FORUM PRAWNICZE

NUMER 1 (15)
LUTY 2013

Spis treści

WYWIAD

3 **Wywiad z Carlosem Floresem Juberíasem**

ARTYKUŁY

Christian Baldus
10 **Perspektywy nauki prawa w świetle raportu niemieckiej Rady Nauki**

Andrzej Elżanowski, Tomasz Pietrzykowski
18 **Zwierzęta jako nieosobowe podmioty prawa**

Grzegorz Blicharz
28 **Pożyczka morska. Ślepa uliczka zachodniej tradycji prawnej?**

Piotr Michalik
36 **Czy Sąd Najwyższy USA zalegalizuje małżeństwa homoseksualne? *Hollingsworth v. Perry* i *United States v. Windsor***

POLEMIKA

Tomasz Gizbert-Studnicki
50 **Pozytywistyczny park jurajski**

RECENZJA

Artur Barczewski
60 **Wokół problematyki autonomii woli w prawie prywatnym. Recenzja książki *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law***

ORZECZNICTWO

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

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

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski
82 **Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu**

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

Mariusz Stanik
92 **Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne**

Paweł Wiliński
97 **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 (15) | Luty 2013
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

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

RADA PROGRAMOWA
Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach
prof. Martin Avenarius
prof. Petr Blaho
prof. Bartosz Brożek
prof. Zbigniew Cieślak
prof. Tomasz Giaro
prof. Joseph Hoffmann
prof. Sang Yong Kim
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
prof. Daniil Tuzov
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.

Wywiad z Carlosem Floresem Juberíasem

Carlos Flores Juberías

Prawnik, politolog, od 1995 r. profesor w Katedrze Prawa Konstytucyjnego, Nauk Politycznych i Administracji Wydziału Prawa Uniwersytetu w Walencji. Stypendysta fundacji Fulbrighta (1993–1994). Profesor wizytujący na Uniwersytecie Kalifornijskim w San Diego. Doktor Honoris Causa Uniwersytetu San Francisco Xavier w Sucre (Bolivia). Redaktor Naczelny „Cuadernos Constitucionales". Członek rad programowych „Central European Political Science Review", „Public Administration and Local Government Center" w Belgradzie oraz „Centro de Estudios y Análisis de Seguridad de la Universidad de Granada". Autor licznych monografii, m.in. „La transformación de las políticas sociales en la Europa del Este" (2001), „Estudios sobre la Europa Oriental" (2002), „Rusia, en vísperas de su futuro" (wsp. A. Colomer, 2002), „De la Europa del Este al este de Europa" (2006), „España y la Europa Oriental: tan lejos, tan cerca" (2009) oraz „Europa, veinte años después del Muro" (2009).

J.S.: Walencja jest trzecim co do wielkości – po Madrycie i Barcelonie – miastem Hiszpanii. Czy znajduje to przełożenie na rozwój Walencji jako ośrodka akademickiego?

C.F.J.: Bez wątpienia Walencja jest jednym z najważniejszych ośrodków uniwersyteckich w Hiszpanii. Jest tak, po pierwsze, ze względu na długą tradycję uniwersytetu w Walencji. Został on założony w 1499 r. przez króla Ferdynanda II Aragońskiego i papieża Aleksandra VI, liczy więc sobie ponad 500 lat. Po drugie, znaczenie Uniwersytetu wynika z jego różnorodności. Przez ostatnie dziesięciolecia Walencja stała się siedzibą dla czterech innych uniwersytetów (publicznych i prywatnych): Politechniki Walenckiej (*Universidad Politécnica de Valencia*), katolickiego Uniwersytetu CEU Kardynała Herrera, Katolickiego Uniwersytetu Walencji „San Vicente Mártir" oraz Międzynarodowego Uniwersytetu Walenckiego online (*Universidad Internacional Valenciana* – VIU). Trzeba również pamiętać, że Walencja współpracuje z innymi ośrodkami akademickimi z obszaru autonomicznej Wspólnoty Walenckiej: Uniwersytetem w Alicante, Uniwersytetem Jakuba I w Castelló oraz z Uniwersytetem Miguela Hernándeza w Elche. Po trzecie, sądzę, że Walencja jest ważnym ośrodkiem akademickim ze względu na stan i poziom działalności badawczej. Nie wynika on wyłącznie z tego, że walencki kampus uniwersytecki VLC otrzymał ostatnio miano „Międzynarodowy kampus doskonałości", jest także konsekwencją tego, że zajmujemy wiodącą pozycję w wielu dziedzinach badawczych. Walencja, wreszcie, jest niezwykle atrakcyjnym miejscem dla studentów pochodzących spoza Wspólnoty Walenckiej: Uniwersytet w Walencji jest – po Uniwersytecie w Granadzie – głównym ośrodkiem przyjmującym studentów w ramach programu Erasmus w całej Europie. Tak więc bogate życie kulturalne Walencji (którego bardzo ważną częścią są szkoły wyższe), przyjazny klimat, dobra komunikacja i atrakcyjność miasta decydują o sile Walencji.

J.S.: Jest Pan profesorem w Katedrze Prawa Konstytucyjnego, Nauk Politycznych i Admini-

Wywiad z prof. Carlosem Floresem Juberiasem przeprowadził Jarosław Sułkowski we wrześniu 2012 r. w Walencji

stracji. W Polsce w zdecydowanej większości przypadków katedry prawa konstytucyjnego nie zajmują się naukami politycznymi. Proszę powiedzieć, co każda z tych dyscyplin zawdzięcza drugiej i czy ich rozdzielenie jest sztuczne, czy ma uzasadnienie w odmiennościach nauk prawnych i politycznych?

C.F.J.: Przede wszystkim chcę zauważyć, że zatrudnianie profesorów prawa konstytucyjnego i nauk politycznych wynika z przyczyn prawnych. Hiszpańskie prawo wymaga bowiem minimalnej liczby profesorów danej dziedziny dla utworzenia katedry. Stąd też, jeśli – tak jak w naszym przypadku – liczba profesorów nauk politycznych jest za mała, przyłączają się oni do specjalistów prawa ustrojowego zatrudnionych w katedrze prawa konstytucyjnego. Reguła ta, nawiasem mówiąc, doprowadziła do powstania katedr, gdzie zatrudnieni są przedstawiciele dziedzin, delikatnie mówiąc: niejednorodnych. W innych przypadkach – głównie na mniejszych uczelniach, z mniejszą liczbą profesorów – w katedrach zatrudnia się specjalistów z tak szerokiego zakresu dziedzin, że ich zróżnicowanie odpowiada niekiedy strukturze całego wydziału. Czasem też, nawet na dużych uniwersytetach, przekształcenia strukturalne katedr mają uzasadnienie w różnicach metodologicznych, ideologicznych, a nawet personalnych.

