



Spis treści

WYWIAD

- 3 Wywiad z Ministrem Sprawiedliwości

ARTYKUŁY

- 8 Wojciech Dajczak, Franciszek Longchamps de Bérier
Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji
Oktawian Nawrot
- 23 **Demokratyczne państwo prawa wobec rozwoju biologii i medycyny**
Marcin Warchoł
- 37 **Przedawnienie zbrodni komunistycznych – zagadnienia wybrane**
Piotr Zapadka
- 53 **Bankowość inwestycyjna państwa**
Błażej Kmiecik
- 64 **Terapeutyczne działanie prawa**

GLOSA

- 82 *Tomasz Sokołowski*
Glosa do wyroku TK z dnia 12 kwietnia 2011 r.

RECENZJE

- 89 *Michał Kowalski*
Wyzwania ochrony cudzoziemców. Recenzja książki Jacka Chlebnego *Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy*
Maciej Wojciechowski
- 94 **Dwa grzyby w barszcz, czyli optymalizacja decyzji podejmowanych przez prawników. Recenzja książki Randalla Kisera *Beyond Right and Wrong. The Power of Effective Decision Making for Attorneys and Clients***

ORZECZNICTWO

- 105 *Marcin Stębel*
Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne
Anna Michalak
- 112 **Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**
Anna Chmielarz, Jarosław Sułkowski
- 117 **Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu**
Paweł Wiliński
- 124 **Przegląd orzecznictwa – prawo karne**
Andrzej Skoczylas (red.), Jan Olszanowski, Wojciech Piątek
- 129 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**
Jerzy Pisuliński (red.), Michał Kućka, Katarzyna Pałka
- 133 **Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

- 1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu powinno być dołączone krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).
- 2) **recenzje** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji. Recenzje powinny mieć objętość do 9000 znaków.
- 3) **głosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas niestanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Głosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopnie i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przysyłać w formie elektronicznej na adres: redakcja@forumprawnicze.eu.

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, po zakończeniu której autor otrzymuje decyzję o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.



FORUM PRAWNICZE

Numer 2 (10) | Kwiecień 2012
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X
Nakład: 400 egzemplarzy

WYDAWCA

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach
prof. Bartosz Brożek
prof. Zbigniew Cieślak
prof. Tomasz Giaro
prof. Małgorzata Korzycka-Iwanow
prof. Jarosław Majewski
prof. Marek Michalski
prof. Artur Nowak-Far
prof. Aurelia Nowicka
prof. Jerzy Pisuliński
prof. Michał Romanowski
prof. Grażyna Skąpska
prof. Andrzej Skoczyła
prof. Bogdan Szlachta
ks. prof. Krzysztof Warchałowski
prof. Paweł Wiliński

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak
Zastępca redaktora naczelnego: dr Adam Szafranski
Sekretarz redakcji: mgr Krzysztof Szczucki
ks. prof. Franciszek Longchamps de Brier
dr Leszek Bosek
dr Michał Królikowski

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Anna Paszek
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Dobra 27/35
00-344 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu



Jarosław Gowin

Doktor nauk politycznych, stypendysta Cambridge. Minister Sprawiedliwości. Od 2007 r. poseł na Sejm RP VI i VII kadencji. Przewodniczący Zespołu ds. Konwencji Bioetycznej oraz przewodniczący Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia poselskich projektów ustaw o zmianie Konstytucji RP. Od 2005 r. do 2007 r. senator VI kadencji. Zasiadał w senackiej Komisji Nauki i Edukacji oraz Komisji Samorządu Terytorialnego i Administracji Publicznej. Od 2002 do 2004 członek Rady Konsultacyjnej przy Narodowej Radzie Integracji Europejskiej. Współtwórca i rektor Wyższej Szkoły Europejskiej im. ks. Józefa Tischnera w Krakowie. W latach 1989–1994 sekretarz, a w 1995–2005 redaktor naczelny miesięcznika „Znak”. Pomysłodawca Dni Tischnerowskich i Uniwersytetu Latającego Znak. W latach osiemdziesiątych członek Niezależnego Zrzeszenia Studentów oraz „Solidarności”.

Wywiad z Ministrem Sprawiedliwości

K.Sz.: Studiujący prawo spotykają się z maksymą, że prawo jest sztuką tego „co dobre i sprawiedliwe” – czy w ocenie Pana Ministra ta pochodząca jeszcze z prawa rzymskiego maksyma jest aktualna? Co w Pana opinii stanowi fundament dobrego wykształcenia prawniczego?

J.G.: Poprzednie dwa stulecia były okresem odchodzenia od tej klasycznej definicji prawa, okresem triumfu pozytywizmu prawniczego. Do czego to doprowadziło w wieku XX, nie muszę przypominać. Dlatego sądzę, że najważniejszym zadaniem, jakie stoi przed środowiskami prawniczymi, jest odkrycie na nowo i ufundowanie systemu prawa pozytywnego na koncepcji prawa naturalnego. Jeżeli miałbym wyrażać jakieś swoje oczekiwania w stosunku do studentów pierwszego roku prawa i w stosunku do tych, którzy zaczynają ich uczyć, to jako filozof chciałbym, żeby ci młodzi adepci prawa byli uczeni przede wszystkim, że prawo to coś dużo więcej i coś znacznie głębszego niż zestaw przepisów. Prawo zawsze musi wyrastać

z pewnego systemu obiektywnych norm moralnych. Oczywiście mówię to ze świadomością, że nigdy przepisy prawa nie będą w stanie, a czasami nawet nie powinny, odzwierciedlać norm moralnych. Nakazy i sankcje moralne bowiem tylko częściowo przekładają się na przepisy prawa pozytywnego.

K.Sz.: Te zbiory nie pokrywają się w pełni...

J.G.: Nie. Jest taka przestrzeń, kiedy człowiek nie staje przed trybunałem prawa pozytywnego, tylko przed trybunałem własnego sumienia. Chciałbym, żeby przyszłym prawnikom od początku nakreślać granice rozumnego prawa. Jedną z ogromnych skaz współczesnych czasów jest przeregulowanie, czy nawet coś w rodzaju tyranii prawa stanowionego. Trzeba pamiętać, że prawo jest niezbędne tam gdzie zawodzi sumienie, zawodzi obyczaj, zawodzi pewien społeczny etos moralny. Należy więc dążyć do tego, aby prawo wspierało ten społeczny etos moralny, ale go nie zastępowało.

Wywiad dla „Forum Prawniczego” przeprowadził Krzysztof Szczucki w kwietniu 2012 roku¹.



K.Sz.: Zagadnienie to dotyka bezpośrednio problematyki modelu kształcenia prawniczego, które może być ukierunkowane na kształcenie umiejętności praktycznych, zwanych czasem rzemiosłem prawniczym, lub na przekazywanie wiedzy z różnych dziedzin, również filozoficznoprawnych.

J.G.: Daleki jestem od lekceważenia tego „rzemieślniczego” wymiaru prawa. Uważam, że studia prawnicze powinny mieć w większym niż do tej pory stopniu charakter praktyczny. Powinno się przekazywać mniej wiedzy czysto historycznej czy teoretycznej, a w większym stopniu uczyć samodzielnej interpretacji konkretnych przypadków, ale to „rzemiosło” prawnicze, w dobrym tego słowa znaczeniu, musi być oparte o pewne ukształtowanie aksjologiczne. Podczas pięcioletnich studiów prawniczych musi się znaleźć czas na takie kursy jak filozofia prawa, nie mówiąc już o etyce prawa. Prawo to na pewno nie tylko rzemiosło. Prawo to jest możliwie jak najbardziej sprawne i efektywne realizowanie idei sprawiedliwości. Trudno mi sobie wyobrazić prawnika, który nie miałby przemyślanej i głęboko uwewnętrznionej swojej koncepcji sprawiedliwości. Prawo stanowione to jest tylko pewna forma, w którą przyobleka się idea sprawiedliwości.

K.Sz.: Rozmawiając o modelu formacji prawniczej, nie można nie zapytać o przyszłość zawodową mło-

dych adeptów prawa. Jednym z głównych elementów misji Pana Ministra wydaje się być deregulacja różnych profesji. Czy planuje Pan zmiany również w obszarze zawodów prawniczych? Na czym miałyby one polegać?

J.G.: Zawody prawnicze były chyba najbardziej zamkniętymi zawodami jeszcze do połowy pierwszej dekady XXI wieku. Wtedy kilku kolejnych moich poprzedników rozpoczęło trudny i żmudny proces otwierania dostępu do tych zawodów. Właściwie uważam, że ten proces zakończył się sukcesem. O ile w 2004 r., w momencie wstępowania do Unii, mieliśmy najmniejszą liczbę praktykujących prawników w przeliczeniu na liczbę mieszkańców, to w tym roku jesteśmy już na miejscu dziewiętnastym, a w przyszłym przesuniemy się na miejsce trzynaste. To pokazuje, jaka jest dynamika wzrostu dostępu do tych zawodów. Myślę, że jest już czas, żeby myśleć nie tylko o otwieraniu, ani nawet nie przede wszystkim o otwieraniu, ale o skorelowaniu tego szerokiego otwarcia z podnoszeniem jakości. W Ministerstwie oczywiście widzimy pewną potrzebę dalszych zmian ułatwiających dostęp do zawodów prawniczych. Przede wszystkim jednak nacisk kładziemy na to, aby aplikacja miała inny charakter. Aplikanci nie powinni mieć poczucia zmarnowanego czasu. Oczekujemy od korporacji prawniczych, które wzięły na siebie ciężar odpowiedzialności za przebieg aplikacji, że będą przygotowywały aplikantów tym razem już na potrzeby rynku. O ile studia magisterskie są czasem formowania się podstaw, również tych aksjologicznych, o tyle aplikacja ma charakter bardzo praktyczny. Nie powinna mieć charakteru zajęć masowych, nie powinna polegać na powielaniu wiedzy, którą słuchacze wynieśli już ze studiów magisterskich, tylko powinna być bardzo praktyczną pracą nad konkretnymi przypadkami.

K.Sz.: Może należałoby zlikwidować aplikację, pozostawić jedynie egzamin prawniczy, który student prawa zdawałby po dwóch lub trzech latach praktyki zawodowej? Zastanawiam się, czy aplikacja jest w ogóle potrzebna, czy nie mogłaby być skuteczniej zastąpiona przez nabywanie doświadczenia w miejscu pracy.

¹ Krzysztof Szczucki, doktorant w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, sekretarz redakcji dwumiesięcznika „Forum Prawnicze”, członek redakcji czasopisma bioetycznego „Imago”, autor publikacji z zakresu prawa karnego, bioetyki i filozofii prawa.

J.G.: Takie propozycje rzeczywiście czasami padają; były analizowane w Ministerstwie. Na razie uznaliśmy, że pójdziemy w kierunku doskonalenia modelu aplikacji, bez rezygnowania z niej. Nie wykluczamy z panią minister Barbarą Kudrycką, że studia prawnicze obok egzaminu magisterskiego kończyłyby się państwowym egzaminem prawniczym uprawniającym do świadczenia jakichś podstawowych usług. Osobiście uważam, że zmiany w tak delikatnej materii jak edukacja powinny mieć charakter raczej ewolucyjny. Chociaż możliwe, że w przyszłości, po zmianie kształtu studiów magisterskich, dojdziemy do wniosku, że aplikacja jest zbyt ciężka. Myślę, że przed tym pytaniem stanie któryś z moich następców na stanowisku ministra sprawiedliwości.

K.Sz.: W 2009 r. wprowadzono aplikację ogólną, czyli nowy system kształcenia przyszłych sędziów i prokuratorów. Wśród studentów i młodych absolwentów prawa słyszy się często, że skupienie aplikacji ogólnej w Krakowie ograniczyło do niej dostęp. Wybór takiej formy aplikacji zmusza do długich i częstych podróży, do uciążliwych życiowo rozstań z żoną albo mężem i z małymi dziećmi. Czy takie zarzuty docierały do Pana Ministra? Czy uważa Pan za możliwą i celową decentralizację aplikacji ogólnej?

J.G.: Poprzedni model, czyli asesura, został zakwestionowany przez Trybunał Konstytucyjny, w związku z czym nie można do niego wrócić. Pomysł utworzenia Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury zrodził się właśnie z dążenia do zapełnienia pustki po asesurze. Istnienie takiej szkoły ma oczywiste wady, które Pan wymienił, a także inne, o których Pan nie wspomniał, np. obserwujemy malejącą wprawdzie, ale jednak wyraźną nadreprezentację słuchaczy z południa Polski. Widać wyraźnie, że ulokowanie szkoły w jednym tylko ośrodku stwarza realną barierę dla części potencjalnych studentów. Wydaje mi się, że antidotum na to powinno być raczej dążenie do stworzenia dwóch lub trzech dodatkowych ośrodków szkoły, tak żeby zapewnić w miarę równy dostęp do możliwości korzystania z tej aplikacji. Jesienią tego roku chcemy zaproponować nowelizację ustawy.

K.Sz.: Czy Ministerstwo planuje większe nowelizacje w prawie prywatnym i w prawie karnym? Na czym miałyby one polegać?

J.G.: Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego pracuje nad stworzeniem nowego kodeksu. Zostałem poinformowany, że planuje ona zakończenie prac na koniec swojej kadencji, czyli na 2015 rok. To oznacza, że ewentualne uchwalenie kodeksu będzie już dziełem następnego parlamentu. Znacznie szybciej planujemy zakończenie prac nad dużą nowelizacją kodeksu karnego. Tę nowelizację uważam za niezbędną, ze względu na bardzo dużą liczbę zmian wprowadzanych co roku, i to nie tylko z inicjatywy Ministerstwa Sprawiedliwości, ale też innych resortów. W poprzedniej kadencji nowelizacji było siedemnaście. Tak częste zmiany przepisów prawnych są zamachem na jakość prawa i na wiarygodność prawa. Prawo ciągle zmieniane nie zbuduje sobie autorytetu wśród obywateli, nie daje gwarancji bezpieczeństwa obywatelom. Z panem prof. Andrzejem Zollem umówiliśmy się, że na koniec bieżącego roku Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego przygotuje tę dużą nowelizację, a potem dążyć będziemy do upowszechnienia się dobrego obyczaju, aby zmiany kodeksowe następowały nie częściej niż raz do roku. Chcemy zrezygnować z takiego akcyjnego i przez to często bardzo nieprzemysłanego zmieniania kodeksów, bo to owocuje ich wewnętrzną niespójnością i rodzi poczucie zagrożenia u obywateli. Oczywiście, nie mogę odpowiadać za cały parlament. Już nawet w tej kadencji wychyciliśmy w projektach przygotowywanych przez inne resorty, bądź w projektach poselskich, postulaty zmiany kodeksu karnego. Staramy się to minimalizować, ale mam świadomość, że zapanowanie nad hipertrofią pomysłów penalizacyjnych będzie bardzo trudne.

K.Sz.: Ogłoszony przez Pana Ministra zamiar przekształcenia systemu sądów powszechnych wywołał żywe protesty społeczne, krytykę ze strony KRS i oczywiście sędziów, których zmiana ta ma dotknąć. Czy spotkał się Pan z przykładami także poparcia tego kierunku zmian ze strony środowiska sędziowskiego? Jakie argumenty uważa Pan za najistotniejsze w dyskusji z lokalnymi społecznościami, tam gdzie sądy mają zostać zlikwidowane?

J.G.: Istota tych zmian nie polega na likwidacji żadnego z sądów w sensie dosłownym. We wszystkich budynkach, gdzie dzisiaj odbywają się rozprawy, będą się one toczyły nadal. Orzekać tam będą ci sami sędziowie. Ta tzw. akcja znoszenia sądów polega na ich administracyjnym łączeniu, żeby w jak największym stopniu wykorzystywać zasoby niezwykle cennej, ale też bardzo kosztownej kadry, jaką stanowią sędziowie. Mamy w Europie drugą po Niemczech największą liczbę sędziów. Nakłady na sądownictwo są również na wysokim poziomie, zajmujemy bowiem w Unii Europejskiej drugie miejsce w przeliczeniu na liczbę mieszkańców. Jeżeli natomiast chodzi o szybki czas orzekania, jesteśmy na miejscu ostatnim. Jako człowiek o świeżym spojrzeniu próbowałem możliwie najszybciej zdiagnozować przyczyny tego stanu rzeczy, bariery, które powodują, że polskie sądy orzekają co prawda sprawiedliwie, ale nierychliwie. Moim zdaniem bariery są trojaki: skomplikowane procedury, zbyt szeroka kognicja sędziów, ale także irracjonalnie rozdrobniona struktura sądów. Fakt istnienia tak wielu sądów, wobec orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, który zabrania kierowania sędziów na delegację bez ich zgody do sądów przeciążonych, powoduje, że sądy wielkomiejskie, a zwłaszcza sądy warszawskie, są dramatycznie przeciążone. Istnieją też ogromne dysproporcje w poziomie obciążenia pracą sędziów w małych ośrodkach i dużych miastach. Administracyjna komasacja sądów służy temu, by sędziowie z mniejszych ośrodków odciążali swoich kolegów w ośrodkach bardziej przeciążonych. Docelowo, dzięki osiągnięciu efektu synergii, będziemy wygaszać część etatów w tych połączonych w sensie administracyjnym sądach i przenosić etaty do sądów wielkomiejskich.

K.Sz.: Wygaszanie, jak rozumiem, będzie dotyczyło etatów obsadzonych przez sędziów odchodzących w stan spoczynku?

J.G.: Tak.

K.Sz.: Zwraca Pan Minister uwagę na błędnie skonstruowaną procedurę karną, a przede wszystkim na zbyt szeroką kognicję sądów. Na czym będą polegały planowane zmiany w tym zakresie?

J.G.: W obszarach tych istnieją bardzo zaawansowane projekty. Wchodzi też w życie nowelizacja kodeksu postępowania cywilnego uchwalona jeszcze w poprzedniej kadencji. Natomiast obecnie w toku bardzo intensywnych konsultacji jest głęboka nowelizacja kodeksu postępowania karnego. Chcemy zrobić krok w kierunku systemu kontradyktoryjnego, co powinno znacznie uprościć procedury i przez to skrócić czas orzekania w sprawach karnych. Zależy nam na aktywizacji stron procesu i na daniu faktycznego prawa oskarżonemu w przedstawianiu swojego stanowiska, nie czyniąc z tego obowiązku. W Ministerstwie równocześnie trwają prace nad zawężeniem kognicji sądów. Chcemy przedstawić projekt do konsultacji społecznych, być może już w drugim kwartale tego roku.

K.Sz.: Czy przygotowuje Pan Minister zmianę polegającą na likwidacji prokuratur wojskowych? Czy przygotowywana jest również zmiana w zakresie sądownictwa wojskowego? Wymagałaby przecież zmiany Konstytucji RP.

J.G.: Lada tydzień zaprezentujemy projekt szerokiej zmiany ustawy o prokuraturze. Składać się na niego będzie m.in. włączenie prokuratury wojskowej w struktury prokuratury cywilnej, ale to jest chyba najmniej istotna z proponowanych zmian. Dużo ważniejsze jest, po pierwsze, określenie na nowo relacji między prokuraturą a innymi organami państwa, zwłaszcza parlamentem, a po drugie: określenie na nowo kompetencji Prokuratora Generalnego.

K.Sz.: Czy może to oznaczać ponowne połączenie tego urzędu z urzędem Ministra Sprawiedliwości?

J.G.: Nie. Chcemy zachować istotę zmiany, jaką przeprowadziliśmy w poprzedniej kadencji. Chcemy, aby prokuratura pozostawała instytucją autonomiczną w stosunku do władzy wykonawczej, ale równocześnie podlegała większej demokratycznej kontroli. Narzędziem demokratycznej kontroli jest właśnie parlament. Planujemy też w tej nowelizacji wprowadzenie całego szeregu zmian, które przystosują prokuraturę do nowego kodeksu postępowania karnego. Zwrot w kierunku kontradyktoryjności nałoży na prokuraturę wiele dodatkowych obowiązków.

K.Sz.: Nie chciałbym, aby Pan Minister uciekł od pytania o sądy wojskowe...

J.G.: Uważam, że istnienie osobnego sądownictwa wojskowego jest anachronizmem. Włączenie tego sądownictwa w struktury sądownictwa powszechnego bez zmiany Konstytucji RP jest bardzo skomplikowane. Zmiana samej Konstytucji stoi pod znakiem zapytania, ponieważ nie wiadomo, czy

w parlamencie uda się dziś w jakiegokolwiek sprawie osiągnąć konstytucyjną większość. Planujemy raczej działania, które będą ograniczały zakres sądownictwa wojskowego i pozwalały w jeszcze większym stopniu niż teraz wykorzystywać zasoby tego sądownictwa na użytek sądownictwa powszechnego.

K.Sz.: Dziękuję za rozmowę.



Wojciech Dajczak

Profesor nauk prawnych, zakresem badań naukowych obejmuje: antyczne prawo rzymskie, znaczenie tradycji romanistycznej dla rozwoju prawa prywatnego w nowożytnej Europie, porównawcze prawo prywatne i problemy harmonizacji prawa cywilnego.



Franciszek Longchamps de Brier

Ksiądz katolicki, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, LL.M. (Georgetown University), wykłada na Uniwersytecie Warszawskim; członek Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej PAN, Komitetu Nauk Prawnych PAN, Zespołu ekspertów ds. Bioetycznych Konferencji Episkopatu Polski; stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej.

Wojciech Dajczak, Franciszek Longchamps de Brier

Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji

Roman Law and the Process of Decodification

The phenomenon that is known as decodification, and the related Europeanization of particular national legal systems, has triggered mechanisms for discussing the process of creating the law which resemble the way in which Roman jurisprudence and ius commune lawyers functioned. Framing the legal order within a deductive system has not been entirely successful. Roman law is the legacy of legal thought, and it allows us to illustrate how law reflects values and what those values might be. Looking at the history of law from this perspective seems important in the context of the decodification process, and we can prove this by using of two examples. One of these is the principle of family solidarity which restrains the freedom of testation. The second is the rationale for distinguishing incorporeal from corporeal things, when deciding on the possible objects of property rights. The article takes into consideration the fact that including the Roman and civil law tradition in the discussion about new order of private law in Europe provides more flexibility for legal regulations. The authors still believe that private law is a system of norms with its own internal logic and is based on fairness and justice. Legal practice proves that this way of thinking is not an anachronism. References to the tradition of Roman law clearly show that the controversy concerning the new order revolves around the sense and the extent to which private law can be treated instrumentally.

1. Czy kodyfikacje cywilne zabity prawo rzymskie?

Od ponad dwudziestu lat toczy się intensywna dyskusja o europejskim prawie prywatnym¹. Towarzyszą jej żywe rozważa-

nia nad pojęciem i praktycznym znaczeniem europejskiej tradycji prawnej. W jej ramach Tomasz Giaro postawił tezę, że prawo rzymskie zawsze umiera wraz z kodyfikacją². Istotę owe-

¹ W. Dajczak, *Niepokoje i szanse związane z ujednoczeniem prawa cywilnego*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 1 (3), s. 3 i n.

² T. Giaro, *Roman law always dies with a codification* (w:) *Roman Law and European Legal Culture. Cooperation of Universities Supporting the*

go umierania dostrzegał w tym, że określona wizja prawa prywatnego kończyła się przez zмирzającą do przełamania jej słabości uporządkowanie prawa. Zgodnie z tym schematem justyniańska kompilacja zamknęła okres prawa antycznego. Kodyfikacje prawa natury zostały zbudowane w opozycji do dawnego *ius commune*. Niemiecka kodyfikacja prawa cywilnego zamknęła czas twórczej dogmatyki tzw. dzisiejszego prawa rzymskiego. Syntetycznie można zatem powiedzieć, że twórcza rola procesów kompilacji, czy potem kodyfikacji prawa prywatnego, polegała na przełamaniu słabości aktualnej, romanistycznej wizji prawa. Natomiast twórcza rola romanistycznej refleksji tkwiła w opozycji do wizji prawa prywatnego, przyjętej w kompilacji justyniańskiej, a następnie w kodyfikacjach szkoły prawa natury. Z chwilą wejścia w życie niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) w 1900 r. upowszechnił się pogląd, że dalszy rozwój prawa cywilnego będzie następował w ramach dogmatyki opartej na narodowych kodyfikacjach. Innymi słowami oznaczało to, iż wejście w życie niemieckiej kodyfikacji uznano za zamknięcie twórczej roli tradycji romanistycznej jako źródła inspiracji dla rozwoju prawa prywatnego. Tej myśli towarzyszyło przez dziesięciolecia XX wieku przekonanie, że kodyfikacja w dziewiętnastowiecznym rozumieniu jest najbardziej doskonałym sposobem zbudowania ładu prawa prywatnego. Praktyka od lat osiemdziesiątych minionego wieku podważa tę wiarę. Postawiono nawet diagnozę, że reakcją na słabości kodyfikacji jest proces dekodyfikacji. Jeśli jest prawdą, że proces dekodyfikacji jest obiektywnym zjawiskiem, które obecnie dotyka prawa, to nasuwa się pytanie, czy tradycja romanistyczna – stosownie do wskazanego na wstępie schematu – może być jednym z czynników twórczo inspirujących poszukiwania kolejnej wizji ładu prawa prywatnego.

2. Symptomy przełomu w prawie prywatnym

W latach osiemdziesiątych minionego stulecia została postawiona wyraźnie w ramach rozważań historyczno-porównawczych teza o tym, że doko-

nuje się przełom tzw. zachodniej tradycji prawnej. John Henry Merryman zaakcentował utratę witalności przez właściwe dla tej tradycji, niezmienione w istocie od wieku XIX, wyobrażenie systemu prawa prywatnego³. Harold Berman dowodził, że zachodnią tradycję prawną dotknął kryzys głębszy od tych, jakie wstrząsnęły nią w toku takich rewolucyjnych przełomów historii, jak niemiecka reformacja od 1517 roku, czy rewolucja francuska z 1789 roku⁴. Wspólne w diagnozie wskazanych badaczy wydaje się przypisanie kluczowej roli procesowi, który H. Berman ogólnie nazwał odchodzeniem od traktowania prawa jako spójnej całości – *corpus iuris*⁵, a który jest oznaczany coraz powszechniej terminem dekodyfikacja⁶. Istotą tego procesu stanowi utrata centralnej pozycji przez kodeksy cywilne. Jako odbicie tego stanu przywołać można uwagi francuskiego cywilisty Philippe'a Remy na temat użyteczności modelu *code civil* jako wzorca dla uporządkowania europejskiego prawa prywatnego. Francuski cywilista zakończył rozważania stwierdzeniem: „kto czyta kodeks jako kodeks? Odpowiedź brzmi nikt. Kto uczy kodeksu jako kodeksu? Odpowiedź brzmi nikt. Kto tak komentuje kodeks? Odpowiedź raz jeszcze brzmi nikt. Kodeks umarł”⁷.

Jako znamiona procesu dekodyfikacji wskazuje się istotny wzrost liczby szczegółowych regulacji prawnych, obejmujących częściowo te same zagadnienia praktyczne co kodeks, ale często nieskoordynowanych ani z kodeksem, ani między sobą. Akcentuje się występujące w tych ustawach – jako skutek politycznych kompromisów – niejasności w brzmieniu

3 J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford 1985, s. 151.

4 H.J. Berman, *Prawo i rewolucja*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 1995, s. 51 i n.

5 *Ibidem*, s. 52.

6 Zob. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Varese 1979, s. 22 i n.; J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition...*, s. 151 i n.; B. Dölemeyer, *Zivilrechtliche Kodifikationen in Europa im 19. Jahrhundert*, „Law in History” 2000, nr 1, s. 130; H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, Heidelberg 2005, s. 262.

7 P. Remy, *The French Code Civil (w:) Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, red. G. Barrett, L. Bernardeau, Trier 2002, s. 20.

Development of the Lublin and Lviv Regions, red. A. Dębiński, M. Jońca, Lublin 2008, s. 15 i n.

przepisów oraz częste nowelizacje⁸. Bezpośrednim następstwem takiego stanu prawa prywatnego stał się wzrost znaczenia prawotwórczej w istocie interpretacji prawa przez sądy⁹. Jako systemowe konsekwencje procesu dekodyfikacji wskazuje się dążenie ku policentryczności porządku prawnego,

unijnego¹¹. Jeden z głównych autorów europejskich prac nad harmonizacją prawa prywatnego stwierdził niedawno na łamach „Forum Prawniczego”, że „proces dekodyfikacji dramatycznie wskazuje na to, że nasze narodowe kodeksy cywilne w pewnych częściach utraciły swoją siłę kształtowania obrotu

„Kto czyta kodeks jako kodeks? Odpowiedź brzmi nikt. Kto uczy kodeksu jako kodeksu? Odpowiedź brzmi nikt. Kto tak komentuje kodeks? Odpowiedź raz jeszcze brzmi nikt. Kodeks umarł”.

wyrażającego się w tym, iż w miejsce stanowiącego jedno z założeń kodyfikacyjnych jednolitego systemu powstają, w dużym stopniu niezależne od siebie, ustawowe mikrosystemy. W powiązaniu z rosnącym znaczeniem tzw. prawa sędziowskiego dochodzi do istotnego odejścia od postulatu pewności prawa¹⁰. Obecność tych zjawisk w naszej praktyce prawnej można syntetycznie zilustrować przedstawionym w lipcu 2011 r. sprawozdaniem z działalności Sądu Najwyższego za rok 2010, w którym czytamy w szczególności, że „wysoki wpływ zagadnień prawnych w sprawach cywilnych jest powodowany – jak co roku – trudnościami jurysdykcyjnymi, powstającymi w sądach powszechnych przy wykładni prawa o stale pogarszającej się jakości. Jego przyczyną są również unormowania prawne, stanowiące nowość w naszym porządku prawnym, w tym regulacje prawa

prawnego¹². Realizm skłania do uznania, że istnieją obiektywne przesłanki postępu dekodyfikacji. Tkwią one w szybkim pojawianiu się nowych problemów prawnych, wynikających z postępu technologicznego, zmian kulturowych i obyczajowych. Wynikają ze wzrostu znaczenia orzecznictwa konstytucyjnego oraz zmian prawa, stanowiących następstwa rozwoju integracji europejskiej i funkcjonowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Trzeba zatem zgodzić się z poglądem, że dekodyfikacja jest obiektywnym stanem porządku prawnego, który „grzebie dwa centralne mity nowoczesnego prawodawstwa”: rozumienie istoty prawa jako jednego z atrybutów władzy publicznej oraz wiarę, że warunkiem efektywności prawa jest ujęcie go w scentralizowany, formalny system¹³. Wprowadzenie nowego kodeksu stanu tego nie zmieni, bo powstanie on w środowisku i atmosferze dekodyfikacji, która jest faktem. Dlatego tym obiektywnym z natury przemianom prawa towarzyszą nowe sugestie teoretyczne co do metody

8 N. Irti, *Letà della decodificazione...*, s. 16 i n.

9 H. Schlosser, *Grundzüge...*, s. 262.

10 N. Irti, *Letà della decodificazione...*, s. 22 i n.; J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition...*, s. 155. Zob. też dyskusję wprowadzoną do polskiego prawoznawstwa przez Ewę Łętowską. Multicentryczność systemu prawa, którą opisuje, wyraża się w istnieniu kilku centrów tworzenia i stosowania prawa: E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 3 i n.; W. Lang, *Wokół multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 7, s. 95 i n.; E. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 6, s. 85 i n.

11 *Informacja o działalności Sądu Najwyższego*, Warszawa, kwiecień 2011, s. 11.

12 W. Dajczak, *Wywiad z Christianem von Bar*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 3 (5), s. 5.

13 T. Giaro, *Prawo i historia prawa w dobie globalizacji. Nowe rozdanie kart (w:) Prawo w dobie globalizacji. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, 5 marca 2010 r.*, red. T. Giaro, Warszawa 2011, s. 76–77.

i kierunku jego dalszej przebudowy. Spotykamy propozycję oparcia jej na założeniu, że prawo prywatne ma tylko charakter instrumentalny¹⁴. Taki sposób myślenia w dyskusji o rozwoju europejskiego prawa prywatnego ilustrują słowa Martijna Hesselinka. Ten holenderski prawnik twierdził w szczególności, że „nie do utrzymania staje się postawa promująca myślenie o prawie prywatnym jako o czymś mającym wewnętrzną logikę i opartym na należącej do jego istoty uczciwości (*fairness*)”¹⁵. Uważał, że przyszedł czas, aby i Europa uznała, że prawo prywatne jest instrumentem polityki¹⁶. Wpływy takiego myślenia na działania praktyczne, zmierzające do budowania nowego ładu prawa prywatnego, można odnaleźć w pracach nad Wspólną Ramą Odniesienia (*Common Frame of Reference*), u której podstaw legły – wspie-

oparcia w tradycji prawnej był jednym z argumentów w politycznej krytyce projektu¹⁹. Bez powodzenia zakończyły się próby uratowania części tego dorobku prawniczej dyskusji w ramach tzw. instrumentu opcjonalnego. Przedstawiona w listopadzie 2011 r. jeszcze skromniejsza inicjatywa wykorzystania części owoców wskazanych prac dla wprowadzenia opcjonalnego europejskiego prawa sprzedaży, budzi istotne wątpliwości²⁰. Taki kierunek dyskusji o prawie prywatnym dla Europy inspirowane jest wyraźniejszego kierowania uwagi ku leżącym u podstaw integracji i prawa wartościom²¹. Żywe w ostatnim czasie protesty przeciwko umowie handlowej dotyczącej zwalczania obrotu towarami podrabianymi (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement – ACTA*), która dotyka także klasycznych problemów prawa

...dekodfikacja jest obiektywnym stanem porządku prawnego, który „grzebie dwa centralne mity nowoczesnego prawodawstwa”.

rane politycznie przez Komisję Europejską – ambicje stworzenia ponadnarodowej kodyfikacji prawa cywilnego¹⁷. Projekt ten spotkał się jednak z zasadniczymi obiekcjami – tak w dyskusji naukowej, jak i politycznej. W krytyce akademickiej zarzucono mu w pierwszym rzędzie to, że nie stworzył systemowej koordynacji między rozwiązaniami cywilistycznymi, wyrastającymi z europejskiej tradycji prawnej tzw. *aquis communis*, a młodym dorobkiem prawa konsumenckiego tzw. *aquis communautaire*¹⁸. Brak

i procesu cywilnego²², można odczytać jako kolejny przejaw trudności w budowaniu nowego ładu prawa prywatnego oraz uwikłania jego poszukiwań w fundamentalne dla prawa wartości. Wolno stwierdzić, że europejska tradycja prawna była w ostatnich latach źródłem argumentów przeciwko wspieranym politycznie próbom budowania nowego, ponadnarodowego ładu prawa prywatnego. Postawmy zatem pytanie, czy w takich poszukiwaniach tradycja prawna może w ogólnie odegrać pozytywną rolę.

14 H.J. Berman, *Prawo i rewolucja...*, s. 52 i n.

15 M.W. Hesselink, *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, London, New York 2002, s. 35.

16 *Ibidem*.

17 Zob. W. Dajczak, *Wywiad z Reinhardem Zimmermannem*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 1 (3), s. 8.

18 H. Eidenmüller, F. Faust, H. Chr. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagnier, R. Zimmermann, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, „JuristenZeitung” 2008, z. 11, s. 549.

19 Par. 15 15306/08 JUSTCIV 236.

20 M. Gebauer, *Europäisches Vertragsrecht als Option – der Anwendungsbereich, die Wahl und die Lücken des Optionalen Instruments*, „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht” 2011, nr 5, s. 227 i n.

21 Zob. M. Schmidt-Kessel, *Europa der Werte*, „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht” 2011, nr 6, s. 269.

22 Zob. art. 9 i 12 ACTA.

3. Pytanie o sens argumentów historycznych we współczesnym prawie prywatnym

Na poziomie europejskim pytanie o argumenty historyczne kieruje w pierwszym rzędzie uwagę ku temu, co wspólne dla naszej tradycji prawnej, czyli ku prawu rzymskiemu i kanonicznemu. Pomysł przyjęcia wspólnej tradycji rzymsko-kanonicznej za podstawę „odnowienia” jedności europejskiej nauki prawa postawił wyraźnie przed dwudziestu laty Reinhard Zimmermann²³. Skupił on swoją uwagę na poszukiwaniu argumentów historycznych, służących zbliżeniu tradycji angielskiego *common*

mentarium prawniczego”, koniecznego dla „usunięcia szkód” wywołanych przez proces dekodyfikacji. Jako obszary tego doświadczenia wskazał anglo-amerykańskie *common law* oraz *ius commune*²⁴. Jarkko Tontti z kolei zwrócił uwagę, że inspirująca rola *ius commune* tkwi we właściwym mu pluralizmie prawniczym, który powraca we współczesnej Europie po przełamaniu prawodawczego monopolu państw²⁵. Wspólne dla tych wypowiedzi jest poszukiwanie ładu i jedności w zakresie argumentacji prawniczej, a nie dogmatycznych reguł. Można wyrazić nadzieję, że deklarowany na sesji inauguracyjnej Europejskiego Instytutu Prawa w czerwcu 2011 r. postulat uwzględnienia „bogactwa

...brakuje w dzisiejszej Europie zgody politycznej na zmiany, które przyniosłyby nowe, ponadnarodowe prawo prywatne...

law i kontynentalnego prawa prywatnego, tak aby w dłuższej perspektywie wypracowywać jednolite reguły dogmatyczne. Doświadczenia dyskusji nad wspomnianą Wspólną Ramą Odniesienia pokazały jednak utopijność idei przyjęcia obecnie ponadnarodowych reguł prawa prywatnego, które obowiązywałyby *imperio rationis*. Doświadczenie dyskusji nad tym projektem, ale i protesty wobec ACTA tym bardziej dowodzą, że brakuje w dzisiejszej Europie zgody politycznej na zmiany, które przyniosłyby nowe, ponadnarodowe prawo prywatne obowiązujące *ratione imperii*. Zdaje się to przemawiać na niekorzyść przyjęcia ponadnarodowej jedności dogmatycznej jako celu nowego ładu prawa prywatnego.

W ostatnich latach przedstawiono propozycje wykorzystania tradycji prawnej w zbudowaniu nowego ładu prawa prywatnego epoki dekodyfikacji. Manilio Bellomo postawił tezę, iż skoro w świetle refleksji historyczno-prawnej czytelniej widać utopijność oświeceniowych nadziei łączonych z kodyfikacją, głębsze sięgnięcie do doświadczenia prawniczego może być cennym elementem w poszukiwaniu „nowego instru-

doświadczeń” prawnych krajów Europy otworzy nowe pole dyskusji nad pomysłami na nowy ład prawa prywatnego²⁶. Byłoby to w istocie podjęciem pytania o granice pluralizmu dogmatycznego w prawie prywatnym i kryteria służące spójności argumentacji w wytyczonych obszarach pluralizmu. W ten sposób zaś dochodzimy do fundamentalnej dla takich rozważań kwestii wartości. Rozwijając postawione wcześniej pytanie o użyteczność tradycji prawnej dla budowania nowego ładu prawa prywatnego, uważamy, że tkwi ona we wzbogacaniu dyskusji o wartościach fundamentalnych dla wytyczania wspomnianych granic dogmatycznego pluralizmu, określaniu miary elastyczności prawa w tych granicach oraz decydowaniu o granicach i kierunku jego interpretacji. Oczywiście, nie chodzi tu o proste, aplikatywne uprawianie historii prawa, które stanowiłoby powrót do pluralizmu prawoznawstwa

23 W. Dajczak, *Wywiad z Reinhardem Zimmermannem...*, s. 8.

24 M. Bellomo, *Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune*, München 2005, s. 31 i n.

25 J. Tontti, *Law, Tradition and Interpretation*, „International Journal for the Semiotics of the Law”, 1998, nr 11, s. 34.

26 R. Zimmermann, *Wyzwania dla Europejskiego Instytutu Prawa*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6 (8), s. 11.

z czasów średniowiecznego, czy wczesnonowożytnego *ius commune*. Za istotne uznajemy pytanie o to, czy unikając tak rozumianej aplikatywności historii prawa, możemy wskazać konkretne przykłady pokazujące użyteczność proponowanego przez nas sięgania do prawa rzymskiego w ramach dzisiejszych poszukiwań nowego ładu prawa prywatnego.

Jako *pars pro toto* rozważymy dwa ciekawe naszym zdaniem i istotne praktycznie przykłady. Pierwszy dotyczy sensu zasady solidarności rodzinnej w prawie spadkowym, drugi racjonalności odmiennego traktowania obiektów materialnych i niematerialnych jako przedmiotów władztwa prawnego.

4. Poszukiwanie nowego ładu prawa a przykłady z prawa rzymskiego – zasada solidarności rodzinnej

Zasadzie solidarności rodzinnej stała na drodze swoboda testowania nie tylko w starożytnym prawie spadkowym Kwiryków. W prawie rzymskim nie można wszelako powiedzieć, parafrazując Pomponiusza z D. 50,17,7, żeby między nimi panowała wojna, jak między dwoma rodzajami powołania: testamentowym i beztestamentowym. Powołania te wzajemnie się wykluczały, zasady natomiast oddziaływały na porządek prawny, często pozostając ze sobą w konflikcie. Wartości są przez prawo realizowane, znajdując w nim wyraz. Zasady wyznaczają spektrum możliwych rozwiązań prawnych, a ich ścieranie się powoduje aktualizację: stanowi o konkretnej, obowiązującej w danym miejscu i czasie regulacji. Wydaje się, że wartości stanowią cele, natomiast zasady są drogami do tych celów prowadzącymi. Widać to szczególnie wyraźnie w przypadku wartości, jaką stanowi rodzina. Próbuje się ją chronić lub wręcz afirmować przez zasadę solidarności rodzinnej, która koryguje swobodę testowania. O swobodzie testowania sporo zostało już powiedziane²⁷, dlatego warto teraz tytułem przykładu zająć się zasadą solidarności rodzinnej.

Starożytne Ateny nie pozwalały pierwotnie na swobodę testowania, a sporządzanie dopuszczonych w końcu przez prawo testamentów obwarowały szeregiem ograniczeń. Widać w tym wyraz troski

o zapewnienie ciągłości domu rodzinnego, o niedopuszczenie do rozdrobnienia majątków i o utrzymanie go w rękach tego samego rodu²⁸. Rzym również przeszedł przez czasy ograniczeń w zakresie dziedziczenia testamentowego, narzuconych wymogami co do publicznej formy testamentu w prawie archaicznym. Prawda, że wymóg uzyskania przez testatora zgody zgromadzenia ludowego, czyli *comitium*, poddawał kontroli obywatelskiej treść aktu ostatecznej woli. Dokonane w takim ustnym testamencie modyfikacje porządku ustawowego musiały zyskać aprobatę tych, którzy mogli uchwalić ustawę. Wydawane przez zgromadzenia ludowe *leges* zawierały normy abstrakcyjne, jak i konkretne. Mogły mieć adresata już to ogólnego, już to indywidualnego. W pewnym sensie *comitium* robiło wyjątek dla konkretnego spadkodawcy. Taki wymóg wskazywałby na większy szacunek dla porządku *ab intestato* jako uważanego za społecznie najwłaściwszy. A swoboda dysponowania majątkiem *mortis causa* zyskiwała w Rzymie rosnące uznanie. Natomiast stosunek Greków do niej wyraził Platon, w którego czasach najwyraźniej się już nią cieszyli. Filozof ostro skrytykował twórców prawa, iż „pozwolili każdemu rozrządzać swym mieniem, jak mu się żywnie podoba”²⁹. W Atenach zresztą dziedziczenie testamentowe miało charakter niejako pomocniczy³⁰. Nie budzi dziś wątpliwości, że dziedziczenie beztestamentowe było tam chronologicznie wcześniejsze. Testament wprowadził dopiero Solon³¹, choć być może znano już wtedy testament adopcyjny: bezdzietny adoptował kogoś jako następcę swych praw. Dostępny był więc tylko dla osób, które nie miały prawowitych następców³². Greckie prawa Naupaktos czy Gortyny nie znały testamentu, tak jak inne prawa antyczne – prawo staroegipskie czy starobabilońskie³³. Jednak to nie one wywarły wpływ na prawo Europy, lecz tradycja germańska.

28 J. Rominkiewicz, *Adopcja i dziedziczenie w mowach Isajosa*, Wrocław 1995, s. 40.

29 Platon, *Prawa* 922e, 923a.

30 A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Milano 1982, s. 121.

31 Plutarch, *Solon*, 21; Arystoteles, *Ustrój polityczny Aten*, 35, 2.

32 J. Rominkiewicz, *Adopcja i dziedziczenie...*, s. 41, 62.

33 R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 276.

27 W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériar, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 253–257.

Juliusz Cezar zauważył u Germanów własność kolektywną. „Nikt nie ma ściśle wydzielonego pola lub własnej posiadłości ziemskiej, ale władze i naczelnicy plemienni każdego roku przydzielają rodom i zespołom krewnych ziemie wedle własnego uznania co do ilości oraz miejsca, a po roku zmuszają do przejścia gdzie indziej”³⁴. Świadcstwo Tacyty jest jeszcze ciekawsze dla rozważań o prawie spadkowym. Historyk ustalił, że Germanie nie znali dziedziczenia testamentowego: „spadkobiercami i następcami są dla każdego tylko jego własne dzieci i żadnego testamentu się nie sporządza. Jeśli dzieci brak, pierwszy stopień w objęciu dziedzictwa stanowią bracia, stryjowie i wujowie”³⁵. Stąd trudno się dziwić, że prawo salickie czy rypuarskie nie używa ani słowa testament, ani nie wykazuje znajomości podobnej koncepcji. Co innego Burgundowie, Ostrogoci i Wizygoci, którzy korzystali z kodeksu teodozjańskiego i znali zarówno testament w formie ustnej, jak i pisemnej³⁶. W Rzymie zaś ustawa XII tablic w 451 r. przed Chr. mówiła o obydwu sposobach powołania do spadku: testamentowym i beztestamentowym. Bez wątpienia już w przedklasycznym prawie rzymskim nie można powiedzieć, że dziedziczenie testamentowe miało charakter pomocniczy.

Historia – a nie jedynie logika – pokazuje, że można się ograniczyć tylko do jednego z rodzajów powołań do spadku: do dziedziczenia beztestamentowego. Trudno wszelako ocenić takie rozwiązanie jako dojrzałe. Gdy zaś prawo dopuszcza zarówno powołanie *ex testamento*, jak i *ab intestato*, do prawodawcy należy wybór wzajemnych między nimi relacji. Dokonuje się go wtedy, gdy dochodzi do regulacji kwestii szczegółowych. Stanowi ono zazwyczaj pochodną starcia swobody testowania z zasadą solidarności rodzinnej. Zarówno własność, jak i rodzina są chronionymi przez prawo wartościami. Wiele więc, po pierwsze, zależy od rozumienia każdej z nich. Po drugie, wraca pytanie, czy prawo spadkowe wyrasta lub – może lepiej powiedzieć – wiąże się z prawem rzeczowym, czy raczej z rodzinnym.

34 Caes. Gal. 6,22,2.

35 Tac. Germ. 20.

36 *Lex Romana Burgundionum* 45,1–2; *Edictum Theodorici regis* 72; *lex Wisigothorum* 2,5,12.

Wszystko w końcu sprowadza się do dwóch: własności i rodziny. A podstawowe pytania dotyczą tego, czy i na ile pozwolić spadkodawcy na dysponowanie własnym majątkiem *mortis causa*. Prawo rzymskie odpowiada twierdząco na pierwsze. Trudno nie docenić znaczenia tej odpowiedzi dla całej europejskiej tradycji prawnej. Gdy więc mowa o inspiracji prawem rzymskim przez kolejne wieki i o tym, co ugruntowało swobodę testowania, zwraca się uwagę, iż na rzymską koncepcję w prawie poklasycznym wpływał Kościół. Miał się nią chętnie posługiwać i wszędzie promować, gdyż zależało mu, aby nie cały majątek zmarłego otrzymywała rodzina, lecz by testator mógł przynajmniej jego część pozostawiać na cele dobroczynne lub pokutne³⁷. Tworzone bywa czasami wrażenie, że miałyby to w istocie służyć zaspokajaniu zachłanności grubych mnichów oraz wzrostowi władzy ambitnych biskupów. W rzeczywistości jednak żaden z tych celów – ściśle zresztą ze sobą związanych – nie jest do zignorowania: zarówno dobroczynny, jak i pokutny. Ten drugi, jak się mówi, ma w najnowszej historii nagroda Nobla. Dawniej wszelako instytucje Kościoła jako jedyne były w stanie zapewnić realizację podobnych celów. Rozumiejąc tedy potrzeby i oczekiwania spadkodawców, opowiadał się on za zwiększaniem swobody dysponowania majątkiem *mortis causa*, choć z zasady nie kwestionował konieczności ochrony rodziny i solidarności rodzinnej. Dziś zresztą badania pokazują, że nawet przy wielkiej swobodzie, testatorzy mają generalną tendencję do pozostawiania dorobku swego życia w rodzinie³⁸.

Zasada solidarności rodzinnej znajduje swój wyraz przede wszystkim w porządku dziedziczenia beztestamentowego. Można spojrzeć nań z perspektywy swobody testowania i powiedzieć, że jest on taki, jakiego życzyłyby sobie testator, który skoro nie sporzą-

37 M.A. Dropsie, *The Roman Law of Testaments, Codicils and Gifts in the Event of Death (mortis causa donationes)*, Philadelphia 1892, s. 4–5; I. Kondyli, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparés*, Paris 1997, s. 23–24.

38 Zob. C. Shammass, M. Salmon, M. Dahlin, *Inheritance in America. From Colonial Times to the Present*, New Brunswick, London 1987, s. 207; J. Finch, L. Hayes, J. Mason, J. Masson, L. Wallis, *Wills, Inheritance, and Families*, Oxford 1996, s. 20–38, 164–166.

dza testamentu, decyduje o sukcesji po sobie według klas ustawy. To wszelako pomysł bardzo późny, wyrażony dopiero przez Hugona Grocjusza³⁹. Dominuje dziś on nie tylko w *common law*⁴⁰. Do czasów szkoły prawa natury jest zupełnie jasne, że porządek dziedziczenia beztestamentowego po prostu odzwierciedla – tak jak w Rzymie – przekonania społeczeństwa o tym, kto powinien stać się następcą zmarłego: uzyskać materialne wsparcie i zabezpieczenie jego majątkiem, a przede wszystkim odpowiadać za jego długi. Świadczą o tym choćby ograniczenia co do formy testamentu, które prowadzą do tego, że wcale nie musi być go łatwo sporządzić. Oczywiście społeczne

Z tej perspektywy można spojrzeć na rozszerzenie w Polsce klas dziedziczenia o dziadków spadkodawcy lub ich zstępnych nowelą kodeksu cywilnego z 2009 roku⁴². Nie ma wątpliwości, że są przez prawo uważani za ważnych krewnych. O ile uwzględnienie owych zstępnych może budzić zdziwienie, o tyle powołanie dziadków wynika z wyrażanych od lat społecznych oczekiwań. Wnuki dotąd po dziadkach dziedziczyły, a w doktrynie podkreślano tylko, że nie ma tu w powołaniu *ab intestato* wzajemności⁴³. Uzasadnienie zmiany okazało się o tyle doniosłe, że doszło do niej wbrew ogólnej współcześnie tendencji, aby ograniczać krąg dziedziców beztestamentowych⁴⁴. W tym kontek-

Zasada solidarności rodzinnej znajduje swój wyraz przede wszystkim w porządku dziedziczenia beztestamentowego.

przekonania odgrywają i dziś zasadniczą rolę, o czym świadczy na przykład nowelizacja z 2009 r. polskiego porządku dziedziczenia beztestamentowego: dziedziczenie dziadków po wnukach i jak najdalsze odsuwanie od powołania gminy i Skarbu Państwa.

Społeczne przekonania wiążą się bezpośrednio z koncepcją rodziny. Koncepcja ta wyznacza kierunek oddziaływania zasady solidarności i tą drogą pozbawia ją abstrakcyjności: konkretny porządek wynika z postrzegania, czym jest rodzina. Również to, kto do rodziny należy, widać po regulacji spadkowej. Rzeczywiste rozumienie rodziny i małżeństwa przez prawo ukazuje dziedziczenie beztestamentowe⁴¹. Prawo rzymskie dostarcza aż trzech przykładów porządku *ab intestato*: na podstawie ustawy XII tablic, na podstawie edyktu pretorskiego i „Nowel” justyniańskich. Pierwszy opiera się na agnacji, w drugim widać włączanie również kognacji, trzeci jest już całkowicie kognacyjny.

ście prawdziwe zdziwienie budzi rozszerzenie tą samą reformą kręgu o pasierbów zmarłego⁴⁵, skoro mógł ich za życia adoptować lub rozrządzić na ich rzecz w testamencie. Skoro jednak uzasadniano to jak najdalszym odsunięciem od dziedziczenia gminy i Skarbu Państwa⁴⁶, powstaje wątpliwość, czy pasierbów ze względu na regulację prawno-spadkową rzeczywiście uważać za rodzinę zmarłego. Będziemy to wiedzieć dopiero za jakichś czas, bo jak mawiał swoim uczniom Andrzej Stelmachowski, regulacje prawa spadkowego sprawdzają się dopiero w trzecim pokoleniu⁴⁷.

42 Art. 934 k.c.

43 Zob. np. E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, wyd. 3, Warszawa 2003, s. 50.

44 M. de Waal, *The Social and Economic Foundations of the Law of Succession*, „Stellenbosch Law Review” 1997, vol. 8, s. 172; J. Piątowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, wyd. 6, oprac. B. Kordasiewicz, Warszawa 2003, s. 73.

45 Art. 934¹ k.c.

46 Art. 945 k.c.; J. Wierciński, *Uwagi o teoretycznych założeniach dziedziczenia ustawowego*, „Studia Prawa Prywatnego” 2009, z. 2, s. 83.

47 Zob. A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, wyd. 2, Warszawa 1984, s. 20.

39 H. Grotius, *De iure belli ac pacis* 2,7,3.

40 A. Zoppini, *Le successioni in diritto comparato*, Torino 2002, s. 56–58.

41 Zob. *European Succession Laws*, red. D. Hayton, wyd. 2, Bristol 2002, s. 7.

Zasadę solidarności widać dalej w zabezpieczeniu członków rodziny, w razie gdyby doszło do dziedziczenia na podstawie testamentu, oraz w określeniu spadkowej pozycji żony. W tym drugim przypadku chodzi o to, czy żona jest uważana za członka rodziny. W dziedziczeniu według ustawy XII tablic – tak: *filiae loco* jako agnatka. Dziedziczyła wtedy, gdy dołączyła do rodziny męża przez odcięcie się od dotychczasowej rodziny agnacyjnej. W najwcześniejszej koncepcji rodziny rzymskiej – w czasach agnacji, wychodząc za mąż kobieta z zasady wchodziła pod *manus* w prawie archaicznym i przez znaczną część prawa przedklasycznego. Według edyktu miała szansę na spadek po mężu, co prawda dopiero w braku innych pretendentów: agnatów i kognatów, ale nawet jako osoba z agnacyjnego punktu widzenia obca. W „Nowelach” justyniańskich zaś inaczej, bo tylko ubogiej, a więc bezposażnej małżonce próbuje się zabezpieczyć godziwe utrzymanie. Więż agnacyjną, tj. prawny związek w rodzinie, pozbawiono już wtedy znaczenia, kobietom zaś przyznano niezależność zarówno majątkową, jak i w zakresie zdolności do samodzielnego kształtowania swojej sytuacji prawnej. Wobec takiej nowoczesności pozostaje w prawie spadkowym odwoływać się do więzi małżeńskiej i uwzględniać ją bardziej niż rodzinną. Wniosek, że małżonek to nie rodzina, wydaje się może zbyt śmiały, ale niepozbawiony, zwłaszcza współcześnie, praktycznej użyteczności.

Zabezpieczenie członków rodziny, w razie gdy dojdzie do powołania na podstawie testamentu, określa, kto w rodzinie uważany jest przez prawo za najbliższego. Bardziej nawet pokazuje, kto powinien zostać materialnie zabezpieczony majątkiem spadkodawcy. Można argumentować, że to w starożytnej Grecji powstała koncepcja prawa do spadku po osobie najbliższej. Z perspektywy prawa rzymskiego podobny pomysł wydaje się niedorzeczny, a koncepcja nieuzasadniona. Różnice zarówno w prawach antycznych, jak i współczesnych dają się świetnie opisać i zrozumieć dzięki siatce pojęciowej wypracowanej przez prawo rzymskie. I niezależnie od tego, czy prawo rzymskie dane rozwiązanie przyjmowało lub odrzucało, oraz od tego, czy dane rozwiązanie prawne, chociaż w pewnym stopniu, wyrasta z rzymskiej tradycji czy też nie. A znaczenie zasady soli-

darności rodzinnej w prawie spadkowym najlepiej widać, gdy porówna się różny sposób zabezpieczania członków rodziny w razie dziedziczenia testamentowego. W jednych krajach dokonuje się to w postaci zachowku, a w innych przez rezerwę. Co ciekawe, oba rozwiązania powołują się na tradycję rzymską.

Zachówek – *pars legitima* to przez całą historię prawa rzymskiego wyłącznie jedna z przesłanek do starań o udzielenie skargi, służącej obaleniu choćby tylko części testamentu – *querela inofficiosi testamenti*. Do zakwestionowania ostatniej woli testatora dochodziło ze względu na dobro tego z najbliższych, kogo podstawy egzystencji zostały naruszone rozrządzeniem testamentowym. Powstało natomiast zasadnicze pytanie, co to znaczy, że w społecznym rozumieniu otrzymał za mało. Przyjęto, że byłoby to mniej niż jedna czwarta tego, co przypadłoby mu *ab intestato*. Tak właśnie rozumiano zachówek, w którym oparcie się na dziedziczeniu testamentowym zapewnia uniwersalizm rozwiązania i rozstrzyga o prawnym rozumieniu rodziny. Chodzi oczywiście o krąg osób, wobec których społeczeństwo zaczęło dostrzegać istnienie po stronie testatora obowiązku zapewnienia środków materialnych. Zasada solidarności rodzinnej nie pozwalała naruszać podstaw ich egzystencji i kazała w Rzymie, jak i w Grecji, zapewnić kontynuację kultów i obrzędów. Pierwotnie chodziło jedynie o dzieci, które przecież będąc pod *patria potestas* nie miały własnego majątku. Wszystko zapewniał im za swego życia *pater familias*, a dopiero wraz z jego śmiercią zyskiwały zdolność majątkową. W końcu zaczęto dostrzegać po jego stronie obowiązki wobec najbliższych – *officium pietatis*. W żadnym razie nie można tu jednak mówić o ich prawie do spadku po zmarłym – ani gdy zaczęto mówić o testamencie nieuwzględniającym tych obowiązków – *testamentum inofficiosum*, ani gdy rozszerzano krąg legitymowanych do wystąpienia z *querela inofficiosi testamenti*.

Sytuację zmieniła ingerencja cesarza Justyniana, który w 528 r. pozwolił występować o uzupełnienie zachowku skargą *actio ad supplendam legitimam*⁴⁸. Tak niepozorna na pierwszy rzut oka „poprawka” nie okazała się drobną modyfikacją, lecz podstawą

48 C. 3,28,31 (Justynian 528).

zasadniczej zmiany w rozumieniu zachowku. W tym bowiem momencie określenie zachowku jako *portio debita* wydaje się całkowicie na miejscu, jako tego, co najbliższej osobie powinno przyspaść z majątku zmarłego. I dopiero tutaj w prawie rzymskim można się ewentualnie doszukiwać podstaw do formułowania twierdzenia o pojawieniu się praw do dziedziczenia po kimś. Zawsze wszelako będzie sens je wskazywać dopiero po śmierci osoby, o której majątku mowa – nigdy za jej życia. W tym względzie myląca się wydaje przypowieść o marnotrawnym synu, który prosił ojca, aby od razu dał mu wszystko, co na niego przypadałoby z ojcowizny⁴⁹.

Z tego, co powiedziano o ewolucji rzymskiego zachowku, wynika, że był on w istocie dłużeniem spadkowym, który spadkobierca testamentowy winien był niektórym dziedzicom *ab intestato*. Tak przejęły go niektóre kodyfikacje XIX i XX wieku: ABGB, BGB czy polski kodeks cywilny⁵⁰. Różnie tylko ustawodawcy ustalają ułamek wskazujący jego wysokość. W Rzymie do 536 r., czyli do Noweli 18, była to jedna czwarta⁵¹. Współcześnie, podobnie jak zrobił to wówczas Justynian, przyjmuje się różny ułamek dla poszczególnych grup spadkobierców ustawowych. W Noweli 18 zróżnicowanie przewidziano tylko w zależności od liczby dzieci spadkodawcy: zachówek w wysokości jednej trzeciej, a gdy potomstwo było liczniejsze niż czworo – aż jednej drugiej. Chodziło tu głównie o bezwzględną wartość części spadku, jaka przypadłaby danemu dziecku; nie chciano pozwolić, aby należna kwota była bardzo niska przy licznych potomstwie, gdyż nie zapewniałaby mu materialnych podstaw utrzymania. Współczesny ustawodawca ustala natomiast wysokość zachowku także w zależności od kręgu dziedziców beztestamentowych⁵² lub od osobistej sytuacji spadkobiercy *ab intestato* jako np. niezdolnego do pracy albo małoletniego⁵³.

Dziś jeżeli uprawniony nie otrzymał należnego mu zachowku, bądź w postaci uczynionej przez spadkodawcę darowizny, bądź w postaci powołania do spad-

ku, bądź w postaci zapisu, przysługuje mu przeciwko spadkobiercy roszczenie o zapłatę sumy pieniężnej potrzebnej do pokrycia zachowku albo do jego uzupełnienia. Oczywista jest tu więc konstrukcja uzupełnienia zachowku, sięgająca justyniańskiej *actio ad supplendam legitimam*⁵⁴. Pozostaje natomiast pytanie, czy zachówek stanowi ograniczenie wolności testowania. Nie ma wątpliwości, że służy on realizacji solidarności rodzinnej przez zapewnienie środków najbliższemu testatorowi. Zdaniem Stanisława Wróblewskiego nie można jednak zachowku ze względu na jego konstrukcję prawną zakwalifikować jako ograniczenia swobody dysponowania majątkiem *mortis causa*. „Ponieważ dziedzic konieczny dostaje zachówek bez względu na wolę spadkodawcy, mówi się zazwyczaj o pewnym ograniczeniu swobody testowania, a pozytywne sformułowanie tego ograniczenia widzi się w słowach, że spadkodawca ‘musi’ pewną część spadku tym dziedzicom koniecznym pozostawić⁵⁵. Nie sądzę, aby te określenia wytrzymały krytykę. Praktyczny rezultat wystąpienia dziedziców koniecznych jest bez wątpienia ten, że dziedzic czy legatariusz dostanie mniej, niż mu spadkodawca dać chciał: taki sam praktyczny rezultat wywoła jednak np. ta okoliczność, że spadkodawca w ostatnich dniach życia podpisał szereg weksli z grzeczności lub że nieszczęśliwe ‘zdarzenie w ruchu’ należącej do niego kolei żelaznej włożyło na niego szereg rujnujących zobowiązań, które jego sukcesorowie muszą płacić. Innymi słowy: każde nowe zobowiązanie spadkodawcy zmniejsza gospodarczo jego spadek, czyli wartość tego, czem może *mortis causa* rozporządzać; to zjawisko ekonomiczne nie wpływa jednak na swobodę testowania. Różnica między zobowiązaniem, odpowiadającym prawu dziedziców koniecznych, a zobowiązaniami spadkodawcy leży w tem, że te pierwsze powstają dopiero w chwili śmierci i dopiero od tej chwili obciążają jego majątek; stąd jednak wynika tylko to, że ekonomiczny efekt tam jest dla niego mniej uciążliwy, niż tutaj, bo mogą zająć okoliczności, które powstanie prawa do zachowku wykluczą. (...) Można więc powiedzieć, że zachówek zmniejsza wartość spadku, ale swoboda testowania

49 Łk 15,12.

50 § 762–766 ABGB; § 2303 BGB; art. 991 k.c..

51 N. 18 (536).

52 § 765–766 ABGB.

53 Art. 991 k.c.

54 § 775 ABGB; § 2305 BGB; art. 1000 k.c.

55 § 762 ABGB.

nie polega na tem, jaką wartością się rozporządza na przypadek śmierci; wszak nikt jeszcze, o ile mi wiadomo, nie postawił twierdzenia, że koszta pogrzebu uszczuplają swobodę testowania. Że przy zachowku twierdzenie takie stale obiega, da się wytłómaczyć tylko wspomnieniami prawa rzymskiego z jednej, pomieszaniem prawa i ekonomii z drugiej strony⁵⁶.

O rezerwie, a właściwie o *quotité disponible*, mówi art. 913 *code civil*: „Szczerobliwości, bądź przez akta między żyjącymi, bądź przez testament, nie mogą przewyższać połowy majątku osoby rozrządzącej, jeżeli iedno tylko dziecko prawe po śmierci swoiey zostawia; trzeciej części, jeżeli zostawia dwoie dzieci; czwartey części, jeżeli ich zostawia troie, albo większą liczbę⁵⁷. Przyjęto ją w krajach, do których udało się bezpośrednio wyeksportować kodeks Napoleona, jak Belgia i Luksemburg⁵⁸ czy Włochy ze swym pierwszym kodeksem cywilnym z 1865 roku⁵⁹. Włochy pozostały krajem systemu rezerwy⁶⁰, choć ich nowy kodeks z 1942 r. stworzono pod silnym wpływem cywilistycznych konstrukcji prawa niemieckiego. Oznaczałoby to praktyczną przydatność rezerwy i społeczną dla niej w Italii akceptację. Na skutek wprowadzenia rezerwy wolność testowania sprowadzono do swobody dysponowania tylko częścią własnego majątku – zazwyczaj mniejszą niż połowa. Większość została zarezerwowana dla najbliższych, wskazanych w ustawie *héritiers ab intestat*, i przechodziła na nich w naturze. Rozrządzenia przekraczające porcję rozrządzalną – *la portion disponible* podlegały redukcji, aby nienaruszoną rezerwę otrzymali *réservataires*. Jedno z najsłynniejszych orzeczeń w tej materii tak w 1863 r. określiło rezerwę: „Rezerwa nie jest niczym innym, jak sukcesją samą

w sobie, pomniejszoną o porcję rozrządzalną, jeżeli nią zadysponował⁶¹. Dosłownie więc rezerwa to *pars legitima*: część przysługująca najbliższym zmarłego na postawie prawa – część spuścizny, którą nie można dysponować na wypadek śmierci, bo prawo cywilne ustaliło, komu ona przypada. I francuska cywilistyka chętnie powoływała się na rzymską tradycję, podkreślając, że rozwiązania *code civil* to fuzja rzymskiego zachowku i rezerwy prawa zwyczajowego. Ta ostatnia wywodzi się z tradycji germańskiej, której testament był w istocie obcy, a podstawowe znaczenie odgrywała solidarność rodzinna. Ze względu na nią wskazywano, że istnieje zasadnicza różnica między prawami do zabezpieczenia materialnego a powołaniem do rezerwy. W tym ostatnim nie stawia się pytania o potrzeby pretendentów. Stąd właśnie w imię solidarności międzypokoleniowej majątkowa ochrona najbliższych nie rodzi, jak w Rzymie, zobowiązania, lecz ich prawo do majątku⁶². Solidarność tę starano się – w kontekście francuskich rozwiązań – wykazywać i w prawie rzymskim, wskazując, że z germańskiej tradycji pochodzi przede wszystkim natura rezerwy jako części spadku bezpośrednio przypadającej najbliższym i jej charakter imperatywny, konieczny, oparty na *ordre public*⁶³.

Trudno odmówić racji poszukującym rzymskich korzeni rezerwy, jednak prawo rzymskie nie bez powodów nie wypracowało koncepcji rezerwy. Rzymianom trudno byłoby zgodzić się na tak wielkie skrópowanie wolności testowania. Doświadczenie prawa rzymskiego zostało zresztą potwierdzone zmianą, do jakiej doszło w prawie francuskim 26 czerwca 2006 roku. Rezerwę co prawda wreszcie zdefiniowano (w nowym art. 912 CC, uchylonym od 1819 r.), ale

56 S. Wróblewski, *Komentarz do §§ 531–824 Austriackiego Kodeksu cywilnego (prawo spadkowe)*, Kraków 1904, s. 620–621 (zachowano pisownię oryginału, wyróżnienia pochodzą od autora).

57 Przekład za *Kodex Napoleona z przypisami*, t. 2, w Warszawie 1808 w drukarni Xięży Piarów, s. 52–53 (zachowano pisownię oryginału).

58 Art. 913 *code civil belge*; art. 913 *code civil en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg*.

59 Art. 805 *codice civile del Regno d'Italia* 1865.

60 Art. 536–540 *codice civile*.

61 No 859. Civ. 27 nov. 1863, D. 1864, I, p. 5 note Bresillion; S. 1863, I, p. 513. Szerszy kontekst prawnoporównawczy przedstawiają: A. Zoppini, *Le successioni...*, s. 72–73; W. Borysiak, *Ochrona członków rodziny spadkodawcy na tle historycznoprawnym oraz prawnoporównawczym*, „Zeszyty Prawnicze” UKSW 2008/8.2, s. 160 i n.

