FORUM PRAWNICZE

NUMER 6 (14)
GRUDZIEŃ 2012

Spis treści

ARTYKUŁY

Antoni Bojańczyk
3 **Zdanie odrębne w postępowaniu karnym**

Sławomir Adamczyk, Barbara Surdykowska
14 **Związki zawodowe a rozwój partycypacji w przedsiębiorstwach ponadnarodowych**

RECENZJE

Aleksander Stępkowski
27 **Między klasycznością a nowoczesnością w pojmowaniu dobra wspólnego. Refleksje na kanwie monografii Marka Piechowiaka *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego***

Marek Piechowiak
41 **O meandrach i bezdrożach krytyki naukowej. Uwagi do tekstu Aleksandra Stępkowskiego *Między klasycznością a nowoczesnością w pojmowaniu dobra wspólnego***

Franciszek Longchamps de Bérier
50 **O wniosku analogicznym „między logiką a jurysprudencją", czyli ani tu, ani tam**

Agnieszka Kacprzak
63 **O wnioskowaniu z analogii – odpowiedź na recenzję Franciszka Longchamps de Bériera książki *Tra logica e giurisprudenza. Argumentum a simili nei 'Topici' di Cicerone***

SPRAWOZDANIE

Adam Szafrański
70 **Fédération Internationale pour le droit européen. Międzynarodowa konferencja naukowa. Tallin, 30 maja–2 czerwca 2012 roku**

ORZECZNICTWO

Marcin Stębelski
73 **Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne**

Anna Michalak
80 **Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski[1]
87 **Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu**

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski
93 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

Jerzy Pisuliński (red.), Michał Kućka, Katarzyna Pałka
98 **Przegląd orzecznictwa –prawo prywatne**

Paweł Wiliński
105 **Przegląd orzecznictwa – prawo karne**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu należy dołączyć 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) **glosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas niestanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Glosy 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 przesyłać w formie elektronicznej na adres: redakcja@forumprawnicze.eu.

Teksty podlegają procedurze oceny merytorycznej, po zakończeniu której autor otrzymuje decyzję redakcji o ich przyjęciu albo odrzuceniu.

FORUM PRAWNICZE

Numer 1 (14) | Styczeń 2013
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

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 Skoczylas
prof. Bogdan Szlachta
prof. Piotr Tuleja
ks. prof. Krzysztof Warchałowski
prof. Paweł Wiliński

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak
Zastępca redaktora naczelnego: dr Adam Szafrański
Sekretarz redakcji: mgr Krzysztof Szczucki
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier
dr hab. Michał Królikowski
dr Leszek Bosek

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

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Antoni Bojańczyk

Zdanie odrębne w postępowaniu karnym

Antoni Bojańczyk

Doktor habilitowany, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji UKSW w Warszawie, w latach 2000–2004 asystent sędziego SN, autor prac z zakresu postępowania karnego, stypendysta Komisji Fulbrighta i Fundacji Alexandra von Humboldta.

Dissents in Criminal Procedure

The paper discusses dissenting opinions in criminal procedure. It starts by pointing out that inevitably all judicial systems have to deal with voting in decision-making by courts composed of multiple judges. Two model solutions are feasible here: either adopting a system based on an absolute unanimity (which generally would always require a retrial in case the court splits on any issue) or a system that accepts natural divisions among judges that sit on the bench and hear and decide criminal cases together and therefore rests on a majority principle. A dissent is a vote cast by any judge sitting on the bench against the majority votes on any issue being decided by the court, be it legal or factual. However, in practice (both in procedural provisions and in legal writing) only those dissenting votes (opinions) that can be or are made public are referred to as dissents. The paper proceeds on to analyze the various legal functions of such dissenting votes (opinions) in criminal procedure. It then presents a detailed and critical historical overview of various regulations of a dissenting vote or opinion adopted by the legislator in Poland over a period of eighty years, beginning with the first Polish Code of Criminal Procedure (1928) up to the present Code of Criminal Procedure of 1997. It closes with a proposal of possible amendments to the regulations being currently in force.

1. *Definicja pojęcia*

Gdyby opierać się li tylko na brzmieniu ustawy postępowania karnego, to wypadałoby przyjąć, że zdanie odrębne[1] jest procesowo

1 Problematyka zdania odrębnego cieszyła się onegdaj w literaturze żywym zainteresowaniem, czego wyrazem jest nie tylko monografia J. Bratoszewskiego, *Zdanie odrębne w procesie karnym*, Warszawa 1973 (zob. recenzję M. Lipczyńskiej, „Państwo i Prawo" 1974, z. 12, s. 122 i n.), ale cały szereg prac artykułowych i glos. Por. m.in. M. Szerer: *Votum separatum*, „Nowe Prawo" 1956, nr 7–8, s. 127 i n.; *tenże*: *Zdanie odrębne w świetle właściwego myślenia prawniczego*, „Nowe Prawo" 1964, nr 9, s. 840 i n.; *tenże*: *Funkcja zdania odrębnego*, „Państwo i Prawo" 1968, z. 2, s. 283 i n.; H. Kempisty: *Votum separatum*, „Państwo i Prawo" 1963, z. 2, s. 271 i n.; Z. Najgebauer: *Instytucja „zdania odrębnego" a jego publikacja*, „Nowe Prawo" 1964, nr 7–8, s. 758 i n.; J. Bratoszewski:

uzewnętrznionym faktem głosowania, przez jednego lub więcej członków kolegialnego składu sądzącego, przeciwko stanowisku większości[2]. Trzeba jednak pamiętać, że nie jest to ujęcie ścisłe, w każdym razie z logicznego punktu widzenia. Przez zdanie odrębne (*votum separatum*) – w ujęciu abstrakcyjnym, oderwanym całkowicie od konkretnych rozwiązań przyjmowanych przez obowiązujące prawo pozytywne – należy bowiem rozumieć głos (*votum*, *contravotum*) oddany przez przegłosowanego sędziego w toku niejednomyślnego głosowania nad rozstrzygnięciem, które podejmuje kolegialny skład sądzący[3], i to niezależnie do tego, czy sędzia dysydent decyduje się na uzewnętrznienie tego faktu (co oczywiście jest uzależnione od konkretnych rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę w tym zakresie, od tego, czy ustawa pozwala mu na ujawnienie głosowania przeciwko większości). Wszak nie da się zanegować, że nawet wtedy, gdy zdanie odrębne nie może zostać w żaden sposób uzewnętrznione procesowo (np. nie czyni się wzmianki o złożeniu zdania odrębnego w treści samego orzeczenia), to i tak z ontologicznego punktu widzenia zdanie odrębne „istnieje". Sprawa sposobu upublicznienia (ujawnienia) zdania odrębnego jest z tego punktu widzenia zagadnieniem wtórnym i zależnym wyłącznie od konkretnej regulacji przyjętej w tym zakresie przez ustawodawcę. Przyjęcie stanowiska, że zdaniem odrębnym jest wyłącznie ten głos sędziego, który dana ustawa nakazuje lub pozwala ujawnić, prowadzi do uproszczenia całej problematyki i zawężenia zagadnienia zdania odrębnego. Trzeba jednak lojalnie przyznać, że gdy mówi się (w literaturze przedmiotu) o zdaniu odrębnym, to zazwyczaj ma się na myśli zdanie odrębne, które zostało uzewnętrznione przez sędziego (ławnika).

Zdanie odrębne – ze swojej istoty – może zostać zgłoszone wyłącznie wtedy, gdy rozstrzygnięcie wydaje komplet kolegialny. W składzie jednoosobowym nie ma wszak miejsca na nierozstrzygalny spór. Sędziego orzekającego jednoosobowo mogą oczywiście nurtować rozmaite, nawet bardzo silne wątpliwości natury prawnej bądź faktycznej. Jednak ostatecznie muszą one zostać przez niego definitywnie usunięte i górę musi wziąć określone rozwiązanie.

Przyczyna zdania odrębnego. Przyczyną zdania odrębnego jest rozbieżność poglądów w procesie decyzyjnym prowadzącym do powzięcia rozstrzygnięcia przez członków kolegialnego składu orzekającego. Jest ona w danym wypadku na tyle silna, że nie daje się jej usunąć w toku narady sędziowskiej i wzajemnego ścierania się poglądów głosujących sędziów na określone rozstrzygnięcie. W efekcie głosowanie nie doprowadza do jednomyślnego wyniku. Głosy rozkładają się w ten sposób, że wyłącznie jedno stanowisko uzyskuje większość. W przypadku orzekania przez składy kolegialne nie da się zatem w żaden sposób uniknąć zdania odrębnego jako takiego. Żadne instrumenty procesowe nie są w stanie *wymusić* jednomyślności na członkach kolegialnego składu sądzącego. Prawo procesowe musi sobie zatem radzić jakoś z naturalną różnorodnością rozkładu głosów członków wieloosobowych kompletów orzekających. W tym zakresie możliwe do pomyślenia są dwa zasadnicze, przeciwstawne rozwiązania modelowe.

Zdanie odrębne, „Nowe Prawo" 1961, nr 11, s. 1386 i n.; F. Prusak: *Dopuszczalność ujawnienia zdania odrębnego*, „Nowe Prawo" 1964, nr 1, s. 63 i n.; F. Prusak, Najgebauer, *Ujawnienie zdania odrębnego w procesie karnym*, „Nowe Prawo" 1965, nr 4, s. 389 i n.; E. Skrętowicz, *O jawności zdania odrębnego w postępowaniu karnym*, „Nowe Prawo" 1971, nr 3, s. 391 i n.; F. Rosengarten, *Zdanie odrębne w procesie karnym*, „Nowe Prawo" 1984, nr 1, s. 58 i n.; F. Prusak, glosa do postanowienia składu 7 sędziów SN z 20.3.1967 r., sygn. U 1/67, „Nowe Prawo" 1968, nr 4, s. 694 i n.; E. Skrętowicz, glosa do wyroku SN z 19.5.1971 r., sygn. IV KR 83/71, OSPiKA 1972, nr 6, poz. 111, s. 272 i n. Ostatnio zainteresowanie problematyką zdania odrębnego w postępowaniu karnym wyraźnie przygasło: z nowszych prac zob. np. E. Kruk, *Zdanie odrębne sędziego w polskim procesie karnym. Zagadnienia wybrane* (w:) L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 704 i n.

2 Art. 114 § 1 k.p.k.: „Przy składaniu podpisu [pod orzeczeniem] członek składu orzekającego ma prawo zaznaczyć na orzeczeniu swoje zdanie odrębne podając, w jakiej części i w jakim kierunku kwestionuje orzeczenie". Zdanie odrębne może dotyczyć samego uzasadnienia orzeczenia (art. 114 § 2 k.p.k.). Jeżeli jednak członek składu sądzącego decyduje się na złożenie zdania odrębnego, to sporządzenie uzasadnienia staje się obligatoryjne (art. 114 § 3 k.p.k.). Zgłoszenie zdania odrębnego do wyroku podaje się do wiadomości; nazwisko sędziego dysydenta tylko wtedy, gdy wyraził na to zgodę (art. 418 § 2 k.p.k.).

3 Por. J. Bratoszewski, *Zdanie odrębne…*, s. 1389.

(1) Pierwszy model oparty jest na koncepcji *a limine* odrzucającej jakąkolwiek niejednomyślność wśród członków kompletu orzekającego. Skoro jednak – jak powiedziano – niejednomyślność (i w efekcie także zdania odrębne) jest trwale i *ex definitione* wpisana w naturę orzekania kolegialnego, to prostą konsekwencją koncepcji opierającej się na założeniu dopuszczalności funkcjonowania w obrocie prawnym *wyłącznie* orzeczeń jednomyślnych byłaby konieczność wyeliminowania z obrotu prawnego orzeczeń niejednomyślnych. W takim modelu zgłoszenie zdania odrębnego przez jednego z sędziów orzekających w składzie kolegialnym powinno zatem mieć ten skutek procesowy, że niemożliwe byłoby wydanie procesowo ważnego orzeczenia dopóty, dopóki członkowie kompletu orzekającego nie przezwyciężą dzielącej ich różnicy zdań co do któregokolwiek z koniecznych elementów wyroku (rozstrzygnięcie o winie, rozstrzygnięcie o karze). Rzecz jasna, ustawa postępowania karnego musiałaby precyzyjnie określać konsekwencje procesowe braku osiągnięcia kompromisu przez sędziów i wydania orzeczenia jednomyślnego. Przede wszystkim jest oczywiste, że wymogi praktyki nie pozwalają na utrzymanie takiego stanu niepewności prawnej, czy wyczekiwania na kompromis członków kompletu orzekającego.

Konieczne stawałoby się zatem ponowne rozpoznanie sprawy celem powzięcia – wymaganego przez prawo – orzeczenia jednomyślnego[4]. Sprawa byłaby więc rozpoznawana dopóty, dopóki nie udałoby się osiągnąć jednomyślności i dopóty nie zapadłoby orzeczenie jednomyślne. Mankamenty takiej regulacji są aż nadto widoczne. Od razu narzuca się myśl, że niekoniecznie musi być tak, że to przegłosowany sędzia myli się co do kwestii prawnej czy faktycznej. Ponowne rozpoznawanie sprawy w razie niejednomyślności członków kompletu sądzącego prowadziłoby do marnotrawienia nakładów finansowych i czasu uczestników postępowania, dochodziłoby też do *sui generis* „zmęczenia materiału". Za każdym kolejnym rozpo-

Żadne instrumenty procesowe nie są w stanie wymusić jednomyślności na członkach kolegialnego składu sądzącego. Prawo procesowe musi sobie zatem radzić jakoś z naturalną różnorodnością rozkładu głosów członków wieloosobowych kompletów orzekających.

znaniem sprawy świadkowie zapominają o pewnych faktach, ulatnia się świeżość relacji (zeznań), zanika zdolność obiektywnego i dokładnego odtworzenia przebiegu relacjonowanego zdarzenia, w świadomości świadka utrwalają się niewiele mające wspólnego z rzeczywistością schematyczne obrazy relacjonowanego zdarzenia etc. Wątpliwa jest także jedyna zaleta tego modelu. Ma on przecież w założeniu doprowadzić do zwiększenia autorytetu wymiaru sprawiedliwości dzięki oparciu wszystkich zapadających rozstrzygnięć na jednomyślności. Tymczasem w istocie prowadzi do efektów całkowicie odwrotnych: powstaje bowiem wrażenie, że jednomyślność jest siłą (sztucznie) wymuszana przez prawo procesowe[5], przez wyznaczanie

4 W takim mniej więcej kierunku szła koncepcja F. Rosengartena (*Zdanie odrębne…*, s. 63), który proponował na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1969 r., by złożenie więcej niż jednego zdania odrębnego skutkowało skierowaniem sprawy do ponownego rozpoznania w tej samej instancji przez sąd w innym składzie.

5 Por. w tym kontekście słuszną uwagę M. Szerera (*Zdanie odrębne w świetle…*, s. 844): „dobry wymiar sprawiedliwości osiąga

kolejnych składów sądzących i konieczność ponownego rozpoznawania tej samej sprawy, aż do wydania orzeczenia jednomyślnego. To zaś prowadzi tylko do obniżenia powagi wymiaru sprawiedliwości.

jednym z trzech potencjalnych wariantów regulacji zagadnienia zdania odrębnego w procesie karnym: (1) bezwzględnej tajności zgłoszenia zdania odrębnego przez jednego z wotantów, (2) względnej (częściowej) tajności zgłoszenia zdania odrębnego i (3) bezwzględnej jawności zgłoszenia zdania odrębnego przez jednego z członków składu sądzącego Do tego wątku przyjdzie wrócić niżej.

Czy rzeczywiście da się potrzebę ujawnienia zdania odrębnego uzasadnić wyłącznie interesem indywidualnym przegłosowanego sędziego w „zamanifestowaniu" swego odrębnego poglądu na zapadłe w postępowaniu rozstrzygnięcie?

(2) Model drugi jest zdecydowanie bardziej elastyczny. Uwzględnia potrzeby i wymogi praktyki i opiera się na akceptacji nieuchronności niejednomyślnego orzekania przez kolegialne składy sądzące, i konieczności uniknięcia niepotrzebnych kosztów związanych z przekazywaniem spraw do ponownego rozpoznania, które immanentnie wiążą się z koncepcją wymuszającą jednomyślność na składach sądzących. Dlatego też przyjmuje głosowanie większościowe jako fundament orzekania. Jeżeli narada i tocząca się w jej trakcie debata sędziowska nie doprowadzą do jednomyślności, postępowanie nie musi być powtarzane, sprawa nie musi być kierowana do ponownego rozpoznania. Niejednomyślność nie niweczy przeprowadzonego postępowania i zapadłego rozstrzygnięcia. To zdanie większości decyduje ostatecznie o treści rozstrzygnięcia. Oparcie się na modelu akceptacji niejednomyślności w kolegialnych składach sądzących oczywiście stawia nieuchronnie przed ustawodawcą pytanie, czy (a jeżeli tak, to w jakim trybie i na jakich zasadach) należy ujawniać fakt niejednomyślnego wyniku narady i głosowania nad orzeczeniem, czyli fakt oddania *votum separatum*. Na takie pytanie odpowiedzieć musieli też twórcy kodeksów postępowania karnego z 1928, 1969 i 1997 r., opowiadając się za

2. *Funkcje zdania odrębnego*

a. Stworzenie możliwości sędziemu głosującemu przeciwko większości zewnętrznego zasygnalizowania nieprzezwyciężalnej różnicy zapatrywań co do okoliczności rozstrzyganych w wyroku: „odrębne zdanie sędziego przegłosowanego ma wyłącznie na celu interes sędziego, któremu z tych czy innych względów może zależeć na ujawnieniu tego, że nie głosował za danym wyrokiem"[6]. Powstaje jednak pytanie, czy rze-

się nie przez wysilone dążenie do jednomyślności, która bywa wynikiem kulejącego kompromisu, ale przez zabezpieczenie możliwości skontrolowania orzeczenia".

6 A. Mogilnicki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1933, s. 684. Por. także motywy do projektu kodeksu postępowania karnego z 1928 r.: „Sędzia przegłosowany powinien mieć możliwość zaznaczenia swego odrębnego zdania. Aczkolwiek wyrokuje zespół, którego orzeczenie pokrywa wszystkie zdania poszczególnych sędziów, to jednak zdarzają się przypadki, kiedy sędziemu może zależeć na tem, żeby jego odrębne zdanie było uwidocznione (…) sędziemu zależy na tem przeważnie z pobudek natury moralnej, ma on prawo nie brać na swoje sumienie odpowiedzialności za wyrok jego zdaniem niesłuszny, ma prawo zaznaczyć, że nie zgadza się z zasadą prawną, którą uznano za podstawę wyroku, a którą tenże sędzia mógł np. niedawno zwalczać, jako niesłuszną w artykule naukowym lub wykładzie" (A. Mogilnicki, E.S. Rappaport, *Kodeks postępowania karnego. Cz. II. Motywy ustawodawcze*,

czywiście da się potrzebę ujawnienia zdania odrębnego uzasadnić wyłącznie interesem indywidualnym przegłosowanego sędziego w „zamanifestowaniu" swego odrębnego poglądu na zapadłe w postępowaniu rozstrzygnięcie. Takie ujęcie prowadziłoby w pewnym sensie do zredukowania instytucji zdania odrębnego do instrumentu procesowego o charakterze półprywatnym, obliczonego na ochronę partykularnych (i w dodatku nie do końca sprecyzowanych) interesów sędziego. Budzi to zasadnicze wątpliwości: nie o to wszak chodzi w postępowaniu karnym, by chronić osobisty interes sędziego. Przeciwnie: proces karny jest zorientowany na ochronę słusznych interesów prawnych stron procesowych, na wydanie słusznego rozstrzygnięcia co do przedmiotu procesu. Nie sposób odmówić racji M. Szererowi[7], gdy pisze, że „ustawa o postępowaniu sądowym w ogóle nie zajmuje się interesami sędziego (…) prawne uregulowanie procedury karnej ma na oku wyłącznie takie ułożenie poszczególnych etapów akcji, zmierzającej do ukarania przestępcy, jakie najlepiej odpowiada interesowi społecznemu (…) ustawy proceduralnej nie obchodzi odpowiedzialność sędziego ani moralna, ani społeczna, ani prawna". Dlatego też chyba niesłuszne byłyby próby uzasadniania potrzeby procesowego uzewnętrzniania złożenia zdania odrębnego wyłącznie względami związanymi z interesem sędziego. Nie oznacza to jednak – mimo wszystko – że wzgląd na potrzebę uzewnętrznienia przez sędziego sprzeciwu wobec pewnego rozstrzygnięcia zawartego w orzeczeniu powinien być ignorowany jako motyw ustawodawczy przy konstruowaniu regulacji dotyczącej ujawniania zdania odrębnego. Ma on jednak, jak się zdaje, znaczenie zdecydowanie drugoplanowe.

b. Funkcja dokumentacyjna: utrwalenie faktu niejednomyślnego głosowania oraz powodów, które przesądziły o tym, że nie da się wypracować jednolitego stanowiska odnośnie do danej kwestii (prawnej, faktycznej). Zwrócić od razu należy uwagę na to, że realizacja tej funkcji zależy jednak od ukształtowania instytucji zdania odrębnego w konkretnym systemie prawa karnego procesowego: m.in. od tego, czy ustawa wprowadza obowiązek odnotowania faktu złożenia zdania odrębnego (czy też jest to tylko prawo sędziego dysydenta) i jego publicznego ogłoszenia, w jakim zakresie utrwala się procesowo zdanie odrębne etc. Pochodną funkcji dokumentacyjnej zdania odrębnego są trzy funkcje zdania odrębnego o charakterze gwarancyjnym:

b.i. zdanie odrębne (jeżeli jest jawne i motywowane) stwarza stronom możliwość zapoznania się z przeciwną argumentacją, która doprowadziła sędziego lub sędziów do odmiennego głosowania nad określonym rozstrzygnięciem bądź do odmiennego uzasadnienia danego rozstrzygnięcia: ma to szczególne znaczenie zwłaszcza dla strony, bo umożliwia jej przemyślenie kwestii zasadności formułowania środka odwoławczego od danego orzeczenia;

b.ii. Jawne zdanie odrębne i jego motywy stanowią istotny punkt odniesienia dla sądu odwoławczego (kasacyjnego). Może się on oprzeć na tej argumentacji przy rozpoznawaniu środka odwoławczego;

b.iii. Złożenie przez sędziego jawnego zdania odrębnego (i to nawet jawnego wyłącznie dla sędziów) umożliwi mu zwolnienie się od ewentualnej odpowiedzialności karnej bądź dyscyplinarnej za wydane kolegialnie orzeczenie. Ta funkcja zdania odrębnego była eksponowana w motywach ustawodawczych do projektu kodeksu postępowania karnego z 1928 r., które podają jeden przykład takiego orzeczenia: „w Sądzie Najwyższym toczyło się w r. 1925 postępowanie dyscyplinarne przeciwko dwom sędziom, oskarżonym o to, że świadomie, wbrew wyraźnemu brzmieniu ustawy, wydali wyrok w sprawie, nie należącej do właściwości sądów polskich ze względu na przepisy o zakrajowo-

Warszawa 1929, s. 449–450). M. Szerer oponował stanowczo przeciwko „sędziowskiej" funkcji zdania odrębnego: „[a]le nie przesadzę chyba twierdząc, że mało kto potrafi powiedzieć, po co – na dobrą sprawę – istnieje ta instytucja (tj. zdanie odrębne – AB); to znaczy, jaki jest z niej pożytek. A przecież nie po to chyba tylko pozwala się jej trwać, by mogła święcić się zasada *dixi et salvavi animam meam*" (M. Szerer, *Votum separatum (Z teki karnika)*, „Nowe Prawo" 1956, nr 7–8, s. 127). Por. także postanowienie składu 7 sędziów SN z 20.3.1967 r., sygn. U 1/67, OSNKW, nr 9/1967, poz. 86: „ustawa przewiduje możliwość złożenia zdania odrębnego, mając na uwadze interes przegłosowanego sędziego (ławnika), szanując jego indywidualne przekonanie, oraz umożliwiając mu uwolnienie się od odpowiedzialności moralnej, społecznej czy nawet prawnej za orzeczenie wydane wbrew jego przekonaniu, któremu dał wyraz w toku narady".

7 M. Szerer, *Funkcja…*, s. 283–284.

ści, [t]rzeci sędzia, który zaznaczył swoje odrębne zdanie, uzasadniając je tem, że sprawa nie należy do właściwości sądów polskich – nie był pociągnięty do odpowiedzialności. Może się więc zdarzyć, aczkolwiek bardzo rzadko, że sędzia może mieć nie tylko moralny, ale nawet realny interes w zaznaczeniu swego odrębnego zdania"[8]. Możliwość taką za „czysto teoretyczną" uważa M. Szerer[9], z czym jednak chyba nie można się zgodzić. I to nie tylko z uwagi na przykład podany w motywach do ustawy postępowania karnego z 1928 r. Co paradoksalne, w podobny sposób przyjęta przez ustawodawcę na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1969 r. fakultatywność ujawniania zdania odrębnego w postępowaniu karnym *udaremniła* pociągnięcie do odpowiedzialności dyscyplinarnej niektórych sędziów orzekających w stanie wojennym (chodzi o postępowania dyscyplinarne dotyczące sprzeniewierzenia się niezawisłości sędziowskiej przez sędziów orzekających w okresie stanu wojennego). Nie jest bowiem możliwe ustalenie (zgodnie z wymogami ustawy postępowania karnego, którą stosuje się odpowiednio w postępowaniu dyscyplinarnym), kto konkretnie jest odpowiedzialny za wydanie orzeczenia zapadłego w składzie kolegialnym, jeżeli nie zostało odnotowane, że jeden z sędziów skorzystał z prawa do złożenia zdania odrębnego. Tajemnica narady uniemożliwia skutecznie dowodzenie kwestii odpowiedzialności karnej (dyscyplinarnej) sędziego. Jak pisze A. Strzembosz[10], „przyjęto nadto (w orzecznictwie dyscyplinarnym w tych sprawach – AB), że złożenie zdania odrębnego jest prawem, nie obowiązkiem, chociaż – chyba nie tylko w moim głębokim przekonaniu – sędzia ma taki obowiązek, jeżeli wyrok jest w sposób oczywisty krzywdzący dla oskarżonego (…), w tej sytuacji sędziego można było obciążyć odpowiedzialnością jedynie za decyzje wydawane indywidualnie, a więc za sposób prowadzenia rozprawy, jeżeli przewodniczył składowi orzekającemu, za decyzje związane ze stosowaniem albo uchylaniem aresztu poza rozprawą oraz za zachowanie się na sali sądowej wobec oskarżonego i jego obrońcy itp."

Co paradoksalne, przyjęta przez ustawodawcę w kodeksie postępowania karnego z 1969 r. fakultatywność ujawniania zdania odrębnego w postępowaniu karnym udaremniła pociągnięcie do odpowiedzialności dyscyplinarnej niektórych sędziów orzekających w stanie wojennym.

3. *Zdanie odrębne w kodeksach postępowania karnego z 1928, 1969 i 1997 r.*

Sekcja postępowania karnego Komisji Kodyfikacyjnej RP, przygotowując projekt ustawy postępowania karnego, w zakresie problematyki zdania odrębnego stanęła na stanowisku względnej tajności zdania odrębnego[11]. Jeżeli w toku narady nie dało się prze-

8 A. Mogilnicki, E.S. Rappaport, *Kodeks…*, s. 450.

9 M. Szerer, *Funkcja…*, s. 284.

10 A. Strzembosz, M. Stanowska, *Sędziowie warszawscy w czasie próby 1981–1988*, Warszawa 2005, s. 274–275.

11 Przepis w wersji publikowanego projektu k.p.k. z 1928 r. (*Projekt ustawy postępowania karnego przyjęty przez Komisję Kodyfikacyjną RP w dniu 26 kwietnia 1926 r. Wydawnictwo urzędowe*, Warszawa–Lwów 1926–1927): „Art. 373. (nowy). Jeżeli wyrok zapada niejednomyślnie, to z głosowania sędziów sporządza się protokół, który dołącza się do akt w zapieczętowanej kopercie. Protokół ten nie jest dostępny dla stron".

zwyciężyć różnicy poglądów pomiędzy wotantami i w trakcie głosowania utrzymywało się jednak zdanie odrębne, to *obligatoryjnie* musiało ono być procesowo utrwalone. Rzecz jednak w tym, że to prawnym wyrok „stanowi jedno" (jest podpisywany przez wszystkich głosujących sędziów, i to mimo tego, że głosowanie wypadło niejednomyślnie). Projektowi przyświecało założenie, w myśl którego udokumento-

Sekcja postępowania karnego Komisji Kodyfikacyjnej RP, przygotowując projekt ustawy postępowania karnego, opowiedziała się za względną tajnością.

tokolarne udokumentowanie faktu złożenia zdania odrębnego byłoby jawne wyłączenie dla sądu. W myśl projektu zdanie (zdania) odrębne zapadłe w czasie niejednomyślnego głosowania byłoby (byłyby) wciągane do protokołu głosowania, dołączanego do akt sprawy w zapieczętowanej kopercie, która miała być niedostępna dla stron. *Ratio legis* przepisu upatrywali projektodawcy przede wszystkim we względach moralnych, związanych z sumieniem sędziego, w konieczności stworzenia sędziemu – głosującemu odrębnie – możliwości odnotowania w procesowej dokumentacji sprawy, że głosował on inaczej. O ograniczonej jawności zdania odrębnego przesądziło przekonanie, że ujawnienie rozbieżności zdań w łonie kolegialnego kompletu sądzącego jest nie do pogodzenia z powagą wymiaru sprawiedliwości i górę musi wziąć dobro wymiaru sprawiedliwości: „pozwolenie [sędziemu] – zdaniem Komisji Kodyfikacyjnej – na otwarte, wobec stron, krytykowanie wyroku, zapadłego przy jego udziale, obniża powagę wyroku, zachwiewa wiarę w sprawiedliwość sądu". Proponowane rozwiązanie utrzymywało zatem (przynajmniej zewnętrznie) fikcję jednomyślności rozstrzygnięcia przez zatajenie zdania odrębnego przed stronami postępowania, co budzi zupełnie zasadnicze wątpliwości. Wydaje się, że dostateczną gwarancję utrzymania powagi dawał i daje procesowy wymóg podpisania wyroku przez wszystkich sędziów – nie wyłączając sędziego czy sędziów przegłosowanych w danym wypadku (art. 365 k.p.k. z 1928 r., tekst jedn. z 1939 r.; obecny art. 113 k.p.k.). Zatem w obrocie

wane w specjalnym protokole zdania odrębnego *votum separatum* wraz z uzasadnieniem (protokół miał zawierać opis ujawniającej się w toku głosowania różnicy zdań oraz motywy zgłoszonego zdania odrębnego, czy zdań odrębnych) będą stanowiły punkt odniesienia dla sądu apelacyjnego bądź kasacyjnego przy rozpoznawaniu ewentualnych środków zaskarżenia: „protokół ten będzie jednak dostępny dla sądu wyższej instancji jako negatywne uzupełnienie uzasadnienia, wyjaśnienie, jakie motywy sąd rozważał i odrzucił jako niesłuszne". (Dodatkowo jako argument przemawiający za dokumentacją zdania odrębnego podniesiono możliwość wykorzystania protokołowanego zdania odrębnego przy odpieraniu niesłusznego zarzutu dyscyplinarnego). Trzeba powiedzieć, że rozwiązanie zaproponowane w przygotowanym przez Komisję Kodyfikacyjną projekcie ustawy postępowania karnego skłania do refleksji krytycznych. *De facto* projekt hołdował niejawności faktu zgłoszenia zdania odrębnego przez jednego z wotantów, okoliczność ta pozostawała nadal zatajona przed stronami (trzeba jednak przyznać, że takie rozwiązania czyniło w pełni zadość zasadzie tajności narady sędziowskiej). Co gorsza jednak, wprowadzając obowiązek uzasadnienia przez sędziego zdania odrębnego, ustawodawca stworzył możliwość zapoznania się z tym wywodem wyłącznie sędziom (w tym sędziom sądów wyższych instancji). Tymczasem nie trzeba szerzej argumentować, że to przede wszystkim strony są żywotnie zainteresowane poznaniem faktu zgłoszenia zdania odrębnego i jego uzasadnieniem. Wszak niejedno-

myślność wotantów świadczy w sposób oczywisty, że w toku narady ujawniły się tego rodzaju kontrowersyjne zagadnienia faktyczne bądź prawne, co do których nie dało się wypracować jednolitego stanowiska wszystkich głosujących sędziów – to może zaś stanowić „punkt zaczepienia" dla wniesienia środka odwoławczego.

Przepis dotyczący zdania odrębnego ostatecznie nie został jednak wprowadzony do tekstu ustawy postępowania karnego w wersji zaproponowanej w projekcie. Zostało mu nadane nieco inne brzmienie[12]. Nadal jednak fakt zgłoszenia zdania odrębnego miał pozostać tajny dla stron. Po pierwsze (od strony technicznej) zrezygnowano z koncepcji dokumentowania faktu niejednomyślności w specjalnym protokole, nakładając tym razem na sędziego zgłaszającego zdanie odrębne obowiązek jego uzasadnienia. Po wtóre (i na tym polegała zasadnicza zmiana wprowadzona przez przepis, który wszedł w życie) odstąpiono od pomysłu (słusznego – do tego wątku przyjdzie jeszcze powrócić w dalszych wywodach) obligatoryjnego dokumentowania faktu zgłoszenia zdania odrębnego na rzecz fakultatywności odnotowania zdania odrębnego („sędzia przegłosowany ma prawo złożyć na piśmie uzasadnienie swego odrębnego zdania…"). Kwestii tajności zdania odrębnego ustawa postępowania karnego nie rozstrzygnęła w żaden sposób (zrezygnowano bowiem z zastrzeżenia zawartego w projekcie, w myśl którego zdania nie udostępnia się stronom). W doktrynie przyjmowano jednak, że „zdanie odrębne nie jest tajemnicą, jest aktem procesowym, który powinien być dołączony do akt sprawy, jest dostępne także dla stron, które mogą je przeglądać, czynić odpisy, a także otrzymywać uwierzytelnione odpisy zdania odrębnego"[13].

Kodeks postępowania karnego z 1969 r. także stanął na gruncie koncepcji względnej tajności zgłoszenia zdania odrębnego. Co do zasady recypowała zatem ustawa z 1969 r. rozwiązanie wypracowane przez przedwojennego ustawodawcę. W dużej mierze rozluźniony został jednak rygoryzm procesowy ustawy postępowania karnego z 1928 r. w zakresie dopuszczalności zgłoszenia zdania odrębnego. Utrzymano zatem w mocy zasadę, że (ograniczone) upublicznienie zdania odrębnego jest prawem (a nie obowiązkiem) sędziego wotanta (art. 101 § 1 k.p.k. z 1969 r.). Ponadto – *novum* – wprowadzono możliwość zgłoszenia zdania odrębnego *tylko* do samego uzasadnienia wyroku. Najważniejszą zmianą było jednak głębokie i daleko idące ograniczenie tajności zdania odrębnego. Nadal brak było w kodeksie postępowania karnego jakiegokolwiek narzędzia, które umożliwiałoby publiczne podanie zdania odrębnego do wiadomości podczas ogłoszenia wyroku na rozprawie (co wzbudziło słuszną krytykę przedstawicieli doktryny procesu karnego).

Kodeks postępowania karnego z 1969 r. stanął na gruncie koncepcji względnej tajności zgłoszenia zdania odrębnego.

12 Art. 366 (w brzmieniu z 1939 r.): „Sędzia przegłosowany ma prawo złożyć na piśmie uzasadnienie swego odrębnego zdania przed upływem terminu do uzasadnienia wyroku".

13 S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 513. Por. też § 165 regulaminu wewnętrznego urzędowania sądów apelacyjnych, okręgowych i grodzkich w sprawach karnych (rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 15.6.1929 r., Dz.U. Nr 42, poz. 352 z późn. zm.): „Zdania odrębnego (art. 364 k.p.k. z 1928 r., wedle numeracji artykułów tekstu pierwotnego ustawy postępowania karnego) nie ogłasza się; składa się je w sekretarjacie, który opatrzy je prezentatą (…) i doszyje do akt sprawy. Strony, ich obrońcy, pełnomocnicy i ustawowi przedstawiciele mogą zdanie odrębne przeglądać i robić z niego odpisy, nie mogą jednak otrzymywać uwierzytelnionych odpisów (…)". Analogicznie § 105 regulaminu wewnętrznego urzędowania sądów apelacyjnych, okręgowych i grodzkich w sprawach karnych z 1932 r. (rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 1.12.1932 r., Dz.U. Nr 110, poz. 909).

Zatrzymano się w pół drogi: stworzono członkowi składu orzekającego decydującemu się na ujawnienie swego odmiennego głosu prawo do zaznaczenia faktu zgłoszenia zdania odrębnego na orzeczeniu i – wiążący się z „aktywacją" tego prawa i korespondujący z nim – obowiązek sporządzenia uzasadnienia zdania odrębnego. Zatem zdanie odrębne jest – w ujęciu kodeksu postępowania karnego z 1969 r. – jawne dla stron (jawność wewnętrzna lub jawność ograniczona, limitowana). Należy jednak pamiętać, że strony musiały przedsięwziąć pewne dodatkowe kroki nakierowane na zorientowanie się, że zdanie odrębne w ogóle zostało złożone. W trakcie publicznego ogłaszania wyroku strony się przecież o niejednomyślności składu orzekającego nie mogły dowiedzieć (wszak – o czym nie można zapominać – ustne ogłoszenie orzeczenia i podanie najważniejszych powodów wyroku nie obejmowało podania do wiadomości faktu złożenia zdania odrębnego i jego motywów), w tym celu strony musiały się dopiero zwrócić do sądu o doręczenie wyroku lub sporządzenie i doręczenie uzasadnienia wyroku (lub zajrzeć do akt postępowania po ogłoszeniu wyroku). Stronę zatem mógł zaskoczyć fakt zgłoszenia zdania odrębnego i jego treść, znacznie skracając jej czas do przygotowania środka odwoławczego (czy projektu lub głównych założeń środka odwoławczego, co wszak jest możliwe już z chwilą zapoznania się z ustnymi motywami orzeczenia). Co więcej: strona mogła uważać, że ewentualny środek odwoławczy nie rokuje widoków (powodzenia), skoro orzeczenie zapadło jednomyślnie.

Interesująca w tym zakresie była wykładnia zaproponowana przez Andrzeja Murzynowskiego,[14] który trafnie chyba przyjął, że tajemnica przebiegu narady i głosowania jest wyjątkiem od zasady jawności rozprawy (wyłącznie jeden jej fragment jest bowiem utajniony: przebieg narady i głosowania): wszystkie inne części składowe przebiegu rozprawy są zatem jawne, w tym także fakt zgłoszenia zdania odrębnego.

Dopiero kodeks postępowania karnego z 1997 r. realizuje słuszne postulaty zgłaszane w piśmiennictwie (A. Murzynowski), w szczególności postulat jawności zdania odrębnego – także przy ogłaszaniu wyroku przez sąd karny. W myśl przepisu art. 418 § 2 k.p.k. „zgłoszenie zdania odrębnego podaje się do wiadomości" (jest to obligatoryjne). Fakultatywne jest podanie do wiadomości publicznej przy ogłaszaniu wyroku nazwiska sędziego dysydenta, który zgłosił zdanie odrębne (zależy to od zgody dysydenta).

Modyfikacji uległ przepis dotyczący formy opisu zdania odrębnego przy składaniu podpisu pod orzeczeniem. Odnotowania wymaga obecnie nie tylko suchy fakt zgłoszenia zdania odrębnego, ale także wskazanie części orzeczenia, której dotyczy zdanie odrębne oraz kierunku, w którym członek składu sądzącego zakwestionował orzeczenie. Na pierwszy rzut oka mogłoby się zdawać, że wymóg ten jest klasycznym *superfluum* ustawowym: skoro bowiem sporządzenie uzasadnień (głównego oraz dotyczącego zdania odrębnego lub zdań odrębnych) jest w razie zgłoszenia *votum separatum* obligatoryjne (art. 114 § 3 k.p.k., obowiązek ten nie dotyczy tylko ławnika), to nie ma potrzeby odnotowywania tego w treści samego rozstrzygnięcia (wyroku, postanowienia). Dwa argumenty przemawiają jednak za przyjęciem, że rozwiązanie takie jest nie tylko trafne, ale również nieodzowne. Po pierwsze, wymóg ten pozwala podać podczas ogłoszenia wyroku na rozprawie nie tylko suchy (i niewiele sam w sobie znaczący) fakt zgłoszenia zdania odrębnego, ale także zakres przedmiotowy i kierunek tego zdania odrębnego (art. 114 § 1 w zw. z art. 418 § 2 k.p.k.), pozwala to nie tylko publiczności, ale także stronom na zorientowanie się w pewnym stopniu co do charakteru niejednomyślności (co ma istotne znaczenie z punktu widzenia przygotowania ewentualnego środka zaskarżenia) i rozbieżności co do poszczególnych fragmentów orzeczenia. Po wtóre, może się zdarzyć – wprawdzie bardzo rzadko, ale takiej sytuacji nie da się z góry wykluczyć – że przed sporządzeniem pisemnego uzasadnienia sędzia zgłaszający *votum separatum* umrze. W tym układzie wskazanie zakresu przedmiotowego zdania odrębnego i jego kierunku na samym orzeczeniu będzie jedynym dowodem na to, że zdanie odrębne zostało złożone i jaki był jego charakter.

4. *Lex ferenda*

Obecne rozwiązanie w zakresie procesowej regulacji ujawniania zdania odrębnego zasługuje generalnie na pozytywną ocenę, w każdym razie ustawodawstwo karne przebyło pozytywną ewolucję od lat przedwo-

14 A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 202.

jennych, jeżeli idzie o *votum separatum*. Nie oznacza to wszakże, że nie jest pożądane wskazanie paru obszarów wymagających korekt ustawowych i zgłoszenie postulatów *de lege ferenda*, które pozwoliłyby na pełniejsze zrealizowanie funkcji (w szczególności funkcji gwarancyjnych) przypisywanych zdaniu odrębnemu.

I. Dziś ani strony, ani publiczność obecna na jawnej rozprawie nie mogą się zapoznać z argumentami, które doprowadziły do niejednomyślnego głosowania. Tymczasem potrzeby podania ustnych motywów (najważniejszych powodów) także zdania odrębnego (a nie tylko samego przegłosowanego „większościowo" orzeczenia) nie trzeba, jak się zdaje, szerzej uzasadniać. Szczególnie istotne jest tutaj to, że to tylko dzięki podaniu motywów (także ustnych) zdania odrębnego może ono uzyskać legitymizację opinii publicznej. Strony mogą być poza tym żywotnie zainteresowane, żeby wraz z wysłuchaniem najważniejszych powodów orzeczenia od razu wysłuchać także najważniejszych powodów zdania odrębnego (zdań odrębnych) – pozwoli im to nie tylko na zorientowanie się co do potrzeby formułowania i wnoszenia ewentualnego środka odwoławczego, ale także rozważanie katalogu potencjalnych zarzutów odwoławczych. Nie należy się obawiać, że ustne podanie motywów zdania odrębnego, niejako „na gorąco", doprowadzi do naruszenia powagi wyroku sądu karnego czy podkopania autorytetu wymiaru sprawiedliwości (wszak trzeba pamiętać, że w razie „aktywacji" prawa do zdania odrębnego i tak publicznie podaje się jego zakres i kierunek). Wręcz przeciwnie, będzie służyło wzmocnieniu obrazu uczciwego wymiaru sprawiedliwości, gdzie mogą się ścierać i ścierają się różne poglądy na niejednokrotnie bardzo dyskusyjne i zniuansowane zagadnienia natury prawnej i faktycznej. Ukrywanie nieprzezwyciężalnych różnic jest przejawem instytucjonalnej hipokryzji i fałszowania rzeczywistości (procesowej).

II. Zdanie odrębne powinno być zawsze (obligatoryjnie) upubliczniane[15], wymaga tego nie tylko odwaga cywilna sędziego (ławnika), ale także – a nawet przede wszystkim – dobro wymiaru sprawiedliwości. Oparcie instytucji zdania odrębnego, tak jak to jest dziś, na jego fakultatywności („przy składaniu podpisu członek składu orzekającego ma prawo zaznaczyć na orzeczeniu swoje zdanie odrębne (…) – art. 114 § 1 k.p.k."), prowadzi do sytuacji, w której w zakresie pewnej (jest to, rzecz jasna, trudna do precyzyjnego oszacowania „ciemna liczba" orzeczeń) kategorii orzeczeń niejednomyślnych rządzi pełna tajność, mimo tego, że także w wypadku tych rozstrzygnięć nie udało się członkom kolegialnych składów sądzących przezwyciężyć istotnej rozbieżności zdań. Obligatoryjne w każdym razie powinno być zawsze podanie zdania odrębnego co do winy i co do kary. Trzeba też wskazać, że obecnie ustawa w tym zakresie nie formułuje żadnego racjonalnego kryterium pozwalającego na zróżnicowanie układów procesowych, w których zdanie odrębne ujawnia się, i tych konfiguracji procesowych, w których zdanie odrębne pozostaje osłonięte tajemnicą narady: decyzja o ujawnieniu zdania

Nie należy się obawiać, że ustne podanie motywów zdania odrębnego, niejako „na gorąco", doprowadzi do naruszenia powagi wyroku sądu karnego czy podkopania autorytetu wymiaru sprawiedliwości.

15 Przeciwko dopuszczalności publicznego ogłaszania zdania odrębnego na gruncie stanu kodeksu postępowania karnego z 1928 r. H. Kempisty, *Votum*…, s. 276: „publiczne ogłaszanie 'zdania odrębnego', nie będącego przecież orzeczeniem sądu, nie przesądzającego niczego ani 'na korzyść', ani 'na niekorzyść' wyroku, nie stanowiącego samo przez się podstawy do wszczęcia postępowania odwoławczego, wywołałoby więcej możliwej szkody, niż spodziewanego ewentualnie pożytku".

odrębnego ma charakter całkowicie uznaniowy i leży w (arbitralnej i nieuzasadnianej) gestii sędziego. Tymczasem nie ma żadnych dobrych racji przemawiających za takim zróżnicowaniem analogicznych sytuacji procesowych (niejednomyślności przy głosowaniu nad rozstrzygnięciem procesowym). Skoro instytucja procesowa zdania odrębnego nie jest obliczona na ochronę interesów osobistych sędziego (była o tym mowa wcześniej), lecz jej funkcja ma charakter gwarancyjny wobec stron postępowania (pozwala im na zorientowanie się, że istnieje zróżnicowanie zdań co do określonego rozstrzygnięcia czy fragmentu motywacyjnego rozstrzygnięcia), to trzeba przyjąć, że z punktu widzenia postulatu równego traktowania stron procesowych zdanie odrębne powinno być zawsze ujawniane.

III. Pożądane byłoby zrezygnowanie z fakultatywnej anonimowości sędziego przy publicznym ogłoszeniu zdania odrębnego[16]. Stwarza to pozory niezdrowej anonimowości sędziowskiej. Podawanie nazwiska sędziego zgłaszającego zdanie odrębne tylko fakultatywnie (za jego zgodą, por. brzmienie art. 418 k.p.k.) sprawia niedobre wrażenie, że sędzia się chowa za parawanem, który buduje dla niego ustawa procesowa, że się nie chce ujawniać. Jest to konsekwencja „urzędowego" zapatrywania na sąd i urząd sędziego – sąd i jego członkowie są anonimowymi elementami systemu wymiaru sprawiedliwości. Tak jednak nie jest: sędziowie powinni zachować indywidualność (jak również odwagę indywidualnego głoszenia swych poglądów). To wymaga zaś jawności w zakresie ogłoszenia zdania odrębnego.

Pożądane byłoby zrezygnowanie z fakultatywnej anonimowości sędziego przy publicznym ogłoszeniu zdania odrębnego.

16 Przeciwko obowiązkowi publikacji nazwiska sędziego zgłaszającego zdanie odmienne, jeszcze na gruncie stanu prawnego z 1969 r., A. Murzynowski, *Istota…*, s. 203: „Natomiast wydaje się rzeczą niepotrzebną, a nawet niepożądaną, informowanie publiczności o nazwisku autora zdania odrębnego. W ten sposób wprowadza się zbędną personifikację sędziów, wiązanie wyroku z poszczególnymi nazwiskami członków składu orzekającego, co wydaje się rzeczą niepożądaną dla pełnej swobody orzekania przez wszystkich sędziów i stwarza się niebezpieczeństwo dążenia przez poszczególne osoby od indywidualnej popularności kosztem orzekania". Ostatecznie A. Murzynowski uznawał na gruncie przepisów kodeksu postępowania karnego z 1969 r., które nie przewidywały ujawnienia nazwiska sędziego dysydenta, że podanie tego nazwiska „nie będzie uchybieniem prawnym", jeżeli np. takie jest „stanowcze żądanie sędziego przegłosowanego".

Sławomir Adamczyk, Barbara Surdykowska

Związki zawodowe a rozwój partycypacji w przedsiębiorstwach ponadnarodowych

Sławomir Adamczyk

Kierownik Działu Branżowo-Konsultacyjnego Komisji Krajowej NSZZ „Solidarność". Członek komitetu koordynacji rokowań zbiorowych Europejskiej Konfederacji Związków Zawodowych oraz Europejskiego Komitetu Dialogu Społecznego.

Barbara Surdykowska

Absolwentka WPiA UW. Pracuje w Biurze Eksperckim Komisji Krajowej NSZZ „Solidarność". Ekspert strony związkowej w Zespole Prawa Pracy Trójstronnej Komisji ds. Społeczno-Gospodarczych.

Trade unions and the development of participation in transnational companies.

The article discusses the relationship between trade unions and other forms of employee representation, analyzed in European dimension. Authors state that despite the general decline of trade union power in the developed countries, the principles of the European social model provide the trade unions in the European Union with the possibility to shape industrial relations at the national level. The main challenge, however, is the ability of trade unions to increase their impact on the European level, as the economic integration progresses. Authors point out that the EU legislator consistently shows preferential attitude towards development of participatory (non-union) forms of employee representation. This attitude can be perceived both in primary and secondary EU law. Development of such bodies as European Works Councils allows i.a. to mitigate effects of constant restructuring. However, EU institutions have clearly distanced approach to the legislative support of cross-border cooperation of trade unions. The latter, focused on the national objectives and devoid of EU instruments of effective fight for the rights of employees are not able to perform their functions at the European level. With the progressing macroeconomic integration this situation may undermine their ability to influence and shape the working conditions. According to authors, development of participation at the European level, without an adequate progress of trade unions cooperation, will not stop the threat to the social cohesion of the EU, which they consider to be progressive stratification of income.

Uwagi wstępne

Europejski kryzys zadłużeniowy ujawnił z całą mocą problemy związane z unijną polityką makroekonomiczną, ale także zmusił do stawiania pytań o rolę i znaczenie przedstawicielstwa pracowniczego w obliczu zmian, które mają charakter systemowy i podważają dotychczasowe zasady relacji między kapitałem, pracą i władzą publiczną na każdym poziomie tych kontaktów. W niniejszym artykule odniesiemy się przede wszystkim do wymiaru unijnego. Procesy, które tu zachodzą, mogą mieć bowiem zasadnicze znaczenie dla przyszłości zbiorowej reprezentacji interesów pracowniczych w Europie.

Chociaż związki zawodowe państw UE od prawie czterdziestu lat posiadają własną centralną organizację, to skala europeizacji ich działań nie jest olśniewająca.

Przedstawicielstwa pracownicze zazwyczaj dzieli się na związkowe i pozazwiązkowe. Przy czym niekiedy są one traktowane przez badaczy rozłącznie – ze względu na kryterium celu ich działania. Wskazuje się, że rewindykacyjny charakter związków zawodowych jest nie do pogodzenia z uczestnictwem ciał pozazwiązkowych w procesie partycypacji, opartym z założenia na formule współpracy w zabieganiu o dobro przedsiębiorstwa[1]. Trudno jednak sobie wyobrazić rzeczywisty rozwój partycypacji pracowniczej w oderwaniu od struktur związków zawodowych, gdyż te ostatnie zapewniają względną równowagę sił w prowadzeniu jakiejkolwiek formy dialogu na poziomie przedsiębiorstwa. Dlatego można mówić o swego rodzaju systemie naczyń połączonych, w którym słabość lub fasadowość związków zawodowych prowadzą nieuchronnie do marginalizacji strony pracowniczej, a tym samym ograniczają zdolność pozytywnego wpływu na funkcjonowanie przedsiębiorstwa. Potwierdzają to badania, z których wynika, że oddziaływanie związków zawodowych przesądza o realnym znaczeniu pozazwiązkowych reprezentacji pracowniczych[2]. Naszym zdaniem jest to tym bardziej prawdziwe w odniesieniu do unijnego poziomu relacji przemysłowych – tylko bardziej trudne do osiągnięcia niż w przypadku systemów krajowych, w których takie interakcje wspomagane są z reguły mechanizmami prawnymi.

Można by się spodziewać, że wraz z pogłębianiem integracji gospodarczej oraz powstawaniem jednolitego rynku, punkt ciężkości działań związków zawodowych będzie przemieszczał się na poziom unijny – w ślad za ponadgranicznym rozwojem aktywności kapitału. Nie do końca tak się dzieje. Chociaż związki zawodowe państw UE od prawie czterdziestu lat posiadają własną centralną organizację[3], to skala europeizacji ich działań nie jest olśniewająca. Nie widać także działań unijnego legislatora, by takie dążenia promować. Wspieranie zbiorowych uprawnień pracowników w wymiarze ponadnarodowym niewątpliwie postępuje, ale jest ukierunkowane przede wszystkim na pozazwiązkową reprezentację pracowniczą.

Można się zastanawiać, czy ta asymetria wynika wyłącznie z niezdolności związków zawodowych do efektywnej europeizacji własnych działań, czy może także z obaw ustawodawcy unijnego przed wzmoc-

1 S. Rudolf, *Partycypacja a globalizacja* (w:) *Trzydzieści lat ustawy o samorządzie załogi przedsiębiorstwa państwowego – materiały z konferencji*, 2012, http://ww2.senat.pl/k7/agenda/seminar/110916/110916.pdf, s. 193–210 (dostęp: 6 grudnia 2012).

2 J. Wratny, *Związki zawodowe. Znaczenie w życiu politycznym i społeczno-gospodarczym* (w:) J. Wratny, M. Bednarski (red.), *Związki zawodowe a niezwiązkowe przedstawicielstwa pracownicze w gospodarce posttransformacyjnej*, Warszawa 2010, s. 45.

3 Europejska Konfederacja Związków Zawodowych (EKZZ) powołana została w 1973 r.

nieniem ponadgranicznego oddziaływania związków zawodowych – jako ewentualnej przeszkody w budowaniu jednolitego rynku.

Związki zawodowe: na uboczu czy poza procesem integracji?

Bob Dylan, którego trudno posądzić o prawicowe sympatie, już w 1983 r. śpiewał, że związki zawodowe wyginą jak dinozaury[4]. Była to gorzka reakcja na globalizację i związane z tym transfery pracy do krajów niskokosztowych, budujących swą przewagę konkurencyjną na niczym nieskrępowanym eksploatowaniu taniej siły roboczej.

I rzeczywiście, obserwuje się w skali globalnej spadający poziom uzwiązkowienia. Związki zawodowe napotykają wszędzie na większe bariery w pozyskiwaniu nowych członków w sektorze usług – w porównaniu z sektorem produkcji, i w sferze prywatnej – w porównaniu ze sferą publiczną. Liczba członków związków zawodowych w stosunku do ogółu osób aktywnych zawodowo spada w większości państw wysokorozwiniętych[5]. Jeszcze w 1970 r. średni poziom uzwiązkowienia w państwach Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej wynosił 37,6%[6]. Od początku lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku odsetek ten zaczął systematycznie spadać w większości krajów europejskich, by osiągnąć poziom 23,4% w państwach obecnej UE-27. Na przyspieszony spadek wysokości tego wskaźnika wpływ ma oczywiście sytuacja w nowych państwach członkowskich, gdzie – przykładowo – w latach 1995–2001 liczba członków związków zawodowych zmniejszyła się średnio o ponad połowę[7]. W niektórych państwach europejskich, zwłaszcza tam, gdzie funkcjonuje system „Ghent", a więc gdzie związki zawodowe sprawują kontrolę nad funduszami ubezpieczenia od bezrobocia (Skandynawia, Belgia), poziom uzwiązkowienia pozostaje stabilny. Nie zmienia to jednak faktu, że obserwuje się generalny trend spadku siły związków zawodowych. Dotyczy to nie tylko Europy, lecz większości krajów OECD. Powody tego są różnorakie, mają one charakter strukturalny oraz instytucjonalny. Są wśród nich czynniki zewnętrzne, takie jak przesuwanie się zatrudnienia z przemysłu do sektora usług, zmiana charakteru pracy i tendencja do jej większej indywidualizacji („gospodarka postfordowska") czy rozwój atypowych form zatrudnienia[8]. Należy jednak zwrócić uwagę także na bardziej „subtelne" czynniki, jak klimat polityczny, zmiana społecznego systemu wartości czy zmiany świadomości klasowej[9]. Często podnosi się argument, że podstawową przyczyną spadku uzwiązkowienia jest zmiana sektorów, w których następuje kreacja miejsc pracy[10]. Wiele odpowiedzialności za ten stan rzeczy leży także po stronie związków zawodowych, którym z trudnością przychodzi przystosowanie się do nowych realiów. Są one postrzegane, w szczególności przez osoby młode, jako zbyt sformalizowane i „staromodne". W rezultacie średnia wieku członków związku wciąż rośnie. Zauważalne są także wyraźne problemy z otwieraniem się związków zawodowych w Europie Zachodniej na środowiska migrantów zarobkowych.

Warto zwrócić uwagę, że osłabienie siły europejskich związków zawodowych nie pozostaje bez wpływu na dochody pracownicze. Towarzyszy mu paralelne zjawisko: postępującego spadku udziału płac w PKB, co sprawia, że następuje redystrybucja przychodów od pracowników do kapitału[11]. Według Komi-

4 B. Dylan, *Union Sundown*: „They're going out like a dinosaur", album *Infidels*, 1983.

5 L. Scruggs, P. Lange, *Where Have All the Members Gone? Globalization, Institutions and Union Density*, „The Journal of Politics" 2002, nr 64, s. 126–153; D. Checchi, C. Lucifora, *Union and labour market institutions in Europe*, „Economic Policy" 2002, nr 17, s. 362–408; J. Schmitt, A. Mitukiewicz, *Politics matter: changes in unionization rates in rich countries, 1960–2010*, „Industrial Relations Journal" 2012, nr 43, s. 260–280.

6 J. Visser, *Union membership statistics in 24 countries*, „Monthly Labour Review" 2006, nr 124/9, s. 38–49.

7 J. Waddington, *Trade union membership in Europe. The extent of the problem and the range of trade union responses*, Brussels 2005.

8 B. Ebbinghaus, *'Trade unions' changing role: membership erosion, organisational reform, and social partnership in Europe*, „Industrial Relations Journal" 2002, nr 33, s. 465–483.

9 K. von Beyme, *Challenge to Power. Trade Unions and Industrial Relations in Capitalist Countries*, London 1981.

10 S.W. Polachek, *What can we learn about the decline in US union membership from international data?* (w:) P.V. Wunnava (red.) *The Changing Role of Unions. New Forms of Representation*, New York 2004, s. 362–377.