Gdy chodzi o mój wydział, uważam, że zatrudnienie profesorów nauk politycznych i prawa konstytucyjnego w jednej katedrze nie jest wyłącznie następstwem wymogów administracyjnych. W Hiszpanii obie dyscypliny mają wspólne korzenie – pochodzą z tego samego „prawa politycznego", które nie podlegało podziałom aż do lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku. Nie można również zapominać, że aż do 1978 r. Hiszpania nie posiadała konstytucji, która mogłaby stać się przedmiotem pogłębionych badań akademickich i naukowych, a prawo polityczne zajmowało się szerokim zakresem zagadnień, poczynając od filozofii polityki, historii doktryn politycznych, przez nauki polityczne, teorię państwa, teorię konstytucji, historię konstytucjonalizmu, prawo konstytucyjne porównawcze, aż – choć w niewielkim stopniu – do studiów nad systemem politycznym danej epoki. Chociaż obecnie prawo konstytucyjne i nauki polityczne są odrębnymi dziedzinami, mają wciąż bardzo szerokie pole wspólne i jest wielu przedstawicieli obu tych dyscyplin (sam się do nich zaliczam), którzy uważają, że analiza prawna instytucji ustrojowych powinna każdorazowo uwzględniać kontekst polityczny, w jakim one funkcjonują. Analogicznie, ocena zachodzących procesów politycznych nie może być dokonywana z pominięciem ich podstaw prawnych. Z tego względu na naszych wydziałach prawa wykłada się nauki polityczne, a na wydziałach nauk politycznych uczy się prawa konstytucyjnego i bardzo powszechne jest, że profesorowie jednej dziedziny kształcą także w zakresie drugiej z nich.

J.S.: W kręgu Pańskich zainteresowań poczytne miejsce zajmuje Europa Wschodnia. Z kolei w Europie Środkowej i Wschodniej badacze chętnie odnoszą się do rozwiązań zachodnioeuropejskich. Skąd, Pana zdaniem, bierze się zainteresowanie badaczy krajami spoza ich kręgu kulturowego?

C.F.J.: Na wstępie chcę powiedzieć, że nie zgadzam się z zawartą w pytaniu tezą głoszącą, że zainteresowanie naukowców z Polski albo z krajów tego samego regionu Europy rozwiązaniami zachodnioeuropejskimi oznacza prowadzenie badań nad państwami spoza kręgu kulturowego. Osobiście uważam, że komunizm – którego obecność w Europie nie była wynikiem swobodnej decyzji jakiegokolwiek narodu, lecz wynikała z narzuconej siłą decyzji – skutkował niestety długą przerwą w historii Europy, ale którą na szczęście udało się przetrwać. Dlatego też pojęcia „Europa Zachodnia" i „Europa Wschodnia" nie mają po prostu sensu. Zwłaszcza że w obu częściach Europy mamy tę samą kulturę prawną, opartą na godności ludzkiej i na założeniu, że władza służyć ma człowiekowi. Naturalnie, w różnych okresach i w obliczu różnorodnych problemów reakcje prawa na rzeczywistość także były zróżnicowane i pożądane jest, by kraje, które dokonały

tranzycji systemu i są częścią zintegrowanej Europy, chciały wziąć pod uwagę doświadczenia i strategie wykorzystane przez inne kraje, które pokonywały podobną drogę lata wcześniej. W szczególności trzeba sięgać po doświadczenia krajów, które osiągnęły sukces w warunkach stabilności politycznej, rozwoju ekonomicznego i z poszanowaniem praw fundamentalnych.

J.S.: Szczególne znaczenie dla Pańskiej aktywności badawczej mają kraje bałkańskie. Jak Pan ocenia szanse Serbii oraz innych krajów tego regionu na integrację z Unią Europejską?

C.F.J.: Rzeczywiście, choć moje zainteresowania naukowe na początku skupiały się na krajach Europy Środkowej, w których transformacje systemu były

Komunizm – którego obecność w Europie nie była wynikiem swobodnej decyzji jakiegokolwiek narodu – skutkował niestety długą przerwą w historii Europy, którą na szczęście udało się przetrwać. Dlatego też pojęcia „Europa Zachodnia" i „Europa Wschodnia" nie mają po prostu sensu.

Dobrze, gdyby państwa postkomunistyczne zdały sobie również sprawę z konieczności szybkiego znalezienia wiarygodnych modeli zmiany systemów politycznych.

Z kolei gdy chodzi o moje zainteresowanie tymi procesami, wynika ono z trzech przyczyn. Pierwszy powód – według mnie powierzchowny – wynika z osobistej fascynacji tymi geograficznie bliskimi, ale enigmatycznymi i egzotycznymi krajami. Po drugie, duże znaczenie miał szczęśliwy zbieg okoliczności, a mianowicie pierwsze kroki w procesie demokratyzacji krajów europejskich zbiegły się w czasie z początkiem mojej aktywności naukowej w obszarze prawa konstytucyjnego, przykuwając natychmiast moją uwagę i powodując, że mój rozwój naukowy następował równolegle ze zmianami demokratycznymi, instytucjonalną konsolidacją oraz integracją w Europie. Trzeci powód nawiązuje do mojej tożsamości – mam szczerą nadzieję, że ów proces zmian zakończy się powodzeniem i że moje zaangażowanie i wkład w te zmiany uczynią je bardziej zrozumiałymi i dostępniejszymi dla hiszpańskiej opinii publicznej i, szerzej, dla opinii publicznej krajów hiszpańskojęzycznych.

wcześniejsze, szybsze i bardziej skuteczne niż w innych krajach byłego bloku socjalistycznego, prawdą jest, że od pewnego czasu skoncentrowałem się na krajach bałkańskich. Zasadniczą tego przyczyną była chęć bliższego przyjrzenia się scenariuszom politycznym rysującym się w tych państwach, w których stabilizacja polityczna została już osiągnięta, a na horyzoncie pojawia się możliwość ich pełnej integracji europejskiej. Nadto studia nad realiami politycznymi krajów bałkańskich wiążą się z nowymi – nieznanymi w krajach Europy Środkowej – wyzwaniami, które na szczęście udało się raz na zawsze przezwyciężyć. Mam tu na myśli przede wszystkim konflikty zbrojne. Interesujące są również dążenia krajów bałkańskich do ustanowienia normalnych, owocnych stosunków międzypaństwowych oraz ich aspiracje do godzenia różnych przeciwności wynikających z różnic etnicznych, wraz z koniecznością zachowania tożsamości narodowych.