62 P. Catala, *Préface* (w:) I. Kondyli, *La protection de la famille...*, s. xix–xx.

63 P. Ourliac, J. de Malafosse, *Historie du droit privé*, t. 3, Paris 1968, s. 261; I. Kondyli, *La protection de la famille...*, s. 15–22; M. Grimaldi, *Droit civil. Successions*, Paris 1998, s. 260.

zachowano tylko formalnie, skoro zrezygnowano ze świadczenia jej w naturze. Względy praktyczne wynikające głównie ze zmian struktury kapitałowej współczesnego społeczeństwa kazały przyjąć ją *en valeur*, czyniąc z rezerwy wierzytelność. Przestała być oparta na *ordre public*, toteż uzasadnieniem dziś istnienia tej instytucji nie jest ani nakaz zachowania dóbr w rodzinie, ani idea solidarności rodzinnej⁶⁴. Nadto pozwolono zawierać umowy o zrzeczenie się *par avance* swej rezerwy⁶⁵, a ją samą przyznano węższemu kręgowi najbliższych: zstępny oraz w pewnych przypadkach współmałżonkowi. Nowelizacja z 2006 r. pod określeniem *libéralité graduelle* ukryła w istocie substytucję fideikomisarną, a pod *libéralité résiduelle* – fideikomis „tego, co pozostanie ze spadku” (*de residuo*)⁶⁶. Wskazane zmiany świadczą o wyjątkowej przydatności praktycznej rzymskiego doświadczenia prawnego i zachęcają do ostrożności w rozwijaniu go przez odwołanie do innych tradycji. Zresztą nawet przed zmianą z 2006 r. trudno było uznać przyjęcie rezerwy za rozwój rzymskiej myśli – raczej za jej niezbyt fortunne twórcze przekształcanie, a przede wszystkim za atak na wolność testowania w imię solidarności rodzinnej. Rzymskie doświadczenie prawne tej ostatniej nie odrzuca jako zasady, ale nie pozwala przy jej użyciu czynić iluzji czy karykatury z wolności testowania.

Ochrona przed pominięciem – tzw. dziedziczenie przeciwtestamentowe formalne – urzeczywistnia wartość, jaką jest rodzina. Trzeba zauważyć, że czyni to chronologicznie w Rzymie bardzo wcześnie. Natomiast nie wydaje się stanowić wyrazu zasady solidarności rodzinnej. Zasady bowiem ścierają się ze sobą: zasada solidarności rodzinnej przede wszystkim staje na drodze wolności testowania. A przecież

formalny wymóg dotyczący treści testamentu nie ogranicza decyzji spadkodawcy. Nie wpływa więc na wolność testowania. Określa tylko sposób przekazania decyzji co do losów majątku *mortis causa*, tak aby została wyrażona koherentnie z całym porządkiem wyznaczanym przez prawo spadkowe. Od testatora wymaga on, aby wyraźnie pokazał, iż rozumie konstrukcyjną zasadę *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, jest świadom rozłączności powołania i rzeczywiście chce, aby cały spadek dziedziczone po nim na podstawie testamentu, a nie beztestamentowo. Trzeba wszelako zauważyć, że ochrona przed pominięciem może być traktowana jako wskazówka interpretacyjna. Już w prawie przedklasycznym Rzymianie opowiadali się za w istocie nieskrępowaną wolnością testowania. Przejawów jej ograniczania można dopatrywać się we wprowadzeniu *querela inofficiosi testamenti* pod koniec tego okresu. Jednak nawet wówczas nie sposób utrzymywać twierdzenia o istnieniu w Rzymie jakichś „praw do dziedziczenia po zmarłym” przez jego najbliższych.

5. Pytanie o systemową racjonalność odróżniania materialnych i niematerialnych obiektów władztwa prawnego

Podział na *res corporales* oraz *incorporales* został wprowadzony przez Gaiusa dla systematycznego opisu składników majątku. Nie był stosowany przez współczesnych Gaiusowi prawników⁶⁷. Upowszechnianie się gajańskich „Instytucji” od IV wieku po Chr. w Rzymie, a przez justyniańskie „Digesta” oraz „Instytucje” w recypowanym prawie rzymskim, dało impuls do łączenia tego podziału z rozważaniem aktualnych problemów prawnych. Źródła dają podstawę do rekonstrukcji trzech tendencji w ewolucji prawa prywatnego, powiązanej ze wspomnianym podziałem.

Pierwsza przejawia się w dążeniu do formalnego odróżnienia przedmiotu obrotu prawnego i upraw-

64 A.-M. Leroyer, *Droit des successions*, Paris 2009, s. 357; F. Ferland, *Comparative Law – France (w:) Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, C. Castelein, R. Foqué, A. Verbeke (red.), Antwerp, Oxford, Portland 2009, s. 195 i n.

65 Art. 924 *code civil*.

66 G. Wicker, *Le nouveau droit des libéralités entre évolution, révolution et contre-révolution*, „Droit et patrimoine”, Mars 2007, s. 74–84. Belgijską krytykę francuskiej reformy przedstawiono m.in. w *Précis du droit des successions et libéralités*, red. A.-C. Van Gysel, Bruxelles 2008, s. 442–443.

67 W. Dajczak, *Geneza określenia ‘res incorporalis’ w prawie rzymskim (w:) Studia z historii ustroju i prawa. Księga dedykowana Profesorowi Jerzemu Walachowiczowi*, red. H. Olszewski, Poznań 2002, s. 55 i n.

nienia jako takiego. Impulsem dla takiej dystynkcji stał się termin *res incorporalis*. Podstawę rekonstrukcji tej tendencji w okresie antycznym daje: zastępowanie przez prawników z VI wieku po Chr. terminu *res incorporalis* zwrotem *ius incorporalis*, gdy mówili o uprawnieniu, oraz słowem *actio*, gdy odnosili się do prawa jako przedmiotu obrotu⁶⁸. Tendencja ta stała się czytelna w nowożytnej nauce prawa prywatnego. W komentarzu szesnastowiecznego jurysty Hugona Donellusa wyrażała ją wprowadzenie rozróżnienia *res incorporales*. Uznał, że masy majątkowe, np. spadek (*hereditas*), mogą być traktowane podobnie jak obiekty materialne, bo ich istnienie w *ius civile* jest niezależne od istnienia innych obiektów. Natomiast pozostałe *res incorporales* jako uprawnienia (*vis ac potestas*) „do czegoś” wyłączył z dyskusji o nabywaniu rzeczy (*de acquirendo rerum*)⁶⁹. Jeszcze wyraźniej ilustruje omawianą tendencję pogląd, powtarzany w dotyczących *res incorporales* wyjaśnieniach późniejszych jurystów epoki przedkodyfikacyjnej, iż prawa mogą być postrzegane jako przedmioty obrotu (rzeczy) i uprawnienia⁷⁰. W końcu widać to jasno w literaturze dziewiętnastowiecznej, która akcentowała logiczny błąd gajańskiego podziału rzeczy, polegający na tym, że w ramach pojęcia *res corporales* jurysta utożsamiał prawo własności z jego przedmiotem⁷¹.

Druga z tendencji dających się wychwycić w prawnej refleksji nad gajańskim podziałem *res*, polega na przeprowadzeniu rozróżnienia między przedmiotem obrotu i przedmiotem władztwa. Podstawę dla rekonstrukcji tego procesu dają: zauważalne od XVII wieku w literaturze tezy o bezużyteczności gajańskiego podziału⁷²; wyraźne akcentowanie w pandektyście niemieckiej XIX wieku zasadniczej różnicy

między przyjętym przez nią rozumieniem „rzeczy” (*Sache*) jako przedmiotu władztwa, a szerokim rozumieniem „rzeczy” (*res, Sache*) w *ius commune*⁷³. W końcu wyrazem tego było ahistoryczne wykorzystanie gajańskiej kategorii *res corporales* do legitymizacji wyodrębnienia obiektów materialnych (*Sache*) jako przedmiotów władztwa w niemieckim kodeksie cywilnym⁷⁴.

Trzecia z dających się dostrzec tendencji ewolucyjnych wyraża się w dążeniu do analogicznego – w granicach praktycznych możliwości – traktowania materialnych i niematerialnych obiektów prawa, a szczególnie w podaniu w wątpliwość sensowności ograniczania przedmiotu władztwa prawnego do obiektów materialnych. Jako jej wyraz wskazać można upowszechnienie w *ius commune*⁷⁵, umieszczonej następnie w *code civil*⁷⁶, „użytecznej fikcji” odpowiedniego traktowania *res incorporales* jako ruchomości i nieruchomości. Tendencję tę ilustrują także formułowane przez prawników *ius commune* argumenty na korzyść uznania niematerialnych obiektów prawa za rzeczywiście istniejące⁷⁷, czy wreszcie sformułowana w XIX stuleciu propozycja reinterpretacji pojęcia *res incorporalis*, polegająca na objęciu nim utworów ludzkiej myśli, których eksploatacja jest chroniona prawem skutecznym *erga omnes*⁷⁸.

68 Glosa turyńska 106; Theoph. Par. 2, 20, 1.

69 H. Donellus, *Commentariorum iuris civilis libri viginti octo in quibus ius civile universum singulari artificio atque doctrina explicantur*, Francofurti 1626, s. 175, 274.

70 Np. U. Huber, *Praelectionum juris civilis secundum Institutiones et Digesta Justiniani*, t. 1, Maceratae 1838, s. 144.

71 F. Berriat-Saint-Prix, *Notes élémentaires sur le Code Civil. L'explication des termes techniques, la filiation des idées, et la discussion des questions de principes*, Paris 1845, s. 339; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, Paris 1920, s. 659.

72 U. Huber, *Praelectionum juris civilis...*, s. 145.

73 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, Düsseldorf 1875, s. 410; O. Wächter, *Pandekten*, t. 1, *Allgemeiner Teil*, Leipzig 1880, s. 257; E. Hölder, *Pandekten. Allgemeine Lehren mit Rücksicht auf den Civilgesetzentwurf*, Freiburg i. B. 1891, s. 134; H. Dernburg, *Pandekten*, t. 1, Berlin 1896, s. 160.

74 G. Husserl, *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlin 1933, s. 183.

75 Zob. B. de Saxoferato, *Commentaria. Codex, Venetijs 1526* (reprint Roma 1998), karty 23, 31, 193; G.A. Struve, *Syntagma jurisprudentiae secundum ordinem pandectarum concinnatum*, Francofurti et Lipsiae 1738, s. 147; J.H. Böhmmer, *Introductio in ius digestorum*, Magdeburgicae 1704, s. 51.

76 Zob. art. 517, 526 *code civil*.

77 Zob. A. Vinnius, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Amsterdami 1655, s. 189; G.A. Struve, *Syntagma jurisprudentiae...*, s. 146.

78 Zob. E.I. Bekker, *Allerei von den dinglichen Rechten insbesondere von den Rechten an eigener Sache*, „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft”, 1880/2, s. 20; E.I. Bekker, *Über die natürliche Beschaffenheit der Objekte unserer dinglichen Rechte*,

Z perspektywy współczesnego prawnika wskazane tendencje ewolucyjne mogą być ocenione jako potwierdzenie dostrzegalnych w praktyce deficytów i obecnych w dzisiejszej teorii prawa propozycji. Przypomnijmy, że ograniczenie własności do przedmiotów materialnych spowodowało w XX wieku trudności w orzecznictwie, na przykład co do oceny skutków utraty danych w formie elektronicznej⁷⁹.

*erga omnes*⁸². Oczywiście dogmatyczne zbudowanie tego pojęcia i jego systemowe rozwinięcie wymagają uwzględnienia stanu i dynamiki kontekstu ekonomicznego, społecznego oraz technologicznego prawa. To jest kontekst, w którym należy powrócić do postawionego na wstępie pytania o sens odwołania się do tradycji prawnej w budowaniu tego nowego ładu prawa prywatnego. Także ten przykład można

...jedną z podstawowych kategorii prawa prywatnego powinno być pojęcie elastycznie integrujące obiekty materialne i niematerialne jako przedmioty chronione *erga omnes*.

Postulat przedmiotowego rozszerzenia własności poza granicę materialności jest powtarzany we współczesnej nauce prawa⁸⁰. Są kodyfikacje cywilne, w których przewidziano odpowiednie stosowanie do własności intelektualnej ogólnych przepisów o własności⁸¹. Czyniąc krok dalej, można postawić tezę, że wskazane tendencje ewolucyjne stanowią wyraz „wewnętrznej logiki” prawa, zgodnie z którą jedną z podstawowych kategorii prawa prywatnego powinno być pojęcie elastycznie integrujące obiekty materialne i niematerialne jako przedmioty chronione

odczytać jako inspirację dla tezy, że nie da się zbudować nowego ładu prawa w politycznej dyskusji odrwanej od weryfikowanych w szczególności przez prawnicze doświadczenie założeń co do „wewnętrznej logiki” prawa prywatnego.

6. Konkluzje

Wnioski płynące z omówionych przykładów składają się, aby tytułem podsumowania odnieść się wprost do pytania, jakie znaczenie może mieć prawo rzymskie w postulowanym „ścieście prawniczego doświadczenia”, służącego przełamywaniu słabości doby dekodyfikacji. Kwestia nauczania to pytanie o produktywność i o program przygotowujący absolwentów prawa do świadomego udziału w życiu współczesnego świata. Warto w tym kontekście przypomnieć, że zjawisko tzw. dekodyfikacji uruchomiło mechanizmy dyskusji o prawie, które przypominają sposób działania jurysprudenencji rzymskiej czy też prawników *ius commune*. W świecie prawa usystematyzowanego i skodyfikowanego nie ma zbytnio miejsca dla właściwego prawu rzymskiemu oraz jego tradycji występowania kontrowersji, poszukiwania reguł,

„Sitzungsberichte der königlichen preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin” 1898/43, s. 16 i n.

79 Wyrok Sądu Krajowego w Konstancji z 1996 r. w sprawie o odszkodowanie z tytułu utraty danych w następstwie uszkodzenia kabla energetycznego. Opierając się na §823 ust. 1 BGB, który wśród objętych ochroną deliktową dóbr wymienia własność, sąd oddalił roszczenie, wywodząc, że dane, które nie są przedmiotem materialnym, nie mogą stanowić przedmiotu własności; podają za Ch. Becker, *Die 'res' bei Gaius – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?*, Köln 1999, s. 14 przyp. 21.
80 Zob. np. A. Stelmachowski, *Przedmiot własności w prawie cywilnym*, „Studia Iuridica” UW 1994, t. 21, s. 105 i n.; S. van Erp, *Comparative Property Law (w:) The Oxford Handbook of Comparative Law*, red. M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford 2008, s. 1057.

81 Zob. art. 439 *código civil español*.

82 W. Dajczak, *Rzymska res incorporalis a kształtowanie się pojęć 'rzeczy' i 'przedmiotu praw rzeczowych' w europejskiej nauce prawa prywatnego*, Poznań 2007, s. 222–223.

prawidłowości i ogólnych pojęć – a więc wewnętrznej logiki prawa. Natomiast w świecie doby dekodyfikacji doświadczenia, jakie przynosi prawo rzymskie, mogą okazać się wyjątkowo pomocne i przydatne. Kiedy takimi się staną? Po pierwsze wtedy, gdy świadomie rozszerzać się będzie myślenie o prawie rzymskim aż po współczesność, a nie zatrzymywać np. na dacie końcowej panowania cesarza Justyniana. Chodziłoby w pierwszym rzędzie o potraktowanie prawa rzym-

instytucji prawa obowiązującego, wyczerpało już chyba swe inspiracyjne i twórcze możliwości. Zacierają obraz prawa jako dyskursu, w którym poszukuje się trafnej odpowiedzi na problem. Taka perspektywa spojrzenia na rozpoczęty przez rzymskich jurystów dyskurs czyni nas w istocie kolejnym jego ogniwem. Daje szansę uchwycenia i refleksji nad granicą między tym, co stałe, a tym, co zmienne w dogmatyce prawa prywatnego.

...włączenie tradycji romanistycznej do dyskusji o nowym ładzie prawa prywatnego dostarcza argumentów na rzecz wzrostu elastyczności prawa.

skiego jako dorobku myśli prawniczej, aby pokazać, jak prawo służy realizacji wartości i o jakie wartości w prawie może chodzić. W centrum zainteresowania znajduje się więc jurysprudencka dyskusja od antyku po czas kodyfikacji. Bardzo obiecujące wydaje się także porównywanie z osiągnięciami prawnego geniuszu Rzymian rozwiązań, do jakich dochodzono niezależnie, wręcz z zupełnie innej niż rzymska inspiracji. Po drugie, doświadczenie prawa rzymskiego okaże się przydatne wtedy, gdy będzie się myśleć o prawie w kluczu wyznaczonym przez problemy prawne. Przedstawianie prawa rzymskiego jako systemu instytucji, opisywanych na podobieństwo

Powyższe rozważania pokazały, iż włączenie tradycji romanistycznej do dyskusji o nowym ładzie prawa prywatnego dostarcza argumentów na rzecz wzrostu elastyczności prawa. Jednocześnie przekonują one, że istnieją niezależne od siebie, uzasadnione praktyką dowody przeciwko wyraźnie stawianej tezie o anachronizmie myślenia o prawie prywatnym jako o zespole norm mającym wewnętrzną logikę oraz opartym na uczciwości i sprawiedliwości, które należą do jego istoty. Odniesienie do tradycji romanistycznej czytelnie pokazuje, że oś sporu o nowy ład prawa prywatnego stanowi kwestia sensu i granic jego instrumentalnego traktowania.

Oktawian Nawrot

Demokratyczne państwo prawa wobec rozwoju biologii i medycyny



Oktawian Nawrot

Doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa Uniwersytetu Gdańskiego. W swojej pracy badawczej podejmuje problematykę etycznych i prawnych aspektów rozwoju nauk przyrodniczych, a także szeroko rozumianej filozofii prawa, w tym logiki prawniczej. Za osiągnięcia na polu bioetyki otrzymał w 2005 roku Nagrodę Miasta Gdańska „Młody Heweliusz”, a w latach 2003–2005 był stypendystą Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej. Autor ponad 50 publikacji z zakresu bioetyki i filozofii prawa, w tym kilku książek.

Democratic State Ruled by Law

The idea of the rule of law is grounded on a particular vision of human beings, in which each member of the human family is free and equal to one another. This vision, accepted and certainly declared in the Western countries, slowly begins to oppose the idea of a man that reflects the biomedical research. The man, described by the biomedicine begins to be seen as the subject – all the details, which seems to be irrelevant to recognize him as a man – like the color of the eyes, size, IQ –, begins to play the main role and to determine his place in society. As a result – mankind is no longer a family of equals but it becomes a society of various individuals, with different values and the role assigned from the beginning. The Author analyzes the implications of the development of biological sciences for the idea of the rule of law.

Blisko piętnaście wieków temu Platon, jeden z najwybitniejszych filozofów w dziejach, kreśląc wizję idealnego – sprawiedliwego – państwa, przyjął, iż społeczeństwo powinno dzielić się na trzy klasy: zwykły lud (rzemieślników), wojsko (strażników) i rządzących. Podział ten wynikać miał z naturalnych różnic zachodzących pomiędzy jednostkami. Dla Platona oczywistym bowiem było, że ludzie nie rodzą się równi – każdy ze swej natury przeznaczony jest do czegoś innego. Jedna osoba posiada zdolności muzyczne, podczas gdy inna nie jest w stanie czysto za-

intonować gamy, niektórzy przychodzą na świat z tzw. końskim zdrowiem, tymczasem inni borykają się z różnymi schorzeniami, są osoby posiadające uzdolnienia matematyczne, są i urodzeni humaniści... Jesteśmy różni. Różnice te jednocześnie wyznaczać miały miejsce człowieka w świecie i społeczeństwie.

Zdaniem Greków każda rzecz posiadała określone miejsce w świecie i funkcje do spełnienia: kamień, roślina, zwierzę, człowiek, a nawet bogowie. Tym samym słusznym, a na płaszczyźnie społecznej i politycznej sprawiedliwym wydawało się,

by każda jednostka zajmowała właśnie to miejsce, pełniła właśnie tę funkcję, którą zgodnie z zarządzeniem losu, czy też prawem natury, zając i pełnić miała. Jeśli zatem ktoś przejawiał uzdolnienia plastyczne – powinien zajmować się sztuką, uzdolnienia matematyczne predestynować mogły jednostkę do parania się ekonomią, architekturą etc. W ten sposób jednostka z jednej strony mogła się samorealizować, uzyskując zadowolenie z życia, z drugiej zaś – przynosiła korzyść wspólnocie. Podobne kryteria – co wyraźnie podkreślał Sokrates, przynajmniej w wersji, którą przekazał Platon – dotyczyć miały polityki i po-

cechy, pewne przyrodzone właściwości określają naturę danej jednostki – jej najgłębszą istotę. Tym samym gatunek ludzki, przynajmniej na płaszczyźnie politycznej, a w ślad za nią i prawnej, nie może być traktowany jako klasa równych – identycznych pod pewnym (podstawowym) względem jednostek, lecz jako zbiór kilku klas grupujących jednostki o tej samej naturze – ludzie z natury są bowiem nierówni: „ja sobie myślę, że przede wszystkim każdy się rodzi nie całkiem podobny do każdego innego, tylko się ludzie różnią z przyrodzenia: jeden się nadaje do tej roboty, a drugi do innej”². Jeszcze dobitniej myśl tę

„**...pewne cechy, pewne przyrodzone właściwości określają naturę danej jednostki – jej najgłębszą istotę. (...) gatunek ludzki, przynajmniej na płaszczyźnie politycznej, a w ślad za nią i prawnej, nie może być traktowany jako klasa równych – identycznych pod pewnym (podstawowym) względem jednostek...**

lityków. Politykami powinny zostawać osoby posiadające określone cechy. Fakt, iż ktoś był doskonałym rzemieślnikiem, rolnikiem czy malarzem, nie czynił z niego sam przez się osoby, która mogłaby zabierać głos w sprawach dotyczących rządzenia państwem. W tym bowiem przypadku niewątpliwie wymagane są inne uzdolnienia i cechy osobowości.

Sama w sobie uważa, iż każdy człowiek posiada określone uzdolnienia, określone cechy charakteru, właściwości psychofizyczne, mimo iż tracić może w niektórych przypadkach „niepoprawnością polityczną”, jeśli nie przekłada się na odmawianie jednostce prawa do autonomicznego kreowania własnej biografii, w tym i dokonywania wyborów niezgodnych ze wspomnianymi wyżej naturalnymi predyspozycjami, wpisuje się w przyjmowaną wspólnie wizję jednostki i społeczeństwa. Platon jednak w swojej ocenie poszedł dalej. Jego zdaniem pewne

wyraził Arystoteles, stwierdzając iż „pewni ludzie są z natury wolnymi, inni zaś niewolnikami, przy czym stan niewoli jest dla tych drugich zarówno pożyteczny, jak i sprawiedliwy”³.

Stwierdzenie istnienia naturalnych, odnoszących się do istoty ludzkiego bytu, podziałów w ramach gatunku *homo sapiens* doprowadziło Platona – jak już wspomniano – do wyróżnienia wśród ogółu obywateli jego słynnej utopijnej republiki trzech klas: „są w państwie zarobnicy, pomocnicy i strażnicy. Jeżeli każda z tych warstw robi w państwie to tylko, co do

1 Por. L. Strauss, *Platon* (w:) L. Strauss, J. Cropsey (red.), *Historia filozofii politycznej*, Warszawa 2010, s. 57.

2 Platon, *Państwo*, 370 b; wszystkie cytaty za: Platon, *Państwo. Prawa*, przeł. W. Witwicki, Kęty 1999.

3 Arystoteles, *Polityka*, przeł. D. Gromska, Warszawa 2007, 1255a.

niej należy, jeżeli każda robi swoje, (...) to byłaby sprawiedliwość⁴. Porządek społeczny powinien być zatem odzwierciedleniem naturalnego porządku rzeczy, zaś wszelkie próby odejścia od niego doprowadzić mogą do katastrofy. „Ale kiedy, tak ja uważam, jakiś rzemieślnik z natury albo inny groszorb wzbije się w dumę na tle swego bogactwa albo wpływów, albo siły, albo czegoś innego w tym rodzaju, i zacznie przybierać postać wojskowego, albo ktoś z wojskowych przybierze postać radnego i strażnika, chociaż tego nie godzien, i ci ludzkie pomieniają z sobą narzędzia i zaszczyty, albo gdy jeden i ten sam człowiek spró-

mienie sprawiedliwości odbiegają zdecydowanie od współczesnego, przynajmniej zachodniego pojmowania sprawiedliwości, by wręcz nie rzec, że są odrażające. Platońskie rozumienie sprawiedliwości godzi bowiem wprost w istotę współczesnego demokratycznego państwa prawa⁵, u którego podstaw leży przekonanie o naturalnej ludzkiej równości. Równość ta, obejmująca przede wszystkim tzw. godność i prawa, zasadza się na określonej wizji natury ludzkiej, już w punkcie wyjścia zasadniczo różnej od tej, która została zarysowana powyżej. Istotę wspomnianej wizji doskonale oddają słowa Thomasa Jeffersona

...ludzkość w swej większości nie narodziła się z siodłem na grzbiecie ani też uprzywilejowana mniejszość nie przyszła na świat w butach jeździeckich z ostrogami...

buje to wszystko robić równocześnie, wtedy – myślę, że i ty się zgodzisz – taka zamiana i takie łączenie zawodów, to zguba dla państwa⁶. Od tej uwagi dzieli nas już tylko krok do stwierdzenia, iż państwo ma prawo bronić się przed jednostkami, które działają wbrew ich własnej naturze. Co więcej, w zależności od tego, jaką formę przyjmą wspomniane „działania obronne”, państwo uznać można będzie za totalitarne lub... opiekuńcze, w ścisłym tego słowa znaczeniu. Wszak podejmowanie przez władze publiczne działań odpowiadających w istocie najgłębszym interesom jednostki, a do nich zaliczyć należy możliwość realizacji przez jednostkę jej własnej natury, a przynajmniej postępowania zgodnie z nią, co przekłada się na szczęście w wymiarze indywidualnym, uznać można za przejaw najlepiej pojętej opiekuńczości państwa⁶.

Nie trzeba w tym miejscu dodawać, że przedstawiony porządek społeczny i połączone z nim rozu-

skreślone w liście datowanym na 24 czerwca 1826 r., czyli na dziesięć dni przed śmiercią: „Rozpowszechnienie się światła nauki objawiło już wszystkim ten namacalny fakt, że ludzkość w swej większości nie narodziła się z siodłem na grzbiecie ani też uprzywilejowana mniejszość nie przyszła na świat w butach jeździeckich z ostrogami, gotowa korzystać z danego przez Boga prawa do ujeżdżania reszty”⁸.

Wizja człowieka jako bytu w swej istocie równego, a wręcz tożsamego wszystkim i każdemu z osobna przedstawicielowi gatunku *homo sapiens*, przyjęta

4 Platon, *Państwo*, 434c.

5 *Ibidem*, 434 b.

6 Por. K. Popper, *Spółczesność otwarte i jego wrogowie*, Warszawa 2010, t. I, s. 132–134.

7 Termin „państwo prawa”, zamiast występującego w art. 2 Konstytucji RP zwrotu „państwo prawne”, przyjęty został w niniejszym opracowaniu z uwagi na fakt, iż zdaje się on lepiej oddawać istotę państwa godzącego związać się prawem, wraz z jego aksjologią immanentnie wiążącą się z ideałami sprawiedliwości i praw człowieka. Szerzej na temat pojęcia państwa prawa zob. np. M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007; I. Wróblewska, *Zasada państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego RP*, Toruń 2010.

8 Cyt. za: F. Fukuyama, *Koniec człowieka. Konsekwencje rewolucji biotechnologicznej*, Kraków 2004.

została w drugiej połowie XX wieku za paradygmat i dogmat systemów ochrony praw człowieka. Już w preambule Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka odnaleźć można słowa: „uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie” i dalej (art. 1): „Wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi w swej godności i swych prawach. Są obdarzeni rozumem i sumieniem i powinni postępować wobec innych w duchu braterstwa”. Konsekwentnie, wszelkie różnice, które niewątpliwie istnieją pomiędzy jednostkami, uznano z prawnego-aksjologicznego punktu widzenia za drugorzędne, zaś naturę ludzką, która przekłada się na sposób istnienia jednostki w świecie, a zwłaszcza w społeczeństwie, za coś wspólnego wszystkim przedstawicielom gatunku *homo sapiens*. Tym samym fakt posiadania przez jednostkę określonej płci, koloru skóry, uzdolnień, przynależności rasowej lub etnicznej etc., pomimo iż częstokroć odgrywa pierwszorzędą rolę przy dokonywaniu wyborów, także tych, których przedmiotem jest w jakiś sposób inna jednostka, nie może w żaden sposób przekładać się na postrzeganie człowieka jako człowieka – prowadziłyby to wprost do niedozwolonej dyskryminacji. Każdy przedstawiciel gatunku *homo sapiens* jest człowiekiem w takim samym stopniu, a fakt ten, we wspólnocie politycznej, czyni z niego m.in. podmiot tzw. praw człowieka, z prawem do życia i wolności na czele.

Taka jest współczesna wiara, podzielana, a przynajmniej deklarowana, przez zdecydowaną większość członków wspólnoty określanej mianem „cywilizacji zachodniej”. Wierze tej, jak i wzniesionym na niej konstrukcjom polityczno-prawnym, zdaniem części obserwatorów i wnikliwych analityków współczesności, z Jürgenem Habermasem i Francisem Fukuyamą na czele, zaczynają jednak zagrażać – częściowo już zaktualizowane – konsekwencje burzliwego rozwoju biologii i medycyny, którego jesteśmy świadkami. Część z podejmowanych obecnie, bądź możliwych do przeprowadzenia w stosunkowo bliskiej perspektywie czasowej interwencji medycznych dotyka bowiem wprost biologicznego fundamentu istoty ludzkiej, prowadząc przy tym do jego aksjologicznej relatywizacji. Podajmy kilka przykładów:

- 15 czerwca 1990 r. w Hammersmith Hospital w Londynie przyszły na świat Natalie i Danielle, okrzyknięte przez światowe media – nieco błędnie – mianem pierwszych dzieci na zamówienie. Ich matka, Debbie Edwards była nosicielką mutacji odpowiadającej za adrenoleukodystrofię, chorobę dotyczącą potomków płci męskiej, objawiającą się w 5–10 roku życia padaczką, ataksją, niewydolnością nadnerczy i prowadzącą do śmierci z reguły w okresie pokwitania. Świadoma zagrożenia przekazania dziecku mutacji i narażenia go w ten sposób na cierpienie, pani Edwards zrezygnowała z zakładania rodziny. Sytuacja uległa zmianie, gdy okazało się, iż możliwe jest zagwarantowanie przyjścia na świat dziecka, które z pewnością nie będzie dotknięte wspomnianą chorobą. W jaki sposób ten cud mógł zostać zrealizowany? Zespół lekarski, za pomocą techniki zapłodnienia pozaustrojowego, stworzył kilka zarodków, które poddał badaniu genetycznemu w celu zidentyfikowania płci zarodka. Jak wyżej wspomniano, adrenoleukodystrofia dotyka jedynie potomstwa płci męskiej. Implantacja do macicy pani Edwards jedynie zarodków płci żeńskiej, co też się stało, była więc równoznaczna z wykluczeniem choroby⁹.
- Kilka lat temu w Stanach Zjednoczonych Ameryki dwie głuche lesbijki pragnące mieć dziecko, zdecydowały się na wszczęcie procedury *in vitro*. Jako dawcę nasienia wybrały mężczyznę, który posiadał postać głuchoty uwarunkowaną genetycznie. Zasadniczym celem wspomnianego wyboru było zwiększenie prawdopodobieństwa przekazania potomstwu głuchoty. Tak też się stało – dwoje narodzonych dzieci okazało się głuchych. Tym, co skłoniło kobiety do wspomnianego postępowania, była chęć dzielenia z dzieckiem tej samej „tożsamości kulturowej”. Ich zdaniem przekazania dziecku głuchoty nie można bowiem ujmować w kategoriach ograniczenia jego możliwości, czy też wręcz spowodowania uszczerbku na zdrowiu, gdyż głuchota

9 M. Henderson, *50 teorii genetyki, które powinieneś znać*, Warszawa 2010, s. 206–207.

nie jest formą niepełnosprawności, lecz określa „tożsamość kulturową” jednostki. Jednocześnie, w opinii wspomnianych kobiet, rodzic ma prawo oczekiwać, by jego dziecko posiadało wspólną z nim tożsamość kulturową¹⁰.

- 12 października 2008 r. w szpitalu Virgen del Rocío w hiszpańskiej Sewilli przyszedł na świat chłopczyk imieniem Javier. W jego narodzinach nie byłoby nic bardziej niezwykłego niż w narodzinach każdego innego dziecka, gdyby nie fakt iż w znacznym stopniu związane one były z chorobą jego starszego brata Andreasa. Andreas od urodzenia cierpiał na talasemię beta (niedokrwistość śródziemnomorską), w związku z którą regularnie, w odstępach trzytygodniowych, poddawany był transfuzji krwi. W związku z brakiem perspektywy na wyleczenie syna przy użyciu „tradycyjnych” metod, rodzice zdecydowali się na kolejne dziecko, poczęte w drodze zapłodnienia *in vitro*. Zapłodnienie pozaustrojowe, niekonieczne w przypadku wspomnianej pary do poczęcia dziecka, miało na celu umożliwienie lekarzom pozyskania kilku embriónów, utworzonych z gamet pochodzących od rodziców Andreasa, w celu ich selekcji. W ten sposób uzyskano zgodnego genetycznie dawcę komórek macierzystych pobranych z krwi pępowinowej, które następnie wykorzystano dla celów terapeutycznych¹¹.

Zarysowane wyżej wydarzenia wskazują na jeden z kierunków, w którym pójść może rozwój biomedycyny, a który wydaje się szczególnie niepokojący w kontekście systemu wartości współczesnego demokratycznego państwa prawa – instrumentaliza-

cji jednostki. Instrumentalizacja ta, podobnie jak w wizji Platona, bezpośrednio związana miałaby być z kondycją biologiczną konkretnego istnienia, poprzez którą dochodziłoby do określania cech konstytutywnych jednostki na płaszczyźnie aksjologiczno-prawnej.

Zauważmy, iż pierwszy z wymienionych przykładów, rozważany od strony pozytywnej, jaką było przyjście na świat dzieci wolnych od dramatu uwarunkowanej genetycznie choroby, stanowi niewątpliwie piękną ilustrację tryumfu medycyny umożliwiającej realizację pragnień większości rodziców. Przykład ten posiada jednak przysłowiową „drugą stronę medalu”, którą jest selekcja negatywna zarodków. Diagnoza preimplantacyjna przeprowadzona bowiem została w celu podjęcia decyzji typowo eugenicznej – niedopuszczenia do przyjścia na świat jednostek posiadających określone wady genetyczne. Podkreślmy, że w opisanej sytuacji zasadniczym przedmiotem wartościowania nie był stan zdrowia i choroby, przedmiotem oceny była wartość życia dotkniętej wadą genetyczną i wolnej od niej istoty ludzkiej. Konsekwentnie przedmiotem eliminacji nie była sama choroba, lecz chora istota uznana za mniej wartościową aniżeli istota zdrowa. Tym samym uznać należy, iż doszło do zredukowania ludzkich embriónów, na płaszczyźnie aksjologicznej, do określonej jednostki chorobowej lub dobrostanu fizycznego.

Fakt ten rodzi trudne do rozwiązania problemy, zwłaszcza w zakresie aksjologii systemu prawnego. Jeśli bowiem uzna się, że wartość dobra, jakim jest ludzkie życie, w tym życie w fazie prenatalnej – a przypomnijmy, że tak właśnie uczynił polski Trybunał Konstytucyjny w słynnym orzeczeniu z 28 maja 1997 r.¹² – nie może podlegać różnicowaniu¹³

10 Human Genetics Commission, *Choosing the future: genetics and reproductive decision making*, London 2004, s. 24–25, pkt 5.15.

11 Por. *Urodziło się „dziecko-lekarstwo” – Kościół jest przeciw*, „Gazeta.pl Wiadomości” z dnia 18.10.2008, http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80586,5826161,Urodzilo_sie_dziecko_lekarstwo___Kosciol_jest_przeciw.html (dostęp 1 marca 2012); *Brat ratuje brata*, „Polski Bank Komórek Macierzystych S.A.”, informacja z dnia 04.11.2008, <http://www.pbkm.pl/Aktualnosci-artykul/262/Brat-ratuje-brata.html> (dostęp 1 marca 2012).

12 Sygn. akt K 26/96.

13 Warto odnotować, że na brak racji wystarczającej do wartościowania ludzkiego życia, zwłaszcza w prenatalnych stadiach rozwoju, zwracała uwagę również Rada Europy. Przykładowo w par. 5 zalecenia Zgromadzenia Parlamentarnego 1046 (1986) *dotyczącego wykorzystywania ludzkich embriónów i płodów dla celów diagnostycznych, terapeutycznych, przemysłowych i handlowych* pada stwierdzenie: „od momentu zapłodnienia komórki jajowej, życie ludzkie rozwija się w sposób ciągły i nie istnieje możliwość wprowadzenia wyraźnego rozróżnienia

i, co więcej, stanowi wartość naczelną, pozostającą w demokratycznym państwie prawa pod ochroną konstytucyjną, wówczas odmowa jego ochrony może nie znaleźć racji wystarczającej. Wszak okaleczona, poważnie uszkodzona, beznadziejnie chora natura ludzka pozostaje naturą ludzką, a tym samym powinna podlegać ochronie¹⁴. Rozwiązaniem byłby powrót do wartościowania istnienia ludzkiego z uwagi na jego kondycję biologiczną, lecz krok taki, nawet jeśli dałby pogodzić się z systemem norm prawnych

niż niższy, określony kolor włosów jest ładniejszy od innego, wyższy iloraz inteligencji jest bardziej pożądanym od niższego, lecz jeśli odrzuci się paradygmaty redukcjonizmu biologicznego, co stanowi regułę dla systemów demokratycznych państw prawa, wówczas przestaną istnieć racje dla sformułowania wniosku, iż jednostka o wyższym wroście jest lepsza od niższej, silniejsza od słabszej etc. Przyjmując, że natura każdego z nas jest taka sama, uznajemy, iż posiada tę samą wartość.

...wartość dobra, jakim jest ludzkie życie, w tym życie w fazie prenatalnej (...) nie może podlegać różnicowaniu...

w znaczeniu prawnopozytywnym, byłby sprzeczny z antropologią i związaną z nią ściśle aksjologią, stanowiącą podstawę systemu prawnego współczesnego demokratycznego państwa prawa.

Erozja wskazanego wyżej fundamentu systemu norm prawnych staje się jeszcze bardziej widoczna, gdy przedmiotem rozważań nie jest negatywna selekcja zarodków, lecz pozytywna, o której mowa była w przykładzie drugim i trzecim. Możliwość wyboru zdrowego zarodka z uwagi na pewne pożądane cechy, jak np. płeć, kolor włosów, możliwy wzrost przyszłego dziecka, zakwalifikować bowiem jednoznacznie należy jako akt godzący w godność istoty ludzkiej i ją uprzedmiotawiający. Ponownie stwierdzić można, że wyższy wzrost jest czymś lepszym

podczas pierwszych faz (embrionalnych) jego rozwoju”, zaś w zaleceniu 1100 (1986) dotyczącym wykorzystywania ludzkich embrionów i płodów w badaniach naukowych Zgromadzenie Parlamentarne stwierdza: „embrion ludzki, mimo że przechodzi przez kolejne fazy w trakcie swojego rozwoju, które określa się różnymi nazwami (zygota, moruła, blastula, preimplantacyjny embrion, preembrion, embrion, płód) a także podlega postępującemu różnicowaniu jako organizm, utrzymuje ciągłość tożsamości biologicznej i genetycznej” (par. 7).

14 B. Chyrowicz, *Bioetyka: powracające pytania...*, http://www.ptb.org.pl/pdf/chyrowicz_preimplantacja_1.pdf (dostęp 1 marca 2012).

Kolejnym krokiem, wpisującym się we wspomnianą wyżej logikę wykorzystywania osiągnięć biologii i medycyny, znamionującym powrót do idei platońskich, są propozycje wykorzystania technik inżynierii genetycznej w celu poprawy biologicznego fundamentu istnienia istoty ludzkiej. Zasadniczym *telos* rzeczonych technik miałyby być, nie jak w pierwszym z opisanych przypadków usunięcie choroby poprzez usunięcie zagrożonego nią bytu, lecz wprowadzenie do genomu istoty ludzkiej nowych – zmodyfikowanych – informacji genetycznych, a przez to doprowadzenie do trwałej zmiany jej właściwości genetycznych. Podkreślić przy tym należy, że wspomniana modyfikacja może być dokonywana w dwóch celach: terapeutycznym i nieterapeutycznym. W przypadku celu terapeutycznego, jak wskazuje konotacja nazwy, interwencja bezpośrednio zmierza do wyeliminowania, ewentualnie zminimalizowania negatywnych skutków choroby. W związku z powyższym w literaturze przedmiotu częstokroć pisze się o tzw. terapii genowej¹⁵. Interwencja o charakterze nieterapeutycz-

15 A. Pfeifer, *Gene Therapy* (w:) S. Offermanns, W. Rosenthal (red.), *Encyclopedic Reference of Molecular Pharmacology*, Berlin, Heidelberg 2004, s. 392–396; S. Lock, J.M. Last, G. Dunea (red.), *The Oxford Illustrated Companion to Medicine*, New York 2001, s. 334–337; V. Bosh, *Gene Therapy* (w:) M. Schwab

nym zmierza zaś do „ulepszenia” genotypu – wprowadzenia zmian, w wyniku których określona jednostka posiadać będzie cechy uznane za pożądane¹⁶.

Możliwość modyfikacji genetycznej genomu jednostki, połączona z zarysowaną powyżej filozofią „selektywnej prokreacji”, wydaje się stanowić obecnie najpoważniejsze zagrożenie dla fundamentów aksjologicznych demokratycznego państwa prawa. Jednym z zasadniczych motywów wspomnianych modyfikacji jest w istocie – częstokroć nie uzysku-

wad lub posiadający pewne cechy pozytywne sam w sobie stanowi większą wartość aniżeli organizm ułomny, ewentualnie nieposiadający rzeczonych cech pozytywnych.

Na marginesie zauważyć należy, że tego rodzaju optyka znalazła swój wyraz w treści polskiej ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z 7 stycznia 1993 roku¹⁷. Zgodnie z art. 4a, ust. 1, pkt 2 wspomnianej ustawy przerwanie ciąży może być do-

Przyjmując, że natura każdego z nas jest taka sama, uznajemy, iż posiada tę samą wartość.

jące werbalnego wyrazu – wartościowanie istnienia ludzkiego i sprowadzanie go do sfery czysto biologicznej. Z samej istoty opisanych interwencji wynika bowiem, iż celem modyfikacji jest usunięcie określonego defektu genetycznego albo wywołanie założonego efektu pozytywnego – zaistnienie cechy lub zespołu cech uznanych za wartościowe. Konsekwentnie organizm pozbawiony określonych

konane, jeżeli badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Innymi słowy ustawodawca polski uznał, iż życie dziecka poczętego, którego jakość nie odpowiada określonym standardom, stanowi wartość odmienną od tej, jaką stanowi wartość życia dziecka poczętego wolnego od rzeczonych defektów.

(red.), *Encyclopedic Reference of Cancer*, Berlin, Heidelberg 2001, s. 351–358; P. Jones, *Living with Haemophilia*, New York 2002, s. 253–262.

16 Po raz pierwszy techniki inżynierii genetycznej zostały z powodzeniem zastosowane w 1973 r., zaś przedmiotem interwencji była komórka bakterii. Zwieńczony sukcesem zabieg, którego efekt miał dotyczyć organizmu wielokomórkowego – myszy, przeprowadzony natomiast został w 1980 roku. Wspomniany zabieg był w istocie niezwykle prosty. Pod mikroskopem umieszczono płytkę z zapłodnionymi komórkami jajowymi. Następnie, za pomocą cienkiej igły, do przedjądrza jednej z nich wstrzyknięto fragment DNA. Obcy fragment DNA został przez komórkę „uznany” za własny i włączony w strukturę jednego z chromosomów. Gdy wraz z rozwojem zarodka, a następnie płodu i w konsekwencji dojrzałego osobnika, dokonywały się podziały komórkowe, ulegał on powielaniu. Proces ten objął również komórki rozrodcze i w ten sposób modyfikacja została przekazana kolejnym pokoleniom. Por: L. Silver, *Raj poprawiony...*, op. cit., s. 226–227; S. Yanchinski, *Opening the Pandora's box of biology*, „New Scientist” z 11 września 1980 r., s. 763.

Niewątpliwie, sformułowany powyżej wniosek stoi w ewidentnej sprzeczności z systemem wartości konstytucyjnych, w tym z treścią cytowanego wyżej orzeczenia TK. Autorzy, usiłujący racjonalizować problematyczną regulację i pogodzić ją z systemem wartości konstytucyjnych, a zwłaszcza przyrodzoną ludzką godnością, która pozostaje niezależna od jakichkolwiek okoliczności istnienia istoty ludzkiej i jest wolna od wszelkich różnicowań, stwierdzają, iż pojęcie „ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia” powinno być interpretowane w kontekście wartościowania wyrażonego w sformułowaniu „nieuleczalna choroba zagrażająca jego życiu”. Konsekwentnie uznają, iż przesłanką do przerywania ciąży jest „tylko takie upośledzenie, o którym obiektywnie można powiedzieć, że stan emocjonalny matki będzie podobny do tego, w którym z góry musi się liczyć ze śmiercią dziecka, bez realnej możliwości zmiany

17 Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78.

tej sytuacji w wyniku terapii¹⁸. Celem ustawodawcy jest więc ochrona zdrowia psychicznego matki, które wydaje się być narażone na uszczerbek, z uwagi na niezwykle trudną „sytuację oczekiwania na śmierć nienarodzonego jeszcze dziecka”¹⁹.

Uznać należy, że opisana wyżej interpretacja pozwala w pewnym zakresie pogodzić przesłankę eugeniczną z systemem wartości demokratycznego państwa prawa. Postawiona powyżej dosyć mocna i jednoznaczna teza o zachwianiu systemu wartości demokratycznego państwa prawa nie jest jednak

jednostki w celu jego ulepszenia, odnotować należy, że praktyka wartościowania zdaje się wpisywać w ich istotę, co znajduje swe odzwierciedlenie także w warstwie semantycznej. Konotacja słowa „ulepszenie” jednoznacznie bowiem sugeruje, iż jednostka poddana interwencji przedstawia większą wartość (jest lepsza) aniżeli jednostka z naturalnym genotypem. Konwersem relacji „bycia lepszym” jest zaś relacja „bycia gorszym” – konsekwentnie „gorszą” nazwana w tym kontekście musi zostać jednostka niepoddana określonej interwencji.

...ustawodawca polski uznał, iż życie dziecka poczętego, którego jakość nie odpowiada określonym standardom, stanowi wartość odmienną od tej, jaką stanowi wartość życia dziecka poczętego wolnego od rzeczonych defektów.

przypadkowa. Oto dnia 6 maja 2010 r. Sąd Najwyższy jednoznacznie odrzucił opisaną interpretację art. 4a, ust. 1, pkt 2 ustawy aborcyjnej, stwierdzając wprost: „Stanowisko, że upośledzenie płodu może być uznane za ciężkie i nieodwracalne wówczas tylko, gdy zagraża życiu dziecka jest za daleko idące. (...) Przy możliwie najbardziej restrykcyjnej wykładni omawianego przepisu zdaje się nie ulegać wątpliwości, że wada płodu polegająca na niewykształceniu obu nóg i ręki i częściowej deformacji drugiej ręki stanowi ciężkie i nieodwracalne upośledzenie”²⁰. Innymi słowy SN podzielił pogląd, zgodnie z którym jakość życia przekłada się na intensywność jego ochrony.

Wracając do problematyki modyfikacji genetycznych, zwłaszcza obejmujących prawidłowy genotyp

Mechanizm wartościowania organizmów zmodyfikowanych genetycznie i wolnych od zmian możliwy jest obecnie do zaobserwowania w związku z hodowlą roślin i zwierząt. Przykładowo, szeroko rozpowszechnionymi zmodyfikowanymi genetycznie roślinami są kukurydza, ziemniaki, pomidory, buraki cukrowe oraz tytoń²¹. Celem ich modyfikacji było zwiększenie wydajności upraw poprzez wzrost odporności roślin, przystosowanie upraw do trudnych warunków, zwiększenie trwałości, poprawa składu itp. W ślad za modyfikacjami roślin poszła modyfikacja zwierząt. Jej cele są analogiczne: ułatwienie hodowli i bezpośrednio z tym związane zwiększenie zysków, m.in. poprzez przyspieszenie wzrostu zwierząt czy uodpornienie ich na określone choroby. Celem modyfikacji genetycznych zwierząt może być także doprowadzenie do po-

18 M. Królikowski, *Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej stanowiącej o dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży* (w:) L. Bosek, M. Królikowski (red.), *Współczesne wyzwania bioetyczne*, Warszawa 2010, s. 182.

19 *Ibidem*, s. 183.

20 Sygn. akt II CSK 580/09.

21 Pierwszym wprowadzonym do obrotu handlowego organizmem genetycznie zmodyfikowanym był pomidor Flavr Savr, który – za sprawą zastosowania technik inżynierii genetycznej – lepiej znosił transport niż niezmodyfikowane odmiany, a także dłużej zachowywał świeżość.

wstania w ich organizmach białek wykorzystywanych następnie jako leki²², zlikwidowanie immunologicznej bariery między człowiekiem a zwierzęciem dyskwalifikującej je jako ewentualnego dawcę organów, zwiększenie ilości wytwarzanego mleka lub wpłynięcie na jego właściwości²³ etc. Przykładowo w 2011 r. światowe media wielokrotnie donosiły o przyjsciu na świat genetycznie zmodyfikowanych krów – do struktury genetycznej krów dodano ludzkie geny – których mleko ma posiadać takie same właściwości jak ludzkie mleko, a tym samym ma nadawać się do odżywiania niemowląt, wpływając pozytywnie m.in. na rozwój ich systemu odpornościowego²⁴. Spośród bardziej egzotycznych „sukcesów” w zakresie tworzenia transgenicznych zwierząt wspomnieć można o „wyprodukowaniu” kota, którego sierść nie alergizuje, a także fosforyzujących ryb akwariowych.

Wspomniane wyżej praktyki ilustrują kierunek, w jakim – w sytuacji milczenia prawodawcy – pójść mogą interwencje genetyczne podejmowane wobec istoty ludzkiej. W jaki sposób tego rodzaju scenariusz mógłby zostać urzeczywistniony? Ze względów technicznych pierwszym krokiem wydaje się modyfikacja cech warunkowanych przez pojedyncze allele (sekwencje kodujące w obrębie jednego genu), która jednocześnie wpisuje się w system wartości określonej wspólnoty. W przypadku systemu wartości leżącego u podstaw polskiego systemu prawnego, ale zapewne i zdecydowanej większości demokratycznych państw prawa (jeśli nie wszystkich), za tego rodzaju interwencje uznać można zabiegi, których cel jest jednoznacznie terapeutyczny, np. modyfikacja alleli odpowiedzialnych za mukowiscydozę, chorobę Taya-Sachsa etc.

Kolejnym przewidywalnym krokiem okazać się może, na wzór genetycznej inżynierii roślin i zwierząt, uodpornienie istot ludzkich na określone

jednostki chorobowe, jak np. HIV. W tym jednak przypadku dochodzi do subtelnego, ale znaczącego przesunięcia: działanie, którego efekt uznany może zostać za pożądany, a także wpisujący się w system wartości demokratycznego państwa prawa – ochrona zdrowia jednostki – nie jest już rodzajowo tym samym działaniem co modyfikacja genetyczna w celu usunięcia aberracji. Pierwsza ze wspomnianych kategorii obejmowała bowiem interwencje typowo terapeutyczne (celem było leczenie), druga nie posiada już celu leczniczego, określona istota nie jest bowiem dotknięta żadną chorobą, właściwy *telos* tego rodzaju działań stanowi prewencja. W ten sposób, przesuwając punkt ciężkości na zabezpieczenie zdrowia jednostki, które w rzeczywistości może nigdy nie zostać narażone na konkretny rodzaj ryzyka, częstokroć nieświadomie doprowadza się do akceptacji interwencji, co do których nie tylko nie uzyskano konsensusu, ale które w ogóle nie stały się przedmiotem dyskursu, a nawet poprzedzającego go namysłu²⁵.

Strategia argumentacji przemawiającej na rzecz interwencji o charakterze prewencyjnym, w sensie aksjologicznym, przypomina strategię argumentacyjną na rzecz ulepszenia biologicznego fundamentu istoty ludzkiej. W obu przypadkach idzie w gruncie rzeczy o stworzenie modyfikowanej istoty ludzkiej warunków, w których prawdopodobieństwo osiągnięcia sukcesu życiowego – satysfakcjonującej jednostkę biografii – wzrośnie w stosunku do stanu wyjściowego, w tym wypadku posiadania niepoddanego modyfikacji genotypu. Zauważyć przy tym należy, że działania o tego rodzaju *telos* podejmowane są od dawna i nie tylko spotykają się z akceptacją za strony jednostek, lecz nadto w niektórych przypadkach zabezpieczone są przymusem prawnym, jak np. obowiązkowe szczepienia ochronne²⁶. Podobnie wiele działań, które prowadzą do modyfikacji otaczającej nas rzeczywistości, zmienia warunki zewnętrzne w celu uczynienia ich bardziej przyjaznymi – tworze-

22 Przykładowo dzięki modyfikacjom genetycznym krów, kóz i owiec uzyskuje się m.in. antytrombinę – czynnik krzepliwości krwi, erytropeptynę wykorzystaną w leczeniu anemii oraz antytrypsynę wykorzystywaną w leczeniu rozemdy płuc.

23 Przykładowo z mleka niektórych genetycznie zmodyfikowanych krów łatwiej można wyprodukować ser.

24 Zob. np.: R. Gray, *Genetically modified cows produce 'human' milk*, „The Telegraph” z 2 kwietnia 2011 r.

25 O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 296.

26 Por. ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. Nr 234, poz. 1570.

nie określonych instytucji prawnych, infrastruktury itp. Życie kolejnych pokoleń ma stawać się, i wielokrotnie tak jest, łatwiejsze, przyjemniejsze, pozbawione aktualnie istniejących zagrożeń.

W świetle powyższego należy pochylić się nad pytaniem: dlaczego modyfikacja genomu jednostki zabezpieczająca ją przed aktualnymi zagrożeniami lub czyniąca zdolną do tego, do czego niezdolna jest jednostka o niezmodyfikowanym genotypie, jest czymś, co może wzbudzać niepokój, zwłaszcza w kon-

inny sposób, w drugim zaś przypadku mamy do czynienia z „człowiekiem lornetką”, który nie ma możliwości modyfikacji narzuconej mu natury – poza aktem autodestrukcji.

Jeśli obecnie dodamy, że zarysowane powyżej interwencji genetyczne mogą zostać dokonane na poziomie komórek rozrodczych albo zarodkowych, oczywistym stanie się, że skutki modyfikacji obejmą nie tylko określony jednostkowy organizm, ale przełożą się na istnienie kolejnych – pochodzących od niego – poko-

...bezpośrednim przedmiotem modyfikacji jest sama jednostka, która w zasadzie nie ma żadnych możliwości krytycznego ustosunkowania się do narzucanych jej zmian.

tekście systemu wartości demokratycznego państwa prawa? Czym w istocie różnią się wieloletnie inwestycje w zdrowe dziecko, dzięki którym ma wzmocnić swe mięśnie i mieć szanse w przyszłości zdobyć medal olimpijski, od ingerencji w jego strukturę genetyczną, która umożliwi „przeskoczenie” kilku lat monotonicznych i męczących treningów? Czym różni się ofiarowanie jednostce lornetki – od modyfikacji jej wzroku, dzięki której stanie się zdolna do widzenia na duże odległości?

Odpowiedź na powyższe pytania w istocie jest niezwykle prosta. W pierwszym przypadku dochodzi do modyfikacji środowiska zewnętrznego jednostki, które ma przełożyć się na sposób istnienia samej jednostki. Jednocześnie jednostka posiada pewien zakres autonomii, w tym możliwość podjęcia decyzji, czy i w jakim zakresie poddać się wspomnianym wpływom zewnętrznym. W drugim przypadku bezpośrednim przedmiotem modyfikacji jest sama jednostka, która w zasadzie nie ma żadnych możliwości krytycznego ustosunkowania się do narzucanych jej zmian. Wracając do ostatniego z postawionych wyżej pytań, odpowiedzieć więc możemy, iż w przypadku ofiarowania jednostce lornetki mamy do czynienia z „człowiekiem z lornetką”, z której może on skorzystać w ten bądź

leń. Istota oraz rozmiar dokonanych modyfikacji wyznaczyć więc mogą biologiczne granice istnienia bliżej nieokreślonej ilości podmiotów. Jednocześnie skutki tego rodzaju delimitacji biologicznego fundamentu człowieczeństwa pociągnąć mogą za sobą daleko idące konsekwencje polityczno-prawne.

Odnotujmy, że już sama wiedza na temat genotypu jednostki stać się może potężnym narzędziem prowadzącym do jej dyskryminacji. Przykładowo: pracodawca mający dostęp do wyników testów genetycznych jednostki może odmówić jej zatrudnienia na stanowisku, z którym wiążą się znaczne inwestycje w pracownika, gdyż prawdopodobieństwo wystąpienia w perspektywie kilku lat choroby uwarunkowanej genetycznie jest u danego kandydata wyższe niż u pozostałych. Podobnie podmiot prowadzący działalność w zakresie ubezpieczeń – może odmówić zawarcia umowy z osobą, u której stwierdzone za pomocą stosownych testów prawdopodobieństwo wystąpienia choroby genetycznej byłoby wyraźnie wyższe niż u przeciętnego członka danej populacji etc.

Wracając do problematyki interwencji w genom jednostki, zauważyć należy, w ślad za Jürgenem Habermasem, że nawet niewielka modyfikacja genomu jednostki doprowadzić może do zachwiania swoistej

równowagi międzypokoleniowej i międzyludzkiej²⁷. Oto z jednej strony pojawia się podmiot, który decyduje nie tylko o istnieniu, ale także o istocie innego podmiotu. Jednocześnie poddany modyfikacji podmiot jest niejako w sytuacji bez wyjścia – nie może on w sposób obiektywny odnieść się do swego istnienia i narzuconej mu istoty, gdyż sam tę istotę stanowi. Innymi słowy, sposób myślenia, postrzegania rzeczywistości przez zmodyfikowaną jednostkę zawsze pozostawać będzie w pewnym zakresie konsekwencją

strzeżone zostały m.in. na forum Rady Europy. Równie szybko podjęto zdecydowane kroki mające zabezpieczyć aksjologiczny i biologiczny fundament ideologii praw człowieka. Podczas VII Forum Parlamentarnej Rady Europy, które odbyło się w dniach 25–26 maja 1981 r., uznano bowiem, że prawo do życia i godności ludzkiej, wyraźnie chronione normami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC) zakodowanymi w art. 2 i 3 EKPC, obejmuje m.in. prawo do dziedziczenia, niezmienionej w sposób sztuczny, struktury

...nawet niewielka modyfikacja genomu jednostki doprowadzić może do zachwiania swoistej równowagi międzypokoleniowej i międzyludzkiej.

jej zmodyfikowanej natury. Czy w tej sytuacji fikcja naturalnej równości wszystkich istot ludzkich – opierająca się w znacznym stopniu na udziale każdego w swoistej loterii genowej – utrzyma się? Czy konstrukcja przyrodzonej ludzkiej godności, stanowiąca podstawę praw i wolności człowieka, wytrzyma ciężar różnicowań związanych ze sferą biologiczną, w sposób świadomy narzucanych przyszłym pokoleniom? Czy jednostki, które zostaną poddane różnego rodzaju „ulepszającym” modyfikacjom genetycznym stanowiąc będą członków tej samej klasy społeczno-politycznej, czy też jak w państwie Platona, z natury przynależąc będą do różnych klas? Czy związany z opisanymi wyżej praktykami sposób myślenia o człowieku nie przełoży się na określanie jego miejsca w społeczeństwie?

Postawione pytania niewątpliwie dotyczą wprost paradygmatów demokratycznego państwa prawa, stając pod znakiem zapytania to, co wydawało się absolutne – z uznaniem przyrodzonej ludzkiej godności i związanej z nią wolności oraz naturalnej równości na czele²⁸. Niebezpieczeństwa te, stosunkowo wcześniej, już bowiem na przełomie lat 60. i 70. XX wieku, do-

genetycznej²⁹. Jednocześnie, podkreślając jego podstawowe znaczenie dla jednostki oraz konieczność wprowadzenia go do katalogu praw i wolności człowieka, zaakcentowano potrzebę wyraźnego sformułowania wspomnianego prawa w kontekście EKPC³⁰.

Dokumentem, który w europejskiej przestrzeni prawnej zdaje się obecnie najpełniej chronić istotę ludzką, a zarazem system wartości demokratycznego państwa prawa, przed zagrożeniami płynącymi ze strony postępu w zakresie biologii i medycyny, wydaje się być Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie³¹ (dalej: Europejska Konwencja Bioetyczna – EKB) otwarta do podpisu w Oviedo 4 kwietnia 1997 roku. Wspomniana ochrona realizowana jest na trzech zasadniczych płaszczyznach: jednostki, społeczeństwa i gatunku ludzkiego³².

27 J. Habermas, *Przyszłość natury ludzkiej. Czy zmierzamy do eugeniki liberalnej?*, Warszawa 2003, s. 71.

28 Por. F. Fukuyama, *op. cit.*, s. 117, 139–140; M. Safjan, *Wyzwania...*, s. 166 i n.

29 Par. 4.i. zalecenia Zgromadzenia Parlamentarnej RE 934 (1982) w sprawie inżynierii genetycznej.

30 *Ibidem*, par. 4.ii.

31 CETS No. 164.

32 Par. 14 sprawozdania wyjaśniającego do EKB (dalej: SEKB). Polska wersja dokumentu m.in. w T. Jasudowicz (tłum. i red.), *Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów*, Toruń 1998, s. 17–50.

Podstawową płaszczyzną ochrony praw człowieka i godności istoty ludzkiej, dominującą wyraźnie w Europejskiej Konwencji Bioetycznej, jest płaszczyzna jednostki. Płaszczyzna ta wydaje się stanowić naturalny punkt wyjścia dla wszelkich regulacji mających za cel ochronę wartości bezpośrednio sprzężonych z istnieniem konkretnego indywiduum. W kontekście rozwoju biomedycyny twórcy traktatu uznali więc za celową ochronę dóbr i interesów jednostki przed wszelkimi formami wyłącznych interesów zbiorowych (art. 2 EKB). Potwierdzono w związku z tym zasadę, zgodnie z którą wszelka interwencja w dziedzinie zdrowia wymaga swobodnej i świadomej zgody jednostki, która ma być jej poddana (art. 5 EKB), zapewniono każdej osobie prawo dostępu do informacji o jej stanie zdrowia (art. 10 EKB), wykluczono komercjalizację ciała zarówno jako całości, jak i jego części (rozdz. VII EKB) itp. W kontekście aktów bezpośrednio uprzedmiotawiających jednostkę, poprzez sprowadzenie jej istoty do określonych cech biologicznych, twórcy traktatu wprowadzili zakaz dyskryminacji osoby na podstawie jej dziedzictwa genetycznego (art. 11 EKB). Ponadto ograniczyli możliwość wykonywania prognozujących testów genetycznych jedynie dla celów zdrowotnych oraz eksperymentów naukowych związanych z celem zdrowotnym (art. 12 EKB). Zakazano także wykorzystywania technik medycznie wspomaganey prokreacji w celu wybrania płci dziecka za wyjątkiem przypadków, w których chodzi o uniknięcie choroby dziedzicznej związanej z płcią dziecka (art. 14 EKB).

Druga ze wspomnianych płaszczyzn dotyczy ochrony jednostki jako członka społeczeństwa, rozumianego jako wspólnota praw i wartości. Płaszczyzna ta istotna jest zwłaszcza w ramach zasady demokratycznego państwa prawa, zgodnie z którą określone działania, w tym związane z realizacją postępu w biomedycynie, jak i konsumpcją jego efektów, powinny uzyskać aprobatę wspólnoty politycznej. W tym celu twórcy Konwencji podkreślili znaczenie debaty publicznej obejmującej podstawowe kwestie dotyczące rozwoju biomedycyny (art. 28 EKB). Naturalnie warunkiem *sine qua non* rzeczowej debaty publicznej jest dostarczenie jej stronom niezbędnych informacji obejmujących jej przedmiot oraz cel. Z tego też względu państwa – strony Konwencji zobowiązane zostały do podejmowania kroków niezbędnych do zaznajo-

mienia opinii publicznej z istotą oraz implikacjami poszczególnych problemów bioetycznych w aspekcie medycznym, społecznym, gospodarczym, etycznym i prawnym³³.

Znaczenie wartości wspólnotowych uwidocznił ponadto zostało we wspomnianym już art. 2 EKB, ustanawiającym prymat interesów i dobra istoty ludzkiej nad wyłącznym interesem społeczeństwa lub nauki. Jak podaje CDBI (*Steering Committee on Bioethics* – Komitet Kierujący ds. Bioetyki) w sprawozdaniu wyjaśniającym do Konwencji przymiotnik „wyłączny” oznacza, iż interesy społeczeństwa lub nauki nie mogą być marginalizowane. Jednocześnie, zgodnie z zasadą demokratycznego państwa prawa, wchodzą one w grę, gdy – co do zasady – wykluczona jest możliwość naruszenia dobra i interesów istoty ludzkiej. Od wspomnianej reguły przewidziany jest jednak jeden wyjątek – wyrażony w art. 26 EKB – a mianowicie przewidziane w Konwencji prawa mogą być ograniczone, gdy stosowne ograniczenie przewidziane jest przez prawo i jest konieczne w społeczeństwie demokratycznym dla ochrony bezpieczeństwa publicznego, zapobiegania przestępczości, ochrony zdrowia publicznego lub praw i wolności innych osób. Przykładowo, poważna choroba zakaźna może uzasadniać podjęcie decyzji o izolowaniu jednostki³⁴. Podkreślić jednak należy, że ochrona interesu zbiorowego w żadnej sytuacji nie może prowadzić do dyskryminacji osoby z uwagi na jej dziedzictwo genetyczne (art. 11 EKB), niedozwolonej modyfikacji genomu ludzkiego (art. 13 EKB), selekcji płci przyszłego dziecka (art. 14 EKB), osłabienia ochrony osób podlegającym eksperymentom (art. 16 EKB) lub niezdolnych do wyrażenia na nie zgody (art. 17 EKB), obniżenia standardów konwencyjnych dotyczących pobierania dla celów transplantacyjnych organów i tkanek od żyjących dawców (art. 19 i 20 EKB), a także czerpania korzyści finansowych z ludzkiego ciała lub jego części (art. 21 EKB).

33 Szerzej: E. Borst-Eilers, *The Role of Public Debate and Politics in the Implementation of The Convention* (w:) J.K.M. Gevers, E.H. Hondius, J.H. Hubben (red.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, Boston 2005, s. 247–254.

34 Par. 151 sEKB.

Trzecia ze wspomnianych wyżej płaszczyzn dotyczy ochrony gatunku ludzkiego jako takiego. Twórcy Konwencji przyznali bowiem, iż rozwój nauk przyrodniczych, a zwłaszcza inżynierii genetycznej, obok niekwestionowanych przez nikogo dobrodziejstw niesie ze sobą trudne do przewidzenia w swych skutkach zagrożenia dla wizji jednostki ludzkiej, która – jak opisano wyżej – stanowi podstawę porządku polityczno-prawnego demokratycznego państwa prawa. Z tego też względu, już w art. 1 EKB, określającym jej

zane są modyfikacje genetyczne gamet przeznaczonych do zapłodnienia³⁶.

Warto w tym miejscu wspomnieć, iż potrzeba ochrony gatunku ludzkiego, w jego granicach określonych przez naturę, z uwagi na możliwe implikacje dla współczesnych systemów polityczno-prawnych, dostrzeżona została również na forum Organizacji Narodów Zjednoczonych. W przyjętej jednogłośnie 11 listopada 1997 r., podczas 29 sesji Konferencji Generalnej UNESCO, Powszechnej deklaracji o genomie

Jednostka chroniona jest jako indywiduum, na którego istnienie ma wpływ określony genotyp, warunkujący cechy indywidualne, jak i przedstawiciel gatunku *homo sapiens*, którego kształt wyznaczają czynniki genetyczne, wspólne wszystkim przedstawicielom rodziny ludzkiej.

przedmiot i cel, podkreślili potrzebę ochrony tożsamości wszystkich istot ludzkich. Tożsamość ta obejmuje dwa obszary: osobniczy i gatunkowy. Jednostka chroniona jest więc jako indywiduum, na którego istnienie ma wpływ określony genotyp, warunkujący cechy indywidualne (wymiar jednostkowy), jak i przedstawiciel gatunku *homo sapiens*, którego kształt wyznaczają czynniki genetyczne, wspólne wszystkim przedstawicielom rodziny ludzkiej³⁵.

Obok art. 1 ochrona fundamentu genetycznego istoty ludzkiej przewidziana jest także w art. 13 EKB, zgodnie z którym interwencja zmierzająca do modyfikacji genomu ludzkiego może być podjęta jedynie dla celów prewencyjnych, diagnostycznych lub terapeutycznych, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, iż jej *telos* nie jest związany z wprowadzeniem jakiegokolwiek zmiany z genomie jakiegokolwiek potomstwa. W szczególności, z uwagi na ich konsekwencje, zaka-

ludzkim i prawach człowieka *expressis verbis* stwierdzono, że „Genom ludzki jest podstawą zasadniczej jedności wszystkich członków rodziny ludzkiej i uznania ich wrodzonej godności i różnorodności”³⁷. Zapis ten wyraża m.in. zaznaczone już na wstępie przekonanie, iż konstrukcja biologiczna istot ludzkich wraz z jej interpretacją stanowią fundament instytucji społecznych i prawnych.

Doceniając znaczenie tożsamości genetycznej istoty ludzkiej, jako przedstawiciela gatunku *homo sapiens*, państwa skupione w UNESCO uznały genom ludzki za wspólne dziedzictwo ludzkości w sensie symbolicznym. Użycie konstrukcji „wspólnego dziedzictwa ludzkości” w odniesieniu do genomu ludzkiego oznacza, że stanowi on dobro niepodlegające zawłaszczeniu, co w kontekście rozwoju biomedycyny należy m.in. rozumieć jako synonim zwrotu „wolne od arbitralnej ingerencji”. Konsekwentnie każde państwo ma moral-

35 Par. 14, 15 i 89 sEKB.

36 Par. 92 sEKB.

37 Por. art. 1 deklaracji.

ny obowiązek podejmowania działań zmierzających do zachowania i przekazania niezmienionej w sposób sztuczny natury ludzkiej przyszłym pokoleniom. Logicznie, za sprzeczne z tym obowiązkiem należy uznać próby „ulepszania” natury ludzkiej.

państwa prawa i zastąpienia ich innymi, np. proponowanymi przez Platona.