11 T. Schulten, *Foundations and perspectives of trade union policy* (w:) E. Heim et al. (eds.), *Macroeconomic policy coordination in Europe and the role of the trade unions*, Brussels 2005, s. 263–292.

sji Europejskiej w latach 1975–2006 udział dochodów z pracy w PKB spadł w państwach UE-15 z 69,9% do 57,8%[12]. Towarzyszy temu rosnące rozwarstwienie płac, szczególnie dotkliwe dla pracowników niskokwalifikowanych.

Zachodnioeuropejskie związki zawodowe mimo odpływu członków są – dzięki utrzymywaniu się stabilnego i wysokiego zasięgu rokowań zbiorowych (78% w UE-15[13]) –wciąż uznawane za istotny czynnik wpływu na relacje pracownicze i instytucje rynku pracy w swoich macierzystych krajach, w przeciwieństwie do państw Europy Środkowo-Wschodniej, gdzie stopień zorganizowania interesów między kapitałem i pracą jest na tak niskim poziomie, że mamy tam do czynienia z tzw. iluzorycznym korporacjonizmem, w którym państwo, wykorzystując fasadowe trójstronne instytucje, marginalizuje nie tylko związki zawodowe, ale i organizacje pracodawców, odsuwając je *de facto* od wpływu na kształt polityki rynku pracy[14]. Generalnie jednak Unia Europejska, ze swoim wskazywaniem na dorobek europejskiego modelu społecznego oraz promowaniem instrumentów dialogu społecznego do rozwiązywania problemów społeczno-ekonomicznych, wydaje się miejscem potencjalnie sprzyjającym rozwojowi związków zawodowych.

Pytaniem zasadniczym jest jednak to, czy wobec postępującej integracji w sferze makroekonomicznej, przyspieszającej ostatnio zwłaszcza w strefie euro, europejskie związki zawodowe będą w stanie zachować swą pozycję aktywnego gracza w dalszej perspektywie. Nie jest to takie oczywiste, jeżeli weźmie się pod uwagę założenia leżące u podstaw „projektu europejskiego". Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (EWG) nie potraktował wolności związkowych jako jej fundamentu – tak jak swobody przepływu kapitału, towarów, usług i pracy, oraz tworzenia przedsiębiorstw. Nie przyjęto założenia, że pracownicy mogą organizować się w związki zawodowe, wykonujące swoje zadania niezależnie od istniejących granic państw członkowskich EWG. Ustawodawcy unijnemu nawet przez myśl nie przemknął pomysł regulacji umożliwiających tworzenie europejskich związków zawodowych (jako struktur odrębnych od międzynarodowych organizacji związków zawodowych, międzynarodowych federacji i konfederacji) działających na obszarze całej Unii[15]. W pierwotnej wersji Traktatu nie było w nim właściwie odniesienia do związków zawodowych, za wyjątkiem mało istotnego artykułu 118 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą (obecny art. 156 TFUE – Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), mówiącego, że rolą Komisji jest popieranie ścisłej współpracy między państwami członkowskimi w dziedzinie zrzeszania się w związki zawodowe i sporów zbiorowych między pracownikami a pracodawcami[16].

Tak więc nie przewidziano czegoś takiego jak „swoboda przepływu reprezentacji pracowniczej". Związki zawodowe nie były postrzegane jako element integracji, co było zapewne przejawem dużej nieufności, wynikającej z przekonania, że ich wzmocnienie kłócić się będzie ze skrajnie liberalnymi ideami pojmowania wolnego rynku, leżącymi u podłoża regulacji prawnych przyjętych w rozwiązaniach traktatowych[17]. Paradoksalnie: sytuacji w tym względzie nie poprawiło przyjęcie w 1992 r. traktatowych podstaw do prowadzenia dialogu społecznego na poziomie wspólnotowym (Protokół w sprawie polityki społecznej dołączony do Traktatu z Maastricht). Doprowadziło to bowiem do budowania wrażenia, że zasadniczą rolą związków zawodowych jest uczestniczenie w dialogu, który polega na rozmowach ze stroną pracodawczą, a nie reprezentowanie i obrona praw i interesów pracowniczych[18]. W ten oto sposób związki zawodowe z potencjalnych przeciwników jednolitego rynku

12 European Commission, *Industrial Relations in Europe 2010*, Luxembourg 2011.

13 Tamże.

14 D. Ost, *'Illusory corporatism'. Ten Years Later*, „Warsaw Forum of Economic Sociology" 2011, vol. 2 (1), s. 19–50.

15 W. Sanetra, *Przedstawicielstwo związkowe w zakładzie pracy w świetle prawa unijnego* (w:) Z. Hajn (red.), *Związkowe przedstawicielstwo pracowników zakładu pracy*, Warszawa 2012, s. 68.

16 Pozostałe płaszczyzny, w których Komisja Europejska ma zacieśniać współpracę pomiędzy państwami członkowskimi, to – jak wskazuje art. 156 TFUE – zatrudnienie, prawo pracy i warunki pracy, kształcenie i doskonalenie zawodowe, zabezpieczenie społeczne, ochrona przed wypadkami i chorobami zawodowymi, higiena pracy.

17 W. Sanetra, *Przedstawicielstwo związkowe*…, s. 67.

18 Tamże, s. 73.

zostały przekształcone w sojuszników – w realizacji tego ambitnego projektu[19]. Oznaczało to jednak odchodzenie, na poziomie unijnym, od konfliktogennych elementów polityki związkowej w kierunku poprawności prawnej w stosunkach przemysłowych. Zdaniem – wcale nieodosobnionym – Waleriana Sanetry taka koncepcja dialogu społecznego prowadzi w istocie do demontażu realnej pozycji związków zawodowych, a w każdym razie nie służy jej wzmocnieniu w praktyce, gdyż dialogujące związki zawodowe podlegają procesowi zurzędniczenia, przestają pełnić rolę rzeczywistego reprezentanta i obrońcy praw i interesów pracowniczych[20]. Coś w tym jest. Obserwuje się wyraźny długoletni trend spadkowy w związkowej zdolności inicjowania akcji zbiorowych. W latach dziewięćdziesiątych dwudziestego wieku liczba dni pracy utraconych ze względu na strajki była już pięciokrotnie mniejsza niż w latach siedemdziesiątych[21].

Richard Hyman już kilka lat temu zwracał uwagę, że związki zawodowe powinny wypracować własne podejście do kwestii Europy społecznej i modernizacji rynku pracy, zdystansowane od oficjalnych koncepcji instytucji unijnych. Wymaga to jednak wizji oraz wyobraźni dostosowanych do aspiracji współczesnej siły roboczej[22]. Dodawał przy tym, że integracja europejska, polegająca tylko na wprowadzaniu swobód ekonomicznych, spowoduje, że nieskuteczna stanie się obrona systemów regulowania zatrudnienia w oparciu wyłącznie o podwaliny krajowe[23]. O tym, że były to prorocze słowa, świadczą głośne orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS)[24] określane jako „Kwartet Laval"[25]. Wywołały one istną burzę w zachodniej doktrynie prawa pracy[26]. Oceniono je bowiem jako osłabiające siłę nacisku związków zawodowych w wymiarze ponadgranicznego kontaktu z kapitałem[27]. Orzeczenia te *de facto* podważyły: efektywność prawa do strajku, rangę układów zbiorowych oraz ideę zapewnienia pracownikom wykonującym taką samą pracę na tym samym obszarze porównywalnego wynagrodzenia[28]. A wszystko to w imię ochrony traktatowych swobód ekonomicznych.

Walerian Sanetra wskazuje, że pomimo faktu, iż daje się zaobserwować pewną zmianę podejścia prawodawcy wspólnotowego (unijnego) co do roli związków zawodowych w funkcjonowaniu Wspólnoty (Unii), to nadal jednak dominuje podejście sceptycz-

19 R. Hyman, *Trade unions and the politics of European social model* (online), 2005, London: LSE Research, http://eprints.lse.ac.uk/753/1/trade_unions.pdf, s. 20 (dostęp: 6 grudnia 2012).

20 W. Sanetra, *Przedstawicielstwo związkowe*…, s. 73.

21 S. Scheuer, *A novel calculus? Institutional change, globalization and industrial conflict in Europe*, „European Journal of Industrial Relations" 2006, nr 12(2), s. 143–164.

22 R. Hyman, *Trade unions and the politics*…, s. 29.

23 Tamże, s. 1.

24 Od Traktatu z Lizbony Europejski Trybunał Sprawiedliwości nosi nazwę: Trybunał Sprawiedliwości UE, dalej będziemy używali zwyczajowo przyjętego skrótu ETS.

25 Tzw. Kwartet Laval składa się z następujących orzeczeń: *Viking* (wyrok wielkiej izby z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamens's Union v. Viking Line ABP and OU Line Easti*, C-438/05); *Laval* (wyrok wielkiej izby z dnia 18 grudnia 2007 r., *Laval Und Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetarförbundets, Svenska Byggnadsarbetateforbundet avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, C-341/05); *Rüffert* (wyrok drugiej izby z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie *Land Niedersachsen*, C-346/06); *Komisja Europejska vs. Luksemburg* (wyrok pierwszej izby z dnia 19 czerwca 2008 r., C-319/06).

26 B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, „European Law Jurnal" 2007, vol. 13, nr 3, s. 197–222; T. Novitz, P. Syrpis, *Giving with One Hand and Taking with the Other: Protection of Workers' Human Rights in the European Union* (w:) C. Fenwick, T. Novitz (eds.), *Human Rights at Work. Perspective on Law and Regulation*, Oxford–Portland 2010, s. 463; C. Barnard, S. Deakin, *European labour law after Laval* (w:) M.E. Moreau (ed.), *Before and After the Economic Crisis. What Implications for the 'European Social Models'*, Cheltenham 2011, s. 270; F. Dorssemont, *How the European Court of Human Right gave us Enerji to cope with Laval and Viking* (w:) M.E. Moreau (ed.), *Before and After*…, s. 217; C. Barnard, *A proportionate Response to Proportionality in the Field of Collective Action*, „European Law Review" 2012, vol. 37, nr 2, s. 117–135. Dalszą literaturę można znaleźć na stronie http://www.etui.org/Topics/Social-dialogue-collective-bargaining/Social-legislation/The-interpretation-by-the-European-Court-of-Justice/Reaction-to-the-judgements/Articles (dostęp: 8 grudnia 2012).

27 B. Surdykowska, *Kwartet Laval i jego potencjalne reperkusje dla zbiorowych uprawnień pracowników w państwach Unii Europejskiej*, „Kontrola Państwowa" 2012, nr 2, s. 117–131.

28 S. Adamczyk, *'Kwartet Laval' i stosunki przemysłowe w Unii Europejskiej*, „Polityka Społeczna" 2012, nr 2, s. 10–14.

ne[29]. W naszej ocenie potwierdzeniem tej opinii może być zdystansowana reakcja Komisji Europejskiej na fakt pojawienia się w unijnej przestrzeni stosunków przemysłowych europejskich układów ramowych (*European Framework Agreements*, EFA), będących efektem negocjacji prowadzonych w korporacjach ponadnarodowych – między ich centralnymi zarządami a reprezentacjami pracowniczymi[30]. Stworzenie opcjonalnych unijnych ram prawnych dla EFA, którą to ideę popiera część związków zawodowych, włączając w to polską „Solidarność", mogłoby otworzyć całkowicie nową perspektywę dla ruchu związkowego, z czego Komisja zdaje sobie świetnie sprawę.

Niezdolność do skutecznego ponadgranicznego koordynowania strategii rokowań zbiorowych powoduje, że związki zawodowe – skupione na celach krajowych oraz nieposiadające unijnych instrumentów skutecznej walki o prawa pracowników (przypomnijmy, że zgodnie z art. 153 TFUE kwestie strajku, zrzeszania się i wynagrodzeń wyłączone są z kompetencji unijnych) – nie są w stanie wypełniać swojej podstawowej funkcji na poziomie europejskim. Niewykluczone, że bez zasadniczej zmiany ich podejścia do ponadgranicznej współpracy, zwłaszcza w odniesieniu do wypracowania solidarystycznej wizji europejskiej polityki negocjowania płac, może im pozostać tylko rola pasywnego obserwatora działań skutkujących uwolnieniem sił, które w miejsce dylematu: europeizacja czy renacjonalizacja negocjacji zbiorowych, doprowadzą do tego, co Andrew Martin określił mianem „amerykanizacji" stosunków przemysłowych, a więc w rezultacie – do likwidacji europejskiego modelu społecznego i pogłębienia deficytu demokracji w UE[31].

Niezdolność do skutecznego ponadgranicznego koordynowania strategii rokowań zbiorowych powoduje, że związki zawodowe – skupione na celach krajowych oraz nieposiadające unijnych instrumentów skutecznej walki o prawa pracowników – nie są w stanie wypełniać swej podstawowej funkcji na poziomie unijnym.

Partycypacja pracownicza w firmach ponadnarodowych. Osłabienie czy wsparcie dla związków zawodowych?

Jeśli wspieranie ponadgranicznej działalności związków zawodowych nigdy nie było przedmiotem szczególnej troski prawodawcy wspólnotowego, to nie można tego samego powiedzieć o kwestii partycypacji pracowniczej.

29 W. Sanetra, *Przedstawicielstwo*…, s. 69.

30 Należy podkreślić, że negocjacje pomiędzy zarządami centralnymi korporacji narodowych a związkami zawodowymi (w tym europejskimi federacjami branżowymi) i europejskimi radami zakładowymi (ERZ) toczą się spontanicznie, pomimo „pustki prawnej", zob. S. Adamczyk, B. Surdykowska, *Ponadnarodowe układy ramowe jako próba odpowiedzi związków zawodowych na wyzwania globalizacji*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2012, nr 1 i wskazana tam literatura; S. Adamczyk, B. Surdykowska, *Ponadnarodowe układy ramowe a rozwój stosunków przemysłowych. Polska perspektywa*, „Dialog. Pismo Dialogu Społecznego" 2012, nr 3, s. 38–46.

31 A. Martin, *Wage bargaining under EMU. Europeanization, renationalization or Americanization?*, Brussels 1999, s. 36.

W tym miejscu należałoby pokrótce odnieść się do kwestii definicyjnych, gdyż termin „partycypacja pracownicza" jest dość wieloznaczny – w zależności od kontekstu. W ujęciu szerszym oznacza on wszelkie formy informacji, konsultacji i współzarządzania, w jakich uczestniczą pracownicy i ich przedstawiciele (w tym związki zawodowe) w przedsiębiorstwie[32]. Przejawem tak rozumianej partycypacji jest np. prawo do informacji, którego odbiorcą może być pracownik lub jego przedstawiciele (związek zawodowy, rada pracowników, europejska rada zakładowa). W ujęciu węższym zakres znaczeniowy ogranicza się wyłącznie do tzw. współdecydowania[33]. Elementem takiego rozumienia może być także partycypacja finansowa, a więc dostęp pracownika do udziału w zyskach macierzystego przedsiębiorstwa. Przy zastosowaniu kryterium intensywności udziału i wpływu pracowników na procesy decyzyjne, można wyróżnić: formy „słabsze" – polegające na informowaniu lub prowadzeniu konsultacji, oraz formy „mocniejsze", takie jak możliwość prowadzenia konsultacji – z opcją zawarcia porozumienia, współdecydowanie czy współzarządzanie – z możliwością powierzenia głosu stanowczego przedstawicielowi załogi[34]. Dla celów niniejszych rozważań stosować będziemy ujęcie szersze.

Początkowo zbliżanie regulacji prawnych państw członkowskich w odniesieniu do problematyki partycypacji wynikało z celów o charakterze gospodarczym, zwłaszcza związanych z budowaniem wspólnego rynku. Regulacje dotyczące przedstawicielstw pracowniczych rozwijały się w takim zakresie, w jakim mogły wesprzeć procesy gospodarcze[35]. Zasadniczym impulsem do szukania rozwiązań wspólnotowych stały się poważne perturbacje na rynkach pracy państw EWG, związane z różnorakimi reperkusjami kryzysów naftowych lat 70. ubiegłego wieku. Po raz pierwszy realnym problemem społecznym stały się restrukturyzacje przedsiębiorstw, w tym szczególnie te dokonywane w korporacjach ponadnarodowych. Okazywało się, że krajowe systemy prawne nie są w stanie właściwie zabezpieczyć praw pracowników, tym bardziej, że zmiany własnościowe odbywały się bardzo często ponad granicami państw członkowskich[36]. Wówczas to powstały tzw. dyrektywy restruk-

O ile wspieranie ponadgranicznej działalności związków zawodowych nigdy nie było przedmiotem szczególnej troski prawodawcy wspólnotowego, to nie można tego samego powiedzieć o kwestii partycypacji pracowniczej.

32 M. Gładoch, *Uczestnictwo pracowników w zarządzaniu przedsiębiorstwem w Polsce. Problemy teorii i praktyki na tle prawa wspólnotowego*, Toruń 2008.

33 J. Stelina, *Zbiorowa reprezentacja pracowników w Polsce – stan obecny i perspektywy rozwoju* (w:) *Problemy kodyfikacji prawa pracy. Wybrane zagadnienia zabezpieczenia społecznego., Referaty na XVI Zjazd Katedr oraz Zakładów Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych. Gdańsk, 19–21 września 2007 r.*, Gdańsk 2007, s. 84.

34 Tamże, s. 91.

35 M. Tomaszewska, *Przedstawicielstwo pracownicze w prawie europejskim* (w:) A. Wypych-Żywicka, M. Tomaszewska, J. Stelina (red.), *Zbiorowe prawo pracy w XXI wieku*, Gdańsk 2010, s. 291 i wskazana tam literatura.

36 S. Adamczyk, *Europejskie Rady Zakładowe jako instrument dialogu społecznego w Unii Europejskiej* (w:) *Europejskie rady zakładowe. Polskie doświadczenia i perspektywy – materiały z konferencji*, Gdańsk 2001.

turyzacyjne[37] i podjęto pierwsze próby wypracowania regulacji dla procedur informowania i konsultacji w korporacjach ponadnarodowych (projekt tzw. dyrektywy Vredelinga)[38]. Okres eurosklerozy nie sprzyjał ambitnym przedsięwzięciom, ale pomysł ten nie został zarzucony i wrócił wraz z ambitnym projektem Jacques'a Delorsa – budowania jednolitego rynku. We Wspólnotowej karcie socjalnych praw podstawowych pracowników z 1989 r. w art. 17 wskazuje się na podstawowy charakter prawa do informacji, konsultacji, a także partycypacji (rozumianej jako prawo do współdecydowania), które winno być szczególnie promowane w przedsiębiorstwach o wymiarze ponadnarodowym.

Po ciągnących się latami dyskusjach nad celowością wprowadzania rozwiązań wspólnotowych w odniesieniu do partycypacji pracowniczej oraz blokowaniu inicjatyw w tej sprawie przez organizacje pracodawców, wspierane przez konserwatywne rządy Wielkiej Brytanii, udało się wreszcie we wrześniu 1994 r. przyjąć dyrektywę o europejskich radach zakładowych[39]. Tym samym powstała nowa jakość w obszarze zbiorowych uprawnień pracowników. Po raz pierwszy stworzone zostały wspólnotowe gwarancje prawne rozwoju uprawnień partycypacyjnych w wymiarze ponadgranicznym. Działalność europejskich rad zakładowych (ERZ) nie będzie tutaj szczegółowo analizowana[40]. Wspomnijmy jednak, że do dnia dzisiejszego utworzono już ponad 1200 ERZ[41], które reprezentują łącznie kilkanaście milionów pracowników państw członkowskich UE[42]. Są one tak różne, jak różne są tradycja i prawo dotyczące stosunków pracy w krajach, z których pochodzi korporacja. Zasada jest jednak ta sama. Ponadnarodowy pracodawca przekazuje europejskim przedstawicielom pracowników informacje na temat działalności firmy, a także podejmuje z nimi konsultacje, gdy musi podjąć decyzję skutkującą zmianami zatrudnienia na poziomie europejskim. Warto jednak zwrócić uwagę na istotny element. W dyrektywie z 1994 r. nie było żadnej wzmianki o związkach zawodowych. Odniesienie do ich roli w tworzeniu i funkcjonowaniu ERZ pojawiło się dopiero po gruntownej nowelizacji dyrektywy i jej przekształceniu w obecnie obowiązującą wersję (tzw. *recast*), co udało się przeprowadzić w 2009 r.[43], przy wyjątkowej zresztą niechęci organizacji przedsiębiorców unijnych.

Partycypacja pracownicza w ujęciu wąskim (mocniejszym), a więc polegająca na wprowadzeniu elementów współzarządzania, pojawiła się w aktach unijnego prawa wtórnego wraz z postępującą integracją przedsiębiorstw w wymiarze ponadgranicznym. Chodzi tu o cztery dyrektywy odnoszące się do: spółki europejskiej[44], spółdzielni europejskiej[45], transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych[46] oraz

37 Dyrektywy restrukturyzacyjne lat 70. to: dyrektywa Rady 75/129/EWG z dnia 17 lutego 1975 r. w sprawie zbliżania prawa państw członkowskich odnoszącego się do zwolnień grupowych (uchylona); dyrektywa Rady 77/187/EWG z dnia 14 lutego 1977 r. w sprawie zbliżania prawa państw członkowskich odnoszącego się do ochrony praw pracowniczych przy przejęciu przedsiębiorstwa, zakładu pracy lub jego części (uchylona); dyrektywa Rady 80/987/EWG z dnia 20 października 1980 r. w sprawie zbliżania prawa państw członkowskich odnoszącego się do ochrony pracowników przy niewypłacalności pracodawcy (uchylona).

38 O historii tych starań np. w: J. Wratny, *Europejska Rada Zakładowa (Nowa instytucja wspólnotowego prawa pracy)*, „Państwo i Prawo" 1996, z. 8–9, s. 101–110.

39 Dyrektywa Rady 94/45/WE z dnia 22 września 1994 r. w sprawie ustanowienia Europejskiej Rady Zakładowej lub trybu informowania i konsultowania pracowników w przedsiębiorstwach lub w grupach przedsiębiorstw o zasięgu wspólnotowym (dalej także: dyrektywa o ERZ).

40 Więcej na ten temat w polskiej literaturze np. w: D. Skupień, *Europejskie rady zakładowe*, Toruń 2008.

41 Zob. http://www.ewcdb.eu/statistics_graphs.php (dostęp: 12 listopada 2012).

42 European Commission, *Industrial Relations*…, s. 45.

43 Dyrektywa 2009/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie ustanowienia europejskiej rady zakładowej lub trybu informowania pracowników i konsultowania się z nimi w przedsiębiorstwach lub w grupach przedsiębiorstw o zasięgu wspólnotowym (wersja przekształcona).

44 Dyrektywa Rady 2001/86/WE z dnia 8 października 2001 r. uzupełniająca status spółki europejskiej w odniesieniu do uczestnictwa pracowników.

45 Dyrektywa Rady 2003/72/WE z dnia 22 lipca 2003 r. uzupełniająca statut spółdzielni europejskiej w odniesieniu do zaangażowania pracowników.

46 Dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych.

oferty przejęcia[47]. Ponieważ dotyczą one możliwości tworzenia jednolitych przedsiębiorstw o charakterze transgranicznym, to w określonych przypadkach, wynikających z sytuacji wyjściowej w spółkach założycielskich, zapewnione zostało uczestnictwo pracowników w procesie podejmowania decyzji (współzarządzania), także w odniesieniu do przedstawicieli z państw członkowskich, w których takie regulacje prawne na poziomie krajowym nie istnieją. Możliwość ponadgranicznego rozprzestrzeniania „mocnej" partycypacji była głównym punktem spornym między państwami członkowskimi. Spowodowało to, że od pojawienia się początkowej – zasadnej przecież – koncepcji tworzenia „europejskiego" przedsiębiorstwa do przyjęcia stosownych dyrektyw minęło ponad 30 lat. W dalszym ciągu generalne podejście państw UE do idei współzarządzania można streścić hasłem „no export, no escape" – innymi słowy: nie ma konsensusu, żeby promować te państwa, w których nie ma takiej tradycji i krajowych regulacji w tym zakresie, nie ma także konsensusu, żeby likwidować istniejące uprawnienia[48]. Także w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej prawo do współzarządzania traktowane jest odmiennie od prawa do informacji i konsultacji. Zgodnie z art. 153 TFUE Unia wspiera i uzupełnia działania państw członkowskich w dziedzinie: informacji i konsultacji z pracownikami (art. 153 litera e) oraz reprezentacji i obrony zbiorowej interesów pracowników i pracodawców, w tym współzarządzanie (art. 153 litera f)[49]. W odniesieniu do problematyki informacji i konsultacji Parlament Europejski i Rada stanowią zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą, po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym i Komitetem Regionów. W odniesieniu do problematyki współzarządzania Rada stanowi jednomyślnie zgodnie ze specjalną procedurą prawodawczą, po konsultacji z Parlamentem Europejskim i wskazanymi powyżej komitetami[50]. Jakiekolwiek więc działania w zakresie prawa pracowników do współdecydowania wymagają zbudowania pełnego konsensusu w Radzie[51].

Praktyczne aspekty związane z wykorzystaniem uprawnień partycypacyjnych przez ponadnarodowe przedstawicielstwa pracownicze wciąż nie poddają się jednoznacznej ocenie. Szczególnie burzliwa dyskusja dotyczy przedstawicielstwa w spółkach europejskich (dalej: SE, *Societas Europea*). Przez część związków zawodowych wyraźnie artykułowane są obawy przed wykorzystaniem tych struktur przedstawicielskich jako „bajpasów" do ominięcia rokowań zbiorowych i związkowych struktur reprezentacyjnych[52]. Bardziej optymistycznie nastawieni badacze wskazują, że spółki europejskie wnoszą pewne elementy innowacji do rozwoju stosunków pracy zarówno na poziomie krajowym, jak i europejskim, choć przecież nie to było pierwszoplanowym celem unijnego ustawodawcy[53]. W budowaniu zaufania do instytucji spółki europejskiej nie pomaga jednak fakt, że wśród ponad 1400 zarejestrowanych dotąd SE tylko trochę ponad 200 stanowią normalne przedsiębiorstwa, a więc prowadzące działalność i zatrudniające

47 Dyrektywa 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie oferty przejęcia.

48 P. Davies, *Workers on the Board of the European Company*, „Industrial Law Journal" 2003 nr 32(2), s. 75–96.

49 Pozostałe dziedziny wskazane w art. 153 TFUE to:
- polepszanie w szczególności środowiska pracy w celu ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracowników,
- warunki pracy,
- zabezpieczenie społeczne i ochrona socjalna pracowników,
- ochrona pracowników w przypadku wypowiedzenia umowy o pracę,
- warunki zatrudnienia obywateli państw trzecich legalnie przebywających na terytorium Unii,
- integracja osób wyłączonych z rynku pracy, bez uszczerbku dla artykułu 166 TFUE,
- równość mężczyzn i kobiet w odniesieniu do ich szans na rynku pracy i traktowania w pracy,
- zwalczanie wyłączenia społecznego,
- modernizacja systemów ochrony socjalnej.

50 Należy zwrócić uwagę, że Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji, po konsultacji z Parlamentem Europejskim, może zdecydować o zastosowaniu zwykłej procedury prawodawczej w odniesieniu do problematyki współzarządzania.

51 F. Dorssemont, *Worker involvement in secondary EC law prior to the Recast Directive* (w:) F. Dorssemont, T. Blanke (eds.), *The Recast of the European Works Council Directive*, Antwerpia 2010.

52 R. Taylor, *Industrial democracy and the European tradition*, „Transfer: European Review of Labour and Research" 2005, vol. 11, nr 2, s. 155–162.

53 M. Stollt, N. Kluge, *The potential of employee involvement in the SE to foster the Europeanization of labour relations*, „Transfer" 2011, vol. 17, nr 2, s. 181–192.

pracowników[54]. Pozostałe to w przeważającej większości twory określane przez związkowców mianem UFO, a więc istniejące tylko w dokumentacji rejestracyjnej. Może to budzić uzasadnione podejrzenia co do roli przedstawicielstwa pracowników przy ich przyszłym „ożywianiu".

Europejskie rady zakładowe mają dłuższą historię niż reprezentacja pracowników w SE, co daje możliwość analizowania konkretnych przypadków ich dokonań na przestrzeni lat. Generalnie – jako idea – postrzegane są bardziej pozytywnie. Wskazuje się, że ich rozwój ilościowy powoduje, iż są widocznym czynnikiem europejskich stosunków przemysłowych, a ich prekursorski charakter przyczynił się do pozytywnego efektu *spill-over* w odniesieniu do rozwoju innych unijnych instrumentów partycypacyjnych[55]. Niektóre ERZ stały się cenioną platformą kontaktu związkowców z krajowych filii korporacji ponadnarodowych. Nie zmienia to faktu, że główny cel ustanowienia tych ciał, a więc włączenie przedstawicielstwa pracowników w łagodzenie skutków ponadnarodowych restrukturyzacji, wydaje się w wielu przypadkach daleki do osiągnięcia. Powodowane jest to w znacznej mierze dość niechętnym podejściem większości korporacji ponadnarodowych do idei konsultacji z pracownikami w formule *ex ante*, a więc przed zainicjowaniem procesów decyzyjnych. Jeremy Waddington zwrócił uwagę, że tylko w 20% przypadków badanych przez niego ERZ ich członkowie uważali, że podejmuje się z nimi rzeczywiste konsultacje w sprawie przewidywanych restrukturyzacji[56]. Jest jeszcze inne zagrożenie. Według niektórych badaczy permanentnie pojawiające się programy restrukturyzacyjne i towarzysząca im presja na wewnątrzkorporacyjne konkurowanie między krajowymi filiami przenoszą się także na relacje wewnątrz ERZ. W rezultacie poszczególni krajowi przedstawiciele pracowników mają tendencję do zabiegania przede wszystkim o zabezpieczenie krajowych lub lokalnych interesów[57]. Powoduje to, że taka rada przestaje być płaszczyzną budowania europejskiej współpracy związków zawodowych w obronie interesów pracowniczych. Staje się raczej instrumentem wspierającym model konkurowania między lokalnymi oddziałami korporacji[58]. Nierzadkie są także próby wmontowania ERZ w strukturę wewnętrzną kultury korporacyjnej przedsiębiorstwa – dla zapewnienia legitymizacji realizowania przez pracodawcę ponadgranicznych strategii zarządzania personelem. A warto zwrócić uwagę, że prawie 40% istniejących ERZ powstało w okresie przejściowym 1994–1996[59] i są wśród nich także „kieszonkowe" twory pracodawców, niewykazujące chęci samoistnego działania[60].

Bliższe przyjrzenie się praktyce funkcjonowania ERZ pokazuje, że pracowniczej reprezentacji na poziomie europejskim nie zawsze jest po drodze ze związkami zawodowymi. A zwróćmy uwagę, że te ostatnie nie są w zbyt komfortowej sytuacji. Zdaniem W. Sanetry prawodawca unijny nie stawia na związki zawodowe jako fundament prawidłowo ukształtowanych stosunków przemysłowych. Wręcz przeciwnie: promując uprawnienia do informacji i konsultacji, przysługujące pozazwiązkowemu przedstawicielstwu pracowników, przyczynia się do osłabienia pozycji związków na poziomie zakładu pracy[61].

Kilka refleksji końcowych

Można rozpocząć od dość oczywistej uwagi, że jedynie związki zawodowe są tą formą przedstawicielstwa pracowniczego, która poprzez stałe struktury (w tym ponadnarodowe podmioty, takie jak Europejska Konfederacja Związków Zawodowych oraz

54 Zob. http://ecdb.worker-participation.eu/news_details.php?news_id=46 (dostęp: 15 listopada 2012).

55 R. Jagodziński, *EWCs after 15 years – success or failure?*, „Transfer" 2011, vol. 17, nr 2, s. 203–216.

56 J. Waddington, *Revision of EWC Directive. How EWC members see it*, „Mitbestimmung" 2006, nr 8.

57 T. Müller, S. Rübb, *Coming of age. The development of a collective identity in European Works Councils* (w:) M. Whittall, H. Knudsen, F. Huijgen (eds.), *Towards a European Labour Identity: the case of the European Works Council*, London– New York 2007, s. 206.

58 S. Adamczyk, *Dla kogo europejskie rady zakładowe?*, „Dialog. Pismo Dialogu Społecznego" 2011, nr 2, s. 17–22.

59 Na podstawie art. 13 dyrektywy 94/45/WE z 1994 r.

60 S. Adamczyk, *10 lat dyrektywy o europejskich radach zakładowych – kilka uwag o przechodzeniu od idei do praktyki*, (w:) *10 lat dyrektywy o europejskich radach zakładowych – polska perspektywa. Materiały z konferencji*, Gdańsk 2004, s. 7–13.

61 W. Sanetra, *Przedstawicielstwo związkowe*…, s. 74.

europejskie federacje branżowe[62]) może podjąć próbę rzeczywistej europeizacji swoich działań. Ale jest to wyzwanie trudne. Wskazaliśmy już wcześniej na możliwe reperkusje „uwikłania w dialog społeczny". Zdaniem licznych autorów jest to przypadek „symbolicznego neokorporacjonizmu", gdzie związki zawodowe biorą wprawdzie udział w dialogu na poziomie europejskim, ale bez możliwości realnego wpływu na podejmowane decyzje[63]. Wielorakość i przeplatanie się unijnych „ścieżek" decyzyjnych powodują, że związki zawodowe (tak jak inne podmioty zainteresowane oddziaływaniem na decyzje unijne) mają stosunkowo łatwy dostęp do mechanizmów podejmowania decyzji i stosunkowo dużą trudność wywarcia rzeczywistego wpływu na ich kształt[64]. Pewnym problemem jest tutaj tradycyjne koncentrowanie się związków zawodowych na kontaktach z dyrekcją generalną Komisji Europejskiej, zajmującą się kwestiami społecznymi (*DG Employment*, *Social Affairs and Inclusion*). Należy pamiętać, że strukturę administracyjną Komisji Europejskiej tworzą 33 dyrekcje generalne, i takie z nich, jak *DG Competition*, *DG Trade*, a zwłaszcza *DG Economic and Financial Affairs*, mają zdecydowanie bardziej dominującą rolę w „prowadzeniu" projektu integracyjnego – głównie poprzez promowanie tradycyjnie pojmowanej konkurencyjności w rozwoju gospodarczym[65].

Obecna sytuacja związków zawodowych (w naszych rozważaniach skupiamy się przede wszystkim na organizacjach ze starych państw członkowskich) jest nie do pozazdroszczenia. Przez wiele lat większość z nich wspierała proces pogłębiania integracji, mając nadzieję, że będzie to przyczyniać się do rozwoju Europy społecznej. Okazało się jednak, że w ten sposób związki zawodowe stały się zakładnikami koncepcji, w której swobody ekonomiczne wynoszone są do rangi wyższej niż te podstawowe prawa obywatelskie, dla obrony których pracownicy w związki zawodowe się organizują.

Sytuację skomplikowało jeszcze rozszerzenie UE w roku 2004 i 2007. Nie doszło do efektywnej budowy wspólnych, tożsamych dla całej Unii, standardów socjalnych[66], a ogromne różnice między poziomem rozwoju gospodarczego obu części UE oraz słabość stosunków przemysłowych w nowych państwach członkowskich przyspieszyły tendencje do marginalizacji związków zawodowych na poziomie unijnym.

Nie jest oczywiście tak, że nie można wskazać na żadne sukcesy związków zawodowych w wymiarze unijnym. Jako podstawowy sukces Europejskiej Konfederacji Związków Zawodowych w ostatnich latach wskazuje się zablokowanie dyrektywy „usługowej"[67] w jej pierwotnym brzmieniu. Pokazało to, że związki zawodowe „przyparte do muru" – a tak, niezależnie od kraju pochodzenia, organizacje te odebrały, skrajnie liberalny ich zdaniem, wyjściowy projekt tzw. dyrektywy Bolkensteina – potrafią walczyć skutecznie i wspólnie. Jest to jednak typowy przykład działalności o charakterze akcyjnym: reaktywnym, a nie antycypacyjnym.

Narzędziem, o którym nie można zapominać, jest europejski dialog społeczny – mimo wszelkich krytycznych uwag formułowanych pod jego adresem[68]. Jest on zakotwiczony w zapisach traktatowych i dzięki temu

62 EAEA (*European Arts and Entertainment Alliance*); EUROCOP (*European Confederation of Police*); EFBWW/FETBB (*European Federation of Building and Woodworkers*); EFFAT (*European Federation of Food, Agriculture and Tourism Trade Unions*); EFJ/FEJ (*European Federation of Journalists*); IndustriAll (*European Federation for Industry and Manufacturing workers*); EPSU (*European Federation of Public Service Unions*); ETF (*European Transport Workers' Federation*); ETUCE/CSEE (*European Trade Union Committee for Education*); UNI-EUROPA (*European trade union federation for services and communication*).

63 H.J. Bieling, T. Schulten, *Competitive Restructuring and Industrial Relations within the European Union: Corporatist Invilvment and Beyond* (w:) A.W. Cafruny, M. Ryner (eds.), *A ruined Fortress? Neoliberal Hegemony and Transformation in Europe*, Lanham MD 2003, s. 231–259.

64 J. Greenwood, *Interest Representation in the European Union*, London 2003.

65 B. Rosamond, *Imagining the European Economy: 'Competitivness'. and the Social Construction of 'Europe' as an Economic Space*, „New Political Economy" 2002, vol. 7. nr 2, s. 157–177.

66 Kompleksowo omawia to G. Meardi, *Social Failures of UE Enlargement. A case of Workers Voting with their Feet*, Routledge 2012.

67 Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym.

68 S. Adamczyk, *Dylematy europejskiego dialogu społecznego*, „Monitor Prawa Pracy" 2011, nr 11; B. Surdykowska, *Perspektywy europejskiego dialogu społecznego* (w:) M. Seweryński, J. Stelina (red.),*Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu*, Gdańsk 2012, s. 307.

stanowi element przeciwdziałający możliwości formalnego marginalizowania europejskich związków zawodowych. Wydaje się, że wciąż potencjał tego narzędzia nie jest wykorzystywany przez związki zawodowe do występowania z inicjatywami, które przypominałyby, że jednolitemu rynkowi potrzebna jest jeszcze jedna, wspominana przez nas wcześniej, umownie określona swoboda – „przepływu reprezentacji związkowej".

elementami układanki, w której związki zawodowe pełnią jedynie rolę pomocniczą. Zwróćmy uwagę, że spontaniczny rozwój europejskich układów ramowych odbywa się w znacznej mierze w oparciu o ERZ, a nie o związki zawodowe. Dopiero od niedawna te ostatnie próbują uzyskać dla siebie, uznawaną przez korporacje ponadnarodowe, wiodącą pozycję w tego typu rokowaniach.

Partycypacja pracownicza może się rozwijać – przynosząc pozytywne efekty dla przedsiębiorstw i ich kapitału ludzkiego – tylko wtedy, gdy opierać się będzie ona o związki zawodowe i system rokowań zbiorowych adekwatny do poziomu, na którym podejmowane są strategiczne decyzje.

Bezdyskusyjny jest fakt wspierania przez unijne instytucje rozwoju różnych form partycypacji pracowniczej w wymiarze ponadgranicznym, czego dowodem jest nowelizacja dyrektywy o ERZ, przeprowadzona wbrew niechętnemu stanowisku unijnej organizacji pracodawców – Konfederacji Europejskiego Biznesu BUSINESSEUROPE. Ale jest już raczej jasne, że to nie rozwój systemu europejskich stosunków przemysłowych stanowi cel unijnego legislatora. Podejmowane działania mają służyć raczej łagodzeniu społecznych skutków procesów restrukturyzacyjnych, określonych przez Komisję jako zjawiska permanentne i niezbędne wręcz dla przetrwania i rozwoju przedsiębiorstw[69]. Promowanie ponadgranicznych procedur informowania i konsultacji, a także włączanie przedstawicielstw pracowniczych do współdecydowania (w przypadku spółek europejskich), są w takim ujęciu

Pogłębiający się kryzys stanowi coraz większe zagrożenie dla europejskiego modelu społecznego zbudowanego w Europie Zachodniej[70]. Ale ujawnił on tylko mechanizmy, które w ukryciu funkcjonowały już wcześniej. Związki zawodowe w starych państwach członkowskich muszą (co wynika z woli ich członków) koncentrować się na walce o zachowanie funkcjonujących jeszcze regulacji. Trzymanie się jednak wyłącznie ram krajowych nie jest jednak wystarczające. Także w przypadku związków skandynawskich, wyraźnie zadowolonych z własnych systemów stosunków prze-

69 Komunikat Komisji – Restrukturyzacje i zatrudnienie. Antycypacja i towarzyszenie restrukturyzacjom na rzecz poprawy zatrudnienia: rola Unii Europejskiej /KOM/2005/0120 końcowy, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0120:FIN:PL:PDF (dostęp: 10 grudnia 2012).

70 Autorzy mają świadomość daleko idącego uproszczenia w posługiwaniu się sformułowaniem „europejski model społeczny" i funkcjonowania różnych modelów społecznych w poszczególnych państwach tzw. starej UE, na co wskazują liczne opracowania (przykładowo: P. Marginson, K. Sisson, *European Integration and Industrial Relations: Multi-level Governance in the Making*, Basingstoke 2004; J. Waddington, *Trade unions and the Defense of the European Social Model*, „Industrial Relations Journal" 2005, vol. 36 nr 6, s. 518–540). Można wskazać jednak na pewne elementy wspólne, takie jak przywiązanie do idei pełnego zatrudnienia, ubezpieczeń społecznych czy dialogu społecznego.

mysłowych. Zarówno orzeczenia w sprawie „Kwartetu Lavala", jak też nowa wizja „zarządzania gospodarczego" w strefie euro (możliwość politycznego wpływania na poziom płac) nie pozostawiają co do tego złudzeń. Tymczasem zaś: brak efektywnej koordynacji rokowań płacowych w wymiarze europejskim czy niechęć do podjęcia jakiejkolwiek wewnętrzzwiązkowej debaty na temat europejskiej płacy minimalnej (rozumianej przecież jako ustanowienie swego rodzaju kierunkowego *benchmarkingu*, a nie jako próba dopasowywania poziomu płac w Rumunii i Luksemburgu[71]) nie rokują dobrze przyszłej zdolności związków zawodowych do wywierania jakiegokolwiek wpływu na poziomie unijnym.

Nie wydaje się, by słabnięcie związków zawodowych stanowiło dobrą wiadomość dla europejskiego biznesu. Jak już wskazaliśmy na wstępie, partycypacja pracownicza może się rozwijać – przynosząc pozytywne efekty dla przedsiębiorstw i ich kapitału ludzkiego – tylko wtedy, gdy opierać się będzie ona o związki zawodowe i system rokowań zbiorowych adekwatny do poziomu, na którym podejmowane są strategiczne decyzje. W odniesieniu do korporacji ponadnarodowych będzie to oczywiście poziom europejski.

Na zakończenie uwaga generalna. Wydaje się, że instytucjonalne wspieranie z poziomu unijnego wyłącznie rozwoju uprawnień partycypacyjnych, przy zauważalnej niezdolności związków zawodowych do wypracowania na tym poziomie silnego systemu rokowań zbiorowych, nie przyczyni się do powstrzymania procesu powiększającego się rozwarstwienia dochodowego[72]. A właśnie w pogłębianiu się różnic dochodowych można upatrywać największego zagrożenia dla spójności społecznej i prawidłowości rozwoju gospodarczego Unii Europejskiej.

71 *Benchmarking* mógłby odnosić się do parytetu siły nabywczej bądź mediany wynagrodzenia w danym państwie.

72 Powiększającemu się rozwarstwieniu dochodowemu sprzyjają oczywiście także inne czynniki niż osłabianie się reprezentacji pracowniczej czy demontaż systemu rokowań sektorowych, takie, jak: wzrost konkurencyjności wynikający z globalizacji czy – przede wszystkim – zmiany technologiczne, które powodują, że zmienia się model pracy, w coraz większym stopniu dając „premie" pracownikom lepiej wykształconym.

Aleksander Stępkowski

Między klasycznością a nowoczesnością w pojmowaniu dobra wspólnego.

Refleksje na kanwie monografii Marka Piechowiaka *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*

Aleksander Stępkowski

Doktor habilitowany nauk prawnych (2011), pracownik naukowy Wydziału Prawa i Administracji UW. Stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej (2000 i 2001), uniwersytetów w Manchester (1999), w Oxfordzie (2002), KU Leuven (2003). Jest dyrektorem Centrum Prawnego Ordo Iuris.

Wstęp

Doskonale pamiętam, jak w 2005 roku podczas zorganizowanej przez studenckie koło naukowe *Pro Patria* konferencji „Jaka Konstytucja? Jaka Rzeczpospolita?" Marek Safjan, ówczesny Prezes Trybunału Konstytucyjnego, zwierzył się publicznie, że sędziowie Trybunału Konstytucyjnego odczuwają wyraźną potrzebę, by badając konstytucyjność aktów prawnych znacznie częściej odwoływać się do wyrażonej w art. 1 polskiej ustawy zasadniczej kategorii dobra wspólnego. Jednocześnie stwierdził, że na przeszkodzie temu stoją negatywne stereotypy panujące w społeczeństwie, które kategorię dobra wspólnego każą kojarzyć z okresem PRL. Wydaje się, że od tego czasu wiele się w świadomości społecznej zmieniło. Konstatuje się, że to, co długo kojarzono z przaśną peerelowską propagandą, jest afirmowane przez amerykańskich komunitarystów i coraz częściej również liberałowie czują się zobowiązani do pozytywnego odniesienia się do tej kategorii. „Dobro wspólne" traktuje się jako centralne pojęcie tradycji republikańskiej. Również w literaturze prawniczej można zaobserwować istotne w tej mierze ożywienie.

Książka Marka Piechowiaka[1] nie tylko wpisuje się w tę zmianę nastawienia do pojęcia „dobro wspólne", ale jest w tym kontekście również pracą ważną, co nie znaczy, że wolną od treści kontrowersyjnych. Jest też pierwszą zwartą monografią poświęconą problematyce dobra wspólnego

1 M. Piechowiak, *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*, seria „Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego" t. XL, „Monografie Konstytucyjne" nr 2, Warszawa 2012, s. 494.

w kontekście Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku, dlatego zasługuje na baczną uwagę, nawet jeśli jej treść pobudza czytelnika – a jest tak w przypadku piszącego te słowa – do formułowania wypowiedzi zdecydowanie polemicznej.

Treść książki

Od strony formalnej książka Marka Piechowiaka składa się z wprowadzenia, ośmiu rozdziałów i uwag końcowych, dopełnionych przez wykaz źródeł, literatury oraz (niezwykle cenne) skorowidze.

We wprowadzeniu autor przedstawia swój zamysł badawczy, później zaś dokonuje wstępnych rozstrzygnięć terminologicznych. Poświęca m.in. sporo uwagi dobru wspólnemu jako wartości, zaznaczając, że rozpatrując to zagadnienie nie można opierać się na subiektywistycznych koncepcjach wartości, pojmujących je jako rezultat reakcji emocjonalnych lub aktów wolitywnych niepoddających się ocenie w kategoriach prawdziwości (s. 38), które to zagadnienie autor będzie jeszcze rozwijał w dalszym ciągu książki (s. 297–306). Dokonuje on przy tej okazji również rozróżnienia między wartościami *in abstracto* – czyli ogólnie ujętymi treściami uznawanymi za to, co cenne, i stanowiącymi punkt wyjścia dla formułowania wartości *in concreto*, czyli stanów „domagających się" swego urzeczywistnienia (s. 39). Analogicznie też postuluje, by mówić o prawach człowieka *in abstracto* oraz *in concreto*, co w oczywisty sposób przywodzi na myśl rozróżnienie Roberta Alexy'ego między prawami pojmowanymi *prima facie* oraz prawami podstawowymi jako szczegółowymi uprawnieniami konstytucyjnymi[2]. O ile jednak to rozróżnienie odgrywa istotną rolę na kartach książki, o tyle ustalenia terminologiczne dotyczące wspólnoty wzbudzają daleko idące poczucie niedosytu. Z jednej strony autor całkowicie słusznie zaznacza (s. 43), że dobro wspólne musi być odniesione do jakiejś grupy społecznej, jednak dokonywane przezeń rozróżnienie między wspólnotą i społecznością w oparciu o doktrynę prawa międzynarodowego ma znikome, jeśli w ogóle ma, znaczenie dla dobra wspólnego rozpatrywanego w kontekście państwa. Trudno oprzeć się wrażeniu, że ustalenia terminologiczne dotyczące wspólnoty są w książce czynione *pro forma* i nie mają znaczenia dla zawartej tam argumentacji, pokazując, że autor *de facto* nie przywiązuje większej wagi do kategorii wspólnoty.

W rozdziale trzecim zaczyna się właściwa narracja książki. Autor koncentruje się na zidentyfikowaniu tradycji ideowej, w której kontekście należy osadzić problematykę dobra wspólnego, w tym również dobra wspólnego, o którym mowa w Konstytucji RP. Marek Piechowiak wskazuje konkretnie na tradycję filozofii klasycznej, rozumianej jako nurt filozoficzny wywodzący się od Platona i Arystotelesa, a następnie rozwijanej przez stoików i św. Tomasza z Akwinu, która w znacznej mierze stała się podstawą nauczania społecznego Kościoła (s. 49). Autor jednak nie tyle prezentuje pewną wspólnotę poglądów na temat życia społecznego, co raczej drogę rozwoju i dochodzenia do tego, co uznaje za pełnię tej klasycznej postawy filozoficznej. Ową dojrzałą jej postać sytuuje w twórczości św. Tomasza z Akwinu oraz w nauczaniu społecznym Kościoła. W rozdziale czwartym szczegółowo analizuje pod kątem dobra wspólnego polską tradycję konstytucyjną oraz prace nad tekstem obecnie obowiązującej ustawy zasadniczej z roku 1997. Przekonuje, że ostatecznie w trakcie tych prac jednoznacznie opowiedziano się za konkretnym sposobem rozumienia kategorii dobra wspólnego, właściwym nauczaniu społecznemu Kościoła oraz tradycji klasycznej filozofii, dystansując się jednocześnie od innej tradycji, wiązanej w książce z pojęciem „wspólnego dobra", którym operowała konstytucja kwietniowa. W kolejnym rozdziale przeprowadzono rekonstrukcję znaczenia konstytucyjnej klauzuli dobra wspólnego na podstawie tekstu Konstytucji RP rozpatrywanego w świetle danych o intencji ustrojodawcy z poprzedniego rozdziału. Następnie autor przenosi swoje rozważania na poziom metaaksjologiczny, dokonując ustaleń co do filozoficznych uwarunkowań aksjologii konstytucyjnej. Tu analizuje dobro wspólne jako wartość konstytucyjną oraz uzasadnia prawnonaturalny charakter tej klauzuli. W oparciu o te ustalenia, w kolejnym rozdziale dobro wspólne zostaje uznane za pierwszą wartość Konstytucji RP, nadrzędną względem godności człowieka oraz wynikających z niej praw podstawowych. Trzeba w tym miejscu dodać, że w tych analizach jedynie bardzo skrótowo rozważana jest relacja między zasadą z art. 1 i treścią art. 2 Konstytucji, o czym

2 R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, tłum. Julian Rivers, Oxford 2002, s. 159.

zresztą autor uprzedza już na początku książki (s. 33), informując, że problematykę tę pozostawił do dokładniejszego opracowania. Brak poświęcenia baczniejszej uwagi wzajemnemu stosunkowi zasad dobra wspólnego i państwa prawnego można oczywiście prezentować jako posunięcie przemyślane i wynikające z przestrzegania jasno zakreślonych ram książki, która i tak nie jest szczupłych rozmiarów, a musiałaby dodatkowo zwiększyć swą objętość. Zważywszy jednak, że autor wyraźnie podporządkowuje zasadę z art. 2 Konstytucji zasadzie z art. 1, rezygnacja z pogłębionej analizy zasady państwa prawnego staje się trudna do uzasadnienia.

Sformułowaną w ten sposób kompleksową teorię dobra wspólnego – jako wartości konstytucyjnej – Marek Piechowiak zestawia z praktyką orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego. Autor omówił zatem, w jaki sposób pojęcie „dobro wspólne" jest rozumiane na gruncie orzecznictwa TK. Jest to bez wątpienia opracowanie pionierskie, a zatem godne bacznej uwagi, choć w książce nie pełni roli kluczowej. Już zresztą na początku autor sygnalizował (s. 32), że zależało mu bardziej na pokazaniu, w jaki sposób Trybunał może i powinien rozumieć dobro wspólne, a nie jak to *de facto* czyni. Co więcej, orzecznictwo konstytucyjne nie jest dlań wskazówką przy ustalaniu treści klauzuli dobra wspólnego. Do celu tego prowadzić ma analiza filozoficzna, której wyniki winny stanowić podstawę oceny poprawności orzecznictwa konstytucyjnego. Autor, stosownie do tych założeń, uznaje, że chociaż orzecznictwo zawiera również treści zbieżne z prezentowaną przezeń teorią, to jednak wyłaniający się z orzecznictwa obraz dobra wspólnego jest: 1) niespójny (s. 426); 2) ignoruje prace nad tekstem konstytucji (s. 26, 427); 3) jest bardzo często bliższy aksjologii konstytucji kwietniowej (s. 23, 32, 427), którą autor uznał – nie bez podstaw – za świadomie odrzuconą w trakcie prac nad obecną ustawą zasadniczą. Słowem: teoria wymaga rewizji. Podnoszony w książce brak spójności w ramach orzecznictwa konstytucyjnego, jak i abstrahowanie od intencji ustrojodawcy kryjących się za takimi, a nie innymi rozstrzygnięciami redakcyjnymi, mają bez wątpienia kontrastować z koherentną koncepcją autora. Książkę zamykają uwagi końcowe, syntetycznie prezentujące jej ustalenia.

Trzeba podkreślić, że publikacja prezentuje bardzo złożoną, wielowątkową problematykę w wieloaspektowej perspektywie, warstwa zaś filozoficzna w książce nie ogranicza się do wstępu *pro forma* czy erudycyjnego ornamentu, ale rzeczywiście stanowi konstrukcję nośną książki i determinuje kształt całej koncepcji autora. Godna uwagi jest pełna świadomość metodologiczna autora, nawet jeśli dla prawnika część poświęcona uwagom metodologicznym może być niekiedy trudna w odbiorze. Prezentowanym tu uwagom na temat teorii Marka Piechowiaka nie będzie towarzyszyła szczegółowa analiza wszystkich jej aspektów – zajęłoby to zbyt wiele miejsca. Celem poczynionych uwag jest ocena filozoficznych podstaw tej teorii i ukazanie ich konsekwencji na płaszczyźnie prawa konstytucyjnego.

Filozoficzne uwarunkowania

Obecność warstwy filozoficznej w książce nie może dziwić, zważywszy, że autor prezentuje filozoficzną formację intelektualną i od wielu lat angażuje się naukowo w problematykę praw człowieka, czyli w materię stanowiącą centralny wątek współczesnego prawa konstytucyjnego. Nie sposób więc odnieść się do prawniczej warstwy wywodów autora, nie analizując wcześniej ich filozoficznej podstawy. Autor prezentuje w tym punkcie intelektualną ewolucję określonych kategorii, kiedy to początkowo jedynie z grubsza zarysowane konstrukcje, z czasem miały być udoskonalane, by w końcu osiągnąć postać dojrzałą. Krytyczne omówienie tego dzieła należy zatem rozpocząć właśnie od jego aspektu ideowego.

Klasyczność klasycznej tradycji

Jak już była o tym mowa, kategorię dobra wspólnego wyrażoną w 1 art. Konstytucji RP z 1997 roku, Marek Piechowiak łączy z klasyczną tradycją filozoficzną, która później legła u podstaw nauczania społecznego Kościoła. Kwalifikacja ta nie budzi wątpliwości, choć nie można tego powiedzieć o niektórych, wskazywanych przez autora charakterystycznych elementach tej tradycji. Jest tak choćby w odniesieniu do jego zapewnień (s. 26–27), że „charakterystycznym rysem tradycji klasycznej jest uznanie praw człowieka (wolności i praw jednostki) za integralny i centralny element dobra wspólnego" (podobnie m.in. s. 30, 275, 355, 401, 435). Jednocześnie wskazuje się na tradycję konstytucji kwietniowej oraz

na współczesny komunitaryzm jako na nurty obce tej tradycji, dobro wspólne każą bowiem pojmować w opozycji do praw człowieka (m.in. s. 24, 27, 169). Nie brak wprawdzie wśród czołowych komunitarian takich, którzy wprost do Arystotelesa nawiązują (Alasdair MacIntyre), ale akurat wyłączenie tego nurtu z tradycji klasycznej nie będzie tutaj podawane w wątpliwość. Problemem jest natomiast uznanie za element tradycji klasycznej praw podmiotowych, a dokładniej: indywidualistycznej antropologii. Czyniąc tak, autor uznaje, że pochodząca z 1789 roku *Deklaracja praw człowieka i obywatela* ujmuje relacje między państwem a dobrem rządzonych w sposób „typowy dla tradycji klasycznej" (s. 164), choć wiadomo, że chodzi o dokument dający wyraz nowoczesnym ideom kwestionującym całą klasyczną kulturę intelektualną ufundowaną właśnie na platońsko-arystotelejskim paradygmacie filozoficznym. Autor świadom być musi, że nie odnajdziemy praw człowieka u Arystotelesa i Platona, których też nie sposób posądzać o indywidualizm. Konstrukcja praw podmiotowych, podobnie jak i indywidualistyczna antropologia, obce były również św. Tomaszowi, na co, wśród wielu autorów[3], zwracał uwagę chociażby przedwojenny profesor KUL i wybitny znawca filozofii św. Tomasza – Czesław Martyniak[4], którego dorobek musi być świetnie znany autorowi. Marek Piechowiak przedstawia racje, dla których decyduje się wywodzić indywidualizm i, co za tym idzie, prawa podmiotowe od św. Tomasza. Argumentacja ta budzi wątpliwości, mimo że jest bardzo przemyślana i nie sposób jej zarzucić powierzchowności. Zanim jednak wątpliwości te zostaną podniesione, należy zastanowić się nad tożsamością poglądów filozoficznych, które można kwalifikować jako klasyczne.

Między klasycznością a nowoczesnością

Najogólniej rzecz ujmując, przymiot klasyczności przypisywany jest filozofii nawiązującej do poglądów Platona i Arystotelesa, które stały się podstawą dominującej przed Oświeceniem kultury intelektualnej. Z czasem zaczęła być ona kwestionowana w swych newralgicznych elementach przez poglądy, które tradycyjnie określa się mianem nowożytnych. Istnieją jednak racje, by wraz z późniejszymi nurtami filozoficznymi, którym dały początek, kwalifikować je mianem nowoczesnych[5]. Procesy te były stopniowe, ale wystąpiły już w bardzo dojrzałej postaci w XVII wieku i legły u podstaw rewolucyjnych przemian społeczno-politycznych symbolizowanych przez Rewolucję Francuską. Te przemiany ideowe przyniosły ze sobą zupełnie nowy sposób konceptualizacji podstaw ładu politycznego, wysuwając na czoło kategorię praw człowieka. Państwo powstać miało w celu ochrony tych praw, jednak stanowiło dla nich jednocześnie potencjalne zagrożenie.