Gdy chodzi o perspektywy integracji europejskiej krajów bałkańskich, jestem w pełni przekonany, że państwa te podejmują niezwykłe wysiłki – ponosząc

czasem ich wysokie koszty polityczne, społeczne i ekonomiczne – dla realizacji unijnych wymogów akcesyjnych, w wielu z tych państw takie doniosłe reformy zostały przeprowadzone z sukcesem. W związku z tym chcę podkreślić, iż kraje bałkańskie wypełniły swoją część umowy i mogą oczekiwać, że unijna obietnica „przyszłości europejskiej" zostanie względem nich wkrótce zrealizowana. W przeciwnym razie, na przykład w razie blokowania procesu integracji albo jego nadmiernego i nieuzasadnionego rozciągnięcia

Brak szybkiej, powszechnej i autentycznej otwartości względem Bałkanów Zachodnich należałoby uznać za zdradę ideałów, wokół których zbudowana została Unia Europejska i utratę wizerunku Unii jako narzędzia rozwoju ekonomicznego, stabilności politycznej i międzynarodowego bezpieczeństwa.

w czasie, dojdzie nie tylko do zmniejszenia szans ekonomicznego rozwoju krajów bałkańskich i osłabienia ich stabilności, ale także do nieodwracalnego podważenia prestiżu Unii Europejskiej. Uważam wręcz, że brak szybkiej, powszechnej i autentycznej otwartości względem Bałkanów Zachodnich należałoby uznać za zdradę ideałów, wokół których zbudowana została Unia Europejska i utratę wizerunku Unii jako narzędzia rozwoju ekonomicznego, stabilności politycznej i międzynarodowego bezpieczeństwa.

J.S.: We wrześniu 2011 r. uchwalona została zmiana art. 135 Konstytucji Hiszpanii przewidująca limit zadłużenia publicznego. Proszę powiedzieć, w jakich okolicznościach doszło do jej uchwalenia i jakie są skutki tej reformy.

C.F.J.: Istotnie, w moim kraju doszło do pierwszej od dwudziestu lat (a drugiej w ogóle) reformy Konstytucji. Zmiana z września 2011 r. miała na celu zagwarantowanie, że Hiszpania oraz jej wspólnoty autonomiczne dostosują podejmowane działania do zasady stabilności budżetowej i że nie będą zwiększać deficytu strukturalnego powyżej określonego prawnie limitu.

W mojej opinii – a sądzę, że nie jest ona odosobniona – reforma ta wzbudza uczucia ambiwalentne. Gdy chodzi o konieczność reformy, to mając na względzie, że presja rynków wymusiłaby podjęcie kategorycznych kroków dla zapewnienia rzetelności i wypłacalności Hiszpanii wobec wierzycieli i całej społeczności międzynarodowej – nie jestem w pełni przekonany, że cele, jakie miała realizować reforma Konstytucji, nie mogły zostać osiągnięte w inny sposób – bez uruchamiania tak istotnej procedury, jaką jest zmiana ustawy zasadniczej.

Po drugie, chociaż rozumiem, że kwestia zadłużenia dla gospodarki państwa jest istotna, to pamiętam podejmowane w ostatnich dekadach liczne próby regulacji różnych zagadnień na poziomie Konstytucji, które nie dochodziły do skutku – częściowo z uwagi na brak parlamentarnej większości ich popierającej, a po części ze względu na obawę, że po przeprowadzeniu punktowej zmiany Konstytucji będą proponowane następne, co może przecież zagrozić spójności regulacji konstytucyjnej.

Z kolei, gdy mowa o *meritum* tej reformy, to chociaż na aprobatę zasługuje doprecyzowanie regulacji prawnej, zwraca moją uwagę (a nawet powoduje, powiedzmy – „estetyczną" niechęć) jej nadmierna i przesadzona drobiazgowość, która – szczerze mówiąc – nie pasuje do konstytucji tak syntetycznej jak hiszpańska, regulującej zasady ustrojowe, a nie szczegółowe procedury.

Natomiast w odniesieniu do formy – mimo że nie ma wątpliwości, iż reforma została przeprowadzona z całkowitym poszanowaniem reguł konstytucyjnych – to, z wyjątkiem rewizji Konstytucji, jej zmiany nie wymagają uzyskania większości 3/5 w każdej z izb parlamentu. Przyznaję też, że w obecnych czasach, gdy udział społeczeństwa w zarządzaniu sprawami publicznymi ma tak fundamentalne znaczenie, przeprowadzenie reformy konstytucyjnej bez zorganizowania referendum ogólnokrajowego może wywołać u obywateli błędne przekonanie, że konstytucja, najwyższy akt prawny w państwie, nie jest tworem społeczeństwa, ale wyłącznie klasy politycznej.

J.S.: W związku z reformą chciałbym zapytać, czy i w jaki sposób – Pańskim zdaniem – konstytucja powinna chronić budżet państwa przed nadmiernym zadłużeniem?

C.F.J.: Na przestrzeni ostatnich lat, zarówno pod rządami socjalistów, jak i konserwatystów, Hiszpania słynęła z prowadzenia dojrzałej polityki społecznej, dokonała licznych, ambitnych inwestycji publicznych, które zmieniły państwo technologicznie i społecznie. Hiszpania dysponuje teraz nowoczesnymi portami, lotniskami, autostradami i liniami kolejowymi, o istnieniu których nikt przed laty nie mógł marzyć. Ma ona także społeczeństwo przyzwyczajone do tego, że administracja – państwowa, wspólnot autonomicznych i lokalna – zaspokoi wszelkie jego potrzeby, że Hiszpania będzie państwem, w którym pieniądze publiczne będą przeznaczane na szkoły, szpitale, sądownictwo, biblioteki, ale także na kina, obiekty sportowe, telewizję, a nawet organizacje pozarządowe.

