust. 1 ustawy deweloperskiej wskazuje środki ochrony praw nabywców. Zgodnie z art. 26 ust. 1 u.o.n.l.m. wprowadzono wymóg zachowania formy szczególnej *ad solemnitatem* – aktu notarialnego dla umowy deweloperskiej oraz dla umowy przedwstępnej do umowy deweloperskiej. Konsekwencją niezachowania powyższej formy jest nieważność umowy na mocy art. 73 § 2 k.c.⁶⁷. Nieważność ta ma charakter bezwzględny,

⁶¹ K. Zagrobelny, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, E. Gniewek, op. cit., s. 892.

⁶² Ibidem, s. 184.

⁶³ Z. Gawlik, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczególna*, red. A. Kidyba, t. III, s. 575.

⁶⁴ A. Goldszewicz, op. cit.

⁶⁵ A. Niewęglowski, *Wyniki prac badawczych w obrocie cywilnoprawnym*, Warszawa 2010, s. 250.

⁶⁶ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, op. cit.

⁶⁷ M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2012, s. 179–180.

co uniemożliwia konwalidację umowy deweloperskiej zawartej bez zachowania formy aktu notarialnego⁶⁸. Tej samej formie podlega zmiana oraz rozwiązanie umowy deweloperskiej⁶⁹. Istotne jest, iż forma aktu notarialnego wymagana jest wyłącznie do umów deweloperskich, które zawierane są z osobami fizycznymi, a także które mają za przedmiot lokal mieszkalny lub dom jednorodzinny⁷⁰. W sytuacji, gdy nabywcą jest osoba prawna lub przedmiotem umowy deweloperskiej jest lokal o innym przeznaczeniu niż mieszkalne, znajdują zastosowanie przepisy ogólne o formie czynności prawnych. Obligatoryjna forma aktu notarialnego w powyższym wypadku nie ma zastosowania⁷¹. W formie aktu notarialnego powinna być zawarta umowa zobowiązująca do przeniesienia własności nieruchomości, a także umowa przenosząca własność, która zostaje zawarta w celu wykonania istniejącego uprzednio zobowiązania do przeniesienia własności nieruchomości. Powyższe zobowiązanie należy w akcie przytoczyć⁷². Obowiązek dostarczenia nabywcy informacji dotyczących sytuacji prawno-finansowej dewelopera i nadzorowanego przez niego przedsięwzięcia deweloperskiego wynika z art. 18 ust. 1 u.o.n.l.m., zgodnie z którym wymóg doręczenia takiego zbioru informacji w przypadku wystąpienia z żądaniem otrzymania prospektu informacyjnego wraz z załącznikami przez osobę zainteresowaną zawarciem umowy spoczywa na deweloperze⁷³. Natomiast stosownie do przepisu art. 32 i 33 u.o.n.l.m. deweloper nie może zostać zwolniony przez nabywcę z wykonania obowiązków przedkontraktowych, a ich niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dewelopera przed zawarciem umowy deweloperskiej, oprócz konsekwencji przewidzianych prawem cywilnym, podlega także w pewnym zakresie sankcjom karnym. W ten sposób przed zawarciem umowy deweloperskiej nabywca uzyskuje dostęp do pełnej informacji obejmującej zarówno dewelopera, przygotowywanego przedsięwzięcia deweloperskiego oraz treści umowy, jej przedmiotu oraz praw i obowiązków nabywcy, jak również odpowiadających im praw i obowiązków dewelopera. Zgodnie z art. 21 u.o.n.l.m. osobie zainteresowanej zawarciem umowy, niezależnie od prawa żądania doręczenia prospektu

⁶⁸ H. Ciepła, B. Szczytowska, op. cit., s. 117; B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska. Komentarz do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Warszawa 2012, s. 169.

⁶⁹ R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*

⁷⁰ P. Kunicki, *Umowa deweloperska. Charakter prawny i zastosowanie praktyczne*, LEX 2014.

⁷¹ R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*, s. 22.

⁷² G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2004, s. 11.

⁷³ A. Goldiszewicz, op. cit., s. 71.

informacyjnego, deweloper zapewnia możliwość wglądu w dokumenty, które potwierdzają sytuację prawno-finansową dewelopera i prowadzonego przez niego przedsięwzięcia⁷⁴.

W art. 22 ust. 1 u.o.n.l.m. wskazano elementy, które powinna zawierać umowa deweloperska oraz określono minimalną treść dokumentu stwierdzającego zawarcie umowy⁷⁵. Służą one zagwarantowaniu ochrony słabszej stronie przed nieumieszczeniem korzystnych dla niej postanowień umownych⁷⁶. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 i pkt 10 u.o.n.l.m. rolę informacyjną pełni oznaczenie nieruchomości, na której ma być przeprowadzone przedsięwzięcie deweloperskie, jej stanu prawnego, a także wskazanie w umowie numeru pozwolenia na budowę⁷⁷. W literaturze zagadnienia wskazuje się, że elementy te można kwalifikować jako oświadczenia dewelopera⁷⁸. Określenie w umowie składników wskazujących formę spełnienia świadczeń przez strony umowy jest istotne przede wszystkim dla ustalenia terminu wymagalności świadczeń. W przypadku braku tych elementów w umowie deweloperskiej lub prospekcie informacyjnym zastosowanie znajdują zasady ogólne dotyczące wykonania zobowiązania (art. 455 k.c.). Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 11 u.o.n.l.m. przedstawieniu w umowie podlegać powinien termin rozpoczęcia i zakończenia prac budowlanych danego przedsięwzięcia deweloperskiego. Instrumentami mającymi służyć zabezpieczeniu prawidłowego wykonania zobowiązania, zastrzeżonymi na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy deweloperskiej zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 13 u.o.n.l.m., jest możliwość nałożenia na strony umowy deweloperskiej odsetek i kar umownych. Ponadto w umowie deweloperskiej powinny być określone elementy dotyczące przesłanek odstąpienia od umowy deweloperskiej zgodnie z art. 29 u.o.n.l.m. oraz kryteria zwrotu środków pieniężnych wpłaconych przez nabywcę w razie skorzystania z tego prawa (art. 22 ust. 1 pkt 12 u.o.n.l.m.)⁷⁹.

Zagwarantowanie ujawnienia roszczenia nabywcy w księdze wieczystej prowadzonej dla nieruchomości, na której ma być realizowane lub jest realizowane przedsięwzięcie deweloperskie, jest kolejnym ze środków ochrony praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego⁸⁰.

⁷⁴ Ibidem, s. 75.

⁷⁵ Ibidem, s. 35.

⁷⁶ Ibidem, s. 36.

⁷⁷ Ibidem, s. 37.

⁷⁸ B. Gliniecki, *Ustawa deweloperska...*, s. 126.

⁷⁹ A. Goldiszewicz, op. cit., s. 40.

⁸⁰ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, op. cit., s. 242.

Zgodnie z art. 17 ustawy o księgach wieczystych i hipotece⁸¹ przez ujawnienie w księdze wieczystej prawo osobiste lub roszczenie uzyskuje skuteczność względem praw nabytych przez czynność prawną po jego ujawnieniu. Roszczenie osobiste skuteczne wyłącznie przeciwko drugiej stronie stosunku prawnego z chwilą wpisu do księgi wieczystej uzyskuje rozszerzoną skuteczność wobec osób trzecich⁸². W dziale III księgi wieczystej ujawnieniu podlegają roszczenia i prawa osobiste. Z chwilą wpisu roszczenia do księgi następuje ujawnienie w księdze wieczystej, natomiast zgodnie z art. 29 u.k.w.h. wpis ten ma moc wsteczną od chwili złożenia wniosku o jego dokonanie⁸³. Wpis roszczenia nabywcy, który wynika z umowy deweloperskiej, zabezpiecza pozycję nabywcy w dwojaki sposób. Po pierwsze w sytuacji zbycia nieruchomości, na której ma zostać zrealizowana przez dewelopera inwestycja, roszczenie nabywcy pozostaje skuteczne również w stosunku do następcy prawnego dewelopera. W związku z tym nabywca będzie uprawniony do żądania od następcy prawnego dewelopera wykonania obowiązków wynikających z umowy deweloperskiej⁸⁴. Drugim przejawem ochrony pozycji nabywcy jest uniemożliwienie deweloperowi zawarcia i prawidłowego wykonania następnej umowy deweloperskiej z osobą trzecią.

Inna osoba, która podpisałaby z deweloperem drugą, następną umowę dotyczącą tego samego lokalu mieszkalnego lub tej samej nieruchomości, która ma zostać zabudowana domem jednorodzinnym, w przypadku dokonania wpisu roszczenia nabywcy do księgi wieczystej musi brać pod uwagę, że taka umowa może zostać uznana za bezskuteczną na podstawie art. 59 k.c.⁸⁵. Osoba trzecia pozostająca w złej wierze nie korzysta z zasady rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych określonej w art. 5 u.k.w.h. Zgodnie z art. 6 ust. 2 u.k.w.h. w złej wierze jest ten, kto wie, że treść księgi wieczystej jest niezgodna z rzeczywistym stanem prawnym, albo ten, kto z łatwością mógł się o tym dowiedzieć. Zdaniem przedstawicieli doktryny określony w art. 23 ust. 2 u.o.n.l.m. zwrot, iż roszczenie nabywcy z umowy deweloperskiej „ujawnia się” w księdze wieczystej, eksponuje wymóg obligatoryjności ujawnienia roszczenia⁸⁶. Ze względu na to, iż wpis roszczenia do księgi wieczystej ma na celu ochronę praw nabywcy, obligatoryjne

⁸¹ Ustawa z dnia 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece, Dz.U. 1982 Nr 19, poz. 147, ze zm.

⁸² R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*, s. 128.

⁸³ R. Tymiec, D. Kurek, op. cit.

⁸⁴ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, op. cit., s. 243.

⁸⁵ T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 85.

⁸⁶ R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*, s. 130.

ujawnienie roszczenia jest uzasadnione ze względu na *ratio legis* całej ustawy deweloperskiej⁸⁷.

Konkretyzując intencję ustawodawcy, jaką jest ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, w art. 28 ustawy deweloperskiej umieszczono przepis, zgodnie z którym postanowienia umowy deweloperskiej mniej korzystne dla nabywców aniżeli przepisy ustawy deweloperskiej są nieważne, a w ich miejsce stosuje się odpowiednie przepisy ustawy. Stosunek prawny ukształtowany umową deweloperską zostaje poddany działaniu *norm semiimperatywnych*, które chronią jednostronnie nabywcę, uniemożliwiając kształtowanie pozycji nabywcy w umowie deweloperskiej w sposób mniej korzystny, niż jest to określone w ustawie deweloperskiej. Chroniąc nabywcę, przepis art. 28 u.o.n.l.m. ogranicza swobodę kontraktowania, określając granice, w jakich strony umowy deweloperskiej mogą ukształtować wiążący je stosunek prawny⁸⁸. Ustanowienie w treści umowy deweloperskiej postanowień mniej korzystnych dla nabywcy aniżeli wynikające z przepisów ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego naruszać będzie zasadę swobody umów z art. 353¹ k.c. Stanowcza i niewątpliwa zgoda nabywcy na umieszczenie w umowie takiego rodzaju postanowień nie sprawia, iż stają się one ważne. W konsekwencji nieważności określonego postanowienia umowy deweloperskiej w miejsce postanowienia nieważnego stosuje się odpowiednie przepisy ustawy deweloperskiej⁸⁹. Nieważnością nie jest objęta cała umowa deweloperska, lecz wyłącznie postanowienia mniej korzystne dla nabywcy niż przepisy ustawy deweloperskiej⁹⁰. Poprzez skorzystanie z art. 28 u.o.n.l.m., który przewiduje skutek nieważności dla poszczególnych postanowień umowy deweloperskiej, nie jest wyłączona możliwość posłużenia się przepisami kodeksu cywilnego. Przede wszystkim obejmuje to przepis art. 58 § 1 i 2 k.c., a także art. 73 § 1 i 2 k.c. oraz art. 82 i 83 k.c.⁹¹.

Ustawa deweloperska wprowadza w przepisie art. 4 u.o.n.l.m. środki ochrony wpłat dokonywanych przez nabywcę w sytuacji, w której zobowiązania dewelopera nie są wykonywane lub są wykonywane w sposób nienależyty⁹². Zgodnie z tym przepisem deweloper zapewnia nabywcom co najmniej jeden z następujących środków ochrony:

⁸⁷ H. Ciepla, B. Szczytowska, op. cit., s. 111.

⁸⁸ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, op. cit., s. 261.

⁸⁹ H. Ciepla, B. Szczytowska, op. cit., s. 123.

⁹⁰ R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*

⁹¹ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, op. cit., s. 264.

⁹² R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*, s. 78.

- 1) zamknięty mieszkaniowy rachunek powierniczy,
- 2) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancję ubezpieczeniową,
- 3) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancję bankową,
- 4) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy.

Ustawa deweloperska zawiera rozwiązania i instrumenty prawne, które stanowią określony system działania, zgodnie z którym należyte spełnienie przez nabywcę świadczenia na poczet ceny nabycia lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego i odebranie tego świadczenia pieniężnego przez dewelopera ma miejsce jedynie po spełnieniu świadczenia wzajemnego przez dewelopera⁹³. Powyższa sytuacja występuje przy wykorzystaniu zamkniętego mieszkaniowego rachunku powierniczego zgodnie z art. 10 w zw. z art. 4 pkt 1 u.o.n.l.m. Natomiast po zrealizowaniu przez dewelopera etapu przedsięwzięcia deweloperskiego, a więc zakończenia konkretnej fazy robót zgodnie z harmonogramem przedsięwzięcia deweloperskiego, przedsiębiorca otrzymuje zapłatę proporcjonalną w związku z uzyskaną przez niego częścią świadczenia pieniężnego nabywcy. W tej sytuacji ma zastosowanie otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy na podstawie przepisu art. 11 w zw. z art. 4 pkt 4 u.o.n.l.m. W przypadku prowadzenia postępowania egzekucyjnego przeciwko deweloperowi środki pochodzące z wpłat nabywcy, które znajdują się na mieszkaniowym rachunku powierniczym, nie podlegają zajęciu w postępowaniu egzekucyjnym⁹⁴ (art. 59 ust 4 pr.bank.). W sytuacji, gdy jedna ze stron odstąpi od umowy deweloperskiej, środki pochodzące z wpłat nabywcy, które znajdują się na mieszkaniowym rachunku powierniczym, podlegają zwrotowi na rzecz nabywcy (art. 13 u.o.n.l.m.). Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 pkt 6 u.o.n.l.m. w przypadku nieprzeniesienia na nabywcę prawa własności lokalu mieszkalnego lub nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym, pod warunkiem udzielenia gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, nabywca otrzymuje zabezpieczenie wpłaconych na rzecz dewelopera środków pieniężnych na ewentualność upadłości dewelopera albo odstąpienia od umowy deweloperskiej. Zdaniem doktryny sformułowany art. 4 u.o.n.l.m. wymóg zapewnienia nabywcom przez dewelopera co najmniej jednego środka ochrony wpłat podkreśla, że powyższy przepis ma charakter bezwzględnie obo-

⁹³ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, op. cit.

⁹⁴ Ibidem.

wiązujący, a strony nie mogą zwolnić dewelopera ze spełnienia tego obowiązku⁹⁵.

Dotychczas to nabywca mieszkania zobowiązywał się do zapłaty całego wkładu za mieszkanie deweloperowi zanim zostanie ukończona budowa i nim zostanie właścicielem lokalu. Ponościł on więc znacznie większe ryzyko⁹⁶. Powyższa sytuacja miała bardzo istotne znaczenie w przypadku trudności finansowych deweloperów. W interesie dewelopera zagrożonego upadłością nie było wyodrębnienie własność lokalu, ponieważ prowadziłoby to do zmniejszenia jego aktywów⁹⁷. Pomimo zawarcia umowy przedwstępnej o wybudowanie lokalu i przeniesienie jego własności w formie aktu notarialnego, nabywca lokalu nie był w pełni zabezpieczony w razie ogłoszenia upadłości przez dewelopera. W aktualnym stanie prawnym w razie ogłoszenia upadłości przez dewelopera nabywca ma być chroniony określonym w art. 36 ustawy deweloperskiej przepisem wprowadzającym do ustawy prawo upadłościowe i naprawcze nowe regulacje zawarte w art. 425¹–425⁵ p.u.n.⁹⁸.

Powyższa ochrona w zamierzeniu ustawodawcy ma polegać na wydzieleniu oddzielnej masy upadłości dla każdego przedsięwzięcia deweloperskiego zawierającej środki zgromadzone na mieszkaniowych rachunkach powierniczych oraz powołaniu nowego organu w postępowaniu upadłościowym, który jest obowiązany do reprezentowania nabywców lokali mieszkalnych. W doktrynie powyższa regulacja spotkała się z bardzo dużą krytyką, przede wszystkim z powodu braku określenia gwarancji bankowej, a także poprzez pominięcie przepisów intertemporalnych dotyczących upadłości dewelopera⁹⁹.

Ochrona nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego w stosunkach z deweloperami została znacznie poszerzona dzięki postanowieniom ustawy deweloperskiej. Przedsięwzięcie deweloperskie finansowane przez nabywcę stało się bardziej bezpieczne za pomocą wprowadzonego przez ustawodawcę prawa odstąpienia od umowy, zasady wpisu

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ R. Tymiec, D. Kurek, op. cit., s. 10.

⁹⁷ Postanowienie TK z dnia 2.08.2010 r., S 3/10, OTK-B 2010, Nr 6, poz. 407.

⁹⁸ A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Warszawa 2010, s. 451.

⁹⁹ A. Witosz, *Zgromadzenie nabywców lokali mieszkalnych i jego kompetencje w postępowaniu upadłościowym wobec deweloperów*, PPH 2012, 5, s. 15; R. Adamus, B. Groele, A. Machowska, Z. Miczek, P. Kuglarz, J. Płoch, *Upadłość deweloperska. Komentarz do wybranych przepisów ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Warszawa 2012, s. 70.

do księgi wieczystej roszczeń o ustanowienie praw oznaczonych w umowie oraz zastrzeżenia dla umowy formy aktu notarialnego. W powiązaniu z ustanowioną zasadą nieważności postanowień umowy deweloperskiej mniej korzystnych aniżeli postanowienia ustawy i stosowaniem w takim przypadku bezpośrednio przepisów ustawy wyeksponowane mechanizmy stanowią dla nabywców istotne narzędzie umożliwiające przeciwdziałanie nadużywaniu pozycji przez dewelopera¹⁰⁰. W doktrynie wskazuje się, iż zasadne byłoby zawężenie definicji nabywcy w rozumieniu art. 3 pkt 4 u.o.n.l.m. do pojęcia konsumenta zgodnie z przepisem art. 22¹ k.c. Wskazuje na to postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego, a także uzasadnienie do projektu ustawy deweloperskiej¹⁰¹. Zgodnie z raportem¹⁰² UOKiK w dalszym ciągu istnieje problem związany ze stosowaniem w umowach deweloperskich klauzul abuzywnych. W przedstawionych przypadkach postanowienia zawarte w umowach deweloperskich były identyczne z klauzulami wpisanymi do Rejestru Klauzul Niedozwolonych. Do Rejestru wpisywane są postanowienia umowne uznane za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W związku z tym niezbędne jest stałe monitorowanie wzorców umownych, którymi posługują się deweloperzy¹⁰³. Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego nowych silnych instrumentów chroniących prawa nabywców lokali mieszkalnych lub domów jednorodzinnych, w postaci mieszkaniowego rachunku powierniczego oraz prospektu informacyjnego, jest niewątpliwie zaletą ustawy deweloperskiej. Dla ochrony praw nabywców fundamentalne znaczenie ma określona w ustawie obligatoryjność formy aktu notarialnego dla umowy deweloperskiej, która jest umową zobowiązującą dewelopera do przeniesienia na nabywcę własności lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego po jego wybudowaniu¹⁰⁴. Powyższa umowa istotnie zwiększa ochronę praw nabywcy, gdyż na jej podstawie zostaje dokonany wpis do księgi wieczystej roszczenia o przeniesienie na nabywcę własności nieruchomości. Zabezpieczenie praw i słusznym interesów stron stanowi wprowadzony ustawą wymóg zapewnienia zgodności postanowień umów deweloperskich z przepisami ustawy, jak również wykluczanie postanowień umownych uznanych za niedozwolone

¹⁰⁰ A. Bieranowski, M. Królikowska-Olczak, J. Zięty, *Działalność deweloperska w praktyce obrotu gospodarczego – wybrane zagadnienia*, Warszawa 2014, s. 43.

¹⁰¹ Ibidem, s. 45.

¹⁰² Raport UOKiK, *Konsument na rynku deweloperskim*, Warszawa, styczeń 2014 r.

¹⁰³ A. Bieranowski, M. Królikowska-Olczak, J. Zięty, op. cit., s. 269.

¹⁰⁴ R. Strzelczyk, *Ochrona praw...*

prawomocnym wyrokiem SOKiK¹⁰⁵. Odstąpienie przez ustawodawcę od obligatoryjnego zapewnienia nabywcom najpewniejszego środka ochrony ich praw w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, poprzez przyjęcie poprawki senackiej przez Sejm polegającej na uzupełnieniu art. 4 u.o.n.l.m. punktem 4 umożliwiającym zawieranie umów deweloperskich bez wymienionych gwarancji, zdaniem doktryny należy uznać za poważną wadę ustawy deweloperskiej. W pierwotnym zamyśle ustawodawcy zamierzano zapewnić nabywcy zwrot przekazanych środków pieniężnych w razie nieprzeniesienia na niego w ustalonym terminie własności lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego spowodowanego nieuczciwością lub upadłością dewelopera. W takim wypadku z gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej nabywca miał odzyskiwać środki pieniężne wypłacone deweloperowi przez bank z rachunku powierniczego. Natomiast umowy deweloperskie bez tych gwarancji dopuszczają możliwość zawarcia umowy przez nabywcę w sytuacji znacznego ryzyka. Wprowadzone ustawą o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego przepisy mające wzmocnić pozycję prawną nabywcy wobec dewelopera wypełniają istniejącą od wielu lat lukę w polskim prawie.