Marek Piechowiak kategorię praw człowieka stawia w centrum swoich rozważań nad dobrem wspólnym, zapewniając, że jest to stanowisko klasyczne. Podobnie nowoczesny charakter ma, centralne dla prowadzonych w książce rozważań, pytanie: czy państwo ma być służebne względem jednostki, czy też jednostka względem państwa? Marek Piechowiak wyraźnie akceptuje tę właśnie nowoczesną perspektywę, opierając na niej całą kompozycję swej książki, w której zyskuje ona specyficzną postać dwóch tradycji mówienia o dobru wspólnym. Jedna z nich afirmować ma wyższość dobra indywidualnego nad dobrem państwa (według autora tradycja klasyczna, w którą wpisuje się tekst polskiej konstytucji z 1997 roku), druga wiązana jest w książce (w kontekście polskiej tradycji ustrojowej) z autorytarną konstytucją z 1935 roku, która akcentuje obowiązki obywateli względem wspólnoty politycznej.

Tymczasem ten istotny dla kompozycji książki dylemat obcy jest filozofii klasycznej, na gruncie której

3 B.V. Brady, *An Analysis of the Use of Rights Language in Pre-Modern Catholic Social Thought*, „The Thomist" 1993, vol. 57, nr 1, s. 97–108; M. Villey, *Leçons d'histoire de la pilosophie du droit*, Paris 1962, s. 227–234 (ostatnie wyd. Paris, Dalloz 2002); F. Longchamps, *Z rodowodu prawa podmiotowego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego" 1961, seria A, nr 34, Prawo VIII, s. 107–108.

4 C. Martyniak, *Obiektywna podstawa prawa według św. Tomasza z Akwinu* (w:) tenże, *Dzieła*, red. R. Charzyński, M. Wójcik, Lublin 2006, s. 21–23, 171.

5 Przemawia za tym m.in. określanie mianem „postmodernizm" lub „ponowoczesność" poglądów, które w dużej mierze samookreślają się poprzez krytykę Oświecenia, któremu zarzucają jednak nie zerwanie z filozofią klasyczną, ale to, że kwestionowało klasyczne kategorie intelektualne w dalece niewystarczającym stopniu. Z tego względu piszący te słowa preferuje odnoszenie pojęcia „nowoczesność" już do filozofii oświeceniowej.

człowiek nie jest jednostką, lecz rozwijać się może jedynie we wspólnocie (co ostatecznie *musi* odnosić się również do państwa jako wspólnoty *par excellence*). Z tego też powodu rozwój człowieka wymaga odeń zaangażowania się na rzecz wspólnoty (obowiązki obywatelskie), dobro poszczególnego człowieka jest bowiem przyporządkowane dobru całej wspólnoty (dobru wspólnemu). Stwierdzenie, iż „[p]aństwo jest dobrem wspólnym nie dlatego, że wszyscy mają wobec niego obowiązki, ale dlatego, że służy rozwojowi wszystkich członków wspólnoty politycznej" (s. 433) nie wydaje się najlepiej oddawać specyfiki tej tradycji. W jej kontekście rozwój człowieka bezpośrednio wiąże się bowiem z wypełnianiem jego powinności, na czele z powinnościami względem wspólnoty, której jest członkiem. Klasycznym tego wyrazem jest chociażby końcowy *passus* Cyceronowego *Somnium Scipionis*[6], który Jan Kochanowski oddał w tak dobrze znanej nam sentencji: „A jeśli komu droga otwarta do nieba, tym co służą ojczyźnie. Wątpić nie potrzeba" (*Księgi wtóre*, *Pieśń XII*). Obowiązki nie mogą być zatem kontrastowane z warunkami rozwoju, ale są ich głównym składnikiem. Dlatego też klasyczna polityka operuje organiczną wizją państwa, wykluczającą przeciwstawianie dobra całej wspólnoty politycznej dobru jej członków. W żaden sposób nie stało to jednak na przeszkodzie analizowaniu problemu niesprawiedliwych rządów i niesprawiedliwości rządzących, które szkodzą zarówno wspólnocie politycznej, jak i jej członkom. To, co Marek Piechowiak traktuje jako dwie różne tradycje w rozumieniu dobra wspólnego, to na gruncie rzeczywistej tradycji klasycznej są dwie strony tej samej monety, których nie sposób rozdzielać. Rozdzielając je i przeciwstawiając sobie, porzuca się stanowisko klasyczne i zajmuje postawę właściwą stanowisku nowoczesnemu.

Autor jednak włącza ten nowoczesny antagonizm do tradycji klasycznej, przywołując (s. 52–53) fragment Platońskich *Praw* (770 c–e). Tekst ten jednak w rzeczywistości nie wyraża antagonizmu jednostka–państwo, ale doniosłość ludzkiego obowiązku troski o cnotę, który znajduje wyraz nade wszystko w zaangażowaniu politycznym, nie można więc realizować go poza państwem. Stąd też *passus* o rozpadzie państwa nie może być traktowany tu jako coś więcej niż hiperbola – jeden z retorycznych środków wyrazu, w które obfituje styl Platońskich dialogów.

Od razu zastrzec należy, że autor – zwłaszcza w partii książki poświęconej Arystotelesowi – przytacza wiele tekstów wskazujących na społeczną naturę człowieka i nie pisze nic, w czym by się wyraźnie od niej dystansował. Tym niemniej zajęcie stanowiska indywidualistycznego *implicite* oznaczać musi odrzucenie twierdzenia o społecznej naturze lub przynajmniej poważną jego redefinicję pozbawiającą ją klasycznego charakteru. Z tym też mamy do czynienia w omawianej książce. Społeczność człowieka autor traktuje jako konsekwencję braku samowystarczalności. Pisze: „Ludzie łączą się we wspólnoty ze względu na korzyści, które dzięki temu uzyskują i których sami osiągnąć nie mogą" (s. 81). Oczywiście, korzyści płynące z życia społecznego były na gruncie filozofii klasycznej należycie eksponowane. Jednak to nie one były jego istotną przyczyną, ale ontyczna struktura człowieka. To ona przesądza, że człowiek nie może funkcjonować *po ludzku* samodzielnie. Zaprezentowany w książce sposób rozumienia społeczności człowieka jest dalece bardziej charakterystyczny dla autorów nowożytnych (począwszy przynajmniej od Althasiusa). Przestali oni już rozumieć społeczność natury ludzkiej w sposób właściwy filozofii klasycznej, torując drogę indywidualizmowi i konstrukcji umowy społecznej. Brak samowystarczalności człowieka jest oczywiście podnoszony na gruncie tradycji klasycznej, jednak jest to zagadnienie wtórne względem społecznej natury. Arystoteles już wspólnotę rodzinną (domową) pojmuje jako składającą się nie z jednostek, ale ze wspólnoty małżeńskiej i wspólnoty tworzonej przez pana i niewolnika (*Pol*. I,1,6; 1252 b). Co więcej, proste doświadczenie życiowe, tak ważne dla Arystotelesa, pokazuje, że człowiek przychodzi na świat już jako członek wspólnoty, mając określone w niej miejsce i pozostając w określonych relacjach z innymi jej członkami.

Dlatego też mylące jest stwierdzenie, że „samowystarczalność państwa jest przyporządkowana ostatecznie samowystarczalności jednostek" (s. 83). Stwierdzenie takie, szczególnie jeśli prezentuje się je współczesnemu człowiekowi, sugeruje perspektywę indywidualistyczną, w której szczęście człowieka kojarzy się z jego samowystarczalnością, rozumianą

6 Cic. rep. 6,26–29.

jako niezależność od innych osób. Twierdzenie swoje buduje autor na cytacie z *Etyki Nikomachejskiej* (*EN* 1097 b), który jednak, jeśli przeczytać go w szerszym kontekście, nie pozostawia wątpliwości, że bynajmniej nie chodzi w nim o samowystarczalność człowieka, ale o jego szczęście – stan kompleksowego spełnienia. Arystoteles wskazuje, że owo szczęście samo jedno człowiekowi wystarcza, a nie, że człowiek dąży do indywidualnej samowystarczalności. Co więcej, omawiając szeroko poglądy św. Tomasza, autor nie uwzględnił tekstu mówiącego, że nawet w stanie pierwotnej niewinności, kiedy to człowiekowi niczego do szczęścia nie brakowało, ludzie żyć musieli w społeczności ze względu na swą społeczną naturę[7]. Tekst ten nie tylko wprost przywołuje kategorię dobra wspólnego, ale pozwoliłby na weryfikację sposobu odczytywania tych fragmentów Platona i Arystotelesa, na podstawie których autor zdaje się sprowadzać przyczyny życia wspólnotowego do wymiaru korzyści.

Od kognitywizmu do personalizmu

Bardzo ważnym składnikiem teorii Marka Piechowiaka jest pogląd określany przezeń mianem kognitywizmu aksjologicznego, który afirmuje obiektywny charakter wartości, sprawiający, że do formułowanych względem nich ocen można odnosić kategorię prawdziwości. Pogląd ten jest istotnie bardzo bliski klasycznej tradycji filozoficznej, choć w tym kontekście akurat właściwsze byłoby mówienie o możliwości prawdziwego poznania dobra, czyli o kognitywizmie etycznym lub agatycznym. W późniejszych rozważaniach pojęciu wartości nadano znaczenie możliwie bliskie pojęciu dobra (s. 299–303), pomimo tego zabiegu nie sposób jednak wyeliminować subiektywizacji (a więc również i relatywizacji) pojmowania dobra, właściwej dla kategorii wartości. Autor, afirmując swój pogląd, wdaje się w polemikę z reprezentatywnym dla liberalnego stanowiska intelektualnego esejem Isaiaha Berlina. Wskazuje, że zarzut czyniony przez tego ostatniego Platonowi, jakoby podkreślając możliwość poznania dobra i sprawiedliwości stawał się rzecznikiem totalitaryzmu, jest chybiony. W największym skrócie: autor argumentuje, że kognitywizm etyczny Platona bynajmniej nie zakłada możliwości poznania jedynego dobra, które miałoby implikować konieczność podporządkowania mu życia wszystkich ludzi, ale że postawa ta wyraża się nade wszystko w racjonalnej możliwości odrzucenia zła, przy zachowaniu pluralizmu odnośnie do różnych wyborów dobra.

Oczywiście autor ma tu rację, choć problem podnoszony przez I. Berlina wynika z forsowania przezeń pluralizmu, który nie jest możliwy do pogodzenia z filozofią klasyczną, ale opiera się na afirmacji subiektywizmu etycznego prowadzącego nieuchronnie do relatywizmu. Pluralizm etyczny, jaki odnajdujemy na gruncie klasycznej kultury intelektualnej, wyklucza relatywizm i wynika z zupełnie innych przesłanek. Na gruncie klasycznym, w sferze etyki, podobnie jak i w odniesieniu do innych dyscyplin wchodzących w skład filozofii praktycznej, kryterium prawdziwościowe było rozumiane w zasadniczo odmienny sposób od tego, jak pojmowano je na gruncie logiki lub matematyki[8], co podkreślał później również św. Tomasz[9]. Na gruncie etyki zatem różne wybory mogą się okazać dobre i właściwe. Wynika to ze specyficznego dla tej dziedziny sposobu poznania, związanego u człowieka z namysłem[10]. Nowoczesna kultura intelektualna zakwestionowała to zróżnicowanie metodologiczne, oczekując wszędzie, również na gruncie etyki, pewności właściwej dla nauk przyrodniczych, jako nauk *par excellence*. Ponieważ nie jest to jednak osiągalne, etyka skupiła się na legitymizacji relatywizmu, wynikającego z etycznego sceptycyzmu.

Autor nie wiąże swojej argumentacji z tą szerszą płaszczyzną, ale jedynie dąży do złagodzenia napięcia między stanowiskiem etycznym Platona i nowoczesnym relatywizmem, akcentując redukcyjny wymiar poznania etycznego (odrzucenie zła) oraz pluralizm w odniesieniu do preferowanego indywidualnie dobra (s. 68–71). Stanowisko to jednak nie w pełni satysfakcjonuje, zwłaszcza że autor w pełni świadomie pomija (s. 51), jako według niego nierelewantny dla prowa-

7 *Sth*, I, q. 96, a. 4, co. „…homo naturaliter est animal sociale, unde homines in statu innocentiae socialiter vixissent".

8 *EN* I, 3; 1094 b; Arystoteles, *Etyka Nikomachejska*, *Dzieła wszystkie*, t. 5, tłum. D. Gromska, Warszawa 1996, s. 79.

9 *Sth*, II^{a}–II^{ae}, q. 47 a. 9 ad 2: „certitudo non est similiter quaerenda in omnibus, sed in unaquaque materia secundum proprium modum".

10 *EN* VI, 1; 1139 a: 6–15 (193).

dzonych rozważań, fragment Platońskiego *Gorgiasza*, w którym Sokrates wyraźnie wskazuje prawdziwe poznanie tego, co jest dobre dla duszy jako „wspólne dobro" obywateli; i to wspólne dobro jak najbardziej osiągalne dla ludzkiego rozumu w wymiarze intersubiektywnym.

Ten wątek argumentacji autora znajduje swoją kontynuację i kulminację przy prezentacji poglądów św. Tomasza. Zacząć należy jednak od konstatacji pewnych trudności metodologicznych. Marek Piechowiak kluczowe znaczenie przypisuje tekstom św. Tomasza, poruszającym w perspektywie metafizycznej problematykę teologiczną, tam bowiem analizuje się pojęcie osoby i godności (w kontekście rozpatrywania Osób Boskich oraz anielskich!), gdy tymczasem w twórczości etycznej i politycznej (dotyczących człowieka i życia społecznego) pojęcia te prawie u Akwinaty nie występują. Podkreślał to m.in. wybitny znawca filozofii św. Tomasza, jakim był J.M. Bocheński, dając wyraz swemu sceptycyzmowi wobec wiązania etyki personalistycznej z filozofią Akwinaty i wskazując na filozofię Immanuela Kanta jako na właściwe źródło tej etyki[11]. Powstaje zatem zasadnicza wątpliwość: czy można we właściwy sposób prowadzić rozważania natury etyczno-politycznej w oparciu o teksty mówiące w pierwszej kolejności o Osobach Boskich lub aniołach, i które dopiero przy poczynieniu istotnych zastrzeżeń można odnosić do człowieka?

Marek Piechowiak specyfiki tej jednak nie uwzględnia. Widać to wyraźnie, gdy pisze, że według św. Tomasza „[s]pecyfika człowieka, jego godność, leży przede wszystkim w doskonalszym sposobie istnienia – istnienia jako cel sam w sobie" (s. 113), uznając za swoiście ludzkie cechy, które św. Tomasz odnosi do Osób Boskich oraz do aniołów. Nie można zatem mówić tu o „specyfice człowieka". W dalszym ciągu Marek Piechowiak pisze, że Akwinata pod pojęciem godności osoby rozumiał „występowanie w niej w sposób wyjątkowy i doskonalszy tego, co indywidualne i poszczególne", czyli wolnego wyboru (*liberum arbitrium*). Jednocześnie precyzuje, że chodzi o „wybór między różnymi sposobami działania dobrymi dla osoby, a nie wybór między dobrem a złem", albowiem „rozum jest podstawą wolności nie dlatego, że pozwala odróżnić dobro od zła, zwierzęta także to potrafią, choć – zdaniem Tomasza – rozumu nie posiadają" (s. 114).

Dotykamy tu niezwykle istotnego aspektu argumentacji autora. Zdolność rozróżnienia między dobrem i złem jest według Arystotelesa – co Marek Piechowiak przyznaje (s. 84) – cechą odróżniającą człowieka od zwierząt[12]. Autor twierdzi zatem *implicite*, że Tomasz z Akwinu – chociaż był konsekwentnym arystotelikiem – odchodzi w tym newralgicznym dla etyki punkcie od stanowiska perypatetycznego. W książce to potencjalne odstępstwo traktowane jest jako wyraz rozwoju stanowiska klasycznego. W ten sposób centralnym punktem człowieczeństwa, w miejsce rozumności pozwalającej rozpoznać dobro istniejące i odróżnić je od zła, czyni autor wolność, która w akcie wolnego wyboru konstytuuje (a nie poznaje!) dobro osoby. Co więcej, pogląd ten zostaje przypisany Akwinacie: „Doskonaląca funkcja wolności (…) przede wszystkim polegać będzie [w świetle poglądów św. Tomasza] na współkonstytuowaniu (wyróżn. AS) dobra dla osoby i indywidualizowaniu podmiotu" (s. 73). Autor nie dostrzega, że tak pojmowane dobro staje się w gruncie rzeczy interesem jednostki, która określa suwerennie, co jest dla niej korzystne – pytanie tylko, czy można utożsamić partykularną korzyść z dobrem. Na gruncie nowoczesnej etyki czerpiącej z Hobbesa i Locke'a istotnie można to czynić bez wahania, jednak trzeba ogromnej śmiałości, by przypisać takie stanowisko św. Tomaszowi, a to właśnie w książce uczyniono.

Argumentację swą buduje Marek Piechowiak opierając się na źródłach, jednak nie uwzględnia on tych, które kłócą się z głoszoną przezeń tezą. Akwinata zdecydowanie nie przypisywał zwierzętom zdolności poznania tego, co dobre, i odróżnienia od tego, co złe. W tekście, w którym według Marka Piechowiaka Tomasz z Akwinu miał wyrazić taki pogląd, mowa jest o zdolności zwierząt do osądzenia, że coś im szkodzi[13]. Doktor Anielski nie pisał więc o *malum*, lecz o *noxium*, odnosząc to do rozróżniania na poziomie zmysłowym

11 *Między logiką a wiarą. Z Józefem M. Bocheńskim rozmawia Jan Parys*, wyd. 3, Warszawa 1995, s. 129–130.

12 Arystoteles, *Pol*, I, 1, 11; 1253 a.

13 *Sth*, I, q. 59 a. 3 s.c., co.: „…ovis enim fugit lupum ex quodam iudicio, quo existimat eum sibi noxium".

między tym, co przyjemne, i tym, co przykre (szkodliwe), jednak bynajmniej nie utożsamiał tego z etycznym poznaniem pozwalającym poznać *ipsam universalem rationem boni* i na tej podstawie odróżnić to, co dobre, od tego, co złe[14]. Dla Akwinaty wolność wyboru jest nierozerwalnie związana z jego poprawnością, tzn. z uniknięciem zła. Z tego też powodu wiąże się ściśle z rozumnością, albowiem to właśnie rozum pozwala osobie odróżnić dobro od zła.

Specyfikę hermeneutyki stosowanej przez autora widać wyraźnie, gdy treść centralnego tekstu dla jego argumentacji, mianowicie kwestii 59 pierwszej części *Sumy teologii* (a. 3 s.c., co), zestawić z argumentacją przedstawioną przez Akwinatę trzy kwestie dalej. W kwestii 59 św. Tomasz stwierdza, że u aniołów intelekt jest dalece doskonalszy niż u ludzi. Z tego też powodu wolna wola aniołów jest dalece doskonalsza niż ludzka[15], gdyż dokonują one wyboru bez uprzedniego namysłu, jaki ma miejsce u człowieka[16]. W kwestii 62 tejże części Akwinata wyjaśnia powód, dla którego tak jest, wskazując, że (mocno akcentowana przez Marka Piechowiaka) możliwość wyboru różnych środków prowadzących do celu, owszem, świadczy o doskonałości wolnej woli, ale tylko wówczas, gdy wola ukierunkowana jest ku dobru, czyli gdy nie wybiera zła. Wybór zła bowiem (grzech) oznacza wadliwość, nie zaś doskonałość woli[17]. Ponieważ więc aniołowie poznają Boga w jego istocie, to znaczy poznają istotę Dobra, ich wola nie może mieć za swój przedmiot czegokolwiek innego niż dobro. Problem polega na tym, że poznania ludzkiego nie można pod tym względem zrównywać z anielskim, co *de facto* Marek Piechowiak – w odróżnieniu od św. Tomasza – właśnie czyni.

Autor uznaje zatem, że poznanie etyczne (rozróżnianie między dobrem i złem) nie jest specyficzną funkcją ludzkiej rozumności ani też znamieniem człowieczeństwa (nie odróżnia nas od zwierząt). Nigdzie wprawdzie nie werbalizuje takiego twierdzenia wprost, ale jeśli uznamy, że rozróżnienie między dobrem i złem w sensie moralnym nie jest funkcją rozumu, jako że zdolność tę rzekomo posiadają również nierozumne zwierzęta, to wśród władz ludzkich pozostaje nam jeszcze poznanie zmysłowe, wspólne ludziom i zwierzętom. Jeśli poznanie etyczne związemy jednak ze sferą zmysłowości człowieka, wówczas szybko dojdziemy do etyki utylitarystycznej i szerzej: hedonistycznej, której utylitaryzm jest jedną z odmian. Przypisanie takiego stanowiska etycznego św. Tomaszowi prowadzi do nie lada konfuzji. Prezentowanie później poglądów Tomasza z Akwinu przez pryzmat Hobbesowskiego podziału na sferę prywatną i publiczną, czy też sugerowanie rzekomych inklinacji Tomasza ku demokracji (s. 116) jest już tylko konsekwencją przedstawionego wyżej zasadniczego zniekształcenia poglądów Akwinaty. To stosunkowo obszerne potraktowanie kwestii filozoficznych, stawiające znak zapytania przy „klasyczności" ujęcia prezentowanego przez Marka Piechowiaka, było konieczne, by lepiej zrozumieć konkluzje, do których dochodzi autor w dalszym ciągu książki, przy rozpatrywaniu zagadnień konstytucyjnych.

Konsekwencje polityczne wyborów filozoficznych

W centrum klasycznej filozofii praktycznej, w związku z afirmowaną tam możliwością poznania dobra, stoi pytanie o dobre życie i o warunki, w jakich człowiek może je prowadzić. Filozofia nowoczesna natomiast ufundowana została na stanowisku sceptycznym i dlatego koncentrowała się na autonomii jednostki oraz na warunkach, w jakich człowiek może wieść życie wolne. Dlatego filozofowie klasyczni, myśląc o państwie, zastanawiali się, w jaki sposób może ono służyć zdobywaniu przez obywateli cnoty, natomiast filozofowie nowocześni – w jaki sposób państwo może gwarantować jednostkom ich prawa podmiotowe. Centralny element etyki klasycznej stanowi bowiem kategoria dobra, natomiast w centrum etyki nowoczesnej znajduje się pojęcie wolności (autonomii), względem której kategoria dobra jest pochodną (wolny wybór staje się źródłem uznania czegoś za do-

14 Tomasz szczegółowo tłumaczy te różnice w artykule 1 tej samej kwestii, *Sth*, I, q. 59, a. 1 co.

15 *Sth*, I, q. 59 a. 3 s.c.: „liberum arbitrium esse in Angelis etiam excellentius quam in hominibus, sicut et intellectum".

16 *Sth*, I, q. 59, a. 3, ad 1.

17 *Sth*, I, q. 62, a. 8 ad 3.: „quod eligat aliquid divertendo ab ordine finis, quod est peccare, hoc pertinet ad defectum libertatis". Do podobnych wniosków doprowadzi również analiza *Sth*, I^{a}–II^{ae}, q.1, a. 2.

bro). Tę z kolei funkcję, którą u klasyków pełni cnota, w nowoczesnej filozofii pełni prawo podmiotowe.

Na gruncie tych dwóch kultur intelektualnych powstały w związku z tym dwa różne sposoby paradygmatycznej konceptualizacji państwa. Tradycja klasyczna rozpatruje je jako dobro wspólne, którego osiągnięcie pozwala ludziom wieść wspólne życie ukierunkowane ku dobru. Filozofia nowoczesna rozpatruje państwo jako ład prawny pozwalający w miarę bezkonfliktowo realizować jednostkom ich partykularne interesy, w oparciu o instytucjonalne gwarancje w postaci praw podmiotowych. Tę nowoczesną konceptualizację państwa – jako gwaranta praw i wolności jednostki – określono na gruncie nowoczesnego prawoznawstwa mianem „państwa prawnego" (*Rechtsstaat*).

Warto podkreślić, że obie te koncepcje służyć mają rozwojowi ludzi. Różnica polega na tym, że rozwój ten jest inaczej postrzegany. Pojmowanie państwa jako dobra wspólnego zakłada społeczną naturę człowieka i traktuje wspólnotę, wraz ze wszystkimi tworzonymi przez nią uwarunkowaniami, jako środowisko niezbędne dla ludzkiego rozwoju. Liberalna koncepcja państwa prawnego ufundowana jest na stanowisku indywidualistycznym, w myśl którego rozwój jednostki wymaga zapewnienia jej możliwie pełnej autonomii dla jej wyborów życiowych. Oczywiście mowa jest tu o dwóch modelach, które w treści konkretnych ujęć doktrynalnych, w zależności od konkretnych warunków społecznych i stosowanej retoryki politycznej, mogą w różnym stopniu być werbalizowane, tym niemniej stanowią punkt odniesienia i swoiste centrum grawitacyjne.

Ustalenia te prowadzą do kolejnej konstatacji, dotyczącej już konkretnie tekstu Konstytucji RP z 1997 roku, która w swoich dwóch pierwszych artykułach identyfikuje państwo polskie zarówno w kategoriach klasycznych (art. 1), jak i nowoczesnych (art. 2). Z jednej strony oznacza to, że Rzeczpospolita Polska ma ponad wszelką wątpliwość służyć rozwojowi człowieka, jednocześnie jednak uwidacznia fundamentalną rozbieżność w sposobie rozumienia owego rozwoju. W kontekście nowoczesnej kultury tę niespójność w ustawie zasadniczej uznawać jednak można za źródło wewnętrznego dynamizmu Konstytucji. Fakt, że w przypadku obydwu modeli politycznych chodzi o rozwój, sprawia też, że stosunkowo łatwo, zmieniając jedynie sposób jego pojmowania, można z głównymi pojęciami obydwu tych przepisów Konstytucji wiązać podobne treści. I tak w pojęcie dobra wspólnego można wpisywać szereg elementów indywidualistycznych, na czele z prawami podstawowymi, pojęcie zaś państwa prawnego można modelować tak, aby zawierało ono elementy afirmujące wspólnotowy wymiar ludzkiej egzystencji. Ponadto pamiętać należy, że kategoria „dobro wspólne" stanowi element klasycznej kultury intelektualnej, której pozostałości są współcześnie systematycznie rugowane. Tym samym pojęcie to musi liczyć się z dominacją kategorii nowoczesnych. Zasada dobra wspólnego skazana jest zatem na funkcjonowanie w kontekście nowoczesnej polityki, a może to mieć miejsce na dwa zasadnicze sposoby.

Z jednej strony można współcześnie pojęcie dobra wspólnego interpretować w kategoriach indywidualistycznych, tak aby nadać mu *de facto* treść zasady państwa prawnego. Tak pojmowane dobro wspólne musiałoby harmonizować w sobie wszelkie napięcia występujące pomiędzy poszczególnymi prawami podstawowymi i innymi wartościami konstytucyjnymi. W ten sposób dobro wspólne afirmuje, z jednej strony, nowoczesny indywidualizm, jednak z drugiej strony nawiązuje do klasycznej idei harmonizowania napięć w życiu społecznym. Ten sposób rozumienia kategorii dobra wspólnego byłby na gruncie nowoczesnej polityki właściwy przede wszystkim w sytuacji, gdy w tekście konstytucji znalazłoby się odniesienie do dobra wspólnego, z pominięciem państwa prawnego.

Z drugiej strony, jeśli obie klauzule znalazłyby wyraz w tekście konstytucji, naturalne byłoby kontrastowanie ich znaczeń, poprzez podkreślanie ich ideowej specyfiki. W sytuacji takiej łatwiej jest afirmować wspólnotową tożsamość dobra wspólnego i traktować je jako element moderujący indywidualistyczny charakter zasady państwa prawnego. W tym drugim przypadku, bardziej *prima facie* odpowiadającym kategoriom klasycznym ze względu na akcentowanie wspólnotowego charakteru ludzkiej egzystencji, afirmacja nowoczesnych założeń odbywa się poprzez wprowadzenie napięcia między podstawowe kategorie konstytucyjne (państwo prawa – dobro wspólne). Dokonawszy tych ustaleń, łatwiej będzie ocenić koncepcję dobra wspólnego, którą prezentuje Marek Piechowiak.

Marka Piechowiaka ujęcie klauzuli z art. 1 Konstytucji RP z 1997 roku

Autor, podejmując się wyjaśnienia znaczenia konstytucyjnego pojęcia „dobro wspólne", podobnie jak Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego (dalej: KK ZN), nawiązuje wprost (m.in. s. 261) do sformułowań zaczerpniętych z dokumentów Magisterium Kościoła, zwłaszcza do § 74 konstytucji Soboru Watykańskiego II *Gaudium et spes*, w której dobro wspólne opisano jako sumę tych warunków życia społecznego, dzięki którym ludzie, rodziny i zrzeszenia mogą pełniej i łatwiej osiągnąć swoją własną doskonałość. Skierowanie uwagi na to określenie jest w pełni uzasadnione nie tylko ze względu na ewidentne nawiązania do niego – zarówno w trakcie prac nad konstytucją (n.p. s. 218), jak i w doktrynie[18] – ale również ze względu na autonomiczne zalety tego sformułowania, tym bardziej że nie znajdziemy chyba innego określenia, które byłoby równie konstruktywne i jednocześnie tak elastyczne. Autor dodaje do treści zaczerpniętych z *Gaudium et spes* – znowu inspirując się pracami KK ZN – zastrzeżenie, że zasadniczym elementem tej sumy warunków jest poszanowanie przyrodzonych praw oraz obowiązków osoby ludzkiej, wynikających z jej godności (s. 261). Wielokroć też podkreśla, że „dobro wspólne obejmuje przede wszystkim realizację praw człowieka" (s. 275), a na mocy wyrażającego tę zasadę art. 1 ustawy zasadniczej „u podstaw porządku konstytucyjnego leży – realizowane w społeczeństwie – dobro jednostki i chroniące je prawa człowieka" (s. 279). W ten sposób nadaje wyraźnie indywidualistyczny charakter pojęciu dobra wspólnego, choć nie abstrahuje też od elementów wspólnotowych, których nie sposób pominąć, nawiązując do nauczania społecznego Kościoła. W efekcie autor mówi o integralnym charakterze dobra wspólnego, które łączyć ma w sobie elementy indywidualistyczne ze wspólnotowymi (s. 355–356), choć te pierwsze stanowią w tym układzie dominantę. Oczywiście, nie sposób współcześnie nie traktować praw człowieka jako nader ważnego elementu dobra wspólnego, jednakże autor wydaje się nadmiernie prawa te absolutyzować, co niekiedy poważnie utrudnia adekwatne odniesienie się do innych kategorii konstytucyjnych.

Dobro wspólne a zasada pomocniczości

Nawiązując do treści Magisterium Kościoła w kontekście zasady dobra wspólnego, autor – całkowicie skądinąd zasadnie – jako na istotny jej korelat wskazuje na zdecydowanie nieindywidualistyczną w swym charakterze zasadę pomocniczości. Jednak wyraźnie indywidualistyczne stanowisko autora sprawiło, że w książce treść tej zasady została istotnie zniekształcona.

Sformułował ją Pius XI, poddając krytyce teorię i praktykę społeczną ufundowaną na indywidualizmie oraz postulując reformy ustrojowe w duchu korporacjonistycznym. Pomocniczość wyrażać się miała w daleko idącej decentralizacji zadań publicznych na rzecz korporacyjnych struktur społeczno-zawodowych o charakterze samorządowym. W tym kontekście centralne struktury państwa miały podejmować działania jedynie pomocniczo, tzn. w sprawach dotyczących całego państwa (bezpieczeństwo publiczne i wymiar sprawiedliwości) oraz doraźnie i wyjątkowo – gdyby w pewnych okolicznościach owe struktury samorządowe nie były w stanie samodzielnie wywiązywać się ze swych zadań. Interwencja w tym drugim wypadku miała być ukierunkowana nie bezpośrednio na realizację zadań publicznych, lecz na wsparcie w tej mierze właściwych, bezpośrednio odpowiedzialnych struktur. Zasada pomocniczości nawiązywała zatem – w zmienionych warunkach społeczeństwa industrialnego – do średniowiecznych stosunków społecznych, co nadawało jej wyraźnie wspólnotowy (korporacyjny) charakter, akcentując rolę pośrednich struktur społecznych. Z tego też powodu w preambule do Konstytucji RP z 1997 roku trafnie zaznaczono, że zasada pomocniczości umacnia prawa obywateli i ich wspólnot, zasadniczym zaś wyrazem tej zasady jest w polskich warunkach ustrojowych funkcjonowanie samorządu terytorialnego. Tymczasem autor ewidentnie pojmuje zasadę pomocniczości w kategoriach indywidualistycznych, a pojęcie „jednostki niższego rzędu" każe odnosić do poszczególnych ludzi (s. 140). Twierdzi przy tym, że zasada pomocniczości „określa podstawowe warunki, na jakich państwo pomaga jednostkom

18 A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010, s. 382; M. Zubik, *Refleksje nad 'dobrem wspólnym' jako pojęciem konstytucyjnym* (w:) tenże (red.), *Prawo a polityka. Materiały z konferencji WPiA UW*, Warszawa 2007, s. 404.

i społecznościom niższego rzędu", stając się istotną dla oceny każdego „elementu pomocy państwa dla rozwoju jednostek i społeczności" (s. 281, 434). Tymczasem zasada ta wyraża treści dokładnie przeciwne, które w książce zasygnalizowano dopiero pod sam koniec, wspominając o „aspekcie negatywnym" tej zasady, ograniczającym interwencję państwa (s. 439). Trudno zatem się dziwić, że problematyka samorządu terytorialnego w kontekście zasady dobra wspólnego w książce pojawia się jedynie incydentalnie.

Dobro wspólne a zasada proporcjonalności

Zważywszy, że centralnym elementem zasady dobra wspólnego uczyniono w książce ochronę praw podstawowych, trudno zrozumieć brak odniesienia tej kategorii do zasady proporcjonalności. Wprawdzie szereg razy mowa jest tu o artykule 31 ust. 3 Konstytucji, który zgodnie uznawany jest za postać, w jakiej funkcjonuje w ustawie zasadniczej zasada proporcjonalności, autor jednak traktuje ów przepis wyłącznie jako klauzulę limitacyjną, służącą ograniczeniom praw i wolności[19]. Nie dostrzega przez to, że jest on jednym z najbardziej doniosłych instrumentów limitujących możliwość czynienia tych ograniczeń. Z tego też względu określa się go niekiedy jako „ograniczanie ograniczeń"[20]. Tym samym przepis ten stanowi w praktyce istotne wzmocnienie ochrony praw podstawowych, nie zaś ich ograniczenie. Wydaje się zatem, że afirmując sposób rozumienia dobra wspólnego jako sumy warunków umożliwiających rozwój jednostkom i społeczeństwu – wśród których po wielekroć podkreślane jest centralne usytuowanie praw człowieka – autor powinien zasadzie proporcjonalności przypisać kluczowe znaczenie. Zwłaszcza zawarte w art. 31 ust. 3 Konstytucji wyliczenie dopuszczalnych powodów ograniczania praw podstawowych stwarza możliwość uznania tych przesłanek za wyraz idei dobra wspólnego, lub przynajmniej jakiegoś aspektu tegoż[21]. Autor właściwie zupełnie pominął w książce to zagadnienie, nie doceniając w klauzuli limitacyjnej jej funkcji afirmującej prawa podmiotowe. Tymczasem ta właśnie funkcja owej klauzuli jest pierwszoplanowa w orzecznictwie TK, co z resztą *nolens volens* zostało odnotowane w postaci krótkiej wzmianki, iż dobro wspólne jest przywoływane przez Trybunał jako „aksjologiczna podstawa – wskazywanych w klauzulach limitacyjnych – racji ograniczania konstytucyjnych praw i wolności" (s. 376). Co ciekawe, sformułowany pod koniec książki „test dobra wspólnego" (s. 439) zawiera pytanie o konieczność regulacji badanej na okoliczność jej zgodności z art. 1 Konstytucji, z punktu widzenia tworzonych przez nią warunków rozwojowych w państwie. Konieczność ta jest tymczasem kluczowym elementem zasady proporcjonalności i znalazła *explicite* wyraz w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Afirmacja czy przeciwwaga praw podmiotowych?

Należy w tym miejscu powrócić na chwilę do tak często podnoszonego przez autora dylematu: traktować dobro wspólne jako przeciwwagę dla praw podmiotowych, czy jako ich afirmację? Autor oczywiście odrzuca możliwość przeciwstawiania dobra wspólnego prawom podmiotowym i proponuje, by traktować je jako metazasadę konstytucyjną (jak pisze: „zasadę zasad" – por. n.p. s. 41, 442)[22], harmonizującą wszelkie sprzeczności mogące występować między różnymi wartościami konstytucyjnymi, w tym między prawami podmiotowymi (s. 355, 429). W tym celu autor wprowadza sygnalizowane już rozróżnienie

19 Autor pisał już wcześniej na temat tego unormowania konstytucyjnego, wyrażając swój do niego sceptyczny stosunek: M. Piechowiak, *Klauzula limitacyjna a nienaruszalność praw i godności*, „Przegląd Sejmowy" 2009, nr 2 (91), s. 55–76, zwłaszcza s. 56 przyp. 4.

20 L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 15, Warszawa 2011, s. 100.

21 Szerzej na ten temat A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010, s. 381–387.

22 Szkoda, że rezygnując z bliższego omówienia zasady państwa prawnego, autor nie odniósł się do kwalifikowania jej w doktrynie jako „metaklauzuli" konstytucyjnej, co uczyniła E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003. Pisząc bowiem, że zasada dobra wspólnego ma „wyjątkowy potencjał z punktu widzenia interpretacji i formułowania zasad" (s. 441), autor wydaje się wyrażać dokładnie te same treści, które kryją się od pojęciem metaklauzuli konstytucyjnej i które są odnoszone do zasady państwa prawnego.

między wartościami *in abstracto*, jako dającymi wyraz abstrakcyjnym postulatom wynikającym z poszczególnych przepisów konstytucji, a wartościami *in concreto*, których realna treść została określona przy uwzględnieniu ograniczeń wynikających z obowiązywania pozostałych wartości konstytucyjnych, w wyniku zharmonizowania ich treści. Z tego też względu autor pisze o dobru wspólnym jako „desygnującym wartości *in concreto*" (s. 336, 432), tzn. wyrażającym osiągnięty już stan harmonijnego współistnienia wszystkich wartości konstytucyjnych.

Na kanwie tego rozróżnienia Marek Piechowiak buduje argumentację podważającą zasadność stanowiska wyrażającego napięcie między dobrem wspólnym i prawami podstawowymi. Tyle tylko, że według autora dobro wspólne afirmuje jedynie prawa podmiotowe poddane już ograniczającej harmonizacji (prawa *in concreto*), a w stosunku do praw pojmowanych *in abstracto* – obowiązywanie tej zasady będzie oznaczało konieczność ograniczenia ich abstrakcyjnie pojmowanej treści, co autor sam przyznaje (s. 432). Wiąże się to z koniecznością opozycyjnego usytuowania dobra wspólnego względem praw *in abstracto* i oznacza niemożność wyeliminowania napięcia między tą ich postacią a dobrem wspólnym, jako wyrażającym zakres ich obowiązywania *in concreto*. Co więcej, na podstawie lektury książki trudno ustalić, co należy rozumieć pod pojęciem konkretyzacji praw *in abstracto* – proces ten może być niezwykle złożony – przez co trudno określić moment właściwej konkretyzacji, kiedy można uznać, że osiągnięto harmonię wyrażającą dobro wspólne[23]. To z kolei czyniłoby pojęcie dobra wspólnego wyrazem mglistego ideału. Tym samym odrzucenie możliwości traktowania art. 1 Konstytucji jako pewnej przeciwwagi dla praw podstawowych nie jest zasadne również w świetle rozróżnień proponowanych przez samego autora, jeśli odniesiemy dobro wspólne do praw podstawowych *in abstracto*.

Ponieważ pogląd przeciwstawiający prawa człowieka dobru wspólnemu może odnosić się jedynie do ich pierwszoplanowej postaci, czyli praw *in abstracto* określanych przez Alexy'ego mianem „praw *prima facie*", uznać należy, że koncepcja Marka Piechowiaka nie proponuje ujęcia odmiennego, choć usiłuje stworzyć takie wrażenie. Różnica polega jedynie na tym, że autor, wiążąc dobro wspólne z prawami *in concreto*, pozbawia klauzulę z art. 1 Konstytucji większego znaczenia w procesie konkretyzacji praw *in abstracto*. Co więcej, wiele wskazuje na to, że wspomniany proces konkretyzacji praw *in abstracto* oznacza „gonienie króliczka", bez chęci jego złapania. Tymczasem stanowisko przeciwstawiające sobie prawa podmiotowe i dobro wspólne czyni to ostatnie jednym z głównych elementów procesu konkretyzującej harmonizacji poszczególnych wartości lub praw. Tym samym stanowcze twierdzenie autora, że zasada dobra wspólnego, jako najwyższa zasada konstytucyjna, nie podlega ważeniu względem innych zasad (s. 336), jest prawdziwe jedynie w odniesieniu do praw *in concreto*, których istotnie się nie waży, jako że zostały one już wyważone. Skoro jednak dobro wspólne ma desygnować ów stan skonkretyzowany, to – jak już wspomniano – traci doniosłość w procesie ważenia, który do niego prowadzi. Tym samym, proklamowanie przez autora zasady dobra wspólnego pierwszą i naczelną zasadą konstytucyjną oznacza tyleż jej najwyższą afirmację, co równocześnie daleko idącą jej marginalizację w praktyce. Dochodzimy w ten sposób do kolejnego problemu, jakim jest wzajemny stosunek zasady dobra wspólnego i zasady państwa prawnego.

Dobro wspólne a państwo prawa

Marek Piechowiak, prezentując konsekwentnie stanowisko indywidualistyczne, nie mógł nie nadać pojęciu „dobro wspólne" znaczenia, które na gruncie doktryny i orzecznictwa konstytucyjnego wiązane było dotychczas z zasadą państwa prawnego. Do tego w gruncie rzeczy sprowadzają się bowiem stwierdzenia mówiące, że pojęcie dobra wspólnego wyraża ideę państwa służebnego względem jednostki oraz stwarzającego warunki pełnego poszanowania jej praw podmiotowych.

23 Możliwych jest bardzo wiele poziomów takiej konkretyzacji. Może to być stanowienie norm ustawowych konkretyzujących postanowienia konstytucji; może to być orzecznictwo TK korygujące lub afirmujące te przepisy; ale też mogą to być akty stosowania norm ustawowych przez organy administracji lub przez sądy; a może normy bilateralnie zobowiązujące strony umów cywilnoprawnych? Można sobie zresztą wyobrazić jeszcze szereg innych poziomów tej konkretyzacji, które będą pochodną możliwych do wyobrażenia (albo zgoła niemożliwych do wyobrażenia, ale możliwych w praktyce) sytuacji konfliktowych.

Autor wpisuje się tu w szerszą tradycję posługiwania się pojęciem dobra wspólnego przez liberałów, którzy włączali ją w ogólniejszy (dla nich) kontekst doktryny *Rechtsstaat*. Czynili tak już pierwsi jej protagoniści w XIX wieku, którzy istotę państwa prawnego upatrywali w działaniu na rzecz „dobra powszechnego" utożsamianego z możliwie najpełniejszą wolnością i bezpieczeństwem obywatela[24], przybierającymi instytucjonalną postać praw podstawowych. Nadającemu liberalną tożsamość pojęciu dobra wspólnego autorowi zależy na dowiedzeniu, że nie tylko nie stwarza ono zagrożenia dla indywidualnej autonomii, ale wręcz ją afirmuje. Zaznaczyć trzeba, że w kontekście współczesnej kultury prawnej posunięcie takie jest pod wieloma względami głęboko uzasadnione i nie budziłoby wątpliwości, gdyby nie fakt, że na gruncie polskiego konstytucjonalizmu funkcje przypisane przez autora zasadzie dobra wspólnego pełni, z dużym powodzeniem, zasada państwa prawnego.

Zważywszy, że zasada państwa prawnego jest znacznie lepiej osadzona w kontekście konstytucyjnym III RP niż zasada dobra wspólnego, rodzi się pytanie o celowość zajęcia takiego właśnie stanowiska w kontekście polskiego porządku konstytucyjnego. Nie sposób sobie bowiem wyobrazić, by orzecznictwo konstytucyjne nagle przestało się odwoływać do zasady państwa prawnego i zaczęło w jej miejsce przywoływać zasadę dobra wspólnego, a taka musiałaby być konsekwencja zaakceptowania poglądów wyrażonych w książce Marka Piechowiaka. Autor uznaje wszak zasadę państwa prawnego za podrzędną względem zasady dobra wspólnego i jej podporządkowaną (s. 263), przy jednoczesnym odrzuceniu możliwości interpretacji przeciwnej (264). Jednocześnie autor usiłuje, w mało przekonujący niestety sposób, uzasadnić, że zasada dobra wspólnego jest lepszą gwarancją praw podstawowych niż zasada państwa prawnego (s. 280).

Zajęcie takiego stanowiska poważnie ułatwił oczywiście fakt, że autor zrezygnował z bliższego porównania treści wiązanych przezeń z zasadą dobra wspólnego – z tymi, które wynikają z orzecznictwa TK oraz z doktryny – odnoszących się do zasady państwa prawnego. Tym samym ustalenia autora, odnośnie do wzajemnego stosunku zasad wyrażonych w art. 1 i 2 Konstytucji, są czynione bardzo jednostronnie, przy niemal całkowitym (wyjąwszy bodaj dwa cytaty z orzecznictwa w przypisach) abstrahowaniu autora od utrwalonych w polskim konstytucjonalizmie – treści i funkcji zasady państwa prawnego.

Można zatem postawić tezę, że w kontekście mocno ugruntowanej w polskim konstytucjonalizmie zasady państwa prawnego konstruowanie teorii dobra wspólnego w oparciu o paradygmat indywidualistyczny wiązać się będzie z koniecznością nadania tej zasadzie treści *de facto* niemal tożsamych z zasadą wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP. Najdelikatniej rzecz ujmując, nie dodawałoby to doniosłości zasadzie dobra wspólnego. Wydaje się, że wysiłki zmierzające do aprecjacji zasady dobra wspólnego powinny zatem koncentrować się na akcentowaniu jej charakteru wspólnotowego (który w naturalny sposób posiada) i traktowaniu jej właśnie jako przeciwwagi dla mającej indywidualistyczne inklinacje zasady państwa prawnego. Dająca się zatem zauważyć w orzecznictwie TK tendencja do traktowania dobra wspólnego właśnie jako przeciwwagi dla zasady państwa prawnego wydaje się być w obecnym kontekście konstytucyjnym nie tylko zupełnie naturalnym, ale też i jedynym sposobem nadania zasadzie z art. 1 ustawy zasadniczej odpowiednio wysokiej (w praktyce) rangi wśród pozostałych zasad ustrojowych. Koncepcja sformułowana przez Marka Piechowiaka bynajmniej temu nie służy, z tych samych powodów, dla których uznaje on ją za najwyższą zasadę konstytucyjną.

Podsumowanie

Wzgląd na objętość artykułu nie pozwala omówić szeregu innych aspektów monografii Marka Piechowiaka, jak chociażby wątku prawnonaturalnego. Krótko podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że ocena książki nie jest łatwa. Z jednej strony, co należy podkreślić, jest to praca niezwykle ambitna i napisana z wielkim rozmachem. Podbudo-

24 J.Ch. Freiherr von Aretin, *Staatsrecht der constitutionellen Monarchie*, wyd. 2, Leipzig 1838, s. 156: „… der constitutionelle Staat eigentlich kein anderer ist, als der Rechtsstaat, nämlich derjenige, in welchem nach dem vernünftigen Gesamtwillen regiert, und nur das allgemeine Beste erzweckt wird. Als das allgemeine Beste haben wir angegeben die möglichste Freiheit und Sicherheit aller Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft".

wana jest filozoficznie w daleki od powierzchowności sposób, oparta na bogatym materiale źródłowym i doktrynalnym, w tym na analizie materiałów z prac komisji konstytucyjnej, uzupełniona wreszcie orzecznictwem. Zawarte w książce rozważania ufundowane są również na głębokiej świadomości metodologicznej, z całą więc pewnością zasługuje ona na baczną uwagę. Z drugiej strony, w warstwie merytorycznej kryje się wiele sformułowań i twierdzeń, które muszą budzić wątpliwości. Chcąc zaprezentować w sposób atrakcyjny i komunikatywny dla współczesnego człowieka klasyczne kategorie filozoficzne, nadano im niekiedy całkowicie nową tożsamość. Z kolei zamierzona przez autora afirmacja zasady dobra wspólnego na gruncie Konstytucji RP z 1997 roku – także może mieć odwrotny od zamierzonego skutek. Być może książka ta jest po prostu zbyt ambitna? Aspiracjom do stworzenia kompleksowej teorii konstytucyjnej nie zawsze jednak towarzyszy uwzględnienie szerszego kontekstu normatywnego. Tym niemniej stanowczo należy stwierdzić, że zarówno polskiej myśli filozoficznej, jak i prawniczej, równie ambitne książki są niezwykle potrzebne.

Marek Piechowiak

O meandrach i bezdrożach krytyki naukowej.

Uwagi do tekstu Aleksandra Stępkowskiego *Między klasycznością a nowoczesnością w pojmowaniu dobra wspólnego*

Marek Piechowiak

Profesor Szkoły Wyższej Psychologii Społecznej, pracuje w Instytucie Prawa w Poznaniu. Był pierwszym Rzecznikiem Praw Dziecka. Autor ponad 120 prac naukowych dotyczących przede wszystkim konstytucyjnej i międzynarodowej ochrony praw człowieka, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki filozoficzno-prawnej.

I. Kilka koniecznych uzupełnień

Znając, i to dość dobrze, tekst monografii[1] krytykowanej przez Aleksandra Stępkowskiego i dostrzegając, jak dalece krytyka rozmija się z jej przedmiotem, czuję się zobligowany zabrać głos. Chciałbym zacząć od kilku uwag dotyczących struktury logicznej monografii, czyniąc coś, co było – jak sądzę – obowiązkiem recenzenta. Zmierzając do całościowego przedstawienia pracy naukowej, a zwłaszcza zmierzając do sformułowania całościowej oceny, a tego typu oceny formułuje mój polemista, nie można nie brać pod uwagę przedmiotu i – przede wszystkim – celu ocenianego przedsięwzięcia, oraz sposobu realizacji tego celu przez autora. *Mutatis mutandis* dotyczy to także kwestii bardziej szczegółowych – zawsze podejmowane są one w kontekście określonych pytań i wyznaczonych nimi celów badawczych. To przede wszystkim ze względu na cel dobiera się materiał źródłowy i metody. Jeśli się tego nie weźmie pod uwagę – a mój polemista często tego nie czyni – zawsze można postawić zarzut, że należało uwzględnić szerszy kontekst, że czegoś się nie dostrzega.

Zasadniczym przedmiotem monografii jest występująca w Konstytucji RP z 1997 r. kategoria dobra wspólnego, przede wszystkim w przepisie art. 1. Zasadniczym celem jest zidentyfikowanie treści konstytucyjnego pojęcia dobra wspólnego i sformułowanej w art. 1 zasady dobra wspólnego, i to – co w perspektywie polemiki

1 M. Piechowiak, *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*, seria „Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego" t. XL, „Monografie Konstytucyjne" nr 2, Warszawa 2012, s. 494.

Aleksandra Stępkowskiego jest szczególnie istotne – poszukiwana jest treść minimalna, a przy tym autonomiczna, która nie jest „wypadkową" innych postanowień Konstytucji i która pozostaje obecna przy każdym stosowaniu art. 1. Może ktoś twierdzić, że jest to przedsięwzięcie skromne, niemniej jednak powstała książka ma objętość przekraczającą trzydzieści arkuszy.

Zasadnicza teza głosi, że dobro wspólne to – określana na płaszczyźnie wspólnoty politycznej – suma warunków życia społecznego umożliwiających i ułatwiających integralny rozwój wszystkich członków wspólnoty politycznej i tworzonych przez nich społeczności (s. 266), a zasadniczym elementem tej sumy jest realizacja praw i obowiązków człowieka. Zasada dobra wspólnego jest pojęta jako dyrektywa optymalizacyjna, adresowana przede wszystkim do władzy publicznej, nakazująca realizację tak pojętego dobra wspólnego.

Na rzecz podstawowych tez formułowane są dwa zasadnicze argumenty. Pierwszy oparty jest na analizie prac przygotowawczych. W samym rdzeniu tego argumentu stoi odwołanie się nie do prac Komisji Konstytucyjnej ZN, jak pisze mój polemista, ale do prac w samym Zgromadzeniu Narodowym, w którym, w trakcie drugiego czytania projektu, wprowadzono przyjętą jednomyślnie poprawkę do art. 1, polegającą na zmianie szyku słów: formułę nawiązującą do konstytucji kwietniowej „jest wspólnym dobrem" zamieniono na formułę „jest dobrem wspólnym". Jasno przy tym wskazano treść, którą miała oddawać nowa formuła; wskazano tradycję, w której formuła ta ma swą genezę – nauczanie społeczne Kościoła katolickiego; wskazano też tradycję, od której chciano się zdystansować – tradycję konstytucji kwietniowej. Argumentacji opartej na pracach przygotowawczych towarzyszy refleksja nad trudnościami realizacji postawionego celu badawczego w inny sposób oraz nad materialną tożsamością konstytucji i granicami wykładni dynamicznej; argumentuje się, że w przypadku art. 1 Konstytucji wola historycznego ustrojodawcy powinna być – przynajmniej zasadniczo rzecz biorąc – uznana za wolę ustrojodawcy po prostu.

Dodatkowa argumentacja zawarta jest w rozdziale VII – „Dobro wspólne a godność oraz wolności i prawa człowieka – problem pierwszej wartości konstytucyjnej i aksjologicznej spójności Konstytucji". Znajduje się tam, z jednej strony, argument typu nie wprost: gdyby konsekwentnie przyjąć interpretację art. 1 w duchu konstytucji kwietniowej, trudno byłoby obronić przyjętą w doktrynie i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego tezę (uznawaną za trafną także przez autora monografii), że godność oraz wolności i prawa człowieka i obywatela stanowią fundament aksjologiczny Konstytucji. Z drugiej strony wskazuje się, jak łatwo można „importować" godność z art. 30 wraz z wolnościami i prawami, których jest źródłem, do aksjologicznego fundamentu Konstytucji, jeśli przyjmie się interpretację art. 1 zgodną z wolą historycznego ustrojodawcy wyrażoną w drugim czytaniu projektu konstytucji.

Mój polemista nie podważył ani trafności, ani zasadności postawionych celów, ani nie zmierzył się na dobre z żadnym z zasadniczych argumentów, stąd nie jest możliwe – już z metodologicznego punktu widzenia – poprawne sformułowanie ocen krytycznych dotyczących całości monografii. Niestety, także w odniesieniu do realizacji celów cząstkowych Aleksander Stępkowski nie informuje czytelnika o tym, które problemy i z jakiego powodu autor monografii uważa za istotne – sam koncentruje się często na kwestiach drugorzędnych z punktu widzenia podjętego przedsięwzięcia badawczego, a jego krytyka uderza w poglądy przedstawione w sposób nieadekwatny (przede wszystkim z powodu nieuwzględnienia szerszego kontekstu analizowanych wypowiedzi), a często w samej krytyce rzekomo mojego stanowiska popełnia błędy.

Podkreślić trzeba, że zarówno cel monografii, jak i zasadnicza struktura argumentacji są jasno określone w uwagach metodologicznych. Mój polemista docenia samoświadomość metodologiczną opracowania, jednak od razu pomniejsza tę zaletę, stwierdzając, że „dla prawnika akurat, ilość miejsca poświęcona uwagom metodologicznym może być niekiedy trudna w odbiorze" (dlaczego „prawnika akurat"?); sam Aleksander Stępkowski szeregu istotnych uwag metodologicznych nie wziął pod uwagę.

W przedstawionej perspektywie wypada podjąć kilka bardziej szczegółowych zagadnień ilustrujących wadliwość polemiki Aleksandra Stępkowskiego – objętość odpowiedzi, a przez to zakres zagadnień, do których mogę się odnieść, jest ograniczona wymaganiami redakcyjnymi. Tym bardziej nie ma, niestety, miejsca na twórcze podjęcie problemów merytorycznych postawionych przez mojego polemistę.

II. Zagadnienia szczegółowe

1. Doniosłość badań nad tradycją ideową z punktu widzenia celów monografii

Nie jest tak – jak pisze mój polemista – że w rozdziale zatytułowanym „Tradycja ideowa" koncentruję się na „zidentyfikowaniu tradycji ideowej, w której kontekście należy osadzić problematykę dobra wspólnego, w tym również dobra wspólnego, o którym mowa w Konstytucji RP". Przedstawiając we wstępie strukturę logiczną monografii, mocno i w sposób stosunkowo szeroki podkreślałem (s. 24–26), że tradycja ideowa stanowiąca kontekst interpretacji art. 1 jest identyfikowana przede wszystkim w rozdziale IV poświęconym pracom przygotowawczym Konstytucji. Na s. 25 jednoznacznie pisałem, że „[p]rzyjęta (…) kolejność rozdziałów odpowiada zwyczajowi otwierania opracowań problematyką dotyczącą genezy analizowanych zagadnień, niemniej jednak układ treści mógłby być także odwrotny – najpierw analiza prac przygotowawczych, potem tradycji". Aleksander Stępkowski w całej swej polemice zdecydowanie przecenił argumentacyjne znaczenie problematyki filozoficznej i – zwłaszcza – problematyki z zakresu historii doktryn, dla uzasadnienia podstawowych tez monografii. Problematyka filozoficzna i historyczna jest wyraźnie podporządkowana wykładni art. 1 Konstytucji. W tej perspektywie pierwszoplanowy okazuje się być spór między – mówiąc hasłowo – tradycją klasyczną a tradycją racji stanu (tradycją Konstytucji 3 Maja a tradycją konstytucji kwietniowej), a nie – skądinąd interesujący – spór między tradycją klasyczną a nowoczesnością, który mój polemista postawił w centrum swojego zainteresowania. Co więcej: wybór nie tylko tradycji, ale i określonych rozstrzygnięć filozoficznych, np. tych dotyczących koncepcji wartości (rozdz. VI), dokonywany jest w perspektywie wewnętrznej wobec prawa – to w samej Konstytucji poszukiwane są rozstrzygnięcia metaaksjologiczne dotyczące wyboru filozoficznej koncepcji wartości adekwatnej dla analiz konstytucyjnych (osobiście uważam te zabiegi metodologiczne za bardzo istotne).

Niewzięcie przez mojego polemistę pod uwagę logicznej konstrukcji opracowania ma istotne znaczenie dla jego spojrzenia na moje analizy orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego; pisze on: „Już zresztą na początku autor sygnalizował (s. 32), że zależało mu bardziej na pokazaniu, w jaki sposób Trybunał może i powinien rozumieć dobro wspólne, a nie jak to *de facto* czyni. Co więcej, orzecznictwo konstytucyjne nie jest dlań wskazówką przy ustalaniu treści klauzuli dobra wspólnego. Do celu tego prowadzić ma analiza filozoficzna, której wyniki winny stanowić podstawę oceny poprawności orzecznictwa konstytucyjnego". To nie jest tak, że programowo nie zwracam uwagi na orzecznictwo TK, a już w żadnym wypadku nie jest tak, że sama analiza filozoficzna stanowić ma podstawę oceny poprawności orzecznictwa Trybunału; podstawą tą jest, zidentyfikowana przede wszystkim na podstawie prac przygotowawczych, treść konstytucyjnego pojęcia i zasady dobra wspólnego.