Dla większości polityków zainteresowanych reelekcją, ale także dla wielu obywateli skoncentrowanych przede wszystkim na własnych interesach, zadłużenie państwa oraz administracji publicznej było stosownym sposobem finansowania tych inwestycji, które niewątpliwie cieszą, ale też obciążają następne pokolenia. Rzecz w tym, że od pewnego poziomu zadłużenia zwrot choćby części długu (o całości nie wspominając) powoduje ogromne obciążenie dla budżetu, a nadto skutkuje brakiem środków na realizację bieżących zadań państwa i wymaga dalszego, coraz bardziej kosztownego zapożyczania się. Taka właśnie jest obecna sytuacja finansów publicznych w Hiszpanii: budżet obciążony jest ogromnym długiem publicznym, jego zwrot wymaga rewizji założeń budżetowych, to z kolei utrudnia zaciąganie kolejnych pożyczek na warunkach możliwych do przyjęcia dla budżetu.

Z tak gorzkimi doświadczeniami podzielam pogląd ustawodawcy, którego odzwierciedlenie możemy znaleźć w nowym brzmieniu art. 135 Konstytucji, zgodnie z którym rząd powinien dostosować swoje działania do zasady stabilności budżetowej i – poza przypadkami klęsk żywiołowych, katastrof naturalnych, głębokiego kryzysu finansowego – ani państwo, ani wspólnoty autonomiczne nie powinny zwiększać deficytu ponad poziom wyznaczony przez UE w relacji do PKB, nadto jednostki samorządu lokalnego w każdym przypadku muszą liczyć się z obowiązkiem zachowania równowagi budżetowej, emisja papierów dłużnych państwa wymaga zgody ustawowej, a kredytom na obsługę zadłużenia państwa i odsetek – co może okazać się niepopularne – przyznaje się absolutne pierwszeństwo.

J.S.: Czy Trybunał Konstytucyjny Hiszpanii (*Tribunal Constitucional de España* – TCE) wydawał już orzeczenia w sprawach zgodności z Konstytucją ustaw przewidujących podyktowane względami ekonomicznymi ograniczenia świadczeń dla obywateli?

C.F.J.: Wydaje mi się, że odpowiedź na to pytanie należy rozpocząć od wyjaśnienia, że „prawa socjalne" w Hiszpanii, między innymi takie, jak prawo do pracy, prawo do zdrowia, do życia, do kultury czy do zdrowego środowiska, znajdują się w III Rozdziale I Tytułu hiszpańskiej Konstytucji – „O przewodnich zasadach polityki społecznej i gospodarczej". Względem tych praw art. 53 ust. 3 Konstytucji gwarantuje, że ich uznanie, poszanowanie i ochrona są podstawą ustawodawstwa, praktyki sądowej i działalności władz publicznych, doprecyzowując, że na zasady te można się powoływać przed sądami powszechnymi. Dodatkowo inne prawa przewidziane w naszej Konstytucji, jak na przykład prawo do nauki, dla pełnej efektywności wymagają działań państwa i dlatego zawierają szereg odesłań do innych aktów prawnych.

Uważam, że w materii praw socjalnych władze publiczne są zobowiązane do działania w kierunkach wyznaczonych przez Konstytucję, ale dysponują przy tym szerokim marginesem swobody i dlatego w czasach prosperity doszło do rozwoju idei państwa opiekuńczego; w czasach kryzysu natomiast można wprowa-

dzić – i *de facto* ma to obecnie miejsce – istotne redukcje wydatków publicznych w odniesieniu do świadczeń społecznych, bez naruszenia obywatelskich praw konstytucyjnych, pozostawiając je pod ochroną Konstytucji.

Oczywiście powstaje pytanie, czy redukcje te, po przekroczeniu pewnego poziomu, nie stanowią zagrożenia dla korzystania z innych praw podmiotowych, jak na przykład prawa do życia, prawa do nienaruszalności fizycznej i moralnej, a nawet do swobodnego rozwoju osobowości, o którym mowa w art. 10 Konstytucji. Jednakże znowu mamy tu do czynienia z prawami, względem których ustawodawca dysponuje marginesem swobody. Prawa te zasługują na ochronę, ale nie wymagają osiągnięcia określonych rezultatów. Obawiam się, że mało realistyczne jest oczekiwanie, iż Trybunał Konstytucyjny będzie chronił określonej, ekspansywnej wizji tych praw, działając przeciwko władzy wykonawczej nieudolnie walczącej z kryzysem, i równie konformistycznej władzy ustawodawczej.

J.S.: Skoro mowa o Trybunale Konstytucyjnym, chciałbym zapytać o skutki uchwalonej w 2007 r. ustawy o zmianie ustawy organicznej o Trybunale Konstytucyjnym. Miała ona związek ze znacznym przeciążeniem tego organu, prowadzącym wręcz do jego kryzysu. Czy obecnie sytuacja w TCE uległa poprawie?

C.F.J.: Jak Pan trafnie zauważył, hiszpański Trybunał Konstytucyjny postrzega przyjętą w 2007 r. ustawę organiczną jako środek racjonalizacji postępowania ze skargi o ochronę praw (*amparo*). Reforma dopuściła możliwość rozpoznania skargi w sekcjach (składających się z trzech sędziów), podczas gdy wcześniej była to kompetencja izb (składających się z sześciu sędziów). Nadto przyznała Trybunałowi Konstytucyjnemu szeroką dyskrecjonalną władzę w ocenie, która ze skarg konstytucyjnych zasługuje na merytoryczne rozpoznanie ze względu na spełnienie przesłanki „specjalnej doniosłości konstytucyjnej" – wyjaśnionej później przez sam TCE w wyroku 155/2009 jako konieczność orzekania w sprawach, które nie były wcześniej przedmiotem orzecznictwa konstytucyjnego, konieczność doprecyzowania dotychczasowego orzecznictwa TCE, konieczność wydania orzeczenia z uwagi na opór sądów powszechnych w zapewnianiu skuteczności orzeczeń TCE albo jako konieczność orzekania w sprawach o znacznej doniosłości dla interesu publicznego.

Reforma miała zrealizować trzy cele: (1) zmierzała do zmiany hiszpańskiego systemu, w którym nie było innych środków ochrony praw podmiotowych oprócz skargi do TCE, oraz do podkreślenia roli sądów powszechnych jako gwarantów praw podstawowych; (2) miała zapobiec przewidywanemu upadkowi Trybunału Konstytucyjnego, do którego wnoszono, statystycznie rzecz ujmując, osiem skarg o ochronę praw dziennie; (3) umożliwienia rozstrzygania o niedopuszczalności skarg nie przez wydanie umotywowanego orzeczenia, lecz w uproszczonej procedurze wstępnej.