Zgodnie z wykazem prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów na 2016 r. w projekcie nowelizacji ustawy deweloperskiej przewiduje się likwidację możliwości korzystania przez deweloperów z otwartych mieszkaniowych rachunków powierniczych co spotkało się z dużą krytyką środowiska deweloperskiego ze względu na częstotliwość korzystania z takiej formy zabezpieczenia. Ustawa deweloperska chroni nabywcę zarówno poprzez umożliwienie dostarczenia informacji przedkontraktowej na innym nośniku niż papier, kładzie nacisk na zabezpieczenie ustaleń przedkontraktowych, a także wprowadza mechanizmy określające prawa i obowiązki stron umowy, które występowały częściej w praktyce kontraktowej aniżeli w stosunkach pomiędzy deweloperem a nabywcą. Wraz z dniem 1 stycznia 2016 r. zaczęła obowiązywać nowelizacja ustawy Prawo o notariacie (art. 92), która stanowi, iż notariusz sporządzający akt notarialny zawierający umowę deweloperską będzie miał obowiązek zamieścić w akcie wnioski o wpis roszczenia nabywcy do księgi wieczystej o przeniesienie własności nieruchomości. Zmianie zostały poddane także przepisy dotyczące prospektu informacyjnego (art. 22 ust. 1 pkt 17 ustawy deweloperskiej), jednak nie będą one miały gruntownego charakteru. Przepisy dotyczące formy umowy deweloperskiej oraz upadłości dewelopera istotnie zwiąk-

¹⁰⁵ Ibidem.

szają ochronę pozycji prawnej nabywcy. Jednakże z powodu szeregu dostrzeżonych zarówno w doktrynie, jak i piśmiennictwie wad, rozwiązania przyjęte w ustawie nie są wystarczająco precyzyjne – w szczególności unormowania dotyczące gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej oraz niedookreśloność w zakresie procedury odbioru przedmiotu umowy¹⁰⁶. Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego przyczyni się do zwiększenia bezpieczeństwa prawnego oraz finansowego nabywcy. Tworzy ona nową rzeczywistość prawno-finansową oraz porządkuje relacje pomiędzy nabywcą a deweloperem¹⁰⁷. Przepisy, które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2016 r., oraz aktualnie prowadzone przez Rząd i Parlament prace nad kolejnymi zmianami odnoszą się do wskazywanych przez środowisko oraz przedstawicieli doktryny wad. Takie postępowanie rodzi nadzieje na osiągnięcie porozumienia i wyeliminowanie niedoskonałości ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego.

¹⁰⁶ B. Gliniecki, *Umowa deweloperska...*

¹⁰⁷ A. Bieranowski, M. Królikowska-Olczak, J. Zięty, op. cit., s. 47.

KATARZYNA BAJAK

Dobra (zła) wiara na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i polskich sądów administracyjnych w sprawach podatkowych

Wstęp

Ostatnimi czasy na terenie Polski – ale również w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej – można zauważyć wzrost przestępczego wykorzystywania mechanizmów konstrukcji podatku od wartości dodanej. Celem przestępców jest otrzymanie korzyści kosztem budżetu państwa lub kontrahentów z branży. Skutki takiej działalności są rozległe. Po pierwsze jest to zagrożenie konkurencyjności w stosunku do przedsiębiorców, którzy działają zgodnie z prawem, poprzez uszczuplanie cen, na co pozwalało nieodprowadzenie należnego podatku. Przestępczy proceder generuje poważne straty w budżecie państwa przez pomniejszenie lub wyłudzenie jego należności. Taka działalność ma swoje negatywne skutki również dla uczciwych podatników, bowiem w przypadku ich uczestnictwa w oszustwie lub nadużyciu podatkowym przepisy przewidują m.in. wyłączenie lub ograniczenie ich fundamentalnego prawa do odliczenia podatku VAT naliczonego, stanowiącego gwarancję zasady neutralności podatku od towarów i usług.

Praktyka pozwala zauważyć, że wokandy polskich sądów administracyjnych są przepełnione skargami podatników – często nieświadomych proceduru, w którym uczestniczyli – domagających się realizacji ich prawa do odliczenia podatku VAT tudzież zastosowania stawki 0% dla wewnątrzspółnotowej dostawy towarów. Z punktu widzenia budżetu państwa jest to poważny problem finansowy. Okiem podatnika – to duży problem

zwykłych ludzi, przedsiębiorców, dla których odebranie prawa do odliczenia VAT często wiąże się z milionowymi stratami, długotrwałymi kontrolami organów podatkowych, wieloletnimi procesami sądowymi, a w konsekwencji z ich „śmiercią cywilną”. Orzecznictwo zarówno polskich sądów administracyjnych, jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) musiało się zmierzyć z ważeniem interesów fiskalnych państwa z jednej strony i interesów rzetelnych podatników z drugiej.

Pojęcie dobrej wiary na gruncie polskiego prawa cywilnego

W ramach przybliżenia pojęcia dobrej (złej) wiary, konieczne jest posłużenie się regulacjami stworzonymi w ramach ustawodawstwa cywilnego¹.

Institucja dobrej wiary najczęściej pełni rolę warunku prawnego, tj. przesłanki powstania, zmiany lub ustania jakiegoś skutku cywilnoprawnego (np. w postaci nabycia własności – art. 169, 172 i 174 k.c.², określenia zakresu rozliczeń pomiędzy właścicielem a samoistnym posiadaczem – art. 224 i n. k.c., powstania roszczenia o wykup – art. 231 k.c.). Dobra wiara natomiast jako pojęcie, przedmiot badań doktryny prawa poddawana jest zabiegom klasyfikacyjnym, analizowana z punktu widzenia spełnianych funkcji, wreszcie z punktu widzenia językowego; chodzi o odpowiedź na pytanie, jaki jest charakter prawny przepisów prawa cywilnego posługujących się wyrażeniem „dobra wiara”³.

Dobra wiara w aspekcie subiektywnym jest w zasadzie rezultatem językowej wykładni zwrotów prawnych posługujących się tym wyrażeniem, tzn. jest efektem ustalenia znaczenia przepisów k.c. (np. art. 231, 174) ze względu na język, w jakim zostały one sformułowane. W tym ujęciu dobra wiara to stan świadomości konkretnej osoby (stan psychiczny, pewne przeświadczenie o czymś działającego podmiotu prawnego) wyłączający możliwość postawienia jej zarzutu postępowania nagannego (złej wiary). Istnieje wiele znanych subiektywnych definicji dobrej wiary, kilka z nich znajduje się poniżej.

¹ D. Dominik-Ogińska, *Dobra wiara w podatku od wartości dodanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej* (1), Prz. Pod. 2013, 7, s. 30.

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r., poz. 121, ze zm.).

³ K. Doliwa, *Dobra wiara jako wyrażenie języka prawnego*, „Monitor Prawniczy” 2008, 6, wydanie elektroniczne.

S. Szer dobrą wiarę określał jako błędne, lecz niezawinione przeświadczenie o istnieniu pewnego stanu prawnego, jakkolwiek rzeczywisty stan prawny jest inny, choć zainteresowany o tym nie wie. Inaczej definiował A. Kunicki, według niego jest to stan psychiczny polegający na błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu o istnieniu prawa lub stosunku prawnego, gdy rzeczywisty stan prawny jest inny. W końcu według cieszącej się największym uznaniem definicji S. Grzybowskiego w dobrej wierze jest ten, kto powołując się na pewne prawo lub stosunek prawny mniema, że owo prawo lub stosunek prawny istnieje, chociażby nawet mniemanie to było błędne, jeżeli błędność mniemania należy w danych okolicznościach uznać za usprawiedliwioną⁴. J. Gajda wskazuje na trzy elementy, które składają się na pojęcie dobrej wiary, jest to: przeświadczenie o istnieniu prawa lub stosunku prawnego, błędność tego przeświadczenia lub możliwość usprawiedliwienia tego błędu w danych okolicznościach⁵.

W znaczeniu obiektywnym, jak zauważa K. Doliwa, dobra wiara to obiektywna miara czyjegoś zachowania, ocena tego zachowania jako odpowiedniego z punktu widzenia powszechnie przyjętych w obrocie norm etycznych⁶.

T. Dybowski stwierdza, że w złej wierze jest ten, kto wie (ma pozytywną wiedzę) o istotnym stanie prawnym, a także ten, kto takiej wiedzy nie posiada wskutek swego rażącego niedbalstwa. Zdaniem W. Czachórskiego zła wiara zachodzi już w sytuacji błędności mniemania o danym stanie prawnym, błędności wynikającej ze zwykłego niedbalstwa. Z kolei S. Grzybowski uważa, że stan złej wiary występuje wówczas, gdy brak świadomości o nieistnieniu pewnego prawa lub stosunku prawnego jest wynikiem niedbalstwa, wynikiem niezachowania normalnej w danych okolicznościach staranności⁷.

Należy podkreślić dwie kluczowe funkcje dobrej wiary. Pierwszą z nich jest funkcja ochronna będąca gwarancją bezpieczeństwa obrotu cywilnoprawnego poprzez ochronę interesu konkretnego jego uczestnika – który działał w dobrej wierze (wystarczy przywołać takie instytucje jak: nabycie własności od nieuprawnionego – art. 169 k.c., zasiedzenie – art. 172 i n. k.c.). Po drugie, w ramach klauzuli generalnej, dobra wiara gwarantuje obecność w prawie pozytywnym pierwiastka słusznościowego. Dobra wiara jako

⁴ Ibidem.

⁵ D. Dominik-Ogińska, *Dobra wiara w podatku...*, s. 30.

⁶ Ibidem, s. 31.

⁷ Ibidem.

stan mniemania – błędnego, lecz w swym błędzie usprawiedliwionego – że istnieje jakieś prawo podmiotowe wywiera wpływ na ocenę co do zasady obiektywnego zdarzenia prawnego skierowanego na powstanie, zmianę lub ustanie jakiegoś skutku cywilnoprawnego (np. umownego nabycia własności rzeczy ruchomej – art. 169 k.c.)⁸. Tak postrzegana dobra wiara pełni funkcję korygowania obiektywnego zjawiska zewnętrznego (zawarcie umowy z osobą nieuprawnioną do rozporządzania rzeczą) poprzez odwołanie się do subiektywnego zjawiska wewnętrznego. Jej funkcją jest zatem ochrona zaufania nabywcy do zewnętrznej postaci stanu faktycznego. Jak pisze A. Kunicki, funkcja ochronna dobrej wiary (oddziaływanie) jest wielokierunkowa. Dobra wiara stanowi bądź jeden z niezbędnych elementów stanu faktycznego będącego podstawą do nabycia prawa, jak np. w art. 174 k.c., bądź jest tylko czynnikiem przyspieszającym nabycie prawa, jak np. w art. 172 § 1 k.c., bądź wreszcie ochronna funkcja dobrej wiary pełni rolę korygującą skutki zdarzenia prawnego. Tak jest np. w wypadkach art. 169 § 1, art. 92 § 2 k.c. Korygowanie skutków czynności prawnej jest najbardziej istotną funkcją dobrej wiary⁹.

Dobra wiara w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Analizując orzecznictwo TSUE, można stwierdzić, że wprowadził on do systemu VAT pojęcie dobrej wiary – klauzulę słusznościową, którą do tej pory łączyliśmy z prawem cywilnym. Celem tego rozwiązania było ustanowienie swego rodzaju wentylu bezpieczeństwa, który dałby podatnikom możliwość uwzględnienia ich racji i zachowania podstawowych praw wynikających z systemu VAT pod warunkiem, że szczególne okoliczności konkretnego przypadku na to pozwalają. Klauzula ta nie stanowi naruszenia systemu VAT, lecz jego uzupełnienie i wsparcie. Jej działanie obejmuje sytuacje, w których przepisy bywają bezradne, chroniąc w ten sposób uczciwych przedsiębiorców¹⁰.

Należy podkreślić, że co do zasady TSUE potwierdzał fakt rzeczywistego zaistnienia transakcji między podmiotami. Jest to istotne zwłaszcza z punktu widzenia prawa do odliczenia VAT przez podatnika. I tak, przykładowo, w sprawach połączonych *Optigen Ltd, Fulcrum Electronics Ltd i Bond*

⁸ K. Doliwa, *Dobra wiara jako wyrażenie...*, wydanie elektroniczne.

⁹ Ibidem.

¹⁰ D. Dominik-Ogińska, *Dobra wiara w podatku...*, s. 26–27.

House Systems Ltd v. Commissioners of Customs & Excise oraz *Axel Kittel v. państwo belgijskie i Państwo belgijskie v. Recolta Recycling SPRL* nie było wątpliwości, że zostały spełnione zarówno materialne, jak i formalne warunki prawa do odliczenia konkretnych transakcji. Problematiczna była kwestia próby organów podatkowych pociągnięcia do tzw. odpowiedzialności zbiorowej wszystkich podmiotów, również tych nieświadomych uczestnictwa w oszustwie karuzelowym. Wobec tego TSUE nakazał badanie poszczególnych ogniw transakcji składających się na oszustwo karuzelowe. Zatem w przypadku wykorzystania podmiotu uczciwego w celu oszustwa, dobra wiara będzie chronić tych podatników, którzy nie wiedzieli i nie mogli wiedzieć, że uczestniczą w oszukańczym procederze. W związku z tym to, co miało miejsce na etapie obrotu poprzedzającym rozpatrywaną transakcję i na etapie obrotu następującym po tej transakcji nie może mieć wpływu na jej ocenę¹¹.

W wyrokach: w sprawach połączonych *Mahagében Kft v. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága i Péter Dávid v. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Észak-alföldi Regionális Adó Főigazgatósága* oraz z dnia 6 września 2012 r. *Gábor Tóth v. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Észak-magyarországi Regionális Adó Főigazgatósága* TSUE również był przekonany, że strona materialna i formalna prawa do odliczenia została spełniona. Podobnie w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie *Bonik EOOD v. Direktor na Direktsia „Obzhalovane i upravlenie na izpalnenieto” – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia za prihodite* chodziło o przeniesienie odpowiedzialności na nabywcę za działania innych podmiotów gospodarczych. Podatnikom próbowano przypisać utratę dochodów podatkowych spowodowaną oszukańczym działaniem osób trzecich, na które podatnicy nie mieli żadnego wpływu. Dlatego też zaistniała potrzeba skorzystania z klauzuli dobrej wiary¹².

Wobec powyższego należy zaznaczyć, że w sytuacji gdy organy podatkowe udowodnią brak rzeczywistego dokonania czynności podlegającej opodatkowaniu, zastosowanie klauzuli dobrej wiary jest niemożliwe. Spowodowane jest to faktem, że po stronie dostawcy nie ma obowiązku podatkowego, lecz jedynie obowiązek z art. 203 dyrektywy 112 (art. 108 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług). Zaś po stronie nabywcy nie ma prawa do odliczenia VAT, albowiem prawo do

¹¹ Ibidem, s. 27.

¹² Ibidem.

odliczenia przewidziane w szóstej dyrektywie nie ma zastosowania do podatku, który jest należny jedynie z powodu wykazania go na fakturze¹³.

Analizując konkretne przypadki, organy podatkowe, wydając decyzję, w pierwszej kolejności powinny stwierdzić, czy dana transakcja miała miejsce w rzeczywistości i spełnia wymogi formalne skorzystania z prawa do odliczenia VAT¹⁴. W razie zaistnienia tych przesłanek i przy jednoczesnym stwierdzeniu, że działania kontrahenta miały na celu nadużycie lub oszustwo w VAT, należy badać dobrą wiarę¹⁵. Organy podatkowe powinny udowodnić, że istniały przesłanki uzasadniające przypuszczenie istnienia nieprawidłowości lub oszustwa po stronie wystawcy faktury. Następnie należy dokonać badania należytej staranności podatnika. Organy powinny ustalić, czy podatnik dochował należytej staranności, tzn. przedsięwziął wszelkie racjonalne środki, jakie pozostawały w jego mocy, np. zasięgnął informacji na temat podmiotu, u którego zamierza nabyć towary lub usługi w celu upewnienia się co do jego wiarygodności, aby wykluczyć swój udział w oszustwie. Trybunał Sprawiedliwości UE jest przeciwny nakładaniu na podmiot gospodarczy dodatkowych obowiązków kontrolnych, które należą do obowiązków organów podatkowych. Podatnicy nie mogą również ponosić odpowiedzialności za czynności swoich kontrahentów – chyba że o nich wiedzieli lub powinni byli wiedzieć¹⁶.

Wpływ orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na orzecznictwo polskich sądów administracyjnych

Różnorodne reżimy prawne przewidują, że system prawa stanowionego opiera się nie tylko na normach wprost wyrażonych przez przepisy prawne, ale również na normach, które na drodze wnioskowania zostały z tych przepisów wyinterpretowane. Każda kultura prawna – w tym również wspólnotowa – musi posiadać efektywny system ochrony sądowej¹⁷. Tę wspólnotową cechuje kompleksowy charakter, gdyż kompetencje sprawowania

¹³ Ibidem.

¹⁴ D. Dominik-Ogińska, *Dobra wiara w podatku...*, s. 28.

¹⁵ Dominik-Ogińska D., *Dobra (zła) wiara oraz fikcja w VAT na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Materiały z narady sędziowskiej na Konferencji w 2012, s. 42–43.

¹⁶ D. Dominik-Ogińska, *Dobra wiara w podatku...*, s. 28.

¹⁷ D. Dominik, *Orzecznictwo polskich sądów administracyjnych po wyrokach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Prz. Pod. 2010, 1, s. 9.

wymiaru sprawiedliwości podzielono między Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej i sądy państw członkowskich. Organizacja systemu współpracy między TSUE i sądami państw członkowskich przewiduje zagwarantowanie jednolitego i spójnego stosowania prawa wspólnotowego w połączeniu z jego stałym rozwojem¹⁸. W praktyce zapewnienie współistnienia obu systemów prawa może okazać się trudne. Podstawowa trudność w tym zakresie ciąży więc na praktyce stosowania prawa. Słuszne będzie twierdzenie, że to właśnie wykładnia prawa, prowadzona w oparciu o pewne fundamentalne zasady wypływające z prawa pierwotnego Unii i szerokiego orzecznictwa TSUE, stanowi swoisty łącznik między prawem krajowym a wspólnotowym¹⁹.

Podkreślenia wymaga fakt, że polskie sądy administracyjne przy dokonywaniu kontroli legalności decyzji administracyjnych i indywidualnych interpretacji podatkowych, powinny na co dzień stosować wykładnię zgodną z przepisami prawa europejskiego²⁰. Jeśli treść ustawy krajowej zawiera niejasności, sąd krajowy jest obowiązany do przeprowadzenia wykładni tak, aby interpretacja była zgodna z wymogami dyrektywy. Natomiast w sytuacji stwierdzenia niezgodności norm prawa krajowego z prawem unijnym sądy są zobowiązane zastosować normy prawa unijnego jako podstawę swoich rozstrzygnięć, odmawiając jednocześnie zastosowania norm prawa krajowego, bowiem takie podejście stanowi odzwierciedlenie zasady prymatu prawa unijnego nad krajowym²¹.

W procesie kształtowania wykładni pronunijnej kluczową funkcję pełni orzecznictwo TSUE. Bezsporne jest, że rozstrzygnięcia Trybunału mają zasadniczo charakter precedensowy, zaś sam TSUE jest – odmiennie niż sądy krajowe, głównie sądem prawa, a nie sądem faktu²². Nie ulega wątpliwości, że wyroki TSUE w znacznie większym stopniu aniżeli orzeczenia sądów polskich tworzą prawo, w tym także prawo podatkowe. Trybunał bardzo dalece współtworzy prawo wspólnotowe, zwłaszcza w jego praktycznym aspekcie. Nie będzie przesadne stwierdzenie, że orzecznictwo

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ D. Antonów, *Wykładnia celowościowa prawa podatkowego po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Prz. Pod. 2005, 11, s. 31–32.

²⁰ A. Mudrecki, *Wpływ „dobrej wiary” na prawo podatnika do odliczenia podatku od wartości dodanej w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Referat złożony do materiałów konferencyjnych w Mikulowie, wrzesień 2014.

²¹ Ibidem, s. 1–2.

²² R. Mastalski, *Wykładnia prawa podatkowego po wejściu Polski do Unii Europejskiej*, Prz. Pod. 2004, 8, s. 5.

TSUE formalnie niebędące źródłem prawa wspólnotowego, w znacznej mierze wpływa – w procesie *de facto* wiążącej interpretacji i stosowania prawa wspólnotowego – na funkcjonowanie tego prawa²³.

Kompetencją TSUE wartą zaakcentowania jest uprawnienie do udzielania odpowiedzi na pytania prejudycjalne sądów krajowych. Zgodnie z art. 267 TWE sądy, których orzeczenia nie są ostateczne, mogą, a sądy ostatekniej instancji powinny występować z pytaniami prejudycjalnymi do TSUE, jeżeli uznają, że jest to konieczne do wydania wyroku. Trybunał przyczynia się do rozstrzygnięcia sporu, ale nie orzeka w danej sprawie – jest to swego rodzaju współpraca prawna, poprzez którą sąd krajowy i TSUE wypracowują opracowanie określonego rozstrzygnięcia²⁴.

Wpływ orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie dobrej i złej wiary na orzecznictwo polskich sądów krajowych

Orzecznictwo polskich sądów administracyjnych wskazuje, że organy podatkowe nie mogą odebrać podatnikowi prawa do odliczenia podatku od towarów i usług w sytuacji, gdy transakcja jest zawierana z podmiotem, który dopuścił się nadużycia w VAT, jeśli nie wykażą, że podatnik nabywając towar lub usługę świadomie uczestniczył w oszustwie, a więc działał w złej wierze. Zatem pozbawienie podatnika prawa do odliczenia VAT jest uzależnione od wykazania przez organy podatkowe jego złej woli podczas zawierania transakcji z kontrahentem.

Orzecznictwo potwierdza, że prawo do odliczenia podatku naliczonego jest fundamentalnym prawem podatnika, odzwierciedlającym podstawową zasadę VAT – zasadę neutralności. Jakiegokolwiek ograniczenia tego prawa powinny być wyjątkiem dodatkowo uzasadnionym. Organy podatkowe nie mogą wymagać od podatnika podejmowania działań śledczych w stosunku do swoich kontrahentów, aby ustalić czy nie jest ogniwem w transakcjach mających na celu nadużycie i oszustwo w VAT. To organy podatkowe są obowiązane do ustalania stanu faktycznego i kontrolowania czy wystawcy faktur wywiązują się z obowiązków podatkowych. Tylko wykazując istnienie obiektywnych przesłanek, że podatnik wiedział lub powinien był wiedzieć, że transakcja wiązała się z oszustwem popełnionym

²³ Ibidem, s. 6.