2. Prawa człowieka w tradycji klasycznej

To, że *Deklaracja praw człowieka i obywatela* z 1789 r. wyrasta z tradycji opozycyjnej wobec klasycznej, nie stoi żadną miarą na przeszkodzie temu, że niektóre zagadnienia są w niej ujęte w sposób typowy dla tej ostatniej. Trzeba w tym punkcie przypomnieć jeszcze inne ważne założenie metodologiczne, które we wstępie wyraźnie wskazałem. Uznaję, że „historia idei nie jest jedynie historią kultury, ale jest historią ujmowania (a nie kreowania) analogicznych i powracających problemów człowieka żyjącego w społeczeństwie" (s. 44). Założenie to nie jest bynajmniej arbitralne. Między innymi jest ono uprzywilejowane z punktu widzenia współczesnej ochrony praw człowieka – jeśli zgodzić się z postanowieniami podstawowych instrumentów ochrony praw człowieka, to należy uznać te prawa i będącą ich źródłem godność za przyrodzone i radykalnie powszechne – niezależne od kultury i czasu. Ograniczenia redakcyjne nie pozwalają tu na szerszą dyskusję w sprawie dostrzegania praw człowieka w historii, zagadnienie to nie jest przedmiotem krytykowanej monografii. Poświęcona mu była w dużej swej części moja monografia *Filozofia praw człowieka. Prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony* (Lublin 1999) i szereg innych prac; Aleksander Stępkowski nawet nie próbował zmierzyć się z argumentacją w tych pracach zawartą. Szereg nieporozumień wynika, jak sądzę, z tego, że mój polemista sam przyjął wolnościową koncepcję praw człowieka i bezzasadnie przypisał mi przyjmowanie takiej koncepcji – nieco szerzej na ten temat niżej, w punkcie szóstym.

3. Rzekoma deprecjacja obowiązków obywatelskich

Pod stwierdzeniem „A jeśli komu droga otwarta do nieba, tym, co służą ojczyźnie" też bym się podpisał. Niemniej jednak dodałbym, że nakaz służby państwu nie jest nakazem bezwzględnym, że jego obowiązywanie zależy od tego, jakie cele państwo realizuje. Właśnie to zagadnienie prowadzi do jednego z centralnych w monografii wątków dotyczących sporu między tradycją klasyczną a tradycją racji stanu, i do zagadnienia służebności państwa wobec jednostek (i tworzonych przez nie społeczności), które akcentowane jest w tradycji klasycznej – wbrew deklaracjom mojego polemisty.

Zarzucając mi nieuwzględnianie szerszego kontekstu normatywnego, Aleksander Stępkowski sam nie wspomina o analizowanym przeze mnie art. 82 Konstytucji, mówiącym o ciążącym na obywatelach obowiązku troski o dobro wspólne. To m.in. ze względu na art. 82 poszukuje się w art. 1 – jako pierwszoplanowych – innych treści niż dotyczących obowiązku troski o dobro wspólne.

4. Zarzuty dotyczące interpretacji tekstów klasycznych

a. Uwagi ogólne

We wstępie do monografii znalazła się uwaga, że stosunkowo wiele miejsca, jakie poświęcono analizie tradycji, wynika m.in. z tego, że proponowana tam interpretacja odbiega od ujęć podręcznikowych; z jednej strony interpretacja ta nawiązuje do szeregu moich wcześniejszych tekstów, z drugiej osadzona jest wprost na tekstach źródłowych; jest też we wstępie zaproszenie do dyskusji. Najciekawsze problemy naukowe pojawiają się właśnie tam, gdzie uzasadniane są stanowiska odmienne od dominujących. W odpowiedzi na to Aleksander Stępkowski po prostu odwołuje się do dobrze znanych stanowisk, a jego polemika jest wyraźnie nietrafna.

Abstrahując już od tego, że faktycznie nie podejmuje partnerskiej dyskusji, zauważyć trzeba, że dużej pewności – cechującej jego wypowiedzi – i niezwykle sugestywnemu stylowi towarzyszy szereg nieścisłości czy nietrafnych założeń; powraca też problem niedostrzegania stawianych w monografii problemów. Oto kilka wybranych zagadnień, których wskazanie zachęci – mam nadzieję – do sięgnięcia do tekstu samej książki.

b. Dobro i jego poznanie

Moim zdaniem Aleksander Stępkowski przekracza pewna granicę, której w rzeczowej dyskusji przekraczać nie wolno, gdy pisze, że „[a]rgumentację swą buduje Marek Piechowiak opierając się na źródłach, jednak nie uwzględnia on tych, które kłócą się z głoszoną przezeń tezą". Stawia ogólną tezę kwestionującą rzetelność mojej pracy, gdyż sugeruje, że kryterium doboru źródła jest to, czy kłóci się, czy nie, ze z góry założonymi tezami (oczywiście nie przeczę, że mogłem pominąć jakiś tekst ze zwykłej nieuwagi lub niewiedzy, to jednak zupełnie inna sprawa). Do swej tezy dołącza coś, co tylko od strony erystycznej może uchodzić za argument na rzecz nieuwzględniania istotnych tekstów źródłowych. Zarzucając mi nieuwzględnienie źródła kłócącego się z głoszoną tezą, poddaje analizie tekst, który właśnie przeze mnie został wskazany (*Suma teologii*, I, q. 59, a. 3 co.; nie wiedzieć dlaczego, Aleksander Stępkowski wskazuje jeszcze na część *sed contra* tego artykułu). Jeśli zatem coś mi można było zarzucać, to nie nieuwzględnienie źródła, ale niepoprawną interpretację. Jednak i o tym ostatnim nie może być mowy, bo interpretując ten fragment to mój polemista popełnia od razu parę błędów.

Po pierwsze, zarzut, że powołując Akwinatę, nietrafnie posługuję się terminem „dobro" w kontekście zwierząt, jest chybiony. Dyskurs prowadzony przeze mnie w tym punkcie nie dotyczy poznawania dobra i zła w sensie moralnym, o którym pisze Arystoteles, gdy wskazuje na specyfikę człowieka, ale dotyczy poznawania dobra w podstawowym sensie – dobra jako celu. Wówczas kategoria dobra jest kategorią ogólniejszą, obejmującą także to, co pożyteczne, a zło to także to, co szkodliwe – *noxum*.

Po drugie, pouczając mnie w kwestii znaczenia terminów użytych przez Akwinatę, błędnie łączy *noxum* wprost z tym, co przykre, jako przeciwstawione przyjemności, a dopiero na drugim miejscu z tym, co szkodliwe, a na co wskazuje właściwe znaczenie tego terminu.

Po trzecie, twierdząc, że nie można mówić o tym, że zwierzęta poznają dobro, sam wskazuje tekst (*Suma teologii*, I, 59, q. 1, co.), w którym wprost Akwinata

pisze o zwierzętach, że poznają dobro – „cognoscunt aliquod bonum particulare" (wyróżn. MP)! Pewnie, nie poznają samej racji dobra (nie mają ogólnego pojęcia dobra) i nie poznają dobra moralnego, ale przecież w monografii nigdzie nie ma o tym mowy.

Po czwarte, rozwijany przez Aleksandra Stępkowskiego wywód dotyczący wolnego wyboru bytów czysto duchowych (aniołów) niczego istotnego nie wnosi do analizy mojej argumentacji. Mój polemista wyprowadza ze swoich dywagacji wniosek, że nie biorąc pod uwagę różnic między człowiekiem a aniołami, błędnie uznaję, że także wybór zła moralnego świadczy o doskonałości woli i/lub (nie mam tu jasności, co do stanowiska mojego polemisty) że człowiek nie może takiego dobra wybrać. Takich tez nigdzie nie postawiłem – ani wprost, ani pośrednio. Moja teza brzmi, że doskonaląca funkcja woli nie wyczerpuje się w pójściu za poznanym dobrem (zatem w odrzuceniu zła), ale obejmuje współkonstytuowanie dobra. Mój polemista nie wziął pod uwagę, że podejmowany jest przeze mnie ten sam problem, który dobrze dostrzegł on przy okazji Platona – mianowicie uzasadnienie ważnej tezy, że kognitywizm etyczny nie prowadzi do rozwiązań totalitarnych, ale – jak pisze sam Aleksander Stępkowski – „wyraża się nade wszystko w racjonalnej możliwości odrzucenia zła, przy zachowaniu pluralizmu odnośnie do różnych wyborów dobra".

Po piąte, z uznania, że doskonaląca funkcja woli polega na współkonstytuowaniu dobra dla określonej jednostki, żadną miarą nie wynika – co błędnie sugeruje mój polemista – „że tak pojmowane dobro staje się w gruncie rzeczy interesem jednostki, która określa suwerennie, co jest dla niej korzystne". Aleksander Stępkowski nie informuje czytelnika, że jasno wskazywane są granice współkonstytuowania dobra, a przez to i granice dla ludzkiej wolności, których przekroczenie pozbawia ją funkcji doskonalących; np. na s. 116 monografii przeczytać można: „*Ius naturale* wyznacza granice ludzkiej wolności w ustalaniu tego, co sprawiedliwe: «jeśli coś samo z siebie sprzeciwia się prawu naturalnemu (*ius naturale*), wola ludzka nie może tego uczynić sprawiedliwym» [*Sth*, 2–2, q. 57, a. 2, ad 2]". Co więcej, jedną z zasadniczych – wskazywanych i szeroko analizowanych w monografii – idei obecnych w tradycji klasycznej jest uznanie bezinteresownego działania dla pożytku innych za jeden z podstawowych wymogów istotnych przy określaniu celów działania, zatem i współkonstytuowania dobra dla działającego podmiotu, i na tym polega także specyficzna korzyść, która w tradycji klasycznej nie jest postrzegana w kategoriach współczesnego utylitaryzmu. Między innymi tego właśnie nie bierze pod uwagę Aleksander Stępkowski, gdy modeluje moje stanowisko jako skrajnie indywidualistyczne, i nie dostrzega, że – podejmując te kwestie – wchodzę w problematykę samych podstaw społecznego aspektu natury człowieka.

c. Personalizm Akwinaty

Aleksander Stępkowski bezzasadnie zarzuca mi błędy, przede wszystkim metodologiczne, przy powołaniu, w sprawie Tomaszowej koncepcji osoby, fragmentu z części pierwszej *Sumy teologii* (I, q. 29, a. 1, co.)[2], podkreślając, że fragment ten znajduje się w części dotyczącej Osób Bożych i aniołów.

Po pierwsze, mój polemista nie dostrzega, że w powołanym artykule (tytułowanym zwykle „O definicji osoby") Tomasz nie mówi wprost ani o Bogu, ani o aniołach, mówi po prostu o istotach rozumnych, co jasno świadczy o dążeniu do sformułowania ogólnej definicji osoby.

Po drugie, Akwinata stosuje określenia, np. „mieć władzę nad swoimi czynami", które – co do zasady – nie są stosowane wprost w analizie działania Boga.

Po trzecie, mój polemista nie bierze pod uwagę, że cały artykuł konstruowany jest przez Tomasza w dyskusji z definicją Boecjusza („osoba to jednostkowa substancja natury rozumnej"), pochodzącą jeszcze z VI wieku, która – choć sformułowana w traktacie teologicznym – uznana została za definicję filozoficzną i pierwszą stosowalną także do człowieka.

Po czwarte, w przypadku Akwinaty mamy do czynienia z filozofią typu systemowego i – co ważniejsze – z odpowiadającym jej sposobem prezentacji poglądów. Ustalenia z części pierwszej *Sumy teologii* należy, zgodnie z zasadami sztuki, mieć na uwadze

2 Zob. M. Piechowiak, *Tomasza z Akwinu egzystencjalna koncepcja osoby i jej godności. Komentarz do Summy teologii, część I, kwestia 29, artykuł 1* (w:) M. Piechowiak, T. Turowski (red.), *Szkice o godności człowieka*, Zielona Góra 2012, s. 35–47.

czytając kolejne jej części. Uzasadnienia wymagałoby niewzięcie pod uwagę tego fragmentu.

Po piąte, przy analizie koncepcji o charakterze systemowym niezwykle istotne jest to, czy ustalenia poczynione w oparciu o jedną część badanej koncepcji znajdują potwierdzenie w innych miejscach. Zarzucając mi nieuwzględnianie źródeł kłócących się z moimi tezami, jednocześnie sam nie wspomina o tym, że Tomaszowa koncepcja godności zarysowywana jest w monografii poprzez wskazanie innych fragmentów, występujących w miejscach wprost dotyczących człowieka, jak traktat o prawie z *Summa contra gentiles* czy traktat o sprawiedliwości z *secunda-secundae Sumy teologii*; o tym Aleksander Stępkowski już nie informuje swojego czytelnika, i nie informuje o tym, że dyskutowany artykuł z części pierwszej *Sumy teologii* powołany jest dopiero po wskazaniu dwóch wcześniej wspomnianych źródeł. Nie informuje także o powołanych w tekście monografii artykułach jej autora poświęconych wprost problematyce godności u Tomasza z Akwinu[3], tym bardziej nie mierzy się z argumentacją w nich zawartych.

Przy okazji trzeba zauważyć, że podobnego typu opuszczenia znalazły się w części polemicznej wobec proponowanej przeze mnie interpretacji Platona – mój polemista nie informuje czytelnika o tym, że dla problematyki relacji między jednostką a państwem za kluczowy uznany jest fragment *Praw* (743 c), w myśl którego to szczęście i przyjaźń obywateli są celami państwa, oraz fragment *Państwa* (369 b–c) mówiący o tym, że państwo powstaje, aby ludzie mogli sobie wzajemnie pomagać. W monografii dopiero po wskazaniu tych źródeł pojawia się omówiony przez Aleksandra Stępkowskiego fragment *Praw* (770 c–e); w dodatku jego teza, że nie dotyczy on relacji między państwem a jednostką, a jedynie doniosłości rozwoju moralnego, wygłoszona jest bez uzasadnienia a wbrew zwykłemu rozumieniu tego fragmentu. Również w tym przypadku nie mierzy się on z argumentacją zawartą w pracach autora monografii wprost poświęconych Platonowi[4].

Po szóste, odwoływanie się do Józefa Marii Bocheńskiego jako autorytetu w sprawie Tomaszowej koncepcji godności, osoby czy człowieka jest nieporozumieniem. Przypomnieć trzeba, że J.M. Bocheński był przede wszystkim logikiem (historykiem logiki), metodologiem, specjalistą w dziedzinie analitycznej filozofii religii, sowietologiem. Jeśli poszukiwać w jego pracach ważnych wyników badań naukowych nad twórczością Akwinaty, to dotyczą historii logiki. Bocheński w późniejszym okresie swego życia z pewnością nie podzielał też – podstawowych dla ujęcia godności – poglądów Tomasza z Akwinu, o czym łatwo przekonać się czytając choćby zakończenie *Ku filozoficznemu myśleniu*, gdzie Bocheński zajmuje całkowicie obce Tomaszowi stanowisko typu woluntarystycznego i akognitywistycznego w kwestii poznania godności człowieka[5]. Ponadto, za błąd typu warsztatowego należy uznać to, że w celu wsparcia tezy – przeciwnej do mojej – iż dopiero u Kanta, a nie u Akwinaty, można poszukiwać filozoficznego ujęcia podstaw etyki personalistycznej, Aleksander Stępkowski powołuje się na wywiad z J.M. Bocheńskim opublikowany w 1995 roku, gdy w tekście monografii wskazany jest nie wywiad, lecz artykuł naukowy, i nie z 1995 roku, lecz z 2011, wprost poświęcony problematyce godności w twórczości Kanta i Akwinaty[6].

3 M. Piechowiak, *Klasyczna koncepcja osoby jako podstawa pojmowania praw człowieka. Wokół Tomasza z Akwinu i Immanuela Kanta propozycji ugruntowania godności człowieka* (w:) P. Dardziński, F. Longchamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *Prawo naturalne – natura prawa*, Warszawa 2011, s. 3–20; tenże, *Tomasza z Akwinu koncepcja godności osoby ludzkiej jako podstawy prawa. Komentarz do rozdziałów 111–113 księgi III. Tomasza z Akwinu 'Summa contra gentiles'*, „Poznańskie Studia Teologiczne" 2003, vol. 14, s. 219–242; ujęciu godności przez Akwinatę poświęcone są obszerne fragmenty powołanej wyżej monografii tegoż, *Filozofia praw człowieka…*, (s. 268–291).

4 M. Piechowiak, *Do Platona po naukę o prawach człowieka* (w:) J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeczko-Durlak (red.), *Księga jubileuszowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 333–352; tenże, *Sokrates sam ze sobą rozmawia o sprawiedliwości* (w:) A. Pacewicz (red.), *Kolokwia Platońskie. Gorgias*, Wrocław 2009, s. 71–92.

5 „Można oczywiście wierzyć, że Bóg w niezrozumiałym dla nas miłosierdziu wyszczególnił i pokochał to właśnie zwierzę, nadając mu przez to nadzwyczajną godność. Ale to jest rzecz wiary, religii, nie filozofii" – J.M. Bocheński, *Ku filozoficznemu myśleniu*, Warszawa 1986, s. 79.

6 M. Piechowiak, *Klasyczna koncepcja…*; zob. także tenże, *Auf der Suche nach einer philosophischen Begründung der Würde des Menschen bei Thomas von Aquin und Immanuel Kant* (w:)

5. Dobro wspólne a zasada pomocniczości

Kolejnym przykładem pozwalającym ukazać jakość rekonstrukcji mojego stanowiska, poddawanego następnie krytyce, są uwagi dotyczące zasady pomocniczości. Aleksander Stępkowski wypowiada je stylem nauczyciela strofującego ucznia; wskazując na rzeczy elementarne, sugeruje, że uczeń takiego pouczenia potrzebuje; stwierdza, że autor monografii ledwie dostrzega to, co w tej zasadzie istotne – jej aspekt negatywny. Pisze w sposób tak przekonujący, że aż sam sięgnąłem do tekstu monografii, czy aby jest on tak daleki od moich poglądów – mogło się przecież zdarzyć, że niejasno przedstawiłem swoją myśl. Okazało się jednak, że problemy leżą po stronie mojego polemisty.

Po pierwsze, Aleksander Stępkowski – podobnie jak w innych partiach tekstu – ignoruje problemy (cele), w kontekście których mowa jest o zasadzie pomocniczości. W monografii zasadniczy argument zmierza do uzasadnienia tezy, że w proponowanej przeze mnie interpretacji art. 1 Konstytucji wskazaną w preambule zasadę pomocniczości można łatwo oprzeć także na przepisach części artykułowanej, właśnie na przepisach art. 1.

Po drugie, nie może być mowy o niedocenieniu przez autora monografii negatywnego aspektu zasady pomocniczości – na s. 139–140 cytowane jest najbardziej klasyczne określenie tej zasady pochodzące z encykliki Piusa XI *Quadragesimo anno*, obejmujące m.in. frazę: „jak nie wolno jednostkom wydzierać i na społeczeństwo przenosić tego, co mogą wykonać z własnej inicjatywy i własnymi siłami, podobnie niesprawiedliwością, szkodą społeczną i zakłóceniem porządku jest zabierać mniejszym i niższym społecznościom te zadania, które mogą spełnić, i przekazywać je społecznościom większym i wyższym". W moim komentarzu do przytaczanego określenia jednoznacznie mowa jest o tym, że zasada ta chroni autonomię jednostek niższego rzędu, że chodzi o to, aby jednostki niższego rzędu same wyznaczały swoje cele i same mogły je realizować (s. 140) – wskazane są zatem oczywiste konsekwencje postulatu ograniczania interwencji państwa zawartego w cytowanym w monografii określeniu zasady pomocniczości.

Po trzecie, mój polemista sugeruje czytelnikowi, że niedostrzeżenie aspektu negatywnego zasady pomocniczości wynika z uznania, że zasada pomocniczości określa podstawowe warunki, na jakich państwo pomaga jednostkom i społecznościom. Nie bierze pod uwagę, że warunki mogą być typu pozytywnego, jak i negatywnego – określenie, czego pomagając nie wolno czynić, jest też określeniem warunków udzielania pomocy.

Po czwarte, Aleksander Stępkowski sugeruje, że autor monografii popełnia błąd (lub popada w skrajny indywidualizm), obejmując zasadą pomocniczości relacje między społecznościami a jednostkami. Mój polemista nie wchodzi w dyskusję, tylko przemawia z pozycji kogoś, kto wie, jak jest; nie zwracając uwagi na to, że stosowanie zasady pomocniczości do relacji między społecznościami a jednostkami jest uzasadnione chociażby w perspektywie Konstytucji, której preambuła mówi o tym, że zasada pomocniczości umacnia „uprawnienia obywateli i ich wspólnot" (wyróżn. MP). Znowu dochodzi do głosu nieuwzględnienie przez mojego polemistę zasadniczych celów monografii, która nie jest rozprawą z historii doktryn politycznych i prawnych, a prowadzona argumentacja podporządkowana jest celom związanym z interpretacją Konstytucji.

6. Zasada dobra wspólnego a zasada państwa prawnego

Sporą część polemiki zajmuje problematyka zasady państwa prawnego, którą zdaniem Aleksandra Stępkowskiego uwzględniam w zdecydowanie zbyt wąskim zakresie. Również w tym przypadku nie bierze on pod uwagę zasadniczego zamierzenia badawczego monografii. Zanim zasadę z art. 1 Konstytucji będzie się odnosić do zasady z art. 2, trzeba ustalić minimalną treść tej pierwszej, podobnie w przypadku relacji do innych zasad konstytucyjnych. Pogłębiona analiza relacji między zasadami z dwóch pierwszych artykułów z pewnością nie jest obojętna dla dookreślenia treści art. 1, jednak, już choćby z uwagi na obszerność przedsięwzięcia podjętego w monografii, zagadnienia te można pozostawić do innego opracowania.

Aleksander Stępkowski nietrafnie, choć – jak zwykle z dużą asercją – argumentuje: „Zważywszy jednak, że autor wyraźnie podporządkowuje zasadę z art. 2 Konstytucji zasadzie z art. 1, rezygnacja z pogłębionej

Ch. Baumbach, P. Kunzmann (red.), *Würde–dignité–godność–dignity. Die Menschenwürde im internationalen Vergleich*, München 2010, s. 289–319.

analizy zasady państwa prawnego staje się trudna do uzasadnienia". Nie potrafię zrozumieć logiki leżącej u podstaw tego stwierdzenia – to właśnie dlatego, że zasada z art. 2 okazuje się być podporządkowana zasadzie z art. 1, pogłębienie problematyki relacji między tymi zasadami nie jest niezbędna dla zrealizowania zasadniczego celu monografii. Inaczej rzecz by się przedstawiała, gdyby zasady te były równorzędne lub gdyby zasada z art. 1 była podporządkowana zasadzie z art. 2.

W ostatnim przed podsumowaniem fragmencie polemiki, zatytułowanym „Dobro wspólne a państwo prawa", Aleksander Stępkowski aplikuje wyniki swoich wcześniejszych wywodów – błędy w nich poczynione się tu kumulują, a dodawane są też kolejne.

Moja koncepcja dobra wspólnego zostaje jednoznacznie zaliczona do koncepcji liberalnych. Mając na uwadze, że od strony ideowej moja twórczość sytuowana jest zwykle po stronie raczej konserwatywnej, muszę przyznać, że gdyby uwaga ta była poparta poprawną argumentacją, uznałbym ją za komplement – nie dlatego, że chciałbym być postrzegany jako liberał, ale świadczyłaby ona o tym, że moja koncepcja nie daje się prosto sklasyfikować, a to uważałbym za jej niewątpliwą zaletę.

Wracając jednak do spraw merytorycznych: zaliczenie mojej koncepcji do liberalnych dokonane zostało przez mojego polemistę z powodu przyjęcia przez niego fałszywych przesłanek dotyczących koncepcji praw człowieka, których realizacja uznana jest przeze mnie za element dobra wspólnego. Patrzy on na podjętą przeze mnie konstytucyjną problematykę dobra wspólnego w perspektywie sporu komunitaryzmu, akcentującego dobro wspólne, z liberalizmem – akcentującym prawa człowieka. Także w tym przypadku nie bierze on pod uwagę znajdującego się w monografii uzasadnienia, że spór ten nie nadaje się na wyznaczenie podstawowej siatki pojęciowej odpowiedniej do badań nad polską konstytucją. Jest tak już choćby dlatego, że ukształtowana w Polsce w latach osiemdziesiątych XX w. koncepcja praw człowieka nie była koncepcją liberalną; ale była bliska koncepcji tych praw w prawie międzynarodowym (choć tę ostatnią myśliciele proweniencji liberalnej chcieliby zawłaszczyć) i w nauce społecznej Kościoła. W koncepcji tej pełnoprawnymi prawami człowieka są obok praw wolnościowych – osobistych i politycznych – także prawa socjalne, gospodarcze i kulturalne oraz tzw. prawa solidarnościowe, także tzw. prawa grupowe, o których nie można sensownie nawet mówić bez uwzględnienia elementów wspólnotowych (których pomijanie też jest mi zarzucane). Stąd nietrafne jest także modelowanie mojego stanowiska w kontekście jeszcze XIX-wiecznej, niemieckiej koncepcji państwa prawnego, która – zgodnie z tym, co pisze Aleksander Stępkowski – miała wyraźny rys liberalny.

Argumentując, że funkcje zasady dobra wspólnego w moim ujęciu pełni zasada państwa prawnego, Aleksander Stępkowski na plan pierwszy wysuwa funkcje tych zasad wobec praw człowieka. Nie bierze jednak pod uwagę istotnych zmian, które w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nastąpiły po wejściu w życie nowej konstytucji (choć sam zarzuca mi niedostateczne uwzględnienie tego orzecznictwa). Mianowicie zasada państwa prawnego właściwie przestała pełnić funkcje materialne w odniesieniu do uzasadnienia praw człowieka (wolności i praw człowieka i obywatela). Funkcje te przestały być istotne w perspektywie rozdziału drugiego i – przede wszystkim – zasady godności z art. 30 Konstytucji. Zasadniczy problem, jeśli chodzi o wspólnotę funkcji, dotyczy zatem relacji między zasadą dobra wspólnego a zasadą godności; pojawia się też problem „importu" tego, co znalazło się dopiero w rozdziale drugim Konstytucji, do fundamentów porządku konstytucyjnego. Tej problematyce moja monografia poświęca dużo, a nawet bardzo dużo miejsca. Ponadto próba uwolnienia zasady dobra wspólnego od praw człowieka musiałaby pociągać za sobą radykalne odejście od rozumienia dobra wspólnego zidentyfikowanego jako paradygmatyczne – urzeczywistnienie praw człowieka stanowi istotny warunek rozwoju członków wspólnoty politycznej.

Aleksander Stępkowski proponuje też argumentację o wadliwej strukturze, przyjmując, że skoro funkcje przypisywane przeze mnie zasadzie dobra wspólnego z dużym powodzeniem pełni zasada państwa prawnego, to należy przemodelować proponowaną koncepcję dobra wspólnego. Zgodnie z moją argumentacją: w przypadku zasady dobra wspólnego mamy do czynienia z zasadą konstytucyjną wprowadzoną do nowej konstytucji, będącej wyrazem przełomu ustrojowego, świadomie usytuowaną jako pierwsza,

z wyraźnie wskazaną treścią podstawową. Jeśli moja argumentacja jest trafna, to należałoby raczej pomyśleć o modyfikacjach w rozumieniu zasady państwa prawnego (choć moim zdaniem takiej potrzeby nie ma, gdyż treść obu zasad nie jest bynajmniej ani tożsama, ani analogiczna).

Stawiając tezę, że funkcje zasady dobra wspólnego w moim ujęciu pełni zasada państwa prawnego, mój polemista nie wspomina w tym kontekście o sformułowanym przeze mnie, rozbudowanym teście dobra wspólnego, uwyraźniającym praktyczne znaczenie tej zasady dla systemu prawnego – to przede wszystkim tam należało sięgnąć, chcąc uzasadnić tożsamość treści zasady dobra wspólnego w proponowanym przeze mnie ujęciu – z treścią zasady państwa prawnego.

Istotna dla krytyki mojego stanowiska teza Aleksandra Stępkowskiego, że „[d]ająca się (…) zauważyć w orzecznictwie TK tendencja do traktowania dobra wspólnego właśnie jako przeciwwagi dla zasady państwa prawnego wydaje się być (…) jedynym sposobem nadania zasadzie z art. 1 ustawy zasadniczej odpowiednio wysokiej (w praktyce) rangi wśród pozostałych zasad ustrojowych" (wyróżn. MP), jest tezą nieuzasadnioną, nawet gdyby wszystkie tezy postawione przez mojego polemistę były prawdziwe, chyba że akcent położymy na „wydaje się". Co więcej, nawet gdyby to był jedyny sposób nadania wysokiej rangi zasadzie dobra wspólnego, to fakt ten nie może być zasadniczą racją dla proponowanej przez niego interpretacji art. 1; należałoby najpierw uzasadnić, że art. 1 należy interpretować tak, aby nadać zasadzie w nim wyrażonej odpowiednio wysoką rangę wśród innych zasad i – co więcej – podać kryteria oceny owej rangi.

Wreszcie mój polemista sugeruje, że zamierzona przeze mnie aprecjacja zasady dobra wspólnego się nie powiodła. Znowu nie są brane pod uwagę jasno określone cele monografii. Celem moim nie była ani aprecjacja, ani deprecjacja tej zasady, ale uwyraźnienie jej treści. Czy przyjęcie mojej propozycji prowadzi do aprecjacji, zależy od przyjętych kryteriów. Same trudności z ustaleniem treści pojęcia konstytucyjnego (bycie „wyrazem mglistego ideału"), nie pozbawiają go automatycznie doniosłości, czego przykładem jest pojęcie godności. Jeśli jakaś zasada okazuje się być podstawą spójności aksjologicznej Konstytucji i określa jej aksjologiczne fundamenty, umieszczając w nich godność i prawa człowieka, to już chyba nie mało, choć jeszcze dalece nie wszystko.

Do merytorycznej dyskusji najbardziej zachęcają uwagi Aleksandra Stępkowskiego dotyczące udziału zasady dobra wspólnego w procesie interpretacji prawa; na dyskusję w tej materii nie staje tu już miejsca. Czytelnikowi monografii zwróciłbym w tym kontekście uwagę przynajmniej na dwie sprawy, których mój polemista nie uwzględnił: po pierwsze, proponowany test dobra wspólnego, uwyraźniający treść zasady dobra wspólnego, oraz – co ważniejsze – proponowane w monografii analizy dotyczące art. 1 Konstytucji jako specyficznego przepisu odsyłającego.

III. W sprawie podsumowania i podsumowanie

Aleksander Stępkowski wprowadza niekiedy uwagi krytyczne, z którymi nie można polemizować; pisze na przykład, że „autor usiłuje, w mało przekonujący niestety sposób" coś uzasadnić, nie podając, na czym ten niedostatek uzasadnienia polega. Podobny charakter ma uwaga zamieszczona na końcu polemiki, stanowiąca jej podsumowanie i przez to mająca szczególną doniosłość: „Być może książka ta jest po prostu zbyt ambitna". Takie sformułowanie generalnie kwestionuje całe przedsięwzięcie badawcze – wynika z niego, że autor monografii nie osiągnął zamierzonych celów. Użycie zwrotu „być może" zwalnia tylko po części od odpowiedzialności za uzasadnienie stawianej tezy (bo może ta książka nie jest zbyt ambitna?). Przeprowadzone wyżej analizy pokazują, że całościowo oceniając moją monografię, to mój polemista podjął się zadania zbyt ambitnego – nie wziął pod uwagę zasadniczej struktury argumentacyjnej i się do niej nie odniósł; w konsekwencji błędnie zidentyfikował cele mogące prowadzić do oceny całościowej, a nawet dla realizacji tych ułomnych celów przyjął nierzadko wadliwe środki. W szeregu przypadków, istotnych dla swej krytyki, przedstawił nieadekwatnie treść monografii – możliwości podjęcia twórczej dyskusji merytorycznej są wówczas bardzo ograniczone. Uważam przy tym, że Aleksander Stępkowski poruszył szereg kwestii ważnych, tyle że nietrafnie postawił je w opozycji do treści zawartych w mojej monografii.

Franciszek Longchamps de Bérier

O wniosku analogicznym „między logiką a jurysprudencją", czyli ani tu, ani tam

Franciszek Longchamps de Bérier

Ksiądz katolicki, profesor nauk prawnych, LL.M. (Georgetown University), kierownik Katedry Prawa Rzymskiego Wydziału Prawa i Administracji UJ, 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.

Uwagi wstępne

Długo oczekiwana, ukazała się książka Agnieszki Kacprzak *Tra logica e giurisprudenza. Argumentum a simili nei 'Topici' di Cicerone* (Między logiką a jurysprudencją. Argument z podobieństwa w *Topikach* Cycerona)[1]. Zawiera analizę schematów argumentacji, które przedstawił rzymski mówca, polityk i filozof w króciutkiej pracy *Topica*, napisanej na życzenie przyjaciela, znanego prawnika Trebacjusza Testy. Arpinata prezentuje w niej m.in. trzy rodzaje argumentów z podobieństwa: *inductio*, *conlatio* oraz *exemplum* (*top*. 42–45). Rozprawa dzieli się na dwie części: pierwszą pt. „*Inductio*, *conlatio*, *exemplum* w myśli Cycerona – usiłowanie rekonstrukcji" (s. 19–237) i niemal dwukrotnie krótszą drugą pt. „Argument z podobieństwa jako argument prawniczy u Cycerona" (s. 239–360). Z punktu widzenia metodologicznego autorka deklaruje chęć żeglowania między „Scyllą anachronizmów", wynikających z mechanicznego zastosowania pojęć logiki nowoczesnej, a „Charybdą uproszczeń" polegającą na utożsamianiu pojęć logicznych Greków, Cycerona i prawników rzymskich (s. XI). Pewne zastrzeżenia musi jednak budzić określanie przedmiotu rozważań jako „logika", zwłaszcza jeśli autorka przyznaje się do oceny rozważanych schematów rozumowania z punktu widzenia „logiki współczesnej" (np. s. 228, 235, 344–345 przyp. 42). Jasne, że argumenty z analogii należą do logiki w szerokim sensie. Wszelako z drugiej strony – jako typowy przykład rozumowań prawniczych zawodnych, gdyż jedynie prawdopodobnych – nie należą one z pewnością do logiki formalnej. Lepiej tedy mówić nie o logice *tout court*, lecz o teorii argumentacji lub co najwyżej – jak czyni to szeroko wykorzystywany przez autorkę Krzysztof Szymanek[2] – o logice nieformalnej.

Mimo deklarowanej chęci korzystania z dorobku logiki nieformalnej pominięto pracę

1 Varsavia 2012, stron 378.

2 K. Szymanek, *Argument z podobieństwa*, Katowice 2008, s. 14–17.

Jerzego Stelmacha i Bartosza Brożka[3]. Autorce zupełnie nieznany pozostał również obecny rozwój teorii argumentacji, zwłaszcza w jej wersji pragma-dialektycznej – jakże istotnej dla prawoznawstwa, sformułowanej przez tzw. szkołę amsterdamską Fransa H. van Eemerena i Roba Grootendorsta. Traktuje ona argumentację jako składnik dyskursu. Poza tym, ponieważ w centrum zainteresowania autorki stoi problem indukcji w jej zastosowaniu do zdobywania oraz kontroli wiedzy moralnej i prawnej, dziwi nieznajomość artykułu Tomasza Giaro[4], gdzie problem indukcji w prawie rzymskim jest zasygnalizowany już w tytule.

Cyceron a filozofia grecka

W pierwszej części rozprawy analizowane są trzy wspomniane postaci argumentów z podobieństwa. Ponieważ *inductio* przez samego Cycerona (*top*. 42) wiązana była z grecką *epagogé*, autorka obszernie opisuje losy tego pojęcia: poczynając od filozofii sokratejskiej (s. 43–97). Podobnie dzieje się z *conlatio*, uznaną co prawda nie przez Cycerona, lecz przez Kwintyliana (*inst*. 5,11,23) za ekwiwalent greckiej *parabolé* (s. 103–151). Takoż w przypadku *exemplum*, gdzie jego związek następstwa ideowego z *paradeigma* wydaje się jeszcze bardziej problematyczny (s. 153–231). Pierwsza część jest więc głównie sprawozdawcza. Wygląda wręcz na dość banalną w swym centralnym zakresie, dotyczącym greckiej i hellenistycznej genezy poszczególnych postaci analogii, wielokrotnie już przedstawianej przez historyków filozofii. Idąc za artykułem Williama M. Dickie'ego z 1922 roku, autorka stwierdza rzecz znaną: indukcja starożytna – tak sokratejska, jak i arystotelesowska – różni się od nowożytnej indukcji empirycznej Francisa Bacona i Johna Stuarta Milla swym charakterem czysto racjonalnym. Myśliciel antyczny zaprzestaje zatem rozszerzania analizy na dalsze konkretne przypadki już w chwili odkrycia rządzącej nimi zasady (s. 42–43). Zaraz też autorka opiera się na twierdzeniu Jaakko Hintikki z 1992 roku, że indukcja arystotelesowska polegała jedynie na przejściu od ograniczonej generalizacji do generalizacji mniej ograniczonej (s. 45–46), a mimo to uznawana była przez Arystotelesa za źródło wiedzy pewnej (s. 46–48). Zresztą wątek braku empirycznej podstawy indukcji starożytnej wciąż się w rozprawie przewija (s. 89–91, 97–102, 159–160, 233–235). Wszelako autorka nie wnosi wiele nowego do ustaleń poczynionych przez W. Dickiego czy prawie pół wieku temu przez Kurta von Fritza[5]. Mimo że Arpinata utożsamiał *epagogé* z *inductio*, żadne z tych pojęć nie oznaczało indukcji empirycznej[6]. Wystarczy wspomnieć, że *epagogé* znaczy tylko tyle, co „doprowadzenie" kogoś do twierdzenia ogólnego. *Inductio* zaś stosowana była – czego dowodzi traktat Cyceroński *De inventione* – przede wszystkim w etyce. Za pomocą długich cytatów z greckich filozofów w recenzowanej książce przekazuje się czytelnikowi wiadomości podręcznikowe. Wystarczy sprawdzić, co o *epagogé* mówi Giovanni Reale[7] w podręczniku opublikowanym we włoskim oryginale w 1975 roku. Mało odkrywcze zdają się również obszernie opisywane funkcje przykładów w mowach Cycerona. Mają się one sprowadzać do „stworzenia pozytywnego obrazu mówcy" (s. 210–217), do „stworzenia pozytywnego obrazu jego klienta" (s. 218–220) czy wreszcie do „stworzenia negatywnego obrazu przeciwnika" (s. 220–227). Pojęciem analogii posługiwali się w kulturze rzymskiej – czy to w oryginale greckim, czy w transliteracji łacińskiej – nie tylko gramatycy, lecz także przedstawiciele innych rzymskich dyscyplin intelektualnych (*artes*), tacy jak architekt Witruwiusz (3,1,1) i retor Kwintylian (1,6,3–4; 5,11,34). Czyżby autorka też nie wiedziała, że przeciwna metodologii empiryzmu i sceptycyzmu szkoła lekarzy zwanych „racjonalnymi" lub „analogistycznymi" znana była również starożytnej sztuce medycznej[8]?

Ius est ars boni et aequi. Często pytamy czy *ars* to tylko grecka *techne*? Brak zainteresowania autorki dla odpowiadającej greckim *technai* kategorii rzymskich *artes* odbija się fatalnie na wynikach rozprawy,

3 J. Stelmach, B. Brożek, *Methods of Legal Reasoning*, Dordrecht 2006.

4 T. Giaro, *Das romanistische Induktionsproblem*, „Rechtshistorisches Journal" 1991, nr 10, s. 369–395.

5 K. von Fritz, *Die epagogé bei Aristoteles*, München 1964.

6 T. Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)" 1988, nr 105, s. 237–238. Również ta praca nie jest autorce znana.

7 G. Reale, *Historia filozofii starożytnej*, t. II. „Platon i Arystoteles", przeł. E.I. Zieliński, Lublin 2008, s. 544–545.

8 M. Herberger, *Dogmatik*, Frankfurt a. M. 1981, s. 99–100.

skupionej wyłącznie na filozofii. Tymczasem należało się przyjrzeć zwłaszcza opartym na indukcji – i w jej ramach właśnie na analogii – dyscyplinom empirycznym. Zwało się je *artes coniecturales* lub *opinabiles* w przeciwieństwie do *artes contemplativae*, takich jak geometria czy astronomia. Zręby teorii *artes* stworzyli właśnie Cyceron i – niewiele późniejsi – encyklopedysta Korneliusz Celsus oraz filozof Seneka.

Część pierwsza recenzowanej książki zdaje się mniej interesująca dla historii prawa, gdyż sprowadza się w gruncie rzeczy do prześledzenia genezy cycerońskiej triady argumentów analogicznych. Wywody podpierane długimi cytatami z tekstów greckich, głównie Platona i Arystotelesa, zmierzają ku sterylnym rozróżnieniom i klasyfikacjom analogii. Widać zwłaszcza zależność od tego, czy przeniesieniu rozwiązania na nowy przypadek towarzyszy generalizacja w postaci sformułowania wspólnej dla obu filozofów zasady ogólnej. Tymczasem, co już w 1965 roku stwierdził Arthur Kaufmann[9], prawnika interesuje nie rozgraniczanie poszczególnych rodzajów analogii, lecz rozgraniczenie analogii dozwolonych od niedozwolonych lub – innymi słowy – przypadków stosowania analogii od przypadków stosowania argumentu z przeciwieństwa (*a contrario*). Pomijając zresztą to, skąd wziąłby Cyceron swą triadę argumentów analogicznych, dobrze wiadomo, że współcześni mu lub nieco późniejsi prawnicy rzymscy unikali zarówno owych trzech cycerońskich pojęć: *inductio*, *conlatio*, *exemplum* (może w pewnym zakresie poza ostatnim z nich), jak i jakichkolwiek innych pojęć metodologicznych. Nie da się wszelako z góry wykluczyć, że treść rozstrzygnięć prawniczych przekazanych przez Cycerona i występujących u prawników rzymskich była identyczna lub zbliżona. Tym ciekawsza mogłaby się okazać znacznie skromniejsza objętościowo część druga rozprawy, w której analiza dotyczy treści rozstrzygnięć prawniczych, podanych przez Cycerona w *Topikach* jako przykłady argumentów z podobieństwa.

Cyceron a prawnicy rzymscy

Cyceron ilustruje *inductio* jako rozstrzygnięcie analogiczne do szeregu poprzednich (*top*. 42) wprowadzeniem skargi dobrej wiary z tytułu prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (s. 241–260). *Conlatio*, czyli porównanie dwóch podobnych przypadków, została przez Arpinatę zilustrowana (*top*. 43) wnioskiem z niedopuszczalności skargi działowej na niestosowalność w mieście *actio aquae pluviae arcendae* (s. 281–292). Jednak autorka poprzedza go przypadkiem zaczerpniętym z innego dzieła Cycerona (*inv*. 2, 148–149). Dotyczy on uznania testamentu skazanego na śmierć matkobójcy za ważny przez analogię do testamentu szaleńca (s. 261–280). Dodatkowo analiza obejmuje wspomniane w *Topikach* (*top*. 15 – czyli we wcześniejszej partii tekstu Cycerońskiego) rozstrzygnięcie co do zapisu testamentowego użytkowania budynków, które się zawaliły lub okazały wadliwe. Podobnie w kwestii zapisu użytkowania niewolnika, który zmarł (s. 293–314). Natomiast *exemplum* ilustrowane jest przez zastosowanie przykładów w słynnym procesie spadkowym *causa Curiana* (s. 315–354 – i tutaj pochodząca z Polski literatura przedmiotu jest autorce obca, że wspomnę – choć niechętnie – własną książkę[10]).

W książce trudno się zorientować, czy na pierwszym planie stawia się w niej schematy argumentacyjne, czy treść osiągniętych za ich pomocą rozstrzygnięć prawnych. Sam Cyceron kieruje się w odniesieniu do schematu argumentacji z podobieństwa okolicznością, czy rozstrzygnięcie wywodzi się z całego szeregu rozstrzygniętych już wcześniej przypadków (*inductio*), czy z porównania przypadku do rozstrzygnięcia z innym uprzednio już rozstrzygniętym pojedynczym przypadkiem (*conlatio*), czy wreszcie uzasadnione jest ono rzeczywistymi lub fikcyjnymi przykładami (*exempla*). A przecież założeniem drugiej części rozprawy miała być weryfikacja, czy Arpinata w swych przykładach prawniczych opierał się na prawie obowiązującym i czy ówcześni prawnicy stosowali jego zalecenia w praktyce (s. 6–7).

Niestety, druga część rozprawy okazuje się opracowana gorzej niż pierwsza, zarówno pod względem treściowym, jak i czysto językowym. Weźmy rozstrzygnięcie pewnego przypadku analogicznie do szeregu już rozstrzygniętych przypadków podobnych (*top*. 42,

9 A. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, wyd. 2, Heidelberg 1982, s. 6.

10 F. Longchamps de Bérier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011.

inductio): to rozstrzygnięcie Cyceron ilustruje utworzeniem skargi dobrej wiary z tytułu prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia z powołaniem się na istniejący uprzednio obowiązek zachowania dobrej wiary, obciążający opiekuna, wspólnika, zleceniobiorcę i fiducjariusza. Autorka idzie za panującym w doktrynie poglądem, że Cyceron reprodukuje rozumowanie jurysprudencyjne, na którym oparł się pretor przy wprowadzeniu do edyktu skargi z tytułu prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (s. 248), która miała od samego początku charakter skargi *in ius* (s. 260). W ramach argumentu polegającego nie na wyciąganiu wniosku indukcyjnego z całego szeregu uprzednich rozstrzygnięć, lecz na porównaniu tylko dwóch podobnych przypadków (*conlatio*), znanego prawnikom *common law* jako *reasoning from case to case*, autorka zgłasza zastrzeżenia do przykładu podanego przez Cycerona (*top*. 15). Opiera on mianowicie rozwiązanie przypadku budynku, którego użytkowanie zapisano testamentowo, a który zawalił się lub tylko okazał się wadliwym, na porównaniu z przypadkiem niewolnika, który zmarł po obciążeniu go zapisem użytkowania (s. 293–314). Zdaniem Arpinaty obciążony zapisem dziedzic nie musi odbudowywać ani naprawiać niezdatnego do użytku budynku, ponieważ nie ma również obowiązku zastępować zmarłego niewolnika żywym odpowiednikiem. W książce pojawia się natomiast twierdzenie, że juryści rzymscy traktowali takie przypadki odmiennie, a więc jako zmianę przedmiotu użytkowania (s. 314). W związku z tym nie mogli z przykładów Cycerońskich wyciągnąć żadnej nauki (s. 357). Jednakże w przykładzie Arpinaty chodzi o zapis prawa użytkowania budynków, które się zawaliły albo okazały wadliwe. I w tym przypadku Cyceron rozstrzyga prawidłowo. Natomiast autorka wdaje się w zupełnie obce mu rozważania, czy zapisobierca może mimo wszystko windykować sam grunt, jak chce Pomponiusz w D. 30,22, w przeciwieństwie do Juliana i Ulpiana w D. 7,4,5,2. W końcu zostaje sformułowany słuszny, lecz mało odkrywczy wniosek, że w tekście Pomponiusza chodzi o zapis własności, a nie tylko prawa użytkowania gruntu (s. 297–302). Po tym zagadnieniu następują rozwlekłe i skomplikowane wywody, dotyczące kwestii oczywistej: zmiana przedmiotu użytkowania stanowi pojęcie odmienne i szersze od jego zniszczenia, w związku z czym zabudowanie gruntu, którego użytkowanie zapisano w testamencie, powoduje wygaśnięcie użytkowania (Ulpian w D. 7,4,5,3). Zapis testamentowy prawa własności gruntu pozostałby w mocy (s. 302–306). Podobnie trzeba ocenić spekulacje na temat ewentualnego obowiązku dziedzica wydania zapisobiercy odbudowanego w międzyczasie domu (s. 307–314). Cyceron jednak nie zajmował się tym stanem faktycznym. Twierdził jedynie, że obciążony zapisem dziedzic nie ma obowiązku sam domu odbudowywać, ani – w razie jego zniszczenia – wydawać zapisobiercy ruin. Zgodziliby się z tym zapewne wszyscy rzymscy prawnicy klasyczni.

Całkiem nietrafna wydaje się przyjęta za pewnik interpretacja komentarza Paulusa *Ad Sabinum* w D. 8,2,20,2 (s. 309–311): ponieważ z budynku obciążonego prawem użytkowania „spływała woda", rozebrano go, aby odbudować następnie w poprzedniej postaci. Ten zamiar dysponenta budynku uznaje jednak Paulus – zdaniem autorki – za wystarczający dla stwierdzenia, że została zachowana identyczność budynku nowego ze starym. Pozwala to uniknąć wygaśnięcia prawa użytkowania (s. 309). Przyjmując jednakże tę interpretację tekstu Paulusa, nie bardzo wiadomo, po co rozbierano budynek (by odbudować go następnie *tel quel*?), skoro – jak postuluje autorka – chciano zaradzić spływowi wody, uznanemu zapewne za wadliwy z punktu widzenia budowlanego. Problem w tym, że zarówno stan faktyczny, założony przez prawnika, jak i jego *thema probandi* są inne, niż suponowane w książce. Stary budynek, na którego rzecz istniała służebność okapu (*servitus stillicidii*), rozebrano bowiem z przyczyn niezwiązanych ze służebnością. Ponieważ jednak odbudowano go w identycznej postaci, służebność pozostała w mocy. Właściciel nowego budynku mógł domagać się przyjmowania okapu od obciążonej nieruchomości sąsiedniej. Rozbiórka i odbudowa budynku nie niweczą zatem służebności okapu, mimo że ze względu na zmianę przedmiotu niweczą one prawo użytkowania (Julian w D. 7,4,5,2–3; Ulpian w D. 7,4,10,1; D. 7,4,10,7). Motyw wygaśnięcia użytkowania, który autorka uznaje za motyw przewodni całego tekstu, wprowadzony zostaje dopiero w ostatnim zdaniu: poczynając od słów *et ideo*. Służy on jedynie porównaniu prawa służebności, które jest odporniejsze na zmiany tożsamości przedmiotu,

z wrażliwym na nie prawem użytkowania[11]. Zarówno omówiony właśnie tekst Paulusa, jak i poprzednio cytowane źródła, analizowane były wielokrotnie w ramach sporu o filozoficzny czy jedynie prawno-techniczny charakter pojęcia identyczności w rzymskim prawie klasycznym. Spór ten toczy się wciąż jeszcze między dwoma gigantami romanistyki niemieckiej: Dieterem Nörrem[12] i Okko Behrendsem[13]. Publikacje ich wyprzedzają recenzowaną książkę o trzy lata, ale nie zostały przez autorkę zauważone.

Niejako mimochodem analizy przykładu (*exemplum*) w książce uznano za niekwestionowaną prawdę, że obowiązywanie normy nie zależy od liczby przypadków jej zastosowania. Skwitowano ją frazesem „jak wiadomo" (s. 229) i nie poparto żadnym cytatem źródeł czy literatury. Ta niekwestionowana prawda wygląda wszelako na modernizm, wychodzący z założeń tzw. pozytywizmu ustawowego. Prawo rzymskie oparte było przede wszystkim na zwyczajowym mechanizmie tworzenia norm, do którego należy prawo jurysprudencyjne. Zawsze wymagało ono pewnego okrzepnięcia. W takich porządkach prawnych częstotliwość zastosowań normy jest na bieżąco obserwowana przez prawników, którzy przyznają normie tym większą moc, im częściej jest ona stosowana[14]. Toteż nie jest metodologicznie uzasadnione ostre pojęciowe rozróżnianie przez autorkę przykładów typu normatywnego, jakimi są zwłaszcza prawne precedensy, i przykładów indukcyjnych, uzasadniających jedynie przewidywania natury empirycznej (s. 229, 359). Autorka podkreśla co prawda, że uzasadnianie obu typów wypowiedzi jest odmienne, ale twierdzi gołosłownie, iż normy w starożytności rzymskiej chętnie uzasadniano przez odesłanie do autorytetu tych, którzy uznali je za słuszne (s. 229). Temat ten stał się wielce dyskusyjny od ukazania się w 1969 roku monografii Franza Horaka *Rationes decidendi*. W konkretnych wypowiedziach Krassusa, który występował jako retor w *causa Curiana*, autorka dopatruje się właśnie powołania przykładów „indukcyjnych", a nie „precedensowych" (s. 359). Z nadmiernie długich i mało konkluzywnych wywodów o „przykładach Krassusa" (s. 316–326) trudno to jednak wywnioskować. W książce założono, że wyraźne rozróżnienie dogmatyczne między substytucją wulgarną a substytucją pupilarną skrystalizowało się dopiero dzięki Sabinusowi, a więc w połowie I wieku po Chr. (s. 322). Skoro tak, wszystkie wcześniejsze argumentacje prawnicze musiały mieć raczej charakter empiryczno-indukcyjny, choć każda ze stron procesowych w *causa Curiana* przypisywała im coś w rodzaju normatywnej wartości dodanej. Widać to wyraźnie w przekazanym przez Arpinatę poza *Topikami* argumencie Krassusa, że rozwiązanie to przecież „obowiązuje i zawsze obowiązywało" (*Brut*. 197).

Autorka wychodzi od wprowadzonego w Arystotelesowskiej *Retoryce* podziału przykładów na rzeczywiste i fikcyjne (s. 346). Zakłada przy tym – w ślad za K. Szymankiem – że przykład rzeczywisty został już autorytatywnie oceniony, podczas gdy ocena przykładu fikcyjnego jest jeszcze otwarta, w związku z czym pozostawia się ją zawsze adresatowi argumentu (s. 347). Idzie tu aż nazbyt wiernie za K. Szymankiem. Podkreśla również w ślad za nim, że niekiedy trudno obie kategorie przypadków rozgraniczyć (s. 347–348). Tymczasem należałoby raczej zapytać, czy w odniesieniu do prawa rzymskiego rozgraniczenie to ma jakikolwiek sens. W przeciwieństwie bowiem do retoryki, jurystom rzymskim jest zupełnie obojętne, czy roztrząsane przez nich przypadki są prawdziwe, czy fałszywe. Prawnicy operują już w czasach cycerońskich zasadniczo abstrakcyjnym przypadkiem-typem. Taki przypadek prawniczy nie jest oczywiście prawdziwy, lecz nie jest też fikcyjny, choćby dlatego, że występuje realnie w dyskursie jurysprudencyjnym. Autorka wspomina raz jeden o owych „casi-tipo" (s. 237), jednak bez wdawania się w ich bliższą analizę. Zaznacza tylko, że rzymska analogia kazuistyczna pomija moment generalizacji, przenosząc rozwiązanie bezpośrednio z przypadku już rozwiązanego na przypadek do rozwiązania. Miałoby to przyjmować postać bliżej nierozszyfrowanego

11 Zob. G. Grosso, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969, s. 134–135.

12 D. Nörr, *Exempla per se non valent*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)" 2009, nr 126, s. 1–54.

13 O. Behrends, *Das Schiff des Theseus und die skeptische Sprachtheorie*, „Index" 2009, nr 37, s. 422–452.

14 Zob. np. T. Giaro, *Diritto come prassi* (w:) *Studi Luigi Labruna*, t. IV, Napoli 2007, s. 2246–2247.

„transferu wyjaśnienia" („transfer della spiegazione" s. 235, 237). To dość tajemnicze pojęcie pojawia się w rozprawie tylko w cytowanym miejscu i nie wiadomo skąd. Można założyć, że od K. Szymanka – i rzeczywiście tak jest[15]. Czy więc i w innych przypadkach, gdy nie wiadomo, skąd coś w pracy pochodzi, należy tego szukać u K. Szymanka?

Praca Ulriki Babusiaux *Papinians Quaestiones*[16] uświadamia, że istnieje spora literatura na temat dokonywanej przez prawników rzymskich destylacji przypadków rzeczywistych do postaci abstrakcyjnych zagadnień prawniczych, przypominających wręcz normy kodeksowe. Ten proces abstrakcji utrudnia ścisłe rozróżnienie między analogią i fikcją, z którym niepotrzebne zmagania obserwujemy w *Tra logica e giurisprudenza* (np. s. 268). Zresztą właśnie Cyceron wyśmiewał w swym dialogu *O mówcy* owych jurystów z „przednaukowej" epoki połowy II wieku przed Chr., którzy – jak Katon czy Brutus – tak dalece nie potrafili abstrahować od konkretnego przypadku, że zamieszczali w swych dziełach imiona klientów. Zapewne dlatego – dodaje zgryźliwie Arpinata – „byśmy uważali, że przyczyna wątpliwości tkwi w ludziach, a nie w rzeczach" (*de orat*. 2,142).

Cyceroński przykład fikcyjny to mancypowanie rzeczy, której *mancipatio* jest prawnie niemożliwa (*top*. 45, *mancipio dari non potest*). W książce (s. 351–354) wbrew panującej doktrynie nie odnosi się go wszelako do mancypacji *res nec mancipi*, lecz do rzeczy wyjętej z obrotu (*extra commercium*). Autorka jest dumna z tego pomysłu interpretacyjnego, podkreślając w tym zakresie swe pierwszeństwo (s. 340–341). Miałoby tu chodzić o rodzaj *reductio ad absurdum*, gdyż przeniesienie własności rzeczy wyjętej z obrotu musiało być uznane za nonsens (s. 359). Taki pomysł przeinterpretowuje tekst, którego wyrażenie *mancipio dari non potest* znaczy tyle tylko, że rzecz nie nadaje się do mancypacji, a więc jest to zapewne jednak *res nec mancipi*, najpewniej grunt prowincjonalny. Właśnie w takim kontekście Frontinus (2,36[17]) używa podobnego wyrażenia *nec mancipatio eorum legitima potest esse*.

15 K. Szymanek, *Argument z podobieństwa*…, s. 159–166.

16 U. Babusiaux, *Papinians Quaestiones*, München 2011, s. 209–210.

17 = C.G. Bruns, *Fontes iuris romani antiqui*, t. II, wyd. 7, Tübingen 1906, s. 86.

Teksty źródłowe

Autorka podkreśla wagę źródłowych tekstów pozaprawnych, zwanych literackimi, gdyż zastrzega – szkoda, że dopiero w ostatnim zdaniu rozprawy – iż zmierzała do poznania nie tyle prawa rzymskiego, czemu obiecuje poświęcić osobne studium, lecz „kontekstu intelektualnego" jurysprudencji rzymskiej (s. 360). Wbrew tej deklaracji autorka nie poświęca jednak żadnej uwagi recepcji arystotelizmu w Rzymie. Recepcja ta nie była jednak dogłębna, co wynika z nieznanego autorce wnikliwego studium Jonathana Barnesa[18]. W zamian za to autorka przytacza greckie i łacińskie teksty pozaprawne w bardzo długich wyjątkach. Ten sposób cytowania miałby sens w pracy o charakterze egzegetycznym, gdzie brzmienie źródeł jest dokładnie analizowane. Nie znajduje on wszelako uzasadnienia w stylu rozprawy, w której po przytoczeniu tekstu starożytnego następują dywagacje zdecydowanie odeń oderwane.