Swoistym pocieszeniem dla osób uznających wartość demokratycznego państwa prawa pozostaje fakt, iż wizja Platona oparta została – jak sam przyznał – na

...konstrukcja biologiczna istot ludzkich wraz z jej interpretacją stanowią fundament instytucji społecznych i prawnych.

Pomimo powszechnego odrzucania platońskiej wizji istoty ludzkiej w ramach porządków demokratycznych, myśl starożytnego filozofa dla wielu zachowuje swoją atrakcyjność. Co więcej, zdaniem części interpretatorów efektów rozwoju biomedycyny nauka zdaje się dostarczać nowych argumentów na rzecz prawdziwości poglądów Platona, zaś redukcjonizm biologiczny połączony z utylitarnym wartościowaniem prowadzi do swoistego renesansu myśli eugenicznej. Warto zatem odnotować, iż w debatach publicznych – także tych dotyczących polityki prawa, toczonych na salach parlamentarnych – poglądy odnoszące wartość życia jednostki do jego jakości formułowane są coraz głośniej, coraz odważniej. Co ważniejsze, zaczynają one uzyskiwać formę projektów aktów prawnych. Wobec powyższego należy wyraźnie podkreślić, iż są one sprzeczne z systemem wartości demokratycznego państwa prawa, przy czym wspomniana sprzeczność dotyczy wartości wpisujących się w jego istotę. Naturalnie, nie oznacza to, że wspomniane poglądy nie mogą uzyskać akceptacji większości. Mogą, jednakże ich akceptacja doprowadzić musi do odrzucenia paradygmatów uznawanych w ramach konstrukcji

gigantycznym kłamstwie. „To nic nowego – stwierdza platoński Sokrates – to jakaś bajka fenicka (...). A żeby to w kogoś wmówić, trzeba by wielu słów. (...) Wy tu wszyscy w państwie jesteście braćmi, tak będziemy im dalej ten mit opowiadali, ale bóg, który was formował, wpuścił w okresie powstawania i wmieszał trochę złota w tych z was, którzy są zdolni do rządów. Dlatego oni są najcenniejsi. A w pomocników srebro. A żelazo i brąz w rolników i w tych, co inne uprawiają rzemiosła”³⁸. Następnie Sokrates zwraca się z pytaniem, do swego rozmówcy Glaukona, czy istnieje możliwość, by ktokolwiek z obywateli utopijnej *polis* mógł w to kłamstwo uwierzyć. „Nigdy – powiada – żeby uwierzyli oni sami. Ale gdyby chociaż ich synowie i wnuki, i inni ludzie, którzy kiedyś przyjdą”³⁹. Pytanie, jakie się w związku z tym nasuwa, brzmi: czy my, którzy jesteśmy świadkami rewolucji biotechnologicznej, jesteśmy tymi, którzy nie uwierzą w tego rodzaju kłamstwa, czy też ich dziećmi, które w nich wyrosły?

³⁸ Platon, *Państwo*, 414 c–415 c.

³⁹ *Ibidem*, 415 d.

Marcin Warchot

Przedawnienie zbrodni komunistycznych – zagadnienia wybrane



Marcin Warchot

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Postępowania Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. W 2011 r. stypendysta Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht we Freiburgu. Od 2008 r. Główny Specjalista w Wydziale Postępowania Sądowego w sprawach karnych w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich. Wiceprezes Fundacji Ius et Lex. Autor wielu publikacji naukowych, w tym współredaktor książki pt. „Europejski kodeks postępowania karnego”.

Prescription of Communist Crimes

In 1995, Polish legislator made it impossible to bring the perpetrators of communist crimes to justice. The perpetrators of some of the communist crimes such as battery or maltreatment, committed before 1989 cannot be held responsible for their offences, because the Supreme Court in its ruling of May 25, 2010, expressed the view that these acts were prescribed. I don't agree with this judgment because the prescription period was never able to get running. In 1995 the State gave up the prosecution of the crimes that were most common in the communist state. These regulations meant that the victims had been completely deprived of legal protection, which violated their right to court (Article 6 ECHR). The rules, introduced in 1995, still have effects nowadays – as the courts or prosecutors drop the case due to the prescription. The Supreme Court overrules the convicting judgments in favour of the communist criminals on the basis of prescription. The perpetrators of these crimes have obtained immunities from prosecution due to the State's omission. Therefore, these privileges should be cancelled as obtained in the wrongful way. These above arguments and considerations of historical truth require lodging a complaint against them to the Constitutional Tribunal.

I. Zagadnienie przedawnienia zbrodni komunistycznych¹ popeł-

¹ Art. 2. 1 ustawy o IPN: „Zbrodniami komunistycznymi, w rozumieniu ustawy, są czyny popełnione przez funkcjonariuszy państwa komunistycznego w okresie od dnia 17 września 1939 r. do dnia 31 lipca 1990 r., polegające na stosowaniu represji lub innych form naruszania praw człowieka

wobec jednostek lub grup ludności bądź w związku z ich stosowaniem, stanowiące przestępstwa według polskiej ustawy karnej obowiązującej w czasie ich popełnienia. Zbrodniami komunistycznymi są również czyny popełnione przez tych funkcjonariuszy w okresie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, zawierające znamiona czynów zabronionych określonych w art. 187, 193 lub 194 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia

nionych przez funkcjonariuszy reżimu komunistycznego, które nie były ścigane przed dniem 1 stycznia 1990 r., stanowi w ostatnim okresie przedmiot rozważań zarówno Sądu Najwyższego², jak i stało się ono kanwą wystąpienia przez Sąd Okręgowy w Krakowie do Trybunału Konstytucyjnego³ o zbadanie zgodności z Konstytucją m.in. przepisu art. 4 ust. 1a ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (dalej: ustawa o IPN)⁴ oraz art. 9 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (dalej: p.w.k.k.)⁵.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 25 maja 2010 r. wyraził pogląd, iż „Przepis art. 4 ust. 1a ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 2007 r. Nr 63, poz. 424 ze zm.) nie stanowi samodzielnej podstawy normatywnej do ustalania terminu przedawnienia karalności zbrodni komunistycznych

określonych w art. 2 ust. 1 tej ustawy, a przy ustalaniu tym konieczne jest uwzględnienie przepisów regulujących przedawnienie karalności przestępstw zawartych w przepisach Kodeksu karnego z 1969 r. (po nowelizacji z dnia 7 lipca 1995 r., Dz.U. Nr 95, poz. 475), Kodeksu karnego z 1997 r. oraz ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 554 ze zm.)”⁶. W ślad za tą tezą pojawiły się orzeczenia, które ugruntowują jednoznaczność w tej materii linię orzeczniczą⁶. Poprzez te rozstrzygnięcia Sąd Najwyższy uwzględnił kasacje wnoszone na korzyść funkcjonariuszy państwa komunistycznego, skazywanych za popełnienie zbrodni komunistycznych.

2.

Celem unaocznienia problemu warto przedstawić realia jednej ze spraw, które stanowiły podstawę wypowiedzenia powyższego poglądu orzeczniczego. Wyrokiem z dnia 25 czerwca 2008 r. Sąd Okręgowy w R. uznał oskarżonego za winnego tego, że „w dniu 25 czerwca 1976 r. w R., będąc funkcjonariuszem państwa komunistycznego – funkcjonariuszem Zmоторyzowanych Odwodów Milicji Obywatelskiej – na-

11 lipca 1932 r. – Kodeks karny albo art. 265 § 1, art. 266 § 1, 2 lub 4 lub art. 267 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, dokonane przeciwko dokumentom w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (Dz.U. Nr 218, poz. 1592 i Nr 249, poz. 1832 oraz z 2007 r. Nr 25, poz. 162) na szkodę osób, których te dokumenty dotyczą”.

2 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2010 r. I KZP 5/10, OSNKW 2010/7/55, Biul. SN 2010/5/20.

3 Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 stycznia 2010 r., P 14/09.

4 Art. 4 ust. 1a ustawy o IPN: „Bieg terminu przedawnienia zbrodni komunistycznych, w rozumieniu art. 2, niebędących zbrodniami wojennymi lub zbrodniami przeciwko ludzkości, rozpoczyna się od dnia 1 sierpnia 1990 r. Karalność tych zbrodni ustaje po 40 latach, gdy czyn stanowi zbrodnię zabójstwa, oraz po 30 latach, gdy czyn stanowi inną zbrodnię komunistyczną. Przepisu art. 4 § 1 Kodeksu karnego nie stosuje się”.

5 Art. 9 § 1 p.w.k.k.: „Bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji, rozpoczyna się od dnia 1 stycznia 1990 r. Przepis art. 4 § 1 Kodeksu karnego nie ma w takich wypadkach zastosowania”.

6 Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 5 sierpnia 2010 r., III KK 63/10, LEX nr 603784: „Przepis art. 4 ust. 1a ustawy z 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu nie stanowi samodzielnej podstawy normatywnej do ustalania terminu przedawnienia karalności zbrodni komunistycznych określonych w art. 2 ust. 1 tej ustawy”. Tożsamy pogląd został wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 sierpnia 2010 r., III KK 62/10, LEX nr 603783: „Przepis art. 4 ust. 1a ustawy z 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu nie stanowi samodzielnej podstawy normatywnej do ustalenia terminu przedawnienia karalności zbrodni komunistycznych określonych w art. 2 ust. 1 tej ustawy”; a także w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2011 r., V KK 4/11, LEX nr 735591, Biul. PK 2011/3/10: „Przepis art. 4 ust. 1 ustawy o IPN w pierwotnym brzmieniu określał na nowo moment rozpoczęcia biegu okresu przedawnienia, ale nie zmieniał długości tych okresów wynikających z norm powszechnego prawa karnego. Zmiana okresów przedawnienia przestępstw uznanych za zbrodnie komunistyczne nie uchyliła skutków przedawnienia, które już nastąpiło. Okres przedawnienia, który już upłynął nie może bowiem odżyć na skutek zmiany przepisów – wprowadzonej już po jego zakończeniu”.

ruszył prawa człowieka w związku ze stosowaniem przez ówczesną władzę publiczną represji wobec uczestników protestu społecznego mającego miejsce

rzyć oskarżonego, wniesioną przez Dyrektora Głównej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu – Zastępcę Prokuratora Generalnego.

...Sąd Najwyższy uwzględni kasacje wnoszone na korzyść funkcjonariuszy państwa komunistycznego, skazywanych za popełnienie zbrodni komunistycznych.

w dniu 25 czerwca 1976 r. w R. w ten sposób, że podczas czynności doprowadzania zatrzymanego Janusza G., po uprzednim zadaniu mu co najmniej dwóch kopnięć w nogi, wziął udział w jego pobiciu poprzez to, że (...) w trakcie wprowadzania go, wraz z innym funkcjonariuszem, po schodach budynku Komendy Wojewódzkiej Milicji Obywatelskiej w R., na których stali ustawieni w dwóch szeregach funkcjonariusze MO, przytrzymał pokrzywdzonego w momencie, gdy funkcjonariusze ci zadali mu co najmniej kilkanaście ciosów pałkami szturmowymi po plecach, nogach i dwukrotnie rączką takiej pałki w brzuch, czym naraził go na bezpośrednie niebezpieczeństwo ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia”, kwalifikując ten czyn – przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. – z art. 158 § 1 k.k.⁷ z 1969 r. w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy o IPN. Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i na podstawie art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k., w zw. z art. 105 § 1 pkt 3 k.k. z 1969 r. i w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy o IPN w brzmieniu obowiązującym do dnia 12 maja 1999 r., umorzył wobec Janusza N. postępowanie karne ze względu na przedawnienie karalności⁸. Z kolei Sąd Najwyższy uznał jako oczywiście bezzasadną kasację, na nieko-

Z kolei w sprawie, w której Sąd Okręgowy w Krakowie wystąpił z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego w związku z postanowieniem z dnia 29 stycznia 2009 r., IV Ka 904/08, czyny zarzucone obu oskarżonym miały miejsce w dniu 8 lipca 1980 r., czyli pod rządami kodeksu karnego z 1969 r., natomiast śledztwo przeciwko tym byłym funkcjonariuszom ówczesnej Służby Bezpieczeństwa wszczęto dopiero w 2006 r., w czasie obowiązywania już kodeksu karnego z 1997 roku. Sąd Rejonowy w Krakowie skazał obu oskarżonych za przestępstwa z art. 207 § 1 k.k. (znęcanie się) w zw. z art. 2 ust 1 ustawy o IPN⁹.

7 Zgodnie z art. 158 § 1 k.k. z 1969 r., kto bierze udział w bójce lub pobiciu, w których naraża się człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

8 Zob. wym. w przyp. 6 wyrok SN z dnia 5 sierpnia 2010 r. III KK 63/10.

9 Przepis art. 2 ust 1 ustawy o IPN stanowi, iż „Zbrodniami komunistycznymi, w rozumieniu ustawy, są czyny popełnione przez funkcjonariuszy państwa komunistycznego w okresie od dnia 17 września 1939 r. do dnia 31 lipca 1990 r., polegające na stosowaniu represji lub innych form naruszania praw człowieka wobec jednostek lub grup ludności bądź w związku z ich stosowaniem, stanowiące przestępstwa według polskiej ustawy karnej obowiązującej w czasie ich popełnienia. Zbrodniami komunistycznymi są również czyny popełnione przez tych funkcjonariuszy w okresie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, zawierające znamiona czynów zabronionych określonych w art. 187, 193 lub 194 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny albo art. 265 § 1, art. 266 § 1, 2 lub 4 lub art. 267 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, dokonane przeciwko dokumentom w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (Dz.U. Nr 218, poz. 1592 i Nr 249,

3.

Powyższe orzeczenia, czy to Sądu Najwyższego, czy Sądu Okręgowego w Krakowie zapadły w następującym stanie prawnym. W chwil dokonania wymienionych czynów – w pierwszej sprawie w dniu 25 czerwca 1976 r., w drugiej w dniu 8 lipca 1980 r. – popełnione przez funkcjonariuszy przestępstwa, takie jak pobicie (art. 158 § 1 k.k. z 1969 r.) czy znęcanie się (art. 184 § 1 k.k. z 1969 r.), zagrożone były karą, odpowiednio,

riuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji, rozpoczyna się od dnia 1 stycznia 1990 r. Przepis art. 2 § 1 k.k. nie ma w takich wypadkach zastosowania.

W świetle brzmienia tego przepisu popełnione przez oskarżonych czyny przedawniłyby się w dniu 1 stycznia 1995 r., jako że okres przedawnienia wynosił 5 lat¹¹.



Ustawodawca w 1995 r. stwierdził, że nie należy ścigać części zbrodni komunistycznych zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, gdzie górna granica tej kary wynosiła lat 5.

do 3 lat pozbawienia wolności i, w przypadku znęcania się, od 6 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności. W świetle art. 105 § 1 pkt 3 k.k. z 1969 r. okres przedawnienia takich czynów wynosił 5 lat.

Tego rodzaju czyny w okresie do 1 stycznia 1990 r. z oczywistych względów nie były ścigane. Nierzadko nie podejmowano ich ścigania także po tej dacie. Byłoby to zresztą niemożliwe ze względu na przedawnienie karalności, któremu uległy w okresie pięciu lat od ich popełnienia.

Dopiero w dniu 20 listopada 1995 r. weszła w życie ustawa z dnia 12 lipca 1995 r. – o zmianie Kodeksu karnego. Dodany przez nią §2 do art. 108 k.k. stanowił, iż bieg terminu przedawnienia¹⁰ umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, popełnionych przez funkcyj-

Jak wynika z powyższego, ustawodawca dyspozycją tego przepisu zamierzał objąć wyłącznie groźniejsze przestępstwa, na co wskazuje określenie granicy ich zagrożenia – powyżej 3 lat, z jednoczesnym uznaniem, iż pozostałe czyny uległy przedawnieniu jeszcze przed 1990 r. Ustawodawca w 1995 r. stwierdził, że nie należy ścigać części zbrodni komunistycznych zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, gdzie górna granica tej kary wynosiła lat 5.

Zatem w opisanych powyżej sprawach: pobicie dokonane w 1976 r. uległo przedawnieniu w 1981 r., zaś przestępstwo znęcania się – w dniu 1 stycznia 1995 r.

W tym miejscu zasadne jest zgłoszenie wątpliwości co do racjonalności ustawodawcy, który w dniu 12 lipca 1995 r. uniemożliwia *de iure* ściganie części przestępstw, i to tak powszechnych w okresie 1944–1989 jak np. pobicie, zaś wobec występów zagrożonych karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności, jak np. znęcanie się, stwierdza, iż uległy przedawnieniu kilka miesięcy wcześniej, to jest w dniu 1 stycznia 1995 r. Ta decyzja ustawodawcy nie znajduje żadnego

poz. 1832 oraz z 2007 r. Nr 25, poz. 162) na szkodę osób, których te dokumenty dotyczą”.

10 Zgodnie z art. 105. § 1 kk z 1969 r.: Karalność przestępstwa ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęło lat:

- 1) 30 – gdy czyn stanowi zbrodnię,
- 2) 10 – gdy czyn stanowi występki zagrożony karą pozbawienia wolności przekraczającą lat 5,
- 3) 5 – gdy chodzi o pozostałe występki.

11 Zgodnie z art. 2, § 1 k.k. z 1969 r.: jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawy.

uzasadnienia, ani prawnego, ani aksjologicznego. Co więcej, o nieracjonalności ówczesnego ustawodawcy świadczy analiza procedury legislacyjnej dotyczącej projektu ustawy o zmianie ustawy o Głównej Komisji Badania Zbrodni Hitlerowskich w Polsce – Instytucji Pamięci Narodowej przygotowanego przez Komisję Sprawiedliwości i Komisję Ustawodawczą Sejmu. Pierwotnie właściwość rzeczowa Głównej Komisji została ograniczona czasowo jedynie do dnia 31 grudnia 1956 r. i mowa jest w projekcie jedynie o zbrodniach stalinowskich, a nie komunistycznych. W trakcie 55. posiedzenia Sejmu w dniu 4 kwietnia 1991 r. uzasadnienie projektu przedstawił poseł Stanisław Rogowski, który stwierdził: „Komisje uznały, iż mimo że także po 31 grudnia 1956 r. miały miejsce podobne czyny, to jednak rok 1956 stanowi istotną cezurę i zamyka pewien etap szczególnie negatywnej działalności polskich władz państwowych, określane także w literaturze pojęciem okresu stalinowskiego. (...) Oczywiście rozwiązanie takie nie tamuje wszczynania ewentualnych postępowań, których przedmiotem byłyby zbrodnicze czyny popełnione po tym terminie. Przyjęcie go w niniejszej ustawie wytycza jedynie zakres kompetencji Głównej Komisji. (...) W ust. 1 art. 2b zawarta została zasada nieprzedawniania tylko takich zbrodni stalinowskich, które stanowią zarazem zbrodnię wojenną lub zbrodnię przeciwko ludzkości. Inne rozwiązanie stanowiłoby wyłom w zasadach prawa międzynarodowego, a także prawa polskiego w zakresie przedawnienia ścigania i karania przestępstw”¹².

12 Jak wskazał SN w cytowanej uchwale z 25 maja 2010 r. „Pierwszą regulacją w tym zakresie była ustawa z dnia 4 kwietnia 1991 r. o zmianie ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o Głównej Komisji Badania Zbrodni Hitlerowskich w Polsce – Instytucji Pamięci Narodowej (Dz.U. Nr 45, poz. 195). Wprowadzała ona do znowelizowanej ustawy definicję zbrodni stalinowskiej, jako »przestępstwa na szkodę jednostek lub grup ludności, popełnione w okresie do 31 grudnia 1956 r. przez władze państwa komunistycznego albo przez nie inspirowane lub tolerowane« (art. 2a). Ustawa stwierdzała, że zbrodnie hitlerowskie, stalinowskie, zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko ludzkości nie ulegają przedawnieniu, dodatkowo konstruując odrębną definicję »zbrodni przeciwko ludzkości« (art. 2b ust. 2). Ograniczenie okresu, w jakim mogły być popełnione »zbrodnie stalinowskie«, niejasność definicji ustawowych oraz rozwiązań dotyczących przedawnienia stały się

Zasadnicze zastrzeżenia musi budzić takie ograniczenie cezury czasowej, pozostawiające poza kognicją Głównej Komisji choćby takie wydarzenia jak: w Poznaniu w 1956 r., na Wybrzeżu w 1970 r., w Radomiu w 1976 r. czy na Śląsku w 1981 r.

Przywołana wyżej decyzja ustawodawcy z 12 lipca 1995 r. o nieściganiu czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej 5 lat wpisuje się w powyższą niezrozumiałą praktykę ustawodawczą, godzącą w pierwszym rzędzie w dobra prawne osób pokrzywdzonych zbrodniami komunistycznymi, a nie tylko stalinowskimi, i to także w okresie po 1956 r.

Sytuacja uległa zmianie w 1998 r. po wejściu życie kodeksu karnego z 1997 r., a więc trzy lata po upływie okresu przedawnienia, obliczonego na podstawie przepisów z 1995 r.

Kodeks karny z 1997 r. wprowadził w art. 101 § 1 pkt 3: 10-letni okres przedawnienia dla czynów, które zagrożone były karą przekraczającą 3 lata pozbawienia wolności. Odpowiednikiem zaś art. 185 § 1 k.k. z 1969 r. (znęcanie się) jest art. 207 § 1 k.k. z 1997 r., który za to przestępstwo przewiduje karę pozbawienia wolności w rozmiarze od 3 miesięcy do lat 5.

Przepis art. 9 § 1 p.w.k.k. powtórzył rozwiązanie przyjęte w nowelizacji kodeksu karnego z 1969 r. – dokonanej z 1995 r. i ponownie wskazał jako początek biegu przedawnienia dla czynów, zagrożonych karą powyżej 3 lat pozbawienia wolności, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – dzień 1 stycznia 1990 r. Ponieważ jednak tenże art. 9 § 1 p.w.k.k. zawiera zdanie drugie w brzmieniu „Przepis art. 4 § 1 Kodeksu karnego nie ma w takich wypadkach zastosowania”, oznacza to, że nie można stosować, względniejszych (korzystniejszych) dla sprawców przepisów kodeksu karnego z 1969 r., nawet w brzmieniu po nowelizacji uchwalonej w 1995 r. To samo rozwiązanie

przedmiotem krytycznego wystąpienia Trybunału Konstytucyjnego, który postanowieniem z dnia 25 września 1991 r., S 6/91 (LEX nr 25373) sygnalizował Sejmowi, że ustawa ta nie jest spójna z systemem prawnym obowiązującym w Polsce. Znowelizowana w 1991 r. ustawa nie stanowiła skutecznego narzędzia w ściganiu nie tylko »zbrodni stalinowskich«, ale także innych przestępstw popełnianych przez funkcjonariuszy państwa totalitarnego i przez nie tolerowanych”.

znajduje się w art. 4 ust. 1a ustawy o IPN. W toku kolejnych nowelizacji przyjęto tam, że bieg przedawnienia zbrodni komunistycznych biegnie nie od 1 stycznia, ale od 1 sierpnia 1990 r. Wprowadzono też nowe terminy przedawnienia – dla czynów odpowiadających tym, jakie przypisano oskarżonym – 30 lat¹³.

W dniu 13 maja 1999 r. wszedł w życie art. 4 ust. 1a ustawy o IPN w nowym brzmieniu, który przewiduje dla zbrodni komunistycznych dłuższe terminy przedawnienia, aniżeli we wcześniejszym ustawodaw-

ona karalność czynów zagrożonych karą poniżej 3 lat pozbawienia wolności, a więc tych, które ustawodawca w 1995 r. w pewnym sensie „darował i puścił w niepamięć”.

4.

W praktyce orzeczniczej zarówno sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego do wymienionej uchwały z dnia 25 maja 2010 r. panowała w tej mierze rozbieżność poglądów.

...czy ustawodawca w 1998 r. wprowadzając w życie nowy kodeks karny spowodował „odżycie” terminu przedawnienia?

stwie, to jest 30 lat dla zabójstw będących zbrodniami komunistycznymi i 20 lat dla innych zbrodni komunistycznych, liczone od dnia 1 stycznia 1990 r., a po kolejnej nowelizacji, która weszła w życie dnia 15 marca 2007 r. (Dz.U. z 2006 r. Nr 218, poz. 1592), odpowiednio, okresy 40 i 30 lat, liczone od dnia 1 sierpnia 1990 r.

Wobec powyższego zachodzi pytanie, czy ustawodawca w 1998 r., wprowadzając w życie nowy kodeks karny, spowodował „odżycie” terminu przedawnienia, które już raz nastąpiło, ustanawiając 10-letni okres przedawnienia omawianych tu czynów. Odpowiedź pozytywna na to pytanie nakazywałaby przyjąć, iż nowelizacja ustawy o IPN (art. 4 ust. 1a), która weszła w życie w dniu 13 maja 1999 r. niejako „chwyciła w locie” bieg 10-letniego terminu przedawnienia dla przestępstw zagrożonych karą powyżej 3 lat pozbawienia wolności, a poniżej lat 5, wydłużając ten 10-letni okres na lat 20.

Przy zaakceptowaniu tezy o możliwości odżycia terminu przedawnienia pojawia się drugie istotne znaczenie tej ustawy, zgodnie z którym przywraca

Pierwsze stanowisko przyjmowało odżycie na nowo terminu przedawnienia. Uznał tak Sąd Okręgowy we Wrocławiu w postanowieniu z dnia 24 sierpnia 2009 r., IV 610/09, w sprawie dotyczącej oskarżonego, któremu zarzucono czyn z art. 158 § 1 k.k. w zw. z art. 2 ustawy o IPN. Sąd stwierdził, iż „należy dokonąć wykładni celowościowej ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o IPN. Zgodnie z preambułą ustawy wydana została między innymi dlatego, by żadne bezprawne działania przestępcze przeciwko obywatelom nie mogły być chronione tajemnicą, ani nie mogą ulec zapomnieniu. W dalszej części ustawy w art. 2 ust. 1 przedstawia się definicję zbrodni komunistycznej, jako czynów popełnionych przez funkcjonariuszy państwa komunistycznego w okresie od 17 września 1939 r. do 31 lipca 1990 r. polegające na stosowaniu represji itd. Z powyższego wynika więc, iż celem ustawodawcy jest m.in. ściganie przestępstw określonych w pkt 1 lit. „a” ustawy, a więc także zbrodni komunistycznych. Jeżeli więc cele ustawy zostały tak postawione, to rozumowanie, iż równocześnie ustawodawca zgadza się na umorzenie postępowań karnych w stosunku do czynów stanowiących represję z użyciem przemocy, stosowanej przez funkcjonariuszy publicznych, jest wysoce wątpliwe i nielogiczne. W pierwotnym brzmieniu w przepisie art. 4 ust. 1 ustawodawca wprowadził jedynie początek biegu terminu przedawnienia zbrodni

13 W świetle powyższych przepisów ustawodawca przewidział różne daty rozpoczęcia przedawnienia zbrodni komunistycznych. Przedawnienie zbrodni komunistycznych nastąpiłoby w 2030 r. (w styczniu lub sierpniu – w zależności od zastosowania p.w.k.k. lub ustawy o IPN).

komunistycznych na 1 stycznia 1990 r.” Zdaniem Sądu Okręgowego „wyprowadzenie z tego zapisu instytucji prawnych przedawnienia według przepisów kodeksu karnego jest nieuprawnione. Kontynuując wykładnię celowościową, to nowelizacja wprowadzona 13 maja 1999 r. najlepiej wyjaśnia, jakie rzeczywiście były intencje ustawodawcy co do terminów przedawnienia. Gdyby było inaczej, ustawodawca niewątpliwie wprowadziłby rozwiązania prawne związane z procedurą umorzeń postępowań karnych w stosunku do osób, którym przedstawiono zarzut chociażby z art. 158 § 1 kk. Również w sprawach nieuregulowanych przez ustawę wprowadziłby normę, iż należy stosować kodeks karny w całości lub chociażby w części dotyczącej przepisów o przedawnieniu. Podobne odniesienia musiały zostać zawarte w przepisach o Krajowym Rejestrze Karnym. Wymienionych wyżej norm prawnych nie ma w ustawie z dnia 18 grudnia 1998 r., co nie może być traktowane obojętnie w analizie prawnej. Zdaniem Sądu II Instancji braku takich uregulowań są celowe, gdyż definicja zbrodni komunistycznej nie jest tożsama z definicją przestępstwa popełnionego przez funkcjonariusza publicznego. W ujęciu podmiotowym ustawodawca przyjął, iż podmiotem tej zbrodni jest nie tylko funkcjonariusz publiczny, ale również osoba, która podlegała ochronie prawnej, jak funkcjonariusz publiczny, a także osoba pełniąca funkcję kierowniczą w partii komunistycznej. W aspekcie przedmiotowym w Kodeksie karnym brak jest odpowiednika zbrodni komunistycznej i to w formie nawet zbliżonej w zakresie znamion lub czasokresu, kiedy czyn miałby być popełniony. Wobec powyższego zastosowanie przepisów o przedawnieniu z Kodeksu karnego nie znajduje żadnego oparcia w przedstawionej wyżej analizie, a ponadto w przepisach o przedawnieniu w kodeksie karnym żaden z przepisów tego kodeksu nie odnosi się do czynu określonego jako zbrodnia komunistyczna (są sformułowania o zbrodni zabójstwa lub innej zbrodni)”.

Tożsame stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 20 listopada 2009 r., VIII Ka 702/09, rozpatrując apelację wniesioną przez obrońcę oskarżonego od wyroku Sądu Rejonowego w Białymstoku z dnia 5 czerwca 2009 r., VII K 1201/08, i uznając ją za oczywiście bezzasadną. Jednym z zarzutów podnoszonych w apelacji była kwestia

przedawnienia karalności czynu zarzucanego oskarżonemu. Obrońca oskarżonego o znęcanie się w 1950 r. nad zatrzymanym w swojej apelacji powołał się na orzeczenia Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego, z których wynika, iż czyn zarzucany oskarżonemu przedawnił się z datą 1 stycznia 1995 r. Sąd odwoławczy stwierdził, iż nie zgadza się z tym stanowiskiem. W uzasadnieniu wskazał: „należy zauważyć, iż ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu została wydana między innymi po to, aby żadne bezprawne działania przestępne wobec obywateli nie mogły ulec zapomnieniu. W pierwotnym brzmieniu powołanej ustawy w przepisie art. 4 ust. 1 ustawodawca wprowadził jedynie początek biegu terminu przedawnienia zbrodni komunistycznych od dnia 1 stycznia 1990 r., stwierdzając jednocześnie, iż przepis art. 4 § 1 kk nie stosuje się. Dopiero nowelizacją z dnia 13 maja 1999 r. stwierdzono, iż karalność zbrodni komunistycznych ustaje po 30 latach, gdy czyn stanowi zbrodnię zabójstwa oraz po 20 latach, gdy czyn stanowi zbrodnię komunistyczną. Okresy te zostały wydłużone nowelą z dnia 30.11.2006 r. (weszła w życie w dniu 15.03.2007 r.) odpowiednio do 40 i 30 lat. Z faktu tego, iż dopiero w 1999 r. określono terminy przedawnienia zbrodni komunistycznych nie należy wnioskować, iż przed tym okresem należało stosować do przedawnienia przepisy Kodeksu karnego. Dalsze postępowanie ustawodawcy wskazuje, iż nie to było jego intencją. Mając na uwadze zwłaszcza wykładnię celowościową, w stosunku do osób, którym postawiono zarzuty w związku z ustawą o IPN należy liczyć okresy przedawnienia wymienione w tejże ustawie. Należy zauważyć, iż w Kodeksie karnym brak jest odpowiednika zbrodni komunistycznej, a ponadto w przepisach o przedawnieniu żaden z przepisów tego kodeksu nie odnosi się do czynu określonego jako zbrodnia komunistyczna. Powyższe stanowisko zostało również wyrażone przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 kwietnia 2009 r. w sprawie IV KK 14/09 dotyczącej strajkujących górników „Manifest Lipcowy”, gdzie w sposób bardzo obszerny w nawiązaniu do przepisów Konstytucji uzasadnił swoje stanowisko w przedmiocie przedawnienia zbrodni komunistycznych. Sąd Najwyższy wskazuje bowiem, iż może się okazać, że decyzja ustawodawcy co do

terminu przedawnienia w odniesieniu do określonej kategorii przestępstw okaże się – z uwagi na zachodzące zmiany społeczne – nieprecyzyjna (jak było zdaniem Sądu Okręgowego odnośnie ustawy o IPN w pierwotnym brzmieniu), a nawet błędna. Wówczas wydłużenie terminów przedawnienia powoduje, że ustawodawca weryfikuje swoją wcześniejszą opinię co do dalszej potrzeby karania pewnych przestępstw, a decyzja taka znajduje uzasadnienie w Konstytucji. Stanowisko powyższe Sąd Okręgowy w pełni aprobuje. Należy bowiem podkreślić, iż wbrew twierdzeniom

ust. 1 ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej od wyroku skazującego wyżej wymienionych oficerów b. Służby Bezpieczeństwa: Jana D. uznanego za winnego popełnienia dziesięciu, a Mirosława T. – za winnego popełnienia pięciu przestępstw znęcania się w różnych okresach czasu od grudnia 1981 r. do maja 1985 r. nad działaczami miejscowej „Solidarności”.

Stanowisko to zostało wyrażone przez Sąd Najwyższy również w wyroku z dnia 23 lutego 2005 r., II KK 329/04, OSNKW 2005/6/54, Biul. SN 2005/6/15, Lex nr 150315.

...sądy powszechne, jak i Sąd Najwyższy przyjmowały możliwość „odżywania” terminu przedawnienia...

skarżącego, *ratio legis* ustawy o IPN nie pozwala uznać czynu zarzucanemu oskarżonemu za przedawniony”.

Warto podkreślić, iż również Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie sprzed uchwały z 25 maja 2010 r. przyjmował możliwość odzycia terminu przedawnienia. Takie stanowisko wyraził m.in. w postanowieniu z dnia 5 lutego 2007 r., IV KK 437/05, OSNwSK 2007/1/362, Lex nr 445745. W tej sprawie SN oddalił kasację obrońcy skazanego m.in. za czyn polegający na tym, iż w okresie pomiędzy 13 kwietnia 1950 r. a 15 lipca 1950 r. w B., będąc funkcjonariuszem Powiatowego Urzędu Bezpieczeństwa Publicznego w B., a tym samym funkcjonariuszem państwa komunistycznego, działając wspólnie z innymi funkcjonariuszami Urzędu Bezpieczeństwa, w celu uzyskania określonej treści wyjaśnień znęcał się fizycznie nad zatrzymanym, a następnie tymczasowo aresztowanym E.K. w ten sposób, że bił go rękami po twarzy, kablem po piętach, a nadto polecił umieszczenie go w karcerze na okres 48 godzin w warunkach szczególnie uciążliwych, to jest o przestępstwo z art. 246 k.k. z 1932 r. w zw. z art. 2 ust. 1 ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej.

Podobnie orzekł Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 1 czerwca 2006 r., V KK 287/05, LEX nr 188385, gdzie oddalił kasację obrońcy Jana D. i Mirosława T. oskarżonych z art. 184 § 1 k.k. z 1969 r. w zw. z art. 2

Reasumując, w przywołanych wyżej orzeczeniach zarówno sądy powszechne, jak i Sąd Najwyższy przyjmowały możliwość „odżywania” terminu przedawnienia, z tym że sądy powszechne wyraźnie stanęły na stanowisku, iż ustawodawca w ustawie o IPN z 1998 r. autonomicznie i kompleksowo uregulował materię dotyczącą przedawnienia karalności zbrodni komunistycznych, a zatem wyłącznie okresy w nim przewidziane należy brać pod uwagę, analizując przedawnienie w konkretnych sprawach. Byłyby to zatem okresy 30 lat dla zabójstw będących zbrodniami komunistycznymi i 20 lat dla innych zbrodni komunistycznych, liczone od dnia 1 stycznia 1990 r., a po kolejnej nowelizacji, która weszła w życie dnia 15 marca 2007 r. (Dz.U. z 2006 r. Nr 218, poz. 1592), odpowiednio okresy 40 i 30 lat, liczone od dnia 1 sierpnia 1990 r. Sąd Najwyższy zaś przyjmował „odzycie” przedawnienia w sposób dorozumiany, lecz nie wiadomo dokładnie, czy przyjmował, że to odzycie nastąpiło wraz z wejściem w życie kodeksu karnego z 1997 r., czy też ustawy o IPN z 1998 r.

Można także zaobserwować w orzecznictwie przeciwne stanowisko do wyżej zaprezentowanego. Zostało ono wyrażone w cytowanych na wstępie: uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2010 r., a także orzeczeniach tegoż SN następujących po niej.

Zgodnie z owym stanowiskiem omawiane tu czyny zagrożone karą powyżej 3 lat pozbawienia wolności, a poniżej 5 lat, popełnione przez funkcjonariuszy państwa komunistycznego uległy przedawnieniu w dniu 1 stycznia 1995 r., i nie jest możliwe ponowne przywrócenie karalności tych przestępstw poprzez odzycie terminu przedawnienia.

Również Sąd Okręgowy w Krakowie w postanowieniu z dnia 29 stycznia 2009 r., IV Ka 904/08, zadając Trybunałowi Konstytucyjnemu w tej materii pytanie prawne wyraził pogląd o braku możliwości reaktywowania biegu przedawnienia¹⁴. Pytanie brzmiało:

14 Postanowieniem z dnia 20 stycznia 2010 r. Trybunał Konstytucyjny na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. Nr 102, poz. 643 z późn. zm.) „umorzył postępowanie w sprawie na skutek cofnięcia pytania prawnego”, uznając, że cofnięcie pytania nie podlega kontroli TK, „za zbędną” uznając także ocenę zasadności wniesienia pytania prawnego. To orzeczenie implikowało podjęcie niniejszego postępowania. Przed przedstawieniem stanowiska SN, uzasadniającego treść podjętej uchwały, warto zwrócić uwagę na dwa elementy dotyczące postępowania toczącego się przed TK. Otóż przed cofnięciem pytania oraz przed umorzeniem postępowania Trybunał otrzymał pisemne stanowiska odnoszące się do pytania Sądu Okręgowego w Krakowie ze strony Marszałka Sejmu oraz Prokuratora Generalnego. Zarówno Marszałek Sejmu, jak i Prokurator Generalny złożyli wnioski o umorzenie postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia. Uzasadnienia tych stanowisk powoływały stosunkowo zbieżną argumentację. Jej istotą było twierdzenie, że Sąd Okręgowy, występując do TK, oparł się na błędnej wykładni art. 4 ust. 1a ustawy o IPN i innych przepisów o przedawnieniu. Błędność ta miała polegać na przyjęciu, wbrew dotychczas wypracowanej linii wykładni, że art. 4 ust. 1a ustawy o IPN przewiduje ponowną karalność czynów, wobec których upłynął już okres przedawnienia liczony od daty 1 stycznia 1990 r. Autorzy przytaczanych wystąpień, z powołaniem się na dotychczasowe orzecznictwo TK, SN i sądów powszechnych, wyrażali jednoznaczne stanowiska, że „w omawianych realiach normatywnych nie dochodzi do przywrócenia (odzycia) karalności przedawnionych czynów, a co więcej – że skutek taki w aktualnym stanie prawnym nie jest w ogóle możliwy do osiągnięcia” (z pisma Marszałka Sejmu i podobnie pisma Prokuratora Generalnego). Wychodząc z takich założeń, Marszałek Sejmu oraz Prokurator Generalny uznali, że prawidłowa interpretacja przepisu art. 4 ust. 1a

czy art. 4 ust. 1a, a także art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o IPN jest zgodny z art. 2, art. 32 ust. 1 oraz art. 44 Konstytucji RP, oraz czy art. 9 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny jest zgodny z art. 2, art. 32 ust. 1 oraz art. 44 Konstytucji RP?

Pomimo że Sąd Okręgowy nie wskazał tego w treści pytania, to jednak z uzasadnienia wynika, iż wnosi on o stwierdzenie, czy art. 9 § 1 jest zgodny z Konstytucją w zakresie, w jakim w zestawieniu z art. 101 § 1 pkt 3 k.k. z 1997 r. przewiduje „odzycie” biegu terminu poprzez wydłużenie do lat 10 okresu przedawnienia dla czynów, które zagrożone były karą przekraczającą 3 lata pozbawienia wolności. Poza obszarem rozważań tego sądu była kwestia samodzielności regulacji dotyczącej przedawnienia zawartej w ustawie o IPN z 1998 r., tak jak czyniły to przywołane wyżej sądy we Wrocławiu i Białymstoku. Sąd Okręgowy w Krakowie w art. 9 p.w.k.k. upatrywał potencjalne źródło „odzycia” terminu przedawnienia, z czym jednak się nie zgadzał.

W tym kontekście ustawa o IPN z 1998 r. jedynie „chwyciłaby w locie” 10-letni termin przedawnienia ustalony przez art. 9 p.w.k.k., rozpoczęty w dniu 1 stycznia 1990 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego „nie może być kwestionowane, iż okres przedawnienia czynów karalnych popełnionych przez funkcjonariuszy komunistycznego państwa – nie mógł biec w czasie kiedy, to państwo chroniło ich przed odpowiedzialnością za popełniane dla celów politycznych przestępstwa. (...) Byłoby bowiem skrajnie niesprawiedliwym, gdyby nie ponosili odpowiedzialności ci, którzy to korzystne dla siebie prawo uchwalali i korzystając z niego, dopuszczali się czynów niegodziwych”. Chodziło o stworzenie sytuacji, by osoby te utraciły przywileje, jakie dawał im miniony ustroj (wyrok TK z 6 lipca 1999 r., P 2/99). Jednakże, stwierdza Sąd Okręgowy, „zakwestionować należy pogląd, by Konstytucja dawała ustawodawcy

ustawy o IPN i innych przepisów regulujących przedawnienie karalności przestępstw, co do zasady uniemożliwiająca uznanie prawnej dopuszczalności uchylenia skutków przedawnienia, które już nastąpiło, nie stwarza żadnych problemów natury konstytucyjnej i dlatego powinna prowadzić do umorzenia postępowania przez Trybunał Konstytucyjny.

prawo do nieograniczonego i wielokrotnego odstępowania od zasady *lex retro non agit*, w celu odraczenia w nieskończoność zakończenia procesu wymierzania sprawiedliwości, czy też dla naprawiania tą drogą wad dotychczasowego postępowania legislacyjnego, czy bezczynności władzy publicznej, w tym organów ścigania” (wyrok TK z 24 października 2000 r., K 12/2000, SK 7/2000). Nie może mieć miejsca wielokrotne przywracanie, po upływie długiego okresu, karalności kolejnych czynów, a także zakreślanie coraz to „nowej daty, zmieniającej początek biegu okresu przedawnienia i obejmującej nowe okresy, uznawane poprzednio jako czas funkcjonowania już demokratycznego państwa prawnego. Artykuł 44 Konstytucji nałożył na ustawodawcę obowiązek zakreślenia jasnej cezury czasowej, momentu w którym ustała przyczyna niemożności ścigania z przyczyn politycznych. Cezurę tę zakreślono dwukrotnie na 1 stycznia 1990 r., a następnie odmiennie – na 1 sierpnia 1990 r. (...) Od tej chwili – sprawcy powinni korzystać z takich samych praw jak reszta obywateli demokratycznego państwa. (...) Niewątpliwie po zmianie ustroju politycznego ochrona polityczna nad byłymi funkcjonariuszami ustała (...). Nie znaczy to jednak, że działania tak legislacyjne, jak i śledcze, można było odkładać i rozciągać w czasie, a odstępowanie od zasad państwa prawa czynić powtarzalną regułą, nawet w imię szczytnych celów. (...) Niedopuszczalnym więc byłoby, zdaniem tut. Sądu, pozbawianie takich grup osób uprawnień przysługujących ogółowi obywateli – prawa do obrony, stosowanie wobec nich zasady domniemania winy, czy też wyłączenie działania innych norm gwarancyjnych. (...) Nie powinno się też pomijać aspektu wysokich kosztów prowadzenia postępowań, dotyczących zdarzeń sprzed lat, w odniesieniu do stosunkowo niewielkich szans ich skuteczności, przy uwzględnieniu, że odbywa się to za publiczne pieniądze”. Warto zwrócić uwagę, zdaniem Sądu Okręgowego, że „karalność określonych przestępstw już ustała, a przywraca się ją na nowo, na warunkach wyjątku i odstępowania od zasady *lex retro non agit*. (...) Te czyny przedawniły się już i tak, ale nie na podstawie prawa państwa totalitarnego, ale na mocy tych zmienionych już przepisów (w 1995 r.), obowiązujących i uchwalonych w ramach demokratycznego państwa. (...) Zdaniem tut. Sądu, wątpliwym jest więc, czy można wówczas

ponownie, po dalszych kilku latach, w kategoriach »wyjątkowości« i »ważności powodów« traktować kolejne, retroaktywne zmiany przepisów. Wynikają one już bowiem tak naprawdę nie z faktu przechodzenia od totalitarnego ustroju do rządów »państwa prawnego«, ale z potrzeby naprawiania opieszałości działań władzy ustawodawczej w tymże »państwie prawnym«, braku sprawności działania ze strony organów ścigania, a nadto zaspokajaniu doraźnych politycznych potrzeb. Przypomnieć trzeba, że ponowne wprowadzenie karalności czynów oskarżonych w tej sprawie osób nastąpiło w sumie po 8 (ośmiu) latach od transformacji ustrojowej państwa, a dokonano tego nie wprost, a przy użyciu »wytrycha«, jakim okazało się tutaj powtórzenie w art. 9 § 1 Przepisów wprowadzających kodeks karny wyłączenia działania zasady *lex retro non agit* w zakresie dotyczącym jedynie przedawnienia. (...) Powtórzenie zakazu stosowania ustawy korzystniejszej dla sprawcy w zakresie przedawnienia (w przep. wpraw. KK z 1997 r.) spowodowało, że wprowadzone w nowym KK z 1997 uregulowanie dotyczące przedawnienia umożliwiło przywrócenie ścigania czynów już przedawnionych w demokratycznym państwie prawnym”.

Podsumowując powyższe rozważania, można stwierdzić, iż kwestią zasadniczą w powyższym sporze nie jest problem samodzielności regulacji w zakresie przedawnienia w ustawie o IPN z 1998 r. w sposób niezależny od wcześniejszych regulacji kodeksu karnego. Wprawdzie należy się w pełni zgodzić z tezami powyższych orzeczeń Sądu Okręgowego we Wrocławiu i Sądu Okręgowego w Białymstoku, jednak osią problemu jest zagadnienie „odżycia” terminu przedawnienia.

Pozytywna odpowiedź na postawione wyżej pytanie czyni wtórnymi rozważania co do tego, czy to przedawnienie odżyło już w dniu 1 września 1998 r., to jest w momencie wprowadzenia w życie kodeksu karnego z 1997 r., czy też w chwili wejścia w życie ustawy o IPN z 18 grudnia 1998 r., to jest w dniu 19 stycznia 1999 r.

Zagadnienie to jest niemożliwe do rozstrzygnięcia bez dokonania analizy omawianej wyżej zmiany ustawodawczej z dnia 12 lipca 1995 r.

5.

Trudno uznać, by regulacja z 12 lipca 1995 r. spełniała wymogi poprawnej legislacji i pomimo że została

uchwalona w państwie demokratycznym, to *de facto* nie pozwalała na merytoryczną ocenę części zbrodni komunistycznych. Z wyrażonej w art. 2 Konstytucji zasady państwa prawnego wynika nakaz przestrzegania przez ustawodawcę zasad poprawnej legislacji, które obejmują między innymi wymóg tego, aby przepisy sformułowane były w sposób precyzyjny i jasny oraz

które dopuszczały się czynów niegodziwych, (...) utraciły przywileje, jakie dawał im miniony ustrój” – s. 11–12 uzasadnienia do wyroku TK z 6 lipca 1999, P 2/99¹⁶; Trybunał w tym wyroku wskazał na konieczność zapewnienia możliwości ukarania chronionych wówczas sprawców – na równych zasadach z innymi obywatelami.

...przywrócono karalność czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, a poniżej 5 (np. znęcanie się), popełnionych w okresie PRL a jednocześnie stwierdzano, że uległy one już przedawnieniu (art. 105 § 1 pkt 3 k.k. z 1969 r.).

poprawny pod względem językowym. Wymóg jasności oznacza obowiązek tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu powinna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie¹⁵. Tymczasem zaś stan prawny od 1995 r. był taki, iż nowelą z 1995 r. przywrócono karalność czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, a poniżej 5 (np. znęcanie się), popełnionych w okresie PRL, a jednocześnie stwierdzano, że uległy one już przedawnieniu (art. 105 § 1 pkt 3 k.k. z 1969 r.). Jednocześnie czyny zagrożone karą poniżej 3 lat pozbawienia wolności zostały „darowane i puszczone w niepamięć”. Nie zezwolono na ich ściganie (np. pobicie – art. 158 § 1 k.k. z 1969 r.).

Celem nowelizacji art. 108 k.k. z 1969 r., podjętej w 1995 r., było „stworzenie sytuacji, by osoby (...),

Tej możliwości ukarania w stosunku do czynów popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych w okresie PRL, zagrożonych karami powyżej 3 lat, a poniżej 5 lat pozbawienia wolności, nie było, pomimo wprowadzenia w życie noweli z 1995 r.

Tym samym, moim zdaniem, nie można się zgodzić z poglądem Sądu Okręgowego, iż „dla oceny sytuacji prawnej takich osób po 1 stycznia 1990 r., nie można też już wyodrębnić ich jako osobnej grupy (...). Od 1 stycznia zakreślona wyżej grupa podmiotów nie korzystała już z żadnej specjalnej ochrony ze strony państwa”.

Nie jest trafny pogląd Sądu Okręgowego, jako że ochrona nad tymi osobami po 1 stycznia 1990 r. nadal istniała w postaci negatywnej przesłanki procesowej z art. 11 pkt 6 k.p.k. z 1969 r. – przedawnienie. Przeciż omawiane tu czyny, zagrożone karą od 3 lat pozbawienia wolności, popełnione załóżmy w roku 1981, przedawniły się z upływem pięciu lat, to jest w 1986 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego w Krakowie: „od 1 stycznia 1990 r., tj. od momentu ustalenia, iż przeszkody w ściganie ustały – sprawcy powinni byli korzystać z takich samych praw jak reszta obywateli demokratycznego państwa”.

15 Wyrok TK z dnia 24 lutego 2003 r., K 28/02, OTK-A 2003, nr 2, poz. 13; zob. również wyrok TK z dnia 22 maja 2002 r., K 6/02, OTK-A 2002, nr 3, poz. 33; wyrok TK z dnia 20 listopada 2002 r., K 41/02, OTK-A 2002, nr 6, poz. 83.

16 Wyrok TK z dnia 6 lipca 1999, P 2/99, Zbiór Urzędowy OTK 1999/5/103.

Funkcjonariusze PRL, sprawcy zbrodni komunistycznych (zagrożonych karą pozbawienia wolności od 3 do 5 lat) korzystali właśnie z takich samych praw jak reszta obywateli, w ten sposób, że również oni byli objęci gwarancją w postaci niemożności podjęcia postępowania wskutek wyekspirowanego w 1986 r. terminu przedawnienia. Ochrona ich polegała na tym, że państwo nie mogło wszcząć ścigania popełnionych przez nich czynów aż do roku 1995, to jest do wejścia w życie noweli do art. 108 k.k. z 1969 r.

organów ścigania¹⁷. Andrzej Wąsek z kolei wskazuje, iż odstąpienie od zakazu *lex retro non agit* wynika z nierespektowania praw niesłusznie nabytych, co zgodnie jest z podstawowymi wymogami sprawiedliwości¹⁸.

W innym miejscu tenże autor uznał, iż „co by się bowiem krytycznie i jurydycznie nie powiedziało o tych unormowaniach łamiących zasadę *lex severior retro non agit*, odpowiadają one wymogom sprawiedliwości, przywracają stan praworządności materialnej rażąco naruszanej przed 1990 r. na korzyść sprawców

Wprowadzie ochrona polityczna nad sprawcami ustała w 1990 r. (...) ale pojawiła się ochrona prawna (negatywna przesłanka procesowa w postaci przedawnienia)...

Wprowadzie ochrona polityczna nad sprawcami ustała w 1990 r., jak trafnie stwierdza Sąd Okręgowy, ale pojawiła się ochrona prawna (negatywna przesłanka procesowa w postaci przedawnienia), co niestety umyka sądowi z pola widzenia.

Nowela z 1995 r., uchylająca karalność wszystkich występów zagrożonych karą pozbawienia wolności od 3 do 5 lat, stanowiących zbrodnie komunistyczne, z mocą wsteczną, wywołuje zatem wątpliwości z punktu widzenia rzetelnej legislacji i zasad nią rządzących.

Stąd też zasadne było wprowadzenie przez art. 9 p.w.k.k. ponownej karalności przestępstw komunistycznych. Jak bowiem trafnie wskazuje L. Gardocki: „Sprawcy tych przestępstw nabyli gwarancje niekaralności w sposób nieprawidłowy, wykorzystując świadome zaniechanie ścigania przez uprawnione do tego organy”. Autor, uzasadniając możliwość uchylenia skutków przedawnienia wobec sprawców przestępstw popełnionych w ramach reżimu totalitarnego państwa, stwierdza, iż nabyte przez sprawców prawo do powoływania się na przedawnienie popełnionych przez nich czynów może być, zgodnie z zasadami państwa prawa, odebrane jako uzyskane w sposób nieprawidłowy, przez wykorzystanie przestępczej pasywności

przestępstw¹⁹, i tym samym na niekorzyść pokrzywdzonych tymi przestępstwami²⁰. W odniesieniu do regulacji zawartej w art. 9 p.w.k.k. A. Wąsek stwierdza, że wbrew zasadzie *lex severior retro non agit*, ale zgodnie z podstawowymi wymogami sprawiedliwości (nierespektowania praw niesłusznie nabytych) doszło do przywrócenia karalności tego rodzaju kategorii przestępstw²¹.

17 L. Gardocki, *Najnowsze zmiany w kodeksie karnym*, „Monitor Prawniczy” 1995, nr 12, s. 355.

18 A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, art. 4, Gdańsk 1999, s. 65.

19 Ze względu na nieracjonalną decyzję ustawodawcy w 1995 r. niemożliwe do zaakceptowania w realiach omawianego w tym opracowaniu zagadnienia jest zaakceptowanie tezy zawartej w wyroku SN z dnia 4 marca 2009 r. (III KK 322/08), który stwierdził, iż „okres przedawnienia, który raz upłynął nie może odzyskać na skutek zmiany przepisów, chyba że ustawodawca wyłącza w ogóle stosowanie przedawnienia do określonej kategorii przestępstw”.

20 Por. A. Wąsek, *W gąszczu problematyki przedawnienia w prawie karnym* (w:) P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości*, Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała, Katowice 2003, s. 474.

21 A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*..., s. 65.

Podobne stanowisko zajął Trybunał Konstytucyjny, oceniając dopuszczalność uchylecia skutków przedawnienia karalności w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów. Trybunał uznał za dopuszczalne uchylene skutków przedawnienia przewinień dyscyplinarnych wobec sędziów, którzy sprzeniewierzyli się obowiązkowi niezawisłego i bezstronnego orzekania w procesach politycznych prowadzonych przed 1989 r. (konsekwencją taką wprowadzał art. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw). Zdaniem TK „przed 1989 r. zachodzi-

Rozstrzygnięcie o terminie, w jakim przedawnia się karalność poszczególnych przestępstw, państwo podejmuje w momencie uchwalania określonych regulacji prawnych (tu 1995 r.). To jest moment, w którym prospektywnie rezygnuje się ze ścigania określonych czynów²³. W momencie upływu okresu przedawnienia realizuje się natomiast obietnica ustawodawcy, tyle tylko że przywilej, jaki na tej podstawie uzyskuje sprawca czynu zabronionego, może być niesłuszny i niesprawiedliwy. I to jest główny powód, dla którego w pewnych sytuacjach przywileju tego się nie respektuje²⁴.

Ustawodawca polski w 1995 r. w praktyce uniemożliwił pociągnięcie do odpowiedzialności sprawców części przestępstw komunistycznych.

ły (...) tak drastyczne nadużycia niezawisłości, że obecnie nadal istnieje potrzeba ich ujawnienia i wyjaśnienia. W tym i tylko w tym zakresie, który może się odnosić do zaszłości sprzed przełomu 1989 r., może okazać się, że ogólne zasady odpowiedzialności sędziowskiej, dostosowane do warunków demokratycznego państwa prawnego, nie stanowią mechanizmu wystarczającego”. Jak wskazano w orzeczeniu z dnia 9 listopada 1993 r., „przejście od państwa autorytarnego do państwa prawa może wyjątkowo przybierać formy, które nie miałyby uzasadnienia w normalnych warunkach (K. 11/ 93, OTK 1993, cz. II, poz. 37, s. 361)”. Trybunał wskazuje ponadto, iż w przypadku gdy wyjątkowo dopuszczalne jest stanowienie takich regulacji, ustawodawca musi być szczególnie precyzyjny, a więc wykazać szczególną dbałość o zasadę dostatecznej określoności i adekwatności²². Jednym z warunków konstytucyjności ocenianych przepisów było ich ograniczenie czasowe, a więc możliwość ponownego prowadzenia postępowań dyscyplinarnych tylko w określonym przez ustawodawcę okresie.

22 Wyrok TK z 24 czerwca 1998 r., K. 3/98, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 52, s. 33.

Przepis art. 9 p.w.k.k. stanowi element koncepcji restytucji praworządności wymiaru sprawiedliwości rażąco naruszanej w niektórych sprawach karnych²⁵.

Po 1 stycznia 1990 r. nie było podstaw prawnych²⁶ do prowadzenia postępowań w stosunku do czynów, które w całości się przedawniły. Na przykład czyn znęcania się popełniony w 1981 r., nieścigany z przyczyn politycznych przedawnił się w 1986 r. Ustawa karna obowiązująca w czasie popełnienia czynu zabronionego nie zawierała regulacji wyrażającej koncepcję spoczywania biegu przedawnienia²⁷.

Zdaniem W. Wróbla „reżim komunistyczny mógł pociągać do odpowiedzialności karnej swoich funkcjonariuszy i osoby z nimi współpracujące, ale tego nie

23 W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Zakamycze 2003, s. 545.

24 *Ibidem*, s. 545.

25 Por. wyrok TK z dnia 6 lipca 1999 r., P 2/99, OTK 1999, nr 5, poz. 103; wyrok SN z dnia 12 września 2001 r., II KKN 158/01.

26 Zgodnie z art. 11 k.p.k. z dnia 19 kwietnia 1969 r. (Dz.U. z dnia 14 maja 1969 r.) nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy zachodzi okoliczność wyłączająca postępowanie, a w szczególności gdy nastąpiło przedawnienie.

27 Por. W. Wróbel, *op. cit.*, s. 542.

czynił. Nie wstrzymało to co prawda biegu terminu przedawnienia (wyróżn. MW), niemniej uzasadniało decyzję demokratycznego ustawodawcy o pominięciu skutków owego przedawnienia jako uprawnień niegodziwie nabytego²⁸.

Ustawodawca polski w 1995 r. w praktyce uniemożliwił pociągnięcie do odpowiedzialności sprawców części przestępstw komunistycznych. Trudno zatem powiedzieć, aby ta nowela z 1995 r. przywracała termin przedawnienia przestępstw, gdyż w stosunku

biegu z przyczyn faktycznych³¹. Od 1 stycznia 1990 r. rozpoczęły bieg terminy przedawnienia jedynie w odniesieniu do części przestępstw komunistycznych. Jednakże karalność części z nich w ogóle nie została przywrócona, gdyż przedawniły się 1 stycznia 1995 r., czyli zanim ustawa z 12 lipca 1995 r. weszła w życie.

W związku z tym dopiero ustawodawca w 1998 r., wprowadzając art. 9 p.w.k.k., doprowadził do przywrócenia ich karalności, zaś ustawa o IPN wprowadzona w życie w 1999 r. przedłużyła ten termin przedawnienia.

...osoby pokrzywdzone omawianymi tu zbrodniami komunistycznymi pozbawione zostały całkowicie ochrony prawnej...

do czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej lat 3, a poniżej lat 5, ten termin w ogóle nie miał możliwości zaistnieć. Ta ustawa uchwałała prawo z mocą wsteczną, zgodnie z którym odpowiedzialność funkcjonariuszy państwa komunistycznego ustała 11 miesięcy przed jej wejściem w życie. Ustawodawca w ogóle nie dał możliwości nawet rozpoczęcia procesów – celem zadośćuczynienia ofiarom totalitarnego reżimu. Stąd też uzasadnione było w 1997 r. stworzenie retroaktywnej normy, która przywracała *de facto* karalność (poprzez przywrócenie okresu przedawnienia) tego rodzaju czynów. Część przestępstw komunistycznych w ogóle nie mogła być ścigana do 1995 r., a następnie od razu została przedawniona.

Skoro więc te czyny nie były ścigane z przyczyn politycznych przed 1989 r., to trudno mówić, że wobec nich biegły terminy przedawnienia. Można więc przyjąć tu koncepcję spoczywania²⁹ biegu terminu przedawnienia³⁰, które nie mogło rozpocząć swego

Zasada ochrony zaufania obywatela do państwa oraz wynikający z niej zakaz retroaktywności to gwarancje mające swe odzwierciedlenie w art. 7 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC). Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) zauważył w sprawie *Streletz, Kessler i Krenz vs Niemcy* (orzeczenie z 22.3.2001 r.), iż „praktyka państwa jaskrawo naruszająca prawa człowieka nie może podlegać ochronie na podstawie art. 7 ust. 1 Konwencji”.

25 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt I KZP 5/10, „E-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 3, s. 145, który opisując ją wskazuje na akceptację dla niej ze strony niemieckiej nauki prawa karnego, jak również polskiego SN, wyrażonej w uchwale z 7 czerwca 2001 r., I KZP 15/2002, a także wyroku TK z 6 lipca 1999 r., P 2/99.

31 Nie jest właściwe odrzucanie koncepcji spoczywania biegu przedawnienia ze względu na brak przed 1989 r. ustawowych zakazów ścigania tych sprawców, jak tego chce A. Jezusek, który twierdzi, że „[r]odzi się pytanie o charakter tego zakazu (...), jeżeli powyższy zakaz prowadził jedynie do faktycznego zaniechania ścigania określonych przestępstw, to trudno uznać, iż istniały przeszkody uniemożliwiające władzom pociągnięcie do odpowiedzialności sprawców owych przestępstw” (A. Jezusek, *op. cit.*, s. 151). Naiwnością byłoby wymaganie, aby ustawodawca przed 1989 r. zapisał w ustawie, że nie ściga określonych czynów ze względów politycznych.

28 *Ibidem*, s. 544.

29 Zob. bardzo interesujące opracowanie R. Kmiecika, postulujące rozszerzenie przyczyn spoczywania przedawnienia: R. Kmiecik, *Spoczywanie przedawnienia karalności przestępstw*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 9, s. 3 i n.

30 Bliżej na temat tej koncepcji zob. A. Jezusek, *Przedawnienie karalności zbrodni komunistycznych w świetle uchwały SN z dnia*

Nie każde zaufanie podlega konstytucyjnej ochronie, tak jak nie wszystkim uzyskanym prawom przysługuje status praw słusznie nabytych. Weryfikacja zaufania żywionego przez sprawcę do definitywnej rezygnacji przez państwo ze ścigania popełnionego przez niego czynu może posługiwać się różnymi kryteriami³². Takim kryterium może być efektywna możliwość uczynienia przez państwo użytku z przysługują-

W związku z tym ustawodawca sprawia, że bieg przedawnienia „odżywa”, gdyż sprawca nie ma żadnego roszczenia do tego, by jego czyn się przedawnił. W szczególności zaś ustawodawca posiada takie kompetencje w sytuacji, gdy termin przedawnienia spoczywał wskutek przeszkód natury politycznej (przed 1989 r.), a następnie po 1990 r. nie rozpoczął *de facto* swego biegu.

Przywrócenie (...) możliwości ścigania omawianej tu kategorii przestępstw jest nie tylko uzasadnione aksjologicznie, ale i prawnie.

cego mu prawa karania. Tymczasem regulacje noweli z 1995 r. spowodowały, że realizacja tego uprawnienia stała się iluzją.

Regulacja ta sprawiła, że osoby pokrzywdzone omawianymi tu zbrodniami komunistycznymi pozbawione zostały całkowicie ochrony prawnej, co narusza ich prawo do sądu wysłowione w art. 6 EKPC³³.

Warto również podkreślić, iż przedawnienie jest raczej instytucją procesową, a nie materialną, a tym samym popełniony czyn nie staje się przez upływ przedawnienia zgodny z prawem, lecz tylko istnieje przeszkoda dla ścigania. Jak wskazywaliśmy to wraz z J. Czabańskim w obszernym opracowaniu na temat tej instytucji, podstawowym uzasadnieniem jej stosowania są bowiem raczej trudności dowodowe i rosnące ryzyko pomyłki niż względy niecelowości karania sprawcy³⁴.

Przywrócenie więc w 1998 r. za sprawą art. 9 p.w.k.k. możliwości ścigania omawianej tu kategorii przestępstw jest nie tylko uzasadnione aksjologicznie, ale i prawnie.

6.

W konsekwencji należy uznać, iż przepis art. 108 § 2 k.k. z 1969 r., w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywn i nawiązek w prawie karnym (Dz.U. Nr 95, poz. 475), która weszła w życie dnia 20 listopada 1995 r., w zakresie, w jakim nie przewidywał rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej 3 lat, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – w czasie lub w związku z pełnieniem ich funkcji, a także w zakresie, w jakim przewidywał, że bieg terminu przedawnienia umyślnych przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności lub wymiarowi sprawiedliwości, zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 3 lat, a poniżej lat 5, popełnionych przez funkcjonariuszy publicznych – w okresie od 1 stycznia 1944 r. do 31 grudnia 1989 r. – zakończył swój bieg w dniu 1 stycznia 1995 r. jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP, w związku z art. 45 ust. 1 i art. 44 Konstytucji RP.

32 W. Wróbel, *op. cit.*, s. 538.

33 ETPC w sprawie *Golder v. Wielka Brytania* (wyr. z 21 lutego 1975 r.) stwierdził, że „byłoby w opinii ETPC niepojęte, gdyby art. 6 ust. 1 opisywał szczegółowo gwarancje proceduralne przyznane stronom sporu, a nie chronił w pierwszym rzędzie tego, co sprawia, że można z tych gwarancji korzystać, to jest dostępu do sądu”, za C. Nowak, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego w świetle EKPC i orzecznictwa ETPC* (w:) P. Wiliński (red.), *Rzetelny proces karny*, Warszawa 2009, r. 135.

34 Zob. J. Czabański, M. Warchoł, *Przerwa i zawieszenie biegu przedawnienia – uwagi de lege ferenda*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 10, s. 50.

Przepis ten nadal wywołuje skutki prawne, co powyżej zostało wykazane. Powołują się na niego sądy powszechne, a także Sąd Najwyższy, rozpatrujący kasacje na korzyść funkcjonariuszy skazywanych za zbrodnie komunistyczne, czy też rozstrzygający pytanie prawne, jak w uchwale z 25 maja 2010 r. Stąd też niewyłączeniu ulega przesłanka umorzenia postępowania z art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym. Wydanie orzeczenia o tym przepisie jest zaś konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności

i praw osób pokrzywdzonych omawianymi tu przestępstwami, takimi jak np. znęcanie się czy pobicie, które pomimo że nie są zagrożone surowymi karami, to jednak były dość powszechne w państwie komunistycznym.

Fundamentalna zasada sprawiedliwości, poszanowania praw pokrzywdzonych, zaufania obywatela do państwa i tworzonego przezeń prawa oraz prawdy historycznej wymaga w tej sytuacji ingerencji Trybunału Konstytucyjnego.

Piotr Zapadka

Bankowość inwestycyjna państwa



Piotr Zapadka

Doktor nauk prawnych Uniwersytetu Warszawskiego, Prodziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, wykładowca polskich uczelni publicznych, autor prac naukowych, pracował m.in. dla kancelarii prawnych, firm konsultingowych, Narodowego Banku Polskiego (doradca Prezesa NBP), nadzoru bankowego oraz Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie SA.

State (Public) Investment Banking

The business activity called "investment banking" is in communis opinio classified as private law area, owing to the fact that this scope of activity is mainly conducted by private entities. However, current anti-crisis efforts taken by the States and various public financial institutions, allows us to ask the fundamental question related to existence or not existence of business activity called "State (public) investment banking", which is based on public law rules. Unlike the widespread private investment banking business area, the main activity which could be taken by state (public) investment banking entities is the organization of the process of financing the public expenses by using the capital market instruments. In addition, the State is also obliged to regulate the financial liquidity mechanism, especially in the banking sector, on the basis of credit instruments and capital market instruments. In both cases, the final effect of such activities is not strictly connected with obtaining the profits (gains), but is rather connected with improving the mechanism of public finance area, public budget and financial system stability. Under the Polish law, mentioned public functions and duties are executed by the National Bank of Poland, the Ministry of Finance and state-owned banks. The idea of "State (public) investment banking" can be also treated as an example of using the private law mechanism and institution in the public law area, what is typical for present financial markets.

Działalność określana mianem bankowości inwestycyjnej jest *in communis opinio* uznana za domenę sfery prywatnoprawnej, z tej racji, iż prowadzą ją podmioty (przedsiębiorcy) w formule zarobkowej działalności gospodarczej. Jednak współczesne zmagania ze światowym kryzysem finansowym pozwalają na zadanie pytania, czy istnieje pewna sfera aktywności państwa, którą można określić jako „bankowość inwestycyjna państwa”, a jeśli odpowiedź na to pytanie byłaby twierdząca, jakie

funkcje można tego rodzaju aktywności przypisać.