²⁴ A. Mudrecki, *Wpływ „dobrej wiary” na prawo podatnika...*, s. 3.

przez kontrahenta, organ podatkowy jest w stanie pozbawić nabywcę towarów lub usług prawa do odliczenia VAT.

Tak zaprezentowana wykładnia – przychylna dla uczciwych podatników – stanowiła przełom w orzecznictwie polskich sądów administracyjnych, bowiem do tego czasu dominowała tendencja do odmawiania podatnikom prawa do odliczenia VAT. Organy podatkowe i krajowe sądy administracyjne stały na stanowisku, że ustawa o VAT nie łączy skutków prawnych w zakresie obowiązków i praw podatnika z dobrą lub złą wiarą nabywcy. Wprawdzie pojawiały się pojedyncze wyroki (z dnia 23 października 2009 r., sygn. akt I FSK 828/09 oraz z dnia 10 lutego 2010 r., sygn. akt I FSK 1826/08), których składy orzekające uchylały decyzje organów podatkowych z uwagi na fakt, że nie została zbadana dobra wiara nabywcy i organy podatkowe błędnie uważały, że problematyka ta jest całkowicie bez znaczenia – jednak wciąż dominowała profiskalna linia orzecznicza.

Trwałą zmianę przyniosło orzeczenie z 26 czerwca 2012 r., sygn. akt I FSK 1200/11. Pod jego wpływem sądy administracyjne zaczęły uchylać decyzje organów podatkowych, nakazując badanie, czy podatnik pozostawał w dobrej lub złej wierze przy transakcjach związanych z nabyciem towarów lub usług. Późniejsze orzeczenia uszczegółowiły ten obowiązek, dodając konieczność badania dobrej wiary na moment dokonania transakcji. Jednocześnie sądy wskazywały, że organy podatkowe nie są uprawnione do uzależniania prawa do odliczenia podatku VAT od podjęcia przez podatnika daleko idących czynności sprawdzających.

Analiza spraw dotyczących oszustw i nadużyć w VAT pozwala również na wyłonienie kilku branż, które są w sposób szczególny narażone na bezprawne praktyki. Należą do nich branża paliwowa, obrót złomem oraz usługi budowlane. W tym kontekście sądy administracyjne nakazują zarówno podatnikom, jak i organom podatkowym wyjątkową czujność. Orzecznictwo wskazuje konkretne sytuacje, w których podatnik powinien powziąć wątpliwości co do wiarygodności swojego kontrahenta, natomiast odnośnie branży paliwowej sąd nakazuje dokonywanie dokładniejszej weryfikacji dostawców paliwa w celu sprostania pojęciu „staranności kupieckiej”.

Podsumowanie

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej wiązało się z przyjęciem wspólnotowego dorobku prawnego, w którego skład wchodzi również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Ma ono doniosły wkład w procesie harmonizacji podatku od wartości dodanej, m.in. poprzez

szerzenie wykładni prounijnej oraz celowościowej. Powyższe pozwoliło na wprowadzenie do polskiego systemu podatkowego słuźnościowej klauzuli dobrej wiary, której nie sposób znaleźć w zapisach krajowej ustawy o podatku od towarów i usług, jak również nie wynika ona z regulacji unijnych. To swoisty rodzaj doktryny orzecniczej, w której stosowaniu TSUE jest konsekwentny, o czym świadczy wydane 6 lutego 2014 roku postanowienie w sprawie Marcin Jagiełło przeciwko Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi (C-33/13).

W realiach polskich najistotniejszą rolę klauzula dobrej wiary pełni w kontekście prawa podatnika do odliczenia podatku naliczonego. Jest w związku z tym swego rodzaju wsparciem dla fundamentalnej zasady neutralności VAT. Wypełnia lukę, wobec której przepisy były bezradne.

Orzecznictwo TSUE spowodowało pewne trudności w stosowaniu przez polskie sądy administracyjne, ale zarazem diametralnie zmieniło ich podejście, w konsekwencji również podejście organów podatkowych do podatników podatku od towarów i usług. W związku z zamiarem organów podatkowych odebrania podatnikowi praw związanych z VAT, w sytuacji gdy transakcja między nabywcą a dostawcą miała rzeczywiście miejsce, Trybunał zalecił badać, czy podatnik pozostawał w dobrej lub złej wierze. Taka wykładnia zapoczątkowała falę uchyleń wyroków Wojewódzkich Sądów Administracyjnych oraz decyzji administracyjnych organów podatkowych. Naczelny Sąd Administracyjny nakazywał badać organom podatkowym świadomość podatnika podczas zawierania transakcji z kontrahentem – fakt, czy wiedział lub powinien był wiedzieć o popełnianych oszustwach. Ustalając wskazane okoliczności, organy podatkowe nie mogą wymagać od podatnika podejmowania działań śledczych w stosunku do swoich kontrahentów, aby ustalić czy nie jest się ogniwem w transakcjach mających na celu nadużycie w VAT, bowiem to organy podatkowe są obowiązane do ustalania stanu faktycznego i kontrolowania czy wystawcy faktur wywiązują się z obowiązków podatkowych.

Analiza orzecznictwa polskich sądów administracyjnych pod kątem stosowania klauzuli dobrej wiary pozwala na wyłonienie wrażliwych branż, dla których to pojęcie odgrywa najistotniejszą rolę, bowiem w tych obszarach oszustwa i nadużycia w VAT cieszą się największą popularnością. Są to usługi budowlane, obrót stalą i branża paliwowa. W orzeczeniach odnośnie przedsiębiorców wyżej wymienionych branż sądy podkreślają obowiązek szczególnej ostrożności, zarówno podatników, jak i organów podatkowych. Przedsiębiorcom w ramach ich „staranności kupieckiej” zaleca się szczególną weryfikację kontrahentów. Jednak, jak trafnie zauważa

M. Militz, polscy podatnicy wskazówek w zakresie sposobu weryfikacji swoich kontrahentów muszą poszukiwać w orzecznictwie sądów administracyjnych, co może przynosić „niespodzianki”. Jak sugeruje, warto by było wykorzystać doświadczenia innych państw, np. Wielkiej Brytanii, gdzie organy podatkowe sporządziły w sierpniu 2013 r. wykaz branż wrażliwych oraz zestaw przykładowych czynności, które podatnik powinien podjąć w kontaktach z podmiotami działającymi w tych sektorach. W ten sposób polscy podatnicy zostaliby z jednej strony poinformowani o zagrożeniach w konkretnych branżach, a z drugiej strony pouczeni, jakie działania należy podjąć, by w razie wykrycia przez organy podatkowe oszustw bądź nadużyć podatkowych móc zachować prawo do odliczenia VAT²⁵.

Polskie Ministerstwo Finansów po części zrealizowało przytoczony wyżej postulat, wydając dnia 13 listopada 2014 r. list ostrzegawczy adresowany do podatników VAT dokonujących obrotu paliwami ciekłymi²⁶. W piśmie kierowano apel o zachowanie szczególnej ostrożności i staranności przy podejmowaniu decyzji handlowych skierowany do uczciwych przedsiębiorców działających w branży paliwowej mogących nieświadomie stać się uczestnikami procederu. Ministerstwo przedstawiło opis mechanizmu oszustwa i podało charakterystyczne, najczęściej powtarzające się cechy transakcji wykorzystywanych w procederze oszustwa. Ostrzegano przede wszystkim przed dostawcami nowo powstałych firm, gdzie właścicielem lub reprezentantem jest osoba młoda lub w wieku 50–60 lat bez doświadczenia w branży, często obcokrajowiec, z którym utrudniony lub niemożliwy jest bezpośredni kontakt. Nieufność powinien wzbudzić podmiot, szczególnie przy dużej skali działalności, zgłaszający siedzibę firmy pod adresem, pod którym brak jest oznak prowadzenia działalności gospodarczej (tzw. „wirtualne biuro”) lub w wynajętym lokalu mieszkalnym, nieposiadający zaplecza technicznego niezbędnego do prowadzenia tego rodzaju działalności oraz dostawcy i odbiorcy w łańcuchu dostaw często zmieniający się bez żadnego ekonomicznego uzasadnienia. Resort finansów zalecił zwracać uwagę na transakcje, gdzie zachodzi bardzo szybka wymiana handlowa – natychmiastowa odsprzedaż towaru do kolejnych podmiotów oraz stosunkowo krótkie terminy płatności, biorąc pod uwagę rozmiar transakcji. Podejrzenie powinna również wzbudzać oferta cenowa

²⁵ M. Militz, *Nowe aspekty badania dobrej wiary u nabywców paliw*, „Przegląd Podatkowy” 2014, 8, s. 12.

²⁶ Departament Kontroli Skarbowej, List do podatników VAT ws. zagrożenia oszustwami w obrocie paliwami, 2014, http://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/dla-mediow/informacje-prasowe/-/asset_publisher/6PxXf/content/id/11331623.

określająca rabat większy niż ok. 200 złotych/1000 litrów od ceny rafineryjnej wynikającej z istniejącego mechanizmu kształtowania cen w obrocie paliwami oraz paliwa oferowane wyłącznie z dostawą do odbiorcy lub oferowany zwrot kosztów transportu przy odbiorze własnym – z uwagi na brak infrastruktury i środków transportu – bądź gdy miejscem odbioru zamówionego paliwa przez nabywcę jest miejsce inne niż siedziba lub stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej sprzedawcy²⁷. Ministerstwo Finansów podkreśliło, że ważne jest, aby dostawca paliwa był podmiotem koncesjonowanym, bądź też znajdował się w odpowiednich rejestrach Agencji Rezerw Materiałowych oraz Urzędu Regulacji Energetyki²⁸.

Ponadto 1 lipca 2015 roku weszła w życie ustawa²⁹ rozszerzająca mechanizm odwróconego obciążenia VAT, który polega na obciążeniu nabywcy, a nie sprzedawcy, obowiązkiem naliczenia podatku. Rozszerzenie ma obejmować towary m.in. telefony komórkowe, tablety, notebooki, konsole do gier, również półprodukty z aluminium, ołowiu i cynku. Mechanizm ten ma na celu uszczelnienie systemu podatku od towarów i usług oraz zapobieganie nadużyciom w branżach wrażliwych, do których należy również branża elektroniczna i metalurgiczna. Jeśli zaś chodzi o branżę paliwową, w kwietniu 2015 roku Polska Izba Paliw Płynnych wystosowała do Rady Ministrów list proponujący konkretne rozwiązania, które mają się przysłużyć walce z oszustwami podatkowymi. Uważam, że ciekawe rozwiązanie zaproponował K. Raczkowski – autor opinii dołączonej do wskazanego wyżej listu – zdaniem którego w celu poprawienia sytuacji w branży należałoby wprowadzić tzw. *split payment*. Polega on na rozdzieleniu płatności dokonywanej przez nabywcę na kwotę netto, którą otrzymywałby sprzedawca, oraz kwotę VAT trafiającą bezpośrednio do urzędu skarbowego. Jednakże z uwagi na długotrwałość procedury wdrażającej taki system K. Raczkowski uważa, że należałoby go poprzedzić również mechanizmem odwrotnego obciążenia. Zdaniem autora opinii doświadczenia innych branż pokazują, że taki mechanizm drastycznie powstrzymał wyłudzenia, w przeciwieństwie do mechanizmu solidarnej odpowiedzialności sprzedawcy i nabywcy, wprowadzonej od 1 października 2013 r.³⁰.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ustawa z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2015, poz. 605).

³⁰ A. Pokojska, *Solidarna odpowiedzialność sprzedawcy i nabywcy się nie sprawdziła*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 11.05.2015.

Bibliografia

- Antonów D., *Wykładnia celowościowa prawa podatkowego po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, „Przegląd Podatkowy” 2005, nr 11.
- Departament Kontroli Skarbowej, List do podatników VAT ws. zagrożenia oszustwami w obrocie paliwami, 2014, http://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/dla-mediow/informacje-prasowe/-/asset_publisher/6PxF/content/id/11331623.
- Doliwa K., *Dobra wiara jako wyrażenie języka prawnego*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 6, wydanie elektroniczne.
- Dominik D., *Orzecznictwo polskich sądów administracyjnych po wyrokach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Przegląd Podatkowy” 2010, nr 1.
- Dominik-Ogińska D., *Dobra wiara w podatku od wartości dodanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (1)*, „Przegląd Podatkowy” 2013, nr 7.
- Dominik-Ogińska D., *Dobra wiara w podatku od wartości dodanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (2)*, „Przegląd Podatkowy” 2013, nr 8.
- Dominik-Ogińska D., *Dobra wiara w podatku od wartości dodanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (3)*, „Przegląd Podatkowy” 2013, nr 9.
- Dominik-Ogińska D., *Dobra (zła) wiara oraz fikcja w VAT na tle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Materiały z narady sędziowskiej na Konferencji w 2012.
- Militz M., *Nowe aspekty badania dobrej wiary u nabywców paliw*, „Przegląd Podatkowy” 2014, nr 8.
- Mudrecki A., *Wpływ „dobrej wiary” na prawo podatnika do odliczenia podatku od wartości dodanej w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Referat złożony do materiałów konferencyjnych w Mikulowie, wrzesień 2014.
- Pokojska A., *Solidarna odpowiedzialność sprzedawcy i nabywcy się nie sprawdziła*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 11.05.2015.

Wykaz aktów prawnych

- Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. UE L 347 z 11.12.2006 ze zm.).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.).
- Ustawa z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r., poz. 605).

Wykaz orzecznictwa

- Wyrok TSUE z dnia 21 czerwca 2012 r. w sprawach połączonych Mahagében kft (C-80/11) i Péter Dávid (C-142/11).
- Wyrok TSUE z dnia 6 września 2012 r. w sprawie Gábor Tóth (C-324/11).

Katarzyna Bajak

Wyrok TSUE z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie Bonik EOOD (C-285/11).

Postanowienie TSUE z dnia 6 lutego 2014 r. w sprawie Marcin Jagiełło przeciwko

Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi (C-33/13).

Wyrok NSA z 26 czerwca 2012 r., sygn. akt I FSK 1200/11.

AGNIESZKA KAPUŚNIAK

Alkoholizm jako przyczyna rozkładu pożycia małżeńskiego w świetle badań aktowych

Streszczenie

W pracy dokonano analizy obowiązujących przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego regulujących prawo rozwodowe oraz tryb postępowania w tego rodzaju sprawach. Praca została napisana na podstawie materiałów źródłowych (m.in. akty prawne, literatura prawnicza), a w szczególności wyników badań empirycznych (m.in. badania własne – aktowe) z wykorzystaniem narzędzia badawczego w postaci kwestionariusza do badania akt sądowych. Celem niniejszej pracy jest omówienie problemu uzależnienia alkoholowego w małżeństwach. Zbadano również, czy sądy w sprawach rozwodowych należycie (dokładnie i wyczerpująco) prowadzą postępowanie dowodowe, z wykorzystaniem wszystkich dostępnych i adekwatnych w danej sprawie środków dowodowych. W szczególności przeanalizowano najczęstsze przyczyny uzależnienia ustalone przez sąd w toku postępowania dowodowego.

Ogólny zarys problemu alkoholowego występującego w pożyciu małżeńskim

Artykuł został opracowany na podstawie pracy magisterskiej pt. „Alkoholizm jako przyczyna rozkładu pożycia małżeńskiego w świetle badań aktowych”, napisanej pod kierunkiem Prof. zw. dr hab. Wandy Stojanowskiej w Akademii Leona Koźmińskiego, obronionej w lipcu 2015 r. Praca ta obejmowała dwa nurty badań, z których jeden dotyczył badań akt sądowych w sprawach, w których alkoholizm był przyczyną rozkładu pożycia, natomiast drugi odnosił się do badań ankietowych, które były przeprowadzone wśród osób, które podjęły się leczenia odwykowego. W niniejszym

artykule zostały przedstawione tylko cząstkowe wyniki badań własnych – aktowych.

Zjawisko alkoholizmu stanowi jedną z najliczniejszych przyczyn rozwodów w naszym kraju, o czym świadczą między innymi badania Głównego Urzędu Statystycznego, według którego w 2012 r. sądy wydały ogółem 64 432 wyroków rozwodowych, przy czym aż w 3711 sprawach¹ wyłączną przyczyną rozkładu pożycia był alkoholizm jednego z małżonków. Jest to duża liczba, zwłaszcza na tle innych przyczyn rozwodu (np. z powodu nieporozumień na tle finansowym – 1101 spraw).

Do takiego samego wniosku w swoich badaniach doszła W. Stojanowska, która ustaliła, że alkoholizm stanowił jedną z najczęstszych przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego. Spośród ogółu przyczyn ustalonych w toku procesu zdecydowanie wysuwały się na czoło trzy najczęściej występujące: niewierność (23,7%), alkoholizm (23,1%) oraz trwale związanie się z inną osobą (20,5%)². Warto również nadmienić, że hierarchia przyczyn rozkładu pożycia ustalonych w toku procesu była inna, gdy z powództwem występowali mężowie, a inna, gdy wносиły je żony. Alkoholizm przeważał w zdecydowanej części, gdy powództwo wносиły żony³. Badania obrazują, jak bardzo duży odsetek rozwodów jest wynikiem nałogowego pijaństwa małżonka. Alkoholizm, powodując rozkład pożycia, przyczynia się przede wszystkim do wrogiego nastawienia małżonków wobec siebie. Powoduje on jednocześnie zanik krytycyzmu i prowadzi do nasilenia egoizmu. Zdaniem A. Olejniczaka takie skutki, chociaż bardzo poważne, jeszcze najczęściej nie przesądzają o zupełnym i trwałym rozkładzie pożycia. Dopiero rodzące się na tym podłożu awantury, zniewagi, ciężkie pobicia, zaniechanie rodziny, zdrady małżeńskie stają się bezpośrednimi przyczynami zupełnego i trwałego zerwania więzi uczuciowych, fizycznych i gospodarczych między małżonkami, a przykładem negatywnego oddziaływania alkoholizmu na stan więzi małżeńskich jest wywołanie agresywnych zachowań w stosunku do najbliższej rodziny⁴. Należy jednak pamiętać, że jeżeli jedno z małżonków jest nałogowym alkoholikiem, to jego postępowanie przyczynia się do powstania nowych zadrażnień i konfliktów

¹ *Rocznik demograficzny*, GUS, Warszawa 2013, tab. 42: *Rozwody według różnicy wieku małżonków, przyczyny rozkładu pożycia małżeńskiego oraz orzekania o winie*.

² W. Stojanowska, *Problematyka rozwodów w świetle badań*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1977, tab. 6.1, s. 72.

³ Tamże, tab. 6.1, s. 71.

⁴ A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki udzielenia rozwodu*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1980, s. 45.

małżeńskich, tak że zatracą się poczucie, co tak naprawdę stanowi przyczynę pierwotną rozkładu pożycia.

Trudno wskazać jednoznacznie przyczyny alkoholizmu, ale zapewne wpływ na taki stan rzeczy mają bieda, negatywne wzorce, a czasami brak wsparcia w rodzinie. Niepokojące staje się również zjawisko współuzależnienia⁵, które coraz częściej dotyka współmałżonków oraz dzieci osoby uzależnionej od alkoholu. Problemem osób współuzależnionych jest nie tylko branie odpowiedzialności za alkoholika, za zachowanie i skutki jego działań, lecz także stopniowe przejmowanie jego obowiązków z obawy, że nie zostaną poprawnie bądź też w ogóle wykonane⁶. Prawidłowo funkcjonująca rodzina tworzy pewnego rodzaju wspólnotę, która wymaga od swych członków przede wszystkim miłości, bezpieczeństwa oraz wzajemnego uznania i poszanowania. Artykuł 23 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nakłada na każdego z małżonków obowiązek wzajemnej pomocy i wierności oraz współdziałania dla dobra rodziny, która powstała przez ich związek. Chodzi przede wszystkim o dokonywanie czynności, które mają na celu utrzymanie i wzmacnianie rodziny, zarówno jako całości, jak i jej pojedynczych członków⁷. Nie ulega więc wątpliwości, iż alkoholizm jednego z małżonków poważnie narusza cytowany przepis art. 23 k.r.o., gdyż w większym lub mniejszym stopniu doprowadza do tego, że osoba uzależniona nie jest w stanie sumiennie wypełniać swojej funkcji względem współmałżonka oraz dzieci.

W literaturze słusznie stwierdzono, że „alkoholizm jest jednym z największych burzycieli ładu i szczęścia rodzinnego”⁸. Prowadzi bardzo często do zaniedbań obowiązków rodzinnych i zawodowych. Jego konsekwencją jest obniżenie poziomu pracy, a niejednokrotnie wywołuje skutek w postaci demoralizacji nieletnich, a tym samym stanowi zagrożenie spokoju i bezpieczeństwa otoczenia. Osoba uzależniona bardzo często nie podejmuje starań w celu realizacji roli współmałżonka, a potem rodzica. W aspekcie majątkowym alkoholik, wydając pieniądze na alkohol, pozbawia rodzinę

⁵ Współuzależnienie – w literaturze pozaprawnej określa się jako zespół cierpień i zaburzeń członków rodziny uzależnionej (por. W. Sztander, *Rodzina z problemem alkoholowym*, Instytut Psychologii Zdrowia, Polskie Towarzystwo Psychologiczne, Warszawa 2006).

⁶ M. Ryś, *Rodzina z problemem alkoholowym. Metody badań relacji interpersonalnych w dysfunkcyjnych systemach rodzinnych*, Mazowieckie Centrum Polityki Społecznej, Warszawa 2014, s. 53.

⁷ W. Borysiak, *Prawa i obowiązki małżonków*, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. J. Wiercińskiego, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 227.

⁸ E. Rosset, *Rozwody*, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1986, s. 322.

środków pieniężnych niezbędnych do normalnej egzystencji, w skrajnych przypadkach doprowadzając rodzinę nawet do nędzy.