Tymczasem źródła zostają potraktowane na tyle pobieżnie, że nie podaje się nawet, z jakich wydań zaczerpnięto przydługie cytaty. Nie ma więc co oczekiwać sięgnięcia do tzw. aparatu krytycznego. Uderzająca jest natomiast niefrasobliwość, z jaką autorka zniekształca teksty łacińskie. Zacznijmy od początku. Już w drugim przytoczonym w rozprawie fragmencie z *Topików* zamiast *haerere* wydrukowano „parere", a zamiast *iis* – „eis" (s. 4). Sporo błędów zawierają teksty na s. 9. Pierwszy tekst Cycerona *sed a libris te obscuritas reiecit* zmieniono na „sed obscuritas libri te reiecit". W drugim cytacie zamiast *iis* wydrukowano „eis". W trzecim z *repetita* zrobiono „reperita", nie zaznaczając, że odnośny tekst znajduje się już w § 5, a nie – jak podaje autorka – w § 4. W tekście *top*. 44 na s. 16 zamiast „instituti" powinno być *instituisset*, a na s. 316 zamiast „obtinuisset" – *obtinuissent*. Od błędów roi się również tekst z *Kształcenia mówcy* Kwintyliana, cytowany na s. 104 (*inst*. 5,11,1): zamiast „quo" powinno być *quod*, a zamiast „est" – *et*. Słowo *parabolé* przytoczono w transkrypcji łacińskiej, mimo że autorka zawsze stosuje oryginał grecki. Nie wiedzieć czemu tekst łaciński, zaczerpnięty przez autorkę z traktatu *De finibus* Cycerona, kończy się znakiem zapytania (s. 128).

18 J. Barnes, *Roman Aristotle* (w:) J. Barnes i M. Griffin (eds.), *Philosophia Togata*, t. II, Oxford 1997, s. 1–69.

Stosowana interpunkcja pozostawia zresztą na ogół wiele do życzenia, a w niektórych tekstach źródłowych zupełnie zanika. W cytacie z tzw. mniejszych deklamacji pseudo-kwintyliańskich pojawia się natomiast ni stąd, ni zowąd znak *crux critica* (s. 242 przyp. 3). W tekście ulpiańskiego komentarza *Ad Sabinum* (s. 308 przyp. 81) zamiast „debere quo" powinno być *deberi quod*. Przykłady można jeszcze długo mnożyć.

Część tekstu z Cycerońskiej mowy *Pro Caecina* 31 przedrukowano omyłkowo dwukrotnie (s. 201). Tekst określony jako *Pro Caelio* 30–31 to w rzeczywistości *Pro Caelio* 73–74 (s. 220). *Topica* 71 to w rzeczywistości *Topica* 72 (s. 3–4), zaś *Topica* 42 – to w rzeczywistości *Topica* 45 (s. 338–339). Odesłanie do trzeciej księgi Cycerońskiego *De divinatione* (s. 136) to chyba żart, gdyż traktat ten liczy tylko dwie księgi. Na ogół wyrywki z większych całości źródłowych cytowane są w książce z wielką literą na początku, jak gdyby podany fragment właśnie tam się zaczynał. Najczęściej nie jest to prawda. Zaskakuje więc, że w niewielu wypadkach fakt opuszczenia początkowej partii tekstu zostaje zasygnalizowany za pomocą trzech kropek (s. 123, 136, 206–207, 226). Podobnie nie zaznacza się z reguły, że opuszczone zostały partie końcowe tekstu, choć nie zawsze (zaznaczono np. na s. 4 i 131).

Brakuje podstawowej jednolitości i konsekwencji w cytowaniu wykorzystanych źródeł. Dzieła głównego bohatera książki powoływane są w sposób nader urozmaicony. Zdarza się, że łaciński cytat traktatu *O obowiązkach* rozpoczęty jest małą literą, podczas gdy drugie słowo tytułu pisane literą wielką – i to błędnie, co daje w efekcie tak dziwne złożenie słów, jak *de Officis* (s. 346). Podobnie co do dzieła *O mówcy*, drugie słowo nie wiedzieć czemu pisane jest wielką literą, a zatem *de Oratore* (s. 317). Problemy sprawiło również *De inventione*, które pojawia się jako *De Inventione* (s. 14). Autorka nie może się zdecydować, czy określać Cycerońskie *Tuskulanki* po włosku jako „Discussioni tusculane" (s. 146), czy „tuscolane" (s. 168–169 przyp. 23 i 24). Natomiast w razie podawania tego tytułu po łacinie pojawia się dziwna wersja *Tusculanae Disputationes*, w której wielką literą pisany jest również rzeczownik pospolity *disputationes* (s. 118 przyp. 19, s. 119, 122). Niejednolicie cytowane są też mowy Cycerona, których tytuł zaczyna się raz małą, raz wielką literą: *pro Balbo* (s. 178) i *pro Sestio* (s. 194 przyp. 77), ale też *Pro Balbo* (s. 195) i *Pro Sestio* (s. 187). Pomijam drobne błędy redakcyjne, jak to, że słowo „Dio" na oznaczenie Boga pisane jest na tej samej stronie trzy razy wielką literą, raz małą (s. 113 i przyp. 15); nazwy szkół filozoficznych pisane są na ogół małą literą, choć raz „gli Stoici" pojawiają się wielką (s. 144).

Dokładność i konsekwencja cytowania nie sprowadzają się do pedanterii filologicznej. Arpinata napisał dwa dzieła na temat sztuki wymowy o bardzo podobnym tytule. Dłuższe ma tytuł *O mówcy* (*De oratore*), a krótsze *Mówca* (*Orator ad M. Brutum*). Pierwsze skracane jest na ogół jako *de orat*., a drugie jako *orat*. Taki standard przyjmowany jest w Polsce za Kazimierzem Kumanieckim[19], a w świecie za *Thesaurus Linguae Latinae*[20]. Niestety, na tej samej stronie dzieło dłuższe cytowane jest raz jako *Orat*., a drugi raz – w wynalezionej autorsko dziwnej manierze pisania pierwszego słowa tytułu małą literą, a drugiego wielką – jako *de Orat*. (s. 174 i przyp. 30). Jeszcze dwukrotnie dzieło dłuższe pojawia się pod skrótem *Orat*. (s. 317 przyp. 3, s. 327), a przecież skrót ten zarezerwowany jest dla dzieła krótszego. Jak teraz przywołać fragment z *Mówcy*?

Problemy nastręczyło wyróżnienie w tekście książki tytułów dzieł. Czasem pojawiają się kursywą, stosowaną jednak niekonsekwentnie, czasem bez kursywy. Chodzi tu głównie o Cycerońskie *Topici* (s. 8, 23, 341) i Arystotelesowską *Retorica* (s. 133, 155), która na ostatniej z przytoczonych stron występuje w obu wariantach. Zarówno z kursywą, jak i bez niej cytuje się również tytuły dialogów Platońskich *Laches* i *Menon* (s. 27 i przyp. 13). Oczywiście wzmiankując bohatera dialogu, np. „Critone", słowa tego – inaczej niż się to dzieje w książce (s. 34) – wyróżniać kursywą nie wolno. Pochodzący z epoki cycerońskiej anonimowy podręcznik sztuki wymowy, cytowany z reguły jako *Auctor ad Herennium*, powoływany jest niekiedy w rozprawie błędnie z podwójnym „r" jako *ad Herr*. (s. 266 przyp. 11, gdzie zresztą słowo „Auctor" jest raz kursywą, a raz nie; s. 293 przyp. 60). Cycerońskie *Filipiki* pisane są w spisie źródeł przez podwójne „l"

19 K. Kumaniecki, *Literatura rzymska. Okres cyceroński*, Warszawa 1977.

20 *Thesaurus Linguae Latinae. Index librorum scriptorum inscriptionum ex quibus exempla adferuntur*, Lipsiae 1904.

i pojedyncze „p", a zatem jako „Phillipicae" (s. 363), podczas gdy poprawna pisownia – *Philippicae* – jest odwrotna. W jednym z przypisów występują w wersji włoskiej zarówno błędne „Filipiche", jak i poprawne „Filippiche" (s. 221 przyp. 125). Podobnie na s. XIII w ostatniej linijce „Wstępu" zamiast „Repubblica" wydrukowano „Reppublica". Niewiele sensu ma pisanie w tytule mowy Cycerońskiej w obronie Rabiriusza, oskarżonego o zdradę stanu (*Pro Rabirio perduellionis reo*), ostatniego ze słów wielką literą, tak jakby było to imię własne: „Pro Rabirio perduellionis Reo" (s. 363).

System cytowania antycznych źródeł literackich jest niejednolity w książce również dlatego, że tzw. księgi Cycerońskiego dzieła *De finibus* wskazane są w tekście raz cyframi łacińskimi, a kiedy indziej arabskimi – i to nawet wtedy, gdy cytaty bezpośrednio ze sobą sąsiadują (s. 127, 136). Następny typ niejednolitości dotyczy podziału tekstów źródłowych na fragmenty i paragrafy. Powstaje zamieszanie, bo autorka stosuje z reguły uproszczony sposób cytowania, eliminujący jednostki pośrednie między księgą i paragrafem, ale niekiedy jednostki te również się pojawiają, np. „Tusc. 3,5,11" (s. 263) czy „Auct. ad Her. 1,13,23" (s. 264). Wprowadzane są też inne dziwne podziały trójstopniowe, np. „*De natura deorum* 3,65–3,79" (s. 130). Liwiusz cytowany jest zarówno według podziału dwustopniowego (s. 269, 273), jak i trójstopniowego (s. 242, 268). Taka niejednolitość skrótów nasuwa niestety podejrzenie o cytowanie z drugiej ręki. Nie lepiej radzi sobie autorka z uciążliwą powinnością jednolitego przywoływania starożytnych tekstów prawniczych. Ten sam fragment znanego i często wykorzystywanego Gajusowego podręcznika *Instytucje*, przywoływany jest na tej samej stronie (s. 252) w tekście bez kropki (*Gai* 3,154a–b), a w przypisie z kropką (*Gai*. 3,154a), przy czym właśnie znacznie mniej popularna w świecie nauki wersja bez kropki wydaje się być preferowana (s. 249 przyp. 19, s. 256 przyp. 38). Niektóre skróty imion prawników są drukowane kursywą (np. *Pomp*. – s. 298 przyp. 70), a inne – pismem prostym (np. „Iav." s. 319 przyp. 6). Wszystko to wskazuje jednak nie na problemy z korektą tekstu, lecz braki warsztatu naukowego na poziomie prac seminaryjnych i magisterskich. Trudno akceptować pracę, w której kodeks cywilny cytowany jest na jednej stronie jako k.c., K.c., k.C. i K.C., na przemian również w wersji bez kropek kc, Kc, kC i KC.

Literatura przedmiotu

Spory nieporządek panuje nie tylko w źródłach, lecz i w literaturze przedmiotu. Do braków wytkniętych okazjonalnie, przy analizie treści rozprawy, należy dodać kolejne. W części pierwszej literatura nie jest kompletna, ale dobrana poprawnie. Dziwi wszelako nieobecność tak wnikliwego badacza nauki greckiej jak Geoffrey E.R. Lloyd, który już swą pierwszą pracę[21] poświęcił rozumowaniu przez analogię. Natomiast w drugiej części literatura zdaje się powoływana przypadkowo. Cytuje się pewne opracowania, pomijając dzieła centralne w odniesieniu do źródeł Cycerońskich *Topik*: Giuliano Crifò, *Ex iure ducere exempla*[22] oraz Maurizio D'Orta, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato*[23].

Autorka cytuje autorytety prawie zawsze samym nazwiskiem, jednak z wyjątkiem Kimberly A. Barber, którą z reguły poprzedza rodzajnikiem („la Barber" s. 184–186, 195; inaczej tamże); Catherine E.W. Steel, powoływanej jako „la Steel" (s. 211), podobnie jak Sarah Waterlaw (s. 76, 81) oraz Trudy Govier (s. 163). Błędne jest stawianie rodzajnika określonego przed inicjałem imienia, np. „il F. von Savigny" czy „il C. Manenti" (s. 333). Nie wiadomo, czemu pewni autorzy występują w przypisach i w spisie literatury z pełnym imieniem, a inni tylko z inicjałami, np. „Martha C. Nussbaum", przy czym kolejna pozycja jest autorstwa „R. Perna" (s. 375). Gdyby chodziło tylko o kobiety, Piera Capone, która nią bez wątpienia jest, nie występowałaby jako „P. Capone" (s. 294). U niektórych nadto inicjały są umieszczone po nazwisku, np. „Wieling, H.J." (s. 378), a u innych, jak „C. Manenti, C." (s. 374), zarówno przed nazwiskiem, jak i po nim. Pominąć należałoby kwestie drobne, jak to, że monografia K. Szymanka (*Argument z podobieństwa*) została przytoczona bez przecinka między nazwiskiem autora a tytułem (s. 159), czy to, że gdy według przyp. 39 (s. 343) szukamy pełnego cytatu książki Michaela Moriarty'ego w przyp. 37 (s. 341), w rzeczywistości znaj-

21 G.E.R. Lloyd, *Polarity and Analogy: Two Types of Argumentation in Early Greek Thought*, Cambridge 1966.

22 G. Crifò, *Ex iure ducere exempla* (w:) *Studi Carlo Esposito*, t. II, Padova 1972, s. 1103–1124.

23 M. D'Orta, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato*, Napoli 1990.

duje się on w przyp. 38 (s. 342). Kuriozalny efekt osiągnięto w odniesieniu do holenderskiego małżeństwa Tellegenów, cytowanego (s. 377) w postaci mieszanki nazwisk, imion i inicjałów w stylu starej niderlandzkiej kompanii handlowej: „Olga Tellegen-Couperus & E., J.W. Tellegen". Jako pierwsze imię małżonka pojawia się zatem drugie imię małżonki. Zniekształcony został również tytuł tomu zawierającego ich artykuł: „New Perspectives…" redukują się do jednej tylko: „New Perspective…" (s. 201, 377). Podobny brak panowania, jak nad literaturą angielską i włoską, widać co do literatury niemieckiej. Zniekształcono np. miejsce wydania: „Insbruck" (s. 332 przyp. 20, s. 372) zamiast „Innsbruck". Nazwisko Hermanna Bonitza, dziewiętnastowiecznego znawcy Platona i Arystotelesa, uproszczono w spisie literatury do „Boniz" (s. 367). Cytaty niemieckie są z reguły pozbawione tzw. umlautów. Jakby w trybie rekompensaty znany prawnik Rudolf Sohm występuje nieoczekiwanie jako „Söhn". W tytule jego dzieła zamiast kropki winien być przecinek (s. 259 przyp. 41). Zabawnie zniekształcono tytuł drugiego tomu podręcznika Maxa Kasera: zamiast *Die nachklassischen Entwicklungen* wyszło „Die Nachtklassischen Entwicklung" (s. 372), czyli „Rozwój nocno-klasyczny". Uśmiech na twarzy powoduje zmiana w nazwisku znanego profesora, wydawcy pism wybranych romanisty Filippa Gallo. Jest nim włoski uczony Miglietta, zmieniony na „Maglietta" (s. 371), co znaczy „koszulka". Zniekształcono też tytuł książki Emilia Bettiego, zacytowanej w spisie jako *Imputabilita dell'inadempimento*… (s. 369), a więc w zasadzie prawidłowo, pod warunkiem że na końcu pierwszego wyrazu stałby tzw. akcent słaby. W tekście przypisu (s. 254 przyp. 34) akcent ten się pojawia, za to zniekształcono tytuł przez dodanie rodzajnika określonego: „L'imputabilità…". I jeszcze podano chronologicznie niemożliwą datę wydania „1950" – a chodzi o wykłady uniwersyteckie roku akademickiego 1957–1958.

Podobnie jak włoskie i niemieckie, nie należą do łatwych nazwiska holenderskie. Ucierpiał na tym autor monografii o teologii stoickiej Meijer, cytowany w spisie literatury jako „Mejier" (s. 374). Praca ta nie jest zresztą w książce cytowana, więc i w spisie „literatury podstawowej" (s. 367) być nie musi. Nawet nie powinna. Chyba też tylko dla ozdoby pojawia się w spisie literatury „M. Stemmler, *«Auctoritas exempli»*" (s. 377): w rozprawie brak śladów korzystania z tej pracy. Oczywiście okoliczność, że spis zawiera wyłącznie literaturę podstawową, usprawiedliwia pominięcie w nim wielu pozycji wykorzystanych. W słusznie pominiętej pracy I. Cugusiego niedokładnie podano tytuł *Condizione impossibile*… zamiast *Condizioni impossibili*… i rok wydania „1905" zamiast 1906. W tym samym miejscu (s. 333 przyp. 21) w pracy uczonego I. La Lumii zupełnie pominięto tytuł „Le condizioni impossibili e turpi nel testamento romano".

Szeroko w recenzowanej rozprawie wykorzystana została książka R.A. Kastera, która zawiera tekst, tłumaczenie i komentarz mowy Cycerońskiej *Pro Sestio*. Cytowana jest niepoprawnie zarówno w tekście rozprawy (s. 188), jak i w spisie literatury (s. 367) jako „Cicero's Speech …" zamiast – jak w oryginale – *Cicero: Speech*… Podtytuł pracy M. Moriarty'ego *Theories of Virtue* został niefortunnie zniekształcony, przyjmując niemożliwą w języku angielskim postać „Theories if Virtue…", i to zarówno w tekście (s. 342 przyp. 38), jak i w spisie literatury (s. 375). To jednak nic – w pierwszej części tytułu oryginału są *Disguised vices*, a nie *Disguised virtues*: wady więc, nie zaś cnoty! W tytule książki S. Waterflow, *Nature Change and Agency*…, powinien być przecinek po pierwszym słowie (s. 378), który zresztą występuje w tekście (s. 73 przyp. 81). Angielska wersja dzieła Arystotelesa nie może brzmieć „Constitution of Athems" (s. 113 przyp. 14), lecz …*of Athens*.

Zatytułowany *Explanationes in Ciceronis rhetoricam* komentarz Victorinusa do Cycerońskiego *De inventione* nie może figurować w sekcji „Komentarze i tłumaczenia tekstów starożytnych" (s. 367–368). Victorinus, żyjący mniej więcej między 300 a 363 rokiem po Chr., był bez wątpienia autorem starożytnym. Zwłaszcza że dużo późniejsi autorzy – tacy jak Amoniusz, Boecjusz i Stobeusz – figurują w indeksie starożytnych źródeł. Według reguł alfabetu łacińskiego praca A. Mantellego winna znajdować się w spisie przed, a nie po autorze U. Manthe (s. 374); natomiast J.S. Weitzenfeld między nazwiskami A. Watson i F. Wieacker, a nie między H.J. Wielingiem i J. Wissem (s. 378). Fryderyk Karol von Savigny winien figurować pod literą „S", a nie „V" (s. 378), tym bardziej że inny Niemiec z predykatem szlacheckim, Kurt von Fritz, umieszczony jest pod „F" (s. 371).

Błędy językowe

Na osobne omówienie zasługuje język rozprawy, a wcale niełatwo było przez nią i z tego względu przebrnąć. Niestety, już w dedykacji książki rodzicom autorki pojawił się błąd: „a miei genitori" zamiast poprawnego *ai miei genitori*. O niewiedzy w zakresie zasad łączenia rodzajnika określonego z pewnymi kategoriami rzeczowników świadczą takie wyrażenia, jak „ai interlocutori" (s. 33 przyp. 19), „ai altri tipi" (s. 80), „dai stoici"(s. 343 przyp. 343) oraz „dei ascoltatori" (s. 348). Tę wiedzę zdobywa się w zupełnie początkowym okresie nauki języka włoskiego. Do tej samej kategorii należą konstrukcje typu „nei *Apo*." (s. 50 przyp. 46–47). Tym niefortunnym skrótem, który równie dobrze może oznaczać *Armenian Philharmonic Orchestra*, określa się arystotelesowskie *Analytica posteriora*. Spotykamy zresztą również błąd odwrotny: „uno siffatto procedimento" (s. 262). Dalsze błędy ortograficzne to z jednej strony „e *ex antecedentibus*" (s. 11), a z drugiej strony „ed *contenere*" (s. 61). Również w języku włoskim autorka hołduje zatem podobnemu anarchizmowi językowemu, jak w łacinie. Pojęcie przeciwprzykładu występuje w trzech postaciach: *controesempio* (s. 89–90, 92, 162, 167), *contro-esempio* (s. 86) i w najmniej poprawnej postaci rozdzielonej: *contro esempio* (s. 59, 89 – a więc na tej samej stronie, na której występuje *controesempio*, s. 92). Równie błędnie rozdziela się przymiotnik „poarystotelesowski" w wyrażeniach „qualche elaborazione post aristotelica" oraz „la retorica post aristotelica" (s. 11, 15). Idźmy dalej: język włoski zna warianty ortograficznie równoważne. Utarło się na przykład, że przed słowem łacińskim *ius* można postawić rodzajnik określony zarówno w formie „il", jak i „lo". Należy się jednakowoż zdecydować na jeden wariant i konsekwentnie się go trzymać. Tymczasem w książce stosuje się – poza cytatami, których brzmieniem autorka byłaby związana – zarówno wersję „lo *ius*" (s. 185 przyp. 50, s. 249, 258, 259), jak i „il *ius*" (s. 248 przyp. 15, s. 255). Reszty błędów rodzajnikowych czytelnikowi niniejszego omówienia oszczędzam.

Czy korekta językowa wywiązała się ze swego zadania? Rozprawa pełna jest rażących w pracy naukowej kolokwializmów, jak zwłaszcza kilkanaście razy występujące słowa „appunto" czy też „pure" zamiast *anche*. Dalsze wyrażenia zbyt potoczne i nader często się pojawiające to „una sorta di", „a seconda di", „tant'è vero che". Zastrzeżenia budzi również „dal momento che" w sensie kauzalnym (s. 175, 233, 259, 341), „di rado" (s. 118, 153, 218, 338), „un paio di volte" (s. 109, 266), „sta nel fatto che" (s. 111, 305), „per forza" (s. 5, 71, 273, 360), „il trucco" (s. 208, 230), „a Socrate non riesce" (s. 28), „Cicerone finisce la storia" (s. 341), „come si vede" (s. 208) oraz „per quanto mi risulta" (s. 241). Z drugiej strony autorka nadużywa należącego do stylu urzędowego rzeczownika „utilizzo" (s. 99, 242, 303, 306, 355), który robi nie pozbawione komizmu wrażenie w zwrocie „l'utilizzo della violenza" (s. 188) – w sensie niedozwolonego użycia przemocy.

Następną kategorię błędów można określić jako makaronizmy. W język łaciński zostają wplecione słowa włoskie. Daje to następujące efekty: „De invenzione" (s. 105 przyp. 2), „mandatum, fides, amicizia" (s. 252 przyp. 28, s. 375) i „ex comparazione" (s. 281). W wersji, jaką autorka nadała podtytułowi niemieckiej pracy Horsta Braunerta o Cycerońskiej mowie *Pro Balbo*, występuje ukute podobnie „eine Interpretazion". To niespotykane słowo zdaje się mieć zarazem coś z łaciny i włoskiego, a może też hiszpańskiego (s. 369). Przy omawianiu mowy Cycerońskiej *Pro Caecina* klient Cycerona występuje w formie zitalianizowanej „Cecina", podczas gdy jego przeciwnik nie jest określany w paralelnej formie zitalianizowanej „Ebuzio" – ani zresztą w łacińskiej *Aebutius* – lecz w makaronicznej formie „Ebutio" (s. 200–201). Podobnie klient Cycerona z mowy *Pro Caelio* pojawia się przeważnie w zitalianizowanej formie „Celio" (s. 218–219), choć zdarza się obok i mieszana forma łacińsko-włoska: „Caelio" (przyp. 120).

Błędów stylistycznych nie omawiam, choć nie wypada ich całkowicie pominąć. Należą do nich przede wszystkim redundancje. I tak w miejsce ciężkiej frazy „non è possibile da applicare" (s. 28) wystarczyłoby *è inapplicabile*; zamiast śmiesznego zwrotu „fallimento di adempiere" (s. 243) wystarczyłoby *inadempimento*. W wyrażeniach „diverso rispetto a" lub „alla" (s. 161, 344, 350) zamiast „rispetto a (alla)" wystarczyłoby słówko *da* (*dalla*). Odchudzić wypadałoby frazę „non apparteneva alla proprietà del testatore" (s. 354). Poza tym zdecydowanie nadużywa się tzw. *articolo partitivo*, np. „fondato su delle generalizzazioni" (s. 27); „emozioni si riferiscono a degli oggetti esterni" (s. 31);

„esporre il propio corpo a dei danni" (s. 34); „esistono delle capacità che si basano sul governo" (s. 39: zdanie treściowo tajemnicze); „in base a degli esempi passati" (s. 96, 101); „per dei motivi che illustrerò" (s. 149); „portare a delle conclusioni generali" (s. 100, podobnie s. 234).

Błąd przeciwny do redundancji to wyrazy i frazy ewidentnie „zjedzone". Z pewnością czegoś brakuje np. w piątym wierszu od dołu s. 31, w drugim wierszu od góry s. 37, w piątym wierszu od dołu s. 106, w drugim wierszu od dołu s. 228, w piątym wierszu od góry s. 271, w czwartym wierszu od góry przypisu s. 313 i w drugim wierszu od góry s. 337. Pojawiają się też problemy ze stosowaniem apostrofu. Wystarczy zacytować „brano del *Inv*. 1,51" (s. 105 przyp. 4); „nel *Inv*. 2,32" (s. 225 przyp. 129) czy wyrażenia takie, jak „al'interlocutore" (s. 350). Z drugiej strony między przyimkiem rodzajowym a rzeczownikiem pojawia się często błędna spacja, np. „un' apposita via" (s. 207), „dell' assemblea" (s. 215) czy „un' autonomia" (s. 298).

Zasób słownikowy rozprawy jest swoisty. Dla wyrażenia idei pojęciowego odpowiednika łacińskiego terminów greckich używa się – rzeczownika „corrispettivo" (s. 106, 109, 235, 236, 293). Tymczasem rzeczownik ten kojarzy się raczej z wynagrodzeniem pieniężnym. Niewiele lepszy jest niestety użyty rzeczownikowo w tej funkcji – zamiast słowa *equivalente* albo zapożyczonego z francuskiego *pendant* – wyraz „corrispondente" (s. 153). Wielokrotnie mówi się o „instante" (s. 48, 92) lub „istante" (s. 59, 66, 83, 89, 90, 96, 160, 164, 235) w sensie „przypadku" lub „przykładu", co stanowi kalkę angielskiego *instance*. Prawda, że autorka czerpie wiedzę o arystotelesowskiej indukcji głównie z literatury anglojęzycznej (s. 47 przyp. 39). Podobnie wzmianka o roku „57 b.C." (s. 189 przyp. 62) zamiast *a.C.* (*avanti Cristo*), musiała przedostać się do tekstu włoskiego z pozycji anglojęzycznych.

Banalniejsze błędy językowe to „usare di contraporre" (s. 9, 209), gdyż po *usare* oczekujemy bezokolicznika; wyrażenie „storia del suo origine" (s. 9), bo rzeczownik *origine* jest żeński. W zwrotach „fondati su di un esempio" i „basati su di un caso" (s. 35, 37) należy skreślić słówko *di*. Zamiast „usare la regola… al caso in esame" (s. 41) należałoby napisać *nel caso*. Zamiast „fini illustratori" (s. 99) winno być *illustrativi*. Ludność miasta Camerinum to nie „Camertini" (s. 178), lecz *Camerti*. Zamiast „in effetti di crollo" (s. 306) powinno być *per effetto del crollo*. Inaczej niż chce autorka, „terreni campani" (s. 290) to nie grunty „wiejskie", lecz „kampańskie". Nadto nie można określać zainteresowania naukowego jako „interessamento" (s. 14), ani ustanowić kogoś „all'erede" (s. 324) czy „giudicare… le formulazioni" (s. 325). Słowo *impugnazione* oznacza „podważenie", ale tylko w sensie prawnym, a więc właściwie formalne „zaskarżenie". Nie można zatem mówić wraz z autorką o „impugnazione della parabolé" (s. 114) w potocznym sensie „podważenia miarodajności przykładu". Poza tym na s. 149 wiersz 1 od góry: słowo „parabolé" powinno występować w liczbie mnogiej, a więc przybrać postać *parabolai*.

Inne błędy

Niestety, nie tylko spis literatury sporządzono niedbale. To samo dotyczy wykazu źródeł. Ani na s. 50, ani na s. 63 nie ma śladu Cycerońskich *Epistulae ad Brutum*, mimo że taka ich lokalizacja podana jest w spisie źródeł (s. 363). Natomiast cytowany w tekście rozprawy (s. 242 przyp. 1) passus z tychże listów do Brutusa w spisie źródeł zupełnie nie figuruje. Nie jest prawdą, że – jak podano w wykazie źródeł (s. 363) – na s. 176 tekstu rozprawy cytowany jest fragment traktatu Cycerońskiego *De oratore* 2,182. Wreszcie wbrew wykazowi źródeł (s. 366), w tekście rozprawy na s. 16 próżno szukać cytatu z *Kształcenia mówcy* Kwintyliana.

Nie wiadomo, czy do błędów rzeczowych, czy językowych zaliczyć obecność „empietà" (s. 36), czyli bezbożności, wśród cnót wymienionych w Platońskim dialogu *Protagoras* (329d–330b). I to zaraz obok sprawiedliwości i umiarkowania. Równie dziwne jest wskazanie – rzekomo za tymże dialogiem (*Protagoras* 332b–c) – jako przeciwieństwa dobra („il bene") nie pojęcia zła („il male"), lecz „il brutto" (s. 40), czyli brzydoty.

Nie brak też błędów chronologicznych. Nie można bowiem przedstawiać Pomponiusza, który zmarł najpóźniej za panowania Marka Aureliusza, jako prawnika z epoki Sewerów („giurista severiano" s. 329). Podobnie niedokładne jest przypisanie Sabinusa do epoki Augusta („giureconsulto augusteo" s. 302), gdyż prawnik ten działał głównie za Tyberiusza i dalszych cesarzy dynastii julijsko-klaudyjskiej, prawdopodobnie z ostatnim z nich – Neronem włącznie.

Przykłady błędnej terminologii prawniczej to stosowanie zamiast poprawnego wyrażenia włoskiego *condizione apposta* niepoprawnego wyrażenia „condizione aggiunta" (s. 327, 329, 333). Pojawia się tu kalka polskiego wyobrażenia o „dodawaniu" warunku do czynności prawnej, podobnie jak w nieco bardziej naiwnej kalce pojawia się „addizione… della condizione" zamiast *apposizione della condizione* (s. 333). Zdecydowanie błędna terminologia, pochodząca również z wyrażenia polskiego, w tym przypadku z wyrażenia „wykonywanie prawa", to „eseguire – zamiast *esercitare* – il diritto" oraz „esecuzione – zamiast *esercizio* – del diritto" (s. 300–301); podobnie „le immobilità" zamiast *gli immobili* (s. 340).

W końcu należy zwrócić uwagę na niedociągnięcia rzeczowe. Późnoklasyczne komentarze *Ad Sabinum* są przedstawiane jako komentarze do pism Sabinusa („scritti" s. 312). W istocie komentowano zawsze tylko jedno pismo: *Ius civile*. Poza tym, dwukrotnie, błędnie określa się dzieło komentatorskie Ulpiana jako „commento" (s. 301–302) zamiast *commentario*. Łacińskie pojęcie *caementa*, oznaczające fundamenty budynku, oddaje autorka jako „cemento", czyli po polsku „cement" (s. 302). *Cautio vadimonium sisti* nie gwarantuje bynajmniej, że niewolnicy stawią się na termin („si sarebbero presentati" s. 331), lecz że zostaną „postawieni" przez pozwanego. Błędny jest niestety pogląd autorki, że w wypowiedzi – cytowanej przez Paulusa D. 41,2,1pr. – wcześniejszy prawnik Labeon wywodził termin prawniczy „posiadanie" (*possessio*) „od czasownika *sedere*" (s. 204). Jest to raczej etymologia nowoczesna, przyjęta w standardowym słowniku etymologicznym, który wyprowadza termin *possessio* od słowa *pots* („moc" lub „władza") i od czasownika *sedere*[24]. Tymczasem mimo trudności z dokładnym odczytaniem tekstu źródłowego daje się z pewnością stwierdzić, że Labeon nie wywodził terminu *possessio* od czasownika *sedere*. Wywodził go od jakiegoś rzeczownika: albo od występującego w liczbie mnogiej rzeczownika „siedzenia", a zatem „od siedzeń" (*a sedibus*), albo od liczby mnogiej rzeczownika „stopy", a zatem od „postawienia stóp" (*a pedis sedibus*).

24 A. Walde, J.B. Hofmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, wyd. 5, Heidelberg 1972, t. II, s. 347.

Podsumowanie

Brane z osobna, każde ze wskazanych niedociągnięć, zaniedbań redakcyjnych czy błędów merytorycznych, dawałyby się może wytłumaczyć. W końcu nie myli się tylko ten, kto nic nie robi. Każdy autor prac naukowych zna ból serca w obliczu swych niechlujnie złożonych i skorygowanych tekstów, zwłaszcza jeśli uprzednio domagał się od wydawcy dokonania odpowiednich poprawek. Jednak usterki składające się na całość, ogłoszoną drukiem na kredowym papierze, powodują, że lektura długo oczekiwanej książki przygnębia. Zwłaszcza że mamy do czynienia, jak deklaruje autorka, z owocem 10 lat pracy między Warszawą, Neapolem, Florencją, Monachium i Getyngą (s. XI). Zastrzeżenia nie dotyczą przecież literówek, których oczywiście nie brakuje. Dla pełnej też jasności dodam: błędy, o których mowa, są obecne w drugiej, skorygowanej wersji książki *Między logiką a jurysprudencją*. Wobec tego nieporadność i niepoprawność językowa dopuszcza lekturę dzieła tylko za cenę niemałych wyrzeczeń ze strony czytelnika. Kto zdecydował się przedłożyć rozprawę w języku obcym, nie jest zwolniony z obowiązku zadbania o jej opublikowanie w sposób respektujący zarówno ogólne zasady użycia tego języka, jak i elementarne wymogi sztuki drukarskiej oraz edytorskiej.

Na stronie redakcyjnej widnieje adnotacja po angielsku, iż książka ukazała się dzięki finansowemu wsparciu Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego. Fundacja im. Rafała Taubenschlaga wydała ją luksusowo: na kredowym papierze oraz w twardych okładkach o oryginalnym projekcie. Wobec rażącego niedopracowania publikacji Ministerstwo powinno rozważyć, czy nie zostało w tym przypadku naciągnięte przez wydawcę. Wobec zaangażowania publicznych środków wyjaśnienia wydawcy nie mogą być skierowane tylko do elitarnego grona badaczy starożytnej analogii.

Przegląd treści pokazał, że trudno powiedzieć, aby recenzowana rozprawa poszerzała wiedzę o prawie. Nie wnosi ona nic do prawoznawstwa, w tym sensie, że z pracy tej nie dowiemy się, czy, a jeśli tak, to czego uczy opisane rzymskie doświadczenie na temat wytyczania granicy, do której analogia jest użyteczna w argumentacji prawniczej. Konkretna szansa poznawcza została więc niestety utracona. Ogłoszenie książki drukiem w obcym języku należy pochwalić.

Służy popularyzacji własnych studiów – daje do nich dostęp szerszemu gronu, zwłaszcza gdy te studia interesują wąską grupę odbiorców. Wszelako, przy tak wielkiej ilości błędów, publikacja w mało dostępnym polskiemu czytelnikowi języku włoskim – w porównaniu na przykład z językiem angielskim czy nawet niemieckim – może robić wrażenie, jakby się chciało ukryć rzeczywistą treść przedłożenia. Z pewnością należało więc lepiej ją dopracować, mimo niecierpliwości najwierniejszych czytelników.

Agnieszka Kacprzak

O wnioskowaniu z analogii – odpowiedź na recenzję Franciszka Longchamps de Bériera książki *Tra logica e giurisprudenza. Argumentum a simili nei 'Topici' di Cicerone*.

Agnieszka Kacprzak

Doktor nauk prawnych, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Od 2008 roku adiunkt w Katedrze Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji UW. Przebywała na stypendiach zagranicznych, m.in. w Neapolu, w Rzymie, w Pawii. Projekt badawczy, którego rezultatem jest opublikowana w 2012 roku rozprawa habilitacyjna pt. „Tra logica e giurisprudenza. Argumentum a simili nei Topici di Cicerone" był częściowo realizowany w ramach stypendium Istituto Italiano di Scienze Umane SUM we Florencji.

Kiedy czytałam recenzję mojej książki sporządzoną przez Franciszka Longchamps de Bérier, towarzyszyło mi uczucie zdumienia. Postaram się pokrótce wyjaśnić, co wprawiło mnie w ten stan.

Dość zaskakujący był dla mnie fakt, że recenzowania mojej książki podjęła się osoba, która nigdy nie zdradzała zainteresowania zagadnieniami logiki i której dorobek naukowy dotyczy w głównej mierze rzymskiego prawa spadkowego.

W jeszcze większą konfuzję wprawił mnie tytuł, jakim Longchamps de Bérier opatrzył swoją recenzję. Brzmi on: „O wniosku analogicznym…". Z całą pewnością nie jest to trafne tłumaczenie tytułu mojej książki. Błędne zrozumienie tytułu można by jeszcze recenzentowi wybaczyć. Bardziej niepokoi fakt, że zaproponowane przez niego sformułowanie: „wniosek analogiczny" zupełnie nie ma sensu. „Analogiczny" oznacza w najogólniejszym sensie tyle, co „podobny". Recenzentowi musiałoby zatem chodzić o wniosek podobny do czegoś innego. Jaki tajemniczy byt, do którego wniosek miałby być podobny, miał na myśli recenzent? I czy miał coś w ogóle na myśli wprowadzając ten termin? Pozostanie to zapewne jego tajemnicą.

Czytelnikom recenzji Longchamps de Bériera pragnę wyjaśnić, że tematem mojej pracy nie są wnioski analogiczne (takie bowiem nie istnieją), ale wnioskowania oparte na analogii. Mianem wnioskowań opartych na analogii określa się rozumowania, których przesłankę stanowi porównanie dwóch lub więcej elementów podobnych. Wniosek, wywiedziony z takiej przesłanki, oparty jest na podobieństwie porównywanych elementów. Na podstawie wiedzy o własnościach jednego z nich wnioskuje się o własnościach wszystkich pozostałych elementów, o których twierdzi się, że są do niego podobne. Wnioskowania z analogii były instrumentem argumentacji dobrze znanym myśli-

cielom starożytnym. Wnioskowaniom tym, poza Cyceronem, poświęcili sporo uwagi Arystoteles i stoicy.

Argumentacja, która stanowi przedmiot moich zainteresowań, opiera się na podobieństwie (lub – jak chce to nazywać recenzent – analogiczności) elementów, wymienionych w przesłance. Nie zaś, co sugeruje niefortunny termin wprowadzony przez Longchamps de Bériera, na analogiczności wniosków. Trudności z odróżnieniem przez recenzenta przesłanek od wniosków dają o sobie znać także w innych fragmentach recenzji, całkowicie uniemożliwiając mu zrozumienie głoszonych przeze mnie tez. Do tego wątku powrócę w dalszej części mojej odpowiedzi.

Niezrozumienie przez recenzenta tytułu może zaskakiwać. Jeszcze bardziej zdumiewa natomiast fakt, pełnego niedowierzania i rezerwy, „odkrycia" przez Longchamps de Bériera faktu przynależności wnioskowań indukcyjnych do dziedziny logiki. Skonfundowanemu recenzentowi pragnę przypomnieć, że w tradycji europejskiej w skład logiki wchodzą – obok logiki formalnej – także semantyka, metodologia nauk oraz logika nieformalna. Na gruncie dwóch ostatnich z wymienionych przeze mnie dziedzin logiki wnioskowania indukcyjne zajmowały od czasów starożytnych ważne miejsce. Indukcja oraz wnioskowania z przykładu są przedmiotem rozważań zawartych w najstarszych traktatach logicznych Zachodu, to jest w *Topikach* i *Analitykach Pierwszych* Arystotelesa. Tematyka ta zajmuje także ważne miejsce w późniejszych dziełach, wyznaczających ważne etapy w rozwoju logiki, by wspomnieć choćby o *Novum Organum* F. Bacone'a czy *System of Logic* J.S. Milla.

Być może recenzent jest szczególnie przywiązany do scholastycznej wizji logiki. Możliwe, że tu właśnie ma źródło jego skłonność do zawężającego rozumienia logiki i utożsamiania jej z systemem wnioskowań dedukcyjnych. Jednak nawet ktoś, kto patrzy na rozwój logiki europejskiej wyłącznie przez pryzmat myślicieli scholastycznych, nie może zaprzeczyć, że także tutaj rozwijano, poza rozumowaniami dedukcyjnymi, pogłębioną refleksją na temat analogii i jej roli w poznaniu Boga. Jednym z bardziej znanych przedstawicieli tej tradycji jest św. Tomasz z Akwinu.

Istnieją wreszcie interesujące współczesne teorie (jedną z takich teorii rozwija ostatnio Julian S. Weitzenfeld, *Valid Reasoning by Analogy*, Philosophy of Science 51 (1984), s. 137–149), na gruncie których uznaje się analogię za rodzaj wnioskowania dedukcyjnego. Nic nie wskazuje na to, by te teorie były recenzentowi znane. Daleka byłabym od tego, aby wymagać od recenzenta tak gruntownej wiedzy w zakresie historii i teorii logiki, gdyby nie fakt, że tak chętnie i dobitnie wypowiada swe sądy w tej sprawie. W wypowiedziach tych brzmi wyraźna wyższość, która ma zapewne sugerować czytelnikom, że Longchamps de Bérier posiada jakąś głębszą wiedzę niż autorka recenzowanej książki. Jak starałam się pokazać, rzeczy mają się zgoła odmiennie.

Osobliwie zawężające ujęcie logiki, w ramach którego nie mieszczą się wnioskowania z podobieństwa, skłania recenzenta do wysunięcie pod moim adresem sugestii, iż w swych rozważaniach powinnam w głównej mierze odwoływać się do teorii dyskursu. Longchamps de Bérier ma mi za złe, że nie uwzględniłam osiągnięć przedstawicieli pragma-dialektyki. Nie wdając się w dyskusję nad przydatnością narzędzi analitycznych zaproponowanych przez Fransa H. Eemerena i Roba Grootendorsta, pragnę zauważyć, że badaczy tych interesuje argumentacja z punktu widzenia pragmatyki, czyli jednej z dziedzin semiotyki. Przekładając to na język kategorii starożytnych, należałoby powiedzieć, że przywołana przez recenzenta szkoła holenderska zajmuje się argumentacją jako jednym ze sposobów retorycznego oddziaływania na odbiorcę. Mnie zaś, co już kilkakrotnie podkreślałam, interesuje logika i teoria poznania. Analizując argumenty z podobieństwa, staram się odpowiedzieć na pytanie, czy tego rodzaju rozumowania mogą – a jeśli tak, to pod jakimi warunkami – stanowić wiarygodne narzędzie uzyskiwania wiedzy o świecie. Pytania o to, czy takimi argumentami można kogoś skutecznie zwieść, w ogóle sobie nie stawiam. Tu zapewne znów daje o sobie znać różnica zainteresowań badawczych moich i recenzenta.

Z racji moich zainteresowań chętnie odwołuję się do ustaleń poczynionych przez badaczy należących do nurtu logiki nieformalnej (*informal logic*). W ramach tego nurtu rozwinęła się między innymi refleksja nad analogią jako sposobem uzasadniania hipotez naukowych. Jedną z ważniejszych inspiracji dla moich własnych poszukiwań są prace kanadyjskiej filozof, Trudy Govier. Do tego samego nurtu należy również

bardzo rzetelna rozprawa Krzysztofa Szymanka *Argument z podobieństwa,* Kraków 2008. Przedmiotem jego studiów jest poszukiwanie warunków, w jakich rozumowania oparte na analogii mogą być zasadne, tj. stanowić instrument do uzyskiwania wiarygodnej wiedzy o świecie. Podobieństwo celów, jakie stawiamy sobie z Szymankiem: ja – w odniesieniu do dyskusji, jakie toczyły się w starożytności, on – analizując bardziej współczesne debaty i argumenty filozoficzne – sprawia, że często przywołuję w swej pracy jego ustalenia. Nie wydaje mi się to niczym nagannym. Wbrew także temu, co zdaje się sugerować recenzent, za każdym razem, kiedy korzystam z ustaleń Szymanka lub jakiegokolwiek innego autora, wyraźnie sygnalizuję to w tekście.

Podobnie, jak miało to miejsce przy charakterystyce przedmiotu mojej pracy badawczej, dużą nonszalancją charakteryzuje się również ocena recenzenta dotycząca moich szczegółowych ustaleń. Rozważania zawarte przeze mnie w pierwszej części książki Longchamps de Bérier kwituje stwierdzeniem, że powielam tu wiedzę, którą określa mianem „podręcznikowej". Jeśli dobrze rozumiem, recenzent stara się zarzucić mi, że nie przedstawiam na temat argumentów z podobieństwa żadnych nowych informacji poza tymi, które można znaleźć w stosownych podręcznikach. Po raz kolejny recenzent się myli.

Niezależnie od tego, jakie wrażenie można odnieść na podstawie lektury podręczników, pewne zagadnienia z zakresu logiki mają charakter na tyle złożony, że do dnia dzisiejszego wywołują zaciekłe spory wśród uczonych. Do tej kategorii należą interesujące mnie wnioskowania z podobieństwa. Nasza wiedza o wnioskowaniach z podobieństwa – zarówno tych, które były przedmiotem refleksji starożytnych, jak i tych rozważanych przez przedstawicieli logiki współczesnej – nadal uznawana jest za daleką od zupełności. W dziedzinie tej wciąż stawia się więcej pytań niż udziela rozstrzygających odpowiedzi. Każdy odpowiedzialny badacz, który stara się zanalizować sposoby stosowania wnioskowań z podobieństwa w różnych dziedzinach ludzkiej aktywności (takich jak np. jurysprudencja), musi zdawać sobie sprawę z istnienia tych problemów i wątpliwości. Powinien również samodzielnie zmierzyć się z wysuwanymi przez badaczy wątpliwościami i poszukiwać własnych odpowiedzi i rozstrzygnięć w tym zakresie. To właśnie czynię w pierwszej części mojej pracy.

Opinie recenzenta na temat tej części pracy skłaniają mnie do wniosku, że zapoznał się z nią bardzo pobieżnie i z tego zapewne powodu umknęły jego uwadze omawiane przeze mnie zagadnienia. Pozwolę sobie je zatem pokrótce przypomnieć. W odniesieniu do indukcji, która jest najlepiej zbadanym wnioskowaniem z podobieństwa spośród tych, jakie wyróżniano w starożytności, wciąż jeszcze nierozstrzygnięte pozostają tak ważne kwestie jak to, czy sokratejska *epagoge* (stanowiąca pierwowzór arystotelesowskiej indukcji) ma jedynie wartość heurystyczną, czy też pełni również funkcje poznawcze (spór w tej sprawie toczą między sobą Gregory Vlastos i Mark L. McPherran). Przedmiotem zaciekłej dyskusji jest także wątpliwość, czy indukcja w ujęciu Arystotelesa jest efektem racjonalnego namysłu, czy też ma charakter intuicyjny (za pierwszym poglądem opowiadają się między innymi Myles Burnyeat, Enrico Berti oraz William David Ross, za drugim natomiast Kurt von Fritz i Victor Kal). Badacze stawiają również pytanie o to, czy w ujęciu Arystotelesa możliwa jest indukcja na podstawie tylko jednego przypadku (odmienne zdania mają w tej sprawie Kurt von Fritz, Paul Slomkowski i Victor Kal). Nierozstrzygnięte pozostaje także pytanie, w jaki sposób na gruncie założeń przyjętych przez Arystotelesa możliwe było uzyskiwanie za pomocą indukcji wiedzy pewnej. Jeszcze bardziej skomplikowany jest obraz relacji pomiędzy indukcją a innymi rodzajami wnioskowań z podobieństwa. Nie ma zgody co do tego, jakie kryteria wedle Arystotelesa pozwalają najlepiej odróżnić indukcję od wnioskowania z przykładu (*paradeigma*). Brakuje refleksji nad relacją pomiędzy dwoma wyróżnionymi przez niego typami przykładu, tj. pomiędzy przykładem historycznym a fikcyjnym (*parabole*). Jeszcze mniej wiadomo na temat relacji pomiędzy poszczególnymi członami cyceroniańskiej triady wnioskowań z podobieństwa, tj. *inductio*, *conlatio*, *exemplum.* Żadnych ustaleń nie poczyniono też jak dotąd na temat genezy cyceroniańskiej *conlatio.*

W odniesieniu do każdego z tych zagadnień zajmuję własne stanowisko i przedstawiam argumenty przemawiające za jego przyjęciem. Opieram się w tych kwestiach na uważnej analizie tekstów źródłowych, które z tego powodu są przeze mnie przywoływane.

Wychodzę z założenia, że to teksty źródłowe, a nie podręczniki, są podstawowym źródłem naszej wiedzy o świecie starożytnym. Wysunięta przez recenzenta sugestia, że można myśleć zgoła odmiennie i posługiwać się tekstami źródłowymi w funkcji wyłącznie „ornamentacyjnej", wprawiła mnie w niemałe zdumienie. Być może jest to praktyka znana recenzentowi, ja jednak nie zwykłam jej stosować. Od recenzentów zaś oczekiwałabym raczej merytorycznej oceny prezentowanych przeze mnie tez i wysuwanych na ich rzecz argumentów niż stawiania bezpodstawnych zarzutów opartych na niedbałej i nieuważnej lekturze.

W przypadku wnioskowań z analogii (tj. grupy wnioskowań stanowiących podklasę wnioskowań z podobieństwa), nie tylko starożytnych, ale również tych będących przedmiotem rozważań współczesnych, sprawą ważką jest rozstrzygnięcie, czy wnioskowania te dają się zredukować do wnioskowań indukcyjnych, czy też zachowują w stosunku do nich autonomiczny charakter. Rozstrzygnięcie tego problemu jest sprawą fundamentalną – przyjęcie poglądu o możliwości dokonywania redukcji wnioskowań z analogii do wnioskowań indukcyjnych będzie skutkowało przyjęciem określonych kryteriów poprawności tych wnioskowań. Kryteria te będą radykalnie odmienne w sytuacji, gdy przyjmie się tezę o autonomicznym charakterze wnioskowań z analogii. W konkluzji pierwszej części mojej książki stawiam tezę, że wnioskowania z przykładu (*exemplum*) w ich antycznym kształcie są redukowalne do indukcji. Redukcja taka nie jest natomiast możliwa w odniesieniu do wnioskowań z analogii (grecka *parabole*, łacińska *conlatio*). Te ostatnie wedle moich ustaleń przebiegają bowiem wedle innego schematu, który współcześnie określa się mianem „transfer tłumaczenia". Przywołane przeze mnie ustalenia, stanowiące konkluzję pierwszej części książki, są moim osobistym wkładem w toczące się wśród badaczy dyskusje na temat natury i charakteru wnioskowań z analogii.

Ustalenia te uważam za ważne, gdyż pozwalają ujrzeć w nowym świetle rozważania starożytnych filozofów i jurystów. To zaś jest, w moim przekonaniu, zadaniem historyka prawa – w miarę wiernie i dokładnie oddać świat pojęć i wyobrażeń minionych epok. Historyk prawa nie klasyfikuje myśli żyjących dawno temu jurystów w oparciu o to, czy mogą być przydatne dzisiejszym adeptom prawa. Z tego powodu dla jego badań irrelewantne są przekonania współczesnych teoretyków i filozofów prawa na temat tego, czego potrzeba współczesnym prawnikom. Recenzent, który tak ochoczo przywołuje poglądy Arthura Kaufmanna, w tym zakresie najwyraźniej zapomina, że pozycja, z której wygłasza on swe stanowisko, jest fundamentalnie różna od mojej. Z tego też powodu czynienie mi zarzutu, że za istotne uważam co innego niż Kaufmann, wydaje mi się zwyczajnym nieporozumieniem wynikającym z nieznajomości celów, jakie w swych rozważaniach stawia sobie Kaufmann, lub braku umiejętności dostrzeżenia, że różnią się one od tych, jakimi kieruje się w swej pracy historyk prawa.

Nieuważna lektura daje ponownie o sobie znać w uwagach recenzenta wypowiadanych pod adresem drugiej części mojej pracy.

W V rozdziale mojej książki dokonuję analizy przytaczanych przez Cycerona *conlationes*, czyli argumentów polegających na porównywaniu ze sobą dwóch przedmiotów. Moja uwaga koncentruje się na rozważaniach Arpinaty na temat podobieństwa, jakie ma jego zdaniem zachodzić między śmiercią niewolnika zapisanego komuś w użytkowanie a zawaleniem się zapisanego w użytkowanie budynku. Cyceron twierdzi, że zawalenie się budynku powoduje wygaśnięcie legatu użytkowania z tego samego powodu co śmierć niewolnika – w każdej z tych sytuacji przestaje bowiem istnieć rzecz, będąca przedmiotem zapisu. Zdaniem Cycerona juryści rzymscy dostrzegli podobieństwo pomiędzy śmiercią niewolnika a zawaleniem się budynku i z tego powodu w przypadku tego drugiego zaproponowali takie samo rozstrzygnięcie, jakie przyjmuje się w sytuacji śmierci niewolnika. Uznali mianowicie, że osoba, która otrzymała stosowny legat, nie może domagać się przekazania jej w użytkowanie budynku, skoro ten uległ zniszczeniu.

Juryści rzymscy rzeczywiście byli przekonani o niemożności domagania się wykonania zapisu w przypadku zniszczenia budynku. Czynili tak jednak z przyczyn odmiennych od tych, które stara się im przypisać Cyceron. Moje wysiłki koncentrują się na pokazaniu, z jakiego powodu dokonana przez Cycerona rekonstrukcja nie mogła odpowiadać przebiegowi rzeczywistego rozumowania jurystów. Twierdzę mianowicie, że z punktu widzenia prawa rzeczowego pomiędzy niewolnikiem a budynkiem zachodzi istotna różnica,

polegająca na tym, że niewolnik stanowi przedmiot samoistny, podczas gdy budynek jest częścią gruntu, ten zaś jako przedmiot trwa w czasie pomimo zniszczenia znajdującej się nań budowli. Juryści rzymscy nie mogli zatem uznać, jak stara się im przypisać Cyceron, że między śmiercią niewolnika a zawaleniem się budynku zachodzi istotne podobieństwo. O ile bowiem w tym pierwszym przypadku przestaje istnieć rzecz, będąca przedmiotem zapisu, o tyle zawalenie się budynku nie powoduje zniknięcia rzeczy, jaką stanowi grunt. Uzasadnienie wniosku, że zapis użytkowania budynku wygasa na skutek jego zawalenia się, opiera się w przypadku jurystów rzymskich na uznaniu, iż rzecz będąca przedmiotem zapisu uległa zmianie (*mutatio rei*). Przedmiotem zapisu była rzecz w kształcie, w jakim istniała w chwili, gdy legat był sporządzany. Z chwilą, gdy nastąpiła jej zmiana, stawała się nową rzeczą, nie obarczoną żadnym zapisem.

Istotą moich rozważań zawartych w rozdziale V jest pokazanie, że wbrew temu, co twierdzi Cyceron, prawnicy rzymscy nie mogli dojść do swoich wniosków na podstawie rozumowania opartego na analogii pomiędzy śmiercią niewolnika a zawaleniem się budynku. Innymi słowy, że na użytek uzasadnienia swojej tezy posłużyli się innym argumentem niż ten, który przypisuje im Cyceron.

Uwadze recenzenta umknęło najwyraźniej, że przedmiotem mojej polemiki z Cyceronem nie jest treść wniosku wysuniętego przez jurystów, lecz jego uzasadnienie. Nigdzie nie podaję w wątpliwość, że juryści byli przekonani, iż w przypadku zawalenia się budynku nie można żądać wydania go w użytkowanie. Kwestionuję natomiast przytoczone przez Cycerona argumenty na rzecz przyjęcia tej tezy. Recenzent najwyraźniej pomylił treść przesłanki z wysnutym na jej podstawie wnioskiem i z tej przyczyny nie dostrzegł istoty mojej rekonstrukcji.

Kolejne nieporozumienie, wynikające zapewne z pośpiesznej lektury książki, dotyczy moich ustaleń na temat roli wnioskowań z przykładu w praktyce prawniczej. W rozdziale VI podejmuję próbę dokonania rekonstrukcji przykładów, które pomogły Krassusowi przekonać sędziów, aby przyznali spadek jego klientowi.

Jak wszyscy pamiętamy, klient Krassusa został ustanowiony na mocy testamentu substytutem nienarodzonego dziecka. Gdyby zaś dziecko umarło, sam miał objąć spadek. Sytuacja prawna klienta Krassusa niezwykle się skomplikowała, gdyż dziecko, którego miał zostać substytutem, nigdy się nie narodziło. W tych okolicznościach pojawiła się wątpliwość, komu należy przekazać spadek. Krassus argumentował, że spadek powinien przypaść jego klientowi. Rozstrzygniecie takie zgodne byłoby bowiem z wolą testatora. Wystąpienie Krassusa stanowiło ważny przełom w dziejach rzymskiej refleksji na temat prawa spadkowego. Sędziowie, którzy rozstrzygnęli po jego myśli, uznali, że to nie litera testamentu, tylko wola osoby, która go sporządziła, powinna rozstrzygać o przyznaniu spadku.

O przełomowym znaczeniu zwycięstwa Krassusa przekonani byli sami starożytni. Z tego też powodu twierdzę, że jego argumentacja nie mogła odwoływać się do wcześniejszych rozstrzygnięć (nie była więc oparta o precedensy). Na podstawie nielicznych i skąpych wzmianek o tym procesie, jakie przetrwały do naszych czasów, staram się pokazać, do jakich przykładów najprawdopodobniej odwoływał się Krassus, i z jakiego powodu wydały się one sędziom przekonujące. Moim celem jest wykazanie, że wbrew temu, co się zazwyczaj przyjmuje, argument z przykładu w praktyce prawniczej nie musiał oznaczać odwołania się do wcześniejszego rozstrzygnięcia w podobnej sprawie (czyli precedensu). Na tej podstawie twierdzę, że argumentów z przykładu – stosowanych w rzymskiej praktyce prawnej – nie można utożsamiać wyłącznie z odwołaniami do spraw precedensowych.

Z uwag recenzenta, odnoszących się do tego fragmentu mojej pracy, wnioskuję, że zupełnie nie zrozumiał moich intencji. Przedstawione przeze mnie argumenty i analizy wydały mu się, jak sam przyznaje, „nadmiernie długie", z czego wnoszę, że nie zadał sobie nawet trudu, by je uważnie przeczytać.

Rozdział VI zamykam analizą przytoczonego przez Cycerona przykładu fikcyjnego. Dotyczy on mancypacji rzeczy, których nie można mancypować. Powołując się na zasady funkcjonowania przykładów fikcyjnych, argumentuję, że Cyceron ma w tym fragmencie na myśli rzeczy, które w ogóle nie mogą być przedmiotem własności, nie zaś takie, których własność można przekazywać w sposób nieformalny. Longchamps de Bérier w żaden sposób nie odnosi się do wysuwanych przeze

mnie argumentów, swoją negatywną ocenę opierając wyłącznie na tej podstawie, że prezentowane przeze mnie wnioski są odmienne od tych, które podawane są w podręcznikach prawa rzymskiego. Tym samym wykazuje duże przywiązanie do wiedzy obiegowej, co – jak można by wnioskować z jego wcześniejszych uwag – powinno być mu raczej obce.