Pięć lat później można zastanawiać się nad bilansem tak przemyślanej z założenia reformy. Jest on mało zachęcający. Prawdą jest, że liczba skarg o ochronę praw zmalała (z 9840 w 2007 r. do 7098 w 2011 r.), zmniejszyła się również liczba wydanych wyroków (z 231 w 2007 r. do zaledwie 145 w 2011 r.), natomiast niedopuszczalność skargi (stwierdzona w ubiegłym roku w 5865 przypadkach) w dalszym ciągu pozostaje podstawowym środkiem ochrony Trybunału przed napływem licznych i nienadających się do rozpoznania skarg. Z tego względu nie brakuje głosów opowiadających się za kolejną, jeszcze bardziej restrykcyjną, reformą *amparo*, która powinna jednak zostać połączona z szeroką akcją – uświadamiającą adresatów prawa, że postępowanie ze skargi o ochronę praw nie jest trzecią instancją procesową, lecz środkiem ekstraordynaryjnym.

J.S.: W ostatnim czasie rząd Katalonii rzucił rządowi centralnemu w Madrycie wyzwanie – przeprowadzenia secesji Katalonii, podając nawet jej datę (2014 rok). Jak Pan ocenia tę decyzję?

C.F.J.: Jako Hiszpan, który zna Katalonię i jest z nią ściśle związany, przyjmuję takie wiadomości z dużym zaniepokojeniem. Sądzę, że związki między Katalonią a resztą Hiszpanii są nie tylko historyczne, ale także wielorodne i bardzo głębokie oraz że zarówno Hiszpania nie byłaby tak samo postrzegana bez Katalonii, jak i Katalonia bez Hiszpanii. Separacja, która mogłaby dzielić rodziny, przedsięwzięcia gospodarcze i zawodowe oraz szereg innych rzeczy, w zamian za osiągnięcie celu – oderwanie się narodu katalońskiego od Hiszpanii i założenie własnego państwa – wydaje się bardziej prawdopodobna dla drugiej dekady ubiegłego stulecia niż drugiej dekady XXI wieku.

Jako obywatel martwię się, że kwestia ta jest przedmiotem żartów, a nie – jak należałoby oczekiwać – po-

ważnej debaty politycznej. Nacjonaliści katalońscy, którzy w przeszłości, nie mając pojęcia o podstawach prawnych i gwarancjach proceduralnych, mieli czelność świętować przeprowadzane referendum, wygrane wprawdzie miażdżącą przewagą, ale przy niewiele ponad 10-procentowej frekwencji, obecnie ogłaszają konsultacje w przedmiocie przyszłego statusu Katalonii – czy w razie separacji niepodległa Katalonia stałaby się automatycznie częścią Unii Europejskiej. Oczywiście istnieją liczne opinie stwierdzające, że wnioski takie byłyby całkowicie nieuprawnione.

Wreszcie, jako prawnik, odrzucam możliwość ogłoszenia niepodległości Katalonii, które nie tylko jest niezgodne z Konstytucją, ale lekceważy osiągnięcia ostatnich trzech dekad, a nadto marnuje potencjał, który mógłby przecież być wykorzystany. Bądźmy szczerzy, Konstytucja stwarza Katalonii (i innym wspólnotom autonomicznym Hiszpanii) warunki dla zachowania własnej tożsamości, zapewnienia dobra własnych obywateli, i pozostawia Katalonii poziom samorządności nieporównywalny z poziomem niezależności jednostek terytorialnych jakiegokolwiek innego kraju europejskiego. To są fakty, których nie zmienią ani pojedyncze różnice między Madrytem a Barceloną, ani też trudności wywołane kryzysem gospodarczym, które oddziałują na wszystkie hiszpańskie wspólnoty autonomiczne.

J.S.: Na koniec chciałbym zapytać o Pańskie doświadczenia współpracy z przedstawicielami polskiej nauki prawa konstytucyjnego.

C.F.J.: Szczęśliwie dla mnie, na przestrzeni ostatnich lat miałem możliwość zbudowania i ciągłego pogłębiania mojej współpracy z różnymi ośrodkami i instytucjami naukowymi w Polsce oraz okazję do wzmacniania przyjaźni łączącej mnie z najwybitniejszymi przedstawicielami świata akademickiego. Oprócz bardzo owocnej współpracy z Uniwersytetem Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie, z którym moja uczelnia podpisała umowę o partnerstwie i w oparciu o którą następuje stała wymiana nauczycieli akademickich oraz studentów, i dzięki której organizujemy wspólne spotkania naukowe, utrzymuję częste kontakty z kolegami z uniwersytetów w Warszawie, Wrocławiu, Łodzi, z Wyższej Szkoły Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide de Gasperi w Józefowie, jak również z Polskim Instytutem Spraw Międzynarodowych. Miałem również zaszczyt widzieć już dwie moje prace przetłumaczone na język polski, ale przede wszystkim na stronach czasopisma „Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol" oraz w książkach pod moją redakcją mogłem opublikować szereg prac moich polskich kolegów. Wreszcie byłem również promotorem pracy doktorskiej wybitnej studentki z Lublina, przyczyniając się w ten skromny sposób do zacieśnienia relacji między naszymi kulturami prawnymi. Mam więc dobrą opinię na temat poziomu naukowego polskich wydziałów prawa oraz ich studentów, którzy często odwiedzają sale wykładowe w Walencji.

Separacja, która mogłaby dzielić rodziny, przedsięwzięcia gospodarcze i zawodowe oraz szereg innych rzeczy, w zamian za osiągnięcie celu – oderwanie się narodu katalońskiego od Hiszpanii i założenie własnego państwa – wydaje się bardziej prawdopodobna dla drugiej dekady ubiegłego stulecia niż drugiej dekady XXI wieku.

Christian Baldus

Perspektywy nauki prawa w świetle raportu niemieckiej Rady Nauki

Christian Baldus

Profesor prawa cywilnego i rzymskiego na Uniwersytecie w Heidelbergu. Wykłada także prawo europejskie i porównawcze na Uniwersytecie w Trydencie i gościnnie na innych uniwersytetach. Prowadził wykłady w ramach szkół prawa niemieckiego na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie i Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Jest współwydawcą „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrcht" i redaktorem komentarza Staudinger do niemieckiego kodeksu cywilnego. Punkt ciężkości jego badań stanowi historyczna analiza metod prawniczych.