Sąd Najwyższy w wyroku z 6.05.1997 r. słusznie zwrócił uwagę na to, że nadużywanie alkoholu stanowi również przyczynę dopuszczenia się zniewag słownych oraz naruszenia nietykalności współmałżonka⁹. Z przeprowadzonych badań wynika, że ofiary przemocy mogą pozostawać ze swoim agresorem w stosunku tzw. wyuczonej bezradności, która stała się konsekwencją długotrwałego przekonania ofiary o bezskuteczności podejmowania prób przeciwdziałania przemocy¹⁰. W orzecznictwie¹¹ podkreśla się również, iż niejednokrotnie dochodzi do nieuzasadnionych zarzutów pod adresem współmałżonka, np. z powodu urojonych zdrad małżeńskich.

Przy uzależnieniu od alkoholu ważną rolę w dochodzeniu do trzeźwości życia odgrywa pomoc osób najbliższych alkoholika, a wśród nich szczególnie drugiego małżonka (art. 23 k.r.o.). W wyroku z 9.11.2001 r. Sąd Najwyższy wspominał, że: „ze względu na drastyczność zachowania się małżonka uzależnionego od alkoholu nie można – na płaszczyźnie prawa i konkretnych okoliczności sprawy – wymagać od drugiego małżonka dalszego pożycia z nim, jeżeli sprzeciwia się temu dobro rodziny, a w szczególności dobro małoletnich dzieci stron”¹². Sama choroba alkoholowa nie musi stanowić jednak jedynej przesłanki stanowiącej o zawinięciu rozkładu pożycia małżeńskiego. Sam Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie wyodrębnił specjalnej konstrukcji winy. W celu jej określenia należy posługiwać się więc instytucją winy według pojęć Kodeksu cywilnego wypracowanych na gruncie jego art. 415 w zw. z art. 425. Przy takiej konstrukcji prawnej winy nie można przypisać osobie, która z jakichkolwiek powodów znajduje się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli (choroba psychiczna), chyba że osoba taka uległa zakłóceniu czynności psychicznych wskutek użycia napojów odurzających albo innych podobnych środków (poza sytuacją, gdy stan zakłócenia został wywołany bez winy tej osoby). Można zatem stwierdzić, że działanie małżonka

⁹ Wyrok SN z 6.05.1997 r., I CKN 86/97, Legis.

¹⁰ M. Ryś, *Rodzina z problemem alkoholowym...*, s. 53.

¹¹ Wyrok SA w Katowicach z 25.02.1998 r., I Aca 729/97, OSA 1998, Nr 11–12, poz. 49; z uzasad. SA w Poznaniu z 10.02.2004 r., I Aca 1422/03, Wokanda 2005, Nr 3, poz. 46.

¹² Wyrok SN z 9.11.2001 r., I CKN 438/00, niepubl.

w stanie po spożyciu alkoholu stanowić będzie działanie zawinione, choć sama choroba alkoholowa nie musi stanowić takiej przesłanki¹³.

Należy dodać, że w przypadku choroby alkoholowej pojawić się mogą przesłanki uzasadniające orzeczenie rozwodu, jeżeli choroba ta doprowadziła do zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego. Sąd w postępowaniu rozwodowym może dojść do wniosku, że małżonek, który popadł w alkoholizm, doprowadził swoim postępowaniem do rozkładu pożycia małżeńskiego, choć nie będzie to jedyna przesłanka, na podstawie której sąd wyda orzeczenie. Kluczową kwestią w postępowaniu dowodowym będzie, czy alkoholizm współmałżonka objawiał się po pierwsze takim stanem, w którym małżonek ten nie wywiązywał się z obowiązków małżeńskich i przez to doprowadził do rozkładu pożycia. Chociaż może także dojść do przeciwnych ustaleń, np. jeżeli choroba alkoholowa jest następstwem rozkładu pożycia małżeńskiego albo innych zdarzeń, które legły u jej podstaw, a zachowanie tego chorego współmałżonka nie było jedyną przesłanką rozkładu pożycia¹⁴.

W związku z rozpowszechnieniem się problemu alkoholizmu szczególnie ważne wydaje się poznanie przyczyn i mechanizmów leżących u podstaw uzależnienia oraz podjęcie odpowiednich działań w celu pomocy zarówno osobom uzależnionym, jak i ich rodzinom. Problemu tego nie można przemilczeć z uwagi chociażby na okoliczność istnienia niepokojących danych, które wskazują na to, że przeciętnie 23% rozwodów jest wynikiem nałogowego picia alkoholu¹⁵.

Analiza wyników badań własnych – aktowych dotyczących spraw, w których alkoholizm jest przyczyną rozkładu pożycia małżeńskiego i rozwodu

Badania własne aktowe przeprowadzono na podstawie 80 akt spraw, w których alkoholizm był przyczyną rozkładu pożycia małżeńskiego. Sprawy te zostały rozpoznane przez Sądy Okręgowe w Warszawie oraz w Krakowie w latach 2009–2013 (Sąd Okręgowy w Warszawie – 50 akt, Sąd Okręgowy w Krakowie – 30 akt). Badaniem objęto tylko sprawy, które zakończyły się prawomocnym orzeczeniem rozwodu.

¹³ T. Sokołowski, § 43: *Wina w prawie rozwodowym*, w: *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, pod. red. T. Smoczyńskiego, tom 11, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 674.

¹⁴ *Ibidem*, s. 647.

¹⁵ *Rocznik demograficzny...*, tab. 41: *Rozwody według różnicy wieku*.

Tabela 1. Informacja dotycząca osoby, która wnosi pozew rozwodowy

Lp.	Występujący z pozwem małżonek	w l.b.	w %
1.	mąż	14	17,5
2.	żona	66	82,5
Ogółem		80	100

Źródło: opracowanie własne.

Z tabeli 1 wynika, że w 66 sprawach (82,5%) pozew o rozwód wniosła żona, a w 14 sprawach (17,5%) mąż. Dodatkowo z akt wynikało, że – żądając orzeczenia rozwodu – aż 50 powodów (62,5%) wniosło o zaniechanie orzekania o winie, rozkładu pożycia małżeńskiego. Z reguły z nadużywaniem alkoholu przez małżonka łączyły się również dodatkowe zarzuty wobec niego – bezpośrednio lub pośrednio związane z nałogiem, takie jak np. zawiniona utrata pracy, nieprzyczynianie się do partycypowania w kosztach utrzymania rodziny, agresja wobec małżonka i dzieci, znęcanie się fizyczne i psychiczne, lekceważenie obowiązków wobec małżonka i dzieci oraz przerzucanie całej odpowiedzialności za funkcjonowanie rodziny na współmałżonka.

Tabela 2. Źródło utrzymania pozwanych małżonków uzależnionych od alkoholu

Lp.	Źródło utrzymania	Żona		Mąż	
		w l.b.	w %	w l.b.	w %
1.	praca stała	2	14,3	10	15,1
2.	praca dorywcza	4	28,6	20	30,3
3.	niezarobkowe	1	7,1	4	6,1
4.	bezrobotny	6	42,9	34	51,5
5.	nie wynikało z akt	1	7,1	2	3
Ogółem		14	100	66	100

Źródło: opracowanie własne.

Z tabeli 2 wynika, że wśród uzależnionych kobiet dominowało bezrobocie. Status osoby bezrobotnej posiadało 42,9% kobiet. W mniejszości pozostawały inne źródła utrzymania. 28,6% kobiet podejmowało prace dorywcze. Stałą pracę miało tylko 14,3% kobiet, z niezarobkowych źródeł utrzymania

(np. emerytury, renty, zasiłki dla bezrobotnych) korzystało 7,1%. Wśród mężczyzn sytuacja wyglądała bardzo podobnie. Status osoby bezrobotnej posiadało aż 51,5% mężczyzn. Na drugim miejscu uplasowali się mężczyźni, którzy wykonywali pracę dorywczą – 30,3%, a z pracy stałej utrzymywało się 15,1%. Ze źródeł niezarobkowych utrzymywało się 6,1% mężczyzn.

Na marginesie warto dodać, że w większości spośród badanych spraw uzależniony małżonek nie pracował nie dlatego, że nie mógł znaleźć pracy, ale przyczyną tego było silne uzależnienie od alkoholu, które powodowało ciągłą chęć spożycia alkoholu, co w późniejszym okresie powodowało zwolnienie z pracy. W aktach badanych spraw znalazła się taka, w której uzależniony małżonek uznał, że nie ma żadnych szans na znalezienie stałej pracy, ponieważ za każdym razem, gdy podejmuje zatrudnienie, po kilku dniach pracodawca rozwiązuje z nim umowę. Na pytanie sądu, co było dotychczas tego przyczyną, odpowiedział, że „moja praca jest tak stresująca, że nie umiałbym wyobrazić sobie pracować, gdybym nie strzelił sobie piwa przed pracą”.

Podsumowując, na podstawie akt badanych spraw stwierdzono, że zarówno kobiety, jak i mężczyźni, nadużywający alkoholu nie posiadali stałego źródła dochodu. W większości byli oni bezrobotni, a więc wraz ze zwiększającą się częstotliwością występowania problemów alkoholowych w rodzinach spada odsetek pracujących małżonków.

Z tabeli 3 wynika, że najczęściej pierwsze oznaki alkoholizmu pojawiają się w okresie powyżej 1 roku do 5 lat (20%) oraz od kilku miesięcy do jednego roku (12,6%) po ślubie.

Analiza danych z tabeli 3 wskazuje, że nie można wyróżnić specyficznego okresu pożycia małżeńskiego podatnego na chorobę alkoholową. Należy zauważyć, że rozwodzący się małżonkowie po raz pierwszy przejawiali oznaki uzależnienia od alkoholu już po kilku miesiącach pożycia małżeńskiego. Najczęściej do pierwszych oznak uzależnienia alkoholowego dochodziło w okresie powyżej 1 roku do 5 lat po ślubie (20%). W siedmiu sprawach małżonek przejawiał uzależnienie już przed ślubem, co zwykle starał się ukryć w okresie narzeczeństwa.

Podsumowując, najczęściej swoją chorobę alkoholową małżonek ujawniał około 5 lat po ślubie. Z założeń psychologii wiadomo, że jest to trudny okres dla partnerów, kiedy może dojść do naruszenia równowagi wzajemnych oczekiwań partnerów¹⁶. W tym okresie małżonkowie wypracowują

¹⁶ M. Ryś, *Rodzinne uwarunkowania psychospołeczne funkcjonowania dorosłych dzieci alkoholików*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, s. 87.

określone reguły wzajemnego współżycia, wzorce zachowań małżeńskich i rodzinnych. Ma to miejsce również, gdy na świat przychodzą dzieci, a podział obowiązków rodzinnych nie jest akceptowany przez jedną ze stron. Łatwo bowiem wtedy wpaść w poczucie winy, które bardzo często jest pierwszym krokiem do uzależnienia¹⁷.

Tabela 3. Pierwsze przejawy alkoholizmu małżonka

Lp.	Pierwsze przejawy alkoholizmu	w l.b.	w %
1.	przed ślubem	7	5,6
2.	kilka dni po ślubie	2	1,6
3.	od kilku miesięcy do 1 roku po ślubie	16	12,6
4.	ponad 1 rok do 5 lat po ślubie	25	20
5.	ponad 6 lat do 10 lat po ślubie	10	8
6.	ponad 11 lat do 15 lat po ślubie	3	2,4
7.	ponad 16 lat do 20 lat po ślubie	4	3,2
8.	ponad 20 lat po ślubie	3	2,4
9.	nie wynikało z akt	10	8
Ogółem		80	100

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 4 wskazuje, że alkoholizm bardzo często negatywnie wpływał na relacje między małżonkami. Z omawianej tabeli wynika, że uzależnione kobiety najczęściej stosowały przemoc psychiczną (85,7%). W 14,3% spraw żony dopuściły się zdrady małżonka, również w 14,3% spraw kobiety dopuszczały się przemocy fizycznej, ale we wszystkich przypadkach przemoc ta była skierowana w stosunku do małoletnich dzieci.

Odmienne sytuacja przedstawiała się u mężczyzn. W większości badanych spraw mężczyźni dopuszczali się przemocy fizycznej (39,7%). W tych sprawach powódki podkreślały, że były głównie bite, gdy „chciały przeciwstawić się kolejnym upokorzeniom ze strony męża”. Duży odsetek mężczyzn stosował również przemoc psychiczną (25,8%). Najczęściej kobiety zezna-

¹⁷ Idem, *Rodzina z problemem alkoholowym...*, s. 76.

wały, że mężczyźni używali wobec nich wulgarnych słów, niszczyli domowe sprzęty, wszczynali nocne awantury. W aktach badanych spraw znalazła się również sprawa, w której żona przyznała, że mąż kilkakrotnie przystawiał jej pistolet do głowy, grożąc śmiercią, jeżeli komukolwiek powie o jego problemie alkoholowym. W 23,2% spraw kobiety przyznały, że małżonek pod wpływem alkoholu zmuszał je do zachowań seksualnych różnymi formami szantażu, groźby bądź przemocy fizycznej. Ponadto w 14 sprawach (9,3%) mężowie zdradzili żony, co otwarcie przyznawali, natomiast w 3 sprawach alkoholizm męża był połączony z innym uzależnieniem – narkomanią, lekomanią.

Tabela 4. Niekorzystne efekty alkoholizmu stwierdzone w badanych sprawach

Lp.	Rodzaje niekorzystnych efektów alkoholizmu	Żona*		Mąż**	
		w l.b.	w %	w l.b.	w %
1.	przemoc fizyczna	3	14,3	60	39,7
2.	przemoc psychiczna	18	85,7	39	25,8
3	przemoc seksualna	0	0	35	23,2
3.	zdrada małżeńska	3	14,3	14	9,3
4.	inne nałogi, np. leki, narkotyki	1	4,8	3	2
Ogółem***		21	100	151	100

* Liczba uzależnionych żon – 14

** Liczba uzależnionych mężów – 66

*** Wynik nie sumuje się do 80 w liczbach bezwzględnych, ponieważ w niektórych przypadkach alkoholizm łączył się więcej niż z jednym negatywnym skutkiem.

Źródło: opracowanie własne.

Warto nadmienić, że w wielu badanych sprawach przemoc stosowana była również w stosunku do małoletnich dzieci. Kobiety twierdziły, że mąż nie pracuje, przez co nie łoży w ogóle na utrzymanie dzieci lub całe zarobione pieniądze przepija. W jednej spośród badanych spraw powódka zeznała: „Kilka razy krałam ze sklepu kajzerkę, żeby syn miał co zjeść”. Kobiety również przyznawały, że po aktach przemocy mężowie starali się znaleźć usprawiedliwienie i wytłumaczenie dla swojego zachowania, przeżywali poczucie winy, przepraszały i obiecywali poprawę. Niejednokrotnie zdarzało się, że przynosili kwiaty i kupowali prezenty.

Reasumując, alkoholizm należy do istotnych czynników prowadzących do zachowań agresywnych i do wywierania przemocy wobec współmałżonka oraz własnych dzieci. Kobiety nadużywające alkoholu częściej przejawiały agresję werbalną, zaś mężczyźni – fizyczną.

Tabela 5. Informacja o świadomości małżonka uzależnionego od alkoholu

Lp.	Świadomość uzależnienia	Żona		Mąż	
		w l.b.	w %	w l.b.	w %
1.	wystąpiła	10	71,4	11	21,4
2.	nie wystąpiła	4	28,6	55	78,6
Ogółem		14	100	66	100

Źródło: opracowanie własne.

Z tabeli 5 wynika, że występują znaczne rozbieżności co do świadomości uzależnienia alkoholowego między kobietami i mężczyznami. Z badanych akt wynikało, że aż 71,4% kobiet było świadomych swojego uzależnienia i wynikających z niego negatywnych konsekwencji, natomiast mężczyźni tylko 21,4%. Mężowie zwykle zaprzeczali formułowanym pod ich adresem zarzutom, twierdząc, że żony są przewrażliwione na punkcie alkoholu i bardzo często ulegają wpływom rodziców bądź innych osób bliskich. Z badanych akt wynikało również, że kobiety znacznie częściej wspierają męża uzależnionego od alkoholu i wierzą we wszystkie składane obietnice poprawy. W przypadku uzależnienia męża sporo kobiet przyznało, że korzysta z terapii dla współuzależnionych.

Analiza materiału badawczego wykazała kilkanaście czynników, z którymi związane było uzależnienie od alkoholu małżonka. Wśród przyczyn uzależnienia pojawiały się problemy między małżonkami (30,1%), głównie była to krytyka ze strony współmałżonka i okazywanie mu swojej dezaprobaty poprzez czynienie złośliwych uwag lub traktowanie go jak ucznia, którego trzeba ciągle pouczać i poprawiać, nie pozostawiając mu wolności w działaniu. Kolejno pojawiły się trudności finansowe (26,2%), z którymi niewątpliwie związane były problemy zawodowe (17%), następnie – chęć dążenia przez małżonka do stworzenia rodzinie jak najlepszego zaplecza finansowego, przez co ogrom stresu związanego z pracą doprowadzał do uzależnienia. Również utrata pracy związana z bezrobociem była czynnikiem skłaniającym mężczyzn do ucieczki w alkohol. Nie rozwiązywało to problemów rodziny, ale w skrajny sposób komplikowało, zmniejszając

szanse małżonka na uzyskanie nowego zatrudnienia, rodząc nowe konflikty i pogarszając sytuację materialną rodziny w związku z wydatkami na alkohol. Kolejno jako przyczynę uzależnienia podano ingerencję teściów w pożycie małżeńskie (17%). Miało to miejsce głównie, gdy małżonkowie mieszkali razem z teściami. Z badanych akt wynikało również, że w dużym stopniu przyczyną uzależnienia od alkoholu były błahe sprawy bez podania przyczyny (13,1%). Uzależnieni tłumaczyli się: „piję, bo to tradycja rodzinna” lub „piję, bo alkohol to moje paliwo”. W 6,6% było to wciągnięcie się małżonka w złe towarzystwo. Inne przyczyny ustalone w toku procesu to: długotrwała rozłąka małżonków, wciągnięcie się w hazard (3,9%). W dwóch przypadkach (2,6%) narodziny dziecka były tak stresującym momentem dla ojca, że zaczął regularnie zaglądać do kieliszka. Jeden z nich wskazał również, że po narodzinach dziecka pojawiła się u niego obawa odrzucenia przez żonę z uwagi na to, że dziecko będzie na pierwszym miejscu. Najczęściej jednak w toku procesu nie ustalono przyczyny uzależnienia alkoholowego (52,4%).

Tabela 6. Przyczyny uzależnienia ustalone w toku postępowania dowodowego

Lp.	Przyczyny uzależnienia	w l.b.	w %
1.	nie ustalono przyczyny	40	52,4
2.	krytyka małżonka	23	30,1
3.	problemy finansowe	20	26,2
4.	narodziny dziecka	2	2,6
5.	złe towarzystwo	5	6,6
6.	błahe sprawy bez przyczyny	10	13,1
7.	problemy zawodowe uzależnionego	13	17
8.	ingerencja teściów w pożycie małżeńskie	13	17
9.	inne	3	3,9
Ogółem*		131	100

* Wynik nie sumuje się do 80 l.b., ponieważ w niektórych przypadkach występowało więcej przyczyn niż jedna.

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 7 wskazuje, że problemy wychowawcze, jakie stwarzały rozwodzącym się rodzicom ich małoletnie dzieci pojawiały się bardzo często.

Brak problemów wychowawczych odnotowano zaledwie u 14,1% małoletnich. W odniesieniu do 85,9% małoletnich dzieci z akt sprawy wynikało, że sprawiały one problemy wychowawcze. Była to przede wszystkim agresja słowna bądź fizyczna (31,3%). Wiele dzieci miało również problemy w szkole (24,1%). Pozostałe problemy wychowawcze występowały w mniejszym stopniu: dopuszczanie się czynów sprzecznych z prawem – 9,6% dzieci, kontakt ze środowiskiem patologicznym – 6%, używanie alkoholu – 2,4%.

Tabela 7. Rodzaje problemów wychowawczych, jakie w rodzinach alkoholowych sprawiały małoletnie dzieci stron

Lp.	Rodzaj problemów wychowawczych dotyczące dzieci stron*	w l.b.	w %
1.	złe zachowanie w szkole	20	24,1
2.	używanie alkoholu	2	2,4
3.	ucieczki z domu	0	0
4.	dopuszczanie się czynów sprzecznych z prawem	8	9,6
5.	kontakty ze środowiskiem patologicznym	5	6
6.	agresja słowna i fizyczna	26	31,3
7.	brak problemów wychowawczych	10	12
8.	nie wynikało z akt badanej sprawy	12	14,5
Ogółem**		83	100

* Problemy wychowawcze odnotowano u 35 z 41 dzieci.

** Wynik nie sumuje się do 80 w l.b., ponieważ w odniesieniu do niektórych małoletnich dzieci stron występował więcej niż jeden problem wychowawczy.

Źródło: opracowanie własne.

Badania przeprowadzone przez Katedrę Psychologii Klinicznej Uniwersytetu Śląskiego¹⁸ również potwierdziły, że uzależnienie alkoholowe

¹⁸ Z. Matern, *Uzależnienia alkoholowe rodziców a dobro dziecka w świetle badań opinii sądowo-psychologicznych w sprawach rozwodowych*, w: *Uzależnienie alkoholowe – psychologiczne i psychiatryczne problemy w eksperymentach sądowych i terapii*, Materiały III Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej w Branicach 18-20.10.1984, Katedra Psychologii Klinicznej Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, Społeczny Komitet Przeciwalcoholowy Oddział Wojewódzki w Opolu, Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Branicach, pod red. J.M. Stanika, Katowice 1986, s. 117. Do badań wybrano 100 opinii sądowo-psychologicznych sporządzonych od maja 1983 do czerwca 1985 r. na potrzeby 12 sądów rejonowych województwa katowickiego. Z tej

rodziców prowadzące do rozwodu wywiera wyraźny wpływ na społeczne funkcjonowanie dziecka, powodując zaburzenia w tym zakresie. Spośród wszystkich dzieci przebadanych przez wymienioną wyżej instytucję, aż jedna trzecia zdradzała objawy niedostosowania społecznego. Wśród nich najczęściej pojawiały się kłopoty w szkole oraz ucieczki z domu. W rodzinach z problemem alkoholowym, w których uzależnienie dotyczyło matki, występowały najczęściej zachowania agresywne, takie jak agresja słowna. W przypadku uzależnienia ojców zaobserwowano dużo większy wachlarz negatywnych reakcji; były to przede wszystkim ucieczki z domu, kłopoty w nauce szkolnej oraz kontakt ze środowiskiem przestępczym. U starszych dzieci stwierdzono również zamiary lub próby samobójcze (częściej u dziewcząt)¹⁹.