Kolejną rzeczą, do której recenzent przejawia wyraźne przywiązanie, jest cytowanie w pracach naukowych wszystkich istniejących opracowań, które w jakikolwiek, choćby bardzo odległy sposób, wiążą się z tematem rozprawy. Ja tymczasem zawsze sądziłam, że praca naukowa polega na prowadzeniu samodzielnych poszukiwań badawczych i weryfikowaniu tez stawianych przez innych uczonych, nie zaś na ich mechanicznym przepisywaniu. Najwyraźniej także w tym zakresie przyzwyczajenia moje i recenzenta zdecydowanie się od siebie różnią.

Literatura dotycząca logiki antycznej, wnioskowań z podobieństwa, a także poszczególnych zagadnień prawnych, których dotyczą analizowane w drugiej części pracy przykłady Cycerona, jest niezliczona. Nie jest rzeczą możliwą ani konieczną, by przywołać wszystkie napisane na ten temat prace. W swojej książce powołuję się zatem tylko na te opracowania, które mają ścisły związek z rozważaną przeze mnie problematyką. W szczególności takie, które wnoszą istotny wkład w moje rozważania lub z którymi wprost polemizuję. Recenzent ma do mnie wyraźny żal, że nie przywołuję jego własnej książki zatytułowanej *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*. W pracy tej Longchamps de Bérier wspomina o analizowanej przeze mnie sprawie, w której sędziowie dali posłuch argumentom Krassusa. Chętnie zacytowałabym ustalenia recenzenta, gdyby wnosiły one cokolwiek nowego w interesującym mnie zakresie. Tak jednak nie jest – uwagi Longchamps de Bériera nie dodają niczego nowego do powszechnie znanych ustaleń w tej sprawie.

Pozostałe sugestie recenzenta, dotyczące literatury, do której jego zdaniem powinnam się odwołać, przywodzą na myśl metodę swobodnych skojarzeń – każde opracowanie, które ma w swoim tytule słowo takie jak „indukcja", „analogia", „retoryka" czy „logika", a nawet frazę „rozumowanie prawnicze" powinno być zdaniem Longchamps de Bériera przeze mnie odnotowane. Recenzent najwyraźniej nie zauważa, że domaga się ode mnie cytowania prac, które z moimi rozważaniami nie mają nic wspólnego, jak choćby pracy Ulrike Babusiaux *Papinians Quaestiones* (München 2011), która dotyczy wpływu retoryki na pisma prawnika o dwa wieki późniejszego od Cycerona. Bez związku z moimi rozważaniami pozostaje praca Jerzego Stelmacha i Bartosza Brożka *Methods of Legal Reasoning*. Równie nieuzasadnione jest oczekiwanie ode mnie, abym uwzględniła w swej pracy rozważania Kaufmanna o granicach stosowania analogii we współczesnych systemach prawnych. Gdyby recenzent zechciał zadać sobie choć odrobinę trudu i dokonać namysłu nad proponowanymi mi lekturami, nieadekwatność rozważań Kaufmanna do tematyki, która stanowi przedmiot moich rozważań, musiałaby narzucić mu się z całą mocą. Problem, który rozważa niemiecki badacz, nigdy nie pojawił się na gruncie antycznego prawa rzymskiego. Co więcej, trudno byłoby go tam nawet postawić, biorąc pod uwagę, że był to otwarty system prawa, niemający pretensji do zupełności.

Recenzent drobiazgowo odnotowuje wszelkie niedociągnięcia redakcyjne, takie jak literówki, błędy językowe, stylistyczne, a także niekonsekwencje w sposobie cytowania. Nad wszystkimi tymi uchybieniami – trudnymi do uniknięcia nawet w książkach drukowanych w ojczystym języku – szczerze ubolewam.

Recenzent w swej gorliwości tropienia błędów i wypaczeń za omyłkę uznaje nawet to, co nią nie jest. I tak zarzuca mi, na przykład, niekonsekwencję w sposobie przywoływania literatury współczesnej, wskazując, że czasami podaję pełne imię autora, podczas gdy w większości przypadków ograniczam się do inicjałów. Ta niekonsekwencja wydaje mu się szczególnie zabawna w odniesieniu do małżeństwa Olgi i Jana Willema Tellegenów. Być może rozbawieniu recenzenta należy przypisać fakt, że nie zauważył on, iż pełne imiona podaję jedynie w przypadku kobiet. Taki sposób cytowania – w przypadku kobiet podawanie pełnego imienia, zaś w przypadku mężczyzn jedynie pierwszej jego litery – jest powszechnie przyjęty w krajach anglosaskich. Także wydawnictwo, które opublikowało moją książkę, konsekwentnie stosuje go we wszystkich drukowanych przez siebie pracach.

Recenzent zarzuca mi również stosowanie dziwacznych skrótów w odniesieniu do dzieł antycznych. Nie

podoba mu się, na przykład skrót „Apo", którym posługuję się na oznaczenie *Analitica Posteriora* Arystotelesa. Niezależnie od skojarzeń muzycznych, które ten akronim wywołuje w umyśle recenzenta, jest dość powszechnie stosowany w literaturze przedmiotu. Figuruje także, podobnie jak wszystkie stosowane przeze mnie skróty dzieł autorów greckich, na liście skrótów zamieszczonej w *The Liddell-Scott Jones Lexicon*. Jest to, o czym recenzent wiedzieć powinien, publikacja, która wyznacza standardy cytowania w odniesieniu do literatury w języku greckim.

Na koniec chcę krótko odnieść się do uwag recenzenta na temat stylu, w jakim napisana jest moja książka. Longchamps de Bérier zarzuca mi na przykład, że w mojej pracy pojawiają się określenia, które jego zdaniem są zbyt kolokwialne i z tego powodu nie powinny być używane w pracach naukowych. Jako przykłady takich wyrażeń wymienia: „appunto", „pure" – w miejscu którego powinno się jego zdaniem znaleźć „anche", „una sorta di", „a seconda di", „dal momento che" w sensie kauzalnym, czy „di rado". Recenzent jest tak przekonany o swoim znawstwie w dziedzinie stylów języka włoskiego, że nie pokusił się o sprawdzenie prawdziwości głoszonej przez siebie tezy. Wystarczy natomiast sięgnąć po dowolną publikację naukową, napisaną po włosku przez rodzimego użytkownika tego języka, aby przekonać się, jak bardzo recenzent się myli. Tytułem przykładu pozwolę sobie przytoczyć kilka cytatów z książki *La sillogistica di Alessandro di Afrodisia: sillogistica categorica e sillogistica modale nel commento agli Analitici primi di Aristotele* (Hildesheim 2011), której autorem jest Luca Gili:

„Flannery [1995] è una ricerca che pure riguarda soltanto alcuni aspetti della logica di Alessandro" (s. 6).

„Teofrasto era per Alessandro una sorta di interprete di Aristotele" (s. 46).

„Il sillogismo tradizionale si mostra (…) come una regola d'inferenza, cioè un struttura argomentativi valida a prescindere dai contenuti che figurano in essa (che sono, appunto, 'variabili') (s. 89).

„Le tre figure si originano a seconda di dove è posto il termine medio nelle premesse" (s. 170).

„Il secondo senso di contingente: ciò che avviene di rado e per caso, il contingente indefinito" (s. 256).

I na koniec przykład użycia zwrotu „dal momento che" w znaczeniu kauzalnym:

„Dal momento che entrambi questi sillogismi abbisognano di premesse aggiuntive per mostrarne la necessità dell'inferenza, non sono perfetti" (s. 153).

Uprzedzając możliwe zastrzeżenia recenzenta o tym, że język prawniczy rządzi się własnymi prawami i stawia autorom bardziej rygorystyczne wymagania – co do zachowania powagi stylu i unikania zwrotów potocznych – niż język logiki, pragnę przytoczyć też kilka przykładów zaczerpniętych z publikacji prawniczej. Jest nią artykuł Laury Solidoro, zatytułowany *Sulle origini storiche della responsabilita' precontrattuale* („Teoria e storia del diritto privato" 2008, nr 1, s. 1–49):

„Ai primi era imposta la dichiarazione di un dettagliato elenco di vizi in vendita (anche se non ne erano consapevoli), agli secondi, pure se *scientes*, restava consentito tacere sui difetti dei 'predia'" (s. 20).

„Studi recenti hanno ampiamente dimostrato che, tra I sec. A. C. e I sec. D. C (fase storica appunto coincidente con il periodo intercorso tra Cicerone e Valerio Massimo)…" (s.28).

„In particolare, la 'querelle' sulla natura della responsabilità prenegoziale è tutt'altro che puramente teorica, dal momento che dalla soluzione scelta dipendono diverse conseguenze" (s. 34).

Nie potrafię wytłumaczyć, dlaczego recenzent uznał się za tak świetnego znawcę wszelkich odmian stylistycznych języka włoskiego, by nie uważać za zasadne skonfrontowania z rzeczywistością owego dobrego mniemania o sobie. Być może sądził, że półtoraroczny pobyt na stypendiach we Włoszech uczynił go większym ekspertem w sprawach językowych, niż są nimi rodzimi użytkownicy języka włoskiego.

Przypuszczenie to być może wcale nie jest takie niedorzeczne – wszak, jak starałam się pokazać, Longchamps de Bérier zwykł stwarzać pozory znawstwa w wielu sprawach, nawet tych, co do których jego wiedza jest dość powierzchowna.

Adam Szafrański

Fédération Internationale pour le droit européen. Międzynarodowa konferencja naukowa

Tallin, 30 maja–2 czerwca 2012 roku

Adam Szafrański

Doktor nauk prawnych. Adiunkt w Zakładzie Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Autor publikacji z zakresu prawa publicznego gospodarczego.

Organizowane co dwa lata kongresy Fédération Internationale pour le droit européen (FIDE) cieszą się dużym zainteresowaniem prawników z Unii Europejskiej, gromadząc za każdym razem w innym miejscu w Europie przedstawicieli świata akademickiego, instytucji państwowych, Komisji Europejskiej, Trybunału Sprawiedliwości UE oraz praktyków prawa.

Tematami tegorocznego kongresu były:

1. Ochrona praw podstawowych w porządku lizbońskim: relacje między Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej, europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz konstytucjami narodowymi;
2. Relacje między europejskim prawem energetycznym, prawem ochrony środowiska i prawem ochrony konkurencji;
3. Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, z uwzględnieniem zagadnień społeczeństwa informacyjnego.

Każdemu z tych zagadnień poświęcona była odrębna sesja konferencji. Jedynie pierwsze i ostatnie godziny konferencji dawały możliwość spotkania się wszystkich uczestników w celu wysłuchania referatów wstępnych, a potem podsumowań. Ponieważ poinformowanie o wszystkich trzech odrębnych sesjach nie jest możliwe w krótkim sprawozdaniu, warto „przystawić" ucho do części pierwszej konferencji, wspólnej dla całości zgromadzenia.

Po powitalnych słowach prezydenta Estonii Toomasa Hendrika Ilvesa, ministra sprawiedliwości Kristena Michala oraz prezydenta FIDE prof. Julii Laffranque zostały wygłoszone referaty Viviany Reding, prof. Vassiliosa Scourisa

oraz Françoise Tulkens. Kolejne referaty prof. Josepha Weilera oraz prof. Bruna de Witte uzupełniały się w pewien sposób i zarazem stanowiły doskonały przykład wystąpień akademickich, których celem jest przedstawienie słuchaczom ogólnego obrazu stanu prawa. O ich treści warto przede wszystkim tu wspomnieć.

Wykład prof. J. Weilera został zatytułowany: *How faithful has Europe been to its Constitutional values?* Mając na myśli wartości, rozumiał on przez nie, nie zasady proceduralne, lecz wartości materialne, takie jak solidarność, prawa człowieka, rządy prawa. Wartości materialne mają bezpośredni związek z legitymacją władzy, w tym instytucji Unii Europejskiej, a przez to niej samej. Ta legitymizacja została w ostatnim czasie podważona. Zdaniem J. Weilera legitymizacja jest przeciwieństwem popularności czy akceptacji społecznej, jak niekiedy postrzega się ją w naukach społecznych. Przeciwnie, legitymizacja władzy sprawdza się, gdy podejmowane przez rząd trudne i niepopularne decyzje są respektowane.

W naukach prawnych podaje się dwa źródła legitymacji:

– legitymacja przez proces, w tym przypadku chodzi o decyzje podejmowane w ramach procedur demokratycznych, dzięki którym rząd czerpie swoją legitymację;
– legitymacja przez rezultat, czyli przez wskazanie celów osiągniętych przez organizację polityczną, które są pożądane.

Joseph Weiler dodał trzeci rodzaj legitymizacji – przez cel, przez ukierunkowanie ku „ziemi obiecanej". Ten sposób legitymizacji ma coś wspólnego z mesjanizmem politycznym i wybiega ku przyszłości.

Zdaniem J. Weilera zwłaszcza dwa ostatnie rodzaje legitymacji odegrały w historii Unii Europejskiej ogromną rolę. Zarówno rezultat, czyli pokój i dobrobyt, jak i wcześniej pożądane cele przyszłości, odwołujące się do tych samych wartości, legitymowały istnienie Unii Europejskiej. Obecnie jednak każdy z tych trzech sposobów legitymizacji pozostaje w Unii Europejskiej zagrożony.

Przykładów obrazujących współczesną sytuację w Unii jest na poparcie powyższej tezy wiele. Według J. Weilera wystarczy wymienić choćby jeden, dotyczący rozumienia federalizmu fiskalnego. Taki federalizm domaga się zawsze fundamentów społecznych, które wykluczają z dyskusji pytania: Dlaczego my mamy ich ratować? Dlaczego Niemcy mają pomagać Grecji? Tego typu pytania nie pojawią się w państwach federalnych, takich jak Niemcy. Tam nie ma miejsca na pytanie: Dlaczego Badenia-Wirtembergia ma pomagać Bremie? Postawi się raczej pytanie: Dlaczego Niemcy mają wesprzeć Bremę? Europejska solidarność stoi pod znakiem zapytania, jeżeli zadaje się pytania o to, co ja jestem winien drugiemu, zamiast pytań o to, co my winniśmy jednemu z nas.

Następnie J. Weiler wskazał na różne czynniki wpływające na współczesne pojmowanie demokracji, przywołując tym samym pierwszy sposób legitymizacji (przez proces). Jego zdaniem proces demokratyczny wiąże się, niezależnie od typu demokracji, z takimi zasadami, jak możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności i reprezentatywność. Ta pierwsza oznacza, krótko rzecz ujmując, możliwość pozbawienia władzy osób, których działania są negatywnie oceniane. Tymczasem w Unii Europejskiej ta zasada w ogóle nie jest obecna. Nie ma w niej miejsca na występowanie mechanizmów odpowiedzialności politycznej. Można wskazywać wiele nieudanych projektów Unii, jak choćby projekt Konstytucji dla Europy czy szczyt klimatyczny w Kopenhadze. Nikt za te porażki nie poniósł na płaszczyźnie Unii odpowiedzialności. Druga zasada, zasada reprezentacji, również jest niedostatecznie obecna. Rola Parlamentu Europejskiego, choć wzmocniona, nie oznacza przyznania mu takiego rodzaju władzy, by jego działania przekładały się realnie na działalność Komisji. Nic więc dziwnego, że udział w wyborach do Parlamentu Europejskiego jest tak niewielki.

Legitymizacja przez rezultat jest obecnie w Unii zagrożona przez kryzys gospodarczy. Nie ma znaczenia fakt, że Unia nie odpowiada za kryzys. W oczach wielu postrzegana jest jako czynnik wpływający na jego powstanie.

W końcu legitymacja, której źródłem jest odwołanie się do dalekosiężnych celów, również, zdaniem Weilera, zawodzi. Deklaracja Schumana, będąca wielkim marzeniem o pokoju, szacunku dla ludzkiej godności i budowy dobrobytu, ma się tak do rzeczywistości, jak ilość słów użytych do jej napisania do ilości słów wypowiedzianych w Traktacie lizbońskim. Marzenie

nie jest tożsame z tym, co wymarzone. Kiedy więc to pragnienie Schumana zostało zrealizowane, przestało zachwycać.

Następnie J. Weiler poruszył jeszcze kilka innych kwestii związanych z rządami prawa i prawami człowieka, które tu jednak pominę. Przede wszystkim jego pogląd na kryzys legitymizacji Unii Europejskiej, jako kolejny ważki głos w tej sprawie, wymagał szczególnego podkreślenia.

Kolejny mówca, prof. Bruno de Witte, podzielił się swoimi uwagami dotyczącymi funkcjonowania Unii Europejskiej po wejściu w życie Traktatu lizbońskiego w wykładzie zatytułowanym: *The Lisbon Treaty and the EU's Constitutional Framework: How have the Laken Declaration's Questions been answered?*

W pierwszej kolejności wskazał na dwa pozytywne aspekty funkcjonowania Traktatu lizbońskiego, czyli wzmocnienie roli dwóch organów Unii: Parlamentu Europejskiego oraz Rady – przez ustanowienie jej przewodniczącego. Wprowadzenie stanowiska przewodniczącego pozwoliło na uporządkowanie prac Rady. Następnie prof. de Witte wskazał na porażki:

– ustanowienie wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa wprowadziło więcej zamieszania niż pożytku. Zamiast „jednej twarzy" Unii Europejskiej pojawiła się obok dotychczasowych całkiem nowa. Doszedł do koncertu wielogłosowego w sprawach zagranicznych po prostu kolejny, czyniący więcej zamieszania niż pożytku;
– podział na akty delegowane oraz wykonawcze zawodzi w praktyce i czyni zamieszanie w przejrzystości źródeł prawa. Stanowienia prawa przez Komisję sprawia, że Komisja znajduje się ona pod mniejszą kontrolą niż dotychczas.

Ponadto B. de Witte wskazał na niewiadome związane ze stosowaniem niektórych przepisów Traktatu lizbońskiego, których funkcjonalność wskaże dopiero przyszłość. Należą do nich:

– inicjatywa obywatelska,
– kontrola sprawowana przez parlamenty narodowe w ramach zasady subsydiarności,
– rola Karty Praw Podstawowych w wielopłaszczyznowej ochronie praw człowieka w Europie.

Na koniec swojego wystąpienia Bruno de Witte odniósł się do nieformalnych zmian porządku konstytucyjnego w UE, powstałych w związku z kryzysem, przez podejmowanie decyzji poza procedurami i instytucjami przewidzianym w Traktacie (pakt fiskalny, szczyty części państw członkowskich). Byłoby dobrze poddać je dyskusji i doprowadzić do rewizji Traktatu. Ta jednak, zdaniem B. de Witte, w obecnej sytuacji politycznej w Europie wydaje się mało prawdopodobna.

Te dwa wystąpienia – ich treść i waga – wytyczyły tor dyskusjom, wątki zaś w nich poruszone odbiły się echem w podsumowaniach prezentowanych podczas ostatniego dnia konferencji.

Każdy z trzech tematów, o których była mowa powyżej, został przyporządkowany odrębnym sesjom, podczas których omawiano między innymi raporty krajowe, opublikowane w trzech tomach. Każda z tych książek stanowi znakomity materiał do badań porównawczych.

Kolejny kongres FIDE odbędzie się w Kopenhadze w 2014 roku.

Marcin Stębelski

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Wyrok TK z dnia 26 lipca 2012 r., P 8/11, OTK 2012, nr 7A, poz. 84

Odszkodowanie za represje ze strony organów ZSRR

Art. 8 ust. 2a ustawy z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego (Dz.U. Nr 34, poz. 149, z 1993 r. Nr 36, poz. 159, z 1995 r. Nr 28, poz. 143, z 1998 r. Nr 97, poz. 604, z 2002 r. Nr 240, poz. 2055, z 2004 r. Nr 273, poz. 2703, z 2007 r. Nr 191, poz. 1372, z 2009 r. Nr 14, poz. 74 oraz z 2011 r. Nr 53, poz. 277) **w zakresie, w jakim nakazuje sądowi rozpoznającemu wniosek ocenić istnienie aktualnej więzi wnioskodawcy z Państwem Polskim przez spełnienie przesłanki zamieszkiwania wnioskodawcy obecnie w Polsce, jest zgodny z art. 32 ust. 1 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 77 ust. 2 i art. 52 ust. 2 Konstytucji.**

Trybunał Konstytucyjny rozpatrywał dwa połączone pytania prawne skierowane przez sądy okręgowe rozpatrujące sprawy o odszkodowanie z tytułu represjonowania przez radzieckie organy wymiaru sprawiedliwości za działalność na rzecz niepodległego bytu państwa polskiego. Podstawą roszczeń odszkodowawczych w obu sprawach uczyniono art. 8 ust. 2a ustawy z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego (Dz.U. Nr 34, poz. 149 z późn. zm., dalej: ustawa lutowa). Przepis ten, oprócz innych przesłanek, umożliwia ubieganie się o odszkodowanie wyłącznie osobom „mieszkającym obecnie bądź w chwili śmierci w Polsce". Wymóg ten wzbudził wątpliwości pytających sądów. Argumentowały one, że ustanowienie przesłanki domicylu przy ubieganiu się o odszkodowanie jest sprzeczne m.in. z zasadą demokratycznego państwa prawnego oraz zasadą równości wobec prawa. Wprowadza bowiem nieuzasadnione konstytucyjnie zróżnicowanie sytuacji prawnej podmiotów ubiegających się o zadośćuczynienie za represje dokonywane przez organy radzieckie. Analogiczny pogląd wyrażali w tym zakresie również pozostali uczestnicy postępowania. Marszałek Sejmu argumentował, że uzasadnieniem przyznania rekompensaty, będącej wyrazem wdzięczności społeczeństwa polskiego, jest fakt bycia ofiarą represji z racji walki o niepodległość. W tym kontekście nie ma więc znaczenia, czy osoba represjonowana zamieszkuje obecnie w Polsce. Zastosowana przez ustawodawcę przesłanka domicylu nie jest zatem adekwatna do celu świadczenia odszkodowawczego przewidzianego w art. 8 ust. 2a ustawy lutowej.

W sprawach badanych przez pytające sądy osoby ubiegające się o odszkodowanie spełniały wszystkie warunki ustawowe niezbędne do przyznania im świadczenia. Jednocześnie, z uwagi na fakt stałego zamieszkiwania za granicą, nie spełniały one przesłanki domicylu. Trybunał ograniczył się w analizowanym przypadku wyłącznie do zbadania, czy uzależnienie wypłaty odszkodowania od przesłanki określonej formułą „mieszkający obecnie w Polsce" jest konstytucyjnie dopuszczalne.

W uzasadnieniu wyroku Trybunał szczegółowo omówił genezę kwestionowanej regulacji oraz wskazał motywy leżące u podstaw posłużenia się przesłanką domicylu w ustawie lutowej. Na tym tle

podkreślano wyraźnie, że przyznanie możliwości rekompensaty krzywd – wyrządzonych osobom represjonowanym przez organy radzieckie – ma charakter wyjątkowy. Oznacza bowiem przyjęcie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa polskiego za działalność organów obcego państwa. Obecny kształt prawny tego rodzaju odszkodowań umożliwia wystąpienie z roszczeniem przez osobę represjonowaną przez organy ZSRR, pod warunkiem, że organy te działały na obecnym terytorium Polski bądź na terytorium Polski w granicach wschodnich ustalonych w traktacie ryskim, a działalność tych organów miała miejsce w określonym czasie (od początku stycznia bądź lipca 1944 r. do końca 1956 r.). Należy wykazać także, że represje ze strony organów radzieckich były konsekwencją działalności na rzecz niepodległego bytu państwa polskiego, a działalność ta wykonywana była w okresie od 17 września 1939 r. do 5 lutego 1946 r. lub od 1 lipca 1944 r. do końca 1956 r.). Świadczenie odszkodowawcze wynikające z art. 8 ust. 2a ma charakter bezterminowy. Wniosek o odszkodowanie złożyć mogą także osoby nieposiadające obywatelstwa polskiego. Świadczenie przewidziane w art. 8 ust. 2a ustawy lutowej może być egzekwowane również przez członków rodziny represjonowanego. Ma ono charakter jednorazowy, a przy tym nie jest powiązane z oceną sytuacji majątkowej ubiegającej się osoby. Nie stanowi zatem żadnej formy zabezpieczenia społecznego.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że przyznane represjonowanym prawo do odszkodowania i zadośćuczynienia za represje ze strony organów ZSRR stanowi wyjście poza minimalny konstytucyjny standard, jakim jest odpowiedzialność państwa polskiego za działania jego własnych organów. Uprawnienie odszkodowawcze wynikające z art. 8 ust. 2a ustawy lutowej umożliwia zatem uzyskiwanie świadczeń, które nie są wymagane na gruncie obowiązującej regulacji konstytucyjnej. W tym kontekście Trybunał uznał, że ustawodawca mógł ograniczyć prawo do dochodzenia tego rodzaju odszkodowania, uwzględniając zarówno zaangażowanie osób represjonowanych w walkę na rzecz niepodległego bytu państwa polskiego, jak również – co istotne dla badanej sprawy – fakt ich późniejszego związania z Polską, weryfikowany przesłanką domicylu. Odpowiedzialność odszkodowawcza wynikająca z art. 8 ust. 2a ustawy lutowej ma wyłącznie charakter *ex gratia* i ma stanowić formę moralnego zadośćuczynienia osobom represjonowanym. W tym sensie może być postrzegana na tle formuły wyrażonej we wstępie do Konstytucji, w którym mowa o wdzięczności „naszym przodkom (…) za walkę o niepodległość okupioną ogromnymi ofiarami". Wprowadzenie do porządku prawnego odszkodowania o charakterze nadzwyczajnym nie oznacza konieczności jego przyznania wszystkim osobom, które doświadczyły represji w związku z działalnością niepodległościową w czasie II wojny światowej oraz po jej zakończeniu. Ustawodawca może zatem posłużyć się przesłanką, która służyć ma wykazaniu aktualnej więzi osoby ubiegającej się o odszkodowanie – z podmiotem, w imieniu którego świadczenie to ma być wypłacone. Wymóg ten nie ma charakteru arbitralnego.

Ograniczenie możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu represji, za pomocą przesłanki domicylu, jest racjonalne oraz nie jest nadmierne – w tym znaczeniu, jakie wiązałoby się z faktycznym wykluczeniem możliwości ich dochodzenia. Racjonalne jest bowiem oczekiwanie, aby osoby uposażone legitymowały się pewnym związkiem z Polską, biorąc pod uwagę, że możliwość wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym ma charakter bezterminowy, nie wiąże się z wymogiem posiadania obywatelstwa, a samo przysporzenie finansowane jest w pełni przez aktualnego podatnika. Trybunał wskazał przy tym, że posłużenie się przez ustawodawcę formułą „mieszkający obecnie w Polsce" nie jest tożsame z terminem „miejsce zamieszkania", mającym swoje ugruntowane znaczenie w prawie cywilnym. Przesłanka zastosowana w art. 8 ust. 2a ustawy lutowej miała na celu ograniczenie kategorii osób uprawnionych: do tych, które utrzymują faktyczny związek z Rzecząpospolitą. Sposób ujęcia kwestionowanej przesłanki domicylu pozostawia sądom margines swobody przy ocenie tego, czy w warunkach danej sprawy ta wymagana przez ustawodawcę więź wnioskodawcy z państwem polskim faktycznie istnieje.

Wyrok TK z dnia 2 października 2012 r., K 27/11, OTK 2012, niepublikowany

Wymiar czasu pracy

Art. 130 § 2[1] ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94, ze zm.)**:**

a) jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

b) jest zgodny z art. 66 ust. 2 Konstytucji.

Komisja Krajowa NSZZ „Solidarność" wystąpiła do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o zbadanie zgodności z Konstytucją rozwiązania przyjętego w ustawie z dnia 24 września 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 224, poz. 1459). Wątpliwości wnioskodawcy dotyczyły art. 130 § 2[1] kodeksu pracy, określającego sposób ustalania wymiaru czasu pracy w związku z wystąpieniem dnia świątecznego. Jeżeli święto przypadało w dniu wolnym od pracy, wynikającym z rozkładu czasu pracy w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy, wówczas – zgodnie z kwestionowanym unormowaniem, nie obniżało ono wymiaru czasu pracy danego pracownika. W sytuacji, w której święto przypadało w innym dniu, pod warunkiem, że nie była to niedziela, obniżało natomiast wymiar czasu pracy o 8 godzin.

Zarzuty wnioskodawcy dotyczyły zróżnicowania sytuacji prawnej pracowników, biorąc pod uwagę, że ustalenie rozkładu ich czasu pracy należy do pracodawców, dysponujących w tym zakresie sporą swobodą. Może to prowadzić do sytuacji, w której dla jednej grupy pracowników zatrudnionych u danego pracodawcy dni wolne wynikające z pięciodniowego tygodnia pracy będą stałe, natomiast dla innych – często zajmujących takie samo stanowisko, ale objętych innym harmonogramem czasu pracy – będą wypadać w różne dni tygodnia. Zastosowanie zasady wynikającej z kwestionowanego przepisu spowoduje zróżnicowanie wymiaru czasu pracy uzależnione *de facto* od decyzji pracodawcy. Przyjęte rozwiązanie narusza również – jak wskazywano we wniosku – istotę dnia wolnego, jakim jest święto, co prowadzi do niezgodności kwestionowanego przepisu z art. 66 ust. 2 Konstytucji.

Zasada równości, stanowiąca kryterium oceny kwestionowanego przepisu kodeksu pracy była wielokrotnie analizowana i omawiana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W badanej sprawie Trybunał nawiązał do poczynionych ustaleń w tym zakresie. Zasadnicze znaczenie w odniesieniu do zasady równości ma ustalenie cechy istotnej (relewantnej) charakteryzującej daną osobę (grupę osób). Od wyznaczenia tej cechy zależy bowiem uznanie porównywanych podmiotów za podobne lub znajdujące się w podobnej (porównywalnej) sytuacji. Wybór wspomnianej cechy ma charakter aksjologiczny, ale musi się opierać na racjonalnych i obiektywnych kryteriach. Możliwe jest przy tym różne traktowanie podmiotów należących do tej samej grupy, jakkolwiek tego rodzaju sytuacje mają charakter wyjątkowy i muszą znajdować uzasadnienie na tle konkretnych kryteriów konstytucyjnych.

Zróżnicowanie sytuacji prawnej pracowników, wynikające z art. 130 § 2[1] kodeksu pracy, nie dotyczy przyjętych w tej ustawie okoliczności uzasadniających odmienne traktowanie pracowników ze względu na charakter wykonywanej przez nich pracy, czy też ich cechy osobowe. Różna liczba dni wolnych od pracy wynika wyłącznie z odmiennej liczby świąt występujących w poszczególne dni tygodnia w roku oraz z przyjętego przez pracodawcę rozkładu czasu pracy. Jakiekolwiek ustawowe ograniczenie liczby dni wolnych od pracy w danym okresie rozliczeniowym, ponieważ dotyczy realizacji uprawnień pracowniczych, powinno w równej mierze dotyczyć wszystkich pracowników, a przy tym opierać się na racjonalnych i obiektywnych kryteriach. Warunków tych nie spełnia przypadkowe w swej istocie kryterium, uzależniające zróżnicowanie liczby dni wolnych od pracy od działania pracodawcy oraz istniejącego w danym roku rozkładu dni świątecznych przypadających w inne dni tygodnia niż niedziela. Różnicowanie sytuacji prawnej pracowników w zakresie prawa do dnia wolnego od pracy nie znajduje ponadto uzasadnienia w potrzebach i interesach gospodarki narodowej. Kwestionowane rozwiązanie ustawowe stoi również w sprzeczności z zasadą sprawiedliwości społecznej, pozostającą w ścisłym związku

z zasadą równości. Ustawodawca dopuścił bowiem do zróżnicowania w zakresie uprawnienia do wolnego dnia w zamian za święto, posługując się arbitralnym, a tym samym niesprawiedliwym kryterium. W rezultacie doprowadził do sprzecznego z zasadą równości zróżnicowania uprawnień pracowników.

Trybunał Konstytucyjny nie podzielił natomiast zarzutów wnioskodawcy dotyczących niezgodności art. 130 § 2^1 kodeksu pracy z art. 66 ust. 2 Konstytucji. Prawo do dni wolnych od pracy pozostaje pod ochroną Konstytucji, jakkolwiek to ustawodawca określić ma szczegółowe elementy realizacji tego prawa. Treść unormowań konstytucyjnych należy przez to odczytywać jako wskazanie ustawodawcy minimalnego poziomu ochrony, którą powinien zapewnić, przyjmując rozwiązania dotyczące dni wolnych od pracy. Zarzut niekonstytucyjności można postawić zawsze wówczas, kiedy treść unormowań ustawowych obniża standard ochrony konstytucyjnej, prowadząc przez to do wydrążenia prawa gwarantowanego na poziomie konstytucyjnym z jego rzeczywistej treści. Istotą prawa gwarantowanego w art. 66 ust. 2 Konstytucji jest uprawnienie pracownika do nieświadczenia pracy w dni wolne od pracy (niedziele i święta). Sytuacja zbiegu dnia wolnego, wynikającego z rozkładu czasu pracy oraz święta przypadającego w tym właśnie dniu, nie prowadzi do naruszenia tak określonej istoty prawa gwarantowanego na poziomie konstytucyjnym. Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę skutkuje bowiem powstrzymaniem się przez pracownika od świadczenia pracy w dniu wolnym od pracy.

Wyrok TK z dnia 30 października 2012 r., SK 8/12, OTK 2012 nr 9A, poz. 111

Prawo do sądu

Art. 30c ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 i Nr 157, poz. 1241) **w zakresie, w jakim przewiduje, że wniesienie skargi niekompletnej powoduje pozostawienie jej bez rozpatrzenia, bez możliwości wezwania do uzupełnienia braków w dokumentacji, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Przepis ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (dalej: ustawa), zakwestionowany w skardze konstytucyjnej, określał szczególne warunki wniesienia skargi do sądu administracyjnego w związku z otrzymaniem informacji o negatywnym wyniku procedury odwoławczej przewidzianej w systemie realizacji programu operacyjnego. Zgodnie z tym rozstrzygnięciem bez rozpoznania pozostawały m.in. skargi niekompletne. Przypadek taki dotyczył skarżącej, która występując do wojewódzkiego sądu administracyjnego nie przedłożyła kopii tzw. kart oceny merytorycznej, stanowiących załącznik do przekazanej jej informacji z wynikami oceny wniosku o dofinansowanie projektu. Brak dołączenia wspomnianych kopii uczynił skargę niekompletną w rozumieniu kwestionowanego art. 30c ust. 5 pkt 2 ustawy, co w efekcie uniemożliwiło sądową weryfikację rozstrzygnięcia – zapadłego w jej sprawie – w ramach procedury przyznawania środków Unii Europejskiej. Z tego względu zasadniczy zarzut wysuwany w uzasadnieniu skargi konstytucyjnej dotyczył pozbawienia skarżącej realnej i skutecznej ochrony jej praw na drodze sądowej. Kwestionowane rozwiązanie wyłączało możliwość merytorycznego rozpatrzenia sprawy, ustanawiając – zdaniem skarżącej – nazbyt rygorystyczny, a przy tym nieznajdujący konstytucyjnego uzasadnienia wymóg formalny.

Biorąc pod uwagę tożsame stanowiska pozostałych uczestników postępowania (Marszałka Sejmu, Prokuratora Generalnego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich, który przystąpił do postępowania), wskazujące na niezgodność art. 30c ust. 5 pkt 2 ustawy z art. 45 ust. 1 Konstytucji, Trybunał zdecydował o rozpoznaniu skargi konstytucyjnej bez przeprowadzania rozprawy (art. 59 ust. 2 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym).

Badanie dopuszczalności złożenia skargi konstytucyjnej doprowadziło Trybunał Konstytucyjny do konkluzji, zgodnie z którą zarzut przedstawiony przez skarżącą dotyczył w istocie rzeczy sfery stosowania prawa, pozostawionej – co do zasady – poza kognicją sądu konstytucyjnego. Sam kwestionowany przepis ustawy nie wyłączał bowiem wprost możliwości

wezwania przez sąd składającego skargę – do jej uzupełnienia. Trybunał zaznaczył przy tym, że nieusuwalność braków formalnych skargi kierowanej do sądu administracyjnego wynikała z jednolitej, powszechnej i stałej wykładni sądowej, która nadała określony sposób rozumienia zakwestionowanego art. 30c ust. 5 pkt 2 ustawy. Z tego względu możliwe stało się dokonanie kontroli wskazanego przepisu, w takim znaczeniu, jakie wynika z powszechnie przyjętej praktyki sądowej.

Trybunał Konstytucyjny przeprowadził w uzasadnieniu wyroku szczegółową analizę unormowań określających zasady i tryb wnoszenia skarg do sądu administracyjnego na podstawie ustawy. Stwierdził na tym tle, że procedura odwoławcza przewidziana w ustawie ma charakter szczególny względem zasad postępowania, wynikających z ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r., Dz.U. z 2012 r., poz. 270). Oznacza to w praktyce odmienne uregulowanie niektórych zagadnień związanych z realizowaniem sądowej kontroli działalności administracji publicznej. Skarga przysługuje wyłącznie w przypadku negatywnej oceny procedury odwoławczej, dokonywanej w efekcie negatywnej oceny projektu. Odmiennie uregulowany został termin na wniesienie skargi. Wyłączono także pośrednictwo i autokontrolę organu oceniającego projekt, a przy tym sformułowano obowiązek przedłożenia sądowi „kompletnej skargi". Problem, jaki na tym tle można dostrzec w orzecznictwie sądów administracyjnych, dotyczy tego, czy za kompletną należy uznawać skargę wraz z dokumentami wskazanymi w art. 30c ust. 2 ustawy, czy też katalog ustawowy określony w tym przepisie ma charakter otwarty, a do skargi należy dołączyć wszystkie dokumenty złożone przez stronę oraz te, które zostały stronie doręczone. Jednocześnie przywołany przez Trybunał sposób sądowej wykładni wskazanego przepisu sprowadza się do stwierdzenia, że niekompletność dokumentacji skargi nie stanowi braku formalnego, a więc nie może być uzupełniona przez skarżącego.

Podstawowy zarzut stawiany w skardze konstytucyjnej dotyczył nadmiernego, a jednocześnie nieuzasadnionego konstytucyjnie formalizmu procedury przewidzianej w powołanych przepisach ustawy. Odnosząc się do tego stanowiska skarżącego, Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że ustawodawca dysponuje stosunkowo szerokim zakresem swobody kształtowania procedur sądowych zmierzających do uproszczenia czy przyspieszenia procedur. Formalizm jest bowiem nieodzownym elementem sprawnego i rzetelnego postępowania. Granice swobody ustawodawczej w tej kwestii wyznacza m.in. brak możliwości osiągnięcia celu danego postępowania, związany z nieodpowiednim równoważeniem mechanizmów procesowych. Możliwość odrzucania środka odwoławczego bez wzywania do uzupełnienia braków nie narusza – sama w sobie – zasady sprawiedliwości proceduralnej. Jednak powiązanie wymogów formalnych z jednoczesnym wyłączeniem obowiązków wzywania do ich uzupełnienia może prowadzić do niekonstytucyjnego, albowiem nadmiernego (nieproporcjonalnego) nagromadzenia środków dyscyplinujących. Ustawodawca może narzucić nawet daleko idące ograniczenia formalne dochodzenia praw przed sądem, pod warunkiem wszakże, że nie doprowadzi to do zamknięcia dostępu do wymiaru sprawiedliwości. Na tym tle określony w ustawie wymóg dostarczenia sądowi kompletnej skargi nie może być traktowany jako przejaw nadmiernego formalizmu. Zasadniczą kwestią w rozpatrywanej sprawie jest niejasność dotycząca sposobu rozumienia kompletności skargi. W rezultacie sankcja w postaci pozostawienia bez rozpoznania niekompletnej skargi przewidziana została za niedopełnienie nieokreślonego przez ustawodawcę obowiązku. Sankcja ta, powiązana dodatkowo ze szczególnym charakterem procedury ustanowionej w ustawie, w sposób nieproporcjonalny ogranicza konstytucyjne prawo jednostki do sądu. Niweczy jednocześnie sam cel wprowadzenia procedury odwoławczej, polegający na poddaniu kontroli sądowej decyzji organów oceniających wnioski o dofinansowanie projektów.

W końcowej części uzasadnienia Trybunał Konstytucyjny określił również skutki wydanego wyroku. Podstawowym skutkiem jego rozstrzygnięcia jest usunięcie z systemu prawa normy nakazującej pozostawienie bez rozpatrzenia niekompletnej skargi na informację o negatywnym wyniku proce-

dury odwoławczej. Skutek ten nastąpi dopiero wówczas, gdy strona skarżąca nie uzupełni w terminie braków dokumentacji – po uprzednim wezwaniu przez sąd. Wyrok Trybunału nie znosi natomiast ustawowego wymogu dołączenia do skargi kompletnej dokumentacji, o której mowa w art. 30 ust. 2 ustawy.

Wyrok TK z dnia 30 października 2012 r., SK 20/11, OTK 2012, niepublikowany

Koszty pomocy prawnej z urzędu

Art. 394[1] § 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, ze zm.), **w brzmieniu obowiązującym do 2 maja 2012 r., w zakresie, w jakim nie przewidywał zażalenia na postanowienie sądu drugiej instancji oddalające wniosek pełnomocnika ustanowionego z urzędu o przyznanie od Skarbu Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej w postępowaniu przed sądem drugiej instancji:**

a) jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 176 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,

b) nie jest niezgodny z art. 32 oraz art. 78 Konstytucji.

Przedmiotem skargi konstytucyjnej rozpatrywanej przez Trybunał Konstytucyjny uczyniono dwa przepisy kodeksu postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.). Po pierwsze – nieobowiązujący obecnie – art. 394[1] § 1 pkt 2 k.p.c., określający katalog postanowień sądu drugiej instancji, które mogą zostać zakwestionowane w formie zażalenia do Sądu Najwyższego. Po drugie art. 394[1] § 2 k.p.c., wskazujący sprawy, w których przysługuje skarga kasacyjna. Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy skierowanej do Trybunału oraz formalne przesłanki skargi konstytucyjnej, Trybunał stwierdził, że przedmiotem orzekania może stać się wyłącznie pierwszy z powołanych przepisów k.p.c., stanowi bowiem podstawę ostatecznego rozstrzygnięcia o prawach skarżącego. Zwrócił też uwagę, że badana sprawa dotyczy pominięcia prawodawczego. Sformułowany w skardze zarzut niekonstytucyjności dotyczy bowiem braku kontroli orzeczenia sądu drugiej instancji, rozstrzygającego po raz pierwszy o kosztach pomocy prawnej świadczonej z urzędu, w postępowaniu przed tym sądem. Mimo niedawnych zmian wprowadzonych w k.p.c. brak takiej kontroli istnieje również w obecnym stanie prawnym.

Rozpoznanie zarzutów przedstawionych w skardze poprzedziło nawiązanie do wypowiedzi Sądu Najwyższego (SN), dotyczących sposobu rozumienia kwestionowanego przepisu. Trybunał przywołał w tym zakresie utrwalony i jednolity pogląd SN, zgodnie z którym obowiązek pokrycia kosztów nieopłaconej pomocy prawnej – udzielonej stronie z urzędu – ma charakter publicznoprawny i nie mieści się w obowiązku zwrotu kosztów procesu w rozumieniu przepisów k.p.c. Konsekwencją tego rodzaju wykładni jest niezaskarżalność postanowienia sądu drugiej instancji rozstrzygającego pierwszy raz o kosztach przysługujących pełnomocnikowi z urzędu. Następnie Trybunał odniósł się do sposobu rozumienia przywołanych w skardze wzorców kontroli, eliminując jednocześnie – jako nieadekwatne do oceny badanej sprawy – art. 78 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji. Trybunał podkreślił, że konstytucyjny standard zaskarżalności, wynikający z art. 78 Konstytucji, obejmuje obowiązek poddania kontroli – orzeczeń lub decyzji wydanych w pierwszej instancji. Nie oznacza to jednak konieczności obowiązkowej weryfikacji wszystkich rozstrzygnięć wydanych po raz pierwszy w danym postępowaniu. Nie można bowiem na gruncie art. 78 Konstytucji formułować podmiotowego prawa stron do postępowania w drugiej instancji. Przyjęcie, że art. 78 Konstytucji ma znaczenie materialne, a więc umożliwia zaskarżenie każdego rozstrzygnięcia zapadłego po raz pierwszy w ramach danej procedury, mogłoby prowadzić do paraliżu postępowań cywilnych. Wspomniana nieadekwatność art. 32 ust. 1 Konstytucji – jako wzorca kontroli przepisów zakwestionowanych w skardze – wynikała z braku występowania podmiotów podobnych, których sytuacja prawna w badanej sprawie mogłaby zostać poddana analizie z punktu widzenia zasady równości. Sytuacja prawna pełnomocnika z urzędu i pełnomocnika z wyboru, w postępowaniu nieprocesowym, nie jest bowiem porównywalna, biorąc pod uwagę m.in. odrębny sposób określania źródeł wynagrodzenia

obu kategorii podmiotów. W tym sensie Trybunał nie mógł zbadać zarzutu skarżącego, w którym wskazywał on, iż pełnomocnicy z wyboru, którzy mają możliwość zaskarżania rozstrzygnięć sądu dotyczących kosztów zasądzonych na ich rzecz, znajdują się w lepszej sytuacji niż pełnomocnicy z urzędu w tych samych okolicznościach.

Ocena zgodności kwestionowanego przepisu dokonana została w badanej sprawie na tle ogólniejszej refleksji Trybunału Konstytucyjnego na temat roli zawodów zaufania publicznego, odczytywanej przez pryzmat ochrony interesu publicznego. Publiczna funkcja tych zawodów wiąże się z koniecznością ich wykonywania w sposób założony i społecznie aprobowany, tak aby w praktyce wzbudzać i potwierdzać realne „zaufanie publiczne". Istotą tego rodzaju zawodów, w tym również zawodu radcy prawnego, jest obsługa osobistych potrzeb ludzkich, zakładająca przyjmowanie informacji dotyczących życia osobistego, a przez to wymagająca także ich właściwego wykorzystania. Wywiązywanie się z tak określonych obowiązków jest wykonywaniem pracy na rzecz określonego podmiotu i ma w swej istocie charakter odpłatny. Nie zmienia tego fakt zapewniania przez państwo dostępu do bezpłatnej pomocy prawnej, stanowiącej istotną gwarancję urzeczywistniającą prawo dostępu do sądu – dla osób, które samodzielnie nie mogą ponosić jej kosztów.

Zwrot kosztów pomocy prawnej udzielanej z urzędu jest jednym z elementów wynagrodzenia za usługę wykonywaną przez radcę prawnego i powinien podlegać ochronie właściwej dla praw majątkowych. Jednocześnie orzekanie w przedmiocie zwrotu kosztów jest „sprawą" w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, gdyż obejmuje rozstrzyganie o prawach lub obowiązkach jakiegoś podmiotu, na podstawie norm prawnych „wynikających" z przepisów prawnych. Pozwoliło to Trybunałowi Konstytucyjnemu powiązać rozpatrywane zagadnienie z gwarancjami dekodowanymi z art. 176 ust. 1 Konstytucji, a więc z zasadą dwuinstancyjności postępowania sądowego. Zasada ta stanowi bowiem jeden z istotnych elementów prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji). Trybunał wyraźnie podkreślił, że to konstytucyjne pojęcie „sprawy" wyznacza przedmiotowy zakres prawa do dwuinstancyjnego postępowania. O tym, czy prawo to przysługuje w danych warunkach, nie przesądza zatem zakwalifikowanie danego rozstrzygnięcia do kategorii „orzeczenia kończącego postępowanie" w rozumieniu przyjętym na gruncie procedury cywilnej. W sprawie rozpatrywanej przez Trybunał stwierdzono, że sąd drugiej instancji dokonał władczej ingerencji w prawa podmiotowe pełnomocnika z urzędu, a więc odniósł się do praw podlegających ochronie w postępowaniu sądowym według standardów określonych w art. 45 ust. 1 i art. 176 ust. 1 Konstytucji. Ponieważ kwestia zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej pełnomocnikowi z urzędu jest sprawą w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, powinna być rozpoznana w dwuinstancyjnym postępowaniu sądowym. Przesądziło to – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – o niekonstytucyjności badanego art. 394^1 § 1 pkt 2 k.p.c., który nie stwarzał takiej możliwości.

Anna Michalak

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE (pierwsza izba) z dnia 6 listopada 2012 r. w sprawie C-286/12 (*Komisja Europejska przeciwko Węgrom*) – uregulowania krajowe wprowadzające wymóg zaprzestania działalności zawodowej przez sędziów, prokuratorów i notariuszy, którzy ukończyli 62 lata[1]

Stan faktyczny

W dniu 17 stycznia 2012 r. Komisja skierowała do Węgier wezwanie do usunięcia uchybień, w którym uznała, że to państwo członkowskie, przyjmując krajowe przepisy ustawowe dotyczące granicy wieku skutkującej obligatoryjnym zaprzestaniem działalności przez sędziów, prokuratorów i notariuszy, uchybiło zobowiązaniom wynikającym z dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r., ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. L 303, s. 16; dalej: dyrektywa 2000/78/WE). W odpowiedzi z dnia 17 lutego 2012 r. Węgry zakwestionowały zarzucane im uchybienie co do zobowiązań państwa członkowskiego. W dniu 7 marca 2012 r. Komisja wystosowała uzasadnioną opinię, wzywając Węgry do podjęcia niezbędnych środków w celu zastosowania się do swych zobowiązań w terminie jednego miesiąca od doręczenia tej opinii. Uznawszy odpowiedź Węgier za niewystarczającą, Komisja wniosła w dniu 7 czerwca 2012 r. skargę w niniejszej sprawie.

Komisja Europejska wniosła do Trybunału o stwierdzenie, że Węgry uchybiły swoim zobowiązaniom wynikającym z art. 2 i art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78 – w ten sposób, że przyjęły uregulowanie krajowe, na mocy którego stosunki służbowe sędziów, prokuratorów i notariuszy ustają obligatoryjnie z osiągnięciem przez nich wieku 62 lat, co powoduje odmienne traktowanie ze względu na wiek, które nie ma uzasadnienia w postaci zgodnego z przepisami celu, a w każdym razie nie jest właściwe ani konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu.

W dniu 16 lipca 2012 r. Alkotmánybíróság (węgierski trybunał konstytucyjny) postanowił o uchyleniu z mocą wsteczną części węgierskiego ustawodawstwa krytykowanego przez Komisję. Na wezwanie sekretariatu TSUE Komisja Europejska w dniu 25 lipca 2012 r. zajęła stanowisko w przedmiocie tego orzeczenia i podtrzymała zarówno swoją skargę, jak i wniosek o rozpoznanie sprawy w trybie przyspieszonym. Z tego względu w dniu 14 sierpnia 2012 r. Węgry złożyły odpowiedź na skargę, w której również zajęły stanowisko co do konsekwencji wspomnianego orzeczenia dla niniejszej sprawy.

Stanowisko TSUE odnośnie do postulatu umorzenia postępowania w związku z wyrokiem Alkotmánybíróság

Trybunał przypomniał, że z utrwalonego orzecznictwa wynika, iż wystąpienie uchybienia powinno być oceniane z punktu widzenia sytuacji danego państwa członkowskiego – istniejącej w momencie upływu terminu określonego w uzasadnionej opinii Komisji Europejskiej – oraz że Trybunał nie bierze pod uwagę zmian, które nastąpiły w terminie późniejszym[2].

1 Por. także wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2011 r. w sprawach połączonych C-159/10 i C-160/10.

2 Zob. w szczególności wyroki TSUE: z dnia 29 stycznia 2004 r. w sprawie C-209/02 i z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie C-565/10.

W niniejszej sprawie bezsporne jest, że rozpatrywane przepisy krajowe obowiązywały w dniu upływu terminu wyznaczonego przez Komisję w uzasadnionej opinii. Ponadto, jak Węgry same przyznały w toku rozprawy, właściwe organy krajowe wydały na podstawie tych przepisów indywidualne akty administracyjne, mające na celu zakończenie stosunków pracy zainteresowanych osób. W dniu 16 lipca 2012 r., tzn. po upływie wspomnianego terminu, co nastąpiło w dniu 7 kwietnia 2012 r., Alkotmánybíróság wydał wyrok, którym uchylił art. 90 litera ha) i art. 230 spornej ustawy.

W odniesieniu do powyższego TSUE podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem data, w odniesieniu do której Trybunał powinien dokonać oceny istnienia uchybienia, to dzień 7 kwietnia 2012 r. Retroaktywny charakter wyroku wydanego przez Alkotmánybíróság nie powoduje zatem usunięcia przedmiotu rozpatrywanej skargi, jako że uchylenie art. 90 litera ha) i art. 230 spornej ustawy wynika z okoliczności, która nastąpiła po tej dacie i która z tego względu nie może być brana pod uwagę.

Jednocześnie, w ocenie TSUE, wyrok węgierskiego sądu konstytucyjnego nie wywiera żadnego skutku w odniesieniu do przepisów przejściowych, które przewidują zasady analogiczne do zawartych w art. 90 litera ha) i art. 230 spornej ustawy z 2011 r. Ponadto skoro uchylenie tych ostatnich przepisów nie miało bezpośredniego wpływu na ważność indywidualnych aktów, za pośrednictwem których zakończono stosunki pracy zainteresowanych osób, osoby te nie zostają automatycznie przywrócone na swoje stanowiska. Przeciwnie, aby uzyskać przywrócenie, osoby te są obowiązane wnieść skargi o stwierdzenie nieważności tych aktów – skargi, których wynik, jak zostało potwierdzone podczas rozprawy przez same Węgry, nie jest pewny. W rezultacie TSUE wydał orzeczenie co do całości skargi.

Stanowisko TSUE co do istoty skargi

Trybunał podkreślił, że zgodnie z brzmieniem art. 2 ust. 1 dyrektywy 2000/78 zasada równego traktowania oznacza brak jakichkolwiek form bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji z przyczyn określonych w art. 1 tej dyrektywy. Artykuł 2 ust. 2 litera a) omawianej dyrektywy uściśla, że dyskryminacja bezpośrednia występuje w przypadku, gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż inną osobę w porównywalnej sytuacji, z jakiejkolwiek przyczyny wymienionej w art. 1 tejże dyrektywy. W analizowanej sprawie nie jest kwestionowane, że sporne przepisy krajowe przewidują, iż sędziowie, prokuratorzy i notariusze zaprzestają z mocy prawa pełnienia służby wraz z osiągnięciem wieku 62 lat. Wykonujące te zawody osoby, które osiągnęły wiek 62 lat, znajdują się zatem w sytuacji porównywalnej do sytuacji osób młodszych wykonujących te same zawody. Jednakże te pierwsze – ze względu na swój wiek – są z mocy prawa zmuszone do zaprzestania pełnienia służby.

W ocenie TSUE sporne przepisy, na podstawie których okoliczność osiągnięcia przez dane osoby wieku określonego przez te przepisy dla celów przejścia na emeryturę pociąga za sobą rozwiązanie z mocy prawa stosunku pracy, należy uznać za wprowadzające gorsze traktowanie osób, które osiągnęły ten wiek – w stosunku do wszystkich pozostałych osób czynnych zawodowo. Takie przepisy wprowadzają zatem odmienne traktowanie bezpośrednio ze względu na wiek, o którym stanowi art. 2 ust. 1 i art. 2 litera a) dyrektywy 2000/78.

Z art. 6 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2000/78 wynika jednak, że odmienne traktowanie ze względu na wiek nie stanowi dyskryminacji, jeżeli w ramach prawa krajowego zostanie obiektywnie i racjonalnie uzasadnione zgodnie z określonym z przepisami celem i jeżeli środki mające służyć realizacji tego celu są właściwe i konieczne. Z przepisu tego nie można jednak wnioskować, jak twierdzi Komisja, że brak doprecyzowania w ustawodawstwie krajowym realizowanego celu skutkuje automatycznie tym, że wykluczone jest, by mogło być ono w oparciu o ten przepis uzasadnione. Wobec braku takiego doprecyzowania ważne jest jednakże, by inne elementy wynikające z ogólnego kontekstu danego uregulowania pozwoliły na określenie celu leżącego u jego podstaw – dla dokonania kontroli sądowej jego zgodności z przepisami prawa, a także właściwego i koniecznego charakteru środków zastosowanych do realizacji tego celu.

W toku postępowania Węgry podnosiły, że rozpatrywane przepisy mają służyć osiągnięciu dwóch celów: 1) ujednolicenia w obrębie

zawodów objętych służbą publiczną granicy wieku obligatoryjnego zaprzestania działalności, przy zagwarantowaniu stabilności systemu emerytalnego, wysokiego poziomu zatrudnienia oraz polepszenia jakości i skuteczności danych czynności związanych z administrowaniem wymiarem sprawiedliwości, a także 2) wdrożenia bardziej zrównoważonej struktury wiekowej, ułatwiającej młodym prawnikom dostęp do zawodów sędziego, prokuratora i notariusza, gwarantującej im szybszą karierę.

Trybunał przypomniał, że celami, które mogą być uznane za „zgodne z przepisami" w rozumieniu art. 6 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2000/78, a co za tym idzie, za mogące uzasadnić odstępstwo od zakazu dyskryminacji ze względu na wiek, są cele z zakresu polityki społecznej, takie jak cele związane z polityką zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego[3].

Co się tyczy celu zakładającego ujednolicenie w ramach zawodów objętych służbą publiczną granic wiekowych obligatoryjnego zaprzestania działalności, TSUE stwierdził, że w zakresie, w jakim dążenie do takiego celu umożliwia zapewnienie poszanowania zasady równego traktowania dla wszystkich osób danego sektora i w odniesieniu do zasadniczego elementu ich stosunku pracy, takiego jak moment przejścia na emeryturę, cel ten może stanowić zgodny z przepisami cel polityki zatrudnienia.

Trybunał przypomniał także, że jeżeli chodzi o cel polegający na utworzeniu zrównoważonej struktury wiekowej pomiędzy młodymi i starszymi urzędnikami, mającej wspierać zatrudnienie i awanse młodych pracowników, zoptymalizowanie zarządzania zasobami ludzkimi i tym samym zapobieganie ewentualnym sporom dotyczącym zdolności pracownika do wykonywania swojej pracy po osiągnięciu pewnego wieku, przy jednoczesnym zagwarantowaniu jakości pracy administracji wymiaru sprawiedliwości, może on stanowić zgodny z przepisami prawa cel polityki zatrudnienia i rynku pracy[4].