I. Bankowość inwestycyjna

Chcąc odnieść się do prezentacji tytułowego zagadnienia, w pierwszej kolejności należy zdefiniować pojęcie oraz funkcje bankowości inwestycyjnej, ze szczególnym podkreśleniem różnic pomiędzy tego rodzaju aktywnością a tradycyjną działalnością depozytowo-kredytową banków.

Ujmując prezentowane zagadnienie w pewnym uproszczeniu, wskazać należy, iż działalność depozytowo-kredytowa banków oparta jest na zgromadzonej przez banki bazie depozytowej oraz dokonywanej na jej podstawie tzw. wtórnej kreacji pieniądza banko-

Uwzględniając przywołane kryterium źródła pochodzenia i przeznaczenia wykorzystywanych zasobów pieniężnych, usystematyzujemy, iż prowadzenie działalności bankowości inwestycyjnej w ujęciu *stricte* inwestycyjnym (lokacyjnym) opierać się może zarówno na:

...istota bankowości inwestycyjnej polega na niekorzystaniu przez podmioty prowadzące tego rodzaju aktywność ze zgromadzonej bazy depozytowej, co zastąpione jest ścisłym „przyporządkowaniem” powierzanych środków i ich przeznaczaniem na określony cel inwestycyjny, albo korzystaniu ze środków własnych (np. zysk banku) niestanowiących bazy depozytowej powierzonej przez klientów banku pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym.

wego, która pozwala na zdematerializowany obrót jednostkami pieniężnymi (np. polecenia przelewu i polecenia zapłaty) zapisanymi na rachunkach bankowych oraz udzielaniu przez banki finansowania (kredyty, pożyczki) lub refinansowania (gwarancje, poręczenia, akredytywy). W tym znaczeniu bank, prowadząc działalność depozytowo-kredytową, „korzysta” z powierzonych mu przez klientów środków pieniężnych – dla celów prowadzenia zarobkowej działalności bankowej.

Tymczasem istota bankowości inwestycyjnej polega na niekorzystaniu przez podmioty prowadzące tego rodzaju aktywność ze zgromadzonej bazy depozytowej, co zastąpione jest ścisłym „przyporządkowaniem” powierzanych środków i ich przeznaczaniem na określony cel inwestycyjny, albo korzystaniu ze środków własnych (np. zysk banku) niestanowiących bazy depozytowej powierzonej przez klientów banku pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym.

- (i) *środkach własnych* podmiotu prowadzącego taką działalność, jak i
- (ii) *środkach powierzonych przez klientów* takiego podmiotu z przeznaczeniem na jasno zdefiniowany cel inwestycyjny.

O ile pierwszy z rodzajów działalności można zaklasyfikować do zarobkowej działalności gospodarczej, której skutki (rezultaty) obciążają bezpośrednio prowadzący taką działalność podmiot, który w ten sposób ponosi *ryzyko własne* prowadzonej działalności, o tyle szczególna troska prawodawcy dostrzegana jest w kształcie regulacji o charakterze reglamentacyjnym i ostrożnościowym, które odnoszą się do drugiego ze wskazanych rodzajów działalności, co głównie wynika z faktu obciążania *ryzykiem inwestycyjnym* środków pieniężnych powierzonych przez klientów instytucji finansowych.

Przy tej okazji niezbędne jest również podkreślenie, iż kolejnym kluczowym rozróżnieniem umożli-

wiającym przeciwstawienie tradycyjnej *bankowości depozytowo-kredytowej* i *bankowości inwestycyjnej* jest wskazanie, jakiego rodzaju ryzyko wiąże się z określoną aktywnością, a także czy klienci instytucji finansowych (w ujęciu schematycznym) akceptują, czy też nie akceptują występującego ryzyka związanego z przeprowadzonymi czynnościami.

O ile bowiem w tradycyjnej działalności depozytowo-kredytowej klient banku nie akceptuje ryzyka związanego z powierzonymi depozytami i posiada roszczenie o zwrot pełnej powierzonej sumy, powiększonej o należne pożytki prawa (odsetki), o tyle w ramach świadczenia usług bankowości inwestycyjnej klient *ab initio* akceptuje występowanie ryzyka inwestycyjnego, związanego z dokonywanymi operacjami (czynnościami) o inwestycyjnej naturze.

II. *Bankowość inwestycyjna państwa*

Po dokonaniu stosownego wprowadzenia należy podjąć próbę przyporządkowania wskazanych rodzajów usług bankowości inwestycyjnej do określonych obszarów działalności państwa, z uwzględnieniem wszelako odmiennego charakteru zadań realizowanych przez państwo.

Tytułowa *bankowość inwestycyjna państwa* ze swej istoty nie może polegać na świadczeniu wyspecjalizowanych usług finansowych związanych z procesem pozyskiwania kapitału, ponieważ państwo nie prowadzi działalności usługowej na rzecz klientów, zaś obszary aktywności w omawianym zakresie dotyczą realizacji zadań publicznoprawnych.

Konsekwentnie, nie jest także możliwe uznanie, iż państwo podejmuje pośrednią lub bezpośrednią dzia-

...jedynym obszarem wyróżnionym jako usługa bankowości inwestycyjnej, który mógłby zostać zaklasyfikowany do tytułowej bankowości inwestycyjnej państwa, jest organizowanie finansowania podmiotów przy wykorzystaniu instrumentów rynku kapitałowego.

Zważywszy na powyższe, możliwym jest wyróżnienie następujących obszarów bankowości inwestycyjnej:

- (i) wykonywanie przez podmioty bankowe wyspecjalizowanych usług finansowych związanych z procesem pozyskiwania kapitału,
- (ii) dokonywanie bezpośrednich lub pośrednich inwestycji kapitałowych na podstawie środków pieniężnych powierzonych przez klientów na określony cel inwestycyjny,
- (iii) organizowanie finansowania podmiotów przy wykorzystaniu instrumentów rynku kapitałowego.

łałość inwestycyjną (lokacyjną) na rachunek klientów, na podstawie środków pieniężnych powierzonych przez klientów na określony cel inwestycyjny.

W takim kontekście jedynym obszarem wyróżnionym powyżej jako usługa bankowości inwestycyjnej, który mógłby zostać zaklasyfikowany do tytułowej bankowości inwestycyjnej państwa, jest organizowanie finansowania podmiotów przy wykorzystaniu instrumentów rynku kapitałowego.

Innymi słowy, tylko w kontekście realizowania przez państwo zadań w odniesieniu do organizowania finansowania działalności określonych podmiotów, możliwe jest wskazywanie na aktywność, którą można definiować jako bankowość inwestycyjną państwa.

1 P. Zapadka, *Usługi bankowości inwestycyjnej*, Warszawa 2012, s. 103.

Współczesny kryzys gospodarczy, który rozpoczął się amerykańskim kryzysem *subprime* z 2008 r., postawił przez państwami nowoczesnych gospodarek wolnorynkowych, do których można również zaliczyć rodzimą gospodarkę, szereg wyzwań.

W pierwszym etapie tego kryzysu, w którym pojawiły się zagrożenia dla płynności na rynku finansowym, powodowane tzw. kryzysem zaufania pomiędzy instytucjonalnymi uczestnikami obrotu na tym rynku, państwo zobowiązane było do zapewnienia zasilenia gospodarki w zasoby pieniężne, ze szczególnym uwzględnieniem systemu bankowego. Przywołany kryzys zaufania powodował bowiem, iż bankowi uczestnicy obrotu na rynku finansowym nie dokonywali transakcji o pożyczkowej naturze na tzw. rynku międzybankowym, co skutkowało stopniowym narastaniem problemów z płynnością banków, a w dalszej kolejności problemów z obsługą zleceń klientów banków.

W takim ujęciu bankowość inwestycyjna państwa oznaczała przede wszystkim zasilenie obrotu na rynku finansowym w niezbędne zasoby pieniężne, czego skutkiem miało być podtrzymywanie wysokiego poziomu płynności tego obrotu, zagrożonego kryzysem zaufania na rynku międzybankowym.

Natomiast drugi etap kryzysu, który trwa do chwili obecnej, charakteryzuje się problemami państw o budżetowej naturze. Jest to głównie kryzys spowodowany rzeczywistymi przeszkodami w pozyskiwaniu przez rządy środków pieniężnych niezbędnych dla pokrycia występujących corocznie deficytów budżetów państw (*vide* problemy ze sprzedażą państwowych papierów wartościowych, zaciąganiem pożyczek oraz z prywatyzowaniem majątku), a także kryzys narastającego długu publicznego.

Na tym drugim etapie kryzysu bankowość inwestycyjna państwa może być traktowana jako aktywność polegająca na pozyskiwaniu niezbędnych przychodów budżetu państwa, służących pokryciu deficytu dochodów nad wydatkami budżetowymi.

Reasumując, możliwe jest wskazanie, iż przywołane powyżej *organizowanie finansowania podmiotów przy wykorzystaniu instrumentów rynku kapitałowego*, jako jeden z rodzajów bankowości inwestycyjnej, może być w odniesieniu do państwa rozumiane jako:

- (i) aktywne uczestnictwo w organizowaniu finansowania i zapewnianiu płynności na rynku międzybankowym; oraz
- (ii) organizowanie (pozyskiwanie) finansowania dla potrzeb zaspokojenia interesu ogółu, wyrażonego po stronie wydatkowej budżetu państwa.

Warte wszelako podkreślenia jest, iż w obu wskazanych powyżej przypadkach działalność państwa w zakresie organizowania finansowania podmiotów odbywa się przy użyciu *instrumentów rynku kapitałowego*.

Kluczowym dla działalności państwa, tak w odniesieniu do zapewnienia płynności na rynku międzybankowym, jak i organizowania przychodów pokrywających deficyt budżetu państwa, jest *dłużny papier wartościowy*.

Dłużny papier wartościowy ucieleśnia określone w nim (inkorporowane) prawa majątkowe, które z papierem wartościowym są tak ściśle związane, że wyłącznie posiadanie tego papieru wartościowego jest jedynym prawnie skutecznym sposobem legitymacji uprawnionego do uzyskania wynikających z tego papieru wartościowego świadczeń².

W literaturze przedmiotu ten rodzaj papierów wartościowych jest także określany mianem *wierzycielskich papierów wartościowych*, co wynika z faktu, iż prawa w nich ucieleśnione stanowią wierzycielskości przysługujące ich nabywcom.

Niezależnie jednak od tego, czy używane jest określenie dłużnych czy też wierzycielskich papierów wartościowych, wskazać należy, iż tego typu papiery wartościowe związane są ze stosunkami zobowiązaniami, inkorporującymi określoną wierzycielskość oraz jednocześnie określone obowiązki (dług) emitenta³.

Jedną z wymienianych funkcji dłużnych (wierzycielskich) papierów wartościowych jest także ich *pożyczkowy charakter*. W tego typu rozumieniu, które właściwe jest przede wszystkim dla literatu-

2 Tak m.in. I. Weiss, *Obligacje* (w:) A. Szumański (red.), *Prawo papierów wartościowych, System Prawa Prywatnego*, t. 19, Warszawa 2006, s. 374.

3 Więcej na temat papierów wartościowych związanych ze stosunkami zobowiązaniami P. Machnikowski (w:), E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 1385.

ry ekonomicznej, papiery wartościowe stanowią *sui generis* formę pożyczki kapitałowej na określony czas, po upływie którego podlega ona zwrotowi podmiotowi udzielającemu tej „pożyczki”, wraz z odpowiednim oprocentowaniem należnym z tytułu czasowego korzystania ze środków pieniężnych przez emitenta papieru wartościowego⁴.

W przypadku emisji papierów wartościowych przez Narodowy Bank Polski, które realizują zadania bankowości inwestycyjnej państwa w odniesieniu do obszaru zapewnienia płynności na rynku międzybankowym, funkcjonalnym celem takiego mechanizmu będzie pozyskanie nadwyżki środków pieniężnych znajdujących się w posiadaniu banków krajowych, tak aby poprzez ograniczenie nadpłynności sektora bankowego umożliwić skuteczną realizację polityki pieniężnej banku centralnego.

Emisja dłużnego papieru wartościowego przez NBP jest w tym przypadku zobowiązaniem się emitenta (NBP) do wykupu papieru wartościowego w określonym terminie, co poprzez „ściągnięcie nadwyżek finansowych” od nabywców takiego papieru wartościowego (banków krajowych) ma finalnie zniechęcać banki krajowe do wzrostu poziomu akcji kredytowej, a tym samym ograniczyć jeden z bodźców inflacyjnych⁵.

Natomiast w przypadku państwowych papierów wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa (skarbowe papiery wartościowe), które są emanacją funkcji bankowości inwestycyjnej państwa w odniesieniu do mechanizmu organizowania przychodów pokrywających deficyt budżetu państwa, ich dłużny charakter oznacza możliwość pozyskiwania środków pieniężnych dla potrzeb realizacji (finansowania) określonych zadań publicznych, jeśli wydatki budżetów publicznych swoją wartością przekraczają uzyskiwane dochody i występuje rzeczywista potrzeba pokrycia deficytu budżetowego⁶.

W takim ujęciu dłużne papiery wartościowe są jednym z instrumentów zaspokajania potrzeb pożyczkowych ich emitenta, gdzie ich nabywca *de facto* kredytuje (finansuje) działalność prowadzoną przez emitenta.

Przywołana funkcja *finansowania długiem* polega na pozyskiwaniu przez emitenta tzw. kapitału zwrotnego dla potrzeb prowadzenia działalności, co powiązane jest z emisją przez emitenta dłużnych papierów wartościowych, będących potwierdzeniem określonych uprawnień nabywcy (wierzyciela) oraz zobowiązań emitenta (dłużnika). Nabywcy dłużnego papieru wartościowego przysługuje zatem wobec emitenta roszczenie o zwrot pożyczonego kapitału w wartości nominalnej w określonym terminie wykupu, co powiększone jest o wynagrodzenie za czasowe udostępnienie środków pieniężnych⁷.

W prezentowanym ujęciu określony w warunkach emisji dłużnego papieru wartościowego *termin wykupu* jest oznaczonym terminem wykonania określonego świadczenia. Natomiast należne nabywcy papieru wartościowego wynagrodzenie za korzystanie z udostępnionych środków pieniężnych jest w rozumieniu kodeksu cywilnego⁸ (dalej: k.c.) rodzajem *pożytków prawa* (art. 54 k.c.)⁹.

Pożytkami będą zatem zarówno odsetki naliczane od wartości nominalnej stanowiącej przedmiot dłużnego papieru wartościowego, jak i (alternatywnie) przewidziane w konstrukcji określonego papieru wartościowego dyskonto, umożliwiające nabycie papieru wartościowego *ab initio* po cenie niższej niż cena nominalna, z jednoczesnym zobowiązaniem się emitenta do wykupu papieru wartościowego już po cenie nominalnej.

Drugą cechą bankowości inwestycyjnej państwa (obok użycia dłużnych papierów wartościowych), charakteryzującą *organizowanie finansowania podmiotów przy wykorzystaniu instrumentów rynku kapitałowego*,

4 Szerzej na ten temat W. Bień, *Rynek papierów wartościowych*, Warszawa 1997, s. 24.

5 Więcej na temat inflacji oraz polityki pieniężnej m.in. P. Zapadka, *Nauka o pieniądzu i funkcje banku centralnego* (w:) A. Nowak-Far (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe. Studia prawnicze*, Warszawa 2011, s. 83 i n.

6 Zob. W. Bień, *Rynek papierów wartościowych...*, s. 34.

7 Tak M. Romanowski, *Zagadnienia ogólne papierów wartościowych* (w:) A. Szumański (red.), *Prawo papierów wartościowych, System Prawa Prywatnego*, t. 18, Warszawa 2005, s. 11–12.

8 Ustawa dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.)

9 Szerzej na ten temat m.in. E. Gniewek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 118.

jest finalny cel tego rodzaju aktywności, którym jest *zapewnienie finansowania określonym podmiotom*.

Warto bowiem przypomnieć podnoszoną na wstępie do niniejszego artykułu tezę, iż państwo nie jest usługodawcą, który dla potrzeb prowadzenia zarobkowej działalności gospodarczej świadczy usługi na rzecz określonych klientów.

Zgoda odmiennie państwo realizuje zadania, które mogą być określane mianem tytułowej bankowości inwestycyjnej państwa, dla realizacji określonych zadań ze sfery *ius publicum*, do których wykonania jest zobowiązane choćby reżimem konstytucyjnym.

W konsekwencji: zapewnienie finansowania określonym podmiotom, na skutek aktywności w ramach bankowości inwestycyjnej państwa, wynika ze zdefi-

konywaniu omawianych zadań z zakresu bankowości inwestycyjnej państwa odgrywa bank centralny (NBP) oraz Minister Finansów.

III. Zadania banku centralnego

Jednym z posiadanych przez bank centralny *instrumentów polityki pieniężnej* jest: emitowanie i sprzedawanie przez NBP papierów wartościowych oraz kupowanie i sprzedawanie dłużnych papierów wartościowych w *operacjach otwartego rynku*.

Wskazywane są dwa podstawowe cele operacji otwartego rynku, tj. cele monetarne (czyli wpływanie na poziom rynkowych stóp procentowych) oraz cele systemowe (czyli zwiększanie efektywności działania rynku pieniężnego poprzez jego zasilanie w płynność)¹¹.

...warto zatem podkreślić rolę, jaką w wykonywaniu omawianych zadań z zakresu bankowości inwestycyjnej państwa odgrywa bank centralny (NBP) oraz Minister Finansów.

niowanych przepisami prawa zadań państwa, dotyczących następujących podmiotów:

- (i) zapewnienie płynności na rynku międzybankowym – co jest zadaniem Narodowego Banku Polskiego – dotyczy banków krajowych¹⁰;
- (ii) organizowanie przychodów pokrywających deficyt budżetu państwa – co jest zadaniem Ministra Finansów – dotyczy wszystkich bezpośrednich i pośrednich beneficjentów strony wydatkowej budżetu państwa.

Ujmując prezentowane zagadnienie od strony instytucjonalnej, warto zatem podkreślić rolę, jaką w wy-

W świetle współcześnie występujących turbulencji na światowych rynkach finansowych, wywołanych amerykańskim kryzysem *subprime* w 2008 r., a także z uwagi na tematykę niniejszego artykułu, na szczególne uwzględnienie zasługuje drugi ze wskazanych powyżej celów operacji otwartego rynku.

Na tej bowiem podstawie bank centralny korzysta ze sposobności zasilania w płynność większej ilości banków komercyjnych, które w czasach ograniczonego zaufania i niepewności rynkowej mają zauważalne kłopoty z pożyczaniem środków pieniężnych na rynku międzybankowym.

Operacje otwartego rynku są zatem transakcjami dokonywanymi bezpośrednio pomiędzy bankiem centralnym i bankami komercyjnymi, których przedmiotem są najczęściej albo dłużne papiery warto-

¹⁰ Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. Nr 140, poz. 939; dalej: pr. bank.), *bank krajowy* oznacza bank mający siedzibę na terenie Rzeczypospolitej Polskiej (w związku z art. 12 pr. bank., który stanowi, iż banki mogą być tworzone jako banki państwowe, banki spółdzielcze lub banki w formie spółek akcyjnych).

¹¹ Szerzej na temat istoty operacji otwartego rynku m.in. C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2003, s. 247.

ściowe emitowane przez NBP, albo dłużne papiery wartościowe emitowane przez banki. Warto dodać, iż operacje otwartego rynku, choć stanowią bardzo istotny element realizacji polityki pieniężnej, nie doczekały się kompleksowego uregulowania na poziomie ustawowym¹².

Do takich operacji należą przede wszystkim *transakcje repo* (ang. *repurchase agreement*), które polegają na zakupie przez bank centralny od banków komercyjnych papierów wartościowych z jednoczesną umową odsprzedaży tych papierów w uzgodnionym terminie. Dochodowość, a tym samym atrakcyjność dla banków komercyjnych tego typu transakcji polega na różnicy między ceną zakupu (wyższą) a ceną odsprzedaży (niższą) tychże papierów wartościowych¹³.

Z punktu widzenia realizacji zadań banku centralnego istotny jest fakt, iż dzięki takiej operacji bank centralny *czasowo zasila banki komercyjne w zasoby pieniężne* (czyli *dokonuje zapłaty za nabycie papierów wartościowych*), a jednocześnie w określonym terminie banki komercyjne zobowiązane są do wykupu tychże papierów wartościowych (czyli zwrotu zasobów pieniężnych do banku centralnego, co po ich czasowym wykorzystaniu redukuje nadpłynność finansową). Zasilanie w płynność banków komercyjnych odbywa się zatem pomiędzy terminem zbycia i terminem wykupu papierów wartościowych.

Innym rodzajem operacji otwartego rynku są *transakcje reverse repo* (ang. *reverse repurchase agreement*), których celem jest wywołanie zgoła odmiennego od transakcji repo skutku, tj. wywołanie czasowego zmniejszenia płynności sektora bankowego. W przypadku zauważalnego przez bank centralny zagrożenia wystąpienia inflacji jednym z rozwiązań ograniczających nadpłynność sektora finansowego jest bowiem „ściągnięcie” nadwyżek (nadmiaru) środków pieniężnych z rynku. Transakcje reverse repo polegają zatem na sprzedaży przez bank centralny bankom komercyjnym papierów wartościowych, z jednoczesnym zobowiązaniem banków komercyjnych do ich odkupu

w określonym terminie¹⁴. W wyniku przeprowadzanie tego typu transakcji, w aktywach banków komercyjnych zmniejsza się udział płynnych środków pieniężnych, które mogłyby zostać użyte np. do zwiększonej akcji kredytowej, a zwiększa się udział papierów wartościowych. Oznacza to zatem, iż czasowo zmniejszony zostaje potencjał kredytowy banków i ich zdolność do *wtórnej kreacji pieniądza*¹⁵.

Poza omawianymi transakcjami repo i reverse repo wartym podkreślenia jest także fakt, iż bank centralny może emitować *inne rodzaje papierów wartościowych*. Istotny cel funkcjonowania NBP, jakim jest wpływanie na politykę pieniężną państwa, determinuje kształt kreowanych instrumentów finansowych¹⁶. W zależności od zasięgu czasowego kształtowania tej polityki jej realizacja wymaga emitowania papierów wartościowych o różnych terminach wykupu (np. krótkoterminowych lub długoterminowych).

Cechą wspólną omawianych papierów wartościowych jest po pierwsze ich dłużny charakter, który został scharakteryzowany powyżej. Po drugie zaś, mają one na celu „zebranie nadwyżki” płynnych środków finansowych z rynku. Wyższa rentowność tych papierów wartościowych (czyli *de facto* ich wyższe oprocentowanie) oraz wypłacalność ich emitenta (jakim jest bank centralny), powodują, iż mają być one atrakcyjniejszą formą inwestowania dla banków komercyjnych, niż udzielanie przez nie kredytów, które zawsze łączą się z występowaniem ryzyka finansowego po stronie kredytobiorcy. W ten sposób bank centralny niejako „ogranicza” wzmoczoną akcją kredytową banków, co może być jednym z *bodźców inflacyjnych*.

Zgodnie z ustawą o NBP¹⁷ (dalej: u.n.b.p.) Narodowy Bank Polski emituje średnioterminowe i długoterminowe obligacje, bony pieniężne NBP oraz bony wartościowe NBP na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 5 u.n.b.p. (*regulowanie płynności banków oraz ich refinansowanie*) oraz art. 48 u.n.b.p., zgodnie z którym

¹⁴ *Ibidem...*, s. 358.

¹⁵ *Ibidem...*, s. 358.

¹² Więcej na ten temat m.in. A. Mikos, *Ustrojowa pozycja banku centralnego w Polsce*, Warszawa 2006, s. 97.

¹³ Tak W. Baka, *Pieniądz, bank centralny i polityka monetarna* (w:) M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia dla prawników*, Warszawa 2003, s. 358.

¹⁶ Teza ta w: M. Dyl, *Państwowe papiery wartościowe* (w:) A. Szumański (red.) *Prawo papierów wartościowych, System Prawa Prywatnego*, t. 19, Warszawa 2006, s. 737.

¹⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz.U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2).

NBP może m.in.: (i) emitować i sprzedawać papiery wartościowe oraz (ii) sprzedawać i kupować dłużne papiery wartościowe w operacjach otwartego rynku.

IV. Zadania Ministra Finansów

Drugim obok banku centralnego instytucjonalnym uczestnikiem działań określanych mianem bankowości inwestycyjnej państwa jest Minister Finansów, w zakresie, w jakim dokonuje on emisji dłużnych papierów dla realizacji pożyczkowych potrzeb budżetu państwa.

Zgodnie z ustawą o finansach państwowych (dalej: u.f.p.)¹⁸ Minister Finansów może emitować tzw. *skarbowe papiery wartościowe*, do których zaliczane są: *bony skarbowe* (art. 99 u.f.p.), *obligacje skarbowe* (art. 100 u.f.p.) oraz *skarbowe papiery oszczędnościowe* (art. 101 u.f.p.).

W świetle art. 95 u.f.p. należy uznać, iż skarbowe papiery wartościowe posiadają dłużny charakter¹⁹. W tego rodzaju papierach wartościowych inkorporowane są zatem wierzycelności, stanowiące podstawę do żądania wierzyciela od dłużnika (Skarbu Państwa) wykonania określonego świadczenia w określonym terminie (art. 95 ust. 1 u.f.p.). Skarb Państwa stwierdza, że jest dłużnikiem właściciela takiego papieru, i zobowiązuje się wobec niego do spełnienia określonego świadczenia.

W przypadku omawianych skarbowych papierów wartościowych *świadczenia pieniężne* polegają na zapłacie kwoty pieniężnej, na którą składa się kwota równa kapitałowi udostępnionemu emitentowi przy nabyciu dłużnego papieru wartościowego (wartość nominalna) oraz zwykle kwota stanowiąca wynagrodzenie (pożytki prawa) dla nabywcy tego rodzaju papieru wartościowego, za czasowe „udostępnienie kapitału”²⁰.

18 Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.).

19 *Verba legis*: „Skarbowy papier wartościowy jest papierem wartościowym, w którym Skarb Państwa stwierdza, że jest dłużnikiem właściciela takiego papieru, i zobowiązuje się wobec niego do spełnienia określonego świadczenia, które może mieć charakter pieniężny lub niepieniężny” (art. 95 ust. 1 u.f.p.).

20 Tak L. Sobolewski (w:) S. Włodyka (red.) *Prawo papierów wartościowych*, Warszawa 2004, s. 346.

Podstawy normatywne dla kreacji skarbowych papierów wartościowych oparte są, według aktualnego stanu prawnego, na dwóch poziomach: (i) ustawowego umocowania wynikającego z komentowanych przepisów art. 95–102 u.f.p., oraz (ii) podstawowych aktów normatywnych (rozporządzeń), które zgodnie z art. 92 Konstytucji RP wykonują (dookreślają) normy zawarte w ustawach, z zastrzeżeniem występowania w tychże ustawach stosownego upoważnienia dla ich wydawania przez określone organy²¹.

Warto przy tej okazji wyraźnie zaznaczyć, iż zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 4 lit a) u.f.p. środkami publicznymi są przychody pochodzące ze sprzedaży papierów wartościowych. W takim ujęciu emisja (sprzedaż) skarbowych papierów wartościowych służy finansowaniu deficytu budżetu państwa oraz innych pożyczkowych potrzeb budżetu państwa (art. 113 ust. 2 pkt 1 u.f.p.), przez co można uznać, iż jest to jeden z elementów pojęcia *finansów publicznych*, zdefiniowanych w art. 3 u.f.p.

Nadto w art. 113 ust. 2 pkt 1 u.f.p. ustawodawca jednoznacznie rozstrzyga, iż emisja omawianych papierów wartościowych może być dokonywana tak na krajowym, jak i zagranicznym rynku, co we współczesnych realiach gospodarczych ma istotne znaczenie z punktu widzenia praktyki pozyskiwania przez rządy środków pieniężnych niezbędnych do pokrycia deficytu budżetowego przede wszystkim na światowych rynkach finansowych.

Splata zaciągniętych zobowiązań z tytułu emisji omawianych skarbowych papierów wartościowych może być zaklasyfikowana jako jeden z rodzajów *rozchodów* w rozumieniu art. 6 ust. 2 pkt 2 u.f.p., zgodnie z którym do kategorii rozchodów publicznych zalicza się także wykup papierów wartościowych.

W tym kontekście należy także wspomnieć o zaklasyfikowaniu na gruncie art. 72 ust. 1 pkt 1 u.f.p. wyemitowanych papierów wartościowych opiewających na wierzycelności pieniężne, jako jednego z tytułów zobowiązań sektora finansów publicznych, określanych łącznym mianem *państwowego długu publicznego*.

W analizowanym przypadku – skarbowych papierów wartościowych emitowanych przez Ministra

21 Podziału tego dokonał M. Dyl, *Państwowe papiery wartościowe...*, s. 728.

Finansów – przewidziana przez ustawodawcę spłata zaciągniętych zobowiązań oznaczać będzie dokonanie wykupu wyemitowanych dłużnych papierów wartościowych w określonym terminie ich wykupu. Zgodnie z art. 79 ust. 1 u.f.p. z chwilą wykupu skarbowe papiery wartościowe podlegają umorzeniu. Wykonanie zobowiązania do wykupu dłużnego papieru wartościowego w określonym terminie, w przypadku skarbowych papierów wartościowych spoczywa na ich emitencie (Ministrze Finansów) i może być potraktowane jako rodzaj zadania wynikającego z zarządzania długiem Skarbu Państwa, polegającego na obsłudze zobowiązań Skarbu Państwa z tytułu wyemitowanych papierów wartościowych (art. 78 ust. 1 pkt 1 lit. b) u.f.p.).

Na prezentowanym powyżej tle należy wskazać, iż najbardziej użytecznym instrumentem z punktu widzenia realizowania omawianej bankowości inwestycyjnej państwa jest emisja przez Ministra Finansów *bonów skarbowych*.

Funkcjonalnym zastosowaniem tego rodzaju skarbowego papieru wartościowego jest zapewnienie krótkoterminowego finansowania (kredytowania) deficytu budżetu państwa i choć ustawodawca, w świetle art. 96 u.f.p., krótkoterminowość w tym przypadku definiuje jako termin wykupu nie dłuższy niż rok, w praktyce są to papiery wartościowe o terminie wykupu od kilku do kilkunastu tygodni²².

Innymi słowy, jest to krótkoterminowy instrument, który daje możliwość wpływania na poziom krótkoterminowego długu wewnętrznego państwa²³.

Nadto, w przypadku wielu państw emisja bonów skarbowych jest powtarzana systematycznie w odstępach czasu krótszych niż termin wykupu, w wyniku czego wykup jednej emisji poprzedzany jest wcześniejszymi (kolejnymi) emisjami walorów, co powoduje, iż bony skarbowe stanowiąc mogą trwałe (permanentne) pokrycie deficytów budżetowych²⁴.

Przetargi bonów są organizowane przez agenta emisji (NBP), przy czym zawężony jest krąg uczest-

ników, którzy mogą brać udział w przetargach (tzw. uczestnicy przetargu), podczas których nabywają bony skarbowe we własnym imieniu i na własny rachunek²⁵.

W przetargach mogą brać udział wyłącznie:

- (i) banki, instytucje kredytowe lub instytucje finansowe, a także ich oddziały, w rozumieniu ustawy – Prawo bankowe, z którymi Minister Finansów zawarł umowę w sprawie pełnienia funkcji Dealera Skarbowych Papierów Wartościowych, przyznającą im prawo do składania ofert na przetargach bonów określonych w rozporządzeniu, lub
- (ii) banki państwowe w rozumieniu ustawy – Prawo bankowe, nieposiadające statusu Dealera Skarbowych Papierów Wartościowych.

Odmiernym od bonów skarbowych dłużnym papierem wartościowym, jaki może emitować Minister Finansów, jest *obligacja skarbowa*.

Obligacja skarbowa, w przeciwieństwie do bonów skarbowych, jest rodzajem skarbowego papieru wartościowego charakteryzującym się większą elastycznością (*vide* rozszerzona możliwość oferowania obligacji skarbowych w kraju i za granicą oraz dopuszczenie konstrukcji obligacji skarbowych opartych zarówno na oprocentowaniu odsetek, jak i określonym dyskoncie). Nadto, zgodnie z art. 96 u.f.p., obligacja skarbową jest skarbowym papierem wartościowym średnioterminowym i długoterminowym, gdzie określoną przez ustawodawcę cezurą czasową jest rok – rozumiany jako (nie mniej niż) 365 dni.

Obligacje skarbowe mogą także posiadać charakter hurtowy (zawężony do instytucji finansowych krąg adresatów) albo detaliczny (szeroki krąg adresatów).

Obligacje skarbowe oferowane na rynkach zagranicznych emitowane są na podstawie rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 15 grudnia 2010 r. w sprawie warunków emitowania obligacji skarbowych oferowanych na rynkach zagranicznych (Dz.U. Nr 244, poz. 1630).

²² Tak W. Bień, *Rynek papierów wartościowych...*, s. 77.

²³ Teza zaprezentowana w: M. Dyl, *Państwowe papiery wartościowe...*, s. 734.

²⁴ Szerzej na ten temat W. Bień, *Rynek papierów wartościowych...*, s. 77.

²⁵ Szczegółowe warunki emisji bonów skarbowych określa rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 20 grudnia 2010 r. w sprawie warunków emitowania bonów skarbowych (Dz.U. Nr 250, poz. 1679), wydane na podstawie art. 97 ust. 1 u.f.p.

Minister Finansów, realizując przybliżane cele w zakresie pozyskiwania środków pieniężnych dla zaspokajania potrzeb pożyczkowych budżetu państwa, może również emitować *skarbowe papiery wartościowe*.

Omawiany rodzaj papieru wartościowego jest oferowany do sprzedaży przede wszystkim osobom fizycznym, które nie są aktywnymi uczestnikami profesjonalnego i wysokokwotowego obrotu na rynku

Bank centralny jako tzw. pożyczkodawca ostatniej instancji (ang. *last resolve*) realizuje w omawianym kontekście głównie zadania polegające na zapewnieniu płynności na rynku międzybankowym, gdzie adresatem dokonywanych operacji otwartego rynku są banki krajowe.

Natomiast Minister Finansów przy użyciu instrumentów rynku kapitałowego (dłużnych papierów wartościowych) organizuje przychody mające na celu po-

...tytułowa koncepcja bankowości inwestycyjnej państwa jawi się jako konsekwencja wzajemnego przenikania się sfer *ius privatum* i *ius publicum* w ramach współczesnego rynku finansowego.

finansowym, co łącznie z przewidzianą przez ustawodawcę możliwością wyłączenia tego rodzaju papieru wartościowego z obrotu wtórnego – determinuje oszczędnościowy charakter tego waloru. W literaturze przedmiotu istnieją nawet opinie, zgodnie z którymi brak możliwości wtórnego obrotu skarbowymi papierami oszczędnościowymi, który pozbawia je cechy obiegowości, zbliża je od strony funkcjonalnej (ekonomicznej) do lokat bankowych²⁶.

V. Podsumowanie

Podsumowując przybliżone w niniejszym artykule analizy, wskazać należy, iż możliwe jest wyodrębnienie pewnej sfery aktywności państwa określonej mianem bankowości inwestycyjnej państwa.

Jest to zespół działań związanych z *organizowaniem finansowania podmiotów przy wykorzystaniu instrumentów rynku kapitałowego*, z tym wszelako zastrzeżeniem, iż podejmowane czynnością nie stanowią zarobkowej działalności gospodarczej, lecz są raczej realizacją określonych zadań publicznoprawnych.

²⁶ Pogląd ten prezentuje M. Michalski (w:) M. Bączyk, M. Koziński, M. Michalski, W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Papiery wartościowe*, Kraków 2000, s. 571.

krycie deficytu budżetu państwa, czego beneficjentem są wszyscy korzystający ze strony wydatkowej budżetu państwa.

Warto także zaznaczyć, iż tytułowa koncepcja bankowości inwestycyjnej państwa jawi się jako konsekwencja wzajemnego przenikania się sfer *ius privatum* i *ius publicum* w ramach współczesnego rynku finansowego.

Bank centralny oraz Minister Finansów są dziś bowiem równouprawnionymi uczestnikami gry rynkowej, np. na międzynarodowym rynku papierów dłużnych, gdzie ich oferta adresowana jest to tych samych potencjalnych nabywców, do których swoją ofertę kierują podmioty *stricte* komercyjne, czy to z wykorzystaniem publicznego proponowania nabywania papierów wartościowych na rynku regulowanym, czy to w formie *private placement* na rynku OTC (ang. *over the counter*)²⁷.

²⁷ Rynek OTC – w szerszym znaczeniu – jest to obszar poza jakimkolwiek stałym i zorganizowanym systemem transakcyjnym (tj. *poza rynkiem regulowanym* w rozumieniu art. 14 u.o.i.f., a nawet *poza rynkiem zorganizowanym* w rozumieniu art. 3 pkt 9) u.o.i.f.), co powoduje, iż powszechnie stosowane określenie OTC w znaczeniu „obrotu pozagiełdowego” jest dość wąskim przedstawieniem tego pojęcia.

Innymi słowy: podmioty wskazane jako instytucjonalni uczestnicy bankowości inwestycyjnej państwa, muszą współcześnie konkurować z podmiotami prywatnymi w procesach sprzedaży dłużnych papierów wartościowych, z tą tylko różnicą, iż pozyskane przez bank centralny lub Ministra Finansów

środki pieniężne służą realizacji określonych zadań państwa.

Aktualne doświadczenia, związane choćby z międzynarodowym rynkiem długu, wskazują dodatkowo, iż prowadzenie bankowości inwestycyjnej państwa nie musi być działaniem ani łatwym, ani też skutecznym.

Terapeutyczne działanie prawa



Błażej Kmiecik

Absolwent Resocjalizacji (2005, UE), doktorant w Katedrze Socjologii Prawa i Praw Człowieka Instytutu Socjologii KUL. Absolwent Szkoły Praw Człowieka organizowanej przez Helsińską Fundację Praw Człowieka. Od 6 lat Rzecznik Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego. Obecnie pracuje także jako redaktor ds. bioetyki w portalu biotechnologia.pl. Członek Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego oraz Sekcji Polskiej Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej. Autor kilkunastu recenzowanych publikacji naukowych. Główne obszary zainteresowań to: prawa człowieka, bioetyka, socjologia prawa i medycyny, teoria wychowawczego działania prawa, katolicka nauka społeczna, psychiatria.

Therapeutic Function of Law

The main objective of the proposed consideration is to show apparent relationship that exists between a patient application of legislation and the process of his recovery. About the therapeutic action of the law in significant way, says the concept of therapeutic jurisprudence (TJ). This theory points out that legal action of the individual actors: judges, prosecutors, lawyers, etc. directly may have effect on the "Temida customer" therapeutically or antitherapeutically. In the following text TJ concept will be applied clearly to the issue of the rights of a patient receiving the psychiatric hospital's services. In this approach, it will be possible to analyze activities performed only by the family judges. Therefore, this approach will be supplemented by the namotherapy conception drawing attention to specific elements that show the existing relationship between the respect for patient's rights and the dynamics of the sick person's return to health. This concept will be presented with examples drawn from practice of the Psychiatric Hospital Patient Ombudsman. At the end there will be shown specific therapeutic procedures that use legal norm as a tool to motivate patients to active treatment.

Wstęp

Czym są prawa pacjenta? Pojęcie to zawsze odnosi się do relacji co najmniej dwóch osób: chorego oraz najogólniej rzecz ujmując, zajmującego się nim lekarza. Występujący od drugiej połowy XX w. dynamiczny rozwój nauk medycznych wywołał konieczność wprowadzania regulacji prawnych, które jak najbardziej kompleksowo objęłyby kontrolą m.in. sposób, w jaki wobec pacjentów podejmowane są, głównie przez

lekarzy, działania terapeutyczne o coraz bardziej skomplikowanym charakterze. Można więc rzec, iż z biegiem lat wytworzyła się sytuacja, w której to zarówno pacjent, jak i lekarz lub pielęgniarz coraz bardziej świadomi są własnych praw oraz obowiązków. W tym momencie możemy już dostrzec, że powiązany z rozwojem medycyny rozwój prawa medycznego spowodował, iż prawo np. w szpitalu odgrywa coraz istotniejszą funkcję.

Szpital jest rodzajem instytucji, w której powierzamy specjalistom nasze zdrowie i życie, stanowiące zawsze jedną z najcenniejszych wartości. Prze-

1 Artykuł jest fragmentem pracy doktorskiej pisanej pod opieką prof. K. Motyki, kierownika Katedry Socjologii Prawa i Praw Człowieka KUL.

strzeżenie lub łamanie prawa ma w tym kontekście jeszcze donioślejsze znaczenie, zjawiska te bowiem wpływać mogą bezpośrednio na jakość powrotu do zdrowia. Dalsza część rozważań będzie zatem skoncentrowana przede wszystkim na ukazaniu zjawiska potencjalnego, terapeutycznego działania prawa, które określić możemy mianem nomoterapii (gr. *nomos* – prawo, *therapeia* – leczyć).

Polskie prawo medyczne, odnosząc się do osoby pacjenta, nie wskazuje nam działań jedynie „aktorów medycznych”. Analizując np. zapisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, dojść możemy do wniosku, iż w procesie leczenia osoby chorej działanie terapeutyczne oraz antyterapeutyczne może być prezentowane nie tylko przez lekarzy, ale również przez jurystów. Zgodnie bowiem z zapisami polskiej „ustawy psychiatrycznej” stały kontakt z pacjentem dotkniętym chorobą lub zaburzeniem psychicznym posiada sędzia sądu opiekuńczego oraz Rzecznik Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego (dalej: RPPSP). Ukazując zatem cechy charakterystyczne nomoterapii, podejmiemy w pierwszej próbie przedstawienia założeń koncepcji *Therapeutic Jurisprudence*, która wyjaśni, jak istotną rolę leczniczą odnaleźć możemy w działaniach sądu. W dalszej części rozważań dokładnie przedstawiona zostanie koncepcja terapeutycznego działania prawa w szpitalu, zwłaszcza szpitalu psychiatrycznym. Działanie to ukazane zostanie nie tylko poprzez prezentację czynności wykonywanych przez sędziego lub rzecznika, ale również poprzez prezentację konkretnych programów terapeutycznych, które wykorzystując normy prawne, przyczyniają się do poprawy stanu zdrowotnego konkretnych grup pacjentów. Powyższych analiz nie można jednak poprowadzić bez wcześniejszego ukazania relacji pomiędzy ludzkimi emocjami a prawem.

Emocje i prawo

„Pacjent w stacjonarnym zakładzie opieki zdrowotnej ma prawo do kontaktu osobistego, (...) z innymi osobami”². Przywołany przepis ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta w sposób

wyraźny powoduje powstanie pewnych emocji oraz przemyśleń – zarówno wśród pacjentów, jak i personelu medycznego. Pacjent, czytając przywołany przepis, odczuwać może np. radość w związku z faktem, iż uświadamia sobie, że w trakcie kilkudniowego pobytu w szpitalu będzie miał możliwość, by odwiedzały go osoby mu bliskie. W tym miejscu pojawić się może jednak pytanie: czy mam prawo do kontaktu z mężem (żoną) w każdej chwili? Wśród personelu medycznego pojawić się może z kolei refleksja, będąca jednocześnie pytaniem: czy prawo do odwiedzin ma charakter absolutny? kiedy można ograniczyć wspomniane prawo? Dyrekcja szpitala lub władze oddziału mogą, analizując przywołany przepis, dojść do wniosku, iż wymaga on wprowadzenia odnoszących się do niego zapisów szczegółowych, które umieszczone w regulaminie mówiłyby o miejscu spotkań, ilości osób odwiedzających oraz o godzinach odwiedzin. Widać zatem, iż przepis prawa wywołuje konkretne reakcje emocjonalne. Ta krótka psychologiczno-prawna analiza konkretnego zapisu ustawowego kieruje nas wprost do postaci Leona Petrażyckiego, ojca polskiej myśli socjologiczno-prawnej.

Petrażycki zwrócił uwagę, iż podejście psychologiczne stanowić powinno podstawę, na której opierać się winna analiza przepisów prawnych. Jako uzasadnienie dla powyższego poglądu podawał, że prawo oraz moralność są przeżyciami emocjonalnymi, które w chwili ich doznawania ulegają aktualizacji. By zatem móc stwierdzić, iż prawo działa w określony sposób, należy w pierwszej kolejności zdefiniować, czym są emocje etyczne oraz przeżycia prawne.

Emocje etyczne stanowią niezwykle istotny element, który powoduje, iż jesteśmy skłonni postępować w określony sposób lub też powstrzymujemy się od określonej formy działania. W pierwszym przypadku pojawiają się tzw. emocje apulsywne, a więc pozytywne, w drugim zaś emocje repulsywne, czyli negatywne³. Petrażycki zwracał uwagę, iż analizując emocje, które pojawiają się w chwili doświadczania prawa, dokonać możemy kolejnych istotnych podziałów. Podkreślał, że przeżycia natu-

2 Art. 33 ustawy z 6 listopada 2008 roku o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417).

3 M. Pieniążek, M. Stefaniuk, *Socjologia prawa – zarys wykładu*, Wydawnictwo Zakamycze, Kraków 2003, s. 154.

ry moralnej oraz prawnej zaliczyć możemy do tzw. emocji blankierowych, które wiążą się z nakazami, zakazami, prośbami oraz radami. Emocje te wpływają na nasze życie w równym stopniu jak tzw. emocje specjalne, a więc te związane z reakcjami biologicznymi: popęd, wstyd, głód itd. Powstanie emocji zachęcających do działania lub zaniechania związane jest według Petrażyckiego z pojawieniem się tzw. motywacji uczuciowo-emocjonalnej. Opierając się na wymienionej koncepcji charakteru moty-

W powiązanie powyższego przeżycia z określonymi emocjami skłania nas lub powstrzymuje od działania. Konkretnie działanie może tu się pojawić z racji na widok określonego celu, doświadczenie przeszłości lub teraźniejszości, chęć posiadania lub też wyrażne wyobrażenie danej sytuacji oraz konsekwencji zdarzeń. Ostatni motywator działań określany jest mianem motywacji akcyjnej (niezależnej). To dzięki zawartej w niej możliwości odwoływania się do

Z przeżyciem o prawnym charakterze mamy do czynienia wówczas, gdy doświadczając określonych wyobrażeń skłonni jesteśmy podjąć konkretne postępowanie lub powstrzymać się od niego. Przywołane wyobrażenia stanowią przedmioty lub podmioty, które posiadają moc domagania się od nas określonego postępowania.

wacji, możemy stwierdzić, iż życie człowieka składa się z dokonywania wyboru pomiędzy zjawiskami powodującymi radość i zjawiskami powodującymi smutek. Każde doświadczenie wiąże się z wystąpieniem u jego adresata określonych uczuć. To dopiero uczucie przyjemności wywołuje w nas pojawienie się emocji apulsywnych, co prowadzi z kolei do wystąpienia działań hedonistycznych skierowanych na zaspokojenie potrzeb. Uczucia przyjemności mogą nas skłaniać jednak także do pojawienia się działań antyhedonistycznych wywołanych emocjami repulsywnymi. Z kolei uczucia przykrości również działają w podobny dwójaki sposób, przy czym w tym przypadku emocje apulsywne kierują do powstrzymywania się od przyjemności, a repulsywne motywują do działań hedonistycznych.

Należy także wspomnieć, iż do określonego działania lub też powstrzymania się od aktywności skłaniać nas mogą także wyobrażenia określonej

sądów normatywnych możemy wyjaśniać zjawiska moralne oraz prawne. Pojawienie się terminu „wyobrażenie” kieruje nas w stronę niezwykle ważnego dla dalszych rozważań pojęcia „przeżycie prawne”⁴.

Przeżycie prawne zdaniem przywoływanego już powyżej L. Petrażyckiego stanowi część przeżycia etycznego. Z przeżyciem o prawnym charakterze mamy do czynienia wówczas, gdy doświadczając określonych wyobrażeń skłonni jesteśmy podjąć konkretne postępowanie lub powstrzymać się od niego. Przywołane wyobrażenia stanowią przedmioty lub podmioty, które posiadają moc domagania się od nas określonego postępowania. Jak wspomniano,

⁴ Por. A. Kojder, *Godność i siła prawa*, Warszawa 1955 r., s. 84–89.

W powyższym akapicie zwrócona została uwaga na zjawisko motywacji intelektualno-emocjonalnej, którą podzielić można na motywację: teleologiczną (celowościową), podstawową, przedmiotową i akcyjną.

postępowanie to może mieć charakter działania lub też powstrzymania się od niego. Czynności te w tym zakresie traktujemy jako nasze obowiązki, które są jednocześnie uprawnieniami adresata naszych działań. Brak naszych działań lub też podejmowanie nieuprawnionych czynności prowadzi do pojawienia się szkody u drugiej osoby. Norma prawna, która pojawia się jako rezultat przeżycia prawnego, ma charakter imperatywno-atrybutywny, a więc zobowiązująco-nakazujący. Co istotne, przeżycie prawne odwołuje się może do konkretnego zapisu praw, kodeksu czy też ustawy – i wówczas określamy je mianem przeżycia prawa pozytywnego. W chwili, kiedy odwołujemy się do szeroko rozumianego poczucia sprawiedliwości, bez odnoszenia się do konkretnego podmiotu – wówczas mamy do czynienia z przeżyciem prawa intuicyjnego⁵.

giej – powstrzymujemy się przed nim, przewidując konkretne konsekwencje.

Wychowawcze działanie prawa ma na celu ukształtowanie w psychice adresata normy prawnej takich śladów, które powodować będą, iż dana osoba postępować będzie zgodnie z prawem. Prawo w tym sensie działa poprzez wzbudzanie pewnych motywów działania, a tłumienie tych, które wywoływać mogą niepożądane konsekwencje. W ten sposób prawo rozwija cechy, które przyczyniają się do respektowania normy. Poprzez swoje wychowawcze działanie prawo tworzy ślady nie tylko w psychice pojedynczej osoby, ale również w społeczeństwie. Petrażycki zaznaczał, że normy właściwego postępowania wchłaniają się niejako w społeczny krwiociąg. Ślady społeczne i psychiczne łączą się w pewnym sensie ze sobą, gdyż jednostka często decyduje

...obowiązkiem sędziego jest wpięć zadać sobie pytanie: jakie konsekwencje będzie mieć moje działanie, czy istnieje możliwość uniknięcia sytuacji, które wywołać mogą destruktywny efekt?

W przedstawianych analizach zwracał Petrażycki uwagę, że rozumienie oraz tworzenie prawa wymaga uwzględnienia jego wychowawczej oraz motywacyjnej funkcji⁶. Funkcja ta, wpływająca na pojawienie się konkretnych działań, związana jest z występowaniem opisanych powyżej dwustronnych impulsji. To emocje, mogące mieć charakter etyczny, a więc moralno-prawny⁷, powodują, iż odczuwamy z jednej strony przyzwolenie na określone działanie, a z dru-

się podjąć dane działanie lub go zaniechać nie tylko z racji na doświadczenie osobiste, ale ze względu na konkretne doświadczenia innych osób lub też całego społeczeństwa. Prawo w tym ujęciu z czasem uczy jednostki oraz społeczeństwa, jak postępować zgodnie z jego zapisami. Z postępowaniem tym nieodzownie łączą się pozytywne skojarzenia (nagroda, uniknięcie kary), które coraz silniej motywują do poprawnego postępowania.

Therapeutic Jurisprudence (TJ)

Analizując koncepcję TJ należy zwrócić uwagę, iż w sposób wyraźny stanowi ona realizację skierowanego do prawników apelu byłego prezydenta USA, Abrahama Lincolna. W opinii wspomnianego słynnego amerykańskiego przywódcy zadaniem prawników jest dążenie do zgody oraz kompromisów. Ich obowiązkiem jest poszukiwanie wśród „sąsiadów”

5 M. Pieniążek, M. Stefaniuk, *Socjologia prawa...*, s. 154–156.

6 Szersza analiza zjawiska motywacyjnego działania prawa zamieszczona zostanie w części poświęconej zjawisku nomoterapii.

7 K. Motyka, *Petrażycki Leon*, hasło encyklopedyczne (w:) *Polwszechna Encyklopedia Filozofii*, t. 8, Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu, Lublin 2007, s. 4, www.ptta.pl/pef/pdf/p/petrazycki.pdf (dostęp: 22 marca 2012).

sposobów do rozwiązania sporu. Działanie to wprost powoduje, iż obowiązkiem sędziego jest wpierw zadać sobie pytanie: jakie konsekwencje będzie mieć moje działanie, czy istnieje możliwość uniknięcia sytuacji, które wywołać mogą destruktywny efekt?⁸

William G. Schma dla ukazania znaczenia koncepcji TJ proponuje prawnikom udzielenie odpowiedzi na kilka pytań. Przywołany wieloletni sędzia i akademik prosi kolegów, by zastanowili się: co czują, gdy do biura lub na salę sądową wchodzi nowy klient?

Zdaniem Ch. Slobogina koncepcja *therapeutic jurisprudence*, wykorzystując zdobycze nauk społecznych, analizuje, w jaki sposób praktyka prawnicza wpływa na pozytywne kształtowanie się sfery psychicznej określonych osób.

Koncepcja TJ stanowi bardzo młode spojrzenie na zjawisko, jakim jest prawo z perspektywy jego oddziaływania na ludzką psychikę. Samo pojęcie „*therapeutic jurisprudence*” po raz pierwszy zostało użyte w 1987 r. przez profesora prawa D. Wexlera w liście skierowanym do Narodowego Instytutu Zdrowia Psychicznego w USA. Autor ten wraz z B. Winickiem na początku odnosili to pojęcie jedynie do zagadnienia prawnych aspektów ochrony zdrowia psychicznego. Zwracano przy tej okazji uwagę, iż pomimo tego, że prawa osób chorych psychicznie posiadają pozycję ugruntowania konstytucyjnego, to jednak w ostatnich czasach doszło do pojawienia się w tym zakresie niepokojących zjawisk. Pierwsze założenia koncepcji TJ miały na celu ukazanie roli, jaką odgrywają procedury prawne, sędziowie oraz inni prawnicy w zakresie terapeutycznego lub też antyterapeutycznego wpływu na osoby zaangażowane w proces sądowy. Zdaniem Ch. Slobogina koncepcja TJ, wykorzystując zdobycze nauk społecznych, analizuje, w jaki sposób praktyka prawnicza wpływa na pozytywne kształtowanie się sfery psychicznej określonych osób⁹.

czy pragną jedynie ukazać konkretne zjawiska prawne danej sprawy, czy też dostrzegają, iż prawo jest tutaj jedynie narzędziem do łączenia zerwanych więzi?

Zdaniem omawianego autora wiele kwestii w konkretnych sporach prawnych jest nierozwiązanych z racji braku kształtowania w adeptach prawa podejścia etycznego do klienta. Sytuacja ta powoduje, iż możemy dziś mówić o pojawieniu się tzw. błędu jurygenicznego. Określenie to utworzone zostało na wzór terminu „błąd jatrogenny” i odnosi się do negatywnego wpływu na ludzką psychikę destruktywnych działań personelu medycznego. W tym wypadku efektem głoszenia koncepcji TJ jest ukazanie niezwykle istotnego związku, jaki istnieje pomiędzy podejmowaniem przez sędziego decyzji prawnych a samopoczuciem odbiorcy wymienionych działań. Tym samym błędne decyzje sędziego lub też prezentowanie np. przedmiotowego podejścia do „klienta wymiaru sprawiedliwości” wpływają na powstanie u niego konkretnej szkody.

Bruce Winick, odnosząc się do koncepcji TJ, zaznaczał, że prawo winno być elementem, który stanowi wsparcie w powrocie do zdrowia. Co ciekawe, przy tej okazji pojawiły się głosy mówiące, że wymaganie od prawników „terapeutycznego spojrzenia” kłóci

8 W.G. Schma, *Therapeutic Jurisprudence*, The National Center for State Courts, Williamsburg 2000, s. 2.

9 P.F. Hora, W.G. Schma, J.T.A. Rosenthal, *Therapeutic Jurisprudence and the Drug Treatment Court movement: Revolutionizing*

the criminal justice systems response to drug abuse and criminal In America, „Notre Dame Law Review” 1999, nr 1, s. 3.

się z ich profesją i stanowi niejako żądanie bycia pracownikiem socjalnym. Obrońcy terapeutycznej jurysprudencji zaznaczają z kolei, iż w spojrzeniu tym nie ma nic nieprawidłowego i nieprawdziwego, z racji na fakt, iż około 80% spraw, jakimi zajmuje się przeciętnie prawnik, np. zrzeszony w palestrze stanu Michigan, dotyczy właśnie zagadnień socjalnych¹⁰.

pracownicy socjalni, mediatorzy, psychologowie itd. Zdaniem tego autora sędzia, chcąc działać w sposób leczniczy, musi być przygotowany na sytuację, w której zostanie postawiony przed licznymi dylematami etycznymi. Jako przykład zostaje tu podana sytuacja, kiedy to sędzia w postępowaniu dotyczącym kierowania nieletniego na przymusowe leczenie

...koncepcja *therapeutic jurisprudence* nie ma na celu zaznaczania, iż jedynym słusznym elementem prawa ma być jego działanie terapeutyczne. Istotą jej jest raczej zwracanie uwagi, że prawo nie może ignorować skutków, jakie wywołuje w życiu konkretnej osoby.

Wspomniany już W. Schma zaznacza, iż konstrukcja prawa nierzadko prowadzić może do sytuacji, w której to sędzia nie posiada możliwości, by zadziałać terapeutycznie. Jako przykład podaje sytuację, kiedy pacjent poszkodowany przez określonego przedstawiciela służby zdrowia oczekuje od niego w procesie sądowym jedynie przeprosin, tym samym nie walcząc o finansowe odszkodowanie. Efekt wspomnianego działania z całą pewnością miałby charakter leczniczy zarówno dla pacjenta, który doświadczył szkody, jak i dla medyka, który potencjalnie się do niej przyczynił. Niestety, zastosowanie takich działań jest niemożliwe, gdyż firmy ubezpieczające w USA kategorycznie zabraniają lekarzom spotkań z poszkodowaną stroną w trakcie procesu¹¹.

Andrew Cannon dla ukazania praktycznej roli koncepcji TJ zwraca uwagę, że sędzia może przewidzieć terapeutyczne skutki swoich działań jedynie współpracując z innymi specjalistami, takimi jak

nie odwykowe decyduje się nie wszczynać śledztwa w sprawie podejrzenia o molestowanie seksualne tej osoby. Decyzję tę sędzia, po konsultacji z pracownikiem socjalnym, podejmuje w związku z obawą, iż dodatkowe postępowanie mogłoby przyczynić się do wywołania traumy, która uniemożliwiłaby skuteczne leczenie odwykowe¹².

David Wexler, analizując stworzoną przez siebie koncepcję, doszedł do wniosku, iż prawo określić możemy mianem „elementu terapeutycznego”. W tym sensie, działając w sposób pozytywny, element ten jest swoistym lekarstwem. Lekarstwo to działa poprzez wchodzenie w pożądane role przez sędziów, adwokatów, biegłych itd. Objawia się to także w analizie skutków funkcjonowania danego przepisu. Autor ten podkreśla tym samym, że koncepcja TJ nie ma na celu zaznaczania, iż jedynym słusznym elementem prawa ma być jego działanie terapeutyczne.

¹⁰ W.G. Schma, *Therapeutic Jurisprudence*, „Michigan Bar Journal” 2003, nr 1, s. 25–26.

¹¹ W.G. Schma, *Therapeutic Jurisprudence*, *The National Center for State Courts*, Williamsburg 2000, s. 2.

¹² A. Cannon, *Therapeutic Jurisprudence in the Magistrates Court: Some Issues of Practice and Principle* (w:) G. Reinhardt, A. Cannon (ed.), *Transforming Legal Processes in Court and Beyond*, The Australasian Institute of Judicial Administration, Melbourne 2007, s. 130.

Istotą jej jest raczej zwracanie uwagi, że prawo nie może ignorować skutków, jakie wywołuje w życiu konkretnej osoby¹³. W tym celu musi ono korzystać ze zdobyczy, jakie oferują nauki, takie jak psychiatria, psychologia, socjologia czy antropologia. Choć przedstawiciele wymienionych dyscyplin na początku niechętnie patrzyli na zaangażowanie prawników w obszar ich badań, to jednak w tym momencie, po dwudziestu latach współpracy, zdaniem Wexlera wyraźnie widać wspólną linię porozumienia, która ukazuje wartość nie tylko terapeutycznej, ale również profilaktycznej roli prawa¹⁴.

Nomoterapia

Gdy mówimy o koncepcji TJ, musimy pamiętać, że na samym początku dotyczyła ona zagadnień związanych z opieką nad osobami chorymi psychicznie. To właśnie analizując sposób opieki nad tą grupą, w sposób dokładny przeanalizować możemy polskie realia terapeutycznego działania prawa. Doskonale pokazuje to przykład ustawy o ochronie zdrowia psychicznego¹⁵ (dalej: u.o.z.p.), która zaznacza, że w procesie powrotu do zdrowia pacjenta szpitala psychiatrycznego istotną rolę odgrywa nie tylko personel medyczny, ale również „personel prawny”, który reprezentują sędzia sądu opiekuńczego oraz Rzecznik Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego.

Zgodnie z badaniami W. Langiewicz oraz M. Pasiorowskiej w 2006 r. ponad 15 tys. razy do szpitali psychiatrycznych przyjmowane były osoby bez ich zgody. Przyjęcie to odbywało się na podstawie przepisów ustawy: art. 23 u.o.z.p. – nagłe przyjęcie agresywnej lub autoagresywnej osoby chorej psychicznie; art. 24 u.o.z.p. – nagłe przyjęcie na dziesięciodniową obserwację osoby, wobec której istnieje podejrzenie występowania choroby psychicznej, a której zachowanie wskazuje, iż stwarza ona zagrożenie dla siebie lub innych; art. 28 u.o.z.p.

– podjęcie działań przewidzianych w art. 23, a kierowanych wobec osoby, która już wyraziła zgodę na leczenie.

Analizując dokładniej powyższe dane, możemy stwierdzić, iż w 2006 r. w polskich szpitalach psychiatrycznych osobę sędziego można by było spotkać dokładnie 15 194 razy¹⁶. Zgodnie bowiem z treścią art. 45 ust. 2 u.o.z.p. „Sędzia wizytujący szpital wysłuchuje osobę przyjętą do szpitala psychiatrycznego w trybie art. 23, 24 lub 28 nie później niż w terminie 48 godzin od otrzymania zawiadomienia”. Powyższe zawiadomienie szpital ma obowiązek wysłać do sądu w ciągu 72 godzin od chwili przyjęcia. Co istotne, w powyższej kwestii zawiadomienie sądu, a następnie przyjsięcie do szpitala sędziego stanowi jeden z najistotniejszych elementów poszanowania praw człowieka chorego psychicznie. Zgodnie bowiem z komentarzami twórców polskiej ustawy psychiatrycznej akt ten stanowi połączenie modelu medycznego oraz prawnego. Z jednej strony dopuszcza się do podejmowania działań przymusowych jedynie w sytuacjach, gdy pacjent nie posiada świadomości swoich czynów (lub ma ją istotnie ograniczoną), a stwarzać może zagrożenie dla siebie lub innych. Z drugiej zaś strony w działaniach tych jako fundament uznaje się zasadę najmniejszej uciążliwości, szanującą przyrodzone oraz niezbywalne prawa człowieka¹⁷. Na strażnika owych praw polskie przepisy wskazują właśnie osobę sędziego sądu opiekuńczego (dla celów postępowania są to wydziały sądów rejonowych – rodzinne oraz nieletnich). To sędzia obdarzony został nie tylko uprawnieniami związanymi z postępowaniem sądowym, ale udzielono mu prawa do kontroli legalności oraz czuwania nad przestrzeganiem praw osób dotkniętych zaburzeniami psychicznymi¹⁸.

13 D.B. Wexler, *Therapeutic Jurisprudence in Clinical Practice*, „The American Journal of Psychiatry” 1996, nr 4, s. 453–454.

14 D.B. Wexler, *Two decades of Therapeutic Jurisprudence*, „Touro Law Review” 2008, vol. 24, s. 26, 28.

15 Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.).

16 W. Langiewicz, M. Pasiorowska, *Przymusowe hospitalizacje oraz przymus bezpośredni w oddziałach psychiatrycznych w 2006 roku na tle lat wcześniejszych*, „Postępy Psychiatrii i Neurologii” 2008, nr 17 (2), s. 130.

17 A. Gruszczyńska-Młodożeniec, K. Pierzgałska, *Wybrane zagadnienia prawne w psychiatrii*, „Wiadomości Psychiatriczne” 2004, nr 4, t. VII, s. 295.

18 Art. 43 ust. 1 u.o.z.p.

W tym jednak miejscu przyjrzyjmy się nieco dokładniej sytuacji, kiedy to osoba sędziego przybywa do szpitala w celu odbycia rozmowy z pacjentem.

Oceniając znaczenie spotkania sędziego z osobą chorą psychicznie (lub też doświadczającą zaburzeń psychicznych o niejasnym obrazie), nie można zapomnieć, iż odbywa się ono w szczególnych warunkach. Pacjent, do którego wzywany jest sędzia, najczęściej neguje zasadność hospitalizacji. Nie akceptuje nie tylko konieczności leczenia, ale podważa również treść diagnozy oraz opinie mówiącą o rzekomym zagrożeniu sobie lub otoczeniu. Pacjent w dalszym ciągu może w takiej sytuacji wykazywać zachowania agresywne wynikające z choroby¹⁹. Sędzia zaprezentować może tutaj dwie postawy.

Z drugiej strony powyższe informacje może przedstawić, próbując jednocześnie zdobyć zaufanie pacjenta, okazując mu zainteresowanie, wzbudzając nadzieję co do poprawy zdrowia oraz zachęcając do podejmowania otwartych rozmów z lekarzami.

Pierwszą z opisanych powyżej postaw określić możemy mianem błędu jurygenicznego. Pojęcie to, jak już wspomniano, zapożyczono z *therapeutic jurisprudence*. Oznacza ono, iż działanie sędziego, skupionego jedynie na chłodnej analizie zdarzeń, bez jakiegokolwiek emocjonalnego zaangażowania w sytuację osoby chorej, przyczynia się do utrwalenia się takich stanów jak lęk, obawa, frustracja oraz agresja²⁰. Sędzia w takim stanie rzeczy, przekazując informację prawną w tzw. sposób profesjonalny, za-



Pierwszą z opisanych powyżej postaw określić możemy mianem błędu jurygenicznego. Pojęcie to, jak już wspomniano, zapożyczono z *therapeutic jurisprudence*. Oznacza ono, iż działanie sędziego, skupionego jedynie na chłodnej analizie zdarzeń, bez jakiegokolwiek emocjonalnego zaangażowania w sytuację osoby chorej, przyczynia się do utrwalenia się takich stanów jak lęk, obawa, frustracja oraz agresja.

Po pierwsze, w sposób chłodny, rzeczowy, z zasady bezstronny może przekazać pacjentowi formalną informację: dotyczącą jego przymusowej hospitalizacji, jego podstawowych praw oraz procedury dalszego działania.

czyna jednocześnie używać zwrotów, które są całkowicie niezrozumiałe dla pacjenta. Tym samym taka forma ukazywania sytuacji prawnej utrwała w osobie hospitalizowanej patologiczne objawy choroby, a co więcej – wzmacnia może zachowania agresywne wynikające z frustracji.

19 A. Araszkiewicz i inni, *Biała Księga – Osoby chorujące na schizofrenię w Polsce – raport*, Instytut Praw Pacjenta i Edukacji Zdrowotnej, Warszawa 2011, s. 8.

20 W.G. Schma, *Therapeutic Jurisprudence*, „Michigan Bar Journal”, s. 25.

Druga z omawianych postaw stanowi z kolei zupełnie inny rodzaj działania, który określić można mianem nomoterapi. Sędzia poprzez czuwanie na straży

zumianej terapii pacjenta. Rzecznik więc w każdym kontakcie z pacjentem musi wejść w relację terapeutyczną.



...każda działalność rzecznika stanowi element szeroko rozumianej terapii pacjenta. Rzecznik więc w każdym kontakcie z pacjentem musi wejść w relację terapeutyczną.

praw człowieka oraz ukazywanie postawy psychoterapeutycznej²¹ w sposób wyraźny wzbudza zaufanie u osoby pacjenta, jednocześnie daje mu kolejną płaszczyznę, na której ten ma możliwość doświadczenia bezpieczeństwa psychicznego. Nie łamiąc zasady bezstronności, stara się być aktywnym „aktorem” działań związanych z przymusowym przyjęciem lub też wycofaniem przez osobę chorą zgody na leczenie. Sędzia w tym wypadku wskazać może konkretne prawa, jakie posiada pacjent, jednocześnie przedstawiając realne negatywne skutki łamania przepisów określonych przez regulamin szpitala.

Mówiąc jednak o nomoterapii w szpitalu psychiatrycznym, nie możemy zapomnieć o RPPSP²², a więc drugim jurystycznym aktorze sceny, jaką jest szpital psychiatryczny. Zgodnie z art. 10c ust. 2 u.o.z.p. rzecznik nie może podejmować działań terapeutycznych, jako świadczeniodawca usług medycznych. Niemniej, analizując liczne czynności, jakie wykonuje RPPSP, przy uwzględnieniu specyfiki miejsca, w którym pracuje, dojść można do wniosku, iż każda działalność rzecznika stanowi element szeroko ro-

Zarówno zwolennicy, jak i krytycy omawianej tu młodej instytucji zgodnie twierdzą, iż stanowi ona połączenie z jednej strony działań o charakterze doradczo-prawnym, a z drugiej w sposób jasny jest ona istotnym elementem mogącym mieć wpływ na powrót do zdrowia pacjenta. Pierwsza ze wspomnianych grup w roli rzecznika widzi przede wszystkim prawnika, mediatora, edukatora oraz terapeute²³. Część z kolei psychiatrów, krytycznie oceniających dotychczasową praktykę RPPSP, widzi w tej roli przede wszystkim prawnika radcę oraz psychologa terapeute²⁴.