Tak duży procent (85,9%) przypadków (tabela 7) sugeruje, że problemy alkoholowe rodziców mają negatywny wpływ na wychowanie dziecka. Obserwowane zaburzenia w funkcjonowaniu społecznym dzieci, a także wyniki badań psychologicznych wskazują, że najczęściej dobro dziecka cierpi w takiej sytuacji rodzinnej. Godny podkreślenia jest fakt, że rodzina to pierwsze środowisko wychowawcze w życiu dziecka, które powinno stwarzać podstawy rozwoju społecznego. Dominować w niej więc powinny miłość, przyjaźń, akceptacja, szczerłość, a nie agresja i przemoc.

Propozycje zmierzające do zminimalizowania problemu alkoholowego w rodzinie

Badania własne – aktowe, dotyczące przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego obrazują, w jakim stopniu do tego rozkładu przyczynia się alkoholizm, dlatego celowe rozwiązaniem wydaje się podjęcie działań, które prowadziłyby do większego skoncentrowania się na mechanizmach uzależnień od alkoholu i ich negatywnych skutków.

Wyniki badań akt sądowych dostarczyły informacji, z których wynika, iż alkoholizm jednego z małżonków bardzo często prowadzi do wyzwolenia agresji i złości, a lęk przed odrzuceniem (zarówno przez współmałżonka, jak i otoczenie) prowadzi bardzo często do długotrwałego powstrzymywania się od ujawnienia przemocy. Dlatego celowe wydaje się rozwiązanie,

liczby wytypowano 43 opinie, w których biegły uznał uzależnienie alkoholowe za przyczynę rozkładu pożycia. Analizie poddano wyniki badań psychologicznych dzieci stron – uczestników postępowania sądowego, ogółem 70 dzieci.

¹⁹ Ibidem, s. 118–119.

polegające na rozbudowaniu systemu przeciwdziałania przemocy domowej, rozwoju programów psychoterapii dla osób współzależnionych, a także na organizowaniu i prowadzeniu poradnictwa dla rodzin dotkniętych problemami alkoholowymi. Konieczne jest również uświadamianie społeczeństwa o zagrożeniach wynikających z picia alkoholu. Profilaktyka w celu zwalczania alkoholizmu powinna zostać wprowadzona jak najwcześniej do życia człowieka, czyli najlepiej wdrażać ją już w szkołach podstawowych. Ważne jest również, aby objąć wsparciem i pomocą rodziny z problemem alkoholowym i osoby współzależnione. Zatem działania prewencyjne w tym zakresie są niezbędne.

Warto również nadmienić, iż obecna ustawa antyalkoholowa dotycząca przymusowego leczenia odwykowego, nie wprowadza żadnych sankcji prawnych dla osób, które zostały skierowane na przymusowe leczenie, a owego leczenia nie podjęły bądź je przerwały. Może w tym przypadku bardziej właściwym rozwiązaniem byłoby to, aby przy zastosowaniu odpowiednich instrumentów prawnych wpłynąć na motywację osoby uzależnionej do podjęcia skutecznej terapii. W tym przypadku środki karne w połączeniu z systemem probacji i obowiązkowymi negatywnymi konsekwencjami niepoddania się terapii, chroniącymi rodzinę wydają się większą gwarancją niż obecna ustawa antyalkoholowa. Podkreślić należy również, iż motywacja w zwalczaniu choroby alkoholowej ma pierwszorzędne znaczenie. Warto więc byłoby, aby organy państwowe zorganizowały kampanię społeczną, aby uświadomić osobom uzależnionym, że procedura przymusowego leczenia odwykowego nie jest karą ani sposobem na odizolowanie alkoholików, lecz działaniem mającym na celu przywrócenie ich do normalnego funkcjonowania²⁰.

²⁰ J. Ignaczewski, *Komentarz do spraw o leczenie odwykowe alkoholików*, w: *Komentarz do spraw rodzinnych*, pod red. J. Ignaczewskiego, wyd. LexisNexis, Warszawa 2014, s. 822.

ZUZANNA BODZON, JADWIGA TRYNIECKA

Osmologia a genetyka sądowa

Wstęp

W ostatnich dziesięcioleciach, a nawet latach, dzięki postępowi technologicznemu i technicznemu nastąpił znaczny rozwój kryminalistyki. Powstały nowe metody badawcze, które zastąpiły stare albo wprowadziły nowe kierunki badań. Do metod takich zaliczyć można identyfikację za pomocą analizy DNA czy badanie śladów zapachowych człowieka. Jak dotychczas nie każdy rodzaj badań kryminalistycznych umożliwiał osiągnięcie ich celu, a mianowicie indywidualnej identyfikacji osoby, która pozostawiała ślady na miejscu przestępnego zdarzenia. Nie każdy bowiem rodzaj badań mógł być pomocny w oznaczaniu indywidualnego identyfikowanego obiektu. Główną przyczyną takiego stanu rzeczy mógł być brak opracowanej metodologii badawczej bądź niewystarczająca ilość lub jakość analizowanego materiału. Pojawienie się tych nowych metod i technik badawczych skłoniło Autorów do podjęcia rozważań na ten temat, szczególnie w odniesieniu do zasad weryfikowania ich wiarygodności i przydatności dla celów sądowych. Z tych względów powstały prace magisterskie nt. Identyfikacji człowieka na podstawie śladu zapachowego oraz Kryminalistycznych badań genetycznych w procesie karnym. Niniejszy artykuł z kolei ma na celu porównanie obu metod badawczych pod kątem ich wiarygodności i przydatności dla procesu karnego.

Wiadomości ogólne

Opis modelu cząsteczki DNA rozpoczął nowy etap w badaniach naukowych. Na tej podstawie opracowano nowe techniki badawcze, które umożliwiają – przy wykorzystaniu materiału biologicznego – ustalenie osoby, od której ślad pochodzi. Badania DNA (kwasu deoksyrybonukleinowego), pomimo że stanowią stosunkowo młodą dziedzinę nauki, której założenia

zostały opracowane w biologii molekularnej w latach 70., to od końca lat 80. XX wieku są stosowane rutynowo. Od początku funkcjonowania w metodzie tej zaszły znaczne zmiany: rozwój techniki PCR¹, badanie STR², badanie DNA mitochondrialnego³ oraz DNA zwierzęcego. Metoda analizy DNA jest na tyle rozwinięta, iż obecnie dysponując nawet śladową ilością materiału biologicznego da się uzyskać zdalny do identyfikacji profil DNA. Badaniom mogą być poddane również stare ślady. Ekspertyza genetyczna wykorzystywana jest coraz częściej przez organy procesowe jako niezbity dowód w procesie, a dokonywana jest w sprawach karnych i w znacznie większej liczbie w sprawach cywilnych.

Osmologia natomiast jest jednym z najmłodszych działów techniki kryminalistycznej. Podstawą tej metody identyfikacji człowieka jest zabezpieczenie śladów zapachowych pozostawionych na miejscu zdarzenia przez sprawcę lub pokrzywdzonego, ich utrwalenie oraz porównywanie tych śladów jako zapachowego materiału dowodowego z zapachowym materiałem porównawczym pobranym od podejrzanego bądź pokrzywdzonego⁴. Ze względu na użycie w tym procesie biologicznego narzędzia badawczego, jakim jest pies, od początku istnienia osmologia budziła poważne zastrzeżenia.

Opracowanie metody analizy DNA stanowi niewątpliwie największe i niekwestionowane osiągnięcie w dziedzinie kryminalistyki i procesu karnego. Jednakże również w tej dziedzinie nauki słyszy się głosy zwolenników, jak i krytyków. Spory dotyczące obu metod – tak genetycznej, jak i osmologicznej – budzą zazwyczaj dwa aspekty, tj. technika badań oraz analiza wyników. W tym przypadku głosów krytyki nie należy całkowicie odrzucać. Aby omawiane metody badawcze mogły stanowić wiarygodny

¹ Polymerase Chain Reaction (łańcuchowa reakcja polimerazy) – podstawowa metoda analizy DNA polegająca na powielaniu łańcuchów DNA w wyniku wielokrotnego podgrzewania i oziębiania próbek w warunkach laboratoryjnych, wymagająca zastosowania aparatu zwanego termocyklerem.

² Short Tandem Repeats (krótkie powtórzenia tandemowe) – grupa sekwencji mikrosatelitarnych, różniących się ilością występujących po sobie kilkunukleotydowych traktów; dzięki możliwości ich badania uzyskuje się wyniki z bardzo małej ilości materiału biologicznego.

³ Rutynowa metoda stosowana tam, gdzie standardowe genotypowanie w oparciu o układy mikrosatelitarne STR nie jest możliwe; w kryminalistyce badania takie wykonuje się w przypadku śladów biologicznych o dużym stopniu degradacji bądź śladów z natury zawierających małe ilości jądrowego DNA.

⁴ W. Kędzierski, *Technika kryminalistyczna*, Szczytno 2007, s. 270.

dowód w procesie karnym i być podstawą wyroku, nie powinny budzić żadnych wątpliwości metodologicznych.

Ślady kryminalistyczne

Według współczesnej definicji ślad kryminalistyczny to stan rzeczywistości stwierdzony na miejscu zdarzenia, który może być przedmiotem działań kryminalistycznych⁵. Ślady te mogą być widoczne gołym okiem bądź niewidoczne.

Metoda analizy DNA zajmuje się badaniami różnego rodzaju materiału biologicznego pochodzenia ludzkiego, zwierzęcego bądź roślinnego (ślady biologiczne). Zwykle są to plamy krwi, włosy, ślady śliny, spermy oraz fragmenty roślin, które ujawniane są podczas oględzin miejsc zdarzeń. Do badań genetycznych można wykorzystać także nienadające się do identyfikacji ślady linii papilarnych, a w zasadzie tworzącą je substancję potowo-tłuszczową. Oczywiście badania genetyczne można przeprowadzić również z nadających się do identyfikacji śladów linii papilarnych, jednakże w takich sytuacjach wcześniej należy utrwalić obraz linii papilarnych do badań daktyloskopijnych poprzez ich sfotografowanie lub przy użyciu proszków i folii daktyloskopijnej, a dopiero później zabezpieczyć materiał biologiczny.

Śladem biologicznym jest również ślad osmologiczny. Do badań osmologicznych wykorzystuje się ślady zapachowe należące do kategorii pochodzenia tkankowego (krew), a także wydzielin (pot). W problematyce badań osmologicznych niezmiernie ważne jest właściwe zdefiniowanie pojęcia zapachu człowieka, ponieważ termin ten inaczej rozumiany jest w potocznym języku. Definicja kryminalistyczna podaje, że zapach człowieka składa się z zapachu indywidualnego (osobniczego) oraz tła zapachowego. Różnorodność proporcji pojedynczych woni tworzy charakterystyczną i indywidualizowaną kompozycję umożliwiającą rozróżnienie jej przez psa, a czasem nawet przez człowieka, jeśli zapach jest wystarczająco silny. Chodzi tutaj o fizjologiczną woń człowieka, często modyfikowaną różnymi procesami. Źródłem tego zapachu może być pot, łój skórny, złuszczaający się naskórek oraz tło zapachowe w postaci molekuł zapachu środowiska, kosmetyków itp.⁶

⁵ J. Widacki, J. Konieczny, *Wprowadzenie do problematyki identyfikacji kryminalistycznej*, (w:) *Kryminalistyka*, pod red. J. Widackiego, Warszawa 2008, s. 170.

⁶ M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Darul, L. Stępka, *Kryminalistyka – wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 2005, s. 391.

Metodyka badań

Ujawnianie i zabezpieczanie śladów biologicznych

Ujawnianie śladu kryminalistycznego jest to wyszukiwanie, lokalizowanie czy też jego umiejscawianie. Ujawnianie jest łatwe, jeśli ślad jest dużej wielkości i barwny, kontrastujący z barwą podłoża, na którym został ujawniony. Lokalizowanie śladów jest utrudnione, gdy są one małej wielkości i barwy podobnej do barwy podłoża⁷. Ujawnianie śladów powinno być planowe. Podczas tej czynności należy zachować kolejność ujawniania i zabezpieczania śladów ze względu na ich trwałość: w pierwszej kolejności powinny zostać zabezpieczone ślady zapachowe, następnie inne ślady, które łatwo mogą zostać zniszczone, w tym ślady biologiczne, a w pozostałej kolejności ślady mniej wrażliwe na kontaminację⁸ i degradację⁹.

Kontaminacja i degradacja stanowią główne przyczyny negatywnych wyników i niedokładności metod badawczych. Stąd tak ważne jest zgodne z zasadami ujawnianie, zabezpieczanie, a następnie badania laboratoryjne śladu. Kontaminacja może nastąpić na etapie przedlaboratoryjnym w czasie zabezpieczania śladów na miejscu zdarzenia, ich pakowania, przechowywania lub na etapie badań laboratoryjnych. W prawidłowo działających laboratoriach stosuje się szereg metod mających na celu zapobieganie procesom kontaminacji, a w przypadku jej zaistnienia – metod detekcji.

Na miejscu zdarzenia zaistnienie kontaminacji jest niemożliwe do stwierdzenia ze względu na warunki pracy dalekie od tych, jakie panują w laboratoriach badawczych. Stąd też konieczne jest przestrzeganie zasad właściwego postępowania na miejscu zdarzenia¹⁰. Źródłem kontaminacji mogą być tak osoby biorące udział w czynnościach, jak narzędzia oraz odczynniki, jakimi posługują się technicy kryminalistyczni. Aby uniknąć kontaminacji, każdy ślad powinien być umieszczony w oddzielnym opakowaniu, natomiast osoby zabezpieczające ślady powinny być ubrane w jednorazowy strój

⁷ G. Kędzierska *Charakterystyka śladów kryminalistycznych*, (w:) *Technika kryminalistyczna. Tom 1*, pod red. W. Kędzierskiego, Szczytno 2002, s. 37.

⁸ Proces polegający na niekontrolowanym zmieszaniu, skrzyżowaniu różnorodnych czynników w nową całość na etapie ujawniania i zabezpieczania śladu kryminalistycznego i w trakcie badań laboratoryjnych.

⁹ Rozkład materiału biologicznego pod wpływem warunków środowiska, w którym przebywa. Pozostawienie śladu w warunkach wilgotnych oraz ciepłych przyspiesza jego rozkład. Niekorzystny wpływ na ślady biologiczne mają także promieniowanie UV, mikroorganizmy, metale ciężkie i ich związki i inne.

¹⁰ W. Branicki, T. Kupiec, P. Wolańska-Nowak, *Badania DNA dla celów sądowych*, Kraków 2008, s. 26.

ochronny oraz stosować sprzęt jednorazowego użytku. W szczególności sposób należy obchodzić się ze śladami zabezpieczanymi z wilgotnych podłoży (np. zakrwawioną odzieżą ofiary). Takie przedmioty należy dokładnie wysuszyć, a w przypadku zabezpieczania śladów osmologicznych zamrozić. Pozostawienie śladu w warunkach wilgotnych oraz ciepłych, sprzyjających szybkiemu rozwojowi procesów gnilnych może prowadzić do jego zniszczenia. Należy także pamiętać, że każdy ślad w mniejszym lub większym stopniu ulega fizycznej i biologicznej degradacji w zależności od warunków środowiska, w którym przebywa. Niekorzystny wpływ na ślady biologiczne mają także promieniowanie UV, mikroorganizmy, metale ciężkie i ich związki, kwasy, zasady, detergenty i inne.

Przeprowadzając oględziny miejsca zdarzenia, rzeczy lub osoby, należy pamiętać o właściwym zabezpieczeniu przedmiotu oględzin, tak aby nie doszło do powstania śladów wtórnych mogących spowodować błędną interpretację oraz rekonstrukcję przebiegu zdarzenia. Celem podstawowym jest zabezpieczenie możliwie wszystkich śladów mogących mieć związek ze zdarzeniem. Ważne jest pobranie dostatecznej ilości materiału biologicznego w sposób niepowodujący jego zanieczyszczenia, jak też zniszczenia.

Spośród wielu śladów ujawnianych i zabezpieczanych na miejscu zdarzenia znaczną rolę odgrywają ślady biologiczne. Ich zaletą jest, że profil genetyczny można oznaczyć z nikłej ilości ujawnionego materiału biologicznego. Znaczna ilość tych śladów powstaje mimo woli osób biorących udział w zdarzeniu, np. ślina na niedopałkach papierosów czy gumie do żucia, substancja potowo-tłuszczowa na kierownicy lub włosy, które wypadły lub zostały wyrwane.

Wśród metod ujawniania śladów biologicznych wyróżnia się¹¹:

- wzrokowe (bez używania dodatkowych środków),
- optyczne (promienie UV, podczerwień, światło widzialne),
- chemiczne (papierki testowe, luminol),
- immunochromatograficzne,
- mieszane (optyczno-chemiczne).

Nie wszystkie ślady biologiczne widoczne są gołym okiem. Niejednokrotnie wymagane jest przeprowadzenie badań wstępnych zmierzających do ustalenia, czy i jaki materiał biologiczny znajduje się na badanym podłożu. W tym celu podczas oględzin miejsca zdarzenia przeprowadza się

¹¹ I. Sołtyszewski, J. Łukaszewicz-Babecka, *Badania biologiczne, (w:) Badania kryminalistyczne (wybrane aspekty)*, pod red. I. Sołtyszewskiego, Olsztyn 2007, s. 21.

testy niespecyficzne (tzw. skринingowe). Testy te nie identyfikują jednak jednoznacznie śladów biologicznych i wynik pozytywny testu można używać także w stosunku do innych substancji. Dopiero przeprowadzenie testów specyficznych w laboratoriach jednoznacznie identyfikuje poszczególne rodzaje śladów biologicznych.

Najważniejszą zasadą zabezpieczania śladów biologicznych jest przechowywanie ich w możliwie najniższej temperaturze po uprzednim wysuszeniu w przewiewnym, ciemnym i suchym pomieszczeniu. Wysuszone ślady biologiczne należy pakować oddzielnie w papier pakowy, koperty lub tekturowe pudełka. Do sporządzania wymazów należy używać jednorazowych wymazówek zwilżonych w jałowej wodzie lub soli fizjologicznej.

Ślady osmologiczne z kolei należą do kategorii śladów niepostrzegalnych przez zmysły człowieka. Nie istnieją bowiem środki techniczne, które pozwoliłyby uczynić zapach widzialnym lub wyczuwalnym dla człowieka. Należy podkreślić, że jest to ich charakterystyczna cecha – jako jedyne ślady zabezpiecza się je bez ujawniania¹². Właściwe zabezpieczenie śladu zapachowego ma ogromny wpływ na końcowy wynik badań osmologicznych, ponieważ zapach jest materiałem nietrwałym i nie da się go ponownie zabezpieczyć na miejscu zdarzenia.

Przed rozpoczęciem czynności zabezpieczania śladów zapachowych powinno się ustalić prawdopodobne miejsca lub przedmioty, z którymi sprawca przestępstwa mógł mieć kontakt przez dość długi czas. Takie ślady powinny zostać zebrane w trakcie oględzin przez technika kryminalistyki, który zabezpieczy je z wytypowanych miejsc i przedmiotów tak, aby nie ograniczyć ich przydatności do innych badań kryminalistycznych. Przedmioty, z których najczęściej zabezpiecza się ślady zapachowe, to przedmioty osobiste, niedopałki papierosów, narzędzia przestępstwa.

Zarówno do badań genetycznych, jak i osmologicznych, może być wykorzystana krew. Ślady krwi mogą występować na zwłokach, osobach (ofiary, sprawcy, ciele, odzieży), na przedmiotach, w tym na narzędziach, w otoczeniu zwłok, na drodze przemieszczania się osób itp. Świeża krew jest łatwa do rozpoznania. Proces wysychania natomiast powoduje ciemnienie plam (kolor brunatny, czarny). Kolor może też zależeć od podłoża (np. na podłożu metalowym podobne są do rdzy). W przypadku istnienia wątpliwości, czy ślad jest krwią, można przeprowadzić próbę identyfikacyjną przy użyciu wody utlenionej lub roztworem benzydyny. Jednakże są to metody nieswoiste, które niszczą materiał. W trakcie oględzin podejmuje

¹² J. Wójcikiewicz, *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2007, s. 232.

się próby ujawniania niewidocznych śladów krwawych za pomocą środków chemicznych reagujących z substancjami zawartymi w krwi, co pozwala na ujawnienie nawet minimalnych śladów krwi. Obecnie istnieje możliwość skutecznej amplifikacji i określania genotypu próbki DNA otrzymanej z krwi. Możliwość ta jest ograniczona jedynie stopniem rozcieńczenia oraz rodzajem podłoża.

W przypadku badań osmologicznych najczęściej wysuszone zeskrobinę z takich śladów lub małe przedmioty ze śladami krwawymi umieszcza się w słoiku z pochłaniaczami. Wilgotne ślady z krwią można zabezpieczyć na pochłaniacze, które po wysuszeniu umieszcza się w słoikach. Najbardziej, szczególnie wtedy, gdy nie ma możliwości uzyskania zeskrobin, wysuszony ślad krwawy po zwilżeniu wodą destylowaną przenosi się na pochłaniacze i po wyschnięciu wkłada do słoika.

Nieprawidłowe zabezpieczenie śladów krwi powoduje ich zniszczenie. Natomiast dobrze zabezpieczona krew może być przydatna do badań przez wiele lat.

Pobieranie materiału identyfikacyjnego

Zgodnie z art. 74 § 2 k.p.k. oskarżony ma obowiązek poddać się oględzinom zewnętrznym ciała oraz innym badaniom niepołączonym z naruszeniem integralności ciała. Oskarżony jest zobowiązany poddać się pobraniu krwi, włosów lub wydzielin organizmu. Ponadto w granicach koniecznych do zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem Policja może pobrać krew i wydzieliny organizmu od osoby podejrzanej na podstawie art. 308 § 1 k.p.k. Szczegółowe warunki i sposób poddania oskarżonego oraz osoby podejrzanej badaniom, a także dokonania czynności, takich jak pobranie odcisków palców, dłoni, stóp lub uzębienia wynikają z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości.