Perspectives on Law Science in the Light of the German Council of Science and Humanities Report

The report on Legal Studies handed down by the German Wissenschaftsrat might be of interest for a Polish-speaking public, too: it rightly underlines the importance of cultural disciplines, internationality and interdisciplinarity. It avoids an explicit link to the so-called Bologna process (failed in Germany). However, the measures proposed could, to some extent, be realised under the proved and tested State Examination system only with financial and personal resources that seem to be completely unrealistic. In a Bologna logic, they might indeed work but at the price of a breakdown in overall quality. At any rate, a Polish-German dialogue on the subject seems highly desirable.

Uwagi wstępne redaktora naczelnego „Forum Prawniczego" Wojciecha Dajczaka, tłumacza artykułu

W ostatnich miesiącach jesteśmy świadkami ożywienia dyskusji poświęconej studiom prawniczym. Jej punktem ciężkości stało się pytanie o możliwości i konsekwencje prowadzenia ich na dwóch poziomach, zgodnie z tzw. modelem bolońskim[1]. Jest to dyskusja skupiona wokół napięcia między sięgającą II Rzeczypospolitej tradycją studiów prawniczych w Polsce a nowymi możliwościami, jakie wnosi polityczna idea tzw. procesu bolońskiego. W ten sposób popadamy w niebezpieczeństwo uproszczonego sprowadzenia dyskursu do konfliktu między kontynuacją a modernizacją, między lokalną tożsamością a politycznym uniwersalizmem.

1 Por. J. Ojczyk, *Geograf prawnikiem*, „Rzeczpospolita" z 19.11.2012 r.; J. Kędzierski, *Avocat à la bolognaise? Nomerci…*, „Rzeczpospolita" z 27.11.2012 r.; A. Mikosz, *Magister prawa po trzech latach? Czemu nie!*, „Rzeczpospolita" z 5.12.2012 r.

Jednak słabości dzisiejszego sposobu nauczania prawa są szeroko widoczne. Myślę, że przekonanie o potrzebie odnowienia modelu kształcenia prawników staje się coraz silniejsze. Problem tkwi w tym, że nie mamy powszechnie znanej i akceptowanej propozycji tego rodzaju zmiany. Zgadzam się, że jedną z przyczyn tego stanu rzeczy jest brak wszechstronnych badań naukowych nad edukacją prawniczą w naszym kraju[2]. Podejmując się tłumaczenia i zaprezentowania polskiej wersji tego artykułu, miałem świadomość odmienności tradycji i obecnego stanu edukacji prawniczej w Niemczech i Polsce. Kierowałem się jednak przekonaniem, iż pomimo wskazanych różnic, artykuł ten może stać się jednym z impulsów służących podjęciu samodzielnej, pogłębionej dyskusji o kształceniu prawników w naszym kraju. „Forum Prawnicze" jest na nią otwarte. Obszerniejsza wersja prezentowanych rozważań Christiana Baldusa, z odniesieniami do sytuacji w Hiszpanii, ukaże się w języku hiszpańskim w pierwszym zeszycie z roku 2013 „Anuario de Derecho Civil". Krótszą wersję, niemieckojęzyczną, skupiającą uwagę na nauczaniu prawa europejskiego, opublikuje w pierwszym zeszycie z roku 2013 „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht".

1. Wprowadzenie

Rada Nauki (RN) jest wpływowym, choć wywołującym kontrowersje gremium, którego oddziaływanie rozciąga się na prace legislacyjne i politykę naukową w Niemczech. Przygotowuje ona między innymi raporty poświęcone perspektywom poszczególnych dyscyplin nauki. Raporty te nie są wprawdzie wiążące dla prawodawcy, ale stanowią przedmiot żywej dyskusji w kręgach kształtujących politykę naukową. W roku 2010 RN przedstawiła raport dotyczący teologii. Dnia 9 listopada 2012 r. ogłosiła raport poświęcony nauce prawa[3]. Wydaje się, że omówienie jego zasadniczych tez jest interesujące także dla polskiego czytelnika. Obejmują one bowiem kwestie, które także w Polsce są przedmiotem dyskusji i źródłem kontrowersji – co do tego, jak powinien wyglądać nowoczesny, produktywny model edukacji prawniczej[4].

Ze strony praktyki prawnej formułowane są zarzuty co do poziomu kwalifikacji absolwentów i oczekiwanie zmniejszenia ich liczby. Widoczna jest także refleksja, iż rynek pracy nie potrzebuje przeciętnie wykształconych prawników.

2. Aktualny kształt nauczania prawa i prowadzenia badań naukowych z zakresu prawoznawstwa w Niemczech

Skierowanie przez niemiecką Radę Nauki uwagi ku prawoznawstwu należy postrzegać w szerszym kontekście. Tworzą go – powtarzane w ramach dyskusji o polityce naukowej – postulaty zwiększenia udziału środków pozabudżetowych w finansowaniu nauki, obniżenia kosztów edukacji i podniesienia jakości – tak badań naukowych, jak i kształcenia. Temu towarzyszy zgłaszanie wątpliwości co do tego, czy wprowadzane systemy ewaluacji szkół wyższych są zgodne z kon-

2 Por. B. Sitek, P. Polaczuk, *Reforma szkolnictwa wyższego. Kształcenie prawników w Polsce na tle doświadczeń innych państw europejskich*, „Forum Prawnicze" 2012 nr 5, s. 8–16.

3 Zob. http://www.WR.de/download/archiv/pm_2112.pdf i http://www.WR.de/index.php?id=1092&L=. (dostęp: 18 listopada 2012).

4 Na temat zmian modelu kształcenia prawników w związku z tzw. procesem bolońskim zob. Ch. Baldus, Th. Finkenauer, Th. Rüfner (eds.), *Bologna und das Rechtsstudium*, Tübingen 2011.

stytucją[5]. Ze strony praktyki prawnej formułowane są zarzuty co do poziomu kwalifikacji absolwentów i oczekiwanie zmniejszenia ich liczby. Widoczna jest także refleksja, iż rynek pracy nie potrzebuje przeciętnie wykształconych prawników. Próby zmiany tego stanu podejmowane pod szyldem procesu bolońskiego nie przynoszą tu oczekiwanych zmian.

sposobu nauczania jest, aby student umiał uchwycić wszystkie prawne problemy analizowanego przypadku i zaproponować przekonujące rozwiązanie. Jest to pierwszy krok ku praktycznemu wykształceniu przyszłego prawnika, które w toku referendariatu jest budowane poprzez poznanie prawa procesowego i praktycznego funkcjonowania prawa.

Uniwersytety dają przygotowanie teoretyczne. Jednak podstawą w jego zdobywaniu jest analiza problemów pochodzących z praktyki.