Wyżej opisane stanowiska zwracają uwagę, iż rzecznik pomimo wykonywania obowiązków związanych z czuowaniem na straży poszanowania praw pacjenta, nie uniknie jednak wejścia w relację terapeutyczną z omawianą osobą. Ukażmy zatem specyfikę owej relacji na linii rzecznik – pacjent, podkreślmy: relacji, w której temat prawa odgrywa fundamentalną rolę.

Gdy przyjrzymy się rodzajom spraw, jakie kierowane są do RPPSP²⁵, dojść możemy do wniosku, iż bez

21 Zob. szerzej: J.C. Czabała, *Czynniki leczące w psychoterapii*, PWN, Warszawa 2000, s. 176–180.

22 Rzecznik ten jest zatrudnionym przez Biuro Rzecznika Praw Pacjenta niezależnym ombudsmanem, który pracując na terenie konkretnego szpitala ma za zadanie: udzielanie pomocy w dochodzeniu swoich praw przez pacjentów, współpracę z rodziną pacjenta, wyjaśnianie pisemnych i ustnych skarg, organizowanie działalności edukacyjnej w szczególności dla pacjentów konkretnego zakładu opieki zdrowotnej.

23 B. Kmiecik, *Rzecznik Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego jako strażnik ładu społecznego* (w:) E. Moczuk, B. Sagan (red.) *III Forum Socjologów Prawa*, „Ius et Administratio”, zeszyt specjalny, Facultas Juridica Universitatis Resoviensis, Rzeszów 2010 s. 230

24 B. Łoza, R. Wójcik, *Rzecznik praw pacjenta szpitala psychiatrycznego: nowe doświadczenia, stare błędy*, „Neuropsychiatria. Przegląd Kliniczny” 2010 nr 1, s. 38.

25 Szerzej na temat specyfiki składanych skarg oraz wniosków (w:) Rzecznik Praw Pacjenta, *Sprawozdanie z realizacji zadań*

względu na to, czy rzecznik podejmuje się kontroli przestrzegania konkretnych praw osoby chorej, czy wyjaśnia jej zawile terminy prawnicze, czy też podejmuje się działalności *stricte* edukacyjnej, zawsze postawiony zostaje w sytuacji, w której to, podobnie jak wymieniony sędzia, z jednej strony w sposób formalny może „wykładać” zagadnienia prawa medycznego, a z drugiej strony może w sposób świadomy współuczestniczyć w niezwykłym procesie powrotu pacjenta do zdrowia.

Przywoływani już w tekście B. Łoza i R. Wójcik w swej krytycznej analizie stanowiska RPPSP zwracają uwagę na przykład, w którym działania rzecznika w trakcie zajęć edukacyjnych doprowadziły do wyraźnego pogorszenia się stanu zdrowia jednej z pacjentek. Zauważają oni, że po jednym ze spotkań pacjentka oddziału stwierdziła, iż doszło u niej do silnego pogorszenia się nastroju. Dokonując krytyki funkcjonowania omawianej instytucji, autorzy zwracają uwagę, że w sposób niedostateczny dostrzega się wpływ działań owego ombudsmana na kondycję psychiczną pacjenta. Zdaniem Łoży i Wójcika brak przygotowania terapeutycznego rzeczników powodować może, iż w sposób błędny interpretować będą treść skargi pacjenta, która wprost powiązana może być z doświadczanymi przez niego objawami psychotycznymi. Działanie takie tym samym prowadzić może do szkody²⁶.

Powyższą antyterapeutyczną korelację należy rozwinąć o pogląd dotyczący błędów terapeutycznych, którego autorem był A. Kępiński. Zdaniem wspomnianego krakowskiego psychiatry w każdej relacji leczniczej dojść może do pojawienia się ze strony terapeuty błędu: arbitralności, pseudoprofjonalizmu oraz „maski”. Zdaniem Kępińskiego w pierwszym przypadku mówimy o sytuacji, kiedy „specjalista dostrzega swoją wyjątkowość”: wie, że posiada wiedzę oraz władzę, które dają mu silną pozycję w relacji z chorym. O kolejnych wadach owej

relacji mówi drugi błąd, kiedy to dany specjalista skupiony jest na ciekawym kazusie, a nie na realnym dobru danej osoby. Błąd ten wiąże się również z trzecią z wymienionych postaw. W tej sytuacji dany „profesjonalista pomagacz” rozmawia z chorym, niejako odgrywając rolę mędrca oraz wszechstronnego znawcy danej materii²⁷.

Również osoby wykonujące funkcję RPPSP mogą działać w opisany błędny sposób. Mogą np. poczuć, iż z racji na ich urzędniczą afiliację to od nich zależy zdefiniowanie, co stanowi naruszenie sfery praw pacjenta, a co owym naruszeniem nie jest. Omawiany ombudsman może w swej profesjonalnej i obiektywnej roli skupić się na tym, by osiągnąć w szpitalu stan *lege artis*. Tym samym może zdarzyć się sytuacja, w której to RPPSP skupi się na podjęciu działań zmierzających do wypisu pacjenta bez jakiegokolwiek obiektywnego spojrzenia na jego stan zdrowia. Najważniejsze w tej postawie stanie się zatem, by móc stwierdzić, że „działania podjęte zostały zgodnie z ustawą”. Opinia taka kieruje nas w stronę trzeciego błędu. Wypowiadając owo sformułowanie, rzecznik może przybrać niepokojącą maskę arbitra, sędziego lub też niedostępnego (emocjonalnie objętego) obrońcy²⁸.

Dokonując jednak bardziej dogłębnej analizy działań podejmowanych przez omawianą młodą instytucję, dojść możemy do wniosku, iż działania rzeczników z całą pewnością przyczyniać się mogą do realnej poprawy stanu zdrowia pacjenta. Co istotne, działania te w sposób jasny ukazują istniejącą korelację pomiędzy odpowiednim, odpowiedzialnym oraz „troskliwym” ukazywaniem pacjentowi jego praw, a realną poprawą stanu zdrowia osoby chorej.

Zdaniem M. Załuski obecność w oddziale psychiatrycznym rzecznika praw pacjenta powoduje wystąpienie dwóch wyraźnie pozytywnych zjawisk. Po pierwsze, osoba rzecznika stanowi jeden z kilku elementów, które pozwalają na stworzenie dla pacjenta szerszej przestrzeni bezpieczeństwa, tym samym zmniejszają poziom odczuwanego przez niego lęku. Autorka zaznacza, że poza tworzeniem społeczności

wynikających z ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417, z późn. zm.) oraz przestrzegania praw pacjenta na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Obejmuje okres od dnia 21 maja 2009 r. do dnia 31 grudnia 2009 r., s. 9, 10 oraz 131–155.
26 B. Łoza, R. Wójcik, *Rzecznik praw pacjenta...*, s. 38, 39.

27 A. Kępiński, *Rytm życia*, Wydawnictwo Literackie, Kraków 2001, s. 340–342.

28 B. Kmiecik, *Rzecznik Praw Pacjenta...*, s. 224.

terapeutycznych oraz organizacją przeznaczonych dla personelu szkoleń dotyczących kontaktu z pacjentem, obecność RPPSP stanowi tzw. instytucjonalno-społeczny aspekt powrotu do zdrowia. W tym sensie „Zdrowienie to nie tylko kontrolowanie objawów, przewyciężanie deficytów, akceptacja zmian i ograniczeń, jakie wiążą się z chorobą, ale także budzenie nadziei i poszukiwanie nowych satysfakcjonujących dążeń, pragnień i celów życiowych”²⁹. Warto w tym miejscu przypomnieć, że budzenie nadziei, poza okazywaniem empatii, wzbudzeniem zaufania oraz zachęcaniem do poddania się leczeniu, stanowi jeden z elementów procesu terapeutycznego³⁰.

Przywoływany już w rozważaniach A. Kępiński zaznaczał, że „każdy lekarz chcąc, nie chcąc jest lepszym lub gorszym psychoterapeutą? wzajemny bowiem stosunek dwóch osób (...) jest z konieczności stosunkiem psychoterapeutycznym”.³¹ Słynny krakowski psychiatra zaznacza ponadto, że każdy chory, szukając pomocy u specjalisty, cofa się w pewnym sensie do czasu dzieciństwa. W tym sensie oddaje się on pod opiekę lekarza, pielęgniarki, terapeuty etc. Osoba rzecznika jest kolejnym specjalistą, do którego od kilku lat mogą zgłaszać się pacjenci szukający pomocy.

Zgodnie z zapisami art. 10b ust. 2 pkt 1 u.o.z.p. do zadań RPPSR należy „pomoc w dochodzeniu praw w sprawach związanych z przyjęciem, leczeniem, warunkami pobytu i wypisaniem ze szpitala psychiatrycznego”. Każda z powyższych spraw dotyka zagadnienia *stricte* prawnego. Rzecznik, jak już wspomniano, musi w sposób kompetentny ukazać pacjentowi jego prawa, jednocześnie informując o uprawnieniach personelu. Nie możemy jednak patrzeć na przywołane unormowanie dostrzegając jedynie „prawną stronę medalu”. Każda ze spraw związanych z przyjęciem, leczeniem lub wypisem ze szpitala w sposób oczywisty odwołuje nas do zagadnień o charakterze medycznym. Tym samym RPPSP, udzielając porady prawnej, zawsze, jak słusz-

nie zauważył to A. Kępiński, „znajduje się w relacji terapeutycznej”. Jaka jest zatem specyfika owej, prawno-terapeutycznej relacji?

Zarówno w trakcie indywidualnych spotkań, jak i regularnych zajęć edukacyjnych RPPSP ma możliwość kształtowania u pacjentów szpitala psychiatrycznego tzw. bezpośredniej, zasadniczej motywacji prawnej, aktywnej³². Oznacza to, że pacjent uzyskuje od rzecznika konkretną wiedzę dotyczącą swoich praw oraz uprawnień, które w danej sytuacji posiada także lekarz. „Wyjaśniając praktyczne znaczenie głównie u.o.z.p. wspomniana osoba ma możliwość kształtowania u pacjentów świadomości, iż prawo uprawnia do: wychodzenia na przepustkę, do kontaktu z bliskimi, do otrzymania lekarstw etc.”³³ W tym jednak miejscu zasadnym jest, by zwrócić uwagę, iż działania te zapobiegają zjawisku, w którym to prawa pacjenta mogłyby stać się czynnikiem demoralizującym chorych. Łatwo bowiem w takiej optyce dojść może do sytuacji, w której to pacjenci uznają, iż jedynie oni posiadają prawa. Z kolei personel w ich opinii posiada jedynie obowiązki. Podobnie zjawisko przełożyć można na kształtowanie przez RPPSP odpowiednich postaw u personelu medycznego. Poprzez stały kontakt z lekarzami oraz pielęgniarkami rzecznik ma sposobność, by pokazywać nie tylko uprawnienie do np. zastosowania przymusu bezpośredniego. Rzecznik może w podobny sposób zaznaczać, iż są sytuacje, kiedy to personel do powyższych działań jest zobligowany. Jak podkreśla się w dotychczasowych analizach dotyczących aktywności RPPSP, „Wspomniane działania dążą również do ukształtowania się bezpośredniej motywacji prawnej o charakterze pasywnym. Zarówno pacjenci, jak i personel dzięki stałemu dopływowi informacji na temat wzajemnych praw kształtują w sobie przekonanie dotyczące wzajemnych zobowiązań”³⁴. Warto w tym miejscu dodać, że zdaniem A. Kojdera „[p]ołączone działanie motywacji bezpośredniej aktywnej (...) i pasywnej jest czynnikiem sprawczym skoordynowanego, ujednoliconego postępowania indywidualnego i maso-

29 M. Załuska, *Hospitalizacja psychiatryczna a stres, umocnienie i zdrowienie*, „Psychiatria w Praktyce Klinicznej” 2009, tom 2, nr 3, s. 161, 162.

30 J.C. Czabała, *Czynniki leczące...*, s. 176–180.

31 A. Kępiński, *Rytm życia...*, s. 322.

32 Por. A. Kojder, *Godność i siła...*, s. 91–93.

33 B. Kmiecik, *Rzecznik Praw Pacjenta...*, s. 227.

34 *Ibidem*, s. 230.

wego, na którym opiera się każda organizacja społeczna...”³⁵.

Działając w ramach określonej organizacji społecznej, RPPSP jako strażnik ładu społecznego dąży do ukształtowania (głównie u pacjentów) postawy legalistycznej. To ona daje znaczny procent pewności, że pacjent szanujący prawo będzie poddawał się „poleceniom” personelu medycznego. Ów szacunek

dysproporcję praw. Prawo traci swój autorytet z racji na fakt, iż służy – w opinii chorego – jedynie personelowi, nakładając tym samym obowiązki jedynie na pacjentów. Chory w takiej optyce aktywnie może się buntować przeciwko decyzjom np. lekarza, może podburzać innych pacjentów, wystąpić mogą zachowania agresywne, które na terenie szpitala psychiatrycznego spotkają się z reakcją w postaci

„Wspomniane działania dążą również do ukształtowania się bezpośredniej motywacji prawnej o charakterze pasywnym. Zarówno pacjenci, jak i personel dzięki stałemu dopływowi informacji na temat wzajemnych praw kształtują w sobie przekonanie dotyczące wzajemnych zobowiązań”.

może się jednak pojawić dopiero w chwili, kiedy pacjent doświadczy troski ze strony medyków, gdy dostrzeże w czynnościach np. pielęgniarek wyraźne zainteresowanie jego osobą. W takiej sytuacji prawdopodobne jest, że nawet osoba doświadczająca silnych zaburzeń psychicznych, odczuwając szczerze zainteresowanie, podda się opiece specjalistów. Tym samym proces terapii stanie się mniej uciążliwy dla chorego i w sposób realny może trwać krócej niż wówczas, kiedy pacjent prezentować będzie postawę nonkonformistyczną. Zwykle pacjent doświadcza uczucia buntu wobec sytuacji, w której się znalazł. Stan ten pojawić się może jako konsekwencja braku postawy terapeutycznej w działaniach wprost odnoszących się do pojęcia praw pacjenta. W momencie, w którym chory nie jest informowany o przysługujących mu prawach, bagatelizowana jest jego osoba oraz traktowany jest w sposób przedmiotowy, uświadamia sobie tym samym istniejącą

zastosowania wobec chorego środków przymusu bezpośredniego. Stan ten w sposób obiektywny przyczyni się do wydłużenia się procesu terapii. Opisana powyżej postawa określana jest mianem nonkonformizmu negatywnego. By pokazać pełnię tego zjawiska, należy przedstawić również pozytywne oblicze powyższej postawy.

W rzeczywistości prawno-medycznej pozytywny nonkonformizm to postawa, w której pacjent jest świadom swoich praw. Dostrzegając wyraźne ich łamanie, zaczyna działać, ale działanie to odbywa się w granicach prawa. Tym samym chory upomina się np. o godne traktowanie, możliwość uzyskania przepustki lub też dostęp do pełnej informacji o swoim zdrowiu. Prawo w takiej chwili nie traci dla niego autorytetu. Pacjent w takiej optyce jest zarówno legalistą, jak i „pozytywnym nonkonformistą”³⁶. W kształtowaniu

35 Por. A. Kojder, *Godność i siła...*, s. 93.

36 B. Kmiecik, *Poszanowanie praw małoletniego pacjenta w szpitalu psychiatrycznym a doświadczenie choroby psychicznej* (w:) B. Płonka-Syroka, M. Skrzypek (red.) *Doświadczenie choroby*

takich postaw doniosłą rolę odgrywa właśnie RPPSP. Pamiętajmy, iż w szerokim ujęciu postawa taka jest elementem świadomości prawa. Na ową świadomość składają się również: wiedza o prawie, jego ocena oraz wyrażane wobec niego postulaty³⁷. Rzecznik poprzez podejmowanie działań edukacyjnych, rozmowy z pacjentami i personelem, a także podejmowanie interwencji wyjaśniających – nieustannie kształtuje

w sposób ewidentny przyczynia się do poprawy zdrowia pacjenta³⁸.

Owa nomoterapia nie może jednak przebiegać jedynie na poziomie poznawczym. Przy udzielania wsparcia prawnego pacjentowi lub też w działaniach edukacyjnych RPPSP będzie skuteczny jedynie wówczas, gdy jego aktywności będzie towarzyszyło przeświadczenie, iż w sytuacji pomagania stanowi on

”**W rzeczywistości prawno-medycznej pozytywny nonkonformizm to postawa, w której pacjent jest świadom swoich praw. Dostrzegając wyraźne ich łamanie, zaczyna działać, ale działanie to odbywa się w granicach prawa.**

świadomość prawną u adresatów swoich działań. Oczywiście od jego postawy oraz aktywności zależy, w jaki sposób owa świadomość wpłynie na krystalizowanie się poszczególnych postaw. Działanie nomoterapeutyczne RPPSPR polega w tym miejscu na uświadamianiu pacjentom „jakie korzyści, nagrody oraz realne zyski mogą osiągnąć dzięki respektowaniu np. wewnątrzszpitalnego regulaminu – szybszy powrót do zdrowia, możliwość uzyskania przepustki, a tym samym perspektywy szybszego powrotu do domu. Nie chodzi w tym miejscu o kształtowanie umiejętności skutecznej manipulacji. Rzecznik w swojej pracy ma za zadanie ukazywać stałą relację pomiędzy przepisami prawa a powrotem do zdrowia. Unikanie zachowań agresywnych, świadome i regularne przyjmowanie leków, regularne branie udziału w zajęciach, a więc wypełnianie zapisów «wewnątrzszpitalnego prawa»

dla chorego swoiste lekarstwo³⁹. W innym wypadku trudny kontakt pacjenta z omawianym ombudsmannem lub też ze wspomnianym sędzią sądu opiekuńczego wynikać może czasem nie tyle z problemów pacjenta, ile raczej z postawy owych jurystów⁴⁰.

Nomoterapia – przykładowe techniki

Analizując zjawisko terapeutycznego działania prawa, nie można jednak ograniczyć się jedynie do postaw prezentowanych przez poszczególnych „aktorów sceny działań medycznych”. Postawy te odgrywają kluczową rolę w pomaganiu pacjentowi. W praktyce terapeutycznej polskich szpitali możemy odnaleźć jednak również formy działań, które w sposób bezpośredni łączą zjawisko działania prawa z procesem powrotu do zdrowia. Także w tym przypadku zjawisko to obserwujemy na terenie szpitali psychiatrycznych oferujących poza pomocą farmakologiczną wsparcie psychoterapeutyczne. Wsparcie to odgrywa niezwykle ważną rolę w złożonym procesie

w perspektywie nauk humanistycznych, społecznych i medycznych, Wydawnictwo AM im. Piastów Śląskich, Wrocław 2010, s. 280–284.

37 Krytyczną analizę kwestii dotyczącej postawy wobec prawa jako elementu świadomości prawnej przedstawił Z. Cywiński, *Kilka uwag o ujęciach świadomości prawnej*, „Studia Iuridica” 1996, nr 31, s. 12.

38 B. Kmiecik, *Rzecznik Praw Pacjenta...*, s. 227.

39 A. Kępiński, *Rytm życia...*, s. 256.

40 Ma temat powyższego zjawiska szerzej A. Kępiński, *Poznanie chorego*, Państwowy Zakład Wyd. Lekarskich, Warszawa 1989, s. 8–9.

udzielania pomocy pacjentowi doświadczającemu m.in. zaburzeń zachowania lub też odżywiania. Do przedstawionych powyżej zaburzeń zaliczamy anoreksję oraz bulimię. Wymienione schorzenia, choć dotyczą zagadnienia związanego ze sferą fizyczną pacjenta (wagą jego ciała), leczone są najczęściej za pomocą technik psychoterapeutycznych, do których zaliczamy zarówno psychoterapię indywidualną⁴¹, jak i terapię grupową.

warszawskiego Instytutu Psychiatrii i Neurologii pacjent w tzw. pierwszej fazie ma kontrolowane rzeczy pod kątem posiadania ukrytego jedzenia, godzinę po zakończeniu posiłku pilnowany jest przez personel, ma ograniczoną możliwość opuszczania oddziału oraz jest zobowiązany do określonego tygodniowego przyrostu masy ciała. W kolejnych fazach następuje stopniowe zwiększenie czasu, w którym pacjent może przebywać poza oddziałem (także na przepu-

Przejście do kolejnych stadiów leczenia szpitalnego powoduje, że pacjent zaczyna nabierać uprawnień do kontaktu z bliskimi, w tym do przyjmowania odwiedzin oraz pobytu na przepustce. Wraz z postępami w terapii pacjenci niejako odzyskują pełnię prawa do poszanowania ich intymności.

W tym miejscu warto dodać, że głównym elementem omawianej terapii jest przestrzeganie przez pacjentów precyzyjnie skonstruowanego kontraktu, na który składają się zasady funkcjonowania w oddziale zaburzeń odżywiania. Kontrakt ten odgrywa niezwykle istotną rolę, składa się on bowiem najczęściej z tzw. stadiów, w których to w sposób szczególnie określa się prawa, jakich pacjent nabywa w chwili, kiedy to następuje poprawa jego stanu zdrowia. Innymi słowy: pacjent, który nie przybiera na wadze lub też nie kształtuje w sobie odpowiednich nawyków jedzeniowych, nie ma możliwości np. wychodzenia na przepustkę czy do domu oraz nie posiada prawa do spożywania posiłku bez nadzoru personelu lekarskiego. Co istotne, chory w każdym kolejnym stadium doświadcza coraz mniej ograniczeń. Na przykład w Oddziale Psychiatrycznym dla Młodzieży

stce w domu) oraz zmniejszenie czasu restrykcyjnej kontroli sprawowanej przez personel⁴². Jako element porównawczy warto przedstawić w tym momencie zasady podobnego programu terapeutycznego proponowanego przez łódzki ośrodek leczenia zaburzeń odżywiania. Zgodnie z zapisami kontraktu behawioralnego przeznaczonego dla pacjentów Kliniki Zaburzeń Afektywnych i Psychotycznych Uniwersytetu Medycznego w Łodzi pacjent na początku terapii nie posiada prawa do przepustek, wolnych wyjść poza oddział, uczestnictwa w zajęciach szkolnych oraz kontaktu osobistego, telefonicznego lub listowego z bliskimi. Ponadto pacjenci leczeni z powodu bulimii kontrolowani są w trakcie pobytu w toalecie (korzystanie z toalety przy uchylonych drzwiach). Poza

41 D. Bąk, *Zaburzenia odżywiania się u mężczyzn*, „Psychiatria Polska” 2008, tom 42, nr 2, s. 174.

42 C. Żechowski i inni, *Program leczenia zaburzeń odżywiania w oddziale psychiatrycznym dla młodzieży – refleksje i dylematy po 20 latach doświadczeń*, „Psychiatria i Psychologia Kliniczne” 2010, nr 1, s. 28.

ty wszystkie osoby hospitalizowane są codziennie ważne. Przejście do kolejnych stadiów powoduje, że pacjent zaczyna nabierać uprawnień do kontaktu z bliskimi, w tym do przyjmowania odwiedzin oraz pobytu na przepustce. Wraz z postępami w terapii pacjenci niejako odzyskują pełnię prawa do poszanowania ich intymności, w kolejnych bowiem stadiach mają oni prawo do pobytu w toalecie przy zamkniętych drzwiach, a także mogą spożywać posiłki bez nadzoru personelu⁴³.

Przedstawione powyżej programy opierają się na tzw. zasadzie przywracania przywilejów. Jak podkreślają znawcy tematu, program leczenia zaburzeń odżywiania na początku odbywał się na zasadzie całkowitego ograniczania praw pacjenta. Głównym celem personelu było doprowadzenie do wzrostu masy ciała. Działanie to stosowane było poprzez wprowadzenie metod restrykcyjnych, takich jak przymusowe karmienie pacjenta. W chwili obecnej dominuje filozofia, według której personel stara się pogodzić: z jednej strony obiektywny interes zdrowotny pacjenta, często nakazujący ratowanie nie tylko zdrowia, ale i życia chorego, a z drugiej także prawa osoby hospitalizowanej, by powrót do zdrowia odbywał się w sposób jak najmniej dla niej uciążliwy. Karmienie siłą występuje także dzisiaj, ale stanowi ono:

- element działań ostatecznych,
- wykonywane jest w ramach przymusu bezpośredniego, którego procedura zastosowania w sposób dokładny została opisana w u.o.z.p.,
- pacjent jest informowany o treści regulaminu i przed rozpoczęciem leczenia wyraża zgodę na objęcie go wspomnianymi zasadami⁴⁴.

Co ciekawe, podejście do zagadnienia praw pacjenta jest nieco inne w dwóch powyżej przywołanych ośrodkach. W Łodzi dominuje pogląd, w wyniku którego występuje akceptacja dla ograniczenia głównych praw pacjenta, także tych szczególnie

istotnych, jak prawo do poszanowania intymności, prywatności oraz życia rodzinnego. Z kolei warszawscy specjaliści nie dopuszczają ograniczeń w zakresie korzystania z prawa do intymności czy też do kontaktu z bliskimi. Bez względu na istniejące różnice oba programy opierają się na zasadzie, zgodnie z którą prawa pacjenta, po wcześniejszym ograniczeniu, zostają pacjentowi przywrócone. Wspomniane przywrócenie praw następuje w chwili osiągnięcia bardzo konkretnych sukcesów terapeutycznych i stanowi element motywujący do dalszego leczenia⁴⁵. Odwołując się do poglądów przywoływanego już w rozważaniach L. Petrażyckiego, warto zauważyć, że działanie to ukazuje nam wychowawczy charakter prawa. W takiej sytuacji prawo „wzbudza lub tłumi pobudki do pewnych działań i zaniechań”. Opisana sytuacja powoduje, że zgodzić się należy z M. Szyszkowską, która zwraca uwagę, iż prawo wychowujące prowadzi do utrwalenia oraz rozwinięcia konkretnych cech charakteru przy jednoczesnym osłabieniu innych jego elementów⁴⁶.

Na koniec tej części rozważań wypada wspomnieć o jeszcze jednej „technice” oddziaływań prawno-terapeutycznych. Mowa tutaj o tzw. treningu wnioskowania moralnego, który stanowi jeden z trzech elementów treningu zastępowania agresji ART (*Aggression Replacement Training*). Trening ten wykorzystywany jest w Polsce w znacznej większości wypadków na terenie placówek resocjalizacyjnych⁴⁷. Jego skuteczność dostrzega się jednak również w pracy z młodzieżą dotkniętą zaburzeniami zachowania, leczoną na terenie omawianych już szpitali psychiatrycznych⁴⁸.

W trakcie podejmowania działań mających na celu rozwinięcie sfery moralnej człowieka, główne dzia-

43 Opis programu behawioralnego zaczerpnięty ze strony internetowej Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, <http://www.csk.lodz.pl/index2.php?section=1&mod=articles&akcja=show&id=6> (dostęp 21 listopada 2011).

44 C. Żechowski i inni, *Program leczenia zaburzeń...*, s. 26–27.

45 *Ibidem*, s. 26.

46 M. Szyszkowska, *Zarys filozofii prawa*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2006, s. 207.

47 Zob. M. Herwart, *Wybrane metody resocjalizacyjne w pracy pedagoga z młodzieżą niedostosowaną społecznie w młodzieżowym ośrodku wychowawczym w Sierzawach*, <http://www publikacje.edu.pl/pdf/6505.pdf> (dostęp 21 listopada 2011).

48 B. Kmiecik, *Fenomen uzależnienia od agresji* (w:) M. Kowalczyk, S. Cudak (red.) *Innowacyjność. Studia – badania – egzemplifikacje*, Leader-Great Publishers, Łódź 2011 s. 171–172.

łania podejmowane są w celu odkrycia „wyższych pokładów świadomości, odpowiadając na pytanie, jaka wartość stoi u podstaw każdego ludzkiego zachowania”. Istota treningu opiera się na rozwiązywaniu przez grupę konkretnego dylematu moralnego. Prowadzący ukazują osobom biorącym udział w zajęciach podstawy mówiące o etapach rozwoju człowieka i w oparciu o nie mogą następnie zakwalifikować

etapy: moralności prekonwencjonalnej – wykonując działania lub się od nich powstrzymując, by uniknąć kary, lub dla uzyskania konkretnej korzyści; moralności konwencjonalnej – podejmując działanie dla uzyskania w środowisku dobrej opinii o samym sobie oraz z racji na szacunek dla autorytetów; moralności postkonwencjonalnej – działam, szanując normę prawną. Za najwyższy poziom rozwoju moralnego

Prawdziwy rozwój moralny człowieka, dążący do ukształtowania się dojrzałej osobowości, musi uwzględniać aspekt poszanowania norm prawnych będących istotnym elementem troski o ład społeczny.

uczestników do odpowiedniego stadium rozwoju moralnego⁴⁹. Koncepcję stadiów rozwoju moralnego opracował L. Kohlberg, zdaniem którego „rozwój moralny odbywa się na drodze przechodzenia z jednego do drugiego etapu, w kierunku osiągnięcia najwyższej formy, jaką jest autonomia moralna. Osiągnięcie określonego etapu z pominięciem etapów wcześniejszych jest raczej niemożliwe”⁵⁰. W praktyce rozwiązanie przez wychowanków lub pacjentów danych dylematów moralnych przybiera postać odnoszenia się do sytuacji, w której rozstrzygnięcie danego problemu zawsze wiąże się z wyborem konkretnego dobra, kosztem innego przedstawiającego taką samą wartość. Dane osoby dokonują wyboru na podstawie informacji przekazanych przez trenera, jednocześnie mając świadomość, iż zawsze będzie to wybór niedoskonały. Rozwiązywanie owych dylematów służy niejako zdobywaniu przez pacjentów kolejnych etapów w rozwoju moralnym. Rozróżniamy

uznaje się stan, w którym dana osoba, dążąc do uniwersalności i spójności wyznawanych zasad moralnych, podejmuje przede wszystkim działania zgodne z własnym sumieniem. Internalizując normy prawne, analizuje je i przyjmuje te elementy, które są zgodne z systemem wyznawanych wartości. Zdaniem J. Morawskiego głównym celem powyższego treningu jest kształtowanie u jego odbiorców poczucia sprawiedliwości oraz umiejętności uwzględniania praw oraz potrzeb innych osób⁵¹.

Konkludując, należy zatem zauważyć, że „trenowanie” moralności człowieka w sytuacjach szczególnych, jakimi nazwać należy pobyt w instytucjach np. resocjalizacyjnych, ma na celu stworzenie swoistego fundamentu wzorcowych zachowań. Podkreśla się, iż zachowania te muszą być oparte na szacunku dla drugiej osoby. W przedstawionym ujęciu norma

49 E. Morawska, J. Morawski, *Trening Zastępowania Agresji w szkołach i placówkach systemu oświaty*, Instytut Amity, Warszawa 2004, s. 24.

50 D. Baksik, *Wybrane psychologiczne teorie rozwoju człowieka*, „Seminare” 1997, t. 13, s. 16.

51 J. Morawski, *Trening Zastępowania Agresji ART – materiały szkoleniowe*, Instytut Amity, Warszawa 2003, s. 60–66. Szerzej na temat zjawiska internalizacji normy prawnej zob. M. Borucka-Arctowa, G. Skąpska, *Teoretyczne problemy socjalizacji prawnej* (w:) M. Borucka-Arctowa, Ch. Kourilsky (red.), *Socjalizacja prawa*, Polska Akademia Nauk, Warszawa 1993, s. 11–27.

prawna jest czynnikiem, który w ramach treningu ma stanowić element będący autentyczną wartością dla danej osoby. Prawo nie stanowi zatem w tym ujęciu formy represyjnej i nakazowej. Prawdziwy rozwój moralny człowieka, dążący do ukształtowania się dojrzałej osobowości, musi uwzględniać aspekt poszanowania norm prawnych będących istotnym elementem troski o ład społeczny.

Konkluzja

Na koniec rozważań należy zaznaczyć, że w prezentowanym ujęciu prawo nie jest lekarstwem. Podkreślanie jednak prawdziwej wartości oraz kształtowanie szacunku do sprawiedliwych norm powoduje, iż dana osoba skłonna jest działać proprawnie lub

ny wpływ na przyszłość zdrowotną pacjenta. Omawiani specjaliści w pewnym sensie „leczą prawem”. Kształtując świadomość prawną, edukując pacjentów oraz interweniując w ich sprawie, pokazują, że prawo posiada realną wartość. Owo kształtowanie szacunku do przepisów prawa powoduje, że osoby chore są niejako motywowane do przestrzegania norm ustawowych oraz zasad określonych w regulaminach szpitala. Motywowanie odnoszące się, jak zaznaczono, zarówno do pacjentów, jak i personelu, może przybrać formę aktywną lub pasywną. Kształtowanie u pacjentów i personelu świadomości wzajemnych praw i obowiązków odgrywa tym samym rolę edukacyjną i wychowawczą. Z jednej strony zapobiega to pojawieniu się zjawiska, kiedy to prawa pacjenta

...refleksyjne i empatyczne podejście osób stosujących prawo powoduje, iż oddziałuje ono w sposób pozytywny na ludzką psychikę.

też szanując prawa i wolności innych osób, gotowa jest podjąć działania zmierzające np. do modyfikacji niesłusznych zasad⁵². Zgodzić się należy zatem ze wspomnianym na wstępie D.B. Wexlerem, który określił prawo mianem „terapeutycznego elementu”. W opinii twórcy koncepcji *Therapeutic Jurisprudence* refleksyjne i empatyczne podejście osób stosujących prawo powoduje, iż oddziałuje ono w sposób pozytywny na ludzką psychikę⁵³. W tym zatem ujęciu osoby takie, jak przedstawieni powyżej sędziowie opiekuńczy lub też rzecznicy praw pacjenta szpitala psychiatrycznego podczas spotkania z osobą chorą nie są jedynie „dostawcami wiedzy prawniczej”, czy też nawet istotnymi strażnikami praw człowieka. Osoby te w sposób dosłowny stanowią istotny element procesu terapii. Znaczenie owych aktorów dla przyszłości pacjenta, możliwości ich działania oraz przysługujące im uprawnienia powodują, iż sposób, w jaki podejmują daną interwencję, może mieć istot-

w pewnym sensie demoralizują osobę chorą – mówiąc jedynie o jej przywilejach. Z drugiej zaś strony, wspomniane motywowanie prowadzi do obniżenia się poziomu wzajemnej agresji, która w ostatnich czasach w sposób wyraźny zaczyna pojawiać się w relacji pacjenta i lekarza.

Nomoterapia jest, jak podkreślono, działaniem, kiedy to zwłaszcza aktorzy prawni, poprzez swoje empatyczne podejście ukierunkowane na wsparcie pacjenta, przyczyniają się do jego powrotu do zdrowia. Wsparcie to występuje zwłaszcza w sytuacji udzielania porady prawnej. Ponadto osoby te w sposób bezpośredni promują prawo – poprzez ukazanie pacjentowi, iż jego respektowanie lub też zgodne z zasadami społecznymi upominanie się o jego egzekwowanie wpływać może na osiągnięcie realnego sukcesu w terapii.

Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że opisane powyżej motywowanie lub też wychowywanie prawem posiada często w szpitalu bardzo formalny charakter. Prawo wykorzystywane jest z powodzeniem w terapii osób uzależnionych, a także do-

52 B. Kmiecik, *Poszanowanie praw...*, s. 283.

53 D.B. Wexler, *Two decades of Therapeutic...*, s. 28.

tkniętych zaburzeniami zachowania lub odżywiania. Norma prawna jest konkretnym przywilejem, do którego dąży pacjent. Owo dążenie jest czasem, w którym chory ma możliwość nabrania krytycyzmu do własnego stanu zdrowia. Prawo jest konkretną wartością, o którą pacjent zabiega. Działanie takie, co należy podkreślić, ma wartość terapeutyczną: po

pierwsze w chwili, gdy pacjent na nie dobrowolnie wyraża zgodę, po drugie zaś – określone w regulaminie prawa (np. do kontaktu z bliskimi) stanowią dla chorego cenną wartość. Konkludując zatem, należy uznać, że kształtowanie wysokiej rangi owego zjawiska z całą pewnością uznać należy za istotny element kultury praw pacjenta.

Glosa do wyroku TK z dnia 12 kwietnia 2011 r.



Tomasz Sokołowski

Adwokat, profesor na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Dziekan Wydziału w latach 2008–2012. Doktor habilitowany nauk prawnych: specjalista prawa cywilnego, znawca prawa rodzinnego. Ekspert Komisji ds. Rodziny Sejmu RP III i IV Kadencji. Były członek Zespołu Prawa Rodzinnego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego.

1. Istotą zarzutów skarżącego, podniesionych w kilku skargach konstytucyjnych, było twierdzenie, że przepis art. 6 ust. 2, 4 i 5 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (dalej: u.p.d.o.f.) jest niezgodny z przepisami art. 2, art. 7, art. 18, art. 32 ust. 1 i 2, art. 33 ust. 1 i 2, art. 48 ust. 1 i 2, art. 71 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Konstytucji RP.

Zdaniem skarżącego wskazane przepisy naruszają konstytucyjne prawa i wolności, a mianowicie: 1) prawo do równego traktowania przez władze publiczne mężczyzny, będącego ojcem w życiu rodzinnym, społecznym i gospodarczym; 2) prawo do niedyskryminacji takiego podmiotu w jakimkolwiek zakresie, a w szczególności w zakresie progresywnego opodatkowania w sytuacji rozdzielenia skarżącego z synem i jego matką (art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 33 ust. 1 i 2 Konstytucji); 3) prawo do wychowywania syna oraz ochrony i opieki ze strony państwa jego rodziny i rodzicielstwa (art. 18 i art. 48 ust. 1 i 2 Konstytucji); 4) prawo do uwzględniania w polityce społecznej i gospodarczej państwa, w tym polityce podatkowej, dobra

rodziny skarżącego i jego syna, a ponadto (5) prawo znajdującej się w trudnej sytuacji społecznej rodziny, w tym (6) prawo skarżącego do skorzystania z preferencyjnego rozliczenia podatku (art. 71 ust. 1 Konstytucji); 7) prawo do podlegania prawu opartemu na zasadzie pomocniczości państwa oraz (8) prawo do ochrony praw majątkowych (art. 2, art. 4, art. 7, art. 8, art. 31 ust. 1 i 2, art. 32, art. 64 ust. 2, art. 84 i art. 87 Konstytucji).

Skarżący zarzucił także, iż wskazane przepisy naruszają wymóg określoności przepisów oraz naruszają zasadę sprawiedliwości społecznej i zasadę sprawiedliwości podatkowej (art. 2 Konstytucji), nie uwzględniają bowiem zdolności płatniczej podatnika, który płacąc alimenty utrzymuje swoje dziecko i powinien także korzystać z możliwości rozliczenia progresywnego podatku dochodowego z dzieckiem, jaką daje – zdaniem skarżącego – „powszechnie prawo podatników”. Zdaniem skarżącego jego dochody służą rodzinie i powinien on korzystać z polityki prorodzinnej.

Trybunał Konstytucyjny nie podzielił zarzutów skarżącego,

uznając konstytucyjność zakwestionowanych przepisów oraz dokonując wielu ważnych ustaleń w odniesieniu do znaczenia takich pojęć jak: rodzina, rodzina niepełna, polityka prorodzinna. Bardzo znaczące w wymiarze teoretycznym są także wnikliwie konstatacje Trybunału dotyczące procesu wykładni przepisów prawa. Stanowisko Trybunału uznać należy za przekonujące i wnikliwie uzasadnione, aczkolwiek w kilku wybranych aspektach uzasadnienie wyroku skłania do dalszej analizy dokonanych w nim ustaleń terminologicznych.

2. Skarżący wskazał przede wszystkim, że art. 6 u.p.d.o.f. zawiera niewystarczająco precyzyjne sformułowanie „osoba samotnie wychowująca dziecko”. Zdaniem skarżącego „wychowywanie dziecka” obejmuje zarówno wykonywanie nad dzieckiem pieczy, jak i świadczenie na rzecz dziecka renty alimentacyjnej. W konsekwencji pojęcie „wychowanie” jest – jak twierdzi skarżący – tożsame z pojęciem „utrzymywanie”, a z ulgi podatkowej mogłaby skorzystać nie tylko osoba samotnie sprawująca pieczę nad dzieckiem, ale także osoba je alimentująca, lecz niesprawująca nad nim pieczy.

Trybunał Konstytucyjny uznał te twierdzenia za nietrafne, a w uzasadnieniu faktycznym wskazał w szczególności, że – rozpatrując skargę kasacyjną skarżącego – Naczelny Sąd Administracyjny podniósł słusznie, iż użyte w art. 6 u.p.d.o.f. sformułowanie nie nastrocza żadnych wątpliwości interpretacyjnych, ponieważ słowo „samotnie” oznacza „bez udziału innej osoby”, a „wychowywać”, to „zapewnić byt, doprowadzić do osiągnięcia pełnego rozwoju psychicznego i fizycznego”; nie może być zatem jednocześnie dwóch osób samotnie wychowujących to samo dziecko.

Akceptując co do zasady stanowisko TK, warto jednak zarysować ujęcie sytuacji opiekuńczych w kategoriach wypracowanych przede wszystkim w szeroko rozumianym prawie rodzinnym. Analizowane w glosowanym wyroku sformułowanie „samotne wychowywanie dziecka” zawiera trzy kluczowe pojęcia: „wychowanie”, „samotnie” oraz „dziecko”. Całe sformułowanie odpowiada jednak ogólnie sytuacji samotnego rodzica, który „wykonuje pieczę nad osobą dziecka”. Taki stan rzeczy powstaje w wyniku

rozstrzygnięcia sądu o „powierzeniu wykonywania władzy rodzicielskiej”: na podstawie art. 107 k.r.o. albo w orzeczeniu rozwodowym na podstawie art. 58 § 1, albo art. 1a k.r.o. W doktrynie nie ma wątpliwości, że chodzi tutaj o powierzenie trzech atrybutów: 1) „pieczy nad osobą dziecka”, 2) uprawnienia do jego „reprezentacji”, a także – w typowym przypadku – 3) „pieczy nad majątkiem dziecka”. Dla uznania, iż ma miejsce „samotne wychowywanie dziecka”, wystarczy jednak wystąpienie tylko pierwszego atrybutu, czyli pieczy nad osobą, która obejmuje najpierw dwa składniki: „wychowanie” i „kierowanie”, stanowiące ściśle, jurydyczne kategorie, oraz dwa dalsze składniki: troskę o materialne środowisko dziecka i materialną troskę o osobę dziecka (jako dodatkowy, piąty składnik, wskazać można ponadto koordynację rozwoju dziecka)¹. Okoliczność świadczenia renty alimentacyjnej przez rodzica niesprawującego pieczy stanowi element dodatkowy, niezależny od władzy rodzicielskiej.

Wychowanie w ścisłym znaczeniu, użytym w art. 96 § 1 k.r.o., to „osobiste kształtowanie osobowości dziecka”, obejmujące przede wszystkim sześć elementów: kształtowanie postaw emocjonalnych (uczuciowości, wrażliwości, poczucia godności), formowanie światopoglądu oraz systemu wartości, rozwijanie predyspozycji intelektualnych oraz umiejętności praktycznych, zaznajamianie dziecka z treścią prawa i zasad współżycia, wyrabianie obowiązkowości i zdyscyplinowania oraz kształtowanie samodzielności dziecka. Wychowywanie to wymaga stałego, ścisłego kontaktu z dzieckiem, przede wszystkim wspólnego z nim zamieszkania, aczkolwiek może być realizowane częściowo także we współpracy z drugim, osobno mieszkającym rodzicem. Natomiast kierowanie obejmuje w szczególności osiem elementów: określanie miejsca pobytu dziecka, odebranie dziecka od osoby nieuprawnionej, czasowe powierzenie pieczy nad dzieckiem innej osobie, regulowanie trybu życia dziecka, nadzór nad

1 J. Strzebińczyk (w:) T. Smyczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze. System Prawa Prywatnego*, t. 12, Warszawa 2011, s. 276; T. Sokołowski (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 572, 578 i n.

jego postępowaniem, decydowanie o uczestnictwie dziecka w działalności środowisk pozarodzinnych, wybór kierunku edukacji, dobór i kontrola informacji uzyskiwanych przez dziecko oraz zapewnienie mu wypoczynku wakacyjnego.

Należy jednak zauważyć, iż pojęcie wychowania zostało użyte w sąsiednim przepisie, a mianowicie w art. 95 § 1 k.r.o. w odmiennym, szerszym znaczeniu, obejmującym w istocie także kierowanie. Wynika to z okoliczności częściowego krzyżowania się zakresów wychowania i kierowania oraz z tego, że kierowanie pełni wobec wychowania rolę instrumentu, pozwalającego realizować cele wychowania. Tłumaczy to częstą, ale nieprowadzącą do nieporozumień praktykę ogólnego określania obu tych atrybutów mianem wychowania.

Wreszcie dla opisu sytuacji dziecka względem innych osób wskazuje się często, że dana osoba „wychowuje dziecko”, co znaczy, iż wykonuje ona pieczę nad osobą dziecka, aczkolwiek użycie takiego zwrotu w najszerszym znaczeniu nie przesądza, czy to „wychowywanie” dokonywane jest w ramach przysługującej tej osobie władzy rodzicielskiej, czy też jest tylko stanem faktycznym. Nierzadko bowiem występuje zjawisko „powierzenia pieczy”, np. w związku z kilkuletnim wyjazdem rodziców za granicę w celach zarobkowych – „dziecko wychowuje babcia”. W takiej sytuacji osoba ta nie ma jednak atrybutu pieczy nad majątkiem dziecka oraz nie ma formalnej kompetencji do reprezentowania dziecka. Jeżeli jednak używa się wobec kogoś potocznego zwrotu „wychowuje dziecko”, chodzi zwykle tylko o stwierdzenie stanu faktycznego wykonywania pieczy nad osobą dziecka, bez konkretyzowania, czy stanowi to wyraz wykonywania władzy rodzicielskiej w pełnym spektrum jej atrybutów.

Konkludując, samotna matka może „wychowywać dziecko” w czasie faktycznej, ale jeszcze nieusankcjonowanej prawnie separacji rodziców dziecka, a ten stan rzeczy jest bez wątpienia „samotnym wychowywaniem dziecka”, mimo że formalnie rzecz biorąc – wszystkie atrybuty władzy rodzicielskiej należą jeszcze nadal do mieszkającego już osobno ojca dziecka.

Zresztą i po rozwodzie rodziców sąd może pozostawić obojgu władzę rodzicielską (art. 58 § 1a k.r.o.), musi jednak wskazać, komu zostaje powie-

rzony „wykonywanie bieżącej pieczy nad dzieckiem” oraz – z dającą się osiągnąć w danej sprawie dokładnością – sformułować katalog elementów władzy rodzicielskiej, jakie w określonym zakresie (czasowym i przestrzennym) będzie wykonywał drugi rodzic.

3. Za trafne uznać należy stanowisko TK, że art. 6 ust. 4 u.p.d.o.f. dotyczy tylko podatników pozostających, po pierwsze: w określonym stanie cywilnym, a po drugie: faktycznie samotnie (bez udziału drugiego rodzica) wychowujących dziecko, czyli troszczących się osobiście o zaspokajanie jego codziennych potrzeb.

Jednak element „samotnego” – w aspekcie wychowawczym – statusu rodzica sprawującego bieżącą pieczę nad dzieckiem zasługuje na dalszą analizę. W tej mierze wskazać można kilka najważniejszych zagadnień związanych z faktyczną relacją z drugim z rodziców dziecka.

Przed wszystkim pojęcie „samotnego wychowywania” nie jest tożsame z pojęciem bycia „samotnym” w aspekcie dotyczącym tylko samego rodzica. A zatem niezamężna matka dziecka, aby przysługiwała jej cecha „samotnego wychowywania dziecka”, nie może tworzyć z ojcem dziecka faktycznej wspólnoty rodzinnej, czyli w istocie rodziny, jako funkcjonującej komórki społecznej; ten sam wymóg odnieść należy odpowiednio do sytuacji „samotnego ojca” dziecka. Obecnie pełna władza rodzicielska przysługuje pozamałżeńskiemu ojcu dziecka nie tylko wtedy, kiedy uznał on swoje ojcostwo, ale także gdy ustalił je sąd (art. 93 § 2 k.r.o.)². W sytuacji konkubinatu rodziców piecza nad dzieckiem wykonywana jest więc wspólnie, a nie samotnie. W tym świetle praktyka pobierania zasiłku przez osobę pozostającą w faktycznym związku z ojcem dziecka nie znajduje uzasadnienia w treści art. 6 ust. 4 u.p.d.o.f. w zw. z art. 93 § 2 k.r.o.³

2 Poprzednio, do nowelizacji, która weszła w życie 13 czerwca 2009 r., władza rodzicielska przysługiwała pozamałżeńskiemu ojcu dziecka tylko wtedy, gdy sąd przyznał mu ją w wyroku ustalającym ojcostwo (ustawa z 12 grudnia 2008 r., Dz.U. Nr 220, poz. 1431).

3 Przepis art. 6 u.p.d.o.f. zawiera obecnie w treści ust. 4 regulację znajdującą się poprzednio w uchylonym obecnie ust. 5, ale

Samotne wychowywanie ma miejsce także wtedy, kiedy pełna władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom żyjącym w faktycznym rozłączeniu. Także w sytuacji, gdy nie byli oni nigdy małżeństwem, z mocy ustawy mają pełną władzę rodzicielską, a stan taki trwać może aż do chwili, w której sąd opiekuńczy na podstawie art. 107 § 2 k.r.o. ureguluje odmienne materię władzy rodzicielskiej. Ingerencja sądu nie jest jednak obligatoryjna. W takiej sytuacji, mimo że drugi rodzic ma pełną władzę rodzicielską, generalnie uzasadnione będzie stosowanie art. 6 ust. 4 u.p.d.o.f. względem osoby wykonującej faktycznie bieżącą pieczę nad dzieckiem. Jest to uzasadnione okolicznością faktycznego ponoszenia przez tę osobę znacznie większej części obowiązków rodzicielskich. Ponieważ jednak jest to stan faktyczny, a nieukształtowany na mocy orzeczenia sądu, konieczne będzie w każdej sprawie ustalenie rzeczywistego zakresu obciążeń związanych z wychowywaniem dziecka.

Kolejna grupa sytuacji dotyczy osób rozwiedzionych, którym sąd pozostawił na podstawie art. 58 § 1a k.r.o. pełną władzę rodzicielską. W tym przypadku proporcja obciążeń jest łatwa do ustalenia, ponieważ są one sprecyzowane w wyroku rozwodowym. Generalnie wyrazić należy pogląd, że fakt świadczenia alimentów oraz „standardowe” sprawowanie czasowej pieczy nad dzieckiem w czasie wybranych weekendów oraz części wakacji nie pozbawia osoby sprawującej bieżącą, codzienną pieczę nad dzieckiem prawa do skorzystania z art. 6 ust. 4 u.p.d.o.f. Osoba ta ponosi bowiem nadal samotny trud wychowywania dziecka.

Wątpliwości mogą jednak pojawić się w sytuacji, w której proporcje wykonywania poszczególnych składników władzy rodzicielskiej ustali sąd w wyroku w sposób wskazujący na fakt prawie równomiernego obciążenia rodziców. Takie rozstrzygnię-

cie jest obecnie teoretycznie możliwe, aczkolwiek wymagałoby dokładnego uzasadnienia, związanego ze szczególną sytuacją życiową dziecka i jego rodziców. Generalnie bowiem rzecz biorąc, dobro dziecka wymaga w typowej sytuacji ustalenia tylko jednego, podstawowego ośrodka aktywności życiowej, szkolnej i rówieśniczej, dotyczącej jego osoby, a znajdującego się w miejscu zamieszkania tylko jednego rodzica, co znajduje potwierdzenie w zasadzie, że dziecko ma zawsze tylko jedno *domicilium necessarium*.

4. Podstawowe, liczne zarzuty skarżącego odnosiły się do naruszenia praw związanych z jego sytuacją rodzinną. Dokonane w tej mierze przez Trybunał Konstytucyjny ogólne ustalenia uznać należy w zasadzie za trafne oraz wyznaczające perspektywnie dalszy kierunek wykładni przepisów Konstytucji, odnoszących się do pojęć: małżeństwo, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo, oraz do ochrony odpowiadających im zjawisk socjologicznych. Niektóre jednak stwierdzenia skłaniają do pewnej polemiki.

Trafna jest w szczególności ścisła definicja rodziny jako „wspólnoty rodziców, najczęściej małżeństwa i dzieci”, zrekonstruowana na podstawie znaczeń funkcjonujących w języku potocznym. Ta definicja ogniskuje zarazem w sobie konstytucyjne wartości (cenne stany rzeczy) związane z rodziną, czyli małżeństwo będące kwalifikowaną wspólnotą kobiety i mężczyzny, kwalifikowaną właśnie z uwagi na tkwiący w jego istocie aspekt macierzyństwa i rodzicielstwa (a więc i ojcostwa). Na zdecydowaną aprobatę zasługuje przyjęcie kategorii „wspólnoty” jako punktu wyjścia i *genus* definicji rodziny, będącej wspólnotą rodziców i dzieci.

Należy zauważyć, iż zakresy pojęć wskazanych w art. 18 Konstytucji, czyli małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa dają się logicznie uporządkować. Zbiór „związek kobiety i mężczyzny” zawiera w sobie pozostałe zbiory niemal w całości; najpierw zbiór „małżeństwo” stanowi podzbiór tego zbioru. Także pojęcia „macierzyństwo” i „rodzicielstwo”, odnoszące się do określonych nimi zjawisk społecznych i zarazem biologicznych, pozostają zawsze w logicznym i funkcjonalnym związku z nadrzędną kategorią „związku kobiety i mężczyzny”; każde macierzyństwo i każde

ustawodawca zrezygnował w tej nowej treści z definiowania osób samotnie wychowujących dzieci; co obowiązuje od dnia 1 stycznia 2011 r. z mocy ustawy z dnia 25 listopada 2010 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. Nr 226, poz. 1478).

rodzicielstwo wynika ze związku kobiety i mężczyzny, zwykle społecznego, a co najmniej biologicznego (somatycznego lub tylko genetycznego). Wreszcie rodzina stanowi także postać związku kobiety i mężczyzny.

Tutaj jednak pojawia się zagadnienie definicji rodziny niepełnej, która wykazuje swoiste cechy, niepozwalające jej zaklasyfikować właśnie jako jednej z postaci związku kobiety i mężczyzny, aczkolwiek istnienie takiej rodziny stanowi wynik istnienia w przeszłości związku kobiety i mężczyzny. Zdefiniowanie rodziny niepełnej wymaga zatem osobnych zabiegów definicyjnych. Nadto w doktrynie podnosi się wątpliwości, czy rodziny niepełne, mimo wyrazu „rodzina” w zwrocie, który je określa, w ogólne można zaliczyć do rodzin⁴.

Drugi problem wiąże się z istnieniem dziecka, jako ewentualnej cechy charakterystycznej rodziny. Ta cecha występuje zawsze w rodzinach stanowiących związki faktyczne oraz w rodzinach niepełnych, ale nie musi wystąpić w rodzinach ukonstytuowanych w chwili zawarcia małżeństwa.

Należy w tym miejscu przywołać art. 23 k.r.o., stanowiący jednoznacznie, że małżonkowie poprzez zawarcie swojego związku zakładają rodzinę. Ta regulacja pozostaje w zgodzie z definicją wyjściową sformułowaną przez TK, ponieważ małżeństwo zawiera w swojej istocie macierzyństwo i rodzicielstwo, zarówno w jego biologicznym aspekcie, jak i w aspekcie wychowawczym. Małżonkowie mogą bowiem podjąć zadania rodzicielskie i wychowawcze zarówno wobec dziecka, które od nich biologicznie pochodzi, jak i wobec dziecka wspólnie adoptowanego. Małżeństwo, będące emocjonalnym, psychofizycznym związkiem kobiety i mężczyzny, mającym występujące tylko w jego przypadku cechy rodzicielskie, jest więc zawsze początkiem rodziny.

W dalszych rozważaniach podjął Trybunał próbę ujęcia w ramy jednej definicji zarówno rodziny pełnej, jak i niepełnej, ale rezultat tych rozważań skłania do dyskusji.

5. W doktrynie prawa rodzinnego nie ma wątpliwości, że rodzina powstać może (ale nie musi)

4 T. Smoczyński, *System ...*, s. 3.

także w wyniku urodzenia dziecka pochodzącego z niemajątkowego związku kobiety i mężczyzny. W sytuacji niepodejmowania ról rodzicielskich przez taki związek faktyczny nie stanowi on przedmiotu zainteresowania prawa rodzinnego, a relacje osobiste stron związku stanowią przedmiot ich praw osobistych, czyli materię uregulowaną w kodeksie cywilnym. Jeżeli jednak w takim związku urodzi się dziecko, a następnie rodzice podejmą się wykonywania swoich zadań wychowawczych, to bez wątpienia utworzą w ten sposób rodzinę. Osoby te nie mogą jednak utworzyć rodziny poprzez adopcję dziecka, ponieważ dokonać tego mogą wspólnie tylko małżonkowie (art. 115 § 1 k.r.o.).

W pewnej dysharmonii do wskazanej wyżej ogólnej definicji rodziny pozostaje jednak sformułowane nieco dalej przez Trybunał Konstytucyjny stwierdzenie, że „[w] świetle przepisów konstytucyjnych za »rodzinę« należy zatem uznać każdy trwały związek dwóch lub więcej osób, składający się z co najmniej jednej osoby dorosłej i dziecka, oparty na więzach emocjonalnych, prawnych, a przeważnie także i na więzach krwi”. Następnie wprowadza Trybunał rozróżnienie rodzin na rodziny „pełne”, w tym „wielodzietne”, oraz rodziny „niepełne”. Dopiero na tej podstawie konstruuje definicję „rodziny pełnej” jako składającej się z „dwojga osób dorosłych pozostających we wspólnocie domowej i związanych więzami uczuciowymi oraz wychowywanego przez nie wspólnego dziecka (dzieci)”. Pewne zaskoczenie wywołuje dokonana następnie konstatacja Trybunału, iż „[t]rudniejsze do zdefiniowania na gruncie Konstytucji są związki faktyczne, w ramach których wychowywane są dzieci. Nie obejmuje ich pojęcie małżeństwa”. Zdaniem TK związki takie objęte są ochroną wskazaną w art. 71 ust. 1 Konstytucji, ale „na tle niniejszej sprawy nie powstaje konieczność rozstrzygnięcia tego zagadnienia”.

Te ustalenia budzić mogą pewne wątpliwości, ponieważ sformułowana przez TK – jako podstawowa i konstytucyjna – definicja rodziny: „trwały związek dwóch lub więcej osób, składający się z co najmniej jednej osoby dorosłej i dziecka” – może być rozumiana szerzej, niż to wynika ze wskazanej w uzasadnieniu głosowanego wyroku ogólnej, słownikowej defi-

nicii rodziny. Sformułowanie TK zdaje się obejmować zbyt szeroki zakres podmiotów mogących tworzyć rodzinę. Nie precyzuje ono bowiem jednoznacznie, czy osoby, o których mowa, mogą należeć tylko do dwóch zbiorów: zbioru rodziców dziecka albo zbioru ich dzieci, czy też chodzić może o jeszcze inne osoby. Chyba że chodziło tutaj o uwzględnienie także rodziny wielopokoleniowej, składającej się także z dziadków lub wnuków.

Tak szerokie ujęcie obejmuje nie tylko kategorię członków rodziny małej (nuklearnej), ale kategorie szerszego związku krewnych. Czym innym są jednak więzy łączące członków ściśle rozumianej rodziny, a czym innym więzy rodzinne łączące grupę krewnych, czyli rodzinę w jej szerokim rozumieniu, abstrahującym od rodziny stanowiącej podstawową komórkę społeczną. Jeżeli zatem dziecko wychowuje samotna matka, która mieszka i prowadzi wspólne gospodarstwo domowe ze swoją matką czy siostrą lub bratem, czy wreszcie swoim innym dorosłym już dzieckiem, to należy uznać, że matka nadal tworzy z niepełnoletnim dzieckiem rodzinę niepełną i jest osobą samotnie wychowującą dziecko. Wskazane osoby dorosłe nie mogą być bowiem podmiotem władzy rodzicielskiej, nawet jeżeli mieszkający osobno ojciec dziecka zostanie tej władzy pozbawiony. Utrata atrybutu samotnego wychowywania dziecka nastąpi natomiast w sytuacji ponownego zamieszkania matki dziecka z jego ojcem, mającym władzę rodzicielską (w odniesieniu do sytuacji ojca samotnie wychowującego dziecko będzie to zamieszkanie z matką tego dziecka).

6. Mając to na uwadze, trudno zaakceptować pominięcie w uzasadnieniu omawianego wyroku problematyki związków faktycznych tworzących rodzinę. Zagadnienie związków faktycznych związane jest bowiem integralnie nie tylko z pojęciem rodziny, która powstanie w wyniku urodzenia się dziecka w takim związku, ale także z uwagi na możliwości wcześniejszego ukonstytuowania się rodziny poprzez zawarcie małżeństwa przez kobietę i mężczyznę pozostających dotąd w związku faktycznym.

Wydaje się więc, iż właściwsze z konstytucyjnego punktu widzenia (art. 18 Konstytucji) byłoby bardziej rozwinięte sformułowanie: 1. Rodzinę tworzy

małżeństwo kobiety i mężczyzny, do takiej rodziny wchodzi ich wspólne dzieci. 2. Rodzinę tworzy także związek faktyczny kobiety i mężczyzny, jeżeli wychowuje się w nim wspólne dziecko (dzieci). Cechami wspólnymi obu tych sytuacji społecznych są związki kobiety i mężczyzny oraz funkcje macierzyńskie i rodzicielskie tego związku. Możliwość macierzyństwa i rodzicielstwa (ojcostwa) jest cechą charakterystyczną i wyłączną związku kobiety i mężczyzny, a podjęcie tych funkcji w związku faktycznym konstituuje rodzinę. Także zawarcie małżeństwa oznacza w typowej sytuacji decyzję podjęcia roli macierzyńskiej i rodzicielskiej, aczkolwiek nie jest jeszcze określona chwila ewentualnego urodzenia dziecka. Innymi słowy immanentną cechą małżeństwa, które zawsze stanowi rodzinę, jest jego instytucjonalna funkcja macierzyńska i rodzicielska, uregulowana prawnie w licznych przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a która w pewnej fazie trwania małżeństwa może mieć charakter tylko potencjalny. Ta sama funkcja jest natomiast realizowana „aktualnie” w związku faktycznym, który z tego tytułu może tworzyć rodzinę.

Dopiero po zdefiniowaniu rodziny jako związku kobiety i mężczyzny, mającego wskazane cechy rodzicielskie, można sformułować określenie rodziny niepełnej, której immanentną cechą jest wychowywanie się w niej dziecka pochodzącego od samotnego rodzica oraz osoby, która nie wychowuje z nim tego dziecka⁵. Rodzina niepełna, co trzeba podkreślić, stanowić może, po pierwsze, niepełną już kontynuację sytuacji rodziny małżeńskiej po ustaniu małżeństwa, po drugie – kontynuację rodziny niemałżeńskiej po rozpadzie związku faktycznego, z którego pochodzi dziecko wychowujące się w tej rodzinie, po trzecie – może powstać po urodzeniu dziecka przez samotną matkę, a po czwarte – w wyniku adoptowania dziecka przez samotną osobę.

Mając to na uwadze, opowiedzieć się można za osobnym definiowaniem rodziny niepełnej jako zjawiska o szczególnym charakterze, ponieważ związek kobiety i mężczyzny leżący u jej podstaw nie zawsze musiał mieć postać rodziny. W definicji rodziny nie-

⁵ T. Sokołowski, *Ochrona interesu osobistego dziecka z rodziny niepełnej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1981, nr 5.

pełnej należy uwzględnić to, że geneza tej rodziny może być nie tylko „rodzinna”, ale może nie mieć tego rodzinnego charakteru. Zawsze jednak stanowi faktyczną kontynuację istniejącego poprzednio związku kobiety i mężczyzny, stanowiącego biologiczną podstawę rodzicielstwa dziecka wychowywanego w rodzinie niepełnej (także dziecka adoptowanego).

7. W świetle dokonanych ustaleń uprawniona będzie, kluczowa dla analizowanej problematyki konstatacja, że społeczne zjawisko rodzin niepełnych, w których dokonuje się samotne wychowywanie dziecka, nie musi stanowić kontynuacji rodziny. Tym samym pojęcie rodziny niepełnej obejmuje zbiór sytuacji o niejednorodnym charakterze z punktu widzenia jego ewentualnej „rodzinnej” genezy.

Poszukując wspólnych cech rodzin niepełnych, wskazać można jedynie samotne wychowywanie swojego dziecka, a więc występowanie rodzicielskiego (macierzyńskiego albo ojcowskiego) charakteru tej grupy społecznej, oraz wspólną cechę „negatywną” – w postaci braku w jej składzie drugiej osoby, która tworzyła w przeszłości „rodzicielski związek kobiety i mężczyzny”. Ten związek przechodzi zawsze fazę rodzicielską, ale nie musi przechodzić swojej fazy „rodzinnej”.

Bezsporne jednak jest to, że zarówno rodziny powstałe w wyniku zawarcia małżeństwa, jak i „rodziny niepełne”, a także rodziny będące związkami faktycznymi wychowującymi dzieci stanowią postać związku kobiety i mężczyzny albo niepełną już kontynuację takiego związku.

Michał Kowalski

Wyzwania ochrony cudzoziemców

Recenzja książki Jacka Chlebego *Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy*



Michał Kowalski

Adiunkt w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Członek Zarządu Grupy Polskiej Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego (ILA). Orzeka w Radzie do Spraw Uchodźców III kadencji; recenzja jest wyrazem prywatnych poglądów autora i nie wyraża oficjalnego stanowiska Rady do Spraw Uchodźców.

Recenzowana praca¹, która ukazała się w serii „Monografie prawnicze” Wydawnictwa C.H. Beck, stanowi pierwsze w literaturze polskiej tak szczegółowe przedstawienie całości problematyki postępowania administracyjnego w sprawie o nadanie statusu uchodźcy. Niezaprzecalnym atutem tej pracy jest, że autor, dr Jacek Chlebny, sędzia NSA i prezes Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, nie tylko dogłębnie zna zagadnienie od strony praktycznego stosowania prawa, ale także należy do grona osób, które współtworzyły w ostatnich dwudziestu latach normatywne ramy postępowania uchodźczego. Umiejętnie przekazane doświadczenie praktyczne autora czyni z recenzowanej monografii wartościową pozycję teoretyczną, ale też inspirujący punkt odniesienia dla praktyka. Równocześnie praca zachowuje wysoki poziom warsztatu naukowego.

¹ Jacek Chlebny, *Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011, ss. XXXIX + 430.

Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy odznacza się, jako postępowanie administracyjne, daleko posunięta specyfiką, która najwidoczniej przejawia się w kształcie postępowania dowodowego nakierowanego nie na udowodnienie, lecz jedynie na uwiarygodnienie zagrożenia wnioskodawcy prześladowaniem – lub innymi naruszeniami praw człowieka – w razie jego powrotu do kraju pochodzenia. Specyfika postępowania uchodźczego wynika także stąd, że jest ono kształtowane na gruncie wiążących Polskę zobowiązań międzynarodowych, instrumentów powszechnych: konwencji genewskiej z 1951 r. wraz z protokołem nowojorskim z 1967 r., stanowiących równocześnie podstawę europejskiego systemu azyłowego (uchodźczego) w ramach prawa Unii Europejskiej (dalej: UE). Konsekwentnie rosnące znaczenie ma w tym kontekście także europejska konwencja praw człowieka z 1950 r. (dalej: EKPC), która – choć pozostaje instrumentem ogólnej ochrony praw człowieka – przez wielu jest słusznie

postrzegana jako niezwykle efektywny mechanizm ochrony praw osób ubiegających się o ochronę międzynarodową. Nie można też w tym kontekście nie wspomnieć o intensywnie rozwijającym się międzynarodowym orzecznictwie sądowym: Trybunału Sprawiedliwości UE – na gruncie prawa UE, oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – na podstawie EKPC. Prowadzi to w konsekwencji do sytuacji, w której zastosowanie odpowiedniej normy przez organ stosujący prawo w postępowaniu uchodźczym wymaga w danym przypadku faktycznym jej szczegółowej rekonstrukcji w multicytrycznym systemie prawa i bynajmniej nie może ograniczać się do wyłącznego odniesienia do ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z 2003 r. i kodeksu postępowania administracyjnego z 1960 r. Jacek Chlebny, współzałożyciel i członek zarządu Międzynarodowego Stowarzyszenia Sędziów Orzekających w Sprawach Uchodźców (*International Association of Refugee Law Judges*), jest tego w pełni świadomy, czemu daje wyraz, sprawnie poruszając się w tym niezwykle skomplikowanym stanie prawnym.

Recenzowana monografia składa się z osiemnastu rozdziałów podzielonych na sześć części. Poprzedzone one zostały obszernymi wykazami: skrótów, literatury i materiałów źródłowych. Zwraca zwłaszcza uwagę obfite orzecznictwo sądowe – tak krajowe, jak i międzynarodowe – które jest konsekwentnie powoływane w pracy. Książkę zamyka indeks rzeczowy, niestety niezbyt bogaty, jeśli się weźmie pod uwagę rozmiary i szczegółowość pracy. Korzystanie z pracy wydatnie za to ułatwia rozbudowany i dokładny spis treści. Pewną niejasność pozostawia jedynie umiejscowienie rozdz. XVIII w obrębie części VI, poświęconej środkom zaskarżenia, gdy tymczasem z treści tego rozdziału – a i z intencji autora (s. XIII) – wynika, że ma on charakter ogólny, podsumowujący całość omawianych w książce zagadnień.

Część I pracy poświęcona jest zagadnieniom wstępnym i składa się z dwóch rozdziałów przedstawiających, odpowiednio, rozwój polskiego prawa uchodźczego i kwestie terminologiczne. Do tej ostatniej materii – tradycyjnie budzącej sporo kontrowersji w kontekście regulacji uchodźczych/azyłowych – można zgłosić pewne zastrzeżenia. Będzie o tym mowa dalej.