Najczęściej jako materiał porównawczy do badań DNA pobierany od pokrzywdzonego, podejrzanego lub świadka, wykorzystuje się wymazy śliny z wewnętrznej strony policzka lub próbki krwi, pobierane do standardowego opakowania. Mogą to być także cebulki włosów lub próbki wydzielin. Należy przy tym pamiętać, iż krew może pobrać tylko lekarz, pielęgniarka lub diagnosta laboratoryjny. W okolicznościach niecierpiących zwłoki czynności tej może dokonać także prokurator lub funkcjonariusz policji. Natomiast wymazy sporządzone na jałową wymazówkę czy wyrwane włosy z cebulkami może pobrać także przeszkolony policjant.

O ile w przypadku badań genetycznych nie stanowi to problemu, bowiem oskarżony zobowiązany jest poddać się pobraniu krwi, włosów i wydzielin

organizmu, o tyle w przypadku badań osmologicznych wskazuje się na konieczność uzyskania zgody oskarżonego na pobranie materiału porównawczego, bowiem czynność ta wymaga aktywnego uczestnictwa (przekładanie pochłaniaczy z dłoni do dłoni)¹³. Jeżeli oskarżony odmawia udostępnienia swojego materiału zapachowego pochłaniacze można przykleić do dłoni lub w inne miejsce na jego ciele, chociaż w szczególnie uzasadnionych przypadkach można go pobierać z krwi. Materiał porównawczy pobiera policjant przeszkolony w zakresie osmologii, w pomieszczeniu wolnym od silnych, obcych zapachów, przy użyciu sprzętu i materiałów właściwych do zabezpieczania śladów osmologicznych. Czynność ta bezwzględnie powinna być przeprowadzona przez osobę, która nie uczestniczyła bezpośrednio w zabezpieczaniu materiału dowodowego. Materiał pobiera się najczęściej z umytych dłoni w ilości po dwa pochłaniacze na jeden materiał dowodowy. Incydentalnie, gdy nie ma możliwości pobrania materiału porównawczego od osoby, może być on pobrany z przedmiotu, z którym osoba ta miała bezpośredni kontakt. Czas pobierania materiału porównawczego wynosi 15 minut i powinien być wpisany na metryczkę śladu. Nie powinno się zmieniać czasu pobierania ze względu na możliwość wyróżniania się intensywności zapachu z tak pobranego materiału w szeregu zapachowym.

Oprócz materiału dowodowego i porównawczego do badań osmologicznych pobiera się także materiał kontrolny, tj. materiał o znanej ekspertowi osmologii charakterystyce stosowany do prób kontrolnych. Materiał uzupełniający służy do uzupełnienia ciągu selekcyjnego. Materiał ten powinien być dobrany grupowo do materiału badanego, np. w odniesieniu do materiału porównawczego kryterium doboru powinien być wiek, płeć osób przybranych, technika, czas i miejsce pobierania oraz zastosowany rodzaj pochłaniaczy. Według Tomasza Bednarka grupowy dobór materiałów uzupełniających do badań jest przeceniany w polskiej metodyce, ponieważ nie został on potwierdzony przez wyniki badań zagranicznych, jak i metodykę w innych krajach¹⁴. Niemniej jednak nie została dowiedziona bezcelowość grupowego dowodu materiałów, dlatego też warunkowo tego należy przestrzegać.

¹³ M. Całkiewicz, *Bezpieczeństwo wykonywania ekspertyz osmologicznych*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2010, s. 351.

¹⁴ T. Bednarek *Dowód osmologiczny. Aspekty kryminalistyczne i procesowe*, Warszawa 2008, s. 134.

Badania

W badaniach kryminalistycznych uważa się, że „kategoryczną opinię można wydać zwłaszcza wówczas, gdy czynnik pozostawiający określony ślad (np. listewki na opuszkach palców) charakteryzuje się trzema cechami: niepowtarzalnością, niezmiennością, nieusuwalnością”¹⁵ (zasada 3xN). Cechy te są charakterystyczne zarówno dla kodu genetycznego, jak i dla zapachu człowieka.

Każdy człowiek, z wyjątkiem bliźniąt jednojajowych, które dziedziczą od rodziców ten sam zestaw par chromosomów, ma unikalny kod genetyczny. Prawdopodobieństwo wystąpienia takiego samego układu nukleotydów u dwóch różnych osób jest praktycznie niemożliwe. Ponadto obecny we wszystkich tkankach DNA jest identyczny i niezmienny przez całe życie. Informacja zawarta w DNA determinuje cechy organizmu i do pewnego stopnia może być rozumiana jako zestaw instrukcji niezbędnych do tego, aby organizm mógł żyć i rozmnażać się. Organizm człowieka składa się z różnego typu tkanek, które są wyspecjalizowane w pełnieniu różnych funkcji. Wszystkie tkanki są zbudowane z pojedynczych komórek. Mimo nieco odmiennej budowy i funkcji każda komórka jednego organizmu stanowi źródło identycznej cząsteczki DNA. Stanowi to o dużej sile dyskryminacji, uzyskiwanej dzięki badaniom genetycznym oraz o znacznej sile uzyskanego w ten sposób dowodu w sprawie. Z tego też względu nie ma większego znaczenia, z jakiej części ciała pochodzi materiał biologiczny poddawany badaniom. Co więcej DNA może zostać wydzielone także z materiału mieszanego, np. krwi i nasienia, dzięki czemu badania tego rodzaju nie są ograniczone do porównywania jedynie krwi z krwią, śliny ze śliną. Ponadto badania identyfikacyjne mogą być prowadzone także w oparciu o materiał badawczy zawierający wyłącznie fragmenty łańcucha DNA, albowiem nawet z niewielkiej ilości krwi, śliny, potu czy nasienia zabezpieczonego na miejscu zdarzenia, ubraniu ofiary czy osoby podejrzaney można uzyskać wystarczającą ilość DNA do przeprowadzenia badań indywidualizujących. Z punktu widzenia badań kryminalistycznych jest to o tyle istotne, że przy uwzględnieniu niewielkich rozmiarów i stopnia degradacji ujawnionego materiału dowodowego można dokonać indywidualnej identyfikacji człowieka, porównując odpowiadające sobie sekwencje w materiale dowodowym i porównawczym. Nie zmienia to jednak faktu,

¹⁵ T. Hanausek *Meandry osmologii*, „Palestra” 1998, 1–2, s. 42–43.

iż na stopień kategoriyczności identyfikacji nie pozostaje bez wpływu wielkość i jakość badanego materiału.

Co zaś tyczy się zapachu człowieka, to jego niepowtarzalność jeszcze niedawno udowodniano tylko pośrednio: skoro na zapach niewątpliwie wpływają geny odpowiedzialne za system immunologiczny człowieka (MHC/HLA), to z faktu, jak trudno jest dobrać dawcę organu o kompatybilnym kompleksie zdolności tkankowej, wyprowadzono wniosek o indywidualności zapachu człowieka i szans powtórzenia się zapachu porównywalnej z powtarzalnością profili DNA¹⁶. Potwierdzają to badania przeprowadzone na bliźniętach jednojajowych, które są bardzo zbliżone do siebie genetycznie, a mają różny zapach¹⁷. Niezmiennność zapachu została udowodniona na podstawie badań rosyjskich, podczas których porównywano ślady zapachowe pobrane z krwi osób przed 15 lat z materiałem pobranym współcześnie od tych samych osób. Niezmiennność zapachu człowieka ma jednak charakter względny, istnieje bowiem możliwość różnicowania zapachów dzieci od zapachów osób dorosłych¹⁸. Pomimo względności zapachowej dzieci i osób dorosłych możliwe jest wykorzystanie śladów zapachowych w większości spraw karnych ze względu na czas biegnący od wykrycia przestępstwa do znalezienia sprawcy.

Odrębną sprawą jest zmiana czy też zdominowanie zapachu człowieka przez zapachy środowiskowe. Po przeprowadzeniu doświadczeń dotyczących wpływu np. kosmetyków, nikotyny, laku na identyfikację osmologiczną otrzymano wyniki jednoznacznie dowodzące, że takie czynniki mogą utrudnić lub całkowicie uniemożliwić identyfikację (poprzez zniszczenie zapachu ludzkiego lub jego całkowite zdominowanie przez zapach środowiskowy), lecz „nie prowadzą do zmiany jego charakterystyki w sposób, który prowadziłby do błędnych identyfikacji”¹⁹. Nieusuwalność śladów zapachowych jest ściśle związana z niezmiennością. Badania dowiodły, że indywidualny zapach człowieka utrzymywał się na włosach ludzkich do 23 lat, a w śladach z wysuszonej krwi do 15 lat²⁰. Nie jest także możliwe wyeliminowanie zapachu z organizmu człowieka.

¹⁶ A.G.G. Schoon, *The effect of the ageing of crime scene objects on the results of scent identification line-ups using trained dogs*, „Forensic Science International” 2005, 147(1), s. 43–47 [tłumaczenie własne].

¹⁷ T. Bednarek *Badanie śladów zapachowych – przeceniany czy niedoceniany dział kryminalistyki*, „Palestra” 1999, 7–8, s. 40.

¹⁸ Idem, *Badanie...*, s. 40.

¹⁹ Idem, *Dowód osmologiczny. Aspekty kryminalistyczne i procesowe*, Warszawa 2008, s. 67.

²⁰ Idem, *Badanie...*, s. 40.

Metody analizy

W chwili obecnej znanych jest kilka metod umożliwiających dokonywanie identyfikacji za pomocą badania DNA. Cechą je różniącą, poza pewną odmiennością procedur przyjętych w niektórych stadiach badań (np. różne są sondy szukające w łańcuchu DNA komplementarnych sekwencji), jest ilość materiału niezbędnego do analizy, a pośrednio – również dokładność wyników zależna od ilości i jakości analizowanej próbki. W kryminalistycznych badaniach genetycznych najszersze zastosowanie znajduje technika PCR, zaś identyfikacja genetyczna człowieka opiera się głównie na analizie DNA genomowego lub rzadziej – przy wykorzystaniu DNA mitochondrialnego (mtDNA).

PCR

W kryminalistycznych badaniach genetycznych najczęściej stosowaną metodą do analizy DNA jest łańcuchowa reakcja polimerazy (Polymerase Chain Reaction – PCR), która została opracowana w 1983 r. i dziś stanowi podstawową metodę analizy DNA w badaniach sądowych. Technika ta pozwala na badanie próbek częściowo zdegradowanych, o mniejszej wadze molekularnej i ograniczonej wielkości. Dzięki temu możliwe jest mnożenie potencjalnego materiału badawczego na podstawie informacji genetycznej zawartej w śladach o minimalnej nawet wielkości albo zawierających fragmenty DNA²¹.

Technika PCR jest metodą z wyboru stosowaną do identyfikacji materiału biologicznego. W genetyce sądowej stosuje się dwie główne odmiany tej techniki, tj. mono PCR i kompleksowy PCR (multi PCR). Częściej stosuje się reakcję multi PCR, ponieważ z jednej próbki matrycowego DNA otrzymuje się znacznie więcej informacji o osobniku niż w przypadku reakcji mono PCR. Reakcja kompleksowego PCR jest szczególnie przydatna, gdy ilość DNA jest ograniczona.

STR

W ostatnich latach do praktyki medyczo-sądowej wprowadzono sekwencje mikrosatelitarne, zwane krótkimi powtórzeniami tandemowymi – tzw. systemy STR (Short Tandem Repeats) lub reakcją PCR typu multipleks albo PCR kompleksowego. Dzięki nim uzyskuje się wyniki z bardzo małej ilości

²¹ T. Tomaszewski *Genetyczne badania identyfikacyjne – przełom i wyzwanie dla kryminalistyki*, (w:) *Problemy współczesnej kryminalistyki*, pod red. E. Gruzy i T. Tomaszewskiego, Warszawa 1996.

materiału biologicznego. Analiza DNA za pomocą reakcji PCR typu multipleks lub PCR kompleksowego pozwala na osiągnięcie bardzo dużej siły dyskryminacji²². O jego wyborze decyduje możliwość badania nawet w znacznym stopniu zdegradowanych próbek, łatwość i wiarygodność oznaczania poszczególnych wariantów genetycznych oraz możliwość interpretacji wyników analizy mieszanin materiału genetycznego²³.

Amplifikacja krótkich tandemowych powtórzeń – STR – w oparciu o PCR pokonuje bariery, stawiane przez inne systemy. Ponadto osiąga szybkie, wiarygodne i zdecydowanie bardziej różnicujące wyniki. Zastosowanie reakcji PCR pozwala na analizę nawet bardzo małych i starych śladów biologicznych. Wiele laboratoriów stosuje reakcję PCR typu multipleks, która zwiększa informatywność, skraca czas i dodatkowo obniża koszty badań. Ponadto metodą tą można badać wszystkie rodzaje śladu, np. ślady krwi, śliny, spermy, wyrwane z cebulką włosy²⁴. Dzięki tej metodzie możliwa jest identyfikacja osób nawet na podstawie znikomej ilości materiału genetycznego, znajdującego się w śladach biologicznych.

mtDNA

Jak wspomniano, identyfikację genetyczną opiera się głównie na analizie DNA genomowego zawartego w jądrach komórek. Rzadziej wykorzystuje się DNA mitochondrialne (mtDNA), zawarte w mitochondriach. Metodę mtDNA stosuje się, gdy zostaną wyczerpane możliwości przebadania DNA jądrowego. Badania DNA mitochondrialnego dają większą szansę powodzenia w przypadku silnie zdegradowanego materiału biologicznego, którego nie można wykorzystać do analizy DNA jądrowego. Analiza ta wykorzystywana jest głównie do identyfikacji zwłok w daleko posuniętym procesie rozkładu gnilnego, kiedy degradacji ulega materiał genetyczny w tkankach. W takich sytuacjach wykorzystuje się mtDNA znajdujący się w kościach, zębach lub we włosach. W przypadku włosów wypadłych, niewielkich fragmentów trzonu włosa, analiza mtDNA jest metodą z wyboru. Ponadto, badania te wykorzystuje się w analizie chorób o podłożu genetycznym, w badaniach populacyjnych i antropologii.

²² S.S. Arcos, Z. Wang, J.L. Weber, P.L. Deininger, M.A. Balzer, *Alu repeats: a source for the Genesis of primate microsatellites*, „Genomics” 1995, 29, s. 138.

²³ M. Spólnicka, J. Drabik, *Markery mini STR jako nowa technologia badania śladów biologicznych w kryminalistyce*, „Problemy Kryminalistyki” 2007, 258, s. 56.

²⁴ I. Sołtyszewski, J. Łukasiewicz-Babecka *Badania biologiczne*, (w:) *Badania kryminalistyczne...*, s. 31.

Identyfikacja zapachów

O ile do przeprowadzenia badań genetycznych wykorzystuje się wysoce specjalistyczny sprzęt i badania te wykonywane są głównie przez „maszyny”, o tyle do tych samych celów w przypadku badań osmologicznych wykorzystuje się specjalistyczne narzędzie badawcze, jakim jest pies. Badania osmologiczne mogą być prowadzone tylko i wyłącznie przez pracownię posiadającą aktualny certyfikat (ważny dwa lata) wydany przez Dyrektora Centralnego Laboratorium Policji. Identyfikacja osmologiczna przeprowadzana jest w co najmniej dwóch cyklach. Każdy składa się prób kontrolnych i identyfikacyjnych z użyciem innego psa z aktualnym atestem. Próby kontrolne mają na celu sprawdzenie, czy dany pies jest gotowy do podjęcia pracy i czy w ciągu selekcyjnym nie ma zapachów zaburzających jego pracę. Należy wykonać minimum trzy próby kontrolne: dwie w układzie kontroli pozytywnej (w ciągu selekcyjnym występuje próbka badawcza zgodna z próbką daną psu do nawęszenia) i jedną w układzie kontroli negatywnej (w ciągu selekcyjnym brak jest próbki badawczej zgodnej z próbką daną psu do nawęszenia). W próbach kontrolnych pies musi sprawdzić wszystkie materiały użyte do budowania ciągu selekcyjnego. Ekspert osmologii może decydować o ilości i rodzaju dodatkowych prób kontrolnych.

Przewodnik psa nie może znać rozmieszczenia materiałów w szeregu zapachowym, a po każdej próbie wraz z psem opuszcza rozpoznawalnię. Zapobiega to powstaniu efektu „mądręgo Hansa”²⁵. W razie wystąpienia zgodności wykonuje się nie mniej niż trzy próby, za każdym razem zmieniając położenie materiału w ciągu selekcyjnym.

Wartość metody

Metoda identyfikacji genetycznej jest uznawana w światowej nauce kryminalistyki za wysoce efektywną. Jej wyniki są powszechnie akceptowane przez organy procesowe jako wartościowy środek dowodowy. Świadczą o tym przede wszystkim orzeczenia sądów zagranicznych: angielskich, amerykańskich i kanadyjskich, w których m.in. podkreśla się akceptację przez środowisko naukowe stosowanej techniki badawczej oraz wiarygodność otrzymywanych wyników. Nie brakuje jednak głosów kwestionujących wartość badań genetycznych, a to ze względu na zbyt małą wiarygodność naukową tych badań, będącą m.in. wynikiem przyjmowania

²⁵ Efekt „mądręgo Hansa” (inaczej Rosenthala), czyli możliwości nawet nieświadomego sugerowania przez przewodnika poszczególnych wskazań psu.

niejednorodnych standardów badawczych przez placówki przeprowadzające badania, możliwość popełniania błędów w procedurze badawczej, niepoprawność statystycznej interpretacji otrzymywanych wyników. Również zwolennicy metody, podnosząc jej wysoką wartość naukową, jednocześnie postulują potrzebę gromadzenia innych dowodów i potwierdzania nimi wyników analizy DNA oraz konieczność oceny dowodu z badań genetycznych w oparciu o całokształt okoliczności sprawy. Równie ważne pozostaje rzetelne i należycie udokumentowane zbieranie przez organ procesowy materiału badawczego na miejscu zdarzenia.

Wartość diagnostyczna badania osmologicznego, czyli wiarygodność tej metody identyfikacji, ustalana jest za pomocą badań eksperymentalnych. Przy ustalaniu wartości diagnostycznej metody korzysta się z pojęć, które określają błędne zachowanie psa. Pies może wskazać próbkę od innej osoby niż powinien, jest to tzw. wskazanie fałszywie pozytywne. Jednakże pies może nie wskazać próbki, którą powinien był wskazać. Mamy wówczas do czynienia ze wskazaniem fałszywie negatywnym. Jeśli pies pracuje bezbłędnie, to wskazanie takie można nazwać pozytywnie poprawnym. Przez wiele lat nie przeprowadzano krajowych badań odnośnie dokładności badań osmologicznych oraz liczby błędów popełnianych przez psy. Spowodowało to sięganie po literaturę zagraniczną, która w większości wskazuje na wysoki odsetek psich błędów (w zależności od użytego psa od 22% do 59% wskazań fałszywie pozytywnych)²⁶. Jednakże metodyka polska jest zupełnie inna od metodyki stosowanej za granicą i z badań Schoon trudno wyciągnąć użyteczne wnioski. W Holandii jest zupełnie inny sposób pobierania zapachu od podejrzanego, tresury psów czy nawet zabezpieczania zapachu na miejscu przestępstwa. Z biegiem czasu pojawiło się wiele cennych, krajowych opracowań, wynikających z doświadczeń praktycznych. Według polskich badań przeprowadzonych w ramach szkolenia psów do pracy osmologicznej uzyskano 4,5% wskazań fałszywie pozytywnych na 49 prób w takim układzie, w którym podejrzanym nie był sprawca. Wskazań fałszywie negatywnych było zaś 13% na 660 prób w układzie, w którym podejrzanym był sprawca²⁷. Częściej psy nie wskazywały próbki, którą powinny były wskazać, niż wskazywały próbkę od innej osoby niż powinny. Na podstawie tych badań Mirosław Rogowski przedstawił wnio-

²⁶ G.A.A. Schoon, *Scent identification lineups by dogs (Canis familiaris): experimental design and forensic applicati*, „Applied Animal Behaviour Science” 1996, 49, s. 257–267 [tłumaczenie własne].

²⁷ M. Rogowski, *Nowe możliwości w badaniach osmologicznych – czyli o próbach kontrolnych raz jeszcze*, „Problemy Kryminalistyki” 2001, 232, s. 50–59.

sek, że „wartość diagnostyczna badań osmologicznych w kontekście trafności i rzetelności jest niepodważalna”²⁸. Bardzo krytyczne podejście sądów do identyfikacji osmologicznej doprowadziło do przeprowadzenia szeregu eksperymentów, w wyniku których udoskonalono metodykę. W tym miejscu warto wskazać kilka najistotniejszych badań. Wykluczono wpływ zapachów nikotyny²⁹, kosmetyków³⁰, laku³¹, ale także środowiska zawodowego, płci, stresu³² na wskazania psów. Potwierdzono możliwość identyfikacji wszystkich osób dotykających przedmiotu³³. Ponadto uzyskano odpowiedź negatywną na stawiane często w sądach pytanie, czy osoba, która nie miała bezpośredniego kontaktu z przedmiotem, ale przebywała w pomieszczeniu, w którym przedmiot ten był umieszczony, zostanie zidentyfikowana jako mająca kontakt z przedmiotem (tzw. ślad bezkontaktowy)³⁴.

Orzecnictwo i kazuistyka

Sądy już od dawna uznają wyniki badań genetycznych za wiarygodny dowód. W ankietach przeprowadzonych w 1999 r. i 2010 r. polscy sędziowie jednoznacznie wskazują, iż byliby skłonni skazać oskarżonego na podstawie analizy DNA, nawet będącej jedynym dowodem w sprawie, jednocześnie uznając tę opinię za jedną z najtrudniejszych do oceny.

W sprawie Regina v. Gordon (1995 r.) angielski sąd apelacyjny stwierdził, że nie wątpi w trafność i wartość dowodu z badań genetycznych, jednakże jego znaczenie zależy od statystycznej interpretacji zgodności profili DNA, albowiem nawet stwierdzenie ich tożsamości nie jest niepowtarzalne, z wyjątkiem bliźniaków jednojajowych. Sąd ten błędnie przeciwstawił ten dowód dowodowi z ekspertyzy daktyloskopijnej, na korzyść tej ostatniej.

²⁸ Ibidem, s. 60.

²⁹ K. Misiewicz, *Badanie wpływu zapachu nikotyny na poprawność wskazań psów specjalnych do identyfikacji śladów zapachowych ludzi*, „Problemy Kryminalistyki” 2000, 229, s. 38.

³⁰ M. Gawkowski, *Identyfikacja osoby na podstawie śladu zapachowego*, Legionowo 2000, s. 24.