Trybunał dokonał zatem oceny, czy rozpatrywane przepisy krajowe stanowią właściwe i konieczne środki dla osiągnięcia dwóch omówionych tu celów. Trybunał uznał, że kategorie osób, których dotyczą wspomniane przepisy, korzystały do czasu ich wejścia w życie z przepisu pozwalającego im pozostać na stanowisku do wieku 70 lat, co prowadziło do powstania u tych osób zasadnych oczekiwań co do utrzymania się na służbie do czasu osiągnięcia tego wieku. Rozpatrywane przepisy dokonały tymczasem nagłego i znacznego obniżenia granicy wieku obligatoryjnego zaprzestania działalności, nie przewidując środków przejściowych, które mogłyby chronić uzasadnione oczekiwania zainteresowanych osób. Jednocześnie Węgry nie przedstawiły żadnych okoliczności umożliwiających stwierdzenie, iż żadne mniej restrykcyjne przepisy nie pozwoliłyby na osiągnięcie rozpatrywanego celu. W konsekwencji TSUE uznał, że rozpatrywane przepisy nie są konieczne dla osiągnięcia przywołanego przez Węgry celu ujednolicenia.

Wypowiadając się co do celu zakładającego wdrożenie bardziej zrównoważonej struktury wiekowej, ułatwiającej młodym prawnikom dostęp do zawodów sędziego, prokuratora i notariusza oraz gwarantującej im szybszą karierę, TSUE podkreślił, że takie krótkoterminowe, pozornie pozytywne skutki mogą stawiać pod znakiem zapytania możliwość osiągnięcia rzeczywiście zrównoważonej „struktury wiekowej" w perspektywie średnio- i długoterminowej. W konsekwencji Trybunał uznał, że rozpatrywane przepisy nie są właściwe dla osiągnięcia celu polegającego na wdrożeniu bardziej zrównoważonej „struktury wiekowej".

Biorąc powyższe pod uwagę, TSUE stwierdził, że sporne przepisy krajowe ustanawiające odmienne traktowanie nie są zgodne z zasadą proporcjonalności i uwzględnił skargę Komisji.

Wyrok TSUE (trzecia izba) z dnia 8 listopada 2012 r. w sprawie C-461/11 (*U.K. Radziejewski przeciwko Kronofogdemyndigheten i Stockholm*) – przepisy krajowe uzależniające uzyskanie decyzji o umorzeniu

3 Zob. wyroki TSUE: z dnia 5 marca 2009 r. w sprawie C-388/07 i z dnia 18 czerwca 2009 r. w sprawie C-88/08.

4 Por. wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2011 r. w sprawach połączonych C-159/10 i C-160/10.

zobowiązań od przesłanki miejsca zamieszkania

Stan faktyczny

Wyrok zapadł w związku z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i dotyczy wykładni art. 45 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. C 115, 47-199; dalej: TFUE). Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy U.K. Radziejewskim (dalej: dłużnik) a publicznym urzędem egzekucyjnym w Sztokholmie – Kronofogdemyndigheten i Stockholm (dalej: KFM) w przedmiocie wniosku o wydanie decyzji o umorzeniu zobowiązań. Dłużnik jest obywatelem szwedzkim, który od 2001 r. mieszka i pracuje w Belgii, gdzie jego pracodawcą jest Kościół szwedzki. W latach 1971–1996 Radziejewski prowadził wraz z żoną ośrodek medyczny w Szwecji. W 1996 r. ośrodek stał się przedmiotem postępowania upadłościowego, w wyniku którego małżonkowie stali się niewypłacalni. W 1997 r. wszczęto postępowanie w przedmiocie zajęcia ich wynagrodzeń, którym to postępowaniem zarządza KFM. W 2011 r. dłużnik złożył wniosek do KFM o umorzenie zobowiązań. Wniosek ten został odrzucony decyzją z dnia 29 czerwca 2011 r. z uwagi na fakt, że zgodnie z jedną z przesłanek uzyskania decyzji o umorzeniu zobowiązań dłużnik powinien mieć miejsce zamieszkania w Szwecji. KFM nie zbadał, czy U.K. Radziejewski spełniał pozostałe przewidziane prawem przesłanki umorzenia zobowiązań. Dłużnik wniósł skargę na tę decyzję, twierdząc w szczególności, że szwedzkie prawo jest sprzeczne ze swobodą przepływu pracowników w Unii Europejskiej. Zażądał, by szwedzkie władze wszczęły postępowanie w sprawie umorzenia zobowiązań.

W ocenie organów postępowanie w sprawie umorzenia zobowiązań nie jest objęte zakresem stosowania rozporządzenia nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz.Urz. L 160, s. 1; dalej: rozporządzenie nr 1346/2000). W rezultacie decyzja przyjęta przez szwedzki organ w ramach tego postępowania nie może być co do zasady wykonana poza Królestwem Szwecji. Zdaniem organów prowadzących postępowanie, umorzenie zobowiązań jest możliwe wyłącznie, jeżeli dłużnik zamieszkuje w Szwecji, przy czym nie jest jednak konieczne, aby posiadał on obywatelstwo szwedzkie. Osoba, który opuściła kraj i zamieszkuje za granicą, nie może zatem skorzystać z umorzenia zobowiązań w Szwecji, nawet jeśli występuje silny związek z tym państwem członkowskim – z uwagi na fakt, że długi powstały w Szwecji, a pracodawca tej osoby posiada szwedzkie obywatelstwo.

W tych okolicznościach zwrócono się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym: czy można uznać, że zawarty w przepisach krajowych wymóg posiadania miejsca zamieszkania w Szwecji może uniemożliwiać pracownikowi opuszczenie Szwecji w celu skorzystania z prawa do swobodnego przemieszczania się lub zniechęcać go do tego, a tym samym, czy można uznać, że jest on sprzeczny z zasadą swobodnego przepływu pracowników w ramach Unii, określoną w art. 45 TFUE?

Stanowisko Trybunału

Na wstępie Trybunał zauważył, że szwedzkie postępowanie w sprawie umorzenia zobowiązań nie przewiduje zajęcia majątku dłużnika, co oznacza, że nie można uznać tego postępowania za postępowanie upadłościowe w rozumieniu art. 1 rozporządzenia nr 1346/2000. Szwedzkie postępowanie w sprawie umorzenia zobowiązań nie jest ponadto wymienione w załączniku A do rozporządzenia nr 1346/2000. Ponieważ to rozporządzenie znajduje zastosowanie wyłącznie do postępowań wymienionych we wskazanym załączniku, postępowanie w sprawie umorzenia zobowiązań nie jest objęte jego zakresem stosowania.

TSUE przypomniał, że ogół przepisów TFUE dotyczących swobodnego przepływu osób służy ułatwieniu obywatelom państw członkowskich wykonywania wszelkiego rodzaju działalności zawodowej na obszarze Unii oraz stoi na przeszkodzie działaniom, które mogłyby stawiać ich w niekorzystnej sytuacji, gdyby pragnęli oni wykonywać działalność gospodarczą na obszarze innego państwa członkowskiego. Uregulowania krajowe, które uniemożliwiają pracownikowi będącemu obywatelem jednego z państw członkowskich opuszczenie swego kraju w celu wykonania przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się lub zniechęcają go do tego, stanowią zatem ograniczenie tej wolności,

nawet jeśli mają zastosowanie bez względu na przynależność państwową pracowników, o których chodzi.

Trybunał stwierdził, że analizowane przepisy krajowe, uzależniające uzyskanie decyzji o umorzeniu zobowiązań od przesłanki miejsca zamieszkania, mogą zniechęcać niewypłacalnego pracownika – którego zadłużenie jest tak poważne, że praktycznie uniemożliwia mu w przewidywalnej przyszłości spłacenie zobowiązania – do skorzystania z przysługującego mu prawa do swobodnego przepływu pracowników. Zostanie on bowiem zniechęcony do opuszczenia swego państwa pochodzenia, w celu podjęcia pracy w innym państwie członkowskim, jeżeli pozbawia go to możliwości uzyskania decyzji o umorzeniu zobowiązań w państwie pochodzenia.

W rezultacie, w ocenie TSUE, takie przepisy stanowią ograniczenie swobody przepływu pracowników, zakazane co do zasady na mocy art. 45 TFUE.

Wyrok TSUE (pierwsza izba) z dnia 25 października 2012 r., w sprawie C-133/11 (*Folien Fischer AG i Fofitec AG przeciwko Ritrama SpA*) – powództwo o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa

Stan faktyczny

Wyrok zapadł na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i dotyczy wykładni art. 5 pkt 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. 2001, L 12, s. 1; dalej: rozporządzenie nr 44/2001). Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy spółkami Folien Fischer AG (dalej: Folien Fischer) i Fofitec AG (dalej: Fofitec), z siedzibami w Szwajcarii, a spółką Ritrama SpA (dalej: Ritrama), z siedzibą we Włoszech, co do ustalenia nieistnienia odpowiedzialności z tytułu czynu niedozwolonego w dziedzinie konkurencji.

Folien Fischer zajmuje się opracowywaniem i produkcją papierów powlekanych i taśm samoprzylepnych, które sprzedaje m.in w Niemczech jako materiał podłożowy do blankietów formularzy w formie ciągłej. Spółka Fofitec, należąca do grupy spółek Folien Fischer, jest właścicielem patentów chroniących określone formularze służące do doręczania listów przewodnich, wraz z legitymacjami członkowskimi, oraz materiał podłożowy do tych blankietów-formularzy. Ritrama, z siedzibą we Włoszech, opracowuje, produkuje i sprzedaje laminaty i uszlachetnione folie różnego rodzaju.

Pismem z marca 2007 r. Ritrama podniosła, że polityka dystrybucyjna spółki Folien Fischer oraz odmowa udzielenia przez nią licencji patentowych są sprzeczne z prawem konkurencji. Po odebraniu wspomnianego pisma Folien Fischer i Fofitec wniosły do Landgericht Hamburg (Niemcy) powództwo o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, mające na celu stwierdzenie, że Folien Fischer nie ma obowiązku zaprzestania swojej praktyki handlowej w dziedzinie udzielania rabatów i formułowania umów dystrybucyjnych i że Ritrama nie ma ani prawa do dochodzenia zaprzestania tej praktyki, ani prawa do uzyskania z tego tytułu odszkodowania. Folien Fischer i Fofitec wniosły również o stwierdzenie, że Fofitec nie ma obowiązku udzielania licencji dotyczącej dwóch patentów, których jest właścicielem, a które chronią wytwarzanie formularzy i materiałów podłożowych. Powództwo o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa – wniesione przez spółki Folien Fischer i Fofitec – zostało odrzucone jako niedopuszczalne przez Landgericht Hamburg. Orzeczenie tego sądu zostało utrzymane w mocy w postępowaniu apelacyjnym przez Oberlandesgericht Hamburg (Niemcy). W swoim orzeczeniu Oberlandesgericht Hamburg uznał brak jurysdykcji sądów niemieckich – na tej podstawie, że jurysdykcja w dziedzinie czynów niedozwolonych przewidziana w art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001 nie może mieć zastosowania do powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, takiego jak powództwo wniesione przez spółki Folien Fischer i Fofitec, z uwagi na to, iż powództwo to zmierza do stwierdzenia, że nie został popełniony żaden czyn niedozwolony. Folien Fischer i Fofitec wniosły rewizję do Bundesgerichtshof, który zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym: czy art. 5 pkt 3 rozporządzenia

nr 44/2001 należy interpretować w ten sposób, że jurysdykcja w zakresie odpowiedzialności z tytułu czynu niedozwolonego obejmuje również powództwo o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, w którym potencjalny sprawca szkody zmierza do ustalenia, że potencjalnemu poszkodowanemu, w związku z określoną sytuacją, nie przysługują roszczenia wynikające z czynu niedozwolonego (w niniejszej sprawie: naruszenia przepisów prawa antymonopolowego)?

Stanowisko Trybunału

Trybunał uznał, że przez swoje pytanie sąd krajowy dąży do ustalenia, czy art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001 należy interpretować w ten sposób, że powództwo o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, zmierzające do stwierdzenia braku odpowiedzialności z tytułu czynu niedozwolonego, jest objęte zakresem stosowania tego przepisu.

Trybunał przypomniał, że przepisy rozporządzenia nr 44/2001 powinny być przedmiotem wykładni autonomicznej. Przy odwołaniu się do wprowadzanego przez nie systemu oraz do jego celów, a w zakresie, w jakim rozporządzenie nr 44/2001 zastępuje w stosunkach między państwami członkowskimi konwencję brukselską, wykładnia dokonana przez Trybunał w odniesieniu do postanowień tej konwencji pozostaje aktualna dla późniejszych przepisów rozporządzenia, gdy przepisy tych instrumentów można uznać za równoważne. Mające w niniejszej sprawie zastosowanie przepisy rozporządzenia nr 44/2001, odzwierciedlają tę samą systematykę co postanowienia konwencji brukselskiej i ponadto mają niemal identyczne brzmienie. Wobec stwierdzonej w ten sposób ekwiwalencji należy zapewnić, zgodnie z motywem 19 rozporządzenia nr 44/2001, kontynuację wykładni pomiędzy tymi dwoma instrumentami.

Trybunał podkreślił, że celem rozporządzenia nr 44/2001 jest osiągnięcie pewności prawa, która polega na wzmocnieniu ochrony prawnej osób zamieszkałych na terenie Unii Europejskiej, poprzez jednoczesne umożliwienie powodowi łatwego zidentyfikowania sądu, do którego może on wnieść powództwo, a pozwanemu – racjonalnego przewidzenia sądu, przed jaki może on zostać pozwany. Ponadto przepisy tego rozporządzenia, przewidujące jurysdykcję szczególną, powinny być interpretowane z uwzględnieniem celu – polegającego na ułatwieniu prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości.

W ocenie TSUE brzmienie art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001 nie pozwala na wykluczenie z góry powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa z zakresu stosowania tego przepisu. Z kolei z utrwalonego orzecznictwa wynika, że zasada jurysdykcji szczególnej, przewidziana – w ramach odstępstwa od zasady jurysdykcji sądów miejsca zamieszkania pozwanego – w art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001, jest oparta na istnieniu łącznika wynikającego ze szczególnie ścisłego związku pomiędzy roszczeniem a sądami miejsca, gdzie nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę, który uzasadnia przyznanie jurysdykcji tym sądom ze względu na prawidłowe administrowanie wymiarem sprawiedliwości oraz sprawną organizację postępowania. W dziedzinie czynów niedozwolonych sąd miejsca, gdzie nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę, jest bowiem zwykle predestynowany do orzekania w sprawie, w szczególności z powodu bliskości względem sporu i łatwości w przeprowadzeniu postępowania dowodowego.

Zdaniem TSUE wyrażenie „miejsce, gdzie nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę", występujące w art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001, obejmuje zarówno miejsce, w którym szkoda się zmaterializowała, jak i miejsce, w którym nastąpiło zdarzenie powodujące powstanie szkody, wobec czego podmiot może zostać pozwany – według wyboru powoda – przed sąd mający siedzibę w jednym z tych miejsc. Tym samym sąd krajowy musi ustalić istnienie jednego z tych dwóch łączników, aby mógł uznać swoją właściwość do rozpoznania sporu w przedmiocie odpowiedzialności z tytułu czynu niedozwolonego lub czynu podobnego do czynu niedozwolonego. Chodzi zatem o stwierdzenie, czy – bez względu na szczególny charakter powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa – jurysdykcja sądowa do rozpoznania takiego powództwa może zostać przyznana na podstawie kryteriów określonych w art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001.

Jednocześnie zastosowanie wspomnianego art. 5 pkt 3 nie jest uzależnione od wniesienia powództwa przez domniemanego poszkodowanego, choć powództwo zmierzające do uzyskania orzeczenia, że pozwany jest odpowiedzialny za szkodę, a także do nakazania mu zapłaty odszkodowania z tego tytułu, oraz powództwo tegoż pozwanego zmierzające do ustalenia, że nie jest on odpowiedzialny za rzeczoną szkodę, mają tę samą przyczynę i ten sam przedmiot. Jednakże, zdaniem TSUE, na etapie sprawdzania jurysdykcji międzynarodowej sąd rozpoznający sprawę nie dokonuje oceny ani dopuszczalności, ani zasadności powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa według przepisów prawa krajowego, ale jedynie ustala łączniki z państwem sądu, uzasadniające jego jurysdykcję na mocy art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001.

W tych okolicznościach szczególny charakter powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa nie ma wpływu na analizę, którą powinien przeprowadzić sąd krajowy przy ocenie swojej jurysdykcji w kwestii odpowiedzialności z tytułu czynu niedozwolonego lub czynu podobnego do czynu niedozwolonego, jako że chodzi jedynie o ustalenie istnienia łącznika z państwem sądu.

Z tego względu, jeśli rozpatrywane okoliczności powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa mogą uzasadniać powiązanie z państwem, w którym albo nastąpiło zdarzenie powodujące szkodę, albo nastąpiła lub może nastąpić szkoda, sąd jednego z tych dwóch miejsc może skutecznie uznać się za właściwy na podstawie art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001 do rozpoznania tegoż powództwa – niezależnie od kwestii, czy wspomniane powództwo zostało wniesione przez domniemanego poszkodowanego z czynu niedozwolonego, czy przez potencjalnego dłużnika w odniesieniu do wierzytelności wynikającej z tego czynu.

Z powyższych rozważań wynika, że dla celów określenia jurysdykcji sądów krajowych powództwo o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa nie może zostać wykluczone z zakresu stosowania art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001. W rezultacie na postawione pytanie należy odpowiedzieć, że art. 5 pkt 3 rozporządzenia nr 44/2001 należy interpretować w ten sposób, że powództwo o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, zmierzające do stwierdzenia braku odpowiedzialności z tytułu czynu niedozwolonego lub czynu podobnego do czynu niedozwolonego, jest objęte zakresem stosowania tego przepisu.

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski[1]

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (pierwsza sekcja) z dnia 24 lipca 2012 r. w sprawie *Đordeviè przeciwko Chorwacji*, skarga nr 41526/10 – zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania, ochrona prywatności i życia rodzinnego, prawo do skutecznego środka prawnego

Stan faktyczny

Skarżący, matka i jej syn, są obywatelami chorwackimi, mieszkającymi w Zagrzebiu. Dziecko skarżącej nie posiada zdolności do czynności prawnych, ponieważ jest osobą chorą psychicznie. Dziecko pozostaje pod opieką matki, wymaga karmienia, ubierania, mycia. Nie jest w stanie samodzielnie zaspokajać swych podstawowych potrzeb życiowych. W latach 2008–2011 skarżący stali się ofiarami poniżających działań ze strony uczniów pobliskiej szkoły podstawowej. Między innymi dzwoniono do ich drzwi w porach nocnych, opluwano niepełnosprawne dziecko skarżącej, bito je, przypalano papierosami, zniszczono balkon ich mieszkania, wykrzykiwano pod ich adresem obraźliwe słowa. Ataki te miały bardzo negatywny wpływ na kondycję psychiczną syna skarżącej.

Matka podejmowała liczne próby zawiadomienia właściwych organów państwa (między innymi opieki społecznej, ombudsmana) o zaistniałej sytuacji. Interwencje podejmowała także policja. Kończyły się one wezwaniem uczniów do rozejścia się albo rozmową z nimi. Wprawdzie policja przyjmowała, że działania uczniów były aktami przemocy względem skarżącego, jednakże byli oni zbyt młodzi, by ponieść odpowiedzialność karną.

Stanowisko ETPC – zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania (art. 3 EKPC[2])

Zdaniem ETPC nie budziło wątpliwości, że skarżący stali się ofiarami znęcania się i przez długi czas mieli poczucie bezsilności, dodatkowo regularnie doświadczali cierpień fizycznych. Wbrew temu władze chorwackie nie tylko nie potrafiły wskazać, jakie organy bądź służby mogłyby podjąć adekwatne środki przeciwdziałające znęcaniu, ale również nie umiały wskazać tego środka i zapobiec podobnym zdarzeniom w przyszłości. Zdaniem Trybunału czyny sprawców wymagały zastosowania właściwych środków karnych, mimo ograniczonej – z racji wieku sprawców – możliwości ponoszenia odpowiedzialności karnej. Zachowania te – traktowane osobno – nie musiały wypełniać znamion czynu

1 Autor jest stypendystą w ramach projektu „Kształcenie kadr na potrzeby rynku flexicurity i gospodarki opartej na wiedzy – oferta kierunków nauk humanistyczno-społecznych UŁ", współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

2 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie i uzupełniona protokołami (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284); dalej: konwencja lub EKPC.

zabronionego, ale oceniane razem naruszały art. 3 EKPC.

Trybunał zwrócił uwagę, że już w czerwcu 2008 r. matka informowała policję o znęcaniu się nad jej synem, następnie kierowała liczne skargi zarówno do policji, jak i do organów opieki społecznej oraz do ombudsmana. Należy więc przyjąć, że władze publiczne miały wiedzę o istniejącej sytuacji. Mimo że policja interweniowała, to jednak nie podjęła żadnych starań w celu ustalenia dokładnego przebiegu zdarzeń, nie monitorowała sytuacji skarżących, nie zastosowała również mechanizmów służących wyeliminowaniu zachowań, które poniżały skarżących. W ocenie Trybunału szokujący był brak jakiejkolwiek pomocy skarżącym – ze strony organów pomocy społecznej. Władze chorwackie nie podjęły skoordynowanej pomocy, reagowały incydentalnie i do tego nieskutecznie. Naruszyły tym samym art. 3 EKPC.

Stanowisko ETPC – prawo do ochrony prywatności i życia rodzinnego (art. 8 EKPC) oraz prawo do skutecznego środka prawnego (art. 13 EKPC)

Trybunał przypomniał, że z art. 8 EKPC wynika nie tylko zakaz naruszania prawa jednostek do prywatności i do ochrony życia rodzinnego, lecz także obowiązek podejmowania przez władze działań na rzecz ochrony ludzkiej integralności. Rozciągnięte w czasie znęcanie się nad skarżącymi stanowi w ocenie ETPC ingerencję w tę integralność i jest naruszeniem Konwencji. Podobnie brak możliwości złożenia skutecznej skargi – w następstwie podejmowanych względem skarżących wrogich zachowań – jest niezgodny ze standardami ochrony praw człowieka określonymi w art. 13 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (druga sekcja) z dnia 25 września 2012 r. w sprawie *Godelli przeciwko Włochom*, skarga nr 33783/09 – ochrona prywatności i życia rodzinnego

Stan faktyczny

Skarżąca jest obywatelką Włoch, względem której bezpośrednio po porodzie matka zrzekła się praw rodzicielskich. Wraz ze zrzeczeniem matka oświadczyła, że nie wyraża zgody na ujawnienie córce swych danych osobowych. Po umieszczeniu w domu dziecka dziewczynka została adoptowana przez rodzinę Godelli. W wieku 10 lat, dowiedziawszy się o adopcji, poprosiła rodziców adopcyjnych o informacje dotyczące przysposobienia, jednak nigdy ich nie uzyskała. W wieku 63 lat ponownie podjęła kroki, aby dowiedzieć się o swoim pochodzeniu, ale wniosek został odrzucony, ponieważ prawo włoskie nie pozwala na ujawnienie okoliczności związanych z adopcją i chroni przy tym prawo matki do anonimowości.

Stanowisko ETPC – prawo do ochrony prywatności i życia rodzinnego (art. 8 EKPC)

Trybunał podkreślił, że art. 8 EKPC gwarantuje oparte na prawdzie prawo do tożsamości jednostki i jej rozwoju; obejmuje ono także możliwość zidentyfikowania rodziców. Okoliczności dotyczące urodzenia dziecka są częścią prawa do prywatności dzieci, a w konsekwencji także dorosłych. Trybunał – odwołując się do orzeczenia *Odièvre przeciwko Francji* – przypomniał, że prawo dostępu osoby fizycznej do informacji o jej pochodzeniu i tożsamości rodziców biologicznych nie ma takiego samego charakteru jak prawo dostępu do danych o dziecku i o rodzicach. W rozpatrywanej sprawie doszło do kolizji kilku interesów: matki, która oczekiwała zapewnienia jej anonimowości; dziecka, które chciało uzyskać informacje o swym pochodzeniu; a także interesu publicznego sprowadzającego się do zapobiegania nielegalnym aborcjom. Trybunał zwrócił uwagę, że interes jednostki w uzyskaniu danych o rodzicach biologicznych nie traci na znaczeniu nawet z upływem czasu. Pomimo ukończenia 69. roku życia skarżąca podjęła działania dowodzące, że ma żywotny interes w ustaleniu tożsamości matki. W przeciwieństwie do rozwiązań francuskich, poddanych kontroli w sprawie *Odièvre przeciwko Francji*, prawo włoskie nie przewiduje jakichkolwiek mechanizmów wyważania interesów konkurujących ze sobą w sprawie, dając bezwzględne pierwszeństwo prawom biologicznej matki i uniemożliwiając dziecku dotarcie choćby do danych pozwalających na identyfikację rodzica. Z powyższych względów ETPC jednogłośnie orzekł, że doszło do naruszenia art. 8 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 19 października 2012 r. w sprawie *Catan i inni przeciwko Republice Mołdawii i Rosji*, skargi nr 43370/04, 8252/05, 18454/06 – prawo do nauki

Stan faktyczny

W 1992 r. władze Naddniestrzańskiej Republiki Mołdawskiej uchwaliły ustawę o językach, która nakazywała posługiwanie się cyrylicą w pisowni oficjalnego języka mołdawskiego (mołdawsko-rumuńskiego); niepodporządkowanie się nakazowi stanowiło wykroczenie administracyjne. Następnie w 1994 r. władze Naddniestrza zakazały używania alfabetu łacińskiego w szkołach i jednocześnie nakazały wprowadzenie do programu nauczania języka mołdawskiego z wykorzystaniem wyłącznie cyrylicy. Szkoły, które nie respektowały tego wymogu, zamykano. Szkoły, do których uczęszczały dzieci skarżących, zostały zamknięte w latach 2002 i 2004. Nauczycieli i uczniów przeniesiono do mniej wygodnych i gorzej wyposażonych placówek, położonych albo na oddalonym od miejsca zamieszkania terytorium kontrolowanym przez władze mołdawskie, albo w rodzinnych miejscowościach uczniów, gdzie pensje nauczycieli i materiały dydaktyczne były dostarczane przez rząd mołdawski. Działalność szkół, w których język mołdawski był nauczany z wykorzystaniem alfabetu łacińskiego, była stale kontrolowana przez władze Naddniestrza, a względem nauczycieli, uczniów i ich rodziców podejmowano poniżające działania oraz różnorodne represje. Władze preferowały natomiast szkoły, które podporządkowały się nakazowi używania cyrylicy, mimo że absolwenci tych szkół napotykali trudności w dostępie do edukacji na wyższym poziomie.

Rodzice uczniów zamykanych szkół, podobnie jak rząd mołdawski, odczytywali powyższe działania dyskryminujące w kontekście historii regionu Naddniestrza oraz konfliktu między separatystycznymi grupami Naddniestrza oraz siłami bezpieczeństwa Mołdawii. W konflikt ten zaangażowało się wojsko sowieckie, przyłączając się do separatystów. Pomimo międzynarodowych porozumień o wycofaniu wojsk Rosjanie nie opuścili terytorium Naddniestrza, blokując próby rozwiązania sporu i wspierając reżim separatystyczny.

Stanowisko ETPC – prawo do nauki (art. 2 protokołu nr 1[3])

Na wstępie Trybunał odniósł się do problemu jurysdykcji Republiki Mołdawii oraz Rosji. Powołując się na orzeczenie *Ilaşcu i inni przeciwko Republice Mołdawii i Rosji*, stwierdził, że Naddniestrze pozostaje pod jurysdykcją Mołdawii, ponieważ region ten stanowi w rozumieniu prawa międzynarodowego publicznego integralną część terytorium państwa mołdawskiego. Do władz mołdawskich należało zapewnienie osobom mieszkających w regionie Naddniestrza możliwości korzystania z praw i wolności określonych w EKPC. Jednocześnie Trybunał zwrócił uwagę, że rozpatrywane sprawy podlegają także jurysdykcji Rosji, ponieważ władze rosyjskie nie tylko przyczyniły się do powstania separatystycznego reżimu regionu Naddniestrza, ale też do jego utrzymania poprzez militarne, ekonomiczne, finansowe i polityczne wsparcie w latach 2002–2004.

Następnie ETPC stwierdził, że przymusowe zamknięcie szkół i nękanie uczniów stanowiło ingerencję w ich prawo dostępu do istniejących wcześniej placówek edukacyjnych oraz w prawo do nauki w języku narodowym. Zdaniem ETPC środki te nie zmierzały do osiągnięcia legitymowanego celu.

Odnosząc się do kwestii odpowiedzialności Mołdawii, Trybunał wskazał, że rząd mołdawski nie tylko podjął działania w celu przejęcia politycznej kontroli nad regionem Naddniestrza, ale też udzielił wsparcia skarżącym. W szczególności zapewnił środki na wynajem i wyposażenie nowych lokali szkolnych, wynagrodzenia dla personelu oraz pokrywał koszty transportu uczniów, co pozwoliło szkołom na dalsze funkcjonowanie, a uczniom na kontynuowanie nauki w języku ojczystym. Zdaniem ETPC Republika Mołdawii podjęła właściwe i wystarczające środki do przywrócenia, na poziomie generalnym, kontroli nad terytorium Naddniestrza, a na poziomie indywidualnym wystarczające do ochrony prawa do nauki. W związku z tym ETPC nie stwier-

3 Protokół nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175; dalej: protokół nr 1 do EKPC).

dził względem Mołdawii naruszenia art. 2 protokołu nr 1.

Odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa, Trybunał potwierdził, że w okresie objętym skargami Rosja sprawowała kontrolę nad Naddniestrzem, w tym nad działalnością szkolnictwa. Wprawdzie nie ma dowodów bezpośredniego zaangażowania Rosji i jej aprobaty dla działań podjętych przeciwko uczniom i ich szkołom, lub zaangażowania w politykę językową, to jednak odpowiedzialność Rosji za naruszenie prawa do nauki jest uzasadniona – tym, że Naddniestrze było uzależnione od jej wojskowego, ekonomicznego i politycznego wsparcia. W efekcie ETPC stwierdził naruszenie przez Rosję art. 2 protokołu nr 1.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (czwarta sekcja) z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie *Hristozov i inni przeciwko Bułgarii*, skargi nr 47039/11 i 358/12 – prawo do życia, zakaz tortur i niehumanitarnego traktowania, prawo do ochrony życia prywatnego

Stan faktyczny

Sprawa dotyczyła dziesięciu obywateli bułgarskich, z których dziewięciu jest lub było śmiertelnie chorych na raka; czterech zmarło przed rozpoznaniem sprawy. Po bezskutecznych próbach leczenia metodami konwencjonalnymi skarżący zgłosili się do prywatnej kliniki w Sofii, w której zostali poinformowani o kanadyjskim przeciwnowotworowym środku medycznym, niezarejestrowanym na bułgarskim rynku farmaceutycznym. Według producenta lek nie został dopuszczony do obrotu także w innych państwach, choć w niektórych z nich był stosowany jako środek przyjmowany życzeniowo (*compassionate use*).

W styczniu 2011 r. firma poinformowała bułgarskie Ministerstwo Zdrowia, że może zapewnić bezpłatnie dostęp do tego leku osobom, względem których konwencjonalne metody leczenia nie przynoszą rezultatów, w zamian za przekazanie danych o skutkach działania leku. Skarżący wystąpili do właściwych władz o pozwolenie na zastosowanie produktu, ale zostali poinformowani, że lek nie został poddany testom klinicznym w żadnym kraju i nie jest dopuszczony do stosowania w Bułgarii.

Rozstrzygnięcie ETPC w sprawach proceduralnych

Trybunał odniósł się do wniosku rządu Bułgarii o umorzenie postępowania względem skarżących, którzy zmarli przed wydaniem orzeczenia. Zdaniem ETPC przedmiot postępowania jest ściśle związany ze śmiercią skarżących, a ponadto rozstrzygnięcie sprawy ma wymiar moralny i dlatego należy uznać, że krewni skarżących mają interes prawny w uzyskaniu orzeczenia.

Stanowisko ETPC – prawo do życia (art. 2 EKPC)

Trybunał stwierdził, że art. 2 EKPC może nakładać na państwo obowiązek stworzenia odpowiednich ram prawnych w celu ochrony życia ludzkiego. Państwo może być zobowiązane do wprowadzenia przepisów nakładających na szpitale obowiązek stosowania odpowiednich środków dla ochrony życia pacjentów.

W opinii Trybunału art. 2 EKPC nie może być interpretowany jako wymagający szczególnej regulacji dostępu do niezarejestrowanych leków dla nieuleczalnie chorych. Trybunał zwrócił uwagę, że zgodnie z prawem Unii Europejskiej materia ta pozostawiona została państwom członkowskim, a państwa te uregulowały ją w sposób odmienny. Bułgaria przewidziała dostęp do nieautoryzowanych leków w przypadkach, gdy konwencjonalne formy leczenia okazały się niewystarczające, a lek był akredytowany co najmniej w jednym państwie i z tych względów ETPC stosunkiem głosów 5:2 uznał, że nie doszło do naruszenia art. 2 EKPC.

Stanowisko ETPC – zakaz nieludzkiego traktowania (art. 3 EKPC)

Sytuacja skarżących nie może być porównywana z sytuacją osób ciężko chorych, pozbawionych opieki medycznej w areszcie lub z osobami przetransportowanymi do kraju, w którym brakuje odpowiednich urządzeń medycznych. Zdaniem ETPC zarzut naruszenia art. 3 EKPC został oparty na rozszerzonej koncepcji nieludzkiego i poniżającego traktowania, która nie mogła zostać zaakceptowana. Nie można twierdzić, że odmowa dostępu do leku, nawet potencjalnie ratującego życie, którego bezpie-

czeństwo i skuteczność rodzą wątpliwości, prowadziła do fizycznego cierpienia. Prawdą jest, że decyzja władz bułgarskich mogła spowodować cierpienia psychiczne skarżących, jednakże Trybunał uznał, że nie wywołała ona skutków, które można by zakwalifikować jako nieludzkie traktowanie. Artykuł 3 EKPC nie zobowiązuje państw członkowskich do łagodzenia różnic między poziomami opieki zdrowotnej. Z tych względów ETPC stosunkiem głosów 5:2 uznał, że nie doszło do naruszenia art. 3 EKPC.

Stanowisko ETPC – prawo do ochrony życia rodzinnego (art. 8 EKPC)

Trybunał podkreślił, że zarzut dotyczący ograniczenia wyboru sposobu leczenia w celu ewentualnego przedłużenia życia powinien być oceniony z punktu widzenia standardów wynikających z art. 8 EKPC.

Skarżący mieli oczywisty interes w uzyskaniu dostępu do leku, nawet niepoddanego wcześniejszym testom klinicznym, zwłaszcza że lekarze uznali go za odpowiedni dla ratowania życia. Interes skarżących był znacznie silniejszy w porównaniu z interesem innych pacjentów.

Interes publiczny związany z regulacją dostępu osób śmiertelnie chorych do leków wcześniej nietestowanych składa się, zdaniem Trybunału, z trzech elementów: (1) ochrony tych osób mimo braku jasnych danych na temat potencjalnych zagrożeń i korzyści z zastosowania leku; (2) respektowania zakazu produkcji, przywozu, obrotu lub używania produktów, które nie uzyskały rejestracji, oraz (3) zapewnienia, że rozwój badań nad nowymi lekami nie będzie utrudniany, na przykład przez zmniejszony udział pacjentów w procedurach klinicznych. Wszystkie te interesy związane są ze standardami wynikającymi z art. 2, art. 3 i art. 8 EKPC.

Z analizy prawno-porównawczej, dostępnej Trybunałowi, wynika, że w państwach europejskich istnieje wyraźna tendencja do umożliwienia pacjentom – pod szczególnymi warunkami – korzystania z nieautoryzowanych produktów leczniczych. Konsensus ten nie ma podstawy w regulacjach prawnych, nie jest przy tym jednoznaczne, w jaki sposób korzystanie z leku powinno zostać uregulowane. Dlatego też państwa mają szeroki margines swobody w tym zakresie, w szczególności w kwestii sposobów osiągnięcia równowagi pomiędzy konkurującymi interesami: publicznym i prywatnym.

Władze bułgarskie starały się wyważyć oba interesy i przyjęły rozwiązanie, które pozwalało na skorzystanie z leku nieautoryzowanego w Bułgarii, ale pod warunkiem, że środek taki uzyskał akredytację w innym państwie. Okoliczność ta nie zaistniała względem leku, o który ubiegali się skarżący, co było wyłączną podstawą odmowy władz bułgarskich wyrażenia zgody na jego zaaplikowanie.

Prawo bułgarskie uznało unikanie ryzyka związanego z zastosowaniem niezarejestrowanego leku za ważniejsze od potencjalnej korzyści terapeutycznej wynikającej z jego zastosowania. Na tej podstawie, w związku z pozostawionym państwom szerokim marginesem uznania, Trybunał stosunkiem głosów 4:3 stwierdził, że rozwiązanie to nie pozostaje w sprzeczności z art. 8 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (czwarta sekcja) z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie *Joanna Szulc przeciwko Polsce*, skarga nr 43932/08 – prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego

Stan faktyczny

Joanna Szulc jest obywatelką Polski, którą w okresie komunizmu bezskutecznie nakłaniano do współpracy z tajnymi służbami. W lutym 2001 r. wystąpiła do Instytutu Pamięci Narodowej o umożliwienie wglądu w dokumenty jej dotyczące. W marcu 2004 r. została poinformowana, że nie może być uznana za pokrzywdzoną i zgodnie z obowiązującą ustawą o Instytucie Pamięci Narodowej nie ma prawa dostępu do akt. Trybunał Konstytucyjny w wyroku wydanym w październiku 2005 r. stwierdził, że osoby zainteresowane, nie tylko o statusie pokrzywdzonego, powinny, pod określonymi warunkami, mieć prawo wglądu do akt przechowywanych przez Instytut. W listopadzie 2006 r. Joannie Szulc udostępniono niektóre dokumenty, jednak w lutym 2007 r. IPN poinformował ją o istnieniu innych dokumentów, do których dostęp nie był możliwy.

Wprowadzona w życie w marcu 2007 r. zmiana ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej wykluczyła dostęp do dokumentów osobom, z którymi współpracą były zainteresowane tajne służby. W maju 2007 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził niezgodność tego przepisu z Konstytucją RP, podkreślając, że bezkrytyczne opieranie się na materiałach gromadzonych przez tajne służby totalitarne, w tym spreparowanych, mogło legitymizować ich działania i prowadzić do stygmatyzacji osób wskazywanych przez służby jako tajni informatorzy.

Joanna Szulc podjęła kolejne próby dostępu do wszystkich dokumentów odnoszących się do jej osoby. W 2007 r. i 2008 r. zgodnie z ustawą o Instytucie Pamięci Narodowej odmówiono jej wglądu do dwóch z nich, gdyż ich zawartość wskazywała na współpracę ze służbami, odrzucono też argument Joanny Szulc, że decyzja została oparta na przepisie o treści identycznej z treścią przepisu uznanego za niekonstytucyjny. Wojewódzki sąd administracyjny podzielił argumentację Prezesa IPN.

W październiku 2010 r. Trybunał Konstytucyjny w innej sprawie stwierdził niezgodność z Konstytucją RP przepisu będącego podstawą odmowy dostępu do akt. Opierając się na tym wyroku, Naczelny Sąd Administracyjny w styczniu 2011 r. uchylił decyzję Prezesa Instytutu Pamięci Narodowej. W rezultacie dopiero w sierpniu 2011 r. Joanna Szulc uzyskała dostęp do kopii wszystkich dotyczących jej dokumentów, które zostały sporządzone przez tajne służby komunistyczne.

Równolegle Joanna Szulc znalazła swoje nazwisko na przygotowanej przez Instytut Pamięci Narodowej i ogłoszonej przez dziennikarzy w Internecie liście osób, których akta zostały zgromadzone przez tajne służby komunistyczne. W 2007 r. wystąpiła do sądu okręgowego o autolustrację – w celu uzyskania orzeczenia potwierdzającego, że nie była współpracownikiem tajnych służb. Sąd nie uwzględnił jej wniosku, ponieważ nie została publicznie oskarżona o współpracę. Sąd apelacyjny podzielił stanowisko sądu I instancji.

Stanowisko ETPC – prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC)

Zdaniem ETPC państwo powinno zapewnić ochronę osobom znajdującym się w sytuacji J. Szulc, umożliwiając dostęp do dokumentów w celu odparcia zarzutów współpracy ze służbami reżimu totalitarnego, oraz zagwarantować efektywną procedurę przed organem dysponującym stosownymi aktami. Procedura ta powinna zapewniać dostęp do wszystkich informacji niezbędnych do efektywnego odniesienia się do zarzutów oraz pozwalać na skorygowanie nieprawdziwych informacji.

Trybunał zaznaczył, że w systemie, w którym dokumenty dotyczące tajnych służb były przechowywane przez władze państwowe, mające wyłączne i niepodważalne prawo klasyfikacji osoby jako współpracownika służb, istniały oczywiste zagrożenia dla reputacji takiej osoby.

Zdaniem ETPC jasne wskazówki polskiego sądu konstytucyjnego zawarte w wyrokach z 2005 r. i 2007 r. zostały w praktyce zignorowane przez Instytut Pamięci Narodowej. W szczególności ETPC wyraził swoją dezaprobatę wobec stanowiska Prezesa IPN, który odrzucił argument pani Szulc o niezgodności odmowy dostępu do akt z wyrokiem sądu konstytucyjnego.

Trybunał wyraźnie zaznaczył, że okres ponad dziesięciu lat, gdy skarżąca domagała się dostępu do swoich akt w toku licznych postępowań, był zbyt długi. Gdyby uzyskała dostęp do wszystkich dokumentów, inne kwestie związane z ujawnieniem informacji z archiwum IPN nie mogłyby zaistnieć albo skarżąca byłaby w stanie podważyć zarzuty dotyczące jej osoby.

W związku z powyższym Trybunał stwierdził, że Polska nie wywiązała się z obowiązku zapewnienia pani Szulc odpowiedniej procedury umożliwiającej dostęp do właściwych dokumentów i tym samym doszło do naruszenia art. 8 EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Wyrok NSA z dnia 5 lipca 2012 r. II OSK 1031/12

Przewlekłość postępowania administracyjnego

O ile wydanie przez organ administracyjny na dzień orzekania przez sąd żądanego rozstrzygnięcia sprawy czyni z natury rzeczy niemożliwym zobowiązanie organu do działania, o tyle nie zwalnia to sądu z obowiązku zbadania, czy w sprawie doszło do przewlekłego prowadzenia postępowania administracyjnego, a następnie oceny, czy miało ono miejsce z rażącym naruszeniem prawa oraz rozważenia, czy zachodzą podstawy do wymierzenia organowi grzywny. Przewlekłość postępowania administracyjnego jest stanem sprawy, którego zaistnienie sąd ocenia bez względu na to, czy organ podjął, czy też nie dalsze czynności w sprawie. Podjęcie przez organ czynności procesowych powoduje, że ustaje stan ewentualnej bezczynności organu, co uzasadnia umorzenie postępowania w zakresie skargi na bezczynność organu, ale nie stanowi podstawy do umorzenia postępowania sądowego dotyczącego skargi strony na przewlekłe prowadzenie postępowania przez organ.

Stan faktyczny

Przedmiotem kontroli sprawowanej przez NSA był wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie (dalej: WSA) wydany w przedmiocie skargi na przewlekłe prowadzenie postępowania przez Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego (dalej: WINB) rozpoznającego odwołanie od decyzji wydanej w I instancji przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego. W toku postępowania odwoławczego strona złożyła zażalenie na niezałatwienie sprawy w terminie. Następnie WINB rozpoznał odwołanie, wydając orzeczenie utrzymujące w mocy zaskarżoną decyzję. Po wydaniu rozstrzygnięcia strona postępowania administracyjnego wniosła skargę na przewlekłość postępowania, wnosząc o stwierdzenie przewlekłości, zlecenie organowi dokonania odpowiednich czynności i zasądzenia na swoją rzecz od Skarbu Państwa 10 000 zł.

Rozpoznając skargę, WSA wskazał, że art. 149 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[1] (dalej: p.p.s.a.) ma zastosowanie w sytuacji, gdy w dacie orzekania przez sąd organ, którego działania dotyczy skarga, nadal powstrzymuje się od wydania aktu lub dokonania określonej czynności. Ustanie bezczynności albo przewlekłości w tym zakresie przed datą rozstrzygania przez sąd czyni zatem niemożliwym uwzględnienie skargi – także w sytuacji, gdy decyzja lub inny akt podjęte zostały przez organ z naruszeniem terminu przewidzianego do ich wydania. Sąd nie może bowiem zastosować sankcji określonej w art. 149 § 1 p.p.s.a. i zobowiązać organ do działania. Wobec powyższego postępowanie w przedmiocie przewlekłości podlegało umorzeniu na podstawie art. 161 p.p.s.a., zaś żądanie zasądzenia odszkodowania było bezzasadne.

W skardze kasacyjnej do NSA skarżący zarzucił bezpodstawne uznanie przez WSA, że sąd nie jest władny do stwierdzenia przewlekłego prowadzenia postępowania przez organ bez zobowiązania go do wykonania czynności w określonym terminie.

Stanowisko NSA

Rozpoznając skargę kasacyjną, NSA, przywołując treść art. 149 § 1

1 Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 270.

p.p.s.a., wskazał, że konstrukcja tego przepisu wyróżnia dwie odrębne od siebie instytucje: skargę na bezczynność organu oraz skargę na przewlekłe prowadzenie przez organ postępowania. Dokonując rozgraniczenia zakresu skarg – na bezczynność i przewlekłość postępowania – NSA stwierdził, że przez pojęcie „przewlekłe prowadzenie postępowania" należy rozumieć sytuację prowadzenia postępowania w sposób nieefektywny poprzez wykonywanie czynności w dużym odstępie czasu bądź wykonywanie czynności pozornych. Pojęcie to obejmować będzie zatem opieszałe, niesprawne i nieskuteczne działanie organu, w sytuacji gdy sprawa mogła być załatwiona w terminie krótszym, jak również nieuzasadnione przedłużanie terminu załatwienia sprawy. Tak wyodrębniona skarga na przewlekłość postępowania dotyczyć będzie sytuacji innych niż formalna bezczynność organu. Zdaniem NSA zrównanie przez WSA skargi na przewlekłość ze skargą na bezczynność w zakresie jej bezprzedmiotowości z uwagi na wydanie żądanego przez stronę rozstrzygnięcia było nieuprawnione. NSA stwierdził, że posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „jednocześnie" w art. 149 § 1 p.p.s.a. nie przesądza jeszcze, że występuje koniunkcja przesłanek określonych w tym przepisie, co skutkuje możliwością uwzględnienia skargi jedynie, gdy istnieją podstawy do zobowiązania organu do działania. Są to przesłanki od siebie niezależne, stanowiące odrębne podstawy orzekania, a uzależnione od stanu faktycznego danej sprawy. Wprawdzie wydanie przez organ administracyjny na dzień orzekania przez sąd żądanego rozstrzygnięcia sprawy czyni z natury rzeczy niemożliwym zobowiązanie organu do działania, jednakże nie zwalnia to sądu z obowiązku zbadania, czy w sprawie administracyjnej nie doszło do przewlekłości. Za wadliwością rozstrzygnięcia WSA przemawia również cel omawianej instytucji prawnej, albowiem skarga tego rodzaju stanowi przede wszystkim postulat strony, by sąd administracyjny dokonał oceny postępowania pod względem jego sprawności, a więc tego, czy nie doszło w nim do nieuzasadnionego przedłużenia terminu załatwienia sprawy. Z tego też względu nie można było uznać, aby sam fakt wydania żądanej decyzji stanowił takie zdarzenie w sprawie, że skarga na przewlekłe prowadzenie postępowania stała się bezprzedmiotowa, a tym samym, aby zaistniała podstawa do umorzenia postępowania dotyczącego skargi na przewlekłość. Jednocześnie NSA zastrzegł, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nie znajdowała zastosowania uchwała NSA z dnia 26 listopada 2008 r.[2], która dotyczy wyłącznie skargi na bezczynność, a nie skargi na przewlekłość postępowania.

2 Uchwała NSA z dnia 26 listopada 2008 r., I OPS 6/08, ONSAiWSA z 2009 r., z. 4, poz. 63. NSA wskazał tam, że art. 161 § 3 p.p.s.a. ma zastosowanie w przypadku, gdy po wniesieniu skargi na bezczynność organu organ wyda akt lub dokona czynności, co do których pozostawał w bezczynności.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Celem wprowadzenia nowego środka ochrony prawnej w postaci skargi na przewlekłość postępowania administracyjnego było umożliwienie dokonania kontroli tego postępowania z uwzględnieniem oceny sprawności podejmowanych czynności. Zgodzić należy się ze stanowiskiem NSA, który wskazał, że merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy nie przesądza jednocześnie o bezprzedmiotowości postępowania wszczętego na skutek wniesienia skargi na przewlekłość. Wprawdzie językowa wykładania art. 149 § 1 p.p.s.a. mogłaby prowadzić do wniosku przeciwnego, jednak – biorąc pod uwagę cel wprowadzenia możliwości złożenia skargi na przewlekłość – uznać trzeba, że w sytuacji, w której sąd stwierdzi, iż przewlekłość postępowania przed wydaniem rozstrzygnięcia w istocie wystąpiła, za zasadne należy uznać przyjęcie tezy o konieczności merytorycznego rozpoznania skargi. W orzecznictwie sądów administracyjnych zarówno w aktualnym, jak i poprzednio obowiązującym stanie prawnym wyrażano pogląd, że celem skargi na bezczynność lub na przewlekłe prowadzenie postępowania nie jest samo stwierdzenie pozostawania przez organ administracji publicznej w bezczynności, czy prowadzenia przez niego w sposób przewlekły postępowania, lecz spowodowanie ustania stanu bezczynności[3]. Tym samym skarga, która została wniesiona po wydaniu przez organ orzeczenia, nie

3 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2008 roku, I SAB/Wa 205/07, Lex nr 279291.

może zostać uwzględniona[4]. Należy jednak za NSA podkreślić, że poglądu tego w aktualnym stanie prawnym nie można zastosować do obu rodzajów środków prawnych, o których mowa w art. 149 § 1 p.p.s.a. Skarga na przewlekłość postępowania ma inny cel aniżeli skarga na bezczynność, zaś postępowanie wszczęte w wyniku jej wniesienia nie jest ukierunkowane wyłącznie na spowodowanie podjęcia czynności przez organ, którego działań dotyczy postępowanie przed sądem administracyjnym. Przemawia to za koniecznością oceny przez sąd administracyjny, czy w postępowaniu administracyjnym doszło do przewlekłości – niezależnie od tego, czy organ wyda akt lub dokona czynności z zakresu administracji publicznej, dotyczących uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, w zakresie których prowadził postępowanie w sposób przewlekły.

Opracował *Jan Olszanowski*

Postanowienie NSA z dnia 26 lipca 2012 r., II OSK 1360/12

Skarga na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania

Umorzenie postępowania sądowoadministracyjnego

Wydanie przez organ decyzji po wniesieniu do sądu skargi na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania administracyjnego nie powoduje, stosownie do art. 149 § 1 p.p.s.a.[5], że w zakresie dotyczącym rozstrzygnięcia o tym, czy bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania miały miejsce z rażącym naruszeniem prawa, postępowanie sądowe stało się bezprzedmiotowe i podlega umorzeniu na podstawie art. 161 § 1 pkt 3 p.p.s.a.

Stan faktyczny

Przedmiotem skargi kasacyjnej, rozstrzygniętej w analizowanym orzeczeniu, było postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (dalej: WSA) o umorzeniu postępowania sądowego w sprawie skargi na bezczynność jednego z organów administracji publicznej. Powodem takiego rozstrzygnięcia sprawy było ustalenie poczynione przez WSA, że po wniesieniu skargi na bezczynność, a przed jej rozpoznaniem przez sąd, organ administracji, który pozostawał w bezczynności, wydał decyzję administracyjną. W takiej sytuacji WSA, powołując się na uchwałę NSA z dnia 26 listopada 2008 r., I OPS 6/08, uznał, że wydanie przez organ administracyjny decyzji w sprawie, w której wniesiono skargę na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania, przed dniem wyznaczonym na rozprawę wyłącza możliwość uwzględnienia tej skargi – nawet wówczas, gdy taka decyzja podjęta została z naruszeniem terminu przewidzianego do jej wydania.

W skardze kasacyjnej zarzucono powyżej opisanemu postanowieniu WSA naruszenie art. 161 § 1 pkt 3, art. 149 § 1 zdanie 1 p.p.s.a. w zw. z art. 417[1] § 3 k.c.[6], art. 149 § 1 zdanie 2 p.p.s.a. w związku z art. 5 pkt 3 i art. 5 pkt 8 u.o.m.f.p.[7] oraz art. 149 § 2 w zw. z art. 154 § 6 p.p.s.a. Zdaniem strony skarżącej: sam fakt wydania przez organ decyzji administracyjnej – kończącej postępowanie prowadzone przewlekle – nie sanuje przewlekłego jego prowadzenia. Odmienna interpretacja art. 149 § 1 p.p.s.a. oznaczałaby ograniczenie odpowiedzialności organu administracji przed odpowiedzialnością za przewlekle prowadzone postępowanie, poprzez załatwienie sprawy już po wszczęciu postępowania sądowo-administracyjnego ze skargi na przewlekłe prowadzenie postępowania administracyjnego.

Stanowisko NSA

Uznając, że skarga kasacyjna oparta jest na usprawiedliwionych podstawach, NSA uchylił zaskarżone postanowienie WSA i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania temu sądowi.

Dokonując wykładni art. 149 p.p.s.a., NSA zwrócił uwagę, że wymaga ona uwzględnienia celu

4 Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 4 kwietnia 2012 roku, akt II SAB/Gl 1/12, Lex nr 1139099.

5 Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 270.

6 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

7 Ustawa z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa, Dz.U. Nr 34, poz. 173.

zmian, jakie zostały dokonane: 1) ustawą z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego[8] oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (weszła w życie z dniem 11 kwietnia 2011 r.): 2) ustawą z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa. (weszła w życie z dniem 17 maja 2011 r.) oraz 3) ustawą z dnia 25 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (weszła w życie z dniem 12 lipca 2011 r.). *Ratio legis* tych zmian jest rozszerzenie środków przeciwdziałania bezczynności organu i przewlekłemu prowadzeniu postępowania administracyjnego oraz naruszaniu przez organ administracji terminów załatwienia spraw, a także umożliwienie efektywnego dochodzenia przez stronę postępowania odszkodowania za poniesioną szkodę od organu administracji – z tytułu niewydania orzeczenia lub decyzji z naruszeniem prawa – oraz ponoszenia przez funkcjonariuszy publicznych odpowiedzialności majątkowej za zaniechania prowadzące do wyrządzenia szkody na skutek rażącego naruszenia prawa.

NSA podkreślił, że wydanie decyzji przez organ administracyjny, w toku postępowania sądowego po wniesieniu skargi, nie zwalania WSA z obowiązku rozpoznania skargi wniesionej na podstawie art. 3 § 2 pkt 8 p.p.s.a. w zakresie orzekania w przedmiocie stwierdzenia, czy bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania miały miejsce z rażącym naruszeniem prawa (art. 149 § 1 zdanie drugie p.p.s.a.), oraz w zakresie wymierzenia organowi grzywny z tego tytułu (art. 149 § 2 p.p.s.a.). O uwzględnieniu skargi na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania można mówić nie tylko wówczas, gdy sąd zobowiązuje organ do wydania w określonym terminie aktu. Zgodnie bowiem z art. 149 § 1 zdanie drugie p.p.s.a. sąd, uwzględniając skargę, jednocześnie stwierdza, czy bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania miały miejsce z rażącym naruszeniem prawa, a stosownie do art. 149 § 2 p.p.s.a. w przypadku uwzględnienia skargi sąd może orzec z urzędu albo na wniosek strony o wymierzeniu organowi grzywny. W konsekwencji uwzględnieniem skargi, w rozumieniu art. 149 p.p.s.a., jest również stwierdzenie, czy bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania miały miejsce z rażącym naruszeniem prawa, oraz wymierzenie organowi grzywny. Odmienna wykładnia art. 149 p.p.s.a prowadziłaby do pozbawienia strony możliwości dochodzenia odszkodowania, o którym mowa w art. 417^1 § 3 k.c., za szkodę, której źródłem jest niewydanie orzeczenia lub decyzji, a także wypaczałaby sens wprowadzonych zmian w przepisach p.p.s.a. oraz k.p.a.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Opisane powyżej postanowienie NSA jest jednym z rozstrzygnięć odnoszących się do szeroko rozważanego aktualnie w orzecznictwie oraz doktrynie problemu rozgraniczenia zakresów przedmiotowych dwóch odrębnych skarg, które można wnieść do sądu administracyjnego, a mianowicie skargi na bezczynność oraz skargi na przewlekłe prowadzenie postępowania. Zaprezentowany sposób wykładni art. 3 § 2 pkt 8 p.p.s.a. w zw. z art. 149 § 1 p.p.s.a. gwarantuje stronie skarżącej szerszą aniżeli dotychczas ochronę prawną przed bezczynnością oraz przewlekłym prowadzeniem postępowania przez organy administracji publicznej. NSA, powołując się na zmianę stanu prawnego, wskazał na częściową nieaktualność podjętej dnia 26 listopada 2008 r. uchwały o sygn. akt I OPS 6/08, wskazując, że stanowisko w niej zajęte, zgodnie z którym sąd powinien umorzyć postępowanie w razie wydania aktu albo podjęcia czynności przez organ administracji po wniesieniu skargi na bezczynność, a przed jej rozpoznaniem, może być nadal aktualne w kwestii dotyczącej zobowiązania do wydania w określonym terminie aktu, ponieważ tylko w tym przedmiocie – z uwagi na wydanie decyzji – postępowanie może stać się bezprzedmiotowe. Aprobując sposób wykładni zaprezentowany w analizowanym postanowieniu, należy jednak zastanowić się nad dwoma kwestiami. Pierwszą z nich jest zasadność obecnego kształtu normatywnego skargi na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania – w sytuacji istotnych

8 Ustawa 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.).

wątpliwości wiążących się z wzajemnym odróżnieniem ich zakresu przedmiotowego oraz przebiegu postępowania sądowego wywołanego wniesieniem którejkolwiek z nich. Drugą kwestią pozostaje dopuszczalność pomniejszania ogólnie wiążącej mocy uchwały NSA w postanowieniu wydanym na posiedzeniu niejawnym przy cały czas niezmienionym brzmieniu kluczowych dla jej podjęcia art. 149 p.p.s.a. oraz art. 161 § 1 pkt 3 p.p.s.a.

Opracował *Wojciech Piątek*

Jerzy Pisuliński (red.), Michał Kućka, Katarzyna Pałka

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Postanowienie SN z dnia 13 stycznia 2012 r., I CSK 296/11, OSNC z 2012 r., nr 7–8, poz. 91.

Odstąpienie przez syndyka masy upadłości od zawartej przez upadłego umowy sprzedaży budynku i udziału w użytkowaniu wieczystym nieruchomości (art. 98 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze[1]) powoduje powrót prawa własności budynku i udziału w użytkowaniu wieczystym do masy upadłości.

Komentowane orzeczenie dotyczy jednego z najbardziej spornych zagadnień prawa cywilnego, czyli skutków odstąpienia (ustawowego) od umowy przenoszącej własność[2]. Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania pewne kwestie zostaną jednak jedynie zasygnalizowane.