Część II przedstawia standardy międzynarodowe, kształtowane na płaszczyźnie powszechnej i europejskiej, w ramach UE i pod auspicjami Rady Europejskiej, ze szczególnym uwzględnieniem prawa EKPC. Warte podkreślenia jest, że autor szeroko omawia – co nie jest częste w literaturze – standardy niewiążące prawnie, ale mające swój niekwestionowany wkład w kształtowanie praw osób ubiegających się o ochronę. Wprowadzający charakter części II wymusza jej pewną ogólnikowość, ale standardy międzynarodowe stanowią stały punkt odniesienia w całej pracy – w kontekście omawiania zagadnień szczegółowych.

Wyraźnie unaocznia to już część III monografii, gdzie problem dostępu do procedury podjęty jest w dwóch kolejnych rozdziałach, poświęconych analizie zasady *non-refoulement* (rozdz. VI) i tzw. mechanizmowi dublińskiemu, czyli decyzji o przekazaniu cudzoziemca do innego państwa członkowskiego UE, jako państwa odpowiedzialnego za merytoryczne rozpatrzenie wniosku – w myśl zasady, że tylko jedno państwo członkowskie UE odpowiedzialne jest za rozpatrzenie danego wniosku (rozdz. VII).

Istotę pracy stanowią jednak części od IV do VI, poświęcone szczegółowej analizie, w odpowiednich rozdziałach, rozpatrzenia wniosku o nadanie statusu uchodźcy (rozdz. VIII–XI: wszczęcie postępowania; zakres podmiotowy; ustalenie stanu faktycznego; orzekanie w sprawie), modyfikacjom postępowania (rozdz. XII–XIV: postępowanie wszczęte wnioskiem oczywiście bezzasadnym; postępowanie wszczęte ponownym wnioskiem; postępowanie z udziałem małoletniego, poddanego przemocy lub niepełnosprawnego) i analizie środków zaskarżenia (rozdz. XV–XVII: weryfikacja decyzji w administracyjnym toku instancji; weryfikacja decyzji ostatecznych i pozbawianie cudzoziemca ochrony; sądowa kontrola decyzji). W trzech kolejnych częściach zawarta została kompleksowa analiza postępowania na wszystkich jego etapach. Zawierają one ogrom kwestii szczegółowych, które autor uwypukla w zależności od ich praktycznego znaczenia. Takiej analizy dokonać może jedynie osoba mająca długoletnie doświadczenie praktyczne.

Zakres prezentowanej tematyki pozwala w ramach niniejszej recenzji na odniesienie się zaledwie do kilku wybranych kwestii szczegółowych. Jak już zaznaczono, pewne zastrzeżenia można zgłosić do

zawartych w rozdz. II uwag porządkujących kwestie terminologiczne. Autor rozpoczyna analizę od niewątpliwie zasadniczej kwestii odróżnienia uchodźcy od imigranta (s. 13–15). W tym kontekście zamiennie lub łącznie pisze o imigrancie i (lub) emigrancie, podczas gdy z perspektywy państwa przyjmującego, w którym cudzoziemiec ubiega się o ochronę międzynarodową, należy konsekwentnie mówić o imigrancie. Ta pewna niekonsekwencja wynika zapewne stąd, że przywołując poglądy literatury, autor aprobuje metodologię rozróżnienia uchodźcy od imigranta, „w której rozstrzygające znaczenie mają powody opuszczenia kraju [pochodzenia]” (s. 13). Wydaje się jednak, że powody opuszczenia kraju pochodzenia mają w tym kontekście znaczenie drugorzędne. Kluczowa dla omawianego rozróżnienia pozostaje natomiast kwestia utraty ochrony państwa pochodzenia – uchodźca znajduje się w sytuacji osoby, która utraciła ochronę swojego państwa pochodzenia, podczas gdy imigrant tej ochrony nie utracił. Takie ujęcie lepiej oddaje też istotę uchodźcy *sur place*, a więc osoby, która nie opuszczała państwa pochodzenia jako uchodźca, lecz stała się nim już po jego opuszczeniu. Właśnie efektywne wyodrębnienie osób znajdujących się w rzeczywistej potrzebie ochrony międzynarodowej – od tych, które w takiej potrzebie się nie znajdują – stanowi zasadniczy cel postępowania o nadanie statusu uchodźcy. Proponowane ujęcie dobitnie unaczynia też, że ochrona uchodźców nie może być postrzegana jako element polityki kontroli imigracji.

Inną wymagającą komentarza kwestią terminologiczną jest wzajemna relacja pojęć „status uchodźcy” i „azyl”. Wyraźne rozróżnienie tych instytucji na gruncie prawa polskiego (art. 56 konstytucji z 1997 r. i odrębna regulacja tych instytucji w ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony) należy na tle innych ustawodawstw do rzadkości. W obszarze współpracy międzynarodowej – zwłaszcza w UE – jak i w ustawodawstwach wewnętrznych wielu państw dochodzi do zlewania się tych pojęć i posługiwania się pojęciem azylu w wąskim znaczeniu związanym z przyznaniem statusu uchodźcy. Nie oznacza to jednak, że „[o] ile zatem azyl jest instytucją prawa krajowego, o tyle status uchodźcy jest związany z udzielaniem ochrony międzynarodowej na podstawie i w granicach określonych w prawie międzynarodowym” (s. 20). Podobnie jak

status uchodźcy, azyl pozostaje w dalszym ciągu klasyczną instytucją prawa międzynarodowego. W szerszym rozumieniu instytucja azylu polega na udzieleniu przez dane państwo zezwolenia na wjazd i pobyt cudzoziemca na jego terytorium, zasadniczo z wykluczeniem ekstradycji. Państwo nie jest jednak skrepowane określonymi formami legalizacji pobytu cudzoziemca na swoim terytorium i dlatego polskie rozwiązanie, przewidujące na gruncie prawa krajowego odrębną instytucję ochronną w formie azylu, należy uznać za anachronizm. Potwierdza to fakt, że azyl od lat pozostaje w polskiej praktyce instytucją martwą. Szkoda, że tego anachronizmu autor nie podkreślił.

Wyraźne rozróżnienie na gruncie prawa polskiego azylu i statusu uchodźcy prowadzi do daleko idącej niespójności terminologicznej związanej z regulacjami na gruncie prawa UE. Za daleko niesatysfakcjonującą należy uznać sytuację, kiedy urzędowe tłumaczenia aktów prawa UE posługują się w języku polskim pojęciami „azyl”, „wniosek azylowy” itp. w rozumieniu „status uchodźcy”, „wniosek o nadanie statusu uchodźcy” itp., gdy na gruncie prawa polskiego pojęcia te mają zupełnie odmienny zakres znaczeniowy. Autor dostrzega te kwestie, ale krytycznie ich nie komentuje. Jest to zaskakujące tym bardziej, że w innych miejscach bardzo trafnie podkreśla różnorodne niespójności terminologiczne, jak np. w odniesieniu do tzw. mechanizmu dublińskiego (s. 137–139).

Przy omawianiu tak obszernego i szczegółowego opracowania pewną niezręcznością jest czynienie zarzutu z faktu, że niektóre kwestie nie zostały ujęte. Akceptując więc konieczność dokonywania przez autora wyborów, chciałbym zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, o ile w pracy znalazło się także odniesienie do postępowania ekstradycyjnego (s. 25–26), o tyle szkoda, że nie podniesiono problemów wynikających ze zbiegu postępowania ekstradycyjnego i postępowania o nadanie statusu uchodźcy. Są to problemy nader realne i regularnie pojawiające się w praktyce organów orzekających. Na gruncie obowiązującego prawa polskiego możliwa jest wysoce niesatysfakcjonująca sytuacja, gdy wobec tego samego cudzoziemca zapada decyzja o udzieleniu mu jednej z form ochrony międzynarodowej na terytorium RP, a równocześnie dopuszcza się jego wydanie w drodze ekstradycji do państwa pochodzenia. Wśród wielu problemów szcze-

głowych, które pojawiają się w tym kontekście, na podkreślenie zasługuje brak należytego przygotowania karnych sądów powszechnych – orzekających o dopuszczalności ekstradycji – odnośnie do skomplikowanego procesu oceny sytuacji w państwie pochodzenia i związanego z tym ryzyka dla cudzoziemca.

Szkoda też, że w niezwykle kompetentnych i obszernych fragmentach pracy poświęconych mechanizmowi dublińskiemu (zwłaszcza s. 129–168) zabrakło podkreślenia, że kwestia ustalenia państwa członkowskiego UE odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o nadanie statusu uchodźcy nie powinna mieć znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia wniosku. Tymczasem w uzasadnieniach decyzji Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców (dalej: UdSC), w sytuacji, kiedy wnioskodawca złożył wniosek o nadanie statusu uchodźcy, lecz przed jego merytorycznym rozpatrzeniem nielegalnie opuścił terytorium RP, po czym został przekazany polskim władzom w drodze mechanizmu dublińskiego, często prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym okoliczność ta świadczy, że cudzoziemiec w istocie nie był zainteresowany otrzymaniem ochrony w RP, i rzutuje negatywnie na ocenę jego wiarygodności (tak np. w niepubl. decyzji Szefa UdSC nr DPU-420-2139/SU/2010 z dnia 28.11.2010 r.). Z taką argumentacją trudno się zgodzić, gdyż prowadzi ona do niedopuszczalnego nakładania się kwestii formalnych i materialnych. Wydanie decyzji merytorycznej w sprawie o nadanie statusu uchodźcy jest ograniczone do rozstrzygnięcia, czy wnioskodawca spełnia przesłanki nadania statusu uchodźcy, udzielenia ochrony uzupełniającej lub udzielenia zgody na pobyt tolerowany, a więc czy w momencie wydawania decyzji jest zagrożony prześladowaniem, doznaniem poważnej krzywdy lub innymi naruszeniami praw człowieka. Należy jednak zaznaczyć, że również orzecznictwo organu odwoławczego, Rady do Spraw Uchodźców (dalej: RdU), pozostaje w tej kwestii niekonsekwentne (zob. np. niepubl. decyzję RdU-82-1/S/2005 z dnia 11.02.2005 r. zgodną z wymienionym stanowiskiem Szefa UdSC i niepubl. decyzję RdU-22-1/S/2012 z dnia 20.02.2012 r. opartą na stanowisku przeciwnym).

Jak wspomniano, do najbardziej wartościowych fragmentów omawianej pracy należą części poświęcone szczegółowej analizie kolejnych etapów rozpatrywania wniosku o nadanie statusu uchodźcy,

modyfikacji postępowania i analizie środków zaskarżenia. Wśród wielu ważnych problemów, które zostały podniesione, szczególną uwagę warto zwrócić na kwestię poruszoną w rozdz. X. Na stronach 237–266 przedstawiona została obszerna analiza problematyki dotyczącej ustalania stanu faktycznego. W postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy jest to kwestia o pierwszoplanowym znaczeniu, bardzo więc cenne jest jej szerokie omówienie. Problematyka ta odznacza się także – jak już wspomniano – daleko idącą specyfiką w relacji do ogólnych zasad ustalania stanu faktycznego w postępowaniu administracyjnym. Ustalenie stanu faktycznego sprawy w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy wiąże się, po pierwsze, z ustaleniem aktualnej sytuacji w kraju pochodzenia wnioskodawcy, po drugie zaś – ze zindywidualizowanymi okolicznościami dotyczącymi wnioskodawcy. Należy w pełni podzielić pogląd autora, że o ile indywidualne okoliczności pozostają różne w każdej ze spraw, o tyle sytuacja w kraju pochodzenia stanowi element odnoszący się do wielu spraw i w konsekwencji „[n]ie można w związku z tym tracić z pola widzenia faktu, że decyzje wydane w tym samym lub zbliżonym czasie i odnoszące się do uchodźców z tego samego kraju pochodzenia nie powinny zawierać odmiennych ustaleń i ocen odnoszących się do sytuacji w kraju pochodzenia” (s. 240). Praktyka organów orzekających w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy nie zawsze jest jednak zbieżna z tym postulatem, a w polskim prawie nie przewidziano żadnych stosownych mechanizmów prawnych w tym względzie. Tym bardziej warto więc zwrócić uwagę na powoływane przez autora regulacje służące zachowaniu tożsamości ustaleń faktycznych, które zostały przyjęte w ustawodawstwie innych państw. Fundamentalną rolę w ustaleniu stanu faktycznego sprawy ma też ocena wiarygodności zeznań wnioskodawcy. Biorąc pod uwagę, że wnioskodawca nie jest zobowiązany do udowodnienia zagrożenia prześladowaniem, lecz jedynie do uwiarygodnienia tego faktu, a organy orzekające mają ograniczone możliwości weryfikacji zeznań wnioskodawcy (np. przez wykluczenie zwrócenia się do organów kraju pochodzenia z wnioskiem o pomoc prawną, co mogłoby narazić wnioskodawcę lub związane z nim osoby na niebezpieczeństwo), jest to proces niezwykle trudny w praktyce. Należy w pełni zgodzić się z pre-

zentowanym w książce twierdzeniem, że „uznając wersję wydarzeń wnioskodawcy za w zasadzie spójną i przekonującą, wnioskodawca powinien skorzystać z dobrodziejstwa rozstrzygnięcia wątpliwości na jego korzyść” (s. 251). Odnosząc zindywidualizowane okoliczności dotyczące wnioskodawcy do aktualnej i zobiektywizowanej sytuacji w kraju pochodzenia i oceniając z tej perspektywy ryzyko zagrożeń naruszenia praw cudzoziemca w razie powrotu do kraju pochodzenia, koniecznie unikać należy arbitralności. W tym kontekście kluczowe znaczenie ma stwierdzenie, że „[r]yzyko związane z powrotem do kraju pochodzenia dotyczy ściśle określonych przesłanek zdefiniowanych prawnie, a nie ustalanych intuicyjnie” (s. 260).

Reasumując, monografia Jacka Chlebnego jest niezwykle wartościową pozycją dotyczącą postępowania w sprawie nadania statusu uchodźcy. Praca wszechstronna, precyzyjnie napisana i uwzględniająca niezaprzeczalny fakt, że „o jakości postępowania decydują nie tylko zapisane w przepisach gwarancje, ale również i praktyka ich przestrzegania” (s. 421), stanowi istotny punkt odniesienia dla każdego zajmującego się prawną ochroną cudzoziemców w RP. Pozostaje mieć nadzieję, że monografia ta, zawierająca także postulaty *de lege ferenda*, przyczyni się do pogłębienia dyskusji nad stanem polskich regulacji prawnych w przedmiotowym zakresie i ich dalszych zmian na lepsze.

Dwa grzyby w barszcz, czyli optymalizacja decyzji podejmowanych przez prawników

Recenzja książki Randalla Kisera
*Beyond Right and Wrong.
The Power of Effective Decision Making
for Attorneys and Clients*¹



Maciej Wojciechowski

Adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, zajmuje się problematyką pewności prawa, argumentacji prawniczej.

Problematyka podejmowania decyzji cieszy się na świecie nieślabnącym zainteresowaniem. Spośród nauk stosowanych największe zainteresowanie teoria decyzji budzi wśród ekonomistów, gdyż współczesne zarządzanie nie odbywa się bez zaawansowanych, sformalizowanych systemów wspomaganie decyzji. W tym aspekcie teoria ta wiąże się ściśle z zagadnieniami racjonalności wyboru. Dla odmiany, psychologię interesuje nie optymalizacja decyzji, ale opisanie i wyjaśnienie mechanizmu podejmowania decyzji².

¹ R. Kiser, *Beyond Right and Wrong. The Power of Effective Decision Making for Attorneys and Clients*, Springer, Heidelberg–Dordrecht–London 2010.

² J. Sokołowska, *Psychologia decyzji ryzykownych*, Warszawa 2005, s. 9.

Prawników – zarówno naukowców, jak i praktyków – interesuje zasadniczo decyzja stosowania prawa w jej aspekcie proceduralnym. Tak przynajmniej było do momentu pojawienia się na polskim rynku wydawniczym publikacji poświęconych ekonomicznej analizie prawa³. Nieliczne były również artykuły poświęcone psychologicznemu aspektowi podejmowania decyzji stosowania

³ B. Brożek, J. Stelmach, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007; M. Soniewicka, J. Stelmach, *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski (ed.), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Kraków 2007; R. Cooter, U. Thomas, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2009.

prawa⁴. Z tego powodu książka Randalla Kisera opublikowana przez renomowane wydawnictwo Springer może budzić zainteresowanie polskiego czytelnika już z powodu samego tytułu *Beyond Right and Wrong. The Power of Effective Decision Making for Attorneys and Clients*, ponieważ sugeruje problematykę zupełnie niemal pomijaną w polskim piśmiennictwie: podejmowania decyzji przez prawników będących pełnomocnikami swych klientów. Wbrew pozorom nie jest to jednak praca wyłącznie o podejmowaniu decyzji. Książka jest wielowątkowa i odwadze autora należy zawdzięczać, że łączy zagadnienia psychologii poznawczej, kształtu edukacji prawniczej, etyki zawodowej i negocjacji. Mimo wielości wątków układ pracy jest przejrzysty. Składa się ona z czterech części: pierwszej empirycznej – diagnozującej stan rzeczy, drugiej – przedstawiającej jego przyczyny, trzeciej – ukazującej jego skutki oraz czwartej – proponującej rozwiązania. Można się jednak poważnie zastanawiać, czy ceną przejrzystości nie są pewne uproszczenia i zbyt łatwe wyjaśnienia faktów przedstawionych w części pierwszej, co postaram się pokazać.

Autor zaznacza, że lekturę można rozpocząć od dowolnej części, co nie dziwi, zważywszy że każda część dotyczy innej dyscypliny wiedzy. Część pierwsza to prezentacja lub przytaczanie wyników różnych badań socjologicznych, druga dotyczy psychologii podejmowania decyzji oraz kształtu edukacji prawniczej, trzecia etyki zawodowej, a czwarta negocjacji. Będę zwięźle przedstawiał główne tezy wybranych części, a następnie formułował uwagi krytyczne.

Kiser, jak zaznaczył, stawia sobie za cel nauczenie prawników, ich klientów oraz studentów prawa podejmowania efektywnych decyzji w rozwiązywaniu spraw cywilnych (s. 3). Warunkiem wstępnym jest uznanie przez nich, że ani dotychczasowe bogate do-

świadczenie zawodowe, ani pewność własnych racji, ani znajomość przepisów prawa nie czyni ich lepszymi decydentami (s. 3). Pomocą w tym względzie ma służyć pierwsza część książki, gdzie obszernie przytaczane są wyniki badań mające pokazać, jak wiele z decyzji podejmowanych w obrocie prawnym nie jest decyzjami optymalnymi lub że są to decyzje wręcz błędne. Te ostatnie widzi Kiser w sytuacji, w której istnieje rozbieżność pomiędzy stanowiskiem strony a kwotą ostatecznie zasądzoną przez właściwy organ (s. 37). Stanowisko strony może być niedoszacowane lub przeszacowane. Błędna decyzja ma miejsce wówczas, gdy strona odrzuca propozycję ugodową w danej wysokości, a następnie wynik procesu jest taki sam lub mniej korzystny od propozycji, którą strona odrzuciła. Na przykład: pozwany pracodawca odrzuca propozycję ugodową w wysokości miliona USD (godząc się jedynie na kwotę dziesięciu tysięcy), a następnie sąd odwoławczy zasądza na rzecz powódki odszkodowanie w wysokości czterech milionów USD. Dla tego rodzaju badań kluczowa jest więc możliwość porównania dwóch kwot: proponowanej przez stronę i tej orzeczonej w procesie sądowym. Taką możliwość stwarzają bazy, z których Kiser korzystał⁵. Nie ma tutaj miejsca na prezentację wyników tych badań. Można je skwitować stwierdzeniem, że wskaźnik obrazujący skalę błędnych decyzji podejmowanych przez prawników będących pełnomocnikami jest znaczny. Na przykład, dla Kalifornii wskaźnik błędów decyzyjnych dla pełnomocników powodów wynosi 60% (dla pełnomocników reprezentujących pozwanych – 25%), co skłania autora do stwierdzenia, że powodowie lepiej by zrobili rzucając monetą, niż polegając na decyzyjnych analizach swoich pełnomocników (s. 42). Następnie prezentuje wyniki swoich badań, uwzględniając zmienne przedmiotowe: typu sprawy, podmiotu decyzyjnego (sędzia, ława przysięgłych), stopień rozbieżności pomiędzy żądaniami powoda a ofertą pozwanego oraz zmienne podmiotowe: kim jest pozwany (przedsiębiorca, instytucja rządowa, ubezpieczyciel itp.), pleć reprezentujących klienta prawników, ich doświadczenie, a nawet miejsce w rankingu szkoły, którą pełnomocnik powoda ukończył. Na przykład okazuje się, że doświadczenie nie chroni przed popełnianiem

4 J. Wróblewski, *Uzasadnienie i wyjaśnienie decyzji sądowej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1976, t. XVI, s. 26, 27; E. Skretowicz *Wybrane zagadnienia dotyczące reguł podejmowania decyzji sądowej*, „Annales UMCS” 1983, nr 30; E. Trybuchowska *Podejmowanie decyzji sądowej w sprawach karnych w ujęciu psychologicznym*, „Acta UW. Przegląd Prawa i Administracji” 2005, nr 72; J.R. Kubiak, *Psychologiczny mechanizm podejmowania decyzji w postępowaniu karnym (podstawowe problemy)*, „Zeszyty Naukowe IBPS” 1978, nr 8.

5 *Verdict Search California* i *Verdict Search New York*.

błądów; wręcz przeciwnie, im większe doświadczenie zawodowe, tym prawdopodobieństwo popełnienia błędu wzrasta.

Druga część pracy przedstawia przyczyny stanu rzeczy zobrazowanego w części pierwszej. Przedstawiony jest w niej aspekt psychologiczny podejmowanych decyzji oraz uwarunkowania instytucjonalne w postaci kształtu akademickiej edukacji prawniczej, sytuacji firm prawniczych oraz zjawiska charakterystycznego dla amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości, jakim jest ogromna liczba spraw kończących się zawarciem ugody zamiast wydaniem orzeczenia sądowego⁶.

Rozdział poświęcony psychologii podejmowania decyzji nie zawiera niczego, czego czytelnik stosownych prac psychologicznych już by nie wiedział. Obok normatywnych w swym charakterze modeli racjonalności istnieje szereg badań wykazujących, że w rzeczywistości ludzkie myślenie przebiega „innymi ścieżkami”, ma „charakter tendencyjny, czyli jest obciążone błędem”⁷. Badania te podważyły panujące do lat 60. XX przekonanie, że myślenie człowieka i podejmowane na jego podstawie zachowanie pozostają zgodne z logicznymi zasadami rachunku prawdopodobieństwa. Główną zasługę w tym względzie przypisuje się eksperymentom przeprowadzonym przez Tversky’ego i Kahnemana⁸. To dzięki m.in. ich badaniom wiadomo, że ludzie kierują się rozmaitymi uproszczeniami, powszechnie w literaturze psychologicznej zwanymi heurystykami (np. reprezentatywności, dostępności pamięciowej)⁹, mającymi stanowić wyraz ograniczo-

nej racjonalności (*bounded rationality*)¹⁰. Kiser przypomina niektóre z tych heurystyk wpływające na jakość podejmowanych decyzji:

- błąd atrybucji (my klienci mamy powody lub racje, nasi przeciwnicy mają jedynie motywacje), mechanizmy selektywnej percepcji i pamięci;
- postawę polegającą na preferencji niższego, ale pewnego, zamiast wyższego, ale niepewnego zysku (efekt pewności), ale jednocześnie preferencji wyższej niepewnej niż niższej, ale pewnej straty (efekt odbicia);
- *anchoring* (zakotwiczenie), czyli przyjęcie jakiegoś punktu odniesienia, a następnie dokonywanie oceny w stosunku do niego¹¹;
- efekt posiadania, polegający na tym, że wartość obiektu zmienia się, kiedy jest włączony w nasz stan posiadania, dlatego ludzie często żądają znacznie więcej za rezygnację z przedmiotu, który posiadają, niż byliby skłonni za ten przedmiot zapłacić¹²;
- przywiązania do *status quo*, nadmierną pewność siebie, niechęć do zmiany własnych przekonań.

W przeciwieństwie do autorów prac psychologicznych Kiser nie stara się szukać wyjaśnień tego rodzaju zachowań ludzkich. Nie przedstawia nawet tych wyjaśnień, które są w literaturze formułowane (oszczędność wysiłku¹³, ograniczone możliwości poznawcze

6 S.R. Gross, K.D. Syverud, *Don't try; civil jury verdicts in a system geared to settlement*, „UCLA Law Review” 1996–1997, nr 44, s. 2.

7 H. Brycz, *Trafność postrzegania własnych i cudzych zachowań*, Kraków 2004, s. 138; tam też zob. sposoby pojmowania terminu „błąd” w tym kontekście. J. Sokołowska pisze, że „nie ma zgodności pomiędzy modelami formalnymi a myśleniem ludzi. Czasami ludzie są zdolni do myślenia zgodnego z zasadami rachunku prawdopodobieństwa, jednak w większości zasady te są łamane” (*Psychologia...*, s. 66).

8 J. Sokołowska, *Psychologia...*, s. 54.

9 Heurystyka reprezentatywności polega na korzystaniu z typowych (reprezentatywnych) danych dla wnioskowania o przyczynach na podstawie typowości skutku (A. Kolańczyk, *Intuicyjność procesu przetwarzania informacji*, Gdańsk 1991, s. 12), heurystyka dostępności polega na przypisywaniu

wyższego prawdopodobieństwa zdarzeniom, które potrafimy sobie łatwo przypomnieć (W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 74).

10 Autorstwo tego określenia jest przypisywane Herbertowi Simsonowi. R.H. Thaler, *Towards Positive Theory of Consumer Choice* (w:) D. Kahnemann, A. Tversky (ed.), *Choices, values, and frames*, Cambridge 2003, s. 270.

11 J. Sokołowska pisze, że psychologów interesuje nie tyle sam fakt przyjęcia jakiegoś punktu odniesienia, ale niewystarczające wykorzystanie tej informacji w procesie tworzenia oceny (*Psychologia...*, s. 64).

12 Korzystam w objaśnieniu efektu posiadania ze sformułowania J. Sokołowskiej (s. 124), jakkolwiek zarówno Kiser jak i wspomniana autorka powołują się na tego samego autora: Richarda H. Thaler.

13 H. Brycz, *Trafność...*, s. 151, 152.

człowieka¹⁴). Stwierdza jedynie, że aby podejmować trafne decyzje, prawnicy muszą zrozumieć, jakie psychologiczne czynniki mają wpływ na postrzeganie przez nich stron konfliktu, na stosunek do ryzyka i warunków niepewności (s. 139). Zdaje się stąd wynikać, że wierzy on w możliwość zmiany ludzkich zachowań, a środkiem mającym służyć osiągnięciu tego celu jest przedstawienie wyników psychologicznych eksperymentów.

Sprawa nie jest jednak taka prosta. Pierwsza kwestia to usuwalność lub nieusuwalność heurystyk, jakimi kierują się ludzie. Jest to kwestia empiryczna, której autor nie rozstrzyga. Zakłada jedynie usuwalność heurystyk. Warto jednak zwrócić uwagę, że heurystyki, o których pisze Kiser, podważają jego przekonanie. Skoro bowiem ludzie mają tendencję do trzymania się własnych, wcześniej ukształtowanych przekonań (*confirmation bias*), a „dzięki doświadczeniu ludzie wcale nie muszą uczyć się właściwych metod i reguł decyzyjnych”¹⁵, to nie widać powodów, dla których mieliby od nich odstąpić jedynie po uzyskaniu informacji, że mają taką tendencję. Potwierdzeniem tego sceptycznego stanowiska mogą być wyniki badań wskazujące, że „każdy człowiek, niezależnie od stopnia zaznajomienia z teorią prawdopodobieństwa, popełnia tego rodzaju błąd [błąd hazardzisty – MW]”¹⁶. Ciekawą również kwestią empiryczną jest pytanie, czy heurystyki te są nadal stosowane, w sytuacji gdy badanie ich właśnie dotyczy, a „przedmiot” badania jest o tym poinformowany. Odpowiedzi na to pytanie w omawianej książce jednak nie znajdziemy. Eliminacja heurystyk jest wątpliwa zwłaszcza w obliczu faktu, który przytacza sam Kiser, że ludzie trzymają się swoich przekonań uformowanych pod wpływem

jakieś informacji, nawet wówczas, gdy informacja ta okazuje się fałszywa (s. 127).

Druga kwestia to niedostrzeżenie faktu, że w literaturze psychologicznej ujęcie Tversky’ego i Kahnemanna zostało skrytykowane przez G. Gigenzera za jednostronność (nieostrzeżenie, że stosowane przez ludzi uproszczenia pełnią funkcję adaptacyjną) i brak mocy wyjaśniającej (oparcie się na wyszukanej metodzie eksperymentalnej i psychometrii, zamiast na poszukiwaniu zjawisk powtarzalnych)¹⁷. Zwraca się również uwagę, że „jednoznaczne modele racjonalności nie dostrzegają niepewności preferencji decydenta”, która jest pochodną ich zmienności oraz przypadkowości¹⁸. Orzekanie o „błędności” określonego sposobu zachowania i myślenia może być zbyt pochopne, a to oznacza, że upatrywanie przyczyn błędnych decyzji w stosowanych przez ludzi heurystykach jest pokusą zbyt łatwą. Być może niektóre czynniki odgrywają większą rolę niż inne, np. *confirmation bias* czy nadmierna pewność siebie. Prawdopodobnie jest też tak, że niektóre ze wspomnianych przez Kisera czynników występują częściej, inne rzadziej. Autor jednak nie różnicuje ich – nawet ze względu na hipotetyczną doniosłość dla praktyki prawniczej.

Obok czynników psychologicznych na jakość podejmowanych przez prawników decyzji wpływają, zdaniem Kisera, czynniki instytucjonalne w postaci uwarunkowań panujących na rynku usług prawniczych, a także kształt akademickiej edukacji prawniczej.

Spośród wspomnianych uwarunkowań autor wymienia: godzinowe rozliczania pracy prawników, co ma być demotywuujące dla bycia skutecznym w rozwiązywaniu problemów klienta, ogromną konkurencję wyrażającą się w „walce o klienta”, przy okazji prowadząca do przemian w etosie prawniczym (prawnik nie jest już autonomicznym w swych sądach doradcą klienta¹⁹), spadającą liczbę procesów cywilnych i wzrost zawieranych ugód przedsądowych, co

14 T. Tyszką, *Analiza decyzyjna i psychologia decyzji*, Warszawa 1986, s. 241.

15 *Ibidem*, s. 242.

16 A. Morton, *Przewodnik po teorii poznania*, Warszawa 2002, s. 275. Błąd hazardzisty polega na przyjmowaniu, że jeżeli zachodzi jakiś ciąg zdarzeń X, jakiś zdarzenie Y jest bardziej prawdopodobne niż inne, podczas gdy w rzeczywistości jest równie prawdopodobne. Na przykład gdy przy rzucie monetą kilkakrotnie z rzędu wypadła reszka, błąd hazardzisty polega na przyjęciu, że mniej prawdopodobne jest, by w kolejnym rzucie wypadła również reszka, a bardziej prawdopodobne jest, że wypadnie orzeł.

17 R. Pohl (ed.), *A Handbook of Fallacies and Biases in Thinking, Judgment and Memory. Cognitive Illusions*, New York 2004, s. 12.

18 T. Tyszką, *Analiza...*, s. 243, 244.

19 Zwraca na to uwagę również R. Sarkowicz, *O tzw. moralnym kryzysie profesji prawniczej*, „Studia z filozofii prawa” 2003, t. 2, s. 163.

wpływa na brak umiejętności przewidywania decyzji sędziego i ławy przysięgłych (s. 89). Zwrócenie uwagi na godzinowy system wynagradzania prawników i jego konsekwencje dla interesu prawnika w szybkim zakończeniu sprawy zasługuje na uwagę. W naszym kraju problem ten nie jest dyskutowany, chociaż jest dostrzegany, sądząc po liczbie anegdot prawniczych dotyczących tego systemu²⁰. W kontekście omawianej książki należy jednak zauważyć, że Kiser, opisując wspomniane instytucjonalne czynniki, nazbyt płynnie przechodzi do wykazywania ich wpływu na rozwiązywanie problemów klienta, co nie zawsze jest jednoznaczne z umiejętnością podejmowania decyzji. Na przykład: prawnik, realistycznie oceniając szanse powodzenia swojego klienta, sugeruje mu wstąpienie na drogę sądową, na co ten przystaje, mając do prawnika pełne zaufanie. Zostaje wydane orzeczenie – korzystne dla klienta – które wszakże sprawia, że dobre relacje klienta z pozwanym jego kontrahentem uległy zdecydowanemu pogorszeniu. Problem więc nie został rozwiązany, mimo że decyzja z punktu widzenia kryterium wygrania sprawy w sądzie była trafna. Trudno zatem kwestionować występowanie instytucjonalnych czynników, jednak należy rozróżniać, czy wpływają one na umiejętność rozwiązywania problemów, czy też tylko na podejmowanie trafnych decyzji. Powtórzyć: godzinowe rozliczanie pracy może pozostawać w konflikcie z dążeniem do szybkiego załatwienia problemu, ale niekoniecznie musi wpływać na umiejętność podejmowania trafnych decyzji. Natomiast walka o klienta może rzeczywiście prowadzić do podejmowania pochopnych decyzji o wstąpieniu na drogę sądową.

Kolejną, dość ogólnie ujętą, przyczyną błędnych decyzji podejmowanych przez prawników ma być kształt akademickiej edukacji prawniczej²¹. Nie przygotowuje ona przyszłych prawników do zaspokajania oczekiwań

klientów, ci bowiem spodziewają się od swych prawnych reprezentantów umiejętności obiektywnej oceny faktów sprawy, ustalenia norm prawnych znajdujących w sprawie zastosowanie, umiejętności negocjacyjnych, przewidywania rozstrzygnięcia w przypadku skierowania sprawy do sądu oraz dostrzeżenia i wykorzystania możliwości zawarcia ugody przedsądowej (s. 141). Najgorzej z tej perspektywy przedstawia się umiejętność przeprowadzania rozumowań uprawdopodobniających, ponieważ nie wchodzi one w skład tradycyjnego wykształcenia prawniczego (s. 141).

To tradycyjne wykształcenie prawnicze jest przedmiotem krytyki autora. Twierdzi on – to co wśród studentów wydziałów prawniczych w Polsce jest dość powszechną opinią od dawna – że studia prawnicze nie przygotowują adekwatnie do wykonywania zawodu prawnika²². Odmierna jest jednak argumentacja Kiser, gdyż według niego zawód prawnika wymaga głównie umiejętności skutecznego rozwiązywania problemów, podczas gdy studentów uczy się myślenia na modłę sędziów sądów odwoławczych oraz przedstawicieli doktryny (s. 144), to ich bowiem orzeczenia i artykuły są przedmiotem zajęć akademickich. Dzieje się tak wskutek dominacji w tamtejszym modelu edukacji metody *kasusowej* (*case method*), zwanej też metodą harwardzką lub sokratyczną. Wprowadzona w XIX w. na uniwersytecie Harvarda przez Ch. Langdella, polega ona głównie na lekturze i analizie orzeczeń sądowych²³. Dzięki niej student przyswaja sobie zasady prawa w kontekście uzasadnienia sądowego, uczy się rozpoznawać kwestie wymagające rozstrzygnięcia, objaśniania treści znajdujących zastosowanie przepisów i precedensów. Nie uczy się jednak, pisze Kiser, rozwiązywania problemów, a zwłaszcza tak potrzebnych, jego zdaniem, w zawodzie prawnika rozumowań uprawdopodobniających odnoszących się do treści przyszłego orzeczenia sądowego. W konsekwencji prowadzi to do trudności z podejmowaniem należyte uzasadnionych decyzji (s. 145). To z kolei prowadzi przyszłych absolwentów do koncentracji na zaspokojeniu subiektywnych oczekiwań klientów,

20 Jedna z anegdot zasłyszanych przez autora tego artykułu recenzyjnego opowiada o prawniku, który u bram nieba przywitany został przez św. Piotra: – Witamy najstarszego z ludzi! Na co prawnik zdziwiony: – Przecież niedawno przekroczyłem czterdziestkę... Na to św. Piotr: – Widzieliśmy pańskie faktury z rozliczeniem godzinowym. Wynika z nich, że musi pan mieć ze 120 lat.

21 Należy zastrzec, że Kiser pisze o amerykańskiej edukacji prawniczej. Więcej na jej temat w języku polskim zob. F. Zoll, *Jaka szkoła prawa?*, Warszawa 2004, rozdz. III.

22 Niektórzy twierdzą, że nie jest to możliwe ani pożądane. Inni zaś twierdzą, że studia mogą mieć charakter bardziej „praktyczny”.

23 R. Weaver, *Some reflections on the case method*, „Legal Studies” 1991, t. 11, nr 2, s. 155.

zamiast na kształtowaniu tych oczekiwań – w taki sposób, by odzwierciedlały aktualny stan prawny, prawdopodobny wynik sprawy oraz specyfikę konkretnego stanu faktycznego (s. 148).

Warto się nad tą krytyką zatrzymać, ponieważ dla polskiego czytelnika może być ona zaskakująca. Uczeń się prawa poprzez rozwiązywanie rzeczywistych lub skonstruowanych przypadków uchodzi w naszym kraju, przynajmniej w sferze zaleceń, za fundament kształcenia prawniczego. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że to, co jest nazywane *case method* w USA, nie do końca odpowiada pojęciu przypadku w kontynentalnym rozumieniu. W Stanach bowiem punktem wyjścia, ale i zarazem punktem dojścia jest lektura tekstu orzeczenia, na którego kanwie formułowane są pytania (np. jakie racje przemawiają za podjęciem takiego, a nie innego orzeczenia? czy wszystkie z nich pojawiły się w uzasadnieniu? czy można było podjąć inną decyzję?²⁴). To, co my bylibyśmy skłonni nazwać kazusem, w Stanach byłoby nazwane *hypos*, czyli sztucznie skonstruowanymi stanami faktycznymi²⁵. W europejskim modelu kształcenia kazus ma określony stan faktyczny, na którego podstawie stawiane jest pytanie. Może ono dotyczyć np. istnienia roszczenia po stronie danego podmiotu, podstaw tego roszczenia, może też dotyczyć prawnej kwalifikacji przedstawionego w stanie faktycznym zachowania. Ważną wskazówką metodyczną jest ograniczenie rozwiązania do podanego stanu faktycznego. W takim kształcie rozwiązywanie przypadków ma sporo zalet i zdecydowanie góruje nad metodą wykładową. Nie jest jednak metodą uniwersalną, ponieważ ważną umiejętnością potrzebną prawnikowi w praktyce jest praca z materiałem dowodowym. W tym kontekście nie sposób nie wspomnieć o metodzie, o której sam Kiser nie wspomina, a wokół której od kilkunastu lat toczy się ożywiona dyskusja, czyli tzw. PBL (ang. *problem based learning*)²⁶. Przypomina ona metodę kasusową, jednak idzie znacznie dalej. Filozofia metody PBL polega na tym, że nacisk kładzie się nie na praktyczne wykorzystanie wiedzy wyłożonej przez nauczyciela,

jak się często dzieje w przypadku metody kasusowej, ale na samodzielne zdobywanie wiedzy potrzebnej do rozwiązania przedstawionego problemu. Punktem wyjścia nie jest bowiem ustalony stan faktyczny (przynajmniej w niektórych wariantach tej metody), ten dopiero należy ustalić, np. angażując wybraną osobę do roli klienta. Charakterystyczna dla tej metody jest również wieloaspektowość przedstawionego problemu, a nie, jak w przypadku większości przypadków, kontekst polegający na umieszczeniu go w rozdziale dotyczącym określonego prawniczego zagadnienia²⁷. W metodzie PBL myślenie studenta nie jest wyznaczone przez taki kontekst, przez co jego zadanie jest bardziej zbliżone do tych, jakie czekać go będą w praktyce²⁸.

Komentarza wymaga również kwestia możliwości i ograniczeń w stosowaniu rozumowań uprawdopodobniających. R. Kiser zdaje się sądzić, że umiejętność sformułowania trafnej prognozy dotyczącej rozstrzygnięcia sądowego stanowi pochodną umiejętnego przeprowadzania stosownych rozumowań, które nazywa uprawdopodobniającymi. Zupełnie jednak pomija fundamentalne trudności, przed jakimi stoi każdy podmiot chcący sformułować trafną prognozę dotyczącą rozstrzygnięcia sądowego²⁹. Zdaje się zakładać, że wydanie decyzji stosowania prawa jest zdarzeniem naturalnym w tym sensie, że stanowiącym przypadek prawdziwości zachodzących w świecie przyrody. Pomija milczeniem olbrzymią dyskusję na temat tzw. *legal indeterminacy* (sporu o to, czy reguły prawne determinują treść decyzji stosowania prawa)³⁰. Winą za nietrafne decyzje o zawarciu ugody lub wystąpienia na drogę sądową obarcza wyłącznie pełnomocników stron, zupełnie nie podnosząc kwestii cech języka

27 R. Weaver, *Some reflections...*, s. 169.

28 W takim kształcie metoda problemowa zdaje się odpowiadać nauce prawa w ramach tzw. programów klinicznych. Ich namiastką są działające na niektórych polskich wydziałach prawa studenckie poradnie prawne. Na temat tych programów zob. F. Zoll, *Jaka szkoła...*, s. 77 i n.

29 Może ona dotyczyć zarówno treści, jak i faktu jego wydania. Zob. J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Warszawa 1973.

30 W polskiej literaturze zob. na ten temat M. Kiełb, *Pewność prawa vs. nieokreśloność prawa*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 3 i cytowana tam literatura; M. Wojciechowski, *Wybrane aspekty problematyki pewności prawa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2010, t. XXIV, s. 563 i n.

24 *Ibidem*, s. 156.

25 F. Zoll, *Jaka szkoła...*, s. 67.

26 Zob. np. S. Kurtz, M. Wylie, N. Gold, *Problem-Based Learning: an Alternative Approach to Legal Education*, „Dalhousie Law Journal” 1990, vol. 797, nr 13.

naturalnego (tzw. otwarta tekstowość), tzw. luzów decyzyjnych, postaw oceniających sędziów, a w przypadku systemu *common law* również członków ław przysięgłych³¹. Jest to niewątpliwie jedno z uproszczeń, o których wspominałem na wstępie.

Kolejną sprawą wiążącą się z rozumowaniami uprawdopodobniającymi – która nie zasługuje już na miano uproszczenia, ale niekonsekwencji – jest problem wykorzystania narzędzi formalnych.

Z jednej strony Kiser twierdzi, że przeszkodą w optymalizacji procesów podejmowania decyzji jest przekonanie, że wysoki poziom inteligencji, wykształcenie i doświadczenie, czy intuicja pomagają w podejmowaniu trafnych decyzji, podczas gdy przeprowadzane badania nie wykazują tego rodzaju korelacji (rozdział 8)³². Przywołuje również wyniki badań mających potwierdzać tezę, że modele statystyczne „sprawują się” lepiej jako narzędzia ułatwiające podejmowanie decyzji, aniżeli to, co zwykle się określa mianem intuicji; zauważa, że pomimo powszechnego wykorzystywania modeli statystycznych w praktyce rynkowej wielu firm, a zwłaszcza korporacji, prawnicy i ich klienci wciąż polegają na poradzie osobistej, ulgając mitowi, że eksperci nigdy w swych przewidywaniach się nie mylą (s. 305). Ten pogląd o „zacofaniu” praktyki prawniczej Kiser powtarza w kilku miejscach (s. 14, 15, 173). Z drugiej jednak strony już na początku książki znajdujemy deklarację, że nie przedstawia ona modeli podejmowania decyzji, żadnych drzewek decyzyjnych, analiz z zakresu teorii gier, gdyż wprawdzie stanowią one użyteczne narzędzie dla decydentów, jednak „prawnicy na ogół ich nie lubią, nie rozumieją i nie będą ich używać” (s. 6). Skoro więc ich „nie lubią, nie rozumieją i nie będą używać”, to późniejsze stwierdzenia, że prawnicy podwyższyliby swoje kompetencje zawodowe, gdyby przeszli stosowne szkolenia z zakresu teorii decyzji (umiejętność konstruowania i korzystania z drzew decyzyjnych),

31 Mimo to Kiser sporo miejsca poświęca sposobom wpływania przez prawników na decyzje przysięgłych.

32 Można jednak sądzić, że dotyczy to tradycyjnego pomiaru inteligencji, czyli tzw. IQ. Wysoki poziom IQ nie gwarantuje jednak sukcesu w działaniach wymagających, jak to określa Kiser, praktycznej inteligencji, czyli wiedzy, w jaki sposób pomagać ludziom w osiągnięciu ich celów.

modelowania ekonomicznego i rozumowań uprawdopodobniających (s. 173) są jawnym przykładem niekonsekwencji. Lektura całej krytycznej części książki rodzi jednak przekonanie, że istnieje korpus wiedzy, który tylko czeka na wykorzystanie przez prawników i który pomoże rozwiązać większość problemów mających swój początek w błędnych decyzjach pełnomocników. Poszczególne odesłania pozwalają sądzić, pomimo wstępnej deklaracji, że chodzi tu o narzędzia formalne teorii decyzji. Kiser jednak ostatecznie pozostaje w zgodzie ze swoją deklaracją i część konstruktywna książki nie zawiera już żadnych odesłań tego typu, a jedynie czterdzieści pięć wskazówek pogrupowanych w sześć faz: ustalenie problemu (*finding*), wstępna jego prawna kwalifikacja (*binding*), ocena możliwych sposobów rozwiązań problemu (*solving*), ustalenie celów i potrzeb strony, zakresu dopuszczalnego kompromisu, konsekwencji odrzucenia proponowanych rozwiązań przez stronę przeciwną (*testing*), wybór postępowania (*choosing*) i jako faza ostatnia – monitoring, polegający na szukaniu odpowiedzi na pytania, czy podjęto trafną decyzję, czy rozważono wszelkie alternatywy. Fazy powinny poprzedzać podjęcie decyzji, co do tego, czy i jaką ugodę zawrzeć, czy raczej skierować sprawę na drogę sądową.

Tego rodzaju schematów podejmowania decyzji przedstawiono w literaturze przedmiotu sporo³³. Przypominają one fazowe modele negocjacyjne, co sprawia, że pojawia się pytanie, czy tematem książki jest rzeczywiście podejmowanie decyzji, czy też raczej jest to kolejna praca z zakresu negocjacji ukrywająca się pod innym tytułem. Naturalnie proces podejmowania decyzji oraz negocjowanie są ze sobą związane. Z jednej strony, w trakcie negocjacji podejmowanych jest wiele decyzji cząstkowych, by posłużyć się określeniem J. Wróblewskiego, z drugiej – zakończone fiaskiem negocjacje są punktem wyjścia do podjęcia decyzji o wstąpieniu na drogę sądową lub rezygnacji z niej. Związek pomiędzy negocjacjami a podejmowaniem decyzji nie jest jednak w książce opisany.

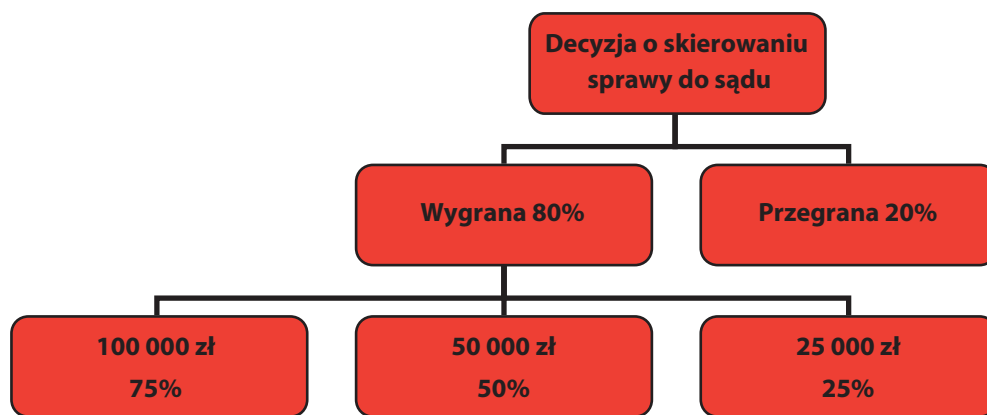
33 Zob. np. P.F. Drucker, *Classic Drucker*, tłum. A. Doroba, Warszawa 2010, s. 60; S.P. Robbins, *Skuteczne podejmowanie decyzji*, tłum. A. Ehrlich, Warszawa 2005, s. 21; A. Jakubiak-Mirończuk, *Negocjacje dla prawników. Prawo cywilne*, Warszawa 2010, s. 177, 178.

Warto z kolei rozważyć kwestie kwitowane stwierdzeniem „prawnicy na ogół ich nie lubią, nie rozumieją i nie będą ich używać”.

To, że prawnicy nie lubią nowych – w stosunku do aktualnej praktyki – metod, nie może dziwić, w świetle przywoływanych chociażby przez Kiserę badań o ograniczonym wysiłku poznawczym, jaki człowiek jest skłonny ponieść, zwłaszcza jeżeli nie jest to konieczne, by zrealizować założony cel. W przypadku prawników udzielających odpowiedzi na pytanie swoich klientów: a jakie mamy szanse na wygraną w sądzie? – dotychczasowe metody się sprawdzają, w tym sensie, że niekorzystanie przez prawnika z nowych metod,

Gdy klient stawia swoje sławetne pytanie, zacytowane wyżej, prawnik może odpowiedzieć: „duże”, „niewielkie”, „średnie”, co dla klienta nie ma zbytnej wartości informacyjnej, tym bardziej że gdyby zapytać prawnika o liczbowo wyrażone prawdopodobieństwo, to może się okazać, że „duże” dla pierwszego prawnika będzie oznaczało 40% prawdopodobieństwa wygranej, a dla innego aż 70%³⁵.

Założmy, że nasz prawnik szacuje wysokość naszej wygranej w procesie cywilnym na 80%, a następnie mówi, że mamy 25% szans na zasądzenie kwoty 100 tys. zł, 50% szans na zasądzenie kwoty 50 tys. zł i 25% szans na zasądzenie kwoty 25 tys. zł³⁶.



np. drzewek decyzyjnych, nie powoduje rezygnacji z jego usług. Co więc mogłoby skłonić go do korzystania z drzewek? Silna konkurencja na rynku i poszukiwanie wartości dodanej, jaką byłoby korzystanie z narzędzi wzmacniających satysfakcję klienta. Trzeba by jednak doprecyzować, jaki jest cel sporządzenia drzewka, a wcześniej w przybliżeniu określić, czym ono jest, by móc pokazać, na czym może polegać owa zwiększona satysfakcja. Można powiedzieć, że jest ono graficznym przedstawieniem problemu decyzyjnego. Problemem tym w przypadku sporów prawnych może być podjęcie decyzji, czy skierować pozew do sądu, czy też zrezygnować z dochodzenia swoich należności³⁴.

34 Pomijam sytuację, kiedy podmiot mający podjąć decyzję dopuszcza trzecią możliwość, polegającą na skorzystaniu z nielegalnej drogi egzekwowania roszczeń.

Tego rodzaju odpowiedź, a następnie narysowanie odpowiedniego drzewka decyzyjnego nie będą stanowiły rzeczywistej pomocy dla klienta, jaką ma podjąć decyzję. Poprzestanie na szacunku wysokości szans na wygraną w procesie, zwłaszcza w przypadku złożonych stanów faktycznych, będzie ponadto nieadekwatne. Drzewko decyzyjne może stanowić rzeczywistą pomocą w sytuacji, gdy kolejne alternatywy będą przedstawiały niepewne zdarzenia świata zewnętrznego. Zdarzenia te mogą polegać na ustaleniach sądu w zakresie stanu faktycznego lub ich kwalifikacji.

35 M. Victor, *The Proper Use of Decision Analysis to Assist Litigation Strategy*, 40 *Business Law* 1985, t. 617, s. 625.

36 Korzystam z diagramu M. Victora (*ibidem*, s. 617) obrazującego nieefektywny sposób pokazywania alternatyw decyzyjnych.

Weźmy problem taksówkarza, który chce wystąpić z korporacji, z którą podpisał umowę o współpracy. Umowa zobowiązuje go do „pracy na rzecz firmy przez 24 miesiące od daty podpisania umowy, po tym okresie umowa ulega przedłużeniu na czas nieokreślony. Za zerwanie umowy w 24-miesięcznym okresie od podpisania umowy z winy współpracownika (nieprzestrzeganie zasad zawartych w umowie, kodeksie zasad współpracownika i regulaminie dyscyplinarnym firmy oraz rozwiązanie umowy na prośbę współpracownika) firma naliczy kwotę dwunastu pełnych opłat miesięcznych na rzecz firmy”. Powiedzmy, że podpisał tę umowę 8 października 2009 r. Jest początek sierpnia 2011 r i taksówkarz zastanawia się, którego dnia złożyć wypowiedzenie. Jedną możliwością jest złożenie wypowiedzenia z dniem 8 sierpnia, drugą – złożenie go z dniem 8 października, trzecią – nieskładanie wypowiedzenia. Miesięczna opłata na rzecz korporacji wynosi 500 zł. Taksówkarz chciałby ponieść jak najmniejsze koszty i rozstać się z firmą jak najszybciej. Znajomy prawnik, którego zapytał o poradę, twierdzi, że nie bardzo wiadomo, jak interpretować słowo „zerwanie umowy”. „A zatem, jakie mam możliwości?” – pyta taksówkarz. Prawnik rysuje drzewko decyzyjne³⁷.

Angielski skrót EC (*expected cost*) liczymy mnożąc prawdopodobieństwo wystąpienia danego zdarzenia (np. oddalenie powództwa – 10%, po uznaniu przez sąd, że słowo „zerwanie” należy interpretować jako złożenie oświadczenia woli) przez wysokość spodziewanych kosztów (w przykładzie było to 1500 zł, czyli $1500 \text{ zł} \times 10\% = 150 \text{ zł}$), następnie wykonać analogiczną operację dla drugiej możliwości ($6300 \text{ zł} \times 90\% = 5670 \text{ zł}$) i zsumować. Oczekiwany koszt dla danego wężła wyniósł 5820 zł. Analogiczne operacje przeprowadza się aż do samego początku drzewka decyzyjnego z lewej strony. Wychodzi na to, że alternatywny spodziewany koszt złożenia wypowiedzenia 8 sierpnia (2518 zł) jest niższy niż koszt złożenia wypowiedzenia 8 października i – przy wcale nieoczywistym założeniu neutralnego stosunku taksówkarza wobec ryzyka – wykres pokazuje, że najkorzystniej będzie wypowiedzieć umowę 8 sierpnia.

37 Prawnicza poprawność proponowanych rozwiązań nie musi nas tutaj interesować.

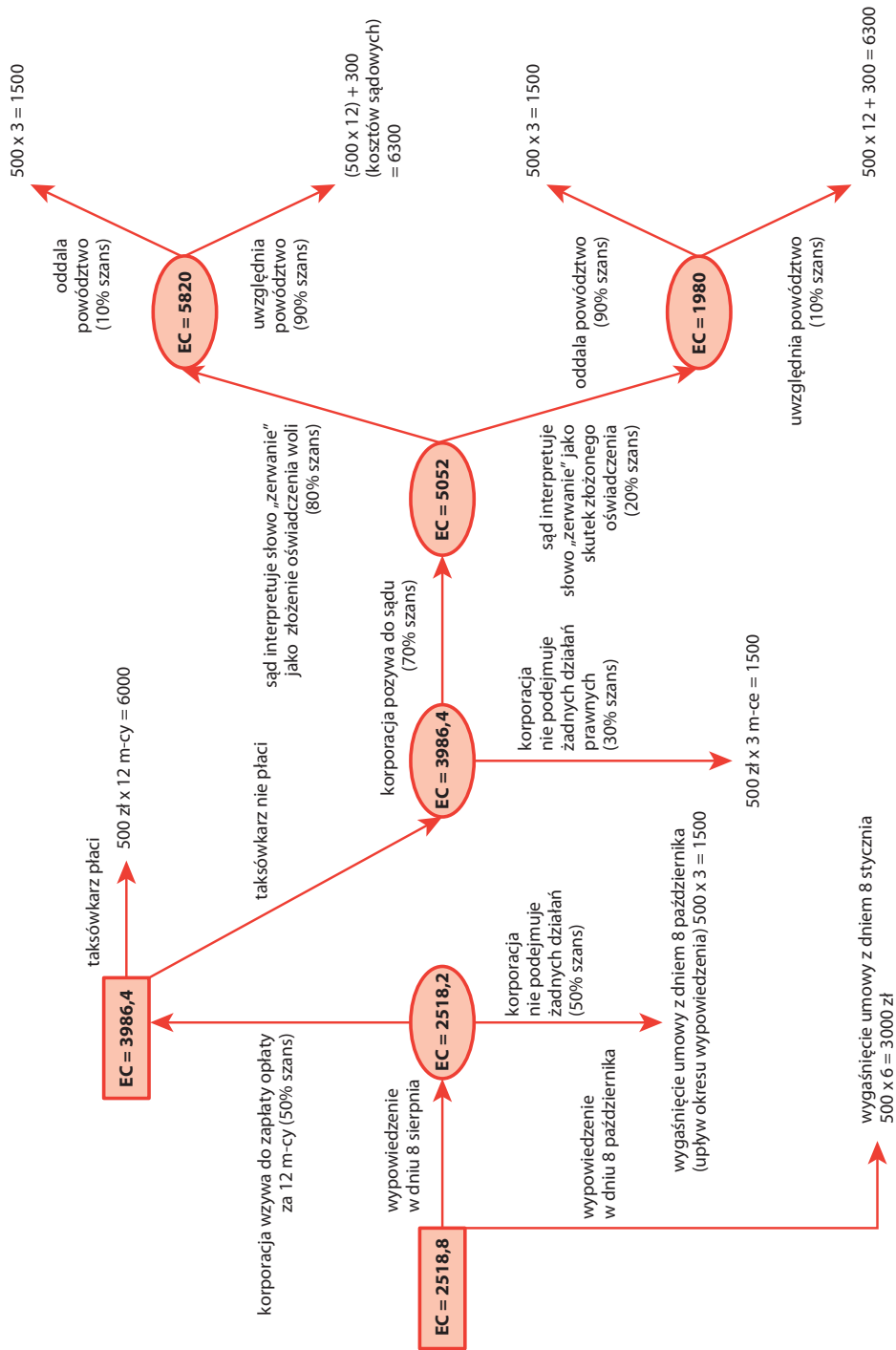
Większość osób, a zwłaszcza prawników, zgłosi zastrzeżenia do wysokości prawdopodobieństwa zajścia zdarzeń świata zewnętrznego. W odpowiedzi można wskazać, że istnieją metody pomiaru subiektywnego prawdopodobieństwa³⁸. Jednak, gdyby uznać, że są one zbyt wyszukane na potrzeby praktyki prawniczej, to wartością narysowania takiego schematu nie jest zwiększenie szans powodzenia, tylko lepsze zrozumienie problemu, przed którym stoi klient.

Czy tego rodzaju narzędzie jest pomocne dla prawnika oraz jego klienta? Z punktu widzenia przejrzystości odpowiedzi, jakiej udziela prawnik, jest tak z pewnością. Graficzne przedstawienie rozmaitych możliwości decyzyjnych dużo łatwiej przyswoić niż treść ustnego wywodu pełnomocnika. Tego rodzaju wykres pozwala klientowi myśleć nie tylko o najważniejszych „wątpliwościach”, ale również zobaczyć wzajemne zależności między istotnymi czynnikami w sprawie³⁹. Trzeba oczywiście pamiętać, że klienci dysponują różnego typu wykształceniem i różnią się poziomem intelektualnym, stąd trudno twierdzić, że jest to narzędzie uniwersalne i powinno być stosowane wobec każdego mocodawcy. Można tu chyba sformułować postulat, by wobec tych klientów, dla których schemat drzewka decyzyjnego byłby bardziej niezrozumiały niż ustna wypowiedź, prawnik wykazywał się większą dozą zdolności dydaktycznych, co z kolei potwierdza argumentację Kisera i nacisk, jaki kładzie on na kształt edukacji prawniczej.

Tego rodzaju strukturyzacja problemu decyzyjnego może spotkać się z zarzutem, że pełni podobną funkcję co formalizowanie rozumowań prawniczych, a zastosowanie w praktyce prawniczej (w zaciśnięciu gabinetów kancelarii czy na sali sądowej) tego rodzaju praktyk spotkałoby się tylko z większym niezrozumieniem ze strony adresatów. Sądzę jednak, że zachodzi różnica pomiędzy formalizacją rozumowań a strukturyzacją problemu decyzyjnego w postaci drzewka decyzyjnego. To ostatnie przybiera postać graficzną,

38 T. Tyszka, *Analiza decyzyjna...*, s. 89 i n. Na temat innych pojęć prawdopodobieństwa zob. W. Załuski, *Sklonnościowa interpretacja prawdopodobieństwa*, Tarnów 2008, rozdz. 1.

39 M. Victor, *The Proper...*, s. 619.



co ułatwia zapamiętywanie⁴⁰, a formalizację często trzeba poprzedzić sformalizowaniem przekładanych na język danego rachunku zdań – sposób dokonania parafrazy może być jednak sporny.

Trzeba mieć również na uwadze, że stosowanie drzewek decyzyjnych przez prawnika może spotkać się z niechęcią nie tylko z powodu negatywnego stosunku do narzędzi kojarzących się z matematyką⁴¹. Dodatkowym czynnikiem może być „obiektywność” tego narzędzia, polegająca na realistycznym oceniu szans w ewentualnym procesie. Nie będą więc skłonni korzystać z niego prawnicy, którzy bez względu na szanse powodzenia przyjmują wszystkie sprawy, celowo nie informując o tych nikłych szansach swoich klientów. Nie będą również z niego zadowoleni klienci nazywani w środowisku prawniczym „pieniaczami”, którzy do prawnika przychodzą nie po poradę, ale potwierdzenie własnych przekonań. Zatem w modelu stosunków między prawnikiem a klientem, które R. Sarkowicz nazywa modelem prawnika-najemnika,

40 A. Horthedge, J. Thomas, A. Lane, A. Peasgood, *The Sciences Good Study Guide*, The Open University, s. 79.

41 Na czynnik ten w odniesieniu do korzystania z drzewek decyzyjnych przez mediatora zwraca uwagę D.P. Hoffer, *Decision Analysis as a Mediator's Tool*, „Harvard Negotiation Law Review” 1996, nr 1, s. 130.

narzędzia omawianego typu znajdą raczej ograniczone zastosowanie⁴².

Narzędzie w postaci drzewka decyzyjnego przy założeniu pewnych ograniczeń co do jego stosowania pomogłoby podjąć trafną decyzję, a przynajmniej ukazać złożoność problemu decyzyjnego. Kategoryczne więc prognostyczne stwierdzenie R. Kisera, że „[prawnicy] nie będą ich używać” jest zbyt mocne. Skłonność do posługiwania się tego typu narzędziami można wypracować, m.in. przez wspomnianą już zmianę systemu studiów prawniczych, polegającą na wprowadzeniu do programu np. prostych systemów wspomagania decyzji, tak by studenci już na studiach dowiadywali się, że podejmowanie trafnych decyzji nie musi opierać się wyłącznie na uważnym namyśle lub intuicji.

Podsumowując: książka jako całość jest niewątpliwie interesującą pozycją odnoszącą się do wielu aspektów praktyki prawniczej i przytacza wyniki ciekawych badań empirycznych. Może więc służyć prawnikom praktykom jako doskonałe narzędzie refleksji nad uprawianym przez nich zawodem. Patrząc jednak na instrumenty, którymi R. Kiser się posługuje, sceptycznie należy oceniać szanse realizacji jego zamiaru nauczania prawników podejmowania lepszych decyzji.

42 R. Sarkowicz, *Amerykańska etyka prawnicza*, Zakamycze 2004, s. 61.

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Postanowienie TK z 30 listopada 2011 r., SK 16/10, OTK ZU 2011 nr 9A, poz. III

Wznowienie postępowania po wyroku ETPC

[N]a podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) **umorzyć postępowanie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.**

Sprawa rozpatrywana przez Trybunał Konstytucyjny nie została – w warunkach przedłożonej Trybunałowi skargi konstytucyjnej – rozstrzygnięta w formie wyroku. Zdaniem Trybunału przepis zakwestionowany w skardze, a więc art. 401 pkt 2 ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.; dalej: k.p.c.), nie stanowił podstawy ostatecznego rozstrzygnięcia o konstytucyjnych wolnościach i prawach skarżącej spółki, co skutkowało koniecznością wydania postanowienia o umorzeniu postępowania. Nie zmienia to jednak faktu, że zagadnienie prawne, na kanwie którego próbowano skutecznie za-

inicjować kontrolę konstytucyjności, jak również wcześniejszy kontekst wynikający z rozstrzygnięć sądowych zapadłych w stosunku do skarżącej spółki, warte są szerszego przytoczenia.

Skarżąca spółka w latach dziewięćdziesiątych występowała jako powód w postępowaniach sądowych, a w toku tych postępowań domagała się zwolnienia z kosztów sądowych z uwagi na złą sytuację finansową. Kolejne sądy konsekwentnie odmawiały uwzględnienia takich wniosków, co uniemożliwiało spółce dochodzenie zgłaszanych roszczeń w postępowaniu sądowym. Skarżąca spółka wystąpiła ze skargą do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który stwierdził naruszenie przez Rzeczpospolitą Polską art. 6 ust. 1 EKPC przez ustanowienie nieproporcjonalnie wysokich opłat sądowych w sprawie skarżącej spółki, a w konsekwencji pozbawienie jej prawa dostępu do sądu (wyrok z 26 lipca 2005 r. w sprawie *Podbielski i PPU „POLPURE” Sp. z o.o. przeciwko Polsce*, nr 39199/98). W następstwie wyroku ETPC skarżąca spółka bezskutecznie domagała się wznowienia postępowania zakończonego postanowieniem Sądu Najwyższego, uznał on bowiem, że wyrok ETPC

stwierdzający naruszenie Konwencji nie może stanowić podstawy do wznowienia postępowania w rozumieniu art. 401 pkt 2 k.p.c. (postanowienie SN z 19 października 2005 r., V CO 16/05). Pogląd ten nie został jednolicie przyjęty w orzecznictwie. Świadczy o tym postanowienie wydane w podobnej sprawie, w którym Sąd Najwyższy uznał, że wyrok ETPC, stwierdzający naruszenie prawa strony do wznowienia postępowania z powodu jego nieważności, może uzasadniać wznowienie postępowania na podstawie art. 401 pkt 2 k.p.c., także wówczas, gdy postępowanie zakończyło się postanowieniem o charakterze formalnym (postanowienie SN z 17 kwietnia 2007 r., I PZ 5/07). Powołując się na to rozstrzygnięcie, skarżąca spółka ponownie wystąpiła z wnioskiem o wznowienie postępowania, jakkolwiek i tym razem bezskutecznie. Sąd Najwyższy stwierdził, że powstanie nieuniknionych rozbieżności w interpretacji przepisów prawa, skutkujące zastosowaniem odmiennych rodzajów wykładni, nie stanowi podstawy wznowienia postępowania w sprawie zakończonej prawomocnym orzeczeniem sądu (postanowienie SN z 23 października 2008 r., V CO 28/08). Skarżąca spółka – trak-

tując wspomniane postanowienie SN jako ostateczne – wystąpiła ze skargą konstytucyjną, domagając się zbadania zgodności art. 401 pkt 2 k.p.c., w zakresie, w jakim pozbawia i nie reguluje możliwości wznowienia postępowania przed sądami krajowymi, pomimo wyroku ETPC stwierdzającego naruszenie art. 6 EKPC, z art. 45 w związku z art. 2, art. 8 oraz art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny, umarzając postępowanie, nie wypowiedział się merytorycznie na temat sugerowanej przez skarżącego niekonstytucyjności przepisów k.p.c. W uzasadnieniu swojego postanowienia TK potwierdził natomiast wcześniejsze stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym nowa interpretacja prawa nie uzasadnia wznowienia postępowania cywilnego. Trybunał zaznaczył, że odmiennosc interpretacji przepisów na tle różnych spraw nie prowadzi do pozbawienia prawomocności jednych orzeczeń kosztem drugich. Kształtowanie się różnych linii orzeczniczych jest bowiem naturalną konsekwencją dyskursywności języka prawniczego, a przy tym zjawiskiem typowym dla rozwiniętego i złożonego systemu prawnego. W tym kontekście TK nawiązał również do innego poglądu Sądu Najwyższego, zgodnie z którym sam fakt sformułowania podstawy skargi o wznowienie postępowania w sposób odpowiadający treści art. 401–404 k.p.c. nie oznacza automatycznie, że w danym przypadku taka podstawa ustawowa rzeczywiście istnieje. Na gruncie badanej sprawy stwierdzono natomiast, że to

nie kwestionowany w skardze art. 401 pkt 2 k.p.c., ale art. 410 § 1 k.p.c. stanowił podstawę prawną ostatecznego rozstrzygnięcia – postanowienia SN – wydanego w odniesieniu do skarżącej spółki. Skutkowało to umorzeniem postępowania w sprawie badanej skargi konstytucyjnej.

Niezależnie od przyjętego rozstrzygnięcia, Trybunał Konstytucyjny w pełni podtrzymał pogląd wyrażony już wcześniej w postanowieniu sygnalizacyjnym S 5/09 (postanowienie TK z 7 sierpnia 2009 r., OTK ZU 2009, nr 7A, poz. 121), wskazujący na konieczność ustawowego uregulowania wznowienia postępowania cywilnego, jako jednego ze środków prawnych służących wykonaniu wyroku ETPC. Konieczność ta wynika wprost z brzmienia art. 9 Konstytucji, zgodnie z którym Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego.