³¹ T. Bednarek, *Próby określenia wpływu laku, stosowanego w zabezpieczeniu śladów zapachowych na prawidłowość pracy węchowej psów specjalnych*, „Problemy Kryminalistyki” 1999, 226, s. 47.

³² Za: idem, *Historia polskiej osmologii*, „Problemy Kryminalistyki” 2011, 272, s. 76 i podana tam literatura.

³³ M. Rogowski, *Próba określenia wpływu naniesienia na nośnik zapachu indywidualnego trzech osób na wyniki badań osmologicznych*, „Problemy Kryminalistyki” 2005, 250, s. 40.

³⁴ A. Krawczyk, I. Wesołowski, *Doświadczalny eksperyment osmologiczny ze śladem bezkontaktowym*, „Problemy Kryminalistyki” 1998, 222, s. 45.

Polskie orzecznictwo w przedmiocie badań genetycznych to głównie orzecznictwo w sprawach cywilnych. Na tym tle na uwagę zasługują takie orzeczenia jak:

- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 1996 r., I CKU 27/96, zgodnie z którym „Dowód z zakończonych wynikiem pozytywnym badań kodu genetycznego ma pewną wartość poznawczą i dowodową wtedy, gdy badania przeprowadziła pracownia działająca w ramach katedry naukowej albo legitymująca się atestem. (...) Sąd ma obowiązek wszechstronnie ocenić całokształt materiału dowodowego i od obowiązku tego nie zwalnia go fakt, że w istniejącym stanie wiedzy określony rodzaj dowodu (np. badania kodu genetycznego DNA) cieszy się opinią szczególnie wiarygodnego (pewnego)”³⁵;
- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1994 r., II CRN 176/93, w którym stwierdzono, że „wdrożenie do praktyki sądowej w sprawach o ustalenie ojcostwa, w miarę rozwoju nauk biologicznych, środków dowodowych o charakterze przyrodniczym (badanie kodu genetycznego DNA) nie może prowadzić do naruszenia zasad procesowych przez ograniczenie zakresu postępowania dowodowego i sędziowskiej oceny dowodów. Rozstrzygające znaczenie nowego środka dowodowego nie zwalnia sądu od obowiązku oceny całokształtu materiału dowodowego w ramach art. 233 § 1 k.p.c.”³⁶;
- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2003 r., III KKN 465/00, zgodnie z którym „dowód osmologiczny nie daje jak dotąd takiego przekonania, jakie może wynikać z badań daktyloskopijnych, czy badań DNA”³⁷. Orzeczenie to nie przekreśla zastosowania identyfikacji osmologicznej w procesie karnym, wszelako zaleca poddanie go dokładnej i wielostronnej analizie.

Stanowisko Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych do badań osmologicznych jest bardzo różnorodne: począwszy od daleko posuniętej ostrożności³⁸,

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 1996 r., I CKU 27/96, *Legalis* 30403.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1994 r., II CRN 176/93, *Legalis* 28447.

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2003 r., III KKN 465/00, *Legalis* 60340.

³⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 1999, V KKN 440/99, OSNKW, 1999, z. 11–12, poz. 76; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19 stycznia 2000 r., II Aka 436/99, *Orzecznictwo Prokuratura i Prawo*, 2001, nr 2, poz. 25, s. 13–14; Postanowienie Sądu Najwyższego z 7 maja 2002 r., II KKN 467/99, *LexPolonica* nr 391878.

poprzez traktowanie ich jako poszlaki³⁹, aż do uznania jako pełnowartościowego dowodu⁴⁰. Obecnie przeważa stanowisko, iż nie należy uznawać krytycznych poglądów naukowców, uznających za całkowicie dyskwalifikujący ten środek dowodowy, ponieważ przeczą temu poglądy przedstawicieli nauki i dotychczasowe orzecznictwo zarówno Sądu Najwyższego jak i sądów powszechnych, w myśl wskazań których dowód z opinii zapachowej winien podlegać niezwykle wnikliwej ocenie w świetle obowiązujących w tym przedmiocie zasad⁴¹. Najczęściej podkreślana jest potrzeba zachowania dużej ostrożności, co jednocześnie jest sprzeczne z zasadą swobodnej oceny dowodów, wyrażoną w art. 7 k.p.k. Nie można wszelako doprowadzać do przyznawania niektórym dowodom większej roli, przy równoległym zmniejszaniu wartości innych (wartościowanie dowodów na lepsze, gorsze, na takie, które mogą występować samodzielnie i takie, które nie mogą być jedynymi wskazującymi na winę oskarżonego)⁴². Zasadniczo sądy nie kwestionują wyników ekspertyz osmologicznych, ale nie wydają wyroku skazującego, gdy taka ekspertyza jest dowodem jedynym⁴³.

Kazuistyka światowa notuje sprawy, w których mimo pozytywnej ekspertyzy genetycznej oskarżony został uniewinniony, jak również takie, gdzie jeden włos – dzięki analizie DNA – stał się podstawą skazania.

Na szczególną uwagę zasługuje „proces stulecia” czarnoskórego Amerykanina O.J. Simpsona, oskarżonego o zabójstwo swojej białej żony. Pomimo bardzo wysokiej wartości dyskryminacyjnej badań genetycznych, dowód ten został zdyskredytowany przez wykazanie, że doszło do kontaminacji (skażenia) śladów wynikającej z niedbałości przy zabezpieczaniu, przechowywaniu lub badaniu śladów. Wynajęci przez obronę eksperci genetyki sądowej dowodzili, że osoby biorące udział w zabezpieczaniu materiału do badań na miejscu zdarzenia nie stosowali podstawowych zasad prawidłowego zabezpieczania śladów. Jeden z policjantów, który zabezpieczał ślady na miejscu przestępstwa, a także ten, który znalazł zakrwawioną rękawiczkę w rezydencji Simpsona, okazał się rasistą i w kilku

³⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29 maja 2003 r., II AKa 90/2003, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003/12 poz. 33.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 22 sierpnia 1996 r., IV KKN 46/96, Monitor Prawniczy 1997/12, s. 511.

⁴¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2011 r. II KO 58/11, LEX nr 960531.

⁴² Postanowienie Sądu Najwyższego z 5 lutego 2001 r., III KKN 333/98, LexPolonica nr 392227.

⁴³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28 grudnia 2005r., II Aka 236/05, Krakowskie Zeszyty Sądowe, 2006, nr 2, poz. 39, s. 24–25.

wypadkach w ostatnich latach wyrażał się obraźliwie o czarnych Amerykanach. Dało to obronie możliwość zastosowania strategii, w której obrona wystąpiła z oświadczeniem, że cała sprawa przeciwko Simpsonowi jest spiskiem rasistowskiej policji, która to sfalszowała bądź podrzuciła obciążające go dowody. Pomimo, iż materiał dowodowy i porównawczy pobrany od O.J. Simpsona wykazywał tożsamość w obu rodzajach testów, zarówno w PCR, jak i w niestosowanym obecnie RFLP⁴⁴, oskarżony został uniewinniony⁴⁵.

Z kolei w sprawie seryjnego zabójcy prostytutek, 44-letniego austriackiego pisarza i dziennikarza Jacka Unterwegera⁴⁶, koronnego dowodu dostarczył włos znaleziony na siedzeniu pasażera samochodu, którym się posługiwał. Wyżej wymieniony oskarżony był o zabójstwo dziewięciu kobiet. Kiedy odnaleziono ciała, każde z nich znajdowało się w podobnej pozycji. Kobiety zostały uduszone za pomocą części garderoby. Na zwłokach ofiar i miejscu zdarzeń nie odnaleziono żadnych śladów biologicznych, z wy-

⁴⁴ Restriction Fragment Length Polymorphism – technika badania polimorfizmu długości fragmentów restrykcyjnych. Metodę tę wykorzystywano w technice, w której można było różnicować organizmy, analizując wzory cięć ich DNA, wymagała ona dużych ilości i dobrego jakościowo materiału badawczego. Niedogodności tej metody skłoniły do poszukiwania nowych technologii identyfikacyjnych, doprowadzając do odkrycia PCR.

⁴⁵ P. Girdwoyń, *Zarys kryminalistycznej...*, s. 242.

⁴⁶ Unterweger po raz pierwszy został skazany w 1976 za zamordowanie swojej dziewczyny Margaret Schaefer. W czasie odbywania kary w więzieniu, napisał serię opowiadań, sztuk teatralnych i autobiografię, które cieszyły wielkim zainteresowaniem w Wiedniu. Okrzyknięty wzorem resocjalizacji, Unterweger został warunkowo zwolniony w 1990. Wkrótce po zwolnieniu z więzienia kontynuował zabijanie prostytutek, równocześnie jednak skutecznie się kamuflując. W okresie, w którym Unterweger mordował, austriacka policja nie miała żadnego doświadczenia w ściganiu seryjnych morderców. Dlatego też ekipa dochodzeniowa potrzebowała czasu, żeby dojść do wniosku, że ma do czynienia z seryjnym zabójcą. Prasa natychmiast zaczęła pisać o szalejącym na wolności seryjnym mordercy. W międzyczasie Unterweger zaczął pisać o tych morderstwach w charakterze dziennikarza, przeprowadzał wywiady z prostytutkami i „uświadamiał” opinię publiczną, że Austria „dorobiła się” seryjnego mordercy. W 1991 otrzymał propozycje napisania reportażu o prostytutce w Los Angeles. W Kalifornii zabił trzy prostytutki. Wyciągi z kart kredytowych wykazały, że Unterweger był w pobliżu miejsca każdej zbrodni. Zdemaskowały go wyniki badania DNA. Wydany został nakaz aresztowania, ale Jackowi udało się uciec ze swoją 18-letnią przyjaciółką. Para uciekała przez Szwajcarię, Francję, USA, kontaktując się w międzyczasie z prasą i telewizją w Austrii. Unterweger twierdził, że jest niewinny. Podążając śladem użycia karty kredytowej, Interpol zdołał aresztować uciekającą parę w Miami. Unterwegera deportowano do Austrii. Oskarżono go o 11 zabójstw. Rząd Austrii zgodził się na włączenie do sprawy Czechosłowacji (jedną ze zbrodni popełnił w Pradze) i USA.

jątkiem jednej ofiary, u której ujawniono plemniki w wymazach z pochwy i odbytu. Przeprowadzając badanie genetyczne włosa zastosowano dwie metody: bezpośrednie porównanie oraz odwrócone ustalenie ojcostwa. Wyniki badań wykazały, iż włos należał do jednej z kobiet. Na tej podstawie Jack Unterweger został skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności. Sześć godzin później powiesił się we własnej celi. Linę zawiązał w ten sam sposób, w jaki wiązał ją na szyjach swoich ofiar.

Natomiast kasus Krzysztofa Kolocha wskazuje na możliwość popełnienia błędów przy pisaniu opinii. Policyjny genetyk z Opola we wnioskach opinii, pisząc o profilach sprawców i oskarżonych, przez pomyłkę wskazał „zgodność” zamiast „niezgodność”. Dopiero wezwany celem przesłuchania na rozprawę, przygotowując się do niej dzień wcześniej, wykrył błąd. W związku z tym, że sędzia wcześniej nie zapoznał się z uzasadnieniem opinii, dwaj niewinni oskarżeni byli tymczasowo aresztowani przez 7 miesięcy. To, co najbardziej „razi w oczy” w tym kazusie, to fakt, że gdyby biegły nie został wezwany na rozprawę, prawdopodobnie błąd nie zostałby wykryty, a przeprowadzona ekspertyza genetyczna stanowiłaby jeden z głównych dowodów obciążających oskarżonych, co zaznaczono w uzasadnieniu orzeczenia.

Podobne przykłady można by mnożyć. Na potrzeby niniejszej publikacji wystarczającym jest jednak przytoczenie powyższych, aby wykazać, iż dowodu z analizy DNA nie można absolutyzować. Dowód ten, jak każdy inny, w tym dowód z badań osmologicznych również powinien podlegać ocenie wiarygodności zgodnie z art. 7 k.p.k.

Wśród komentowanych w mediach procesów sądowych dotyczących badań śladów zapachowych wskazane jest przedstawienie spraw domnianego „Inkasenta”⁴⁷ oraz zabójstwa Wojtka Króla⁴⁸, które ze względu na kompromitację ekspertyz odbiły się głośnym echem w historii polskiej osmologii.

17 marca 1996 r. dwaj mężczyźni dokonali rozboju na szkodę Roberta G. w bramie jednej z kamienic przy ulicy Lwowskiej w Warszawie. Sprawcy zaczęli uciekać, jeden z nich będąc ciągle w biegu wyciągnął broń i strzelił za siebie. Pocisk trafił przypadkowego przechodnia Wojtka Króla – studenta Politechniki Warszawskiej. Sąd nie znalazł podstaw do wydania wyroku skazującego, ponieważ wyszły na jaw nieprawidłowości dotyczące ekspertyz osmologicznych, m.in.:

⁴⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, III K 118/97.

⁴⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, VIII K 3/97.

- brak atestów dla psów (przekreśla to wartość badań),
- brak opisu sposobu pobrania i zabezpieczenia śladów zapachowych,
- możliwość wystąpienia efektu „mądrego Hansa”, wynikającego ze znajomości rozmieszczenia zapachów w szeregu przez przewodników psów,
- wykonywanie próby ślepej zawsze jako pierwszej (pies mógł się przyzwyczaić do takiego systemu pracy),
- wykonywanie zbyt małej ilości prób w badaniach (trzy zamiast pięciu),
- bezkrytyczne powielanie nawarstwiających się błędów (nieweryfikowanie ewidentnych błędów jednej z pracowni w drugiej pomimo wyraźnej sprzeczności uzyskanych wyników),
- selektywne podejście do uzyskanych rezultatów (wszystkie wyniki są prawidłowe, ale niektóre są prawidłowe bardziej).

Liczne błędy na początku śledztwa uniemożliwiły ustalenie rzeczywistych sprawców zabójstwa Wojtka Króla.

Wiele błędów popełniono też w sprawie domniemanego „Inkasenta”⁴⁹ – Wojciechowi B. przedstawiono zarzut dokonania 5 zabójstw w 1994 roku. Podstawowym dowodem, na którym oparto oskarżenie, były eksperymenty osmologiczne przeprowadzone zgodnie z ówczesnymi wymogami w czterech ośrodkach, w których przeprowadzono w sumie 295 prób w ramach 23 eksperymentów z udziałem 7 psów specjalnych. Ich wyniki wskazywały dobitnie, że ślady zapachowe zabezpieczone na miejscach zabójstw pochodzą od Wojciecha B. Do oceny identyfikacji osmologicznej zostali powołani biegli, którzy nie uczestniczyli osobiście w badaniach, a także nie potrafili wytłumaczyć, dlaczego we wcześniejszej fazie śledztwa eksperyment osmologiczny wskazał na zupełnie innego mężczyznę, co było powodem postawienia mu zarzutu popełnienia zabójstwa. Obrońcy zarzucali eksperymentowi osmologicznemu m.in. nieprzeprowadzenie prób na atrakcyjność zapachu, dyskredytowali powołanych biegłych. Sąd zlecił ponowne wykonanie eksperymentów osmologicznych wraz z próbami na atrakcyjność. Eksperymenty te nie wykazały tożsamości śladów dowodowych z miejsca przestępstwa ze śladami porównawczymi pobranymi od Wojciecha B.⁵⁰. Ostatecznie Wojciech B. został uniewinniony.

⁴⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, III K 118/97.

⁵⁰ Okazało się również, że jego zapach był atrakcyjny dla 4 psów, co mogło spowodować ich błędne wskazanie w czasie eksperymentów przeprowadzonych w śledztwie.

Nieszczęściem osmologii, szczególnie w tych najważniejszych, głośnych sprawach, było złe zabezpieczenie śladów zapachowych. Za mało było badań praktycznych dotyczących osmologii, a organy procesowe działały pod presją zbulwersowanej opinii publicznej, nastawionej na szybkie ujęcie sprawy. Wyniki badań osmologicznych pozostawały dowodem jedynym, po wyeliminowaniu innych dowodów. Jednocześnie dowód taki był poszlaką tylko pośrednio potwierdzającą, że określony fakt mógł, ale nie musiał zaistnieć. Pomiędzy poszczególnymi dowodami poszlakowymi musi zachodzić logiczny, wewnętrzny i obiektywny związek, zwany „łańcuchem poszlak”. Jeżeli żadnego z ogniw tego łańcucha nie uda się wyeliminować dowodem przeciwnym, sąd może wydać wyrok skazujący. Sądy nie wydawały takich wyroków, ponieważ ten jedyny dowód był często przeprowadzony niezgodnie z metodyką, niepoparty pozostałymi dowodami przewidzianymi przez prawo. Najslabszym punktem w badaniach osmologicznych są ludzie, a nie psy. W wielu przypadkach nie stosowano prób kontrolnych, używano psów bez atestów, biegli i specjaliści nie posiadali odpowiedniego doświadczenia oraz wiedzy. Bolączką było złe opisywanie zabezpieczonych śladów w protokołach oględzin (np. sprawa Ultimo)⁵¹. Istniał także problem z umiejętnym budowaniem szeregu zapachowego, tak żeby eliminować efekt „mądrego Hansa”. Kolejnym problemem była praca z nastawieniem, że każda identyfikacja ma wskazać sprawcę. Pozytywny wynik ekspertyzy osmologicznej powodował zaprzestanie prowadzenia innych czynności wykrywczych. Było to bardzo niepokojące zjawisko, ponieważ wydawano wyroki skazujące na podstawie ustalenia zgodności zapachowej, bez powiązania tego śladu w kompletny i spójny łańcuch poszlak lub dowodów. W tym miejscu należy zgodzić się z Janem Widackim, który uważa, że wykorzystanie identyfikacji osmologicznej jako dowodu było przedwczesne i eksperymentowano na „żywych ludziach” ryzykując ich losem⁵².

Badania ankietowe

Na potrzeby przygotowywanych przez autorów prac magisterskich w grudniu 2008 roku przeprowadzono ankietę w zakresie badań genetycznych w grupie 23 aplikantów prokuratorskich z drugiego roku i 33 aplikantów

⁵¹ Nie było wiadomo, czy ślady zapachowe zabezpieczono ze środka czy z zewnątrz kasetki z pieniędzmi.

⁵² J. Widacki, *Który wizerunek badań osmologicznych jest prawdziwy?*, „Problemy Kryminalistyki” 2000, 229, s. 46.

adwokackich z trzeciego roku aplikacji, natomiast w zakresie badań osmologicznych w grupie 30 aplikantów prokuratorskich z drugiego roku i 30 aplikantów adwokackich z trzeciego roku aplikacji. Oczywiście jest, że wyniki uzyskane w tych badaniach, nie są reprezentatywne, jednakże taki zakres badań był w zupełności wystarczający na potrzeby tych prac. Ankiety były przeprowadzone anonimowo i składały się z sześciu pytań – w przypadku ekspertyzy na temat badań genetycznych i siedmiu pytań – w przypadku badań osmologicznych. Pytania, na które odpowiadali ankietowani, dotyczyły ekspertyz i opinii biegłych oraz wartości dowodowych z badań DNA i osmologii. Autorzy na potrzeby niniejszego opracowania wybrali dwa, możliwe do porównania pytania:

- które z badań kryminalistycznych są najbardziej wiarygodne dla respondentów oraz
- czy dowód z ekspertyzy odpowiednio genetycznej i osmologicznej może stanowić dowód odciążający.

W przypadku ankiet odnoszących się do badań genetycznych za najbardziej wiarygodne badania kryminalistyczne respondenci uznali badania DNA. Pomimo że w ekspertyzach kryminalistycznych stosowane są od stosunkowo niedawna, to wśród ankietowanych przedstawiają zdecydowanie najwyższą wartość. Takie zdanie na temat badań DNA wyraziło prawie 70% aplikantów prokuratorskich oraz 85% aplikantów adwokackich. Spośród badanych nikt nie uznał za wiarygodne badań osmologicznych.

Podobnie odpowiadali respondenci w ankietach przeprowadzanych na potrzeby pracy magisterskiej na temat osmologii. Jako najbardziej wiarygodną 97% przyszłych adwokatów i 60% przyszłych prokuratorów wyraziło wskazało ekspertyzę genetyczną. Natomiast żaden ankietowany nie wskazał jako takiej ekspertyzy osmologicznej.

Co się tyczy drugiego pytania, ekspertyza z badań genetycznych jest często uznawana za materiał dowodowy, który ma udowodnić czyjaś winę, ponieważ nie jest rozpowszechniona koncepcja zakładająca, że badania te również mają znaczenie jako dowód odciążający, z czym niemalże w 100% zgadzają się respondenci w obu grupach badanych w ramach ankiet na potrzeby pracy o badaniach genetycznych. Jako przykład na potwierdzenie tezy można powołać sprawę O.J. Simpsona, o czym była mowa wcześniej, jak również sprawę Gary'ego Dotsona, który początkowo został skazany na karę 50 lat pozbawienia wolności za zgwałcenie i porwanie, a następnie

uniewinniony w 1989 r. w oparciu o analizę genetyczną przeprowadzoną niestosowaną już techniką RFLP⁵³.

O ile analiza DNA jest uznawana za dowód, którego przeprowadzenie ma na celu udowodnienie czyjejs winy, to badania osmologiczne mają większe znaczenie jako dowód odciążający⁵⁴. Biegły może wypowiedzieć się kategorycznie negatywnie (nie ustalono zgodności zapachowej między materiałem dowodowym a porównawczym), ale także niekategorycznie (najprawdopodobniej nie istnieje zgodność między materiałem dowodowym a porównawczym). Każda z konkluzji oznacza, że zabezpieczony materiał dowodowy nie pochodzi od danej osoby. W opinii aż 84% aplikantów adwokackich takie wnioski mogą stanowić dowód odciążający, zaś ponad 67% aplikantów prokuratorskich jest przeciwnego zdania. Ślad osmologiczny pozostawiony na miejscu zdarzenia świadczy jedynie o tym, że dana osoba, która ten ślad pozostawiła, była na miejscu zdarzenia lub miała kontakt z jakimś przedmiotem. Nie należy jednak od razu zakładać, że osoba ta była sprawcą zdarzenia⁵⁵.