Obecnie pierwszy etap edukacji prawniczej w Niemczech kończy się tzw. pierwszym egzaminem. W 70 procentach obejmuje on pytania dotyczące prawa obowiązującego, oceniane przez komisje egzaminacyjne krajowych ministerstw sprawiedliwości. W 30 procentach odnosi się do szeroko rozumianych teoretycznych studiów z zakresu prawoznawstwa, a ocena należy tu do egzaminatorów uniwersyteckich. Zgodnie z niemiecką tradycją praktyczne przygotowanie prawnicze nie należy do uniwersytetów. Zdobywa się je w ciągu dwuletniego referendariatu (odpowiednika polskiej aplikacji – WD), który jest organizowany przez krajowe ministerstwa sprawiedliwości oraz sądy. Dwuletni okres referendariatu kończy się tzw. drugim egzaminem, który uprawnia do ubiegania się o wykonywanie typowych zawodów prawniczych. Uniwersytety dają przygotowanie teoretyczne. Jednak podstawą w jego zdobywaniu jest analiza problemów pochodzących z praktyki. Nawiązuje to do tradycji metod pracy Sądu Rzeszy (*Rechtsgericht*)[6]. Celem takiego

Przedmioty poświęcone historycznym i kulturowym podstawom prawa (na uniwersytecie nazywane *Grundlagenfächer*) są wykładane na niemieckich wydziałach prawa w węższym zakresie niż w większości krajów europejskich. Zwykle jest to od 30 do 60 godzin zajęć, których zaliczenie jest obowiązkowe. Niewielu naukowców specjalizuje się w tych zagadnieniach. Wielu praktyków oraz dysponentów środków uważa badania z zakresu filozofii czy historii prawa za zbędne[7]. Jest to przyczyną jednej ze słabości niemieckiego modelu edukacji prawniczej. W zakresie badań naukowych priorytetowe znaczenie mają duże międzynarodowe projekty. Na obszarze nauk prawnych uniwersytety są włączane do nich w ramach przedsięwzięć finansowanych przez Niemiecką Wspólnotę Badawczą (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*, DFG) i Towarzystwo Maxa Plancka (*Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, MPG).

Już ten zarys pokazuje, iż mimo głosów krytycznych, co do szeregu kwestii szczegółowych, system badania i nauczania prawa w Niemczech funkcjonuje. Nie ma zgody co do konieczności jego reformy. Raport Rady Nauki otwiera zatem dyskusję na temat kwestii,

5 U. Mager, *Ist die Akkreditierung von Studiengängen an Hochschulen verfassungsgemäß?*, „Verwaltungsblätter Baden-Württemberg" 2009, s. 9 i n.

6 Por. Ch. Hattenhauer, *Ein Streifzug durch die Geschichte des rechtswissenschaftlichen Studiums, Juristische Arbeitsblätter*, Sonderheft für Erstsemester 2011, s. 20–31; F. Ranieri, *Das Reichskammergericht und der gemeinrechtliche Ursprung der deutschen zivilrechtlichen Argumentationstechnik*, „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht" 1997, s. 718–734; F. Ranieri, *Juristenausbildung und Richterbild in der europäischen Union*, „Deutsche Richterzeitung" (DRiZ) 1998, s. 285–294.

7 Ch. Baldus, *Grenzbestimmung und Methodenfindung: Grundlagenfächer in der Juristenausbildung und Aufgaben der juristischen Dogmengeschichte*, „Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg" (StudZR) 2005, nr 2, s. 179–198.

co do których była krucha równowaga. Akcentuje on wagę rozważań teoretycznych i co się z tym wiąże, rolę przedmiotów dotyczących podstaw prawa. W istocie może to służyć pogłębieniu prawniczego dyskursu. Jednak projekt reformy, który zmierza do wzmocnienia naukowości łączonej z teoretycznym charakterem rozważań, rodzi pytanie, czy nie osłabi to praktycznej użyteczności prawniczego wykształcenia.

3. Szkic treści raportu

Już formalny kształt raportu Rady Nauki dotyczącego prawa jasno oddaje myśl, iż dyskusji na ten temat nie da sprowadzić się do jakiegoś ogólnego modelu, tak jak byłoby to możliwe w naukach przyrodniczych. Twórcy raportu widzą wyraźnie, że prawo jest powiązane z językiem i dlatego w Niemczech dyskutuje się o nim przede wszystkim po niemiecku. Również na poziomie europejskim nie da się takiej dyskusji sprowadzić do jakiejś *lingua franca*. W raporcie akcentuje się społeczną rolę prawa. Na tym opiera się wezwanie do istotnego wzmocnienia w edukacji prawniczej przedmiotów dotyczących kulturowych i historycznych podstaw prawa. W tym upatruje się sensownego wspierania praktycznej orientacji wykształcenia. Co to konkretnie oznacza? Po pierwsze RN postuluje zmniejszenie materiału objętego uniwersyteckim nauczaniem prawa. Zaleca silniejsze powiązanie go z praktyką, poszerzenie liczby zajęć, prowadzonych dla małych grup studentów, także przez profesorów. Jako równie istotne wskazuje wzmocnienie interdyscyplinarności, możliwe do osiągnięcia na przykład poprzez wspólne z innymi wydziałami organizowanie niektórych zajęć. Propozycje te oznaczałyby jednak w praktyce konieczność powiększania liczby personelu akademickiego. Nie ma natomiast w raporcie pomysłu, jak zmiany takie miałyby być sfinansowane. Pamiętając o tej ułomności raportu RN, skierujmy uwagę na wiodące w nim hasła rozwoju przedmiotów dotyczących podstaw prawa (*Grundlagenfächer*), internacjonalizacji, intra- oraz interdyscyplinarności.

4. Przedmioty dotyczące podstaw prawa

W odniesieniu do przedmiotów dotyczących historycznych i kulturowych podstaw prawa proponuje się w raporcie powiększenie ich wymiaru oraz połączenie ich z zajęciami poświęconymi prawu obowiązującemu. Przykładowe połączenie wykładu obowiązującego prawa zobowiązań z prawem rzymskim, francuskim, angielskim czy filozoficznymi teoriami sprawiedliwości kontraktowej byłoby ciekawą propozycją. Wątpliwość budzi jednak jej realność. Z jednej strony na wielu wydziałach prawa brakuje specjalistów od takiego sposobu nauczania. Jeśli do tego dodamy odczuwalny już obecnie deficyt godzin na zajęcia z prawa obowiązującego, to hasło połączenia przedmiotów dotyczących podstaw prawa z przedmiotem prawa obowiązującego mogłoby oznaczać niezamierzony przez RN efekt wyparcia tych pierwszych na rzecz powiększenia liczby godzin z prawa obowiązującego.