Wyrok TK z 6 grudnia 2011 r., SK 3/11, OTK ZU 2011 nr 10A, poz. 113

Wyłączenie dewolutywności w postępowaniu administracyjnym

Art. 127 § 3 w związku z art. 24 § 1 pkt 5 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, ze zm.) w zakresie, w jakim nie wyłącza osoby piastującej funkcję monokratycznego organu centralnej administracji rządowej od udziału w postępowaniu

z wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, gdy osoba ta wydała zaskarżoną decyzję, jest zgodny z art. 78 w związku z art. 2 oraz w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się na temat konstytucyjności normy zrekonstruowanej na podstawie dwóch przepisów kodeksu postępowania administracyjnego (dalej: k.p.a.). Oceniał, czy w warunkach ponownego rozpatrzenia sprawy rozstrzygniętej w pierwszej instancji decyzją ministra na podstawie art. 127 § 3 k.p.a., brak możliwości wyłączenia pracownika organu administracji publicznej od udziału w postępowaniu w sprawie, w której brał udział w wydaniu zaskarżonej decyzji (art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a.), spełnia standard ukształtowany na tle art. 78 w związku z art. 2 Konstytucji.

Zarzuty przedstawione w skardze konstytucyjnej wskazywały na naruszenie przez ustawodawcę zasad sprawiedliwości proceduralnej oraz ograniczenie konstytucyjnego prawa do zaskarżania decyzji wydanych w pierwszej instancji. Skarżący wskazywał, że procedura, umożliwiająca weryfikację decyzji wyłącznie przez osoby biorące udział w jej wydaniu, podważa zaufanie obywateli do działań administracji publicznej, a przy tym może prowadzić do pozbawienia strony postępowania administracyjnego, prawa do obiektywnego merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy w postępowaniu odwoławczym. Stanowisko skarżącego

nie zyskało aprobaty pozostałych uczestników postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym. Zarówno Marszałek Sejmu, jak i Prokurator Generalny wnosili o uznanie zakwestionowanych przepisów k.p.a. za zgodne z powołanymi wzorcami kontroli.

Przystępując do merytorycznej oceny skargi, TK zbadał, czy zarzut skarżącego dotyczy normy prawnej, czy też ma prowadzić do kontroli praktyki stosowania prawa przez sądy administracyjne. Trybunał przypomniał, że wypowiedanie się na temat norm, których treść została ukształtowana przez organy stosujące prawo, jest możliwe jedynie wówczas, kiedy praktyka stosowania takich norm ma charakter stały, powszechny oraz jednoznaczny (podobnie w wyroku TK z 8 grudnia 2009 r., SK 34/08, OTK ZU 2009, nr 11A, poz. 165). W tym celu Trybunał Konstytucyjny dokonał szerokiej rekapitulacji stanowisk prezentowanych w orzecznictwie sądów administracyjnych na temat stosowania art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a. w postępowaniu na podstawie art. 127 § 3 k.p.a. Zasadnicze znaczenie dla ukształtowania się trwałej linii orzeczniczej dotyczącej sposobu rozumienia przytoczonych przepisów miała uchwała podjęta w składzie siedmiu sędziów NSA, w której uznano m.in., że wyłączenie organu administracji publicznej i wyłączenie pracownika można rozważać jedynie wówczas, kiedy nie doprowadzi to do pozbawienia kompetencji do wykonywania administracji publicznej (uchwała NSA z 20 maja 2010 r., I OPS 13/09). Zdaniem TK

wykładnia przepisów k.p.a. zaprezentowana w tej uchwale ma obecnie charakter powszechny, co – w kontekście badanej sprawy – umożliwiło dokonanie jej merytorycznej kontroli.

Zdaniem Trybunału art. 78 Konstytucji RP, przywołany w skardze, nie wymaga bezwzględnie, aby każdy środek prawny służący zaskarżeniu decyzji miał charakter dewolutywny. Oznacza to, że brak cechy dewolutywności środka zaskarżenia w postępowaniu administracyjnym nie przesądza automatycznie o niekonstytucyjności takiego rozwiązania. Warunkiem koniecznym jest jednak zrównoważenie tego braku odpowiednimi gwarancjami procesowymi chroniącymi podmiot, o którego wolnościach i prawach się rozstrzyga. Postępowania toczące się przed organami władzy publicznej, w ramach których rozstrzyga się sprawy indywidualne, muszą spełniać standard sprawiedliwości proceduralnej, którego źródłem jest art. 2 Konstytucji. Postępowania te powinny zatem umożliwiać wszechstronne i staranne zbadanie okoliczności danej sprawy, gwarantować stronom i uczestnikom prawo do przedstawiania i wysłuchania swoich racji oraz umożliwiać sprawne rozpatrzenie sprawy w rozsądnym terminie (tak m.in. w wyroku TK z 14 czerwca 2006 r., K 53/05, OTK ZU 2006, nr 6A, poz. 66).

Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy (art. 127 § 3 k.p.a.) należy traktować jako środek zaskarżenia, o którym mowa w art. 78 Konstytucji. Niemniej jednak istotą problemu konstytucyjnego

w sprawie badanej przez Trybunał Konstytucyjny nie było całkowite wyłączenie prawa do zaskarżenia, ale jego ograniczenie. To zaś wymagało dokonania oceny konstytucyjności kwestionowanych norm z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, niezależnie od tego, że art. 31 ust. 3 Konstytucji nie był wskazany w analizowanej skardze konstytucyjnej. Dokonując tak określonej kontroli, TK stwierdził, że ograniczenie prawa do zaskarżenia jest – w badanym wypadku – uzasadnione i konieczne w świetle ustrojowego podziału kompetencji i przesłanki ochrony porządku publicznego. Trybunał podzielił pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym osoba sprawująca funkcję monokratycznego centralnego organu administracji rządowej ma pozycję organu, a nie pracownika. W rezultacie wyłączenie takiej osoby z postępowania jest możliwe z zachowaniem przepisów o wyłączeniu organów w postępowaniu administracyjnym, nie zaś o wyłączeniu pracowników organu. Co więcej, objęcie piastuna funkcji monokratycznego organu zakazem ponownego rozpatrzenia sprawy w warunkach określonych w art. 127 § 3 k.p.a. i przekazanie jej do rozpoznania uprawnionemu pracownikowi aparatu pomocniczego organu, oznaczałoby w praktyce obejście zasady zachowania kompetencji. Trybunał uznał także, że kontrolowana norma nie obciąża nadmiernie stron postępowania administracyjnego. Skoro bowiem zagadnienie instancyjności – samo w sobie – nie rozstrzyga o standardzie sprawiedliwości

proceduralnej w postępowaniu administracyjnym, stąd też istotne jest stworzenie odpowiednich gwarancji procesowych, które rekompensować będą brak dewolucji w wypadku uzasadnionego organizacyjnie „spłaszczonego toku instancji”. Takie gwarancje występują w badanym przypadku z trzech powodów. Po pierwsze, tylko strony postępowania mogą wystąpić z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Po drugie, organ rozpatrujący taki wniosek prowadzi powtórne postępowanie celem rozstrzygnięcia sprawy co do istoty. Po trzecie, rozpoznając taki wniosek, organ związany jest wszystkimi zasadami postępowania w przedmiocie wydania decyzji, w szczególności zasadą praworządności oraz zasadą prawdy obiektywnej.

Wyrok TK z 14 grudnia 2011 r., SK 42/09, OTK ZU 2011 nr 10A, poz. 118

Odpowiedzialność karna za wydawanie czasopisma bez rejestracji

1. Art. 45 w związku z art. 7 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 oraz w związku z art. 20 ust. 1 zdanie pierwsze, w zakresie dotyczącym czasopism drukowanych, ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. Nr 5, poz. 24, z 1988 r. Nr 41, poz. 324, z 1989 r. Nr 34, poz. 187, z 1990 r. Nr 29, poz. 173, z 1991 r. Nr 100, poz. 442, z 1996 r. Nr 114, poz. 542, z 1997 r. Nr 88, poz. 554 i Nr 121, poz. 770, z 1999 r. Nr 90, poz. 999, z 2001 r. Nr 112, poz. 1198,

z 2002 r. Nr 153, poz. 1271, z 2004 r. Nr 111, poz. 1181, z 2005 r. Nr 39, poz. 377, z 2007 r. Nr 89, poz. 590, z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 85, poz. 459, Nr 156, poz. 934 i Nr 205, poz. 1204; dalej: pr. pras.) w zakresie, w jakim wprowadza odpowiedzialność karną za wydawanie czasopisma drukowanego bez rejestracji:

2. a) jest niezgodny z art. 31 ust. 3 w związku z art. 54 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, b) jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji.

3. Art. 20 ust. 1 zdanie pierwsze w związku z art. 7 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 ustawy powołanej w punkcie 1, w zakresie dotyczącym obowiązku rejestracji czasopisma drukowanego, jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W przedstawionej Trybunałowi Konstytucyjnemu skardze wskazano dwa problemy konstytucyjne. Pierwszy dotyczył sugerowanego naruszenia nakazu precyzyjnego określenia znamion czynu karnego. Drugi natomiast wiązał się z nadmiernym ograniczeniem wolności wypowiedzi z powodu ustanowienia odpowiedzialności karnej związanej z faktem wydawania czasopisma bez rejestracji (art. 45 pr. pras.). Po dokonaniu analizy obu zarzutów Trybunał poddał kontroli konstytucyjności normę, zgodnie z którą ten, kto wydaje czasopismo drukowane, w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 1 i 3 pr. pras., bez rejestracji, której obowiązek wynika z art. 20 ust. 1 pr. pras., podlega na podstawie art. 45 tej ustawy karze grzywny albo ograniczenia wolności.

Trybunał Konstytucyjny odniósł się – w pierwszej kolejności – do sugerowanego naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*, przywołując przy tej okazji swoje dotychczasowe ustalenia dotyczące tej zasady. Na tym tle podkreślił, że nakaz określoności przepisów prawnych należy rozumieć jako wymóg formułowania ich w taki sposób, aby zapewniały dostateczny stopień precyzji w ustaleniu ich znaczenia i skutków prawnych. Posługiwanie się w niektórych sytuacjach zwrotami czy pojęciami nieostrymi nie może być automatycznie kwalifikowane jako niekonstytucyjne, pod warunkiem że pozwala stwierdzić, czy dane zachowanie (czyn) jest karalne na gruncie określonych przepisów, czy też nie. Zarzuty skarżącego związane z naruszeniem zasady określoności czynów zabronionych odnosiły się do wskazanych przez ustawodawcę cech czasopisma, jako publikacji periodycznej, która nie tworzy zamkniętej i jednorodnej całości. Odnosząc się do tych wątpliwości, TK stwierdził, że sformułowania zastosowane w art. 7 ust. 2 pkt 1 i 3 pr. pras. nie wyłączają możliwości ich jednoznacznego rozumienia w procesie wykładni, na tle konkretnych stanów faktycznych. Trybunał zaznaczył przy tym, że argumenty wskazujące na konieczność bliższego sprecyzowania cech czasopisma ograniczałyby w stopniu niekoniecznym konstytucyjną wolność wypowiedzi.

Następnie Trybunał odniósł się do swoich wypowiedzi dotyczących przysługującej każdemu wolności wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpo-

wszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji). Podkreślił, że wspomniany tutaj przepis statuuje w istocie trzy wzajemnie powiązane ze sobą wolności, mające zasadnicze znaczenie zarówno w kontekście samej jednostki, jak również z punktu widzenia mechanizmów funkcjonowania społeczeństwa demokratycznego. Treść art. 54 ust. 1 Konstytucji RP obejmuje wszelkie płaszczyzny aktywności, w ramach których dana osoba postanowiła wyrazić swój pogląd, a przy tym jest to przepis, który posługuje się pojęciem szerszym niż prawo do uzyskiwania informacji (art. 61 Konstytucji). Na tym tle Trybunał uznał, że ustawowy wymóg rejestracji dziennika lub czasopisma nie stanowi nieproporcjonalnego naruszenia wolności słowa. Nawiązując szeroko do ustaleń poczynionych w wyroku w sprawie P 1/06, Trybunał Konstytucyjny przypomniał, że ustawowy tryb rejestrowania tytułów prasowych jest odmianą szeroko pojętego systemu zgłoszeniowego, który w swej istocie stanowi przeciwieństwo jakiegokolwiek systemu koncesyjnego. Ma on natomiast ścisły związek z uznawaniem wolności prasy za oczywisty element wolności jednostki w społeczeństwie demokratycznym. Ograniczenie w korzystaniu z wolności słowa, z jakim mamy do czynienia w art. 20 ust. 1 pr. pras., nie jest zbyt uciążliwe, a przy tym jest uzasadnione ochroną wolności i praw innych osób (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Niezależnie od oceny obowiązku rejestracji czasopisma Trybunał badał również dopuszczalność

posłużenia się przez ustawodawcę sankcją karną za brak wykonania takiego obowiązku. W tym zakresie podzielili stanowisko skarżącego, uznając, że wprowadzenie sankcji za niedokonanie rejestracji czasopisma jest środkiem nadmiernie surowym i nieproporcjonalnym w stosunku do celu założonego przez ustawodawcę. Wprowadzenie odpowiedzialności karnej w przywołanym zakresie prowadzi do zbyt daleko idących zmian w sytuacji prawnej skarżącego, jako uczestnika dyskursu publicznego, a tym samym narusza zasady adekwatności i proporcjonalności *sensu stricto*, stanowiące elementy składowe zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Nie można wykluczyć dopuszczalności posłużenia się przez ustawodawcę sankcją w związku z obowiązkiem rejestracji czasopisma po to, aby w większym stopniu zabezpieczyć wykonanie takiego obowiązku. Nie może być to jednak sankcja karna, która w tego rodzaju sytuacji nie jest konieczna. Warto zaznaczyć przy tym, że TK ograniczył się w omawianej sprawie do stwierdzenia zakresowej niekonstytucyjności art. 45 pr. pras., ale wyłącznie w odniesieniu do czasopism drukowanych. Poza zakresem tej wypowiedzi znalazły się zatem czasopisma internetowe, które nie były powiązane ze stanem faktycznym sprawy stanowiącej tło analizowanej skargi konstytucyjnej. W tym kontekście Trybunał Konstytucyjny wyraził pogląd, zgodnie z którym obowiązująca ustawa – Prawo prasowe nie jest aktem prawnym dostosowanym do współczesnych form działalno-

ści prasy, wynikających z postępu technologicznego. Wymaga to podjęcia pilnych prac nad nowym i kompleksowym uregulowaniem prawa prasowego.

Wyrok TK z 18 stycznia 2012 r., Kp 5/09, M.P. Nr 11, poz. 39

Obywatelstwo polskie

Art. 30 ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim jest zgodny z art. 137 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Przedmiotem wniosku Prezydenta RP skierowanego do Trybunału Konstytucyjnego w trybie kontroli prewencyjnej było zbadanie konstytucyjności art. 30 ustawy z 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim w zakresie, w jakim przepis ten rozszerza zakres przesłanek uznania za obywatela polskiego. Zdaniem wnioskodawcy posłużenie się przez ustawodawcę instytucją uznania prowadzi do erozji prerogatywy prezydenckiej określonej w art. 137 Konstytucji, stanowiącej podstawową formę nabywania obywatelstwa polskiego. Wprowadzenie nowych ustawowych przesłanek uznania za obywatela, na podstawie kwestionowanego art. 30 ustawy z 2009 r., oznacza również odstąpienie od traktowania uznania jako wyjątku, czyniąc z tej instytucji równoległą – w stosunku do nadania przez Prezydenta RP – formę otrzymania obywatelstwa polskiego.

Przystępując do merytorycznej oceny wniosku, Trybunał Konstytucyjny

tuczyny nawiązał do istoty obywatelstwa, wskazując, że polega ono na trwałej więzi prawnej łączącej jednostkę z państwem, a przy tym wyraża się w całokształcie wzajemnych praw i powinności obu stron. Obecnie zagadnienie obywatelstwa należy oceniać zarówno w kontekście objęcia cudzoziemców ochroną Rzeczypospolitej Polskiej i przyznania im szerokiego katalogu praw i wolności, jak również w perspektywie powiązania obywatelstwa polskiego z obywatelstwem Unii Europejskiej. Na poziomie konstytucyjnym o obywatelstwie mowa jest zarówno w art. 137, stanowiącym wzorzec kontroli w sprawie badanej przez Trybunał, jak i w art. 34 Konstytucji. Przepis art. 34 ust. 1 Konstytucji RP wprowadza nabycie obywatelstwa polskiego z mocy prawa według zasady krwi, a oprócz tego przewiduje określenie w ustawie innych przypadków nabycia obywatelstwa. Przywołany przepis nie określa jednak – zdaniem Trybunału – jakichkolwiek warunków, które powinien uwzględnić ustawodawca, realizując delegację konstytucyjną. Oznacza to, że decydując się na wprowadzenie „innych przypadków nabycia obywatelstwa” ustawodawca nie jest związany żadnymi merytorycznymi wskazaniem i może – w ramach pozostawionej mu swobody – korzystać z historycznie ukształtowanych reguł przyznawania obywatelstwa lub wprowadzić nowe formy prawne jego uzyskania. Granicę owej swobody ustawodawcy stanowią: konstytucyjna zasada nabycia obywatelstwa przez urodzenie z rodziców będą-

cych obywatelami polskimi, kompetencja Prezydenta Rzeczypospolitej do nadawania obywatelstwa, rozstrzygnięcia konstytucyjne wyznaczające ustawodawcy określone powinności oraz ratyfikowane umowy międzynarodowe.

Terminy „nadanie” i „nabycie” obywatelstwa mają na gruncie konstytucyjnym charakter niezależny od siebie, odnoszą się bowiem do dwóch różnych sposobów uzyskania obywatelstwa polskiego. Nie można zatem traktować nadania jako jednego ze sposobów nabycia obywatelstwa. Świadczy o tym nie tylko treść art. 34 ust. 1 Konstytucji RP, ale także systematyka ustawy zasadniczej. Swobodzie ustawodawcy, dotyczącej określania innych przypadków nabycia obywatelstwa, odpowiada swoboda Prezydenta RP w zakresie przyznawania obywatelstwa według swojego uznania.

Wątpliwości Prezydenta wyrażone we wniosku odnosiły się wyłącznie do sposobu, w jaki ustawa z 2009 r. uregulowała instytucję uznania za obywatela. Samo uznanie było bowiem i jest obecnie jednym ze sposobów nabycia obywatelstwa polskiego – w drodze indywidualnego aktu dokonywanego przez organ władzy publicznej. Kwestionowany art. 30 ustawy z 2009 r. zdecydowanie rozszerza katalog sytuacji, w których następować będzie uznanie za obywatela, a przy tym – zdaniem Trybunału – znosi uznaniowość tej instytucji. Organ administracji publicznej – właściwy miejscowo wojewoda – będzie obowiązany wydać decyzję stwierdzającą uznanie za obywatela, jeśli cudzo-

ziemiec spełni warunki określone w ustawie oraz te, które wynikają z innych przepisów obowiązującego w Polsce prawa. W rezultacie uznanie, uzależnione ściśle od wykazania przez cudzoziemca jego ustawowo definiowanych związków z nową ojczyzną, zostało – na gruncie art. 30 kwestionowanej ustawy – uregulowane w sposób całkowicie odrębny od nadania obywatelstwa polskiego, mającego charakter autonomicznej decyzji głowy państwa. Trudno jest zatem – w ocenie Trybunału Konstytucyjnego – mówić o konkurencyjności obu sposobów uzyskania obywatelstwa. Uznanie za obywatela polskiego na podstawie art. 30 ustawy z 2009 r. nie może być traktowane jako naruszające uprawnienia przysługujące Prezydentowi Rzeczypospolitej, nie zostało bowiem ukształtowane przez ustawodawcę jako akt uznaniowy, lecz ściśle związany z faktem spełnienia obiektywnie określonych przesłanek. Trybunał nie omieszkiał przy tej okazji zauważyć, że przesłanki te nie zawsze pozwalają ustalić stopień zintegrowania cudzoziemca z polską społecznością i kulturą. Nie są też w pełni przydatne do stwierdzenia stopnia, w jakim cudzoziemcy przyjmują i przyswajają sobie obowiązujące wartości konstytucyjne. Przyjęty kształt przesłanek jest jednak efektem wyboru takiej, a nie innej koncepcji uznania za obywatela, dokonującej się w zakresie swobody działań ustawodawcy.

Do wyroku zgłoszono sześć zdań odrębnych, wynikających w zasadniczym stopniu z przyjęcia odmiennej – niż obrana przez

TK – wykładni przepisów regulujących zagadnienie obywatelstwa polskiego na gruncie konstytucyjnym. W ocenie niektórych sędziów ustawodawca – działając na podstawie delegacji zawartej w art. 34 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji RP – może wprowadzić dodatkowe warunki uzyskania obywatelstwa polskiego z mocy prawa. Nie może

natomiast upoważniać innych organów władzy publicznej do podejmowania rozstrzygnięć skutkujących przyznaniem obywatelstwa, tym bardziej jeżeli takie rozstrzygnięcie ma w pewnym stopniu charakter uznaniowy, wiążąc się z oceną nieostrych i nie w pełni obiektywnych przesłanek ustawowych (m.in. „stabilne i regularne

źródło dochodu”). Prowadzi to bowiem do ograniczenia kompetencji Prezydenta wynikających z art. 137 Konstytucji RP, a tym samym pozostaje w sprzeczności z obecnymi uregulowaniami, które – na gruncie konstytucyjnym – w sposób wyczerpujący określają okoliczności otrzymania obywatelstwa polskiego.

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE (wielka izba) z 22 listopada 2011 r. C-214/10 (KHS AG przeciwko W. Schultemu) – wygaśnięcie prawa do niewykorzystanego corocznego płatnego urlopu

Stan faktyczny

Orzeczenie zapadło w trybie prejudycjalnym i dotyczy wykładni art. 7 dyrektywy 2003/88/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji czasu pracy¹. Wniosek został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką KHS AG (dalej: spółka) a W. Schultem, byłym pracownikiem spółki, w przedmiocie zgłoszonego żądania wypłaty ekwiwalentu pieniężnego za coroczny płatny urlop wypoczynkowy, którego pracownik nie mógł wykorzystać w latach 2006–2008 z powodu choroby.

Uregulowania krajowe gwarantują prawo do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego w wymiarze 30 dni rocznie. Zatrudniony przez spółkę W. Schulte w styczniu

2002 r. miał zawał serca, w następstwie którego został uznany za niezdolnego do pracy. Od października 2003 r. pobierał rentę z tytułu całkowitej niezdolności do pracy, a także rentę inwalidzką. Z dniem 31 sierpnia 2008 r. stosunek pracy łączący spółkę i W. Schultego został zakończony. W marcu 2009 r. W. Schulte wniósł pozew o zapłatę ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany coroczny płatny urlop wypoczynkowy za okresy rozliczeniowe odpowiadające latom kalendarzowym 2006, 2007 i 2008. Sąd przyznał mu ekwiwalent pieniężny w odniesieniu do tych trzech okresów, w zakresie, w jakim kwota żądana przez W. Schultego obejmowała ekwiwalent za minimalny wymiar prawa do urlopu w wysokości 20 dni rocznie przewidziany przez prawo Unii, do którego doliczonych zostało, zgodnie z prawem niemieckim, 5 dni rocznie przysługujących osobom ciężko niepełnosprawnym. W apelacji od tego wyroku spółka podnosiła, że prawo W. Schultego do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego za lata 2006 i 2007 wygasło z powodu upływu okresu, w którym przeniesienie prawa do urlopu jest dozwolone (zgodnie z prawem krajowym – łącznie piętnaście miesięcy). Sąd apelacyjny

powziął wątpliwości co do zgodności regulacji krajowych dotyczących utraty prawa do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego z art. 7 ust. 1 dyrektywy 2003/88 i zwrócił się do Trybunału z pytaniem, czy art. 7 ust. 1 dyrektywy 2003/88 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisom lub praktykom krajowym ograniczającym – poprzez ustanowienie piętnastomiesięcznego okresu dozwolonego przeniesienia, po upływie którego prawo do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego wygasa – gromadzenie praw do tego urlopu przez pracownika niezdolnego do pracy w ciągu kilku następujących po sobie okresów rozliczeniowych.

Stanowisko TSUE

Trybunał Sprawiedliwości UE przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem prawo każdego pracownika do corocznego płatnego urlopu stanowi zasadę prawa socjalnego Unii o szczególnej wadze, od której nie może być odstępstw i której wprowadzenie w życie przez właściwe władze krajowe może być dokonane tylko w granicach wyraźnie wytyczonych dyrektywą Rady 93/104/WE z dnia 23 listopada 1993 r. dotyczącą niektórych aspektów organizacji

¹ (Dz.Urz. UE L 299 z 18.II.2003, s. 9; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, str. 381; dalej: dyrektywa 2003/88).

czasu pracy², która została zmieniona przez dyrektywę 2003/88.

Trybunał orzekł, że przepis krajowy ustalający okres dozwolonego przeniesienia niewykorzystanych urlopów corocznych po upływie okresu rozliczeniowego zasadniczo realizuje cel, którym jest zapewnienie pracownikowi pozbawionemu możliwości skorzystania z urlopu corocznego dodatkowej możliwości wykorzystania tego urlopu. Ustanowienie takiego okresu stanowi jeden z warunków wykonania i transpozycji prawa do corocznego płatnego urlopu i z tego względu zasadniczo należy do kompetencji państw członkowskich. W związku z powyższym, art. 7 ust. 1 dyrektywy 2003/88 zasadniczo nie stoi na przeszkodzie regulacji krajowej ustanawiającej sposób wykonywania prawa do corocznego płatnego urlopu wyraźnie przyznanego przez tę dyrektywę, co obejmuje nawet utratę tego prawa po upływie okresu rozliczeniowego lub okresu dozwolonego przeniesienia, jednak pod warunkiem, że pracownik, który utracił prawo do corocznego płatnego urlopu, miał faktyczną możliwość skorzystania z tego prawa przyznanego mu na mocy dyrektywy.

Niemniej jednak pracownik, który – tak jak skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym – przebywa na zwolnieniu chorobowym przez cały okres rozliczeniowy, a nawet dłużej, niż wynosi okres dozwolonego przeniesienia ustalony w prawie krajowym, zostaje pozbawiony jakiegokolwiek okresu zapewniającego możliwość skorzystania z corocznego płatnego urlopu.

Trybunał uznał więc za konieczne skonfrontowanie wskazanego wyżej stanowiska ze specyficznymi okolicznościami rozpatrywanej sprawy. Pracownik, taki jak skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym, niezdolny do pracy przez czas kilku następujących po sobie okresów rozliczeniowych (lat), miałby bowiem prawo zgromadzenia, w nieograniczonym wymiarze, wszystkich praw do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego nabytych w okresie swojej nieobecności w pracy. W ocenie Trybunału prawo do gromadzenia w nieograniczonym wymiarze praw do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego, nabytych w takim okresie niezdolności do pracy, nie odpowiadałoby już celowi prawa do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego.

Trybunał przypomniał, że prawo do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego, uznane w art. 31 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej³ i w art. 7 dyrektywy 2003/88 ma podwójny cel, mianowicie: z jednej strony umożliwienie pracownikowi odpoczynku od zadań wyznaczonych mu w umowie o pracę, a z drugiej – zapewnienie mu okresu wytchnienia i wolnego czasu.

Prawo do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego nabyte przez pracownika niezdolnego do pracy w ciągu kilku następujących po sobie okresów rozliczeniowych może odpowiadać dwóm wskazanym aspektom celu tego prawa jedynie w zakresie, w jakim przeniesienie nie wykracza poza pewne granice czasowe. Po przekroczeniu

tego limitu coroczny urlop wypoczynkowy jest bowiem pozbawiony swego pozytywnego oddziaływania na pracownika jako czas wypoczynku, utrzymując jedynie swoją funkcję jako okres wytchnienia i wolnego czasu.

W konsekwencji, z uwagi na cel prawa do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego przyznanego bezpośrednio przez prawo Unii każdemu pracownikowi, pracownik niezdolny do pracy przez czas kilku następujących po sobie lat, pozbawiony przez prawo krajowe możliwości skorzystania z corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego w tym okresie, nie może mieć prawa do gromadzenia w nieograniczonym wymiarze praw do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego nabytych podczas tego okresu.

Jednocześnie poszanowanie omawianego prawa, którego celem jest ochrona pracownika, wymaga, aby każdy okres dozwolonego przeniesienia uwzględniał specyficzne okoliczności, w których znajduje się pracownik niezdolny do pracy przez czas kilku następujących po sobie okresów rozliczeniowych. I tak okres ten musi w szczególności gwarantować pracownikowi możliwość dysponowania, w razie potrzeby, okresami wypoczynku, które mogą zostać rozłożone, zaplanowane i dostępne w dłuższej perspektywie czasu. Każdy okres dozwolonego przeniesienia musi znacznie wykraczać poza czas trwania okresu rozliczeniowego, w odniesieniu do którego został przyznany. Ten sam okres musi również chronić pracodawcę przed ryzykiem nadmiernego gromadzenia okresów nieobecności pracownika i trudnościami w orga-

2 Dz.Urz. UE L 307 z 13.12.1993, s. 18.

3 Dz.Urz. UE C 303 z 14.12.2007, s. 1–17.

nizacji pracy, które nieobecności te mogłyby powodować.

W ocenie TSUE można rozsądnie przyjąć, że okres dozwolonego przeniesienia wynoszący 15 miesięcy, taki jak w postępowaniu przed sądem krajowym, nie jest niezgodny z celem tego prawa, ponieważ zapewnia on zachowanie przez to prawo pozytywnego oddziaływania na pracownika – jako czas wypoczynku.

W konsekwencji Trybunał orzekł, że art. 7 ust. 1 dyrektywy 2003/88 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisom lub praktykom krajowym, takim jak układy zbiorowe, ograniczającym – poprzez ustanowienie piętnastomiesięcznego okresu dozwolonego przeniesienia, po upływie którego prawo do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego wygasa – gromadzenie praw do tego urlopu przez pracownika niezdolnego do pracy w ciągu kilku następujących po sobie okresów rozliczeniowych.

Wyrok TSUE (druga izba) z 15 września 2011 r. C-180/10 (J. Słaby przeciwko Ministrowi Finansów) – sprzedaż działek budowlanych a opodatkowanie VAT⁴

Stan faktyczny

Wyrok zapadł w trybie pytania prejudycjalnego i dotyczy wykładni art. 4 ust. 1 i 2 tzw. szóstej dy-

⁴ Wyrok zapadł w sprawach połączonych i dotyczy również postępowania w sprawie C-181/10 (E. Kuć i H. Jeziorska-Kuć przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Warszawie).

rektywy Rady 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (Dz.Urz. L 145, s. 1) zmienionej dyrektywą Rady 2006/98/WE z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz.Urz. L 363, s. 129) – (dalej: szósta dyrektywa) oraz art. 9 ust. 1, art. 16 i art. 295 ust. 1 pkt 3 dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. L 347, s. 1) zmienionej dyrektywą Rady 2006/138/WE z dnia 19 grudnia 2006 r. (Dz.U. L 384, s. 92) – (dalej: dyrektywa VAT). Sporną w postępowaniu krajowym pozostawała kwestia tego, czy sprzedaż większej liczby działek przeznaczonych pod zabudowę podlega podatkowi od wartości dodanej – VAT.

Jarosław Słaby nabył w 1996 r., jako osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej, grunt przeznaczony zgodnie z ówczesnie obowiązującym planem zagospodarowania przestrzennego do produkcji rolnej. Użytkował ten grunt na potrzeby działalności rolniczej w latach 1996–1998, po czym zakończył tę działalność w 1999 r. W 1997 r. plan zagospodarowania przestrzennego uległ zmianie, w wyniku czego omawiany grunt został przeznaczony pod zabudowę letniskową. Wskutek tej zmiany J. Słaby podzielił grunt na 64 działki, które od 2000 r. zaczął sukcesywnie sprzedawać osobom fizycznym. W dniu 17 września 2007 r. J. Słaby wystąpił do Mini-

stra Finansów o wydanie interpretacji podatkowej, w kwestii tego, czy w świetle art. 15 ust. 1 ustawy o podatku VAT⁵ podział gruntu na działki, a następnie ich sprzedaż różnym nabywcom należy uznać za transakcje objęte podatkiem VAT. Minister Finansów stwierdził, że transakcje te stanowią działalność gospodarczą, gdyż rolnik jest w świetle ustawy o podatku VAT podatnikiem prowadzącym działalność gospodarczą, a liczba i zakres transakcji oraz podział gruntu na działki wskazują, iż J. Słaby ma zamiar dokonywać tych transakcji w sposób powtarzalny. J. Słaby wniósł skargę na tę interpretację. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zakwestionował wykładnię dokonaną przez Ministra Finansów, orzekając, iż z okoliczności faktycznych sprawy nie wynika, by J. Słaby prowadził lub zamierzał prowadzić działalność gospodarczą w zakresie obrotu nieruchomościami, lecz że prowadzi działalność rolniczą, niepodlegającą w owym czasie podatkowi VAT. Zdaniem tego sądu nic nie wskazuje, żeby grunt został nabyty z zamiarem odsprzedaży, zważywszy że zainteresowany nabył go na potrzeby działalności rolniczej i że był on w tym celu użytkowany. Podział gruntu i sprzedaż działek były wynikiem zmiany planu zagospodarowania przestrzennego, co nastąpiło bez udziału J. Słabego. W związku z tym, zdaniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, nie działał on jako podmiot

⁵ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.).

gospodarczy, kiedy nabywał omawiany grunt. Minister Finansów wniósł skargę kasacyjną od tego orzeczenia, podnosząc, że grunt będący przedmiotem sprawy, nabyty na potrzeby działalności rolniczej, nie był użytkowany wyłącznie w celach prywatnych J. Słabego, lecz stanowił część jego gospodarstwa rolnego, a więc służył prowadzeniu działalności gospodarczej. W tych okolicznościach Naczelny Sąd Administracyjny postanowił zawiesić postępowanie i skierować do TSUE pytanie prejudycjalne zmierzające do ustalenia, czy osobę fizyczną, która prowadziła działalność rolniczą na gruncie nabytym ze zwolnieniem z podatku VAT i przekształconym wskutek zmiany planu zagospodarowania przestrzennego, niezależnej od woli tej osoby, w grunt przeznaczony pod zabudowę, należy uznać za podatnika podatku VAT, kiedy dokonuje ona sprzedaży tego gruntu.

Stanowisko TSUE⁶

Trybunał podkreślił, że grunty będące przedmiotem sporu zostały przekształcone w grunty przeznaczone pod zabudowę wskutek zmiany planów zagospodarowania przestrzennego niezależnych od woli J. Słabego. Art. 12 ust. 1 dy-

rektywy VAT pozwala (wprowadza możliwość) państwu członkowskim uznać za podatnika każdego, kto okazjonalnie dokonuje transakcji związanej z działalnością, o której mowa w art. 9 ust. 1 akapit drugi dyrektywy VAT, w szczególności pojedynczej dostawy terenu budowlanego.

Jeżeli sąd krajowy stwierdzi, że zainteresowane państwo członkowskie skorzystało z uprawnienia przewidzianego w art. 12 ust. 1 dyrektywy VAT, dostawę terenu budowlanego należy uznać za podlegającą podatkowi VAT na podstawie prawa krajowego, niezależnie od częstotliwości takich transakcji oraz od kwestii, czy sprzedawca prowadzi działalność producenta, handlowca lub usługodawcy, pod warunkiem że transakcja ta nie stanowi jedynie czynności związanej ze zwykłym wykonywaniem prawa własności.

Niemniej jednak z orzecznictwa wynika, że czynności związane ze zwykłym wykonywaniem prawa własności nie mogą same z siebie być uznawane za prowadzenie działalności gospodarczej⁷. Trybunał podkreślił przy tym, że liczba i zakres transakcji sprzedaży dokonanych w niniejszej sprawie nie mają charakteru decydującego. Zakres transakcji sprzedaży nie może stanowić kryterium rozróżnienia między czynnościami dokonywanymi prywatnie, które znajdują się poza zakresem zastosowania dyrektywy, a czynnościami stano-

wącymi działalność gospodarczą. Trybunał stwierdził, że dużych transakcji sprzedaży można dokonywać również jako czynności osobistych. Podobnie okoliczność, iż przed sprzedażą zainteresowany dokonał podziału gruntu na działki, w celu osiągnięcia wyższej ceny łącznej, sama z siebie nie jest decydująca. Nie ma takiego charakteru również długość okresu, w jakim te transakcje następowały, ani wysokość osiągniętych w tym zakresie przychodów. Całość powyższych elementów może bowiem odnosić się do zarządzania majątkiem prywatnym zainteresowanego. Inaczej jest natomiast w wypadku, gdy zainteresowany podejmuje aktywne działania w zakresie obrotu nieruchomości, angażując środki podobne do wykorzystywanych przez producentów, handlowców i usługodawców w rozumieniu art. 9 ust. 1 akapit drugi dyrektywy VAT. Takie aktywne działania mogą polegać na przykład na uzbrojeniu terenu albo na działaniach marketingowych. Nie należą one do zakresu zwykłego zarządu majątkiem prywatnym, w związku z czym w takiej sytuacji dostawy terenu budowlanego nie można uznać za czynność związaną ze zwykłym wykonywaniem prawa własności.

W wypadku gdyby sąd odsyłający stwierdził, że Rzeczpospolita Polska nie skorzystała z możliwości przewidzianej w art. 12 ust. 1 dyrektywy VAT, należałoby zbadać, czy transakcje będące przedmiotem sporu w postępowaniach głównych podlegają opodatkowaniu na podstawie art. 9 ust. 1 dyrektywy VAT. Zgodnie z tym przepisem pojęcie podatnika de-

6 W związku z tym, iż TSUE jest właściwy do dokonywania wykładni prawa Unii tylko w odniesieniu do jego stosowania w nowym państwie członkowskim po dniu przystąpienia tego państwa do Unii, rozważania dotyczą wyłącznie transakcji dokonanych po dniu przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej.

7 Zob. wyrok z dnia 20 czerwca 1996 r. w sprawie C-155/94 (*Wellcome Trust Ltd przeciwko Commissioners of Customs and Excise*), pkt 32.

finiuje się w związku z pojęciem działalności gospodarczej. Fakt prowadzenia takiej działalności uzasadnia bowiem uznanie podmiotu za podatnika.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE zwykle nabycie lub sprzedaż rzeczy nie stanowi wykorzystywania w sposób ciągły majątku rzeczowego w celu uzyskania z tego tytułu dochodu, w rozumieniu art. 9 ust. 1 dyrektywy VAT, jako że jedynym przychodem z takich transakcji może być ewentualny zysk ze sprzedaży tej rzeczy. Takie transakcje nie stanowią zaś same z siebie działalności gospodarczej w rozumieniu dyrektywy.

Jednocześnie TSUE zaznaczył, że art. 16 dyrektywy VAT znajduje zastosowanie, jeżeli podatek VAT od towaru będącego przedmiotem transakcji albo jego części podlegał w całości lub w części odliczeniu. Z postanowień odsyłających wyni-

ka zaś, że skarżący nabył grunty ze zwolnieniem z podatku VAT. Nabycie tych gruntów nie mogło więc uprawniać do odliczenia podatku VAT. W związku z tym analizowana regulacja nie znajduje zastosowania w omawianej sytuacji.

Wobec powyższego: dostawę gruntu przeznaczonego pod budowę należy uznać za objętą podatkiem VAT na podstawie prawa krajowego państwa członkowskiego, jeżeli państwo to skorzystało z możliwości przewidzianej w art. 12 ust. 1 dyrektywy VAT, niezależnie od częstotliwości takich transakcji oraz od kwestii, czy sprzedawca prowadzi działalność producenta, handlowca lub usługodawcy, pod warunkiem że transakcja ta nie stanowi jedynie wykonywania prawa własności. Osoby fizycznej, która prowadziła działalność rolniczą na gruncie na-

bytym ze zwolnieniem z podatku VAT i przekształconym wskutek zmiany planu zagospodarowania przestrzennego niezależnej od woli tej osoby w grunt przeznaczony pod budowę, nie można uznać za podatnika podatku VAT w rozumieniu art. 9 ust. 1 i art. 12 ust. 1 dyrektywy VAT, kiedy dokonuje ona sprzedaży tego gruntu w ramach zarządu majątkiem prywatnym tej osoby. Natomiast jeżeli osoba ta w celu dokonania wspomnianej sprzedaży podejmuje aktywne działania w zakresie obrotu nieruchomościami, angażując środki podobne do wykorzystywanych przez producentów, handlowców i usługodawców w rozumieniu art. 9 ust. 1 akapit drugi dyrektywy VAT, należy uznać ją za podmiot prowadzący „działalność gospodarczą” w rozumieniu tego przepisu, a więc za podatnika podatku VAT.

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 20 października 2011 r. w sprawie *Nedjet Şahin i Perihan Şahin przeciwko Turcji*, skarga nr 13279/05 – prawo do sprawiedliwego procesu sądowego

Stan faktyczny

W maju 2002 r. rodzice pilota wojskowego, który zginął w katastrofie lotniczej podczas transportu żołnierzy zaangażowanych w walkę z terroryzmem, wystąpili do organu rentowego o przyznanie dodatkowej renty przewidzianej w ustawie *Anti-Terrorism Act*. Organ wydał decyzję odmowną, ponieważ wnioskodawcy otrzymywali już wysoką rentę wojskową, a ich syn nie zginął na skutek ataku terrorystycznego.

W lipcu 2002 r. wnioskodawcy zaskarżyli decyzję organu rentowego do Sądu Administracyjnego w Ankarze. W skardze podnieśli, że śmierć syna wynikała z związku z walką z terroryzmem. W kwietniu 2003 r. Sąd odrzucił skargę, uznając, że sprawa pozostaje poza jego jurysdykcją; wskazał jako

właściwy Naczelny Wojskowy Sąd Administracyjny (dalej: NWSA).

W czerwcu 2004 r. NWSA odrzucił roszczenia skarżących, podkreślając, że prawo do renty z ustawy dotyczącej walki z terroryzmem jest ograniczone do przypadków, gdy funkcjonariusz państwowy zostaje ranny, okaleczony lub zabity w wyniku aktu terroryzmu. Fakt zatrudnienia w pracy związanej z walką z terroryzmem NWSA uznał za niewystarczający do przyznania dodatkowego świadczenia.

W kolejnej skardze wniesionej do NWSA w lipcu 2004 r. skarżący odwołali się do czterech orzeczeń zwykłych sądów administracyjnych (izb Sądu Administracyjnego w Ankarze), w których uwzględniono roszczenia rodzin ofiar tej samej katastrofy. W ich ocenie było to niezgodne z konstytucyjnymi zasadami równości wobec prawa i spójności prawa. We wrześniu 2004 r. NWSA odrzucił skargę jako bezpodstawną, stwierdzając zgodność zaskarżonego orzeczenia z prawem i wymogami proceduralnymi.

Zasady ogólne

Trybunał zwrócił uwagę, że wydanie sprzecznych orzeczeń

sądowych, również w tym samym sądzie, jest nieodłączną cechą każdego systemu wymiaru sprawiedliwości, co samo w sobie nie może zostać uznane za niezgodne z europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC). Państwa są odpowiedzialne za stworzenie systemów prawnych w taki sposób, by uniknąć wydawania sprzecznych orzeczeń. Rozwiązywanie problemów wykładni prawa krajowego należy do organów państwowych, zwłaszcza sądów. Rolą Trybunału nie jest kwestionowanie wykładni dokonanej przez sądy. Musi on respektować niezależność sądów krajowych w tym zakresie. Jego zadaniem jest natomiast sprawdzenie, czy skutki wykładni są zgodne z Konwencją.

Trybunał przypomniał kryteria naruszenia prawa do rzetelnego procesu sądowego, tj. głębokie i długotrwałe rozbieżności w orzecznictwie sądowym, niepewność prawa wynikająca z niespójności praktyki sądowej oraz brak mechanizmu rozwiązywania sprzeczności wydawanych rozstrzygnięć. Prawo do sprawiedliwego procesu należy interpretować

wać w świetle zasady praworządności wyrażonej w preambule do EKPC. Jednym z fundamentalnych aspektów praworządności jest zasada pewności prawa, która gwarantuje pewną stabilność sytuacji prawnych i przyczynia się do zaufania publicznego do sądów. Utrzymywanie sprzecznych orzeczeń sądowych może stworzyć stan niepewności prawnej, zmniejszający zaufanie do sądownictwa, podczas gdy takie zaufanie jest jednym z podstawowych elementów państwa prawnego. Z drugiej strony, wymogi pewności prawa i ochrony zaufania publicznego nie przyznają prawa do spójności orzecznictwa.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie

Trybunał zaznaczył, że przedmiotem sprawy są rozbieżności między orzeczeniami dwóch niepowiązanych hierarchicznie, odrębnych i niezależnych rodzajów sądów, tj. zwykłych sądów administracyjnych i Naczelnego Wojskowego Sądu Administracyjnego. Podczas gdy zwykłe sądy administracyjne wydały orzeczenia przyznające dodatkowe miesięczne renty rodzinom żołnierzy, którzy zginęli w wypadku lotniczym, NWSA odrzucił roszczenia rodziców pilota, który zginął w tym samym wypadku.

Badając, czy te dwa rodzaje orzeczeń sądowych pozostawały w konflikcie, Trybunał zwrócił uwagę, że różniły się w zakresie stosowania prawa, ale nie w odniesieniu do faktów. Dwa rodzaje sądów wydały całkowicie przeciwne rozstrzygnięcia. Jednak samo istnienie sprzeczności w orzecznictwie

nie wystarczy do stwierdzenia naruszenia art. 6 EKPC.

Problem sprzecznych orzeczeń związany jest ze strukturą sądów w Turcji, gdzie obok sądów administracyjnych o jurysdykcji ogólnej – działają wojskowe sądy administracyjne o jurysdykcji szczególnej. Wydanie sprzecznych orzeczeń było wynikiem równoległej interpretacji tych samych przepisów przez zwykłe sądy administracyjne i NWSA w sprawach dotyczących zasadniczo tej samej kwestii. W systemie prawnym, w którym działa kilka sądów najwyższych niepodlegających wspólnej hierarchii sądowej, brak mechanizmu kontroli pionowej ich orzeczeń nie stanowi naruszenia Konwencji. Sądy najwyższe mają możliwość rozstrzygnięcia rozbieżności w orzecznictwie albo decydując się na takie samo podejście, albo respektując granice swojej właściwości oraz powstrzymując się od wkroczenia w ten sam obszar prawa. W systemie sądowniczym takim jak w Turcji, gdzie obok siebie działa kilka sądów najwyższych zobowiązanych do wykładni prawa w tym samym czasie i równoległe, osiągnięcie spójności prawa może przedłużać się w czasie; dlatego okresy sprzeczności w orzecznictwie mogą być tolerowane bez naruszenia pewności prawa.

Trybunał podkreślił, że nie jest sądem ostatniej instancji w stosunku do sporów prawnych przed sądami krajowymi i dlatego nie może interweniować tylko z tego powodu, że orzeczenia sądowe są ze sobą sprzeczne. Wyroki w sprawie skarżących były należycie uzasadnione, a interpretacja NWSA nie

była ani arbitralna, ani nieuzasadniona, ani też nie mogła wpłynąć na sprawiedliwość postępowania. Odpowiedzialność za spójność orzecznictwa sądów krajowych spoczywa głównie na sądach krajowych, a wszelkie interwencje ETPC powinny mieć charakter wyjątkowy. W rozpatrywanej sprawie taka interwencja nie była konieczna.

Stosunkiem głosów 10 do 7 Trybunał stwierdził, że nie doszło do naruszenia art. 6 § 1 EKPC.

Opracowała Anna Chmielarz

Wyrok ETPC (czwarta sekcja) z dnia 8 listopada 2011 r. w sprawie V.C. przeciwko Słowacji, skarga nr 18968/07 – naruszenie zakazu nieludzkiego i poniżającego traktowania oraz prawa do ochrony prywatności i życia rodzinnego

Stan faktyczny

Obywatelka Słowacji romskiego pochodzenia została w sierpniu 2000 r. poddana sterylizacji w szpitalu w Preszowie w trakcie porodu. Sterylizacja polegała na przecięciu i podwiązaniu jajowodów w celu zapobieżenia zapłodnieniu. W ostatnich etapach porodu skarżąca została zapytana, czy planuje mieć w przyszłości dzieci. Została ona także poinformowana, że jeśli zdecydowałaby się na ciążę, to ona lub dziecko mogłoby umrzeć. W bólu i strachu skarżąca podpisała zgodę na dokonanie zabiegu sterylizacji, ale w momencie podpisywania nie ro-

zumiała, co oznacza sterylizacja, w szczególności nie zdawała sobie sprawy z jej nieodwracalnego charakteru. Skarżąca nie została poinformowana o alternatywnych metodach zapobiegania ciąży. Jej zdaniem decydującą rolę w poddaniu sterylizacji odegrało – wyraźnie wzmiankowane w dokumentacji medycznej – jej romskie pochodzenie. W ocenie szpitala sterylizacja była uzasadniona względami medycznymi, a nadto oświadczenie o wyrażeniu zgody na zabieg zostało podpisane przez skarżącą po wyjaśnieniu jej zagrożenia, jakie może wywołać kolejna ciąża.

Skarżąca wykorzystała przysługujące jej środki prawne. Sądy cywilne odmówiły uwzględnienia jej roszczeń, stwierdzając, że zabieg sterylizacji został przeprowadzony zgodnie z obowiązującym prawem i na podstawie zgody pacjentki. Także skarga konstytucyjna wnioskodawczyni została oddalona.

Sterylizacja wywołała poważne skutki zdrowotne i psychologiczne. Od 2008 r. kobieta znajduje się pod opieką lekarza psychiatry. Spotkała się także z ostracyzmem ze strony społeczności romskiej. Nadto rozwiódła się, a jednym z powodów rozkładu życia małżeńskiego była jej bezpłodność.

**Stanowisko ETPC –
rozstrzygnięcie dotyczące
zakazu nieludzkiego
i poniżającego traktowania**

Trybunał stwierdził, że sterylizacja jest poważną ingerencją w zdolność reprodukcyjną człowieka oraz w różne aspekty integralności osobistej (fizycznej i psychicznej,

emocjonalnej, duchowej i rodzinnej), wymaga świadomej zgody dorosłego pacjenta.

Wymóg uzyskania pisemnej zgody na sterylizację jest przewidziany w wielu aktach prawnych, w szczególności w konwencji Rady Europy o prawach człowieka i biomedycynie, zwanej Europejską Konwencją Bioetyczną, ratyfikowanej także przez Słowację w grudniu 1999 r. Z materiału procesowego sprawy wynika jednak, że pacjentka nie została właściwie poinformowana o stanie jej zdrowia, o proponowanej sterylizacji i metodach alternatywnych względem tego zabiegu. Została jedynie poproszona o podpisanie stosownego oświadczenia i to podczas porodu. Nadto zgoda na sterylizację została jej zasugerowana twierdzeniem o zagrożeniu dla niej lub jej dziecka w razie ponownego zajścia w ciążę. Z tego względu, zdaniem ETPC, nie istniała pilna potrzeba medyczna (zagrożenie dla zdrowia) dokonania takiego zabiegu, gdyż jego uzasadnienie odnosiło się do zdarzeń przyszłych. Trybunał uznał, że postępowanie personelu szpitala było paternalistyczne, a pacjentce nie zostawiono innego wyboru niż wyrażenie zgody na sterylizację. Skarżącej nie zapewniono czasu na przeanalizowanie konsekwencji zabiegu, nie stworzono również możliwości porozumienia się w tej sprawie z mężem.

Zdaniem Trybunału sposób, w jaki pacjentka została poproszona o wyrażenie zgody na przeprowadzenie sterylizacji, musiał wywołać u niej strach oraz poczucie poniżenia. Zabieg spowodował także długotrwałe i poważne

konsekwencje dla jej zdrowia fizycznego i psychicznego; zaważył także na relacjach z mężem oraz z członkami społeczności romskiej. Mimo braku dowodu, że personel medyczny źle traktował skarżącą, nie ulega wątpliwości, że jego działania rażąco lekcewały prawo pacjentki do autonomii. Takie działanie należało ocenić jako naruszenie art. 3 EKPC.

**Stanowisko ETPC –
rozstrzygnięcie dotyczące
prawa do poszanowania życia
prywatnego i rodzinnego**

W ocenie Trybunału Słowacja nie wypełniła wynikającego z art. 8 EKPC obowiązku poszanowania prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ponieważ nie zagwarantowała prawa skarżącej do zdrowia reprodukcyjnego.

Zarówno Rada Komisarzy ds. Praw Człowieka, jak i Europejska Komisja ds. Walki z Rasizmem i Nietolerancją (ECRI) zaobserwowały na Słowacji poważne braki w prawodawstwie i praktyce w zakresie odnoszącym się do sterylizacji kobiet pochodzących ze społeczności romskiej. Do analogicznych wniosków doszli eksperci rządu Słowacji w raporcie z maja 2003 r., sformułowali też zalecenie co do szkolenia personelu medycznego świadczącego usługi zdrowotne społeczności romskiej. Zdaniem ETPC, istniejąca w dokumentacji medycznej wzmianka o romskim pochodzeniu skarżącej świadczy o sposobie myślenia personelu medycznego. Wprawdzie na Słowacji od 2004 r. wprowadzona została nowa regulacja prawna mająca na celu wyeliminowanie wskazanych

nieprawidłowości (między innymi zapewniono prawo do informacji o alternatywnych względem sterylizacji metodach zapobiegania ciąży), nie miała ona jednak jakiegokolwiek wpływu na sytuację skarżącej. Z tego względu Trybunał uznał, że w rozpatrywanej sprawie doszło do naruszenia art. 8 EKPC.

Opracował *Jarostaw Sulkowski*

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 17 stycznia 2012 r. w sprawie *Stanev przeciwko Bułgarii*, skarga nr 36760/06

Stan faktyczny

W 1990 r. obywatel Bułgarii R.K. Stanev został uznany za niezdolnego do pracy z powodu schizofrenii i przyznano mu rentę inwalidzką. Stwierdzono znaczny stopień niepełnosprawności, chory nie wymagał poddania go specjalnej opiece.

W 2000 r. R.K. Stanev, z inicjatywy krewnych, został ubezwłasnowolniony częściowo, na mocy wyroku sądu okręgowego w Ruse. Sąd nie znalazł podstaw do całkowitego ubezwłasnowolnienia. Orzeczenie zostało podtrzymane przez sąd apelacyjny i przekazane w 2001 r. do rady miejskiej w Ruse w celu ustanowienia kuratora. Obowiązki kuratora przyjął urzędniczka, która w 2002 r. zwróciła się do pomocy społecznej o umieszczenie R.K. Staneva w domu opieki społecznej dla osób z zaburzeniami psychicznymi. Kurator, bez konsultacji z ubezwłasnowolnionym, podpisała umowę z podległą Ministerstwu Pracy i Polityki So-

cialnej placówką opieki społecznej. W grudniu 2002 r. R.K. Stanev został umieszczony w domu opieki społecznej bez określenia terminu pobytu, ale jednocześnie zameldowano go na stałe w tej placówce. Jego prawnym opiekunem w 2005 r. został dyrektor domu opieki.

Podczas pobytu w domu opieki społecznej w miejscowości Pastra R.K. Stanev dzielił pokój wielkości 16 m² z czterema innymi podopiecznymi, w nieremontowanym i nieogrzewanym budynku z 1920 r., z ograniczonym dostępem do węzła sanitarnego. Poza telewizją, kilkoma książkami i szachami nie miał możliwości innych zajęć kulturalnych i sportowych, jak również zajęć terapeutycznych. Nie miał także dostępu do własnych pieniędzy oraz dokumentów. Dom opieki mógł opuścić tylko za zgodą dyrektora i głównie pod warunkiem pomocy domowej dla mieszkańców Pastry lub pomocy w restauracji. W czasie pobytu w domu opieki trzykrotnie odwiedził swoją rodzinę, ale tylko na czas wyznaczony przez dyrektora. Każda kolejna jego prośba o wyrażenie zgody na opuszczenie domu opieki spotykała się z odmową dyrektora.

W 2004 r. adwokat R.K. Staneva zwróciła się do prokuratury o skierowanie do sądu wniosku o przywrócenie jej klientowi zdolności do czynności prawnych. Prokurator wystąpił do domu opieki o udostępnienie mu opinii lekarza i innych zaświadczeń dotyczących R.K. Staneva, niezbędnych do przygotowania wniosku. W efekcie R.K. Stanev został umieszczony w szpitalu psychiatrycznym, gdzie

dokonano oceny jego stanu zdrowia i w zaświadczeniu z czerwca 2005 r. potwierdzono objawy schizofrenii, co uzasadniało dalszy pobyt w domu opieki. W związku z tym prokurator odmówił wystąpienia z wnioskiem do sądu. Adwokat R.K. Staneva zakwestionowała tę decyzję, podnosząc, że zgodnie z obowiązującym prawem osobie znajdującej się pod częściową opieką przysługuje wolność wyboru miejsca zamieszkania za zgodą opiekuna. Zmuszenie R.K. Staneva do dalszego pobytu w domu opieki – pod pretekstem leczenia – doprowadziło w praktyce do pozbawienia go wolności, co adwokat uznała za niedopuszczalne. Jej argumentacja nie przyniosła jednak zamierzonych rezultatów.

W 2005 r. adwokat wystąpiła do burmistrza pobliskiego Rila o złożenie wniosku o zwolnienie R.K. Staneva spod częściowej opieki, co spotkało się z odpowiedzią odmowną. Decyzja burmistrza została zaskarżona do sądu, który zakwestionował ważność pełnomocnictwa udzielonego adwokat – z powodu braku na nim podpisu opiekuna R.K. Staneva. Mimo braku sprzeciwu ze strony opiekuna sąd oddalił środek zaskarżenia, stwierdzając, że opiekun nie miał interesu prawnego w kwestionowaniu decyzji burmistrza, zwłaszcza że mógł samodzielnie i niezależnie wystąpić o zwolnienie podopiecznego spod opieki.

Na wniosek adwokat w sierpniu 2006 r. R.K. Stanev został poddany niezależnym badaniom psychiatry i psychologa. W raporcie lekarze potwierdzili, że badania lekarskie w domu opieki były niedokładne,

a pobyt w nim szkodliwy dla zdrowia R.K. Staneva. Zdaniem lekarzy ekspertów stan zdrowia badanego uzasadniał opuszczenie przez niego domu pomocy, z korzyścią dla zdrowia psychicznego i rozwoju społecznego.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 5 § 1 EKPC (prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego)

Trybunał zwrócił uwagę, że umieszczenie R.K. Staneva w domu opieki społecznej w Pastrze należy przypisać władzom krajowym, ponieważ nastąpiło na skutek działań organów władzy publicznej. Umieszczenie R.K. Staneva w budynku, bez możliwości wyjścia na zewnątrz bez zgody dyrektora, stała kontrola i przechowywanie dokumentów tożsamości przez administrację domu stanowiły, zdaniem ETPC, znaczne ograniczenie wolności osobistej pensjonariusza, zwłaszcza że stan jego zdrowia nie uzasadniał wprowadzenia ograniczeń w celu jego ochrony. Trybunał zaznaczył, że R.K. Stanev nie miał możliwości wyrażenia i nigdy jednoznacznie nie wyraził zgody na umieszczenie go w domu opieki, jak również nie został poinformowany o długości pobytu w tej placówce.

Zdaniem ETPC, jako iż decyzja kurator R.K. Staneva o umieszczeniu podopiecznego w placówce dla osób z zaburzeniami psychicznymi bez jego uprzedniej zgody była nieważna z mocy prawa, pozbawienie R.K. Staneva wolności naruszyło art. 5 § 1 EKPC. Działanie to było bezprawne, gdyż nie znalazło uzasadnienia w żadnym z wyjątków

od zakazu pozbawienia wolności przewidzianych w art. 5 § 1, lit. a–f EKPC; przede wszystkim nie było to zgodne z prawem pozbawienie wolności osoby umysłowo chorej. Trybunał zwrócił uwagę, że sam brak aktualnych badań lekarskich byłby wystarczający do stwierdzenia bezprawności umieszczenia R.K. Staneva w domu opieki. Ponadto badania lekarskie nie wykazały, że chory stwarzał zagrożenie dla siebie lub dla innych. Z kolei obowiązujące prawo nie przewidywało oceny stanu zdrowia z punktu widzenia zasadności pozbawienia wolności osoby umysłowo chorej.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 5 § 4 EKPC (prawo odwołania się do sądu w celu ustalenia przez sąd legalności umieszczenia w domu opieki społecznej)

Trybunał zauważył, że R.K. Stanev nie miał możliwości zakwestionowania zgodności z prawem jego umieszczenia w domu opieki – ze względu na brak odpowiednich środków prawnych. Jednocześnie sądy krajowe w żaden sposób nie były zaangażowane w jego umieszczenie w domu opieki, a prawo nie przewidywało automatycznej kontroli okresowej sądów w tym zakresie. Ponieważ umieszczenie w placówce dla osób z zaburzeniami psychicznymi nie stanowiło pozbawienia wolności według prawa krajowego, nie były też dostępne żadne środki prawne pozwalające zakwestionować jego legalność. Ważność umowy w przedmiocie umieszczenia R.K. Staneva w domu opieki mogła być kwestionowana, ze względu na brak zgody

zainteresowanego, tylko z inicjatywą jego opiekuna.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 5 § 5 EKPC (prawo do odszkodowania z tytułu nieuzasadnionego umieszczenia w domu opieki społecznej i braku sądowej kontroli jego legalności)

Prawo krajowe Bułgarii przewiduje odpowiedzialność państwa za szkody powstałe w wyniku orzeczenia sądowego nakazującego zatrzymanie, jeżeli orzeczenie zostało uchylone jako prawnie bezpodstawne. Trybunał stwierdził, że R.K. Stanev nie mógł domagać się odszkodowania na tej podstawie, ze względu na brak potwierdzenia przez organy krajowe bezprawności jego umieszczenia w domu opieki społecznej oraz brak środków prawnych służących kontroli legalności umieszczenia w placówce.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 3 EKPC (zakaz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania)

Trybunał podkreślił, że art. 3 EKPC zakazuje niehumanitarnego i poniżającego traktowania każdego, kto znajduje się pod ochroną państwa, niezależnie od tego, czy zatrzymanie nastąpiło w ramach postępowania karnego, czy w celu ochrony życia lub zdrowia. Zdaniem ETPC warunki życia R.K. Staneva w domu opieki społecznej w latach 2002–2009 decydowały o jego poniżającym traktowaniu. Władze krajowe nie podjęły do 2009 r. żadnych środków mających na celu poprawę tych warunków.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 13 EKPC (prawo do skutecznego środka odwoławczego)

Trybunał zaznaczył, że umieszczenie R.K. Staneva w domu opieki społecznej nie było równoznaczne z aresztem według prawa krajowego, co wykluczyło możliwość ubiegania się o odszkodowanie za szkody spowodowane złymi warunkami w domu opieki społecznej. Podjęte przez niego środki odwoławcze nie były skuteczne w rozumieniu art. 13 EKPC. Ponadto, nawet jeśli R.K. Stanev odzyskałby pełną zdolność do czynności prawnych i opuścił dom opieki, nie otrzymałby żadnego odszkodowania za sposób traktowania go podczas pobytu w domu opieki. Ze względu na brak dostępu do odszkodowania za przetrzymywanie w poniżających warunkach, doszło do naruszenia art. 13 w związku z art. 3 EKPC.

Stanowisko ETPC – naruszenie art. 6 § 1 EKPC (prawo do sądu)

Trybunał stwierdził, że R.K. Stanev nie mógł ubiegać się o przywrócenie pełnej zdolności do czynności prawnych w inny sposób niż za pośrednictwem swojego opiekuna albo jednego z podmiotów wymienionych w kodeksie postępowania karnego. Prawo krajowe nie wprowadza w tym zakresie rozróżnienia między częściowo i całkowicie pozbawionymi zdolności do czynności prawnych, jak również nie przewiduje automatycznej okresowej kontroli zasadności podstawy oddania danej osoby pod kuratelę.

Mimo że prawo dostępu do sądu nie jest absolutne i mogą być uzasadnione ograniczenia praw pro-

cesowych jednostki, prawo wystąpienia do sądu o przeprowadzenie kontroli stwierdzenia niezdolności do czynności prawnych jest jednym z podstawowych praw procesowych, mających na celu ochronę tych, którzy zostali częściowo pozbawieni tej zdolności. Osoby takie powinny mieć bezpośredni dostęp do sądu. Trybunał zwrócił uwagę, że w europejskich systemach prawnych istnieje generalna tendencja do przyznawania osobom ubezwłasnowolnionym prawa bezpośredniego dostępu do sądu w celu ubiegania się o przywrócenie pełnej zdolności do czynności prawnych.

Zdaniem Trybunału art. 6 § 1 EKPC musi być interpretowany jako gwarancja w tym znaczeniu, że osoby znajdujące się w takiej sytuacji jak R.K. Stanev mają bezpośredni dostęp do sądu w celu przywrócenia im zdolności do czynności prawnych. Prawo bułgarskie nie zagwarantowało tego rodzaju dostępu do sądu, z wystarczającym stopniem pewności, co doprowadziło do naruszenia art. 6 § 1 EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz*

Wyrok ETPC (trzecia sekcja) z dnia 21 stycznia 2012 r. w sprawie *Sindicatul „Păstorul cel Bun” przeciwko Rumunii, skarga nr 2330/09 – naruszenie wolności zrzeszania się*

Stan faktyczny

W Rumunii w 2008 r. duchowni i świeccy członkowie Rumuńskiej Cerkwi Prawosławnej założyli

związek „Păstorul cel Bun”. Celem związku, zgodnie z postanowieniami statutu, była obrona zawodowych, gospodarczych, społecznych i kulturalnych interesów jego członków. Związek złożył wniosek do sądu rejonowego o wpis do rejestru, będący podstawą uzyskania osobowości prawnej. Przedstawiciel Archidiecezji złożył sprzeciw wobec tego wniosku, argumentując, że wewnętrzne przepisy Kościoła prawosławnego zabraniają tworzenia stowarzyszeń bez uprzedniej zgody arcybiskupa. Prokurator poparł jednak wniosek związku, argumentując, że powstanie związku odbyło się zgodnie z prawem, natomiast przepisy wewnętrzne kościoła nie mogą w tym zakresie formułować wiążących zakazów.

Sąd pierwszej instancji nakazał dokonać wpisu „Păstorul cel Bun” do rejestru organizacji społecznych i nadał mu osobowość prawną. Archidiecezja odwołała się od tego wyroku, twierdząc, że konstytucyjna zasada wolności religii i autonomii wspólnot religijnych nie może być podporządkowana wolności zrzeszania się. Sąd II instancji uchylił zaskarżone orzeczenie i oddalił wniosek „Păstorul cel Bun” o wpis do rejestru organizacji społecznych.

Stanowisko ETPC – rozstrzygnięcie

Trybunał wskazał, że art. 11 EKPC zezwala państwowym na wprowadzenie ograniczeń prawa zrzeszania się tylko w przypadku członków sił zbrojnych, policji lub administracji państwowej, i to tylko pod warunkiem, że ograniczenia te

mają charakter uzasadniony. Natomiast w Rumunii kapłani i osoby świeckie wykonują obowiązki w ramach Kościoła prawosławnego na podstawie indywidualnych umów o pracę. Ich pensje są finansowane głównie przez państwo i są objęte powszechnym systemem ubezpieczeń społecznych. Sąd uznał, że relacja oparta na umowie o pracę nie może podlegać „klerykalizacji” prowadzącej do pomijania zasad prawa cywilnego. Członkowie duchowieństwa i świeccy pracownicy Kościoła nie mogą być wykluczani z zakresu ochrony art. 11 EKPC. Trybunał zbadał, czy ograniczenie nałożone przez państwo na skarżącego było uzasadnione „nagłącą potrzebą społeczną”.

Odmowa rejestracji nastąpiła na podstawie przepisów dotyczących

swobodnego stowarzyszania interpretowanych w świetle statutu Kościoła prawosławnego. Sąd okręgowy nie ustalił jednak, że program związku był niezgodny z zasadami społeczeństwa demokratycznego, a tym bardziej, że stanowił on zagrożenie dla demokracji. Istnienie „naglącej potrzeby społecznej” nie zostało wykazane.

Badając podstawy odwołania archidiecezji, wskazano jedynie na potrzebę zachowania tradycyjnej hierarchii Kościoła. Sąd nie rozważył konsekwencji wynikających z zawartych umów o pracę, nie dokonał rozróżnienia pomiędzy członkami duchowieństwa a świeckimi pracownikami Kościoła, nie odniósł się do zgodności kościelnych przepisów z prawem krajowym, a kwestie te miały decy-

dujące znaczenie w równoważeniu sprzecznych interesów. Szczególna pozycja Kościoła prawosławnego w Rumunii, której Trybunał jest świadomy, nie może sama w sobie uzasadniać odmowy rejestracji związku, zwłaszcza że prawo pracowników Kościoła prawosławnego do przystąpienia do związków zawodowych zostało już uznane przez sądy rumuńskie. W przypadku braku „naglącej potrzeby społecznej” i wystarczających podstaw do podjęcia działań tak radykalnych, jak odmowa rejestracji związku. Trybunał uznał, że ograniczenia te są nieproporcjonalne do zamierzonego celu, a więc nie są konieczne w demokratycznym społeczeństwie, przez co naruszają art. 11 EKPC.

Opracował *Jarosław Sutkowski*

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Postanowienie SN z dnia 26 października 2011 r., I KZP 13/II

Nie można przyjąć, aby argument wskazujący na stosowanie i wykonywanie europejskiego nakazu aresztowania w trybie przewidzianym dla spraw niecierpiących zwłoki był wystarczającą przesłanką do uznania, że przepis art. 607j § 2 k.p.k. jest obciążony taką luką, która uzasadniałaby zastosowanie – w drodze posłużenia się analogią – rozwiązań zawartych w dyspozycji art. 607n § 1 k.p.k.

Po rozpoznaniu zagadnienia prawnego „a) czy »przekazanie« z art. 607j § 2 k.p.k. należy interpretować analogicznie jak »przekazanie« określone w art. 607n § 1 k.p.k.; w konsekwencji: b) czy terminy przekazania określone w art. 607n § 1 i 2 k.p.k. obowiązują sąd w przekazaniu z art. 607j § 2 k.p.k.; oraz c) jakie są konsekwencje niedotrzymania tych terminów?» Sąd Najwyższy postanowił odmówić podjęcia uchwały.