W przeciwieństwie do ekspertyzy genetycznej, którą obie grupy respondentów uznają za najbardziej wartościową, istnieje rozbieżność w postrzeganiu osmologii. Aplikanci prokuratorscy uważają osmologię za pełnowartościowy dowód, pozytywnie widzą jej przyszłość. Odmienne zdanie mają aplikanci adwokacy. Zarzucają oni osmologii brak dostatecznie sprawdzonych i niezawodnych metod zabezpieczania śladów zapachowych oraz przeprowadzania badań osmologicznych, choć opinię osmologiczną uważają za dowód odciążający.

W świetle wyników przeprowadzonych badań Autorzy prac wysnuwają wniosek, iż „wyższość” ekspertyzy genetycznej nad osmologiczną może wynikać z przeświadczenia o słabym poziomie metod badawczych stosowanych w osmologii (pies) i przekonania o niepewności tej metody. Innym powodem takich wyników może być podejście stereotypowe i kierowanie się obiegowymi opiniami na temat osmologii. Prawdopodobnie wynika to także z przekonania o niemalże pewnych wynikach ekspertyzy biologicznej.

Ponadto, rezultaty przeprowadzonych ankiet na potrzeby przygotowania prac magisterskich są analogiczne z badaniami ankietowymi przeprowadzonymi przez J. Wójcikiewicza i J. Stojer-Polańską. J. Wójcikiewicz

⁵³ <http://pl.wikipedia.org/wiki/RFLP> z 2 maja 2009 r.

⁵⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 1998 r., V KKN 44/97, „Krakowskie Zeszyty Sądowe”, 1998, n 4–5, poz. 43.

⁵⁵ T. Hanausek *Kryminalistyka – zarys wykładu*, Kraków 2005 s. 191.

w 2001 r. zapytał 76 sędziów karnych⁵⁶ o kwestie osmologii. Aż 58% sędziów uznało badanie osmologiczne za dowód naukowy, zaś badanie genetyczne 100%, ale już tylko co czwarty sędzia byłby skłonny skazać oskarżonego wyłącznie na podstawie ekspertyzy osmologicznej, zaś genetycznej – każdy⁵⁷. W 2011 r. porównywalne pytania zadała 119 sędziom i 77 prokuratorom J. Stojer-Polańska⁵⁸. O ile odsetek odpowiedzi na pytanie o naukowość metody badawczej, jaką jest osmologia, był podobny: sędziowie 56,3%, prokuratorzy 41,56%, o tyle odsetek pozytywnych odpowiedzi na pytanie drugie – o skazanie – był już znacznie niższy: sędziowie 14,29%, prokuratorzy 15,58%. Dla badania DNA 96,10% prokuratorów i aż 98,32% sędziów jest przekonanych o naukowości tej metody badawczej. Odsetek skazania na podstawie jednego dowodu przez respondentów wynosi 77,92% dla prokuratorów oraz 89,92% dla sędziów. Żaden inny dowód nie uzyskał tak wysokich ocen.

Zakończenie

Niemalże 30 lat od jej opracowania analiza DNA stała się najcenniejszym dowodem kryminalistycznym. Inne metody, w tym także ekspertyza osmologiczna, pozostają w jej cieniu. Do wysokich standardów ekspertyzy genetycznej musiały dostosować się również inne dyscypliny naukowe. Przewaga tej metody nie może jednak prowadzić do jej absolutyzacji poprzez wyłączenie jej spod swobodnej oceny organu procesowego, bowiem również wśród tej metody istnieje wiele kontrowersji. Tak samo jak inne metody badawcze opatrzona jest ryzykiem błędu. Pomimo ewidentnych zalet technologii i jej efektywności ekspertyza biologiczna nie powinna stanowić materiału dowodowego, na którym sąd przede wszystkim oprze swoje orzeczenie. Źle zabezpieczony materiał stanowi przyczynę błędnych wyników analizy. Ponadto pośpiech towarzyszący organom dochodzeniowo-śledczym na miejscu zdarzenia może skutkować przeoczeniem ważnego dowodu świadczącego o niewinności podejrzanego. Kwestie te nie należą do łatwych, są jednak istotne z punktu widzenia podejrzanego i rozstrzygnięcia sądu, jakie zapadnie w jego sprawie. Badanie genetyczne, tak jak każde inne, wymaga dużej odpowiedzialności tak ze strony przeprowadzającego

⁵⁶ J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000, s. 12.

⁵⁷ Ibidem, s. 84.

⁵⁸ J. Stojer-Polańska *Efekt CSI a postrzeganie prac biegłych*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2011, 4, s. 355–356.

badanie, jak i sądu dokonującego oceny dostarczonego w ten sposób dowodu. Z pewnością identyfikacja genetyczna zbyt szybko została przyjęta przez polski wymiar sprawiedliwości. Jednakże od kilku lat przyjęta przez Sąd Najwyższy postawa zaleca ograniczone zaufanie do wyników badań, zwracając przy tym uwagę na wnikliwą i wszechstronną analizę opinii biegłego.

Na uwagę zasługuje fakt, że organy procesowe zwykle przeprowadzają powierzchowną analizę opinii z zakresu badań genetycznych, skupiając się przede wszystkim na jej aspektach formalnych, pomijając przy tym występujące błędy i nieprawidłowości. Równie rzadko wskazuje się na występujące w trakcie badań uchybienia i pojawiające się wątpliwości, co może świadczyć o braku stosowania kompleksowych kryteriów oceny.

W porównaniu do badań genetycznych ekspertyzy osmologiczne niemal od początku spotykały się z ogromnym sceptycyzmem – przede wszystkim ze strony prawników zaangażowanych w sprawy karne. Zwolennicy osmologii wskazują, że może stanowić ona wartościowy dowód, przeciwnicy zaś zwracają uwagę na dyskredytujące ekspertyzy w takich sprawach jak zabójstwo Wojtka Króla czy sprawa „Inkasenta”. Ponadto z uwagi na brak rozpowszechnionej literatury wiele głosów krytycznych dotyczących badań osmologicznych opierało się na domysłach, a nie na rzetelnej wiedzy czy własnej praktyce. Każda metoda identyfikacji człowieka może być obciążona pewnym błędem zarówno z perspektywy człowieka, jak i maszyny. Należy podkreślić, iż tworzenie systemu badań osmologicznych w Polsce wymagało równoczesnego wypracowania nie tylko szczegółowych procedur badawczych, ale także bieżącego prowadzenia i wdrażania prac badawczo-rozwojowych, realizacji ekspertyz na potrzeby procesowe, kształcenia kandydatów na ekspertów i przewodników psów osmologicznych oraz szkolenia samych narzędzi badawczych, czyli psów. Takie działania na „żywym organizmie”, objawiające się w szczególności poprzez wprowadzenie dowodu z badań osmologicznych w formie eksperymentu procesowego bez określonych kryteriów badawczych obciążone było błędami, które spowodowały brak zaufania prawników do tej metody. Dodatkowo można sformułować przekonanie o hermetyczności środowiska osmologicznego – brak jest niezależnego od Policji ośrodka, który zajmowałby się problematyką tych badań. Jednak z biegiem lat dzięki działaniom podejmowanym przez pasjonatów problematyki osmologicznej nastąpiło ulepszenie metod badawczych, co wpłynęło na bardziej przychylne orzecznictwo w tym zakresie. Ponadto, opracowano metody kontroli jakości, dzięki którym badania osmologiczne stały się bardziej obiektywne. Każda polska pracownia przeprowadzająca ekspertyzy na rzecz organów ścigania i wy-

miaru sprawiedliwości ma obowiązek okresowego poddawania się kontroli potwierdzającej spełnienie wymagań określonych w odpowiedniej procedurze⁵⁹, tak aby otrzymać certyfikat wydawany przez Dyrektora Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji. Pies do badań osmologicznych, oprócz sprawdzenia przed każdą identyfikacją osmologiczną gotowości do badań oraz braku wystąpienia w ciągu selekcyjnym zapachów zaburzających jego pracę, musi być poddany corocznemu testowi sprawności użytkowej. W 2009 r. w 15 pracowniach osmologicznych wydano 1100 opinii⁶⁰. W 2015 r. w 6 pracowniach wykonano tylko 620 ekspertyz⁶¹. Mniejsza liczba opinii i pracowni jednoznacznie wskazuje zmniejszenie zainteresowania zlecaniem takich ekspertyz. Aby zmienić ten stan warto zwiększyć wiedzę organów procesowych na temat dowodu z badań osmologicznych tak, aby nie był on przeceniany ani dyskredytowany. Jednocześnie należy mieć nadzieję, że przed osmologią, jako najmłodszą dziedziną kryminalistyki, istnieją jeszcze możliwości rozwoju, np. poprzez opracowanie wspólnych międzynarodowych standardów badań.

Literatura

- Arcos S.S., Wang Z., Weber J.L., Deininger P.L., Balzer M.A., *Alu repeats: a source for the Genesis of primate microsatellites*, "Genomics" 1995, 29.
- Babecka J., Sołtyszewski I., *Ślady biologiczne*, (w:) *Technika kryminalistyczna*, pod red. G. Kędzierskiej, Szczytno 2006.
- Bednarek T., *Badanie śladów zapachowych – przeceniany czy niedoceniany dział kryminalistyki*, „Palestra” 1999, 7–8.
- Bednarek T., *Dowód osmologiczny. Aspekty kryminalistyczne i procesowe*, Wydawnictwo Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego, Warszawa 2008.
- Bednarek T., *Historia polskiej osmologii*, „Problemy Kryminalistyki” 2011, 272.
- Bednarek T., *Próby określenia wpływu laku, stosowanego w zabezpieczeniu śladów zapachowych na prawidłowość pracy węchowej psów specjalnych*, „Problemy Kryminalistyki” 1999, 226.
- Berent J.A., Czarny J., Woźniak M., Miścicka-Śliwka D., *Statystyczna ocena wyników badań DNA w identyfikacji śladów biologicznych*, (w:) *Problemy Współczesnej Kryminalistyki*, pod red. E. Gruzy i T. Tomaszewskiego, Warszawa 2000.

⁵⁹ Standardy pracowni osmologicznej w laboratoriach kryminalistycznych kwp/KSP nr BJ-W4-St-1, niepublikowane.

⁶⁰ T. Bednarek, *Historia polskiej osmologii*, „Problemy Kryminalistyki” 2011, 272, s. 79.

⁶¹ Źródłem informacji jest podinsp. Artur Dębski z Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji w liście do autora z dnia 9 lutego 2016 r.

- Białecka A., Kamińska M., Wierchosławski R., Wujec J., *Współczesna ekspertyza kryminalistyczna z zakresu badań DNA*, (w:) *Kryminalistyka dla prawa. Prawo dla kryminalistyki*, pod red. V. Kwiatkowskiej-Wójcikiewicz, Warszawa 2010.
- Branicki W., Kupiec T., *Ekspertyza genetyczna*, (w:) *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, pod red. J. Wójcikiewicz, Warszawa 2007.
- Branicki W., Kupiec T., Wolańska-Nowak P., *Badania DNA dla celów sądowych*, Kraków 2008.
- Całkiewicz M., *Bezpieczeństwo wykonywania ekspertyz osmologicznych*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2010.
- Chlebowska A., *Bazy danych DNA – współczesna odpowiedź na zjawisko przestępczości*, „Edukacja Prawnicza” 2009, 4(106).
- Czczot Z., Tomaszewski T., *Kryminalistyka ogólna*, Toruń 1996.
- Gawkowski M., *Identyfikacja osoby na podstawie śladu zapachowego*, Legionowo 2000.
- Girdwoyń P., *Zarys kryminalistycznej taktyki obrony*, Kraków 2004.
- Grajewski J., Paprzycki L., *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Kraków 2006.
- Gruza E., Goc M., Moszczyński J., *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Warszawa 2008.
- Grzeszyk W., *Problematyka wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym w świetle przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2005, 4.
- Hanausek T., *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 2005.
- Hanausek T., *Meandry osmologii*, „Palestra” 1998, 1–2.
- Hołyst B., *Kryminalistyka*, Warszawa 2007.
- Kędzierska G., *Charakterystyka śladów kryminalistycznych*, (w:) *Technika kryminalistyczna*, t. 1, pod red. W. Kędzierskiego, Szczytno 2002.
- Kędzierska G., *Ślady biologiczne*, (w:) *Technika kryminalistyczna*, pod red. Wł. Kędzierskiego, Szczytno 2002.
- Kędzierski W., *Technika kryminalistyczna*, Szczytno 2007.
- Krawczyk A., Wesołowski I., *Doświadczalny eksperyment osmologiczny ze śladem bezkontaktowym*, „Problemy Kryminalistyki” 1998, 222.
- Kulicki M., Kwiatkowska-Darul V., Stępka L., *Kryminalistyka – wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 2005.
- Lisiecki M., *Procesowo-kryminalistyczne aspekty dowodu z użycia psa tropiącego*, „Monitor Prawniczy” 1997, 1.
- Mazepa J. (red.), *Vademecum technika kryminalistyki*, Warszawa 2009.
- Misiewicz K., *Badanie wpływu zapachu nikotyny na poprawność wskazań psów specjalnych do identyfikacji śladów zapachowych ludzi*, „Problemy Kryminalistyki” 2000, 229.
- Miścicka-Śliwka D., *Doświadczenia z atestacji badań DNA w identyfikacji śladów biologicznych prowadzonej przez Polskie Towarzystwo Medycyny Sądowej w Kryminologii*, (w:) *Problemy współczesnej kryminalistyki*, pod red. E. Gruzy i T. Tomaszewskiego, Warszawa 2000.

- Miścicka-Śliwka D., Śliwka K., Czarny J., Woźniak M., Grzybowski T., *Ekspertyza hemogenetyczna w identyfikacji plam krwi i innych śladów biologicznych u progu trzeciego tysiąclecia*, (w:) *Problemy współczesnej kryminalistyki*, pod red. E. Gruzy i T. Tomaszewskiego, Warszawa 2000.
- Ochnik Z., *Wpływy opóźnienia na możliwości identyfikacji śladów zapachowych zabezpieczonych w samochodzie*, „*Problemy Kryminalistyki*” 1998, 10–12.
- Rogowski M., *Próba określenia wpływu naniesienia na nośnik zapachu indywidualnego trzech osób na wyniki badań osmologicznych*, „*Problemy Kryminalistyki*” 2005, 250.
- Rogowski M., *Nowe możliwości w badaniach osmologicznych – czyli o próbach kontrolnych raz jeszcze*, „*Problemy Kryminalistyki*” 2001, 232.
- Schoon G.A.A., *Scent identification lineups by dogs (Canis familiaris): experimental design and forensic application*, „*Applied Animal Behaviour Science*” 1996.
- Schoon G.A.A., *The effect of the ageing of crime scene objects on the results of scent identification line-ups using trained dogs*, „*Forensic Science International*” 2005, 147(1).
- Słomski R., *Trudne początki badań DNA w Polsce*, (w:) *Kryminalistyka dla prawa. Prawo dla kryminalistyki*, pod red. V. Kwiatkowskiej-Wójcikiewicz, Warszawa 2010.
- Sottyszewski I., Łukaszewicz-Babecka J., *Badania biologiczne*, (w:) *Badania kryminalistyczne (wybrane aspekty)*, pod red. I. Sottyszewskiego, Olsztyn 2007.
- Spólnicka M., Drabik J., *Markery mini STR jako nowa technologia badania śladów biologicznych w kryminalistyce*, „*Problemy Kryminalistyki*” 2007, 258.
- Stojer-Polańska J., *Efekt CSI a postrzeganie prac biegłych*, „*Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii*” 2011, 4.
- Tomaszewski T., *Ekspertyza DNA jako dowód naukowy*, (w:) *Kryminalistyka dla prawa. Prawo dla kryminalistyki*, pod red. V. Kwiatkowskiej-Wójcikiewicz, Warszawa 2010.
- Tomaszewski T., *Genetyczne badania identyfikacyjne – przełom i wyzwania dla kryminalistyki*, (w:) *Problemy współczesnej kryminalistyki*, por red. E. Gruzy, Warszawa 1996.
- Tucholska-Lenart A., *Test biegłości zawodowej w kryminalistycznych badaniach DNA*, (w:) *Problemy współczesnej kryminalistyki*, pod red. E. Gruzy i T. Tomaszewskiego, Warszawa 1998.
- Widacki J., *Badanie śladów biologicznych*, (w:) *Kryminalistyka*, Warszawa 2002.
- Widacki J., *Który wizerunek badań osmologicznych jest prawdziwy?*, „*Problemy Kryminalistyki*” 2000, 229.
- Widacki J. (red.), *Kryminalistyka*, Warszawa 2008.
- Winter P.C., Hickey G.I., Fletcher H.L., *Genetyka*, Warszawa 2000.
- Wolańska-Nowak P., Branicki W., *Baza danych profili DNA – nowe narzędzie dla wymiaru sprawiedliwości*, „*Prokuratura i Prawo*” 2000, 5.
- Wójcikiewicz J., *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000.
- Wójcikiewicz J., *Ekspertyza genetyczna w Polsce – 20 lat później*, (w:) *Kryminalistyka dla prawa. Prawo dla kryminalistyki*, pod red. V. Kwiatkowskiej-Wójcikiewicz, Warszawa 2010.
- Wójcikiewicz J. (red.), *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2007.

Wójcikiewicz J., *Recenzja książki Paoli A. Prady, Allison M. Curran i Kennetha G. Furtona, Human Scent Evidence („Dowód osmologiczny”), CRC Press–Taylor & Francis Group, Boca Raton 2015, „Prokuratura i Prawo”, 2015, 9.*

Akty prawne

Ustawa z 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2015 r., poz. 355, z późn. zm.).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.).

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1994 r., II CRN 176/93.

Wyrok Sądu Najwyższego z 22 sierpnia 1996 r., IV KKN 46/96.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 1996 r., I CKU 27/96.

Wyrok Sądu Najwyższego z 30 stycznia 1998 r., V KKN 44/97.

Wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 1999 r., V KKN 440/99.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2003 r., III KKN 465/00.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 5 lutego 2001 r., III KKN 333/98.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 7 maja 2002 r., II KKN 467/99.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 29 maja 2003 r., II AKA 90/2003.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28 grudnia 2005 r., II Aka 236/05.

Sąd Okręgowy w Krakowie, III K 118/97.

Sąd Okręgowy w Warszawie, VIII K 3/97.

Strony internetowe

<http://clk.policja.pl/clk/clkp/struktura/zaklad-biologii/65630,Zespol-Bazy-Danych-DNA.html>.

<http://pl.wikipedia.org/wiki/RFLP>.

<http://www.osmologia.wortale.net/>.

Informacje o autorach

Część I: Przedruki tekstów obecnych pracowników naukowych Kolegium Prawa

1. prof. dr hab. Jolanta Jabłońska-Bonca – Katedra Teorii i Filozofii Prawa
2. dr Agnieszka Doczekalska – Katedra Teorii i Filozofii Prawa
3. prof. dr hab. Marek Kuryłowicz – Katedra Historii Prawa i Państwa
4. prof. ALK dr hab. Marzena Dyjakowska – Katedra Historii Prawa i Państwa
5. prof. dr hab. Jan Wawrzyniak – Katedra Prawa Konstytucyjnego
6. prof. ALK dr hab. Ewa Popławska – Katedra Prawa Konstytucyjnego
7. prof. ALK dr hab. Joanna Kielin-Maziarz – Katedra Prawa Konstytucyjnego
8. prof. dr hab. Leszek Kubicki – Katedra Prawa Karnego
9. prof. dr hab. Lech Paprzycki – Katedra Prawa Karnego
10. prof. ALK dr hab. Monika Całkiewicz – Prorektor ds. studiów prawniczych ALK
11. prof. ALK dr hab. Celina Nowak – Katedra Prawa Karnego
12. prof. ALK dr hab. Przemysław Drapała – Katedra Prawa Cywilnego
13. prof. dr hab. Wanda Stojanowska – Katedra Prawa Cywilnego
14. dr Maciej de Abgaro Zachariasiewicz – Katedra Prawa Cywilnego
15. dr Magdalena Olczyk – Katedra Prawa Cywilnego
16. dr Elwira Macierzyńska-Franaszczyk – Katedra Prawa Cywilnego
17. dr Joanna Buchalska – Katedra Prawa Cywilnego
18. dr hab. Tomasz Szanciło – Katedra Prawa Cywilnego
19. prof. dr hab. Tadeusz Wiśniewski – Katedra Postępowania Cywilnego
20. prof. ALK dr hab. Waldemar Hoff – Katedra Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego

21. prof. ALK dr hab. Andrzej Kabat – Katedra Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego
22. dr Aleksander Maziarz – Katedra Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego
23. dr Jan Chmielewski – Katedra Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego
24. prof. dr hab. Alicja Pomorska – Katedra Prawa Finansowego i Podatkowego
25. dr hab. Artur Mudrecki – Katedra Prawa Finansowego i Podatkowego
26. dr Robert Zieliński – Katedra Prawa Finansowego i Podatkowego
27. mgr Rafał Pasternak – Katedra Prawa Finansowego i Podatkowego
28. prof. dr hab. Jan Barcz – Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE
29. prof. ALK dr hab. Jerzy Kranz – Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE
30. dr Anna Pudło – Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE
31. prof. ALK dr hab. Teresa Wyka – Katedra Prawa Pracy
32. dr Arleta Nerka – Katedra Prawa Pracy
33. dr Magdalena Kuba – Katedra Prawa Pracy

Część II: Opracowania Absolwentów Kolegium Prawa

34. mgr Aleksandra Wojtaszewska – Absolwentka z roku akademickiego 2014/2015
35. dr Daniel Pawluczuk – Absolwent z roku akademickiego 2007/2008
36. mgr Edyta Dębska-Liszewska – Absolwentka z roku akademickiego 2012/2013
37. mgr Grzegorz Wymysłowski – Absolwent z roku akademickiego 2014/2015
38. mgr Kamil Górecki – Absolwent z roku akademickiego 2012/2013
39. mgr Karolina Sterna-Zielińska – Absolwentka z roku akademickiego 2006/2007
40. mgr Mateusz Walczyński – Absolwent z roku akademickiego 2014/2015
41. mgr Katarzyna Bajak – Absolwentka z roku akademickiego 2014/2015
42. mgr Agnieszka Kapuściak – Absolwentka z roku akademickiego 2014/2015
43. mgr Zuzanna Bodzon – Absolwentka z roku akademickiego 2008/2009
44. mgr Jadwiga Tryniecka – Absolwentka z roku akademickiego 2008/2009