Sąd Najwyższy orzekał w związku z następującym stanem faktycznym. Syndyk masy upadłościowej spółki X wniósł o wykreślenie spółki Y (również w upadłości) z działu II księgi wieczystej – jako użytkownika wieczystego i właściciela budynku – na podstawie prawomocnego postanowienia zezwalającego syndykowi na odstąpienie od umowy sprzedaży, oświadczenia syndyka sporządzonego w formie aktu notarialnego o odstąpieniu, a także kserokopii pocztowego dowodu nadania tego oświadczenia pod adres spółki Y. Wniosek został oddalony przez referendarza sądowego, którego zdaniem wpis mógłby nastąpić dopiero na podstawie aktu notarialnego obejmującego oświadczenia woli obu stron o powrotnym przeniesieniu prawa użytkowania wieczystego gruntu. Skargę na orzeczenie referendarza oddalił sąd rejonowy, który dodał, że dołączone do wniosku oświadczenie syndyka, dotyczące odstąpienia od umowy wzajemnej, tj. umowy sprzedaży, wywiera jedynie skutek obligacyjny, a nie – jak wskazał syndyk – skutek obligacyjny i rzeczowy. Apelację syndyka od tego wyroku uwzględnił sąd okręgowy, który podkreślił, że na podstawie dołączonych do wniosku syndyka dokumentów (postanowienia zezwalającego na odstąpienie, oświadczenia o odstąpieniu oraz kserokopii dowodu jego nadania) należało dokonać wpisu w księdze wieczystej. Sąd okręgowy stwierdził też, że uregulowania zawarte w prawie upadłościowym „mają charakter szczególny, kształtujący sytuację prawną upadłego i zmierzający do jak najbardziej korzystnego zaspokojenia wierzycieli, czemu służy szybkie odzyskanie majątku i jego spieniężenie". Spółka Y wniosła do Sądu Najwyższego skargę kasacyjną, która została jednak oddalona.

Sąd Najwyższy przychylił się do poglądu wyrażonego w swojej uchwale z dnia 30 listopada 1994 r.[3], zgodnie z którym w razie odstąpienia od umowy sprzedaży własności lub użytkowania wieczystego nieruchomości odstąpienie powoduje tylko zniweczenie skutków obligacyjnych umowy sprzedaży. W takiej sytuacji, w ocenie SN, do zwrotu prawa własności lub użytkowania wieczystego, do czego w wyniku skutecznego odstąpienia od umowy zobowiązany jest kupujący, potrzebna jest dodatkowa umowa o skutku rzeczowym zawarta pomiędzy stronami umowy sprzedaży, od której skutecznie odstąpiono. Jak zauważył SN, „stanowisko orzecz-

1 Dz.U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361, z późn. zm.; dalej: prawo upadłościowe.

2 Dotyczy to odpowiednio również prawa użytkowania wieczystego. Zob. art. 237 k.c.

3 III CZP 130/94, OSNC z 1995 r., nr 3, poz. 42.

nictwa podyktowane jest tym, że biorąc pod uwagę art. 155 k.c. trudno uzasadnić, że jednostronne oświadczenie woli osoby niebędącej właścicielem stwarza skuteczną podstawę dla przejścia na nią prawa własności". Pogląd ten zdaniem SN lepiej służy „bezpieczeństwu obrotu" i „ułatwia stronom umowy, od której odstąpiono, zwrot świadczeń". Sąd Najwyższy stwierdził jednak, że art. 98 ust. 1 prawa upadłościowego przyznaje prawo do odstąpienia od umowy w innej sytuacji niż wskazane w przepisach ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[4] (dalej: k.c). Po pierwsze, prawo do odstąpienia zostało zastrzeżone wyłącznie dla syndyka – w celu zapewnienia szybkiego odzyskania przez masę upadłości tego, co upadły świadczył na podstawie umowy. Po drugie, syndyk, aby wykonać prawo odstąpienia od umowy, jest dodatkowo ograniczony (winien uzyskać zezwolenie rady wierzycieli, a jeżeli nie została ona powołana, sędziego komisarza). Po trzecie, druga strona nie może żądać tego, co świadczyła na podstawie tej umowy, wprost od syndyka z masy upadłości, ale może dochodzić w postępowaniu upadłościowym należności z tytułu wykonania zobowiązania i poniesionych strat, zgłaszając te wierzytelności sędziemu komisarzowi. W ocenie SN przedstawione odrębności pomiędzy ustawowym odstąpieniem od umowy uregulowanym w przepisach k.c., a odstąpieniem od umowy uregulowanym w przepisach prawa upadłościowego uzasadniają odmienne traktowanie tych instytucji. Podsumowując, Sąd Najwyższy uznał, że odstąpienie na podstawie art. 98 ust. 1 prawa upadłościowego pociąga za sobą zarówno skutki obligacyjne, jak i rzeczowe.

Przedstawione postanowienie należy ocenić krytycznie z następujących przyczyn. W myśl art. 98 ust. 1 prawa upadłościowego, jeżeli w dniu ogłoszenia upadłości (obejmującej likwidację majątku upadłego) zobowiązania z umowy wzajemnej nie zostały wykonane w całości lub w części, syndyk może wykonać zobowiązanie upadłego i zażądać od drugiej strony spełnienia świadczenia wzajemnego lub od umowy odstąpić. Skutki odstąpienia częściowo określa art. 99 prawa upadłościowego, zgodnie z którym jeżeli syndyk odstępuje od umowy, druga strona nie ma prawa do zwrotu spełnionego świadczenia, chociażby świadczenie to znajdowało się w masie upadłości[5]. Strona ta może jedynie dochodzić w postępowaniu upadłościowym należności z tytułu wykonania zobowiązania i poniesionych strat, zgłaszając te wierzytelności sędziemu komisarzowi[6]. W pozostałym zakresie – w odniesieniu do uprawnień syndyka – skutki odstąpienia określa art. 494 k.c.[7] Z przywołanych przepisów, które należy stosować zarówno do umów zobowiązujących, jak i wywołujących skutki rozporządzające, nie wynika jednak wprost, tak jak z art. 395 § 2 zdanie pierwsze k.c., że w razie odstąpienia umowę należy uważać za niezawartą. Nie jest zatem jasne, na jakiej podstawie SN przyjął, że odstąpienie wywołuje *ex tunc* upadek skutków obligacyjnych i rzeczowych umowy[8]. Uzasadnienie nie daje ku temu żadnych wskazówek, choć najpewniej SN brał pod

4 Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.

5 Należy podkreślić, że dotyczy to sytuacji tylko częściowego wykonania zobowiązania przez kontrahenta upadłego. Gdyby bowiem w całości wykonał swoje zobowiązanie, to syndyk nie mógłby odstąpić od umowy. Tak wśród wielu – P. Zimmerman, komentarz do art. 98 prawa upadłościowego, nb. 4, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2012 oraz A. Jakubecki, komentarz do art. 98 prawa upadłościowego, nb. 5, (w:) A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2011. Z uwagi na brak wystarczających informacji w stanie faktycznym, przedstawionym w uzasadnieniu komentowanego postanowienia, przyjmuję, że istniały podstawy do odstąpienia od umowy zgodnie z art. 98 prawa upadłościowego.

6 Druga strona może więc żądać jedynie „pieniężnego wynagrodzenia za dokonane świadczenie oraz odszkodowania obejmującego wynagrodzenie poniesionej straty" – tak S. Gurgul, komentarz do art. 99 prawa upadłościowego, nb. 3, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2011.

7 Zob. w szczególności S. Gurgul, komentarz do art. 99 prawa upadłościowego, nb. 5, *Prawo upadłościowe*… oraz P. Zimmerman, komentarz do art. 99 prawa upadłościowego, nb. 4, *Prawo upadłościowe*…

8 Sąd Najwyższy, inaczej niż w swoim postanowieniu z dnia 20 października 2011 r. (IV CSK 47/11, LEX nr 1147774), nie określa też wprost prawa odstąpienia z art. 98 prawa upadłościowego jako autonomicznej instytucji prawa upadłościowego. Z drugiej strony należy zwrócić uwagę, że w przepisach prawa upadłościowego ustawodawca – poza art. 99 – nie określił skutków odstąpienia przez syndyka od umowy wzajemnej.

uwagę właśnie brzmienie art. 395 § 2 zdanie pierwsze k.c.[9]

Co więcej, jako niefortunne należy uznać zawarte w tezie postanowienia twierdzenie, że odstąpienie wywołuje skutek obligacyjny i rzeczowy. Dotąd Sąd Najwyższy przez skutki obligacyjne odstąpienia rozumiał powstanie obowiązku (zobowiązania) powrotnego przeniesienia prawa własności na drugą stronę umowy[10]. Stwierdzenie, że odstąpienie wywołuje skutek obligacyjny i rzeczowy, można ewentualnie odnieść do wygaśnięcia skutków umowy, od której syndyk odstępuje, czyli przyjęcia, że ustają obligacyjne i rzeczowe skutki umowy przenoszącej prawo użytkowania wieczystego i prawo własności. Niemniej jednak, przedstawiona kwestia wywołuje niepotrzebnie wątpliwości.

Komentowane postanowienie wprowadza zamęt w określeniu skutków odstąpienia od umów przenoszących własność lub prawo użytkowania wieczystego. W zależności bowiem od tego, czy podstawą odstąpienia będą przepisy prawa upadłościowego, czy przepisy k.c., różne będą skutki prawne odstąpienia. Jeśli od umowy, takiej jak w stanie faktycznym, odstąpi syndyk na podstawie art. 98 prawa upadłościowego, to odstąpienie wywoła skutki rzeczowe, czyli prawo użytkowania wieczystego oraz prawo własności budynku staną się składnikami masy upadłościowej. Jeśli jednak upadły byłby kupującym, a sprzedawca, choć nie wykonałby jeszcze w pełni swojego zobowiązania, przeniósłby już użytkowanie wieczyste i prawo własności budynków na upadłego, to w wyniku odstąpienia przez syndyka od umowy uzyskałby wyłącznie roszczenie o wynagrodzenie szkody związanej z utratą prawa własności (z uwagi na brzmienie art. 99 prawa upadłościowego). Z kolei gdyby odstąpienie od umowy, takiej jak w stanie faktycznym, nastąpiło na skutek naruszenia zobowiązania (np. na podstawie art. 491 § 1 k.c.), to wywołałoby jedynie skutki obligacyjne (powstawałoby roszczenie o powrotne przeniesienie prawa użytkowania wieczystego i prawa własności budynków). Warto podkreślić, że SN, przedstawiając argumenty za zróżnicowaniem przywołanych sytuacji, nie odpowiada na podane przez siebie argumenty przemawiające za skutkami obligacyjnymi odstąpienia. Nie jest zatem jasne, dlaczego pogląd (nietrafny[11]) o niedopuszczalnym przeniesieniu prawa własności nieruchomości w drodze jednostronnej czynności prawnej, które miałoby następować z chwilą odstąpienia od umowy (przy założeniu skutków rzeczowych), staje się nieaktualny w odniesieniu do odstąpienia w trybie opisanym w art. 98 prawa upadłościowego. Nie jest też jasne, jakie racje uzasadniają rezygnację z ochrony „bezpieczeństwa obrotu", co podkreślał SN w przypadku odstąpienia ustawowego na podstawie przepisów k.c. Jeśli bowiem – przykładowo – kontrahent upadłego darował prawo użytkowania wieczystego wraz z prawem własności budynków, to obdarowany nie jest chroniony (syndyk mógłby żądać wydania gruntu obciążonego użytkowaniem wieczystym – oraz budynków na nim posadowionych – wprost wobec obdarowanego, na podstawie odpowiednio i przez analogię stosowanego art. 222 § 1 k.c.[12]). Sąd Najwyższy nie wyjaśnia też, dlaczego zezwolenie rady wierzycieli albo sędziego komisarza na odstąpienie od umowy, przyznanie prawa do odstąpienia wyłącznie syndykowi lub w końcu ograniczenie w art. 99 prawa upadłościowego roszczeń kontrahenta upadłego – mają przemawiać za skutkami rzeczowymi odstąpienia. Pogląd przedstawiony przez sąd okręgowy i bezkrytycznie przyjęty przez Sąd Najwyższy, według którego cel postępowania upadłościowego wskazuje na skutki ustawowego odstąpienia od umowy wzajemnej na podstawie art. 98 prawa upadłościowego, nie zasługuje na aprobatę. Skutki odstąpienia od umowy winny być jednolite

9 Krytyczne uwagi wobec takiej praktyki i argumenty za traktowaniem art. 494 k.c. jako samodzielnego „źródła roszczeń o zwrot świadczeń w przypadku odstąpienia od umowy" przedstawia F. Zoll, *Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań*, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6. *Prawo zobowiązań – część ogólna. Suplement*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010, s. 206–210.

10 Zob. m.in. przywoływaną uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1994 r.

11 Zob. w szczególności uwagi E. Drozda, który podkreśla, że argument ten polega na nieporozumieniu (glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 1994 r. (w:) „Przegląd Sądowy" 1995, nr 10, s. 118).

12 Zob. Z. Truszkiewicz, *Użytkowanie wieczyste. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2006, s. 539–541.

w przypadku wszystkich umów przenoszących własność (ruchomości i nieruchomości), zarówno na podstawie art. 491 i n. k.c., jak i art. 98 prawa upadłościowego.

Na marginesie powyższych rozważań warto zwrócić uwagę na poruszone przez sąd okręgowy i nierozpatrywane przez SN zagadnienie dotyczące dokumentów stanowiących podstawę wykreślenia kupującego z księgi wieczystej w razie odstąpienia od umowy sprzedaży (przy przyjęciu rzeczowych skutków odstąpienia). Sąd okręgowy przyjął, że dokumentami tymi są: odpis postanowienia o zezwoleniu sędziego komisarza (rady wierzycieli) na odstąpienie przez syndyka od umowy wzajemnej na podstawie art. 98 prawa upadłościowego[13], dokument obejmujący oświadczenie o odstąpieniu oraz dokument potwierdzający złożenie oświadczenia o odstąpieniu. Powstaje jednak na tym tle kilka wątpliwości. Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (dalej: u.k.w.h.)[14] wpis w księdze wieczystej może być dokonany na podstawie dokumentu z podpisem notarialnie poświadczonym (jeżeli przepisy szczególne – tak jak w omawianym przypadku – nie przewidują innej formy dokumentu). Dokumentem stanowiącym podstawę wpisu w wypadku opisanym w stanie faktycznym leżącym u podstaw komentowanego orzeczenia jest niewątpliwie dokument obejmujący oświadczenie o odstąpieniu od umowy sprzedaży, które winno być *ad intabulationem* dokonane w formie pisemnej z podpisem notarialnie poświadczonym[15], oraz odpis postanowienia o zezwoleniu na odstąpienie od umowy sprzedaży (którego nie dotyczy wymóg zachowania wspomnianej wyżej formy[16]). Sprzedawca (ściślej – syndyk) winien również udowodnić, że skutecznie w rozumieniu art. 60 § 1 k.c. złożył kupującemu oświadczenie o odstąpieniu (dowód doręczenia, a nie nadania). Dla dokumentu potwierdzającego doręczenie oświadczenia o odstąpieniu nie musi być jednak – jak słusznie zauważył sąd okręgowy – zachowana forma, o której stanowi art. 31 ust. 1 u.k.w.h. W omawianym orzeczeniu SN nie wypowiedział się co do zakresu kognicji sądu wieczystoksięgowego w odniesieniu do badania przesłanek odstąpienia od umowy, o których stanowi art. 98 prawa upadłościowego[17]. Nie jest zatem jasne, czy sąd wieczystoksięgowy bada samodzielnie przesłanki odstąpienia z art. 98 prawa upadłościowego, czy ogranicza się wyłącznie do sprawdzenia, czy sędzia komisarz (rada wierzycieli) skutecznie zezwolił na odstąpienie.

Sumując, niestety, komentowane postanowienie nie wnosi niczego nowego do dyskusji o skutkach odstąpienia (ustawowego) od umowy, a jedynie wprowadza niepotrzebny chaos. Sąd Najwyższy zdaje się przy tym nie zauważać w ogóle argumentów – tak przemawiających za rzeczowymi skutkami odstąpienia[18], jak i tych przemawiających za obligacyjnymi skutkami odstąpienia[19]. Przytaczona w postanowieniu argumentacja została już dawno zakwestionowana, co uzasadniałoby podjęcie przez Sąd Najwyższy próby autoweryfikacji swoich wcześniejszych poglądów. Próby tej jednak nie podjął.

Opracował *Michał Kućka*

Wyrok SN z dnia 8 marca 2012 r., III CSK 221/11, LEX nr 1164737

Błąd, o którym mowa w art. 84 k.c., obejmuje także błąd co do prawa, co dotyczy m.in. mylnego wyobrażenia o skutkach prawnych wynikających ze złożonego oświadczenia woli.

Z tego względu, że błąd dotyczy sfery wewnętrznej podmiotu

13 Zob. art. 206 ust. 1 pkt 5 oraz art. 213 ust. 1 prawa upadłościowego.

14 Dz.U. Nr 124, poz. 1361, z późn. zm.

15 Zgodnie z art. 77 § 3 *in fine* k.c. dla oświadczenia o odstąpieniu od umowy przenoszącej własność nieruchomości zastrzeżona jest jedynie forma pisemna pod rygorem utrudnień dowodowych.

16 Zob. np. E. Bałan-Gonciarz, H. Ciepła, komentarz do art. 31 u.k.w.h., nb. 10, (w:) *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz po nowelizacji prawa hipotecznego. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej*, Warszawa 2011.

17 Inną kwestią, którą należałoby rozstrzygnąć w razie przyjęcia założenia, że odstąpienie wywołuje zawsze skutki rzeczowe (nawet w wypadku odstąpienia na podstawie art. 491 § 1 k.c. od umowy przenoszącej własność nieruchomości), jest to, jakie dokumenty powinny stanowić podstawę wykreślenia z księgi wieczystej kupującego (oświadczenie o odstąpieniu i dowód jego doręczenia?).

18 Zob. choćby E. Drozd, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa–Kraków 1974, s. 126–127.

19 Zob. m.in. F. Zoll, *Wykonanie i skutki niewykonania…*, s. 206–210.

składającego oświadczenie woli ustalenie wystąpienia błędu, o którym mowa w art. 84 KC, może nastąpić tylko poprzez analizę zewnętrznych okoliczności poprzedzających, towarzyszących złożonemu oświadczeniu woli, jak również tych, które nastąpiły już po złożeniu oświadczenia woli, a mogących mieć znaczenie dla oceny wyobrażenia strony o skutkach podjętej czynności prawnej.

Przed przystąpieniem do komentarza należy przybliżyć okoliczności faktyczne, w związku z zaistnieniem których doszło do wydania niniejszego wyroku. Powódka twierdziła, że liczyła się z koniecznością ustanowienia hipoteki na nieruchomości, która miała zabezpieczyć pożyczkę i w takim też celu stawiła się u notariusza. W jej przekonaniu dokonane czynności miały służyć zabezpieczeniu pożyczki w kwocie 40 000 zł. W rzeczywistości jednak strony zwarły umowę sprzedaży nieruchomości należącej do powódki o wartości ok. 800 000 zł za cenę 120 000 zł. Sąd okręgowy stwierdził, że kwestionowana umowa sprzedaży została zawarta pod wpływem istotnego błędu co do treści czynności prawnej i jako taka jest nieważna. Uznał również, że nawet jeśli druga strona nie wywołała błędu, to o nim wiedziała. Pozwany – prowadzący działalność gospodarczą w branży kredytowo-finansowej – zdawał sobie zdaniem sądu sprawę, że głównym celem powódki było uzyskanie pożyczki.

Na skutek apelacji pozwanego sąd apelacyjny zmienił wyrok w ten sposób, że powództwo oddalił. Treść aktu notarialnego nie budziła zdaniem sądu apelacyjnego wątpliwości co do tego, że strony zawarły umowę sprzedaży nieruchomości, a powódka, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 6 k.c., nie wykazała, że znajdowała się pod wpływem błędu co do treści czynności prawnej. Sąd apelacyjny nie dał wiary zeznaniom powódki, że nie mogła uzyskać kredytu bankowego, gdyż ze względu na problemy z alkoholem oraz zażycie środków uspokajających miała ograniczoną zdolność racjonalnej oceny dokonanej czynności prawnej. Sąd nie odniósł się jednak do wiarygodności tego dowodu w pozostałej części, dotyczącej okoliczności poprzedzających zawarcie umowy. Stwierdził tylko, że powódka miała doświadczenie życiowe w zawieraniu umów sprzedaży, umowy rozdzielności majątkowej, jak również zaciągania kredytów. Sąd apelacyjny nie odniósł się również do wiarygodności dowodu z przesłuchania w charakterze strony pozwanego – w części dotyczącej okoliczności poprzedzających zawarcie umowy. Sąd Najwyższy uchylił wyrok sądu apelacyjnego i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, uznawszy, że sąd drugiej instancji dokonał zasadniczo odmiennej oceny dowodów niż sąd pierwszej instancji, nie wskazując wyraźnie, które z ustaleń sądu pierwszej instancji uznał za nieprawidłowe. Sąd apelacyjny zaniechał – zdaniem SN – odniesienia się do wszystkich ustaleń faktycznych poczynionych przez sąd pierwszej instancji, a które dotyczyły faktów mających zasadnicze znaczenie dla oceny istnienia podstaw do zastosowania w sprawie art. 84 k.c.

Teza komentowanego wyroku wpisuje się w linię orzeczniczą Sądu Najwyższego[20], zgodnie z którą uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli może być dopuszczalne także wtedy, gdy błąd dotyczy treści obowiązującego prawa, co stanowi ograniczenie zasady *ignorantia iuris nocet*. Generalnie zatem teza ta nie stanowi *novum* na gruncie dotychczasowego orzecznictwa. Należy jednak dodać, że błąd co do prawa musi – jak każdy błąd – być istotny i dotyczyć treści czynności prawnej, aby uchylenie od skutków oświadczenia woli było możliwe.

Odnosząc się do stanu faktycznego przedstawionego przez powódkę, należy jednak stwierdzić, że mogło dojść raczej do błędu co do rodzaju czynności prawnej (*error in negotio*)[21], a nie błędu co do prawa. Powódka zawarła bowiem – jak zeznała – umowę sprzedaży w mniemaniu, że ustanowiła hipotekę. Nie można przyjąć, że jej błąd dotyczył treści obowiązującego prawa (a zatem stanowił błąd co do skutków czynności wynikających bezpośrednio z zastosowania przepisów prawa). Błąd powódki nie polegał bowiem na tym, że miała mylne wyobrażenie co do skutków umowy sprzedaży czy skutków

20 Wyrok SN z dnia 24 października 1972 r., I CR 177/72, OSNC 1973, nr 10, poz. 171; wyrok SN z dnia 24 stycznia 1974 r., II CR 761/73, OSP 1973, nr 11, poz. 238; wyrok SN z dnia 12 października 2000 r., IV CKN 144/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 60.

21 Zob. S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, Ossolineum 1974, s. 580–581.

umowy ustanawiającej hipotekę. Jak wynikało z jej twierdzeń, nie zorientowała się, że zawiera umowę sprzedaży, a nie umowę ustanawiającą hipotekę, rozróżniając przy tym skutki każdej z tych umów.

Główny problem stanowi w przedmiotowym stanie faktycznym to, czy taki błąd można uznać za dotyczący treści czynności prawnej. Sąd Najwyższy zdaje się rozumieć błąd dosyć szeroko. Stwierdził bowiem, że oceniając przesłanki błędu, który dotyczy sfery wewnętrznej podmiotu składającego oświadczenie woli, nie można ograniczyć się do treści aktu notarialnego, lecz należy przeanalizować zewnętrzne okoliczności poprzedzające, towarzyszące złożonemu oświadczeniu woli, jak również te, które nastąpiły już po złożeniu oświadczenia woli, a mogące mieć znaczenie dla oceny wyobrażenia strony o skutkach dokonanej czynności prawnej. Zdaniem SN „wymaga to w szczególności uwzględnienia celu gospodarczego, jaki strona, która złożyła oświadczenie woli, chciała osiągnąć, skonfrontowania tego celu z treścią czynności prawnej, oceny stopnia skomplikowania zamierzonej i podjętej czynności prawnej, okoliczności subiektywnych dotyczących możliwości oceny rzeczywistych skutków prawnych dokonanej czynności prawnej przez osobę, która powołuje się na błąd oraz zachowania się drugiej strony poprzedzającego dokonanie tej czynności, w tym wyrażanym przez nią wobec drugiej strony ocenom dotyczącym skutków prawnych, jakie miała wywołać czynność prawna".

W komentowanym rozstrzygnięciu SN słusznie zwrócił uwagę na konieczność uwzględnienia okoliczności towarzyszących zawarciu czynności prawnej. Jest to niezbędne do stwierdzenia, jakie wyobrażenie o rodzaju zawieranej umowy miała powódka i czy pozwany wiedział o błędzie lub z łatwością mógł błąd zauważyć. Podkreślić należy, że nie można utożsamiać błędu „co do treści czynności prawnej" wyłącznie z okolicznościami objętymi treścią oświadczenia woli[22]. Z drugiej strony trzeba jednak pamiętać, że treści czynności prawnej dotyczy błąd tylko co do tych okoliczności, które są dostatecznie ściśle powiązane z całokształtem czynności prawnej. Jest tak – ogólnie ujmując – wtedy, gdy błąd wypacza sens życiowy lub prawny czynności prawnej[23]. Przy takim zastrzeżeniu orzeczenie można zaaprobować.

Uchwała SN z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 46/12, LEX nr 1170492

Zapisem windykacyjnym mogą być objęte przedmioty majątkowe wymienione w art. 981[1] § 2 k.c. należące do majątku wspólnego małżonków pozostających w ustroju wspólności ustawowej.

Komentowana uchwała została wydana w odpowiedzi na pytanie prawne skierowane do Sądu Najwyższego przez sąd okręgowy, do którego wpłynęło zażalenie na odmowę dokonania czynności notarialnej, polegającej na sporządzeniu testamentu zawierającego m.in. zapis windykacyjny spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu wchodzącego w skład majątku wspólnego skarżącego i jego małżonki.

Problem dopuszczalności ustanawiania zapisów windykacyjnych obejmujących przedmioty wchodzące w skład wspólnego majątku małżonków był w dotychczasowym orzecznictwie sądów niższych instancji[24] i części literatury[25] rozstrzygany negatywnie. Podnoszono, że stoi temu na przeszkodzie art. 35 k.r.o.[26], zgodnie z którym żaden z małżonków nie może rozporządzać ani zobowiązywać się do rozporządzania udziałem, który w razie ustania wspólności przypadnie mu w majątku wspólnym lub w poszczególnych przedmiotach należących do tego majątku. Twierdzono również, że spadkodawca musi być właścicielem przedmiotu zapisu i mieć prawo do rozporządzania

22 Tak dobitnie S. Grzybowski, *System…*, s. 582. Zob. szerzej na ten temat B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady oświadczeń woli w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1973, s. 111–114.

23 Tamże, s. 113–114.

24 Postanowienie Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 29 listopada 2011 r., Cz 1006/11. Zob. jednak glosy krytyczne do tego postanowienia: M. Margoński, *Glosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 29 listopada 2011 r., II Cz 1006/11*, „Rejent" 2012, nr 4, s. 131 i n.; Z. Truszkiewicz, *Zapis windykacyjny udziału w rzeczy lub prawie należących do majątku wspólnego małżonków (w świetle postanowienia Sądu Okręgowego w Opolu)*, „Rejent" 2012, nr 5, s. 142 i n.

25 E. Gniewek, *O niedopuszczalności zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków*, „Rejent" 2012, nr 1, s. 29 i n.

26 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2012 r., poz. 788).

nim już w momencie dokonywania zapisu. W związku z tym nie jest możliwe uczynienie przedmiotem zapisu windykacyjnego rzeczy lub prawa, jeśli w chwili testowania są one cudze lub przyszłe. Wskazywano również na komplikacje praktyczne, które wystąpiłyby, gdyby po nabyciu przez zapisobiercę windykacyjnego udziału w składniku byłego majątku wspólnego w wysokości ½ – zgodnie z domniemaniem wynikającym z art. 43 § 1 k.r.o. – doszło do ustalenia przez sąd nierównych udziałów w majątku wspólnym.

W komentowanej uchwale SN opowiedział się za stanowiskiem uznającym dopuszczalność ustanawiania zapisu windykacyjnego, obejmującego przedmioty wchodzące w skład majątku wspólnego małżonków. Sąd Najwyższy podkreślił, że art. 35 k.r.o. dotyczy wyłącznie czynności prawnych *inter vivos* i z tego względu nie może być przeszkodą do ustanowienia zapisu windykacyjnego, którego przedmiotem miałby zostać udział w majątku wspólnym małżonków. Funkcja tego przepisu wyczerpuje się bowiem w momencie, gdy wspólność ustaje, co dzieje się najpóźniej z chwilą śmierci jednego z małżonków, a zatem wtedy, gdy zapis windykacyjny wywiera skutki. Ponadto nie ma – według SN – żadnych podstaw, zwłaszcza w wykładni językowej, aby ograniczać możliwość dysponowania określonymi przedmiotami tytułem zapisu windykacyjnego, stosując jako kryterium to, czy w chwili testowania testator może nimi dysponować. Za dopuszczalne należy zatem przyjąć rozrządzanie tytułem zapisu windykacyjnego rzeczami i prawami przyszłymi oraz cudzymi. Inną kwestią jest zaś skuteczność tych rozrządzeń w chwili otwarcia spadku. Ważny zapis windykacyjny wywoła skutek tylko wtedy, gdy rzecz lub prawo w chwili otwarcia spadku będą istniały i należały do spadkodawcy.

Rozrządzenie przez jednego z małżonków w testamencie udziałem w przedmiocie wchodzącym w skład wspólnego majątku małżonków tytułem zapisu windykacyjnego stanowi sytuację analogiczną do opisanego wyżej uczynienia przedmiotem zapisu windykacyjnego rzeczy, która nie znajduje się w majątku spadkodawcy w chwili testowania, ponieważ udziały w przedmiotach wchodzących w skład wspólnego majątku małżeńskiego (niezbywalne w chwili testowania) stają się zbywalne w chwili otwarcia spadku (gdy wspólność łączna zostaje zastąpiona wspólnością ułamkową)[27]. Należy jednocześnie podkreślić, że zbywalność, o której stanowi 98^{1} § 2 pkt 2 k.c., dotyczy samego przedmiotu zapisu windykacyjnego i nie można jej wiązać z tym, komu przysługuje uprawnienie do rozporządzenia. Nie ma przecież wątpliwości, że rzecz lub prawo jako takie są zbywalne, nawet wtedy, gdy to nie spadkodawca, lecz kto inny jest uprawniony do rozporządzania nimi.

Przedstawioną argumentację należy w całości zaaprobować. Przemawia za nią również wykładnia funkcjonalna. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, „odmienna interpretacja byłaby wyraźnie sprzeczna z *ratione legis* ustawy wprowadzającej do prawa polskiego instytucję zapisu windykacyjnego. Celem tej ustawy było przede wszystkim spełnienie oczekiwań społecznych, które zmierzały do umożliwienia dysponowania konkretnymi przedmiotami z majątku spadkodawcy na wypadek śmierci tak, aby taka dyspozycja wywierała skutek rzeczowy. Znaczne zawężenie zastosowania zapisu windykacyjnego przez wyłączenie z zakresu przedmiotów takiego zapisu składników majątku wspólnego małżeńskiego pozostawałoby w oczywistej sprzeczności z zamiarem ustawodawcy".

Co do ustalenia nierównych udziałów, podnieść należy, że instytucja ta generalnie rodzi problemy i nie są one związane akurat ze specyfiką zapisu windykacyjnego. Słusznie zauważa się, że późniejsze zmodyfikowanie wielkości udziałów przez sąd może nastąpić także w przypadku nabycia w drodze czynności *inter vivos* lub w drodze dziedziczenia udziału w przedmiocie objętym dawniej wspólnością majątkową małżeńską[28]. Problemów powstających w związku z ustaleniem nierównych udziałów nie można zatem uznać za decydujący argument w sprawie dopuszczalności ustanawiania zapisu windykacyjnego, obejmującego udział w przedmiotach wchodzących w skład wspólnego majątku małżonków.

Opracowała *Katarzyna Pałka*

27 Zob. m.in. K. Osajda, *Przedmiot zapisu windykacyjnego i odpowiedzialność zapisobierców windykacyjnych za długi spadkowe oraz zachowki*, „Monitor Prawniczy" 2012, nr 3, s. 129.

28 M. Margoński, *Glosa…*, s. 141.

Paweł Wiliński

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Wyrok SN z dnia 16 października 2012 r., V KK 133/12

W sytuacji gdy uchybieniem określonym w art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k. dotknięte jest orzeczenie sądu I instancji o karze łącznej pozbawienia wolności, zaś w następstwie kontroli odwoławczej prowadzonej w szerszym zakresie na korzyść oskarżonego, tj. w odniesieniu do rozstrzygnięć o winie, istnieją podstawy prawne do orzeczenia nowej kary łącznej pozbawienia wolności (istnienie realnego zbiegu przestępstw) przez sąd odwoławczy, to sąd ten, z uwagi na bezwzględny nakaz wynikający z treści § 1 tego przepisu, jak też mając na względzie konieczność zagwarantowania oskarżonemu takiej samej sytuacji procesowej, gdyby środek odwoławczy został zawężony do zaskarżenia kary łącznej, nie może kary łącznej orzec, a karę taką winien orzec właściwy sąd w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, stosując instytucję wyroku łącznego.

Z uzasadnienia

Odmienne określenie w wyroku skazującym wymierzonej kary cyfrą oraz słownie stanowi nie tylko obrazę art. 413 § 2 pkt 2 k.p.k., ale kwalifikuje się jako sprzeczność orzeczenia, uniemożliwiająca jego wykonanie, a więc uchybienie opisane w art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k. Co więcej, uchybienie takie nie może być prostowane w trybie z art. 105 § 1 k.p.k.[1], a „tłumaczenie" w uzasadnieniu wyroku, jaka kara została faktycznie orzeczona, jawić musi się, co do zasady, jako nieskuteczne, albowiem po pierwsze, uzasadnienie wyroku nie jest sporządzane razem z wyrokiem, jest odrębnym dokumentem procesowym sporządzonym z reguły na wniosek strony, a po drugie, nie usuwa wątpliwości, jaka rzeczywiście kara została wymierzona w wyroku.

W przypadku, gdy w grę wchodzi uchybienie kwalifikowane z art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k., a odnoszące się do określenia kary łącznej, to rzeczywiście w określonej sytuacji procesowej zakres zaskarżenia środkiem odwoławczym wymusza przeprowadzenie kontroli odwoławczej, w której uchybienie mające postać bezwzględnego powodu odwoławczego musi zostać przesunięte niejako na drugi plan. Chodzi tu o sytuację, gdy w wyniku rozpoznania apelacji skierowanej przeciwko rozstrzygnięciu co do winy oskarżonej w zakresie wszystkich czynów, przy sformułowaniu także zarzutu odnoszącego się do kary łącznej, a mającego postać uchybienia z art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k., sąd odwoławczy uznałby, że istnieje podstawa do uchylenia w całości zaskarżonego wyroku (a więc co do winy) lub uniewinnienia oskarżonej od popełnienia tych czynów, a więc rozstrzygnięcia zakresowo korzystniejszego, niż uchylenie samej kary łącznej; wówczas zresztą uchylenie kary łącznej nie mogłoby nastąpić, albowiem nie byłoby także rozstrzygnięcia o karach jednostkowych. Tak więc, w takim układzie procesowym, rozstrzygnięcie kasatoryjne co do kary łącznej musi być poprzedzone rozstrzygnięciem, czy w ogóle kary, które będą podlegały łączeniu, się ostaną, to zaś nakazuje, przy zaskarżeniu wyroku w całości, rozpoznanie w postępowaniu odwoławczym sprawy w zakresie winy za poszczególne przestępstwa. Odmienne postąpienie, a więc uchylenie, niejako

1 Por. np. wyroki SN: z dnia 21 października 2008 r., IV KK 316/08, Lex nr 469190; z dnia 14 czerwca 2010 r., IV KK 104/10, Lex nr 590283.

w pierwszym kroku, kary łącznej i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji, przy dalej istniejącym obowiązku kontroli wyroku sądu I instancji z uwagi na szerszy zakres zaskarżenia (a więc także co do winy, w takim zakresie, w którym środek zaskarżenia wskazywałby, iż uwzględnienie go skutkowałoby niewystąpieniem w ogóle realnego zbiegu przestępstw – np. zaskarżenie dwóch z trzech przestępstw, co oznaczałoby, w przypadku jego zasadności, brak normatywnej podstawy do orzeczenia kary łącznej – art. 85 k.k.), mogłoby prowadzić do braku substratu orzekania w kwestii kary łącznej (np. uchylenie wyroku co do winy w zakresie wszystkich czynów lub uniewinnienie od popełnienia dwóch z trzech przestępstw objętych realnym zbiegiem).

Z tego też powodu, skoro w apelacji obrońcy zaskarżono wyrok w całości co do winy, a więc zakresem zaskarżenia objęto wszystkie przestępstwa przypisane oskarżonej, to najpierw należało stwierdzić, czy na skutek rozpoznania tak ujętej apelacji dojdzie do sytuacji, w której kara łączna dalej będzie miała swój normatywny byt. Jeżeli jednak na skutek takiej kontroli sąd odwoławczy nie dojdzie do wniosku, iż odpadną podstawy do bytu kary łącznej, to winien rozważyć, czy z uwagi na treść art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k. może orzec nową karę łączną za pozostające w zbiegu przestępstwa.

W sytuacji gdy uchybieniem określonym w art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k. dotknięte jest orzeczenie sądu I instancji o karze łącznej pozbawienia wolności, zaś w następstwie kontroli odwoławczej prowadzonej w szerszym zakresie na korzyść oskarżonego, tj. w odniesieniu do rozstrzygnięć o winie, istnieją podstawy prawne do orzeczenia nowej kary łącznej pozbawienia wolności (istnienie realnego zbiegu przestępstw) przez sąd odwoławczy, to sąd ten, z uwagi na bezwzględny nakaz wynikający z treści § 1 tego przepisu, jak też mając na względzie konieczność zagwarantowania oskarżonemu takiej samej sytuacji procesowej, gdyby środek odwoławczy został zawężony do zaskarżenia kary łącznej, nie może kary łącznej orzec, a karę taką winien orzec właściwy sąd w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, stosując instytucję wyroku łącznego. Tylko wówczas dochodzi do zrównania sytuacji oskarżonych niezależnie od tego, w jaki sposób zostaną sformułowane na ich korzyść apelacje. W efekcie sąd odwoławczy winien spowodować „cofnięcie" rozstrzygnięcia do takiego etapu postępowania, w jakim sprawa winna się znaleźć, gdyby w apelacji sformułowano wyłącznie zarzut z art. 439 § 1 pkt 7 k.p.k. w odniesieniu do kary łącznej.

Istnienie prawomocnie orzeczonych kar jednostkowych umożliwia wydanie kary łącznej w trybie wyroku łącznego, a to, iż kary jednostkowe wydane zostały w jednym postępowaniu, nie stanowi przeszkody do połączenia tych kar[2].

2 Por. postanowienie SN z dnia 13 czerwca 2006 r., III KK 392/05, Lex 188383; postanowienie SN z dnia 28 października 1931 r., II K 1108/31, OSNK 1932, z. 2, poz. 25; odmiennie SN w wyrokach: z dnia 7 października 2008 r., II KK 62/08, OSNKW 2008, z. 12, poz. 102; z dnia 4 marca 2009 r., IV KK 349/08, R-OSNKW 2009, poz. 607), skoro spełniony jest warunek z art. 85 k.k.

Wyrok SN z dnia 16 października 2012 r., V KK 391/11

Posłużenie się przez sprawcę Internetem z reguły wzmaga dolegliwość czynu dla osoby, której wpis dotyczy.

Skoro w dacie wnoszenia apelacji nie była cofnięta przez właściwy organ decyzja o wyznaczeniu obrońcy z urzędu, to obrońca ten miał pełne prawo do realizowania swoich uprawnień, i to niezależnie od faktu, że oskarżony ustanowił sobie także obrońcę z wyboru.

Z uzasadnienia

Pogląd, jakoby treści zamieszczane w Internecie są odbierane przez czytelników „mniej dosłownie", jest poglądem czysto intuicyjnym, bowiem nie został wsparty odwołaniem się do orzecznictwa sądowego ani literatury prawniczej lub socjologicznej. Podobnie jak nie sposób traktować całościowo prasy drukowanej jako środka komunikowania i twierdzić, że sposób jego odbioru, w aspekcie oceny przez czytelników wiarygodności zamieszczanych treści, jest jednakowy, tak samo nie należy traktować całościowo Internetu i twierdzić, że z zasady zamieszczane tam wpisy są traktowane przez czytelników mniej dosłow-

nie. Internet, z uwagi na to, iż zastępuje w coraz szerszym zakresie telefon, faks, tradycyjną pocztę, gazetę, radio, a także telewizję, ma zasięg nieporównywalnie większy niż inne tradycyjne media, np. prasa[3]. Znane jest także pojęcie, określane w języku angielskim jako *cyberbullying*, które obejmuje także oczernianie, szykanowanie lub wyszydzanie innych osób za pośrednictwem sieci. Zasięg tego zjawiska jest coraz szerszy i obejmuje także wpisy na forach dyskusyjnych, obelżywe komentarze na czatach i blogach[4]. Wskazuje się również w piśmiennictwie, że akty agresji słownej przy wykorzystaniu Internetu są groźniejsze od tradycyjnych pomówień m.in. z tego powodu, iż materiały mogą być dostępne dla wielu osób, ponadto często takie materiały pozostają w sieci na zawsze, szybko się rozszerzają, a nadzór nad nimi jest praktycznie niemożliwy[5]. Swoboda wielokrotnego powrotu do treści czyni te wpisy bardziej dostępnymi poznawczo, a zarazem przez fakt pozbawienia ich pierwotnego kontekstu, narażonymi na zniekształcające interpretacje[6].

Posłużenie się przez sprawcę Internetem z reguły wzmaga dolegliwość czynu dla osoby, której wpis dotyczy. Wypowiedź, pomijając moderowane fora dyskusyjne, nie jest kontrolowana pod kątem, czy nadaje się do publikacji, i jak już wskazano powyżej, jest dostępna przez długi czas dla dalece większej liczby osób, tak w kraju, jak i za granicą, niż w przypadku użycia innego środka masowego komunikowania, i z reguły jest komentowana, często w niewybredny sposób, powodujący dodatkowe pokrzywdzenie osoby opisanej przez autora wypowiedzi. Pominął wreszcie sąd okręgowy, że domniemane przyzwolenie na zamieszczanie w Internecie dowolnych treści, jeżeli nawet istnieje, to wcale nie jest powszechne. Pojawiają się bowiem liczne głosy, które z zaniepokojeniem odnoszą się do naruszającego dobre obyczaje i prawo sposobu prowadzenia dyskursu publicznego w Internecie i wskazują na realia niektórych innych państw, gdzie egzekwuje się wobec użytkowników Internetu, również wobec autorów prywatnych blogów, a także autorów komentarzy, bezwzględną odpowiedzialność za słowo[7]. Razi też uproszczeniem potraktowanie w kategorii „dobitnego" wyrażenia myśli zamieszczenie wpisu o cechach zniesławienia, jak też przyjęcie bez należytego uzasadnienia, że i w takim wypadku oskarżony kierował się wyłącznie chęcią informowania lokalnej społeczności o problemach ich gminy oraz pobudzenia jej do większego zainteresowania się funkcjonowaniem lokalnej władzy.

Ze względu na charakter pełnionej przez oskarżycielkę funkcji – funkcji burmistrza – kryteria karalnego pomówienia muszą być uchwytne. Nie mogą być nimi ogólnikowe i niepoddające się weryfikacji felietonistyczne i opiniotwórcze wypowiedzi, jak się wydaje, nastawionego negatywnie do oskarżycielki prywatnej będącej mieszkanką gminy, lecz winny to być zarzuty konkretne i poddające się weryfikacji w zakresie faktów, które dodatkowo dla uznania ich karalności – mogą adresata tych wypowiedzi poniżyć lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska w rozumieniu art. 212 § 1 k.k. Niewybrednych w swojej formie i treści wypowiedzi, do których na swoim blogu posunął się Ł.K., a które to wypowiedzi w zakresie dysputy o sprawach społecznych i publicznych na szczeblu gminnym plasują się poniżej minimalnych wymogów kultury i dobrych obyczajów, nie można jednak zaliczyć do kategorii przestępstwa z art. 212 § 2 k.k., z uwagi tak na brak niezbędnego elementu ich konkretności, jak i na wyrażany wielokrotnie w orzecznictwie europejskim pogląd, iż inne są kryteria dozwolonej krytyki i wolności słowa wobec osób pełniących funkcje publiczne. Osoby, które podjęły się wypełniać misję społeczną, muszą mieć z tego powodu „grubszą skórę" niż zwykły obywatel i być bardziej odporne na krytykę, również tę ocierającą się o dopuszczalne granice[8].

3 Zob. Z. Majchrzak, *Realna i wirtualna rzeczywistość* (w:) Z. Majchrzak, J.F. Terelak (red.) *Agresja wirtualna vs realna. Poglądy i badania*, Białystok 2011, s. 26–27.

4 Por. Z. Majchrzak, *Realna i wirtualna…*, s. 28.

5 Tamże, s. 30.

6 Zob. E. Dolata, M. Niesiobędzka, I. Dolata, *Porządek normatywny w cyberprzestrzeni* (w:) Z. Majchrzak, J.F. Terelak (red.) *Agresja…*, s. 73.

7 Zob. np. list otwarty *Stop nienawiści w sieci*, „Tygodnik Powszechny" 2012, nr 31.

8 Por. m.in. wyroki ETPC: z dnia 2 lutego 2010 r. skarga nr 571/04, *Kubaszewski przeciwko Polsce*; z dnia 22 czerwca

Sąd Najwyższy uznał także za oczywiście bezzasadny zarzut rzekomej obrazy przez sąd odwoławczy przepisów art. 430 § 1 k.p.k. w zw. z art. 429 § 1 k.p.k., która zaistnieć miała na skutek rozpoznania apelacji wniesionej przez adwokata, który w ocenie skarżącego – z uwagi na to, że oskarżony ustanowił już obrońcę z wyboru – stał się osobą nieuprawnioną do reprezentowania oskarżonego, a przez to jego apelacja powinna być pozostawiona bez rozpoznania. Taka interpretacja przepisu art. 78 § 1 k.p.k. oraz art. 81 § 1 k.p.k. jest nie do zaakceptowania i nie znajduje ani oparcia normatywnego, ani też wsparcia w linii orzecznictwa sądowego[9]. Wydaje się, że autor tego zarzutu, dokonując interpretacji tychże przepisów, nie wziął pod uwagę, iż czym innym jest obowiązek, a czym innym uprawnienie do wykonywania obrony. Skoro w dacie wnoszenia apelacji nie była cofnięta przez właściwy organ decyzja o wyznaczeniu obrońcy z urzędu, to obrońca ten miał pełne prawo do realizowania swoich uprawnień, i to niezależnie od faktu, że oskarżony ustanowił sobie także obrońcę z wyboru.

2010 r. skarga nr 410 29/06, *Kurłowicz przeciwko Polsce*; z dnia 21 lutego 2012 r. skarga nr 34472/07, *Gąsior przeciwko Polsce*.

9 Por. postanowienie SN z dnia 27 października 2005 r., I KZP 30/05, OSNKW 2005, z. 11, poz. 107; postanowienie SN z dnia 5 października 2007 r., IV KK 261/07, R-OSNKW 2007, poz. 2195; wyrok SN z dnia 14 stycznia 2005 r., V KK 309/04; OSNKW 2005, z.2, poz. 19.

Wyrok SN z dnia 17 października 2012 r., III KK 478/11

Sąd nie może samodzielnie dokonać zmian w treści wniosku złożonego przez prokuratora na podstawie art. 335 § 1 k.p.k., a każda samodzielna zmiana treści takiego wniosku przez sąd stanowi zmianę warunków porozumienia zawartego pomiędzy prokuratorem a oskarżonym, co w konsekwencji oznacza, że sąd wymierza oskarżonemu karę, na którą prokurator i oskarżony nie wyrazili zgody

Z uzasadnienia

Artykuł 335 § 1 k.p.k. wprowadza do procesu karnego element negocjacji procesowych pomiędzy oskarżycielem a oskarżonym. Jest przy tym sprawą oczywistą, że owe „uzgodnienia", o których mówi wyżej wymieniony przepis, dotyczą treści wniosku prokuratora, z jakim ten występuje do sądu. Wniosek prokuratora o orzeczenie „uzgodnionych z oskarżonym kary lub środka karnego" (oskarżyciel i oskarżony zgadzają się jedynie na takie, jak zawarte we wniosku, rozstrzygnięcie sprawy), jest w tym sensie wiążący dla sądu, że potrzeba dokonania zmiany w jego treści wymaga dokonania modyfikacji wniosku z udziałem stron bądź skierowania sprawy do rozpoznania na zasadach ogólnych (art. 343 § 7 k.p.k.: „jeżeli sąd uzna, że nie zachodzą podstawy do uwzględnienia wniosku, sprawa podlega rozpoznaniu na zasadach ogólnych"; zob. wyrok SN z dnia 2 lutego 2011 r., V KK 382/10, LEX nr 785292).

Sąd przy tym nie może uchylić się od zbadania sprawy, zarówno pod kątem ustaleń faktycznych i zawinienia, jak i zastosowanych przepisów prawa materialnego, zaś w sytuacji, gdy uzna, że oskarżony nie popełnił zarzucanego mu przestępstwa, gdy zauważa potrzebę zmiany kwalifikacji prawnej czynu, i to niezależnie, czy miałaby to być zmiana w kierunku łagodniejszym, czy też surowszym, bądź też dostrzega inne wady prawne propozycji oskarżyciela publicznego (np. dotyczące kwestii środków karnych, których orzeczenie jest obligatoryjne), nie tylko nie może wniosku takiego uwzględnić, lecz wręcz zobligowany jest – stosownie do treści art. 343 § 7 k.p.k. – skierować sprawę do rozpoznania na zasadach ogólnych, chyba że w toku posiedzenia prokurator za zgodą oskarżonego dokona modyfikacji wniosku w kierunku przez sąd postulowanym[10].

Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, że sąd nie może samodzielnie dokonać zmian w treści wniosku złożonego przez prokuratora na podstawie art. 335 § 1 k.p.k., a każda samodzielna zmiana treści takiego wniosku przez sąd stanowi zmianę warunków porozumienia zawartego pomiędzy prokuratorem a oskarżonym, co w konsekwencji oznacza, że sąd wymierza oskarżonemu karę, na którą prokurator i oskarżony nie wyrazili zgody. Jeżeli zatem sąd

10 Zob. wyrok SN z dnia 7 marca 2012 r., II KK 14/12, „Prokuratura i Prawo" 2012, nr 6–7, wkładka; wyrok SN z dnia 22 listopada 2006 r., III KK 366/06, R-OSNKW 2006, poz. 2211.

orzeka na posiedzeniu z wniosku prokuratora o wydanie wyroku skazującego – bez przeprowadzenia rozprawy, bez uprzedniej modyfikacji stanowiska stron – karę inną niż proponowana przez oskarżyciela albo też karę, na którą oskarżony nie wyraził wcześniej zgody, to tym samym rażąco narusza art. 335 § 1 k.p.k. i art. 343 § 7 k.p.k.[11].

Istotne przy tym jest to, że art. 335 § 1 k.p.k. nie pozwala na formułowanie wniosków co do kar poza granicami wynikającymi z prawa karnego materialnego. Wniosku takiego nie wolno jest sądowi uwzględniać na posiedzeniu, chyba że doszłoby tu do jego modyfikacji w tym zakresie, ale jeśli jest ona niemożliwa, np. z uwagi na nieobecność oskarżonego, to winno to skutkować skierowaniem przez sąd sprawy na rozprawę, jak stanowi o tym przepis art. 343 § 7 k.p.k. Wniosek prokuratora złożony w trybie art. 335 § 1 k.p.k. musi bowiem odpowiadać wymogom prawa karnego materialnego, a jeśli temu nie czyni zadość, to sąd nie może go uwzględnić, albowiem nie może w konsekwencji akceptować wyroku, którego treść byłaby niezgodna z prawem[12]. W takim też znaczeniu wadliwy wniosek prokuratora o rozstrzygnięcie sprawy w trybie art. 335 § 1 k.p.k. nie powinien być przez sąd uwzględniony[13].

Nie można tracić z pola widzenia i tej okoliczności, że wymóg z art. 335 § 1 k.p.k., aby okoliczności popełnienia przestępstwa nie budziły wątpliwości, dotyczy nie tylko stanu faktycznego sprawy, ale także kwestii kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego oskarżonemu. W wypadku bowiem, gdy nie jest ona prawidłowa, sąd nie może uwzględnić wniosku bez jego modyfikacji w tym zakresie[14].

Wyrok SN z dnia 30 października 2012 r., II KK 9/12

Zgodnie z zasadą skargowości (art. 14 § 1 k.p.k.) ramy postępowania jurysdykcyjnego są określone przez zdarzenie historyczne opisane w akcie oskarżenia, a nie przez poszczególne elementy tego opisu. Zatem zasada skargowości nie ogranicza sądu w ustaleniach wszystkich cech faktycznych tego zdarzenia oraz w zakresie oceny prawnej rozpoznawanego czynu. W konsekwencji sąd nie jest związany ani szczegółowym opisem czynu zawartym w zarzucie aktu oskarżenia, ani kwalifikacją prawną nadaną temu czynowi przez oskarżyciela.

Dlatego, jak to wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, nie jest wyjściem poza ramy oskarżenia takie postąpienie, w którym sąd w wyniku przeprowadzonego przewodu sądowego i weryfikacji ujawnionego materiału dowodowego:

1) ustali, że rozpoznawane przez niego zdarzenie miało miejsce w innym czasie, niż to przyjął prokurator w akcie oskarżenia, choćby swe twierdzenia podtrzymywał w trakcie rozprawy sądowej. Ustalenie możliwie dokładnej daty popełnienia przestępstwa jest bowiem nie tylko prawem, ale i obowiązkiem sądu;

2) dokona w wyroku pewnych ustaleń faktycznych odmiennie, niż to zostało przyjęte w akcie oskarżenia, popieranym przez prokuratora; przy czym ustalenia te mogą dotyczyć nie tylko strony przedmiotowej, ale także (co nawet występuje częściej) strony podmiotowej czynu;

3) przyjmie odmienne, co do szczegółów, zachowanie się i sposób działania poszczególnych sprawców, tożsamości zdarzenia nie może bowiem wyłączać to, że postępowanie dowodowe doprowadzi do ustaleń, iż nie wszyscy uczestnicy zdarzenia, które stanowiło dla prokuratora asumpt do wystąpienia z oskarżeniem, zachowywali się tak, jak im to zarzucono;

4) powiąże zachowanie oskarżonego, zarzucane mu w akcie oskarżenia, z innym skutkiem, niż to stwierdza prokurator.

Warunkiem wprowadzenia jednej, czy też nawet wszystkich powyższych zmian, jest jedynie to, aby w realiach dowodowych konkretnej sprawy oczywistym było, iż sąd dokonywał oceny tego samego zachowania oskarżonego, które

11 Zob. wyrok SN z dnia 25 marca 2009 r., III KK 33/09, R-OSNKW 2009, poz. 756.

12 Zob. wyrok SN z dnia 19 maja 2009 r., V KK 110/09, R-OSNKW 2009, poz. 1154; uchwała SN z dnia 8 lutego 2000 r., I KZP 52/99, OSNKW 2000, z. 3–4, poz. 27; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 grudnia 2008 r., II AKa 352/08, KZS 2009/3/67.

13 Zob. wyrok SN z dnia 28 października 2008 r., V KK 288/08, R-OSNKW 2008, poz. 2146.

14 Zob. wyrok SN z dnia 18 stycznia 2011 r., V KK 405/10, LEX nr 736408.

stanowiło przedmiot oskarżenia (tzw. tożsamość czynu zarzucanego i przypisywanego).

Ustalenie przez sąd okręgowy w uzasadnienia wyroku szczegółów pobicia pokrzywdzonego T.N. przez oskarżonego R.R. (we współdziałaniu z ustaloną osobą, która zmarła w toku niniejszego postępowania) dokładnie w tych samych okolicznościach, a nawet w ten sam sposób (co do podziału ról, jak i co do użytych narzędzi: oskarżony – metalową rurką, zaś osoba współdziałająca – siekierą), w jaki opisane to zostało w uzasadnieniu aktu oskarżenia, a co więcej – uczynienie tego w oparciu o źródła dowodowe, które także prokurator wskazywał jako fundament dowodowy aktu oskarżenia, nie może pozostawiać najmniejszych wątpliwości co do tego, że sąd ten dokonywał oceny tego samego zdarzenia historycznego, o które prokurator oskarżył R.R. i co do którego oskarżenie swe popierał, a zatem, że sąd zarazem uprawniony i zobowiązany był dokonać jego osądu. Nie może w najmniejszym stopniu zmienić tej oceny to, że sąd umiejscowił dowodowo to zdarzenie w dniu 4 grudnia 2005 r., zaś prokurator utrzymywał, że miało ono miejsce w dniu 11 grudnia 2005 r. Wszak zarówno z zeznań świadka, jak i z wyjaśnień oskarżonego R.R., złożonych na etapie, gdy przyznawał się on do udziału w czynie stanowiącym przedmiot oskarżenia (którym to źródłom dowodowym sądy wyrokujące dały wiarę), jasno wynika, że było jedno tylko takie zdarzenie z udziałem T.N. jako pokrzywdzonego, a R.R. i (zmarłego) H.N. jako napastników, a ustaleniu takiemu sądy wyrokujące w niniejszej sprawie nie zaprzeczyły.

Nie powinno powyższej konstatacji zmienić ani to, że według ocen sądu T.N. widziany był po dniu 4 grudnia 2005 r. przez paru świadków, ani też to, że czas „po przyznanym przez R.R. pobiciu T.N. i opuszczeniu przez oskarżonego jego mieszkania (…) stanowi niemożliwą do wypełnienia lukę w łańcuchu poszlak, który prowadziłby do wniosku, iż śmierć pokrzywdzonego jest konsekwencją działań oskarżonego". Eksponowane okoliczności mogą jedynie wpłynąć na oceny co do stopnia uszkodzeń ciała, jakich w zdarzeniu opisanym w akcie oskarżenia, a przyjętym przez sądy za udowodnione, mógł doznać pokrzywdzony, a tym bardziej – na brak możliwości przyczynowego związania tego pobicia ze zgonem T.N.

Odzwierciedlony w protokołach rozpraw przebieg przewodu sądowego, a przede wszystkim to, że sąd okręgowy uprzedził strony (w trybie art. 399 § 1 k.p.k.) o możliwości zakwalifikowania czynu oskarżonego według innego przepisu prawa, mógłby powodować nadzieję, że do pewnego momentu procedowania organ ten prawidłowo postrzegał zasadę skargowości. Wszak do uprzedzenia o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej czynu może i powinno dochodzić jedynie wówczas – *verba legis* – „jeżeli w toku rozprawy okaże się, że nie wychodząc poza granice oskarżenia…" możliwe jest dokonanie takiej operacji. Nie ma przy tym, rzecz jasna, żadnego znaczenia to, czy oskarżyciel podziela zapatrywanie sądu co do potrzeb zmian w ocenie prawnej czynu zarzucanego, czy też popiera akt oskarżenia w dotychczasowej „formie i treści".