W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, że przekazanie przewidziane w art. 607n § 1 k.p.k. dotyczy osoby dopiero ściganej przez zagraniczne organa wymiaru spra-

wiedliwości, w oparciu zaś o przepis art. 607j § 2 k.p.k. przekazuje się osobę prawomocnie skazaną wyrokiem polskiego sądu. Przed uznaniem określonego rozwiązania prawnego za obciążone luką należy rozważyć implikacje płynące stąd, że dotyczy ono innego stadium postępowania, i uwzględnić zwłaszcza odmienny status prawny osoby, wobec której wydano postanowienie o przekazaniu. Inne bowiem gwarancje może ustawodawca przyznać osobie, której jedynie postawiono zarzut popełnienia przestępstwa i jej proces dopiero będzie się toczył przed sądem zagranicznym, a inne osobie, której wina została już prawomocnie przypisana po przeprowadzeniu całego postępowania przed sądem polskim. Bez takiej uprzedniej analizy i zbadania, jaki był zamysł legislatora tworzącego przecież dwa różne rozwiązania, przyjęcie koncepcji prostego przeniesienia terminów określonych w art. 607n § 1 k.p.k. na grunt instytucji przewidzianej w art. 607j § 2 k.p.k. nie znajduje żadnego wsparcia i może okazać się wykładnią przeprowadzoną wręcz *contra legem*. W wypadku osoby, która została wydana przez państwo wykonania europejskiego nakazu aresztowania (dalej: ENA) z zastrzeżeniem przewidzianym w art. 607j § 1 k.p.k.,

wprowadzono obowiązek wydania postanowienia o przekazaniu niezwłocznie po uprawomocnieniu się wyroku polskiego sądu. Prowadzi to do wniosku, że ustawodawca miał na względzie potrzebę podejmowania tej decyzji bez zwłoki, ale zarazem nie wprowadził skonkretyzowanych ram czasowych jej realizacji. W wypadku stosowania wobec skazanego tymczasowego aresztowania taką granicą jest oczywiście rozmiar orzeczonej kary pozbawienia wolności.

W uzasadnieniu wskazano także, że rozważyć trzeba, czy różnice rzeczywiście dostrzegalne w obu rozpatrywanych uregulowaniach mogą być traktowane jako konsekwencja luki ustawowej, czy też wynikają z odmiennego traktowania sytuacji, w której Rzeczpospolita Polska jest państwem wydania ENA (regulacja zawarta w rozdziale 65a k.p.k. obejmująca przepis art. 607j § 2 k.p.k.) i sytuacji, gdy państwo polskie jest państwem wykonania takiego nakazu wydanego przez zagraniczny organ wymiaru sprawiedliwości (rozdz. 65b k.p.k.). Gdyby założyć, że w obu wypadkach obowiązują terminy przewidziane w art. 607n § 1 k.p.k., to systematyka budowania norm prawnych przemawiałaby za umieszczeniem ich w przepisie

wcześniejszym, czyli art. 607j § 2 k.p.k. To samo rozumowanie należałoby zresztą odnieść do innego zagadnienia należącego także do sfery gwarancyjnej, to jest do możliwości zaskarżenia postanowienia w przedmiocie przekazania. W procedurze wykonania przez Rzeczpospolitą Polską europejskiego nakazu aresztowania postanowienie o przekazaniu jest zaskarżalne (art. 607l § 3 k.p.k.). Gdy natomiast chodzi o realizację „powrotnego” przekazania skazanego – wydanego wcześniej polskiemu wymiarowi sprawiedliwości – do państwa wykonania takiego nakazu wydanego przez polski sąd, przepisy rozdziału 65a k.p.k. nie przewidują środka odwoławczego od postanowienia o przekazaniu. Podkreślić przy tym trzeba, że ta sytuacja nie jest uznawana za lukę prawną uzasadniającą stosowanie analogii. Już w uzasadnieniu projektu ustawy, którą dodano rozdział 65a do k.p.k., wskazano, że wprowadzenie zaskarżalności postanowienia o przekazaniu do wykonania kary uznano za niecelowe, ponieważ przekazanie to jest spełnieniem warunku postawionego wcześniej przez państwo wykonujące ENA. Taka wykładnia tej regulacji jest przyjmowana w literaturze; por. S. Steinborn (w:) J. Grajewski (red.): *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2006, s. 815 oraz powołane tam piśmiennictwo.

Postanowienie SN z dnia 30 listopada 2011 r., I KZP 15/11

W obecnym swoim brzmieniu przepis art. 607s § 4 zdanie

drugie k.p.k. w powiązaniu z art. 607t § 2 k.p.k. przyjmuje, że przy przejściu w trybie ENA do wykonania kary lub kar orzeczonych przez sąd innego państwa członkowskiego UE adaptacja tego wyroku do prawa polskiego w celu jego wykonania jest możliwa wyłącznie w odniesieniu do wysokości tych reakcji karnych, i to tylko wtedy, gdy owe reakcje orzeczone przez sąd państwa wydania nakazu przekraczają górną granicę ustawowego zagrożenia przewidzianego za to przestępstwo lub przestępstwa w Polsce, a polegać ma ona jedynie na orzeczeniu w to miejsce kary w wysokości odpowiadającej górnej granicy ustawowego zagrożenia, wynikającej z kwalifikacji prawnej przyjętej dla tego czynu w prawie polskim. Tym samym, jakakolwiek modyfikacja innych części tego wyroku nie jest możliwa. W tym zakresie bowiem sąd polski jest związany orzeczeniem przyjętym do wykonania, nawet jeżeli adaptuje wysokość samej kary lub kar. Jako że to nie „wymiar kary” i jego elementy, w tym także określony w wyroku sposób odbywania orzeczonej kary, jeżeli prawo obcego kraju to przewiduje, lecz tylko jej wysokość może być dostosowywana do prawa polskiego, i to jedynie w warunkach określonych w art. 607s § 4 zdanie drugie w związku z art. 607t § 2 k.p.k.

Po rozpoznaniu zagadnienia prawnego „Czy poczynione przez sąd państwa wydania ENA zastrzeżenie dotyczące równoczesnego

(równoległego) wykonywania kar pozbawienia wolności, które nie podlegały połączeniu, stanowi element wymiaru kary, którym sąd polski związany jest na podstawie art. 607s § 4 kpk w zw. z art. 607t § 2 kpk, czy też zastrzeżenie to określa wyłącznie sposób wykonania kary, do którego zastosowanie ma dyrektywa zawarta w art. 607s § 5 kpk?” Sąd Najwyższy postanowił odmówić podjęcia uchwały.

Sąd Najwyższy podkreślił, że przepis art. 607s § 4 zdanie drugie k.p.k. w aktualnym swoim brzmieniu i w powiązaniu z art. 607t § 2 k.p.k. umożliwi jedynie modyfikowanie przez sąd polski górnej granicy kary podlegającej wykonaniu w kraju, gdy kara orzeczona w innym państwie UE przekracza górną granicę kary grożącej w Polsce za ten czyn, w świetle przyjętej dla niego po przekazaniu skazanego kwalifikacji prawnej według prawa polskiego, a modyfikacja owa ma polegać wyłącznie na określeniu tej kary w wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia za to przestępstwo w kraju.

Przepis art. 607s § 4 k.p.k. w swoim brzmieniu sprzed nowelizacji, dokonanej wspomnianą już ustawą z dnia 20 stycznia 2011 r., w zdaniu drugim stwierdzał, że: „Sąd związany jest wymiarem orzeczonej kary”, co miało też zastosowanie do przypadków powrotnego przekazania skazanego z innego kraju UE, wydanego tam uprzednio w trybie ENA (art. 607t § 2 k.p.k.). Dlatego też SN, wypowiedziawszy się ongiś w sprawie Jakuba T., w rozstrzygnięciu przedstawionego mu wówczas zagadnienia prawnego dotyczącego kwestii sto-

sowania w ramach ENA procedury *exequatur* stwierdził, że elementem wymiaru kary wiążącym sąd polski jest także określenie przez sąd innego państwa członkowskiego UE warunków, od spełnienia których uzależnione jest ubieganie się skazanego o przedterminowe zwolnienie z odbywania kary (zob. wskazywana już wcześniej uchwała SN z dnia 3 marca 2009 r., I KZP 30/08). W uzasadnieniu tej uchwały wyrażono przy tym szerszy pogląd, że przez „wymiar kary”, o jakim mowa w omawianym przepisie, należy rozumieć określenie – przez sąd przypisujący odpowiedzialność karną za przestępstwo – wszelkich konsekwencji w zakresie dolegliwości przewidzianych przez ustawodawcę, jako konieczne lub możliwe do zastosowania wobec sprawcy, a więc rozstrzygnięcie nie tylko co do kary lub innych środków o charakterze represyjnym, ich rodzaju i rozmiaru, ale także odnośnie do wszelkich pozostałych kwestii związanych z tą karą lub środkiem. Bez wątplenia rozstrzygnięcie Sądu w E. w kwestii jednoczesności wykonywania orzeczonych przez niego kar należało do „wymiaru kary” w powyższym ujęciu, ponieważ określało dolegliwość, jaką Sąd ten wybrał, odrzucając dopuszczalną – na co wskazują dokumenty zawarte w aktach tej sprawy – także decyzję o kolejnym odbywaniu tych kar.

W wyniku nowelizacji przepisu art. 607s § 4 k.p.k. uzyskał całkiem nową treść i przyjmuje on obecnie, że: „Jeżeli kara lub środek orzeczony przez organ sądowy państwa wydania nakazu europejskiego

przekracza górną granicę ustawowego zagrożenia, sąd określa podlegającą wykonaniu karę lub środek według prawa polskiego, w wysokości odpowiadającej górnej granicy ustawowego zagrożenia, uwzględniając okres rzeczywistego pozbawienia wolności za granicą oraz wykonaną tam karę lub środek”.

Ustawodawca polski, dokonując w 2011 r. zmiany przepisu art. 607s § 4 zdanie drugie k.p.k., odwołał się – jak już wskazano – do decyzji ramowej z 2008 r. o stosowaniu zasady wzajemnego uznawania do wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności, której art. 8 ust. 2 zakłada, że jeżeli kara ze względu na jej czas trwania jest niezgodna z prawem państwa wykonującego, właściwy organ tego państwa może podjąć decyzję o dostosowaniu kary jedynie w przypadku, gdy przekracza ona maksymalny wymiar kary przewidziany za podobne przestępstwa w prawie krajowym tego państwa, a dostosowana kara nie może być łagodniejsza niż maksymalny wymiar kary przewidziany za podobne przestępstwa w prawie państwa wykonującego. Obecne brzmienie analizowanego przepisu kodeksu odpowiada zatem wymogom tej decyzji ramowej.

Wprawdzie niezmieniony § 5 art. 607s k.p.k. zakłada, że wykonanie kary odbywa się według przepisów prawa polskiego, ale ma to być jednak wykonanie kary orzeczonej w przejętym do wykonania wyroku, a zmodyfikowanej tylko odnośnie do jej wysokości, a nie w zakresie innych dolegliwości, jakie sąd obcego państwa na-

żył w owym wyroku na skazanego w związku z tą karą, także co do warunków jej odbywania, jeżeli prawo tego państwa wyposażało sąd w takie uprawnienie.

Fakt, iż jednoczesność odbywania kilku, orzeczonych wyrokiem sądu obcego państwa, kar nie jest znana prawu polskiemu, nie ma tu znaczenia, gdyż na gruncie prawa brytyjskiego – jak wynika z dokumentów zawartych w aktach niniejszej sprawy – decyzja w tym przedmiocie należy do sądu orzekającego owe kary, który ma przy tym wybór między przyjęciem, że będą one wykonywane kolejno po sobie albo równocześnie, albo na przemian równocześnie i kolejno, a rozstrzygnąć o tym musi on w wyroku wymierzającym te kary. To zaś oznacza, iż również orzeczenie w tej materii nie podlega modyfikacji przewidzianej w art. 607s § 4 k.p.k.

SN podkreślił także, że nowela z dnia 20 stycznia 2011 r., przewidująca w związku ze zmianą art. 607s § 4 k.p.k. możliwość wznowienia prawomocnie zakończonego postępowania, przyjmuje wyraźnie, iż wznowienie to jest ograniczone „wyłącznie” do określenia podlegającej wykonaniu kary lub środka według prawa polskiego (art. 4 ust. 1 zdanie drugie tej ustawy). Wyklucza ona zatem wznowienie w zakresie innych rozstrzygnięć zawartych w wyroku przejętym do wykonania w Polsce, a w powiązaniu z początkowym fragmentem wskazuje, że chodzi tu tylko o dostosowanie owej kary, gdy orzeczono uprzednio o wykonaniu jej w wymiarze przekraczającym górną granicę ustawowego

zagrożenia, wynikającego z przyjętej przez sąd polski kwalifikacji prawnej tego czynu.

Zobacz też następujące tezy orzeczeń Sądu Najwyższego:

Postanowienie SN z dnia 26 października 2011 r., I KZP 12/11

Norma zawarta w art. 225 § 3 k.p.k. obligująca organ dokonujący przeszukania do pozostawienia dokumentów bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem, w sytuacji gdy obrońca oświadczy, że wydane lub znalezione pisma lub inne dokumenty obejmują okoliczności związane z wykonywaniem przez niego tej funkcji, znajduje zastosowanie także w razie złożenia takiego oświadczenia przez aplikanta adwokackiego, upoważnionego przez adwokata na podstawie art. 77 ustawy – Prawo o adwokaturze, do zastępowania go jako obrońcy w sprawie, w której dokonuje się przeszukania.

Postanowienie SN z dnia 30 listopada 2011 r., I KZP 16/11

Określony w art. 45 § 1 k.k. środek karny przepadku korzyści majątkowej lub jej równowartości orzeka się wobec współsprawców przestępstwa w częściach, w jakich według dokonanych ustaleń faktycznych osiągnięta wspólnie korzyść majątkowa im przypadła. W razie trudności z dokładnym

ustaleniem wartości udziałów w korzyści majątkowej osiągniętej przez poszczególnych współsprawców orzeka się przepadek tej korzyści lub jej równowartości w częściach równych.

Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2011 r., II KK 162/11

Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za popełnienie czynu zabronionego „wspólnie i w porozumieniu” z inną osobą (art. 18 § 1 k.k.) zawsze wymaga ustalenia, na czym polegało konkretne zachowanie realizujące znamiona współsprawstwa. Nawet przyjmując, że owo współsprawstwo – od strony przedmiotowej – nie musi polegać na realizacji znamion czasownikowych ujętych w opisie czynu zabronionego w części szczególnej kodeksu karnego (lub przepisach karnych innych ustaw), w każdym przypadku konieczne jest wykazanie, iż sprawca podjął takie zachowanie, które na gruncie przyjętego porozumienia stanowiło konieczny lub bardzo istotny warunek realizacji przez innego współsprawcę znamion czynności wykonawczej ujętych w danym typie czynu zabronionego.

Z jednej strony bowiem współsprawstwo nie może polegać wyłącznie na bierniej obserwacji zachowań innej osoby, realizującej znamiona typu czynu zabronionego, choćby towarzyszyła temu świadomość karygodności tego zachowania, a nawet pełna jego akceptacja. Wyjątkiem jest przy-

padek, gdy na danej osobie ciąży prawny obowiązek zapobieżenia realizacji znamion czynu zabronionego, a naruszenie owego obowiązku, z uwagi na jego znaczenie w perspektywie zawartego z inną osobą porozumienia, wykracza poza granice samego ułatwienia popełnienia czynu zabronionego, cechującego karalne pomocnictwo określone w art. 18 § 3 k.k.

Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2011 r., II KK 177/11

Dla realizacji znamion przestępstwa określonego w art. 160 § 1 k.k. konieczna jest indywidualizacja osób pokrzywdzonych, co oznacza, że konieczne jest wykazanie konkretnych osób, którym w wyniku działania sprawcy (lub zaniechania) groziło bezpośrednie niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub utraty życia. Nie jest natomiast niezbędne ustalenie tożsamości tych osób.

Zamiar ewentualny określony w art. 160 § 1 k.k. charakteryzuje się świadomością znaczenia podejmowanych czynności w perspektywie możliwego skutku. Nie chodzi przy tym o świadomość jakiegokolwiek możliwości wystąpienia konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku zdrowia, ale wyłącznie świadomość wysokiego prawdopodobieństwa takiego skutku, ocenianego w kontekście konkretnych okoliczności faktycznych, bo tylko wówczas można mówić o „bezpośredniości” niebezpieczeństwa.

**Wyrok SN z dnia
9 listopada 2011 r.,
III KK 165/II**

Niedopuszczalne jest prostowanie w trybie określonym w art. 105 § 1 k.p.k. merytorycznych elementów wyroku. Pogląd ten w całej rozciągłości należy odnieść także do próby zmiany w tym trybie uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego, w części obejmującej motywy podjętego rozstrzygnięcia, bowiem z istoty tego wyroku wynika, że dopiero jego uzasad-

nienie wskazuje na przyczyny nieuwzględnienia (lub uwzględnienia) zarzutów przedstawionych w apelacji. Niedopuszczalne postanowienie o sprostowaniu oczywistej omyłki nie pociąga za sobą skutków prawnych.

**Postanowienie z dnia
6 grudnia 2011 r.,
KSP II/II**

Przepis art. 3 ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępo-

waniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki określa rodzaje postępowań, w których ich stronom przysługuje uprawnienie do wniesienia skargi na przewlekłość postępowania. W tym katalogu, stanowiącym *numerus clausus*, nie zostało jednak wymienione postępowanie o naruszeniu prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki. Implikuje to stwierdzenie, że w takim postępowaniu skarga tego rodzaju nie służy.

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała NSA z dnia 5 grudnia 2011 r. (II OPS I/11) – strona postępowania, interes prawny w postępowaniu o wymeldowanie

Osoba dysponująca tytułem prawnym do lokalu jest stroną, w rozumieniu art. 28 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.; dalej: k.p.a.), w postępowaniu administracyjnym o zameldowanie (wymeldowanie) w tym lokalu innej osoby, prowadzonym na podstawie art. 47 ust. 2 ustawy z 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych.

Stan faktyczny

Z inicjatywą podjęcia uchwały wystąpił Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO), mając na celu wyjaśnienie zaistniałej w orzecznictwie sądów administracyjnych rozbieżności, czy stroną postępowania o wymeldowanie (zameldowanie) w rozumieniu art. 28 k.p.a. jest wyłącznie osoba, co do wymeldowania (zameldowania) której toczy się postępowanie administracyjne, czy też przymiot strony przysługuje także podmio-

towi posiadającemu tytuł prawny do lokalu, w którym osoba ta jest zameldowana (ma zostać zameldowana). W uzasadnieniu złożonego wniosku RPO wskazał, że w szeregu orzeczeń sądy administracyjne interes prawny właściciela domu i lokalu oraz innych podmiotów dysponujących tytułem prawnym do lokalu dekodowały z prawa do nieruchomości o charakterze rzeczowym. Sam fakt, że zameldowanie ma wyłącznie charakter ewidencyjny, nie może prowadzić automatycznie do uznania, że właściciel nieruchomości, któremu przysługują do niej określone prawa i na którym w związku z tym spoczywają określone ustawą obowiązki, nie ma interesu prawnego w sprawie meldunkowej. W odrębnym nurcie orzecznictwa, który ujawnił się począwszy od 2009 r., przyjmuje się, że osoby, którym przysługują prawa do lokalu, nie mogą być stroną postępowania o wymeldowanie (zameldowanie) z uwagi na brak interesu prawnego. Postępowanie to ma charakter publicznoprawny i jego jedynym celem jest, aby stan ewidencji ludności był zgodny ze stanem faktycznym, co niewątpliwie leży w interesie państwa, a nie osób będących poza sferą organizacji organów państwowych

(osób trzecich), do których należy zaliczyć właściciela (współwłaściciela) nieruchomości (lokalu).

Stanowisko NSA

Rozstrzygając przedstawione zagadnienie prawne, NSA wyjaśnił, że powinno ono być rozumiane w ten sposób, że chodzi o wyjaśnienie, czy z uwagi na sposób uregulowania obowiązku meldunkowego w ustawie z dnia 10 kwietnia 1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 139, poz. 993 z późn. zm.; dalej: u.e.l.d.o.), osoba dysponująca tytułem prawnym do lokalu jest także stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a. w postępowaniu o zameldowanie (wymeldowanie). Z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego, dla wykładni przepisów prawa dających umocowanie do rozważenia przedstawionego zagadnienia prawnego, podstawowe znaczenie ma prawo do procesu. Kwestia bycia stroną postępowania administracyjnego wiąże się bowiem z prawem do udziału w procesie przez przedstawianie i obronę swoich racji. W demokratycznym państwie prawnym jednostka wnosząca o udzielenie ochrony prawnej nie może zostać pozbawiona prawa do procesu, a zatem do roz-

poznania i rozstrzygnięcia żądania udzielenia jej ochrony prawnej w drodze postępowania organów państwa regulowanego przepisami powszechnie obowiązującymi.

W dalszej części rozważań NSA zwrócił uwagę, że art. 28 k.p.a. nie stanowi normy samoistnej. Podstawą do wyprowadzenia interesu prawnego są głównie przepisy prawa administracyjnego materialnego. W regulacji materialnoprawnej określenie interesu prawnego nie zawsze wyrażone jest wprost i często wymaga złożonego procesu wykładni. Oznacza to, że bez takiego procesu wykładni, w oparciu wyłącznie o charakter czynności zameldowania i wymeldowania pozostających w zakresie ewidencji ludności, nie można rozważać wyprowadzenia interesu prawnego jednostki. Dokonując interpretacji przepisów u.e.l.d.o., a przede wszystkim art. 9 ust. 2a i 2b oraz art. 15 ust. 2 i art. 47 ust. 2, NSA zauważył, że niewykonanie obowiązku meldunkowego stanowi dla strony, o której mowa w art. 15 ust. 2 u.e.l.d.o., legitymację do wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania. Odrzucając rozumowanie, że art. 15 ust. 2 u.e.l.d.o., w zakresie w jakim posługuje się określeniem „strona”, zawiera regulację bezprzedmiotową, NSA, powołując się na art. 21 i 64 Konstytucji RP oraz dokonując interpretacji art. 140, art. 222 § 2 i art. 690 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) z nakazu ochrony prawa własności wyprowadził uprawnienie właściciela, aby zameldowanie (lub wymeldowanie) określonej osoby w jego

lokalu było zgodne ze stanem rzeczywistym oraz przeciwdziałało naruszaniu jego własności. Realizacja zamiaru zameldowania się w cudzym lokalu albo uchylania się od obowiązku wymeldowania się z cudzego lokalu może stanowić naruszenie praw osoby, która ma tytuł prawny do lokalu. Z tego chociażby względu osoba mająca tytuł prawny do lokalu nie może być pozbawiona prawa do udziału w tym postępowaniu jako strona. Wówczas bowiem nie mogłaby przedstawiać i bronić swoich racji – w szczególności, że określona osoba nie przebywa w jej lokalu albo że lokal ten opuściła. Dla wzmocnienia zaprezentowanego stanowiska NSA zwrócił uwagę na wynikające z art. 50 Konstytucji RP prawo do nienaruszalności mieszkania. Naruszenie nietykalności mieszkania może polegać na zamiarze zameldowania się w nim wbrew woli osoby, która ma prawo do mieszkania. W takim przypadku nie sposób przyjąć, że osoba ta nie może bronić nienaruszalności mieszkania w postępowaniu administracyjnym, a w szczególności nie może jako strona tego postępowania wykazywać, że nie są spełnione przesłanki do zameldowania w jej mieszkaniu innej osoby.

Kończąc rozważania, NSA podkreślił, że legitymowanie się tytułem prawnym do lokalu oraz korzystanie z ochrony praw w drodze postępowania cywilnego nie oznacza, że z tego powodu nie można mieć statusu strony w postępowaniu administracyjnym, mimo że postępowanie administracyjne dotyczy tych praw i z tych praw wynika interes prawny strony.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Aprobując tezę zapadłej uchwały oraz przedstawioną w niej argumentację o charakterze językowym, systemowym oraz racjonalnościowym, warto zwrócić uwagę na trzy dodatkowe zagadnienia, które NSA poruszył obok głównego nurtu prowadzonych rozważań.

Po pierwsze, na uwagę zasługuje sposób pojmowania przez NSA interesu prawnego w rozumieniu art. 28 k.p.a. Sąd podkreślił, że interes prawny powinien być indywidualny, konkretny, aktualny i sprawdzalny obiektywnie. Wynika on na ogół z wykładni przepisów prawa materialnego, a w szczególnych przypadkach z prawa procesowego oraz ustrojowego. Pogląd ten potwierdza dominującą w orzecznictwie sądów administracyjnych teorię obiektywną ujęcia strony postępowania.

Po drugie, złożoność przeprowadzonego przez NSA procesu interpretacji art. 28 k.p.a. oraz wskazanych powyżej przepisów u.e.l.d.o. przemawia za każdorazową zasadnością odwoływania się do językowych oraz pozajęzykowych dyrektyw wykładni. Cechą właściwą prawu administracyjnemu jest nawarstwianie się kilku aktów prawnych różnej rangi, które stosowane łącznie wywierają wpływ na ostateczne rozstrzygnięcie sprawy.

Po trzecie, w przedstawionej powyżej uchwałę NSA wywiódł interes prawny osoby posiadającej tytuł prawny do lokalu w postępowaniu administracyjnym o zameldowanie (wymeldowanie) m.in. z przepisów prawa cywilnego. Ukazuje to wzajemną zależność

zachodzącą pomiędzy odrębnymi gałęziami prawa należącymi jednak do wspólnego systemu.

Opracował *Wojciech Piątek*

Wyrok NSA z dnia 1 września 2011 r. (II OSK 1444/10) – dostęp do informacji z zasobu geodezyjnego i kartograficznego, udzielanie informacji publicznej w toku egzekucyjnego dochodzenia należności

Wierzyciel ma interes prawny w żądaniu udzielenia informacji z ewidencji gruntów celem wskazania organowi egzekucyjnemu majątku dłużnika.

Stan faktyczny

Przedmiotem kontroli sprawowanej przez NSA w analizowanej sprawie był wyrok WSA w Gliwicach oddalający skargę na postanowienie Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Geodezyjnego i Kartograficznego w Katowicach w przedmiocie odmowy wydania informacji z zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Postanowieniem tym utrzymano w mocy postanowienie Prezydenta Miasta Bielsko-Biała, który odmówił udostępnienia danych ewidencyjnych z powodu braku wykazania się interesem prawnym przez wnioskodawcę – Prezydenta Miasta Gliwice. Wnioskodawca domagał się podania informacji, czy osoba fizyczna, przeciw której prowadzone było postępowanie egzekucyjne, jest właścicielem nieruchomości, a jeżeli tak, to

jakich. Odmowa udzielenia żądanych informacji uzasadniona została tym, że wnioskodawca nie żądał udostępnienia informacji o konkretnej działce, budynku lub lokalu, lecz wykazu nieruchomości, których właścicielem jest osoba wymieniona we wniosku, a udzielenie informacji w takim zakresie musi przybrać formę zaświadczenia, o którym mowa w art. 217 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.; dalej: k.p.a.). Wnioskodawca domagał się wskazania majątku dłużnika, nie wskazując przepisu prawa materialnego, na podstawie którego mógłby domagać się wydania takiego zaświadczenia, nie będąc jednocześnie uprawnionym do prowadzenia egzekucji z nieruchomości.

Rozpoznający skargę WSA stwierdził, że żaden z warunków wskazanych w art. 217 § 2 k.p.a. uprawniających organ do wydania zaświadczenia nie został spełniony. Wprawdzie bowiem art. 36 § 1 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 229, poz. 1254 z późn. zm.; dalej: u.p.e.a.) uprawnia organ gminy do zwracania się do organów administracji publicznej o udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do prowadzenia egzekucji, ale w świetle art. 19 ust. 2 u.p.e.a. organ gminy o statusie miasta nie jest organem egzekucyjnym uprawnionym do prowadzenia egzekucji z nieruchomości. Zdaniem WSA wnioskodawca nie wykazał również interesu prawne-

go, albowiem nie jest nim prowadzenie postępowania egzekucyjnego w stosunku do osoby wskazanej we wniosku, gdyż właściwymi podmiotami do poszukiwania majątku nieruchomego dłużnika są komornicy i sądy powszechne jako organy egzekucyjne.

Stanowisko NSA

NSA wskazał, że nie podziela stanowiska wyrażanego w dotychczasowej linii orzeczniczej sądów administracyjnych, zgodnie z którym postępowanie regulujące wydawanie zaświadczeń nie służy poszukiwaniu i ujawnianiu majątku dłużników, albowiem do tego służą przepisy egzekucyjne zawarte w ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296; dalej: k.p.c.). Sądy administracyjne stwierdzały w związku z tym brak interesu prawnego po stronie wierzyciela prowadzącego egzekucję w żądaniu udostępnienia mu informacji z operatu ewidencyjnego nieruchomości – dotyczących osoby dłużnika i należących do niego nieruchomości¹.

Przystępując do rozpoznania sprawy, NSA stwierdził, że udzielenie informacji zawartych w operatach ewidencyjnych ewidencji gruntów i budynków nie jest regulowane przez przepisy k.p.a. o wydawaniu zaświadczeń, zaś regulacja zawarta w ustawie z dnia

¹ Wyrok NSA z 22 lutego 2007 r., I OSK 560/06, LEX nr 349769; wyrok NSA z 23 września 2010 r. I OSK 1553/09, baza orzeczeń NSA; wyrok NSA z 8 lutego 2011 r., I OSK 570/10, baza orzeczeń NSA.

17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 193, poz. 1287 z późn. zm.) ma charakter szczególnie w stosunku do przepisów k.p.a. w tym przedmiocie. Dokumenty zawierające dane tego rodzaju należy bowiem uznać za informacje publiczne. Szczególnej ochronie podlegają natomiast dane podmiotów będących właścicielami nieruchomości lub innych osób posiadających prawa do tych danych, które udostępniane są podmiotom określonym w art. 24 ust. 5 ustawy. Są nimi właściciele i inne osoby władające gruntami, budynkami lub lokalami, których dotyczy informacja, organy administracji publicznej i inne podmioty realizujące zadania publiczne związane z nieruchomościami, których dotyczy informacja oraz inne podmioty, które mają interes prawny w tym zakresie.

Strona skarżąca – zdaniem NSA – wykazała w rozpoznawanej sprawie swój interes prawny do uzyskania żądanej informacji o należących do dłużnika nieruchomościach. Żądający tej informacji Prezydent Gliwic jest zarówno wierzycielem, jak i organem prowadzącym egzekucję administracyjną, a zgodnie z art. 36 § 1 u.p.e.a. organ egzekucyjny może domagać się udzielenia niezbędnych informacji w toku egzekucji. W ocenie NSA nie jest istotne, że

skarżący nie prowadzi egzekucji z nieruchomości.

Zdaniem NSA organ nie miał więc podstaw do tego, by odmówić udzielenia informacji publicznej. Ponadto Sąd zwrócił uwagę, że odmowa udzielenia informacji publicznej następuje w drodze decyzji, a w przedmiotowej sprawie rozstrzygnięcie przybrało formę postanowienia, co stanowi rażące naruszenie prawa, uzasadniające stwierdzenie nieważności tego postanowienia.

Zdanie odrębne od wyroku NSA złożył jeden z sędziów, wskazując, że żądana w niniejszej sprawie informacja ma inny charakter niż wydawanie wypisów i wyrysów z ewidencji gruntów. Dlatego wydanie informacji stwierdzającej, czy na określonym terenie znajdują się nieruchomości wskazanej osoby, powinno nastąpić w formie zaświadczenia wydanego na podstawie art. 217 i następnych k.p.a. Ponadto w zdaniu odrębnym podkreślono, że skarżący – jako niebędący organem uprawnionym do prowadzenia egzekucji z nieruchomości – nie ma interesu prawnego w uzyskaniu żądanych informacji, właściwym zaś trybem poszukiwania majątku dłużnika jest tryb cywilnoprawny.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Omawiane rozstrzygnięcie NSA ma istotne znaczenie dla skutecz-

ności dochodzenia roszczeń w toku postępowania egzekucyjnego. Stanowisko w nim wyrażone zasługuje na aprobatę, celem norm prawnych powinno być bowiem zapewnienie skutecznej realizacji rozstrzygnięć organów administracji publicznej i sądów. Słusznie więc NSA wskazał na wyrażany w judykaturze pogląd, zgodnie z którym skuteczna egzekucja prawa jest jednym najważniejszych zadań demokratycznego państwa prawa, a wszelkie ustawy szczególne, które wprowadzają tajemnice dotyczące niektórych informacji i danych, nie mogą chronić zachowania naruszającego prawo, jakim jest uchylenie się od egzekucji należności przez dłużników.

Zwrócić należy uwagę, że komentowane orzeczenie ma charakter odbiegający od przeważającej dotychczas linii orzeczniczej. Znaczenia orzeczenia nie można ograniczać wyłącznie do sfery stosunków administracyjnoprawnych, wydaje się bowiem, że przedmiotowy wyrok będzie miał istotne znaczenie również dla dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych i skutecznego poszukiwania majątku dłużników. Poszukiwanie majątku dłużników – w przypadku ugruntowania stanowiska wyrażonego w komentowanym orzeczeniu – powinno być skuteczniejsze.

Opracował *Jan Olszanowski*

Przeгляд orzecznictwa – prawo prywatne

**Wyrok SN z dnia
17 marca 2011 r.,
IV CSK 358/10, LEX
nr 846033, „Biuletyn SN”
2011, nr 6, s. II**

Spełnienie świadczenia może być warunkiem w rozumieniu art. 89 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.; dalej: k.c.).

Komentowany wyrok – choć wydany zaledwie w składzie trzyosobowym – rozstrzyga dotychczasową rozbieżność stanowisk w orzecznictwie, co do możliwości traktowania jako warunku, w rozumieniu art. 89 k.c., zdarzenia polegającego na spełnieniu świadczenia. Powyższa uchwała została wydana na podstawie następującego stanu faktycznego. Spółka X oraz spółka Y zawarły 26 sierpnia 1999 r. ze sobą umowę przelewu wierzytelności, na podstawie której spółka X przeniosła na rzecz spółki Y niesporną i wymagalną wierzytelność w stosunku do spółki Z pod warunkiem rozwiązującym, że spółka Y dokona zapłaty do dnia 30 września 1999 r. Strony uzgodniły, że w przypadku braku zapłaty całej kwoty w tym termi-

nie umowa traci moc, a spółka X stanie się ponownie wyłącznie uprawnioną do wierzytelności objętej umową. Termin zapłaty został następnie przedłużony do 30 listopada 1999 r. Spółka Y nie zapłaciła uzgodnionej należności za nabytą wierzytelność. Wniosła jednak do sądu powództwo o ustalenie „istnienia i obowiązywania umowy cesji” między nią a spółką X. Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo. Uzasadniając oddalenie powództwa, sąd opowiedział się za poglądem, zgodnie z którym warunkiem rozwiązującym może być w określonej sytuacji niewykonanie umowy przez dłużnika, w tym również brak zapłaty świadczenia pieniężnego. Co więcej, w ocenie tego sądu, przewidziany w umowie warunek rozwiązujący spełniał kryteria zdarzenia przyszłego i niepewnego, zatem jego ziszczenie spowodowało ustanie skutków tej umowy. Sąd drugiej instancji oddalił apelację, gdyż uznał, że powódka nie wykazała interesu prawnego w dochodzeniu ochrony na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.). Ponadto stwierdził, że nawet gdyby przyjąć istnienie interesu praw-

nego, należałoby zaakceptować pogląd wyrażony przez sąd pierwszej instancji. Sąd rozpatrujący apelację podkreślił też, że skutek przejścia zwrotnego wierzytelności z majątku cesjonariusza do majątku cedenta nastąpił automatycznie z momentem ziszczenia się warunku rozwiązującego. Spełnienie warunku (brak zapłaty w określonym terminie) wywarło bowiem skutek rozporządzający, a nie jedynie zobowiązujący. Od tego wyroku powódka wniosła skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego, w której podniosła, że zapłata lub jej brak jest zdarzeniem objętym treścią zobowiązania, którego spełnienie jest zależne wyłącznie od woli strony umowy i jako takie nie może stanowić warunku w rozumieniu art. 89 k.c. Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną.

Sąd Najwyższy podkreślił, że zarówno w jego orzecznictwie, jak i w literaturze prawniczej brak jest jednolitości poglądów w kwestii możliwości uznania za warunek według art. 89 k.c. „spełnienia świadczenia”, w szczególności zapłaty ceny¹. Po pierwsze, uznaje się, że przyszłym i niepewnym zda-

¹ Zob. m.in. M. Pazdan, komentarz do art. 89 k.c. (w:) K. Pietrzykowski

zeniem nie może być zobowiązanie dłużnika zaciągnięte w danym stosunku prawnym i całkowicie od jego woli zależne. Akcentuje się przy tym, że nie może to być zastrzeżenie objęte treścią czynności prawnej². Po drugie, prezentowane jest odmienne stanowisko, zgodnie z którym spłata określonej należności przez dłużnika może być traktowana jako warunek w rozumieniu przytoczonego przepisu. Wskazuje się nadto, że spełnienie świadczenia należy traktować jako odrębne od dokonania czynności prawnej zdarzenie, które nie zawsze zależy od woli dłużnika. Podnosi się, że ustawodawca traktuje uiszczenie ceny za warunek zawieszający, po spełnieniu którego własność sprzedanej rzeczy przechodzi na kupującego (art. 589 k.c.) oraz że nie ma uzasadnienia dla odmiennego traktowania spłaty wierzytelności w przypadku umów innych niż sprzedaż, w których od zdarzenia tego uzależniono

wystąpienie lub ustanie skutków prawnych³.

Sąd Najwyższy podzielił drugi pogląd, według którego spełnienie bądź niespełnienie świadczenia może być traktowane jako warunek na podstawie art. 89 k.c. Zaznaczył, że zapłata nie zawsze jest zdarzeniem całkowicie zależnym od woli dłużnika. Co więcej, warunkiem w rozumieniu przywołanego przepisu jest tylko zdarzenie przyszłe i niepewne, a – w ocenie Sądu Najwyższego – dodawanie dalszych cech, jak zewnętrzność zdarzenia w stosunku do czynności prawnej oraz niezależność jego wystąpienia lub niewystąpienia od woli stron jest w istocie zabiegiem prowadzącym do uzupełnienia hipotezy przepisu. Sąd Najwyższy stwierdził nadto, że treścią czynności prawnej jest objęte jedynie zobowiązanie do spełnienia świadczenia, a nie samo jego spełnienie (np. zapłata ceny), które jest innym zdarzeniem prawnym, wprawdzie związanym z zobowiązaniem i z niego wynikającym, ale jednak odrębnym.

Prezentowany wyrok zasługuje na aprobatę. Poza ramami niniejszego komentarza pozostaje kwestia rozróżnienia „wykonania zobowiązania” od „spełnienia

świadczenia”⁴. Należy podkreślić, że zdarzenie, z którym strony czynności prawnej wiążą wystąpienie skutków prawnych, może być zewnętrzne względem tej czynności lub odnosić się do jej elementów. Brak jest bowiem podstaw, by wprowadzać pozanormatywne cechy warunku z art. 89 k.c. Zdarzenie, z którym strony czynności prawnej wiążą powstanie lub ustanie skutków tej czynności, ma więc być przyszłe i niepewne. Oznacza to, że strony mogą zastrzec warunek, uzależniając wystąpienie określonych skutków czynności prawnej np. od wykonania jednego ze zobowiązań składających się na tę czynność prawną (tak jak w stanie faktycznym omawianego wyroku). Jak słusznie zwrócono uwagę w literaturze, nie jest to sprzeczne z przepisami o wykonaniu i niewykonaniu zobowiązań⁵. Co więcej, skutki zastrzeżenia warunku rozwiązującego, że dłużnik w określonym terminie nie wykona zobowiązania, są podobne do skutków – niewątpliwie dopuszczalnego – zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia pod warunkiem zawieszającym niewykonania zobowiązania w terminie⁶. Na marginesie należy przypomnieć, że za możliwością zastrzeżenia warunków zależnych od woli jednej ze stron czynności prawnej

(red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1-449^o. Tom I*, Warszawa 2011, nb. 9.

2 Zob. postanowienie SN z dnia 5 marca 1999 r., I CKN 1069/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 160; wyroki SN z dnia: 5 czerwca 2002 r., II CKN 701/00, OSP 2003, nr 10, poz. 124; 11 października 2002 r., I CKN 1044/00, LEX nr 75270; 10 kwietnia 2003 r., II CKN 1335/00, LEX nr 78810; 19 lutego 2004 r., IV CK 69/03, LEX nr 175953; 10 czerwca 2005 r., II CK 712/04, LEX nr 180865; 24 czerwca 2004 r., V CK 799/04, LEX nr 152457; 23 lutego 2011 r., V CSK 277/10, OSNC-ZD 2012, nr 1, poz. 10 oraz S. Rudnicki, komentarz do art. 89 k.c., (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2011, nb 1.

3 Zob. wyroki SN: z dnia 8 marca 2002 r., III CKN 748/00, OSNC 2003, nr 3, poz. 33; 9 października 2003 r., V CK 285/02, LEX nr 602317; 26 września 2007 r., IV CSK 118/07, OSP 2008, nr 12, poz. 125; z 31 marca 2005 r., V CK 490/04, LEX nr 277115 oraz J. Pisuliński, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2002 r. (sygn. akt III CKN 748/00)*, OSP 2003, nr 3, s. 166.

4 Zob. F. Zoll, *Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań* (w:) A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego – suplement do tomu 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2010, s. 12–16.

5 B. Swaczyna, *Warunkowe czynności prawne*, Warszawa 2012, s. 76–78.

6 B. Swaczyna, *Warunkowe...*, s. 77.

(tzw. warunków potestatywnych) wielokrotnie już wypowiedziano się w literaturze. Istotnym jest, by w pierwszej kolejności ustalić, czy oświadczenia stron mają charakter oświadczeń woli, w szczególności czy cechują się stanowczością⁷. Tylko wtedy bowiem można oceniać zastrzeżenie dokonane przez strony przez pryzmat art. 89 k.c. Spełnienie świadczenia, np. polegające na zapłacie ceny za przelaną wierzycelności, nie jest – jak słusznie podkreślił Sąd Najwyższy – wyłącznie uzależnione od woli dłużnika, lecz również od wielu innych okoliczności – „zewnętrznych”, obiektywnych⁸. Oświadczenie woli złożone z takim zastrzeżeniem jest zatem, co wynika z komentowanego stanu faktycznego, stanowcze, a jego skuteczność może być uzależniona (warunek rozwiązujący) od spełnienia przez nabywcę świadczenia. Związek pomiędzy zdarzeniem – spełnieniem świadczenia – a treścią czynności prawnej, z której wynika obowiązek jego spełnienia, nie stoi temu na przeszkodzie.

Uchwała SN z dnia 12 maja 2011 r., III CZP 19/II, OSNC 2011, nr 12, poz. 132

Wierzyciel, którego dłużnikiem jest jeden z małżonków, może żądać na podstawie art. 527 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.; dalej: k.c.) uznania za bezskuteczną czynności prawnej dokonanej przez obu małżonków i dotyczącej ich majątku wspólnego, gdy małżonek dłużnika nie wyraził zgody na zaciągnięcie zobowiązania po myśli art. 41 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. Nr 9, poz. 59, z późn. zm.; dalej: k.r.o.).

Komentowane orzeczenie Sądu Najwyższego w założeniu miało stanowić kompromis między ochroną wierzyciela a ochroną małżonka dłużnika i ochroną osoby trzeciej. Jednakże jego merytoryczna poprawność pozostawia wiele do życzenia. Uchwała została wydana z uwzględnieniem stanu prawnego po 20 stycznia 2005 r. na podstawie następującego stanu faktycznego. Pozostający w związku małżeńskim Iksiński (dłużnik) zaciągnął bez zgody swojej małżonki dług względem Igrkowskiego (wierzyciel). Następnie dłużnik oraz jego małżonka zawarli ze swoim synem umowę darowizny nieruchomości lokalowej wchodzącej w skład majątku wspólnego. Wierzyciel wniósł powództwo przeciwko synowi dłużnika o uznanie umowy darowizny za bezskuteczną w trybie skargi pauliańskiej (art. 527 k.c.). Sąd pierwszej instancji uwzględnił powództwo. Sąd drugiej instancji powziął wątpliwość, czy uwzględnienie powództwa jest dopuszczalne w takiej sytuacji i przedstawił

to zagadnienie do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. W ocenie sądu drugiej instancji podstawowe znaczenie dla dopuszczalności skargi pauliańskiej w odniesieniu do umowy obejmującej przedmiot należący do majątku wspólnego dłużnika i jego małżonki (niebędącej dłużnikiem), która nie wyraziła zgody na zaciągnięcie zobowiązania przez małżonka, ma jednak brak bezpośredniego związku przyczynowego między zaskarżoną czynnością a stanem pokrzywdzenia wierzyciela, który nie mógłby zaspokoić chronionej wierzycelności z majątku wspólnego bez wymaganej zgody małżonki dłużnika.

Sąd Najwyższy przypomniał, że w jego dotychczasowym orzecznictwie, na gruncie stanu prawnego przed 20 stycznia 2005 r., przyjmowano dopuszczalność zaskarżenia przez wierzyciela skargą pauliańską czynności prawnej (darowizny) dokonanej przez oboje małżonków na rzecz osoby trzeciej (m.in. dziecka tych małżonków), gdy przedmiot darowizny wchodził do ich majątku wspólnego i zaktualizowały się wszystkie przesłanki skargi (art. 527 k.c.)⁹. Zgodnie z ówczesnym stanem prawnym małżonek – co do zasady – odpowiadał za długi małżonka (będącego dłużnikiem) całym majątkiem wspólnym. Sąd Najwyższy podkreślił tym samym, że przed 20 stycz-

⁷ Z. Radwański, *Treść czynności prawnej* (w:) Z. Radwańskie (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 265.

⁸ Zob. też S. Grzybowski, *Treść czynności prawnej* (w:) S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Tom 1. Część ogólna*, Ossolineum 1985, s. 541.

⁹ Zob. m.in. wyroki SN z dnia 9 maja 2001 r. (II CKN 469/00, LEX nr 550968) oraz 6 czerwca 2003 r. (IV CKN 204/01, OSNC 2004, nr 9, poz. 138) oraz uchwałę SN z dnia 24 października 2003 r. (III CZP 72/03, OSP 2004, z. 9, poz. 116).

nia 2005 r. prawidłowe było stanowisko, według którego za dłużnika w rozumieniu art. 527 k.c. mógł zostać uznany również małżonek dłużnika. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że po 20 stycznia 2005 r. małżonek dłużnika nieudzielający zgody na zaciągnięcie określonego zobowiązania nie odpowiada w zasadzie za to zobowiązanie – nawet majątkiem wspólnym – poza pewnymi wyjątkami (art. 41 k.r.o. w nowym brzmieniu). Z rozwiązaniem takim – jak zaznaczył Sąd Najwyższy – skorelowane zostało uprawnienie wierzyciela przewidziane w art. 52 § 1a k.r.o. Wierzyciel ma bowiem możliwość żądania ustanowienia przez sąd rozdzielnosci majątkowej małżonków, jeżeli uprawdopodobni, że zaspokojenie wierzytelności stwierdzonej tytułem wykonawczym wymaga dokonania podziału majątku wspólnego małżonków; rozdzielnosc taka powstaje w zasadzie z dniem oznaczonym w wyroku (art. 52 § 1a k.r.o.). Otwiera się wówczas możliwość uzyskania zaspokojenia należności wierzyciela z majątku osobistego zadłużonego małżonka (z uwagi na uzupełnienie tego majątku o składniki otrzymane w wyniku podziału majątku wspólnego). Sąd Najwyższy stwierdził nadto, że przyjęte rozwiązania w zakresie ukształtowania odpowiedzialności małżonka za długi wspólmałżonka (w poprzednim i obecnym stanie prawnym) nie mogą eliminować lub ograniczać możliwości dokonywania kontroli pauliańskiej rozporządzeń, obejmujących składniki majątku wspólnego i dokonywanych przez

małżonków z pokrzywdzeniem wierzycieli.

Wobec powyższych uwag Sąd Najwyższy przyjął, że możliwe winno być uznanie za bezskuteczną czynności prawnej dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli przez dłużnika i jego małżonkę, jeśli czynność ta dotyczy przedmiotu wchodzącego w skład ich majątku wspólnego¹⁰. Co więcej, uznał, że dla spełnienia przesłanek skargi pauliańskiej wystarczy, by dłużnik stał się przez tę czynność niewypłacalny i świadomie działał z pokrzywdzeniem wierzyciela. Świadomość małżonki dłużnika nie jest w ogóle oceniana. W toku procesu pauliańskiego wierzyciel mógłby – w opinii Sądu Najwyższego – wykazywać obiektywną przesłankę niewypłacalności dłużnika, m.in. poprzez odpowiednie zestawienie wartości składnika majątkowego objętego rozporządzeniem z rozmiarem chronionej wierzytelności, określenie składu majątku wspólnego (np. przedmiot darowizny wyczerpuje cały majątek wspólny) i realnej prognozy uzyskania zaspokojenia po ustaniu wspólności majątkowej stron (np. na podstawie art. 52 § 1a k.r.o.). Jednocześnie wierzyciel mógłby dowodzić,

¹⁰ Na gruncie stanu prawnego po 20 stycznia 2005 r. ochronę pauliańską wierzyciela wobec działań dłużnika pomniejszających majątek wspólny dopuszcza A. Lutkiewicz-Rucińska (w:) *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2003 r. (sygn. akt IV KKN 204/01)*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2005, nr 4, poz. 6. Zob. też uchwałę SN z dnia 12 maja 2011 r., III CZP 15/11, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 4, s. 198–200.

że taki stan niewypłacalności został spowodowany zaskarżoną czynnością prawną małżonków (dokonaną darowizną), a nie innymi możliwymi przyczynami. Sąd Najwyższy zauważa jednak, że wierzyciel nie może skierować egzekucji do całego przedmiotu czynności prawnej (darowizny), gdyż małżonka dłużnika nie ponosi odpowiedzialności za jego dług. Chcąc uzyskać zaspokojenie chronionej wierzytelności na podstawie wyroku pauliańskiego, wierzyciel powinien uruchomić odpowiednie środki prawne, które doprowadzą do ustania ustroju majątku wspólnego między małżonkami (art. 52 § 1a k.r.o.), mógłby przy tym powołać się na tytuł uzyskany w wyniku wniesionej skargi pauliańskiej¹¹.

Przedstawione rozważania nie są trafne z kilku przyczyn. Przede wszystkim Sąd Najwyższy zdaje się pomijać, że majątek wspólny małżonków jest bezdziałowy (wspólność łączna). Małżonkowie, którzy rozporządzają przedmiotami wchodzącymi w skład tego majątku (obojętne: samodzielnie lub razem) – rozporządzają swoim majątkiem, jednak nie sposób ustalić przysługującej im części w tym majątku, do czasu jego podziału. Może wtedy okazać się, że w wyniku podziału całość majątku – do niedawna wspólnego – przypadła małżonce dłużnika. Co więcej, nie wystarczy ustanowienie rozdzielnosci majątkowej, gdyż dopiero podział majątku krystalizuje sytuację majątkową dłużnika. Intu-

¹¹ Podobnie SN w powołanej w przypisie poprzednim uchwale z dnia 12 maja 2011 r.

icyjnie rację ma więc sąd drugiej instancji w komentowanej sprawie, że brakuje bezpośredniego związku pomiędzy czynnością prawną odnoszącą się do przedmiotu wchodzącego w skład majątku wspólnego, a skutkiem w postaci niewypłacalności dłużnika. Niemniej, gdyby małżonka dłużnika wyraziła zgodę na zaciągnięcie zobowiązania, wierzyciel mógłby żądać stwierdzenia bezskuteczności (całej) czynności prawnej (zob. uwagi końcowe). W świetle powyższego podkreślić należy, że bezzasadne jest żądanie uznania bezskuteczności czynności prawnej (całej lub choćby jej części) w sytuacji opisanej w stanie faktycznym (powództwo podlegało oddaleniu). Rozważania Sądu Najwyższego, dotyczące m.in. możliwości prowadzenia egzekucji, w sytuacji opisanej w stanie faktycznym tracą zatem na znaczeniu.

Powyższa konstatacja nie oznacza jednak, że wierzyciel pozostaje całkowicie bez ochrony. Przede wszystkim może wystąpić do sądu o ustanowienie rozdzielnosci majątkowej między małżonkami (art. 52 § 1a k.r.o.), zając prawo dłużnika do żądania podziału majątku wspólnego i doprowadzić do jego podziału¹². Ponadto sąd może ustanowić rozdzielnosc majątkową z datą wsteczną (np. przed dokonaniem czynności z pokrzywdzeniem wierzyciela). W wyniku usta-

nowienia rozdzielnosci majątkowej do majątku osobistego dłużnika wchodzi udział w przedmiocie stanowiącym składnik majątku wspólnego. Jednak należy pamiętać, że wspólność poszczególnych składników „rozdzielonego” majątku wspólnego ma szczególny charakter (odpowiednio stosuje się przepisy o wspólności majątku spadkowego – art. 46 k.r.o.). Dodatkowo należy rozróżnić następujące sytuacje (po ustanowieniu rozdzielnosci majątkowej z datą wsteczną – tj. przed dokonaniem krzywdzącej wierzyciela czynności prawnej).

Jeśli dłużnik albo małżonka samodzielnie dokonują czynności prawnej odnoszącej się do składnika majątku wspólnego (np. rozporządzenie rzeczą lub prawem), to czynność taka jest bezskuteczna (nie wywołuje skutków rzeczowych). W chwili jej dokonywania przysługują im bowiem zaledwie udział we wspólnym prawie, więc nie mogą rozporządzić całym prawem bez zgody drugiego małżonka. Osoba trzecia może być jednak chroniona np. na podstawie przepisów o nabyciu rzeczy od nieuprawnionego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w chwili dokonywania czynności osoba trzecia działała w zaufaniu, że każdy z małżonków może samodzielnie zarządzać majątkiem wspólnym (art. 36 k.r.o.). Jeśli osoba trzecia nie będzie chroniona, to nie ma potrzeby sięgania do ochrony pauliańskiej. Zaciągnięcie zobowiązania nie czyni bowiem dłużnika bardziej niewypłacalnym, w szczególności zaś irrelevantne z punktu widzenia wierzyciela jest zaciągnięcie zo-

bowiązania przez małżonka dłużnika. Jeśli jednak osoba trzecia będzie chroniona (np. nabędzie samochód na podstawie art. 169 k.c.), wierzyciel będzie mógł skorzystać z ochrony pauliańskiej. Niemniej, zaspokojenie wierzycielności uzyska dopiero z chwilą podziału majątku (do którego, jak już zostało podniesione, może doprowadzić), gdyż wtedy okaże się, w jakim zakresie prawo lub rzecz przysługiwały dłużnikowi.

Inaczej należy ocenić dokonanie wspólnie przez oboje małżonków (lub przez jednego z nich, ale za zgodą drugiego) czynności prawnej odnoszącej się do składnika majątku wspólnego, czyli sytuację, na kanwie której została wydana komentowana uchwała. Wtedy bowiem ustanowienie rozdzielnosci majątkowej nie stanowi przeszkody w skutecznym rozporządzeniu wspólnym prawem lub rzeczą (nie ma więc potrzeby sięgania do przepisów o nabyciu rzeczy od nieuprawnionego). Wierzyciel może jednak dochodzić ochrony pauliańskiej i żądać uznania czynności prawnej za bezskuteczną. Zaspokojenia z rzeczy lub prawa będzie mógł żądać dopiero po podziale majątku wspólnego (zob. powyższe uwagi).

Należy podkreślić, że w obu przedstawionych sytuacjach wierzyciel może żądać ubezskutecznienia całej czynności prawnej, a nie tylko jej części. Nie wiadomo bowiem – do chwili podziału – w jakim zakresie dłużnikowi przypadnie prawo lub rzecz. Tylko zaś jeśli wierzyciel w pierw ubezskuteczni czynność prawną, można przyjąć fikcję, że udział w prawie

12 T. Smyczyński, *Rozliczenia małżonków względem wierzycieli oraz przy podziale wspólnego majątku* (w:) T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 11. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 511.

lub rzeczy nadal stanowi składnik majątku osobistego dłużnika, co umożliwi dokonanie podziału (bez stwierdzenia bezskuteczności nie ma czego dzielić, gdyż prawo lub rzecz znajdują się już w majątku osoby trzeciej). Jeśli okaże się, że do majątku osobistego dłużnika po podziale nie wejdą żadne nowe składniki, to wierzyciel nie zaspokoi przysługującej mu wierzytelności. Przedstawione założenie wynika z charakteru prawnego współwłasności powstałej po zniesieniu wspólności łącznej między małżonkami (ze wspólnej masy majątkowej wyodrębnione zostają wspólne prawa rzeczowe odnoszące się do poszczególnych rzeczy). Nie jest to współwłasność zwykła (ułamkowa), lecz współwłasność w częściach ułamkowych „z piętnem” zniesionej wspólności łącznej, co oznacza choćby ograniczenia w uprawnieniach współwłaścicieli do rozporządzania swoimi udziałami (zob. art. 46 k.r.o. w zw. z art. 1036 k.c.). Dopiero podział majątku krystalizuje składniki majątku osobistego małżonków. Do tego czasu, choć przysługują im udziały we współwłasności poszczególnych rzeczy, to należy przyjąć, że wierzyciel może oczekiwać, iż cała rzecz przypadnie jego dłużnikowi i dlatego może żądać ubezpieczenia całej czynności prawnej (także odnoszącej się do udziału małżonka dłużnika).

Podsumowując, jeśli małżonka dłużnika nie wyrazi zgody na zaciągnięcie przez niego zobowiązania na podstawie art. 41 k.r.o., ochrona pauliańska przysługuje wierzycielowi w ściśle określonych sytuacjach – zawsze jednak

dopiero po ustanowieniu z datą wsteczną rozdzielnosci majątkowej, a przed podziałem majątku wspólnego.

Na marginesie należy ponownie podkreślić, że wierzycielowi przysługuje ochrona pauliańska, jeśli małżonka dłużnika wyraziła zgodę na zaciągnięcie przez niego zobowiązania (w stanie faktycznym, w którym orzekł Sąd Najwyższy, brakowało zgody). Nie istnieje w takiej sytuacji potrzeba ustanowienia rozdzielnosci majątkowej, aby ubezpieczyć czynność prawną dokonaną przez dłużnika samodzielnie, wspólnie z małżonką lub samodzielnie przez małżonkę. Jeżeli jednak małżonka dłużnika dokonuje samodzielnie czynności prawnej odnoszącej się do przedmiotu wchodzącego w skład majątku wspólnego (np. daruje samochód synowi), to jej świadomość, a nie dłużnika, będzie oceniana w postępowaniu wszczętym ze skargi pauliańskiej. Jest ona wtedy traktowana jak „dłużnik”, choć tylko ma obowiązek znoszenia egzekucji z majątku wspólnego. Jeśli czynność prawna dokonana jest wspólnie lub za – określoną w art. 37 k.r.o. – zgodą dłużnika (np. darowizna nieruchomości), wtedy wystarczy stwierdzenie tylko po stronie dłużnika świadomości działania w celu pokrzywdzenia wierzyciela. Z drugiej strony, skoro małżonka dłużnika wyraziła zgodę na zaciągnięcie przez niego zobowiązania, to wierzyciel co do zasady też bez problemu wykaże, że działała ze świadomością jego pokrzywdzenia, gdyż wiedziała o zobowiązaniu.

Opracował *Michał Kučka*

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 9 sierpnia 2011 r., III CZP 10/11, OSNC 2011, nr 12, poz. 129

Wykonanie trwałego i widocznego urządzenia przez posiadacza nieruchomości w zakresie służebności gruntowej drogi dojazdowej jest przesłanką zasiedzenia tej służebności (art. 292 k.c.).

Komentowana uchwała Sądu Najwyższego ma na celu usunięcie rozbieżności w dotychczasowym orzecznictwie SN w kwestii dopuszczalności nabycia służebności w drodze zasiedzenia, jeżeli urządzenie – będące przedmiotem korzystania przez posiadacza nieruchomości w zakresie służebności gruntowej drogi dojazdowej – zostało wykonane przez inną osobę niż posiadacz (tj. przez właściciela nieruchomości obciążonej lub osobę trzecią). Treść uchwały jest jasna i nie wymaga komentarza, warto jednak przyjrzeć się bliżej argumentacji SN.

Uzależnienie zasiedzenia służebności od posiadania polegającego na korzystaniu z trwałego i widocznego urządzenia ma – zdaniem SN – na celu ochronę właściciela nieruchomości, a także niedopuszczenie do przekształcania się przypadków grzeźnościowego korzystania z cudzej nieruchomości w stosunki prawnorzeczowe. Z tego względu urządzenie, o których mowa w art. 292 k.c., powinny spełniać funkcję ostrzegawczą dla właściciela nieruchomości. W rezultacie SN dochodzi do wniosku,

że tylko urządzenie wzniesione przez posiadacza stanowi widomy znak przestrzegający, iż istniejący na gruncie stan powstały na skutek działania osoby nieuprawnionej może doprowadzić do ograniczenia prawa własności. Konkluzję tę Sąd Najwyższy wspiera, podając przykład, w którym urządzenie wzniosł właściciel nieruchomości służebnej niekorzystający na co dzień ze swej nieruchomości. Właściciel ten może w sposób niebudzący wątpliwości zorientować się, że z jego nieruchomości korzysta osoba nieuprawniona, tylko jeśli zostanie trwały ślad po tym korzystaniu w postaci urządzenia, o którym mowa w art. 292 k.c. Podany przypadek należy zakwalifikować jednak jako szczególny. Najczęściej jest bowiem tak, że długoletniemu (często kilkupokoleniowemu) korzystaniu z cudzej drogi towarzyszy świadomość i akceptacja tego stanu rzeczy przez właściciela nieruchomości. Wymóg wzniesienia urządzenia przez korzystającego z gruntu w takich przypadkach nie został przez SN uzasadniony¹³.

Ponadto Sąd Najwyższy stwierdza, że w sytuacjach wyjątkowych, gdy chodzi o korzystanie z urządzenia w sposób szczególny, zwracający w sposób oczywisty uwagę właściciela nieruchomości na charakter posiadania osoby korzystającej z urządzenia, okoliczność, że wzniosł je właściciel nieruchomości obciążonej lub inna osoba, może – w konkretnym przypadku – nie stanowić przeszkody do nabycia służebności gruntowej

13 Por. zdanie odrębne sędziego Dariusza Zawistowskiego.

przez zasiedzenie. Z przedstawionej argumentacji wynika zatem, że SN dostrzega takie sytuacje, kiedy ocena, czy korzystanie z urządzenia było widoczne dla właściciela, powinna być dokonywana *ad casu* niezależnie od tego, kto wykonał urządzenie. Niekonsekwentny wydaje się w związku z tym wymóg wykonania urządzenia przez posiadacza nieruchomości w zakresie służebności gruntowej drogi dojazdowej – bez względu na to, czy w konkretnym przypadku ochrona właściciela jest uzasadniona.

Uchwała SN z dnia 9 grudnia 2011 r., III CZP 79/11, „Biuletyn SN” 2011, nr 12, s. 7

Nieważna jest umowa darowizny nieruchomości ukryta pod pozorną umową sprzedaży tej nieruchomości.

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że problematyka pozorności umów z zakresu obrotu nieruchomości poruszana jest zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie już od kilkudziesięciu lat. Wydaje się, że poziom skomplikowania zagadnienia i nieusuniętych przez lata wątpliwości spowodował konieczność wydania komentowanej uchwały. Należy bowiem zwrócić uwagę, że SN nie odmówił udzielenia odpowiedzi na pytanie sądu, pomimo tego, że niedawno – bo w uchwale z 22 maja 2009 r.¹⁴ – orzekł już, iż umowa o dożywocie ukryta pod pozorną

14 III CZP 21/09, OSNC 2010, nr 1, poz. 13.

umową sprzedaży nieruchomości zawarta w formie aktu notarialnego jest nieważna, jeżeli istotne postanowienia umowy o dożywocie nie zostały objęte tą formą szczególną. Komentowana uchwała stanowi kontynuację tej linii orzeczniczej. Zgodnie z uchwałą czynność ukryta, jako odrębna czynność prawna, nie może korzystać z formy prawnej, w jakiej dokonano czynności pozornej. Dopuszczenie takiej możliwości wymagałoby ustanowienia stosownej podstawy prawnej. Treść art. 83 § 1 zdanie drugie k.c., nakazującego oceniać ważność czynności ukrytej według jej właściwości, nie zawiera jednak żadnej wzmianki pozwalającej wnioskować, że zezwala on na rozluźnienie wymagań formalnych w odniesieniu do takiej czynności. Do zachowania formy czynności prawnej zgodnie z art. 158 k.c. konieczne jest, aby w tej formie złożone zostały przynajmniej oświadczenia woli obejmujące elementy przedmiotowo istotne danego typu czynności. Takim elementem jest oświadczenie woli o nieodpłatnym przeniesieniu własności. W związku z powyższym wymagania co do formy nie mogą być spełnione ani w przypadku ukrytej umowy darowizny, ani ukrytej umowy dożywocia nieruchomości, jeśli to oświadczenie woli o odpłatnym przeniesieniu nieruchomości (bez zobowiązania do zapewnienia dożywotniego utrzymania w przypadku ukrytej umowy dożywocia) zostało zawarte w formie aktu notarialnego.

Sąd Najwyższy przesądził tym samym, że czynności prawne, dla których wymagana jest forma

szczególna, nie mogą być ważne jako czynności ukryte, jeśli czynność pozorna należy do czynności prawnych innego typu (np. czynność pozorna stanowi umowę sprzedaży, a ukryta darowizny). Zwrócić uwagę należy, że inaczej traktowany jest przez Sąd Najwyższy przypadek, kiedy w umowie pozornej, zawartej w formie aktu notarialnego, i w umowie pod nią ukrytej, różnie została określona cena. W uzasadnieniu komentowanej uchwały SN stwierdza, że art. 83 § 1 zdanie drugie k.c. dotyczy innej ukrytej czynności prawnej (a zatem czynności prawnej innego typu), a nie ukrycia elementu treści tej samej czynności prawnej, np. rzeczywistej ceny w umowie sprzedaży. Zgodnie bowiem z poglądem reprezentowanym w najnowszym orzecznictwie SN¹⁵ w przypadku określenia w umowie innej ceny, niż rzeczywiście zapłacona, dochodzi jedynie do zatajenia części wzajemnego świadczenia, sama zaś czynność prawna (umowa sprzedaży) pozostaje ta sama. Zaniżenie ceny przedmiotu sprzedaży nie może być zatem – zdaniem Sądu Najwyższego – uznane w myśl art. 83 § 2 zdanie

15 Zob. wyrok SN z 13 kwietnia 2005 r., IV CK 684/04, LEX nr 284205; wyrok SN z 27 kwietnia 2004 r., II CK 191/03, LEX nr 399727.

drugie k.c. za taką wadę umowy, która powoduje jej nieważność. W efekcie nie jest możliwe – z uwagi na art. 247 k.p.c. – prowadzenie dowodów z zeznań świadków i przesłuchania stron na okoliczność, że w rzeczywistości strony uzgodniły inną cenę niż określona w akcie notarialnym.

Sąd Najwyższy podtrzymał zatem w komentowanej uchwale stanowisko, zgodnie z którym umowa tego samego rodzaju nie może być ukrytą czynnością prawną¹⁶. Pogląd ten budzi jednak wątpliwości, ponieważ w przypadku zawyżenia lub zaniżenia ceny w akcie notarialnym, mamy do czynienia z sytuacją, w której strony chcą innego skutku, choć rodzajowo jest on identyczny z po-

16 Na marginesie trzeba przypomnieć, że wcześniej SN reprezentował pogląd odmienny, zgodnie z którym umowa sprzedaży, w której kontrahenci wskazali cenę sprzedanego przedmiotu odmienną od rzeczywiście umówionej, jest umową pozorną. Pozorność jest wadą oświadczenia woli, a w związku z tym, że wady oświadczenia woli mogą być udowodniane wszelkimi środkami, przewidziane w art. 247 k.p.c. ograniczenia dowodowe nie mają tu zastosowania – zob. m.in. wyrok SN z dnia 18 marca 1966 r., II CR 123/66, OSNC 1967, nr 2, poz. 22; uchwała SN z 20 października 1966 r., III CZP 83/66, OSNC 1967, nr 7–8, poz. 119.

danym w akcie notarialnym¹⁷. Strony chcą przeniesienia własności, ale nie za cenę określoną w akcie notarialnym. Umowa sprzedaży z nieprawdziwą ceną różni się zatem jednym z elementów przedmiotowo istotnych od rzeczywiście zawartej umowy sprzedaży i z tego względu stanowi inną czynność prawną (inną umowę sprzedaży). Skoro niezgodna z prawdą cena nie ma być wiążąca dla stron, to oświadczenie woli dotyczące ceny jest pozorne w rozumieniu art. 83 § 1 k.c., co przekłada się na pozorność całej umowy sprzedaży, której element stanowiła nieprawdziwa cena. W tej sytuacji także rzeczywiście zawarta umowa sprzedaży nie może być uznana za ważną, z uwagi na niespełnienie wymagań co do formy wynikających z art. 535 w zw. z art. 158 k.c.

W związku z powyższym komentowana uchwała nie zasługuje na aprobatę w zakresie, w jakim wynika z niej, że o pozorności może być mowa tylko wtedy, gdy umowa udokumentowana (pozorna) i umowa zawarta w rzeczywistości (ukryta) należą do czynności prawnych innego typu.

Opracowała Katarzyna Pałka

17 E. Drozd, *Pozorność w umowach przenoszących własność nieruchomości*, SC 1974, t. XXII, s. 81 i n.