5. Internacjonalizacja

Rada Nauki wzywa w swoim raporcie do szerszego włączenia obcych praw do treści nauczania oraz zwiększenia zatrudnienia zagranicznych wykładowców prawa. Ten postulat jest co do zasady trafny. Jednak, podejmując go, trzeba wziąć pod uwagę wynikające z praktyki przesłanki jego urzeczywistnienia. Jeśli powołujemy jako wykładowców osoby, które nie zdały pierwszego egzaminu państwowego, to takie osoby nie będą mogły go przeprowadzać. To oznaczałoby wzrost obciążeń wykładowców wykształconych w prawoznawstwie niemieckim. W dłuższej perspektywie taka propozycja mogłaby doprowadzić do niezamierzonych przez Radę Nauki podziałów wśród profesorów prawa – wynikających z istotnych obciążeń w zakresie egzaminowania.

6. Interdyscyplinarność

W raporcie spotykamy pogląd, iż „w miejsce wielości metod powstanie nauka zorientowana na problem, jeśli w ramach prawoznawstwa zintegruje się spojrzenie właściwe dla nauk historycznych, społecznych, ekonomicznych, filozofii, językoznawstwa, psychologii, kryminologii i innych". Podobny efekt przyniosłoby podzielenie się przez prawoznawstwo swoim dorobkiem metodologicznym z dyscyplinami pokrewnymi. To prawda, że tak u studentów jak i u niektórych wykładowców łatwo dostrzec brak podstaw do interdyscyplinarnej współpracy. Widoczny w raporcie RN wielki optymizm, co do możliwych zmian, wydaje się jednak wątpliwy w świetle dydaktycznych doświadczeń. Rozważmy jeden przykład. Interdyscyplinarne

seminarium poświęcone historii „pojęcia własności" mogłoby przynieść wiele korzyści, gdyby zaoferować je studentom znającym obowiązujące prawo i jego historię, będącym w stanie rozumieć prace historyków, ekonomistów i filozofów na ten temat. Podobnie ponia. Wprowadzenie bolońskiego modelu kształcenia na wydziałach filozofii sytuację jeszcze pogorszyło.

W warunkach, jakie nas otaczają, idea studenckiej interdyscyplinarności – może poza niewielką grupą wybitnie uzdolnionych osób – prowadziłaby do pseu-

W warunkach, jakie nas otaczają, idea studenckiej interdyscyplinarności – może poza niewielką grupą wybitnie uzdolnionych osób – prowadziłaby do pseudointerdyscyplinarności.

winno to funkcjonować w drugą stronę. Taki model jest jednak całkowicie utopijny. Odpowiedniej wiedzy prawniczej nie mają często nawet studenci prawa, a tej trzeba wymagać od nich w pierwszej kolejności, jeśli ich wykształcenie ma mieć sens praktyczny. W ciągu pierwszych semestrów studiów wydziały prawa stają wobec braków w wykształceniu szkolnym[8], których przezwyciężenie jest konieczne dla nabycia umiejętności prawniczych. W tym kontekście zdobywanie nadto wiedzy z innych dyscyplin nauki wydaje się niemożliwe. Z tym łączyłaby się także konieczność opanowania specyficznej terminologii tych dyscyplin[9]. Zmniejszenie zakresu treści dydaktycznych nie zmieni tej sytuacji. Treści tych nie można bowiem dowolnie redukować, jeśli w końcu prawnicy mają rozumieć specyfikę systemu prawa i jego metod. Wydaje się zatem, iż idea interdyscyplinarnego studenta prawa jest iluzją. Także studentom historii, ekonomii czy filozofii brakuje zdolności uchwycenia podstawowych pojęć prawa. To widać w świetle doświadczeń dydaktycznych. Następują tam bowiem uproszczenia i uogólnie-

dointerdyscyplinarności. Także to byłoby sprzeczne z oczekiwaniami Rady Nauki.

7. Interdyscyplinarność wśród wykładowców

W omawianym raporcie pojawia się także propozycja interdyscyplinarności wykładowców. Przekroczenie granicy własnej dyscypliny naukowej nie jest jednak łatwe. Przykładowo, gdyby historii antycznego prawa uczył historyk, to posłużyłby się podejściem właściwym dla swojej dyscypliny, co może sprawić, iż dla przeciętnego studenta prawa jego wykład byłby niezrozumiały. Dlatego także dawnego prawa uczą i powinni uczyć prawnicy. Można proponować kończenie kilku kierunków studiów, ale w przypadku prawników jest to przede wszystkim łączenie prawniczego wykształcenia krajowego i zagranicznego. Praktycznie nie można spotkać osoby, która habilitowała się z dwóch dyscyplin. Stosunkowo rzadko spotyka się też wykładowców, którzy ukończyli dwa kierunki studiów lub obronili dwie prace doktorskie. Zatem bez zbudowania warunków dla rozwijania interdyscyplinarnych kompetencji wykładowców musimy liczyć się z groźbą pozornych kompetencji obejmujących kilka dyscyplin nauki. Także to byłoby w sprzeczności z intencjami Rady Nauki.

8. Intradyscyplinarność

Można mówić o intradyscyplinarności w obrębie prawoznawstwa. Rada Nauki wzywa do jej rozwijania.

8 J. Kraus, *Bildung geht nur mit Anstrengung – Wie wir wieder eine Bildungsnation werden können*, Hamburg 2011; M. Fuhrmann, *Bildung. Europas kulturelle Identität*, Stuttgart 2002.

9 O językowych trudnościach w komunikacji między różnymi dyscyplinami nauki zob. Ch. Baldus, *Verfassungsvoraussetzungen in Rom? Über Privatrecht, Ruhm und (interdisziplinäre) Erkenntnis* (w:) M. Anderheiden, S. Kirste (eds.), *Gedenkschrift für Winfried Brugger*, Tübingen 2012, w druku.

Bez wątpienia taki dialog w obrębie różnych dyscyplin prawa byłby pomocny. Wątpliwa jednak wydaje się propozycja RN tworzenia katedr bez wskazywania na przedmiot wiodący, przykładowo prawo europejskie czy prawo bankowe. Wobec akcentowanej przez RN roli dogmatyki prawniczej jest to wręcz zadziwiające. Równie problematyczna jest idea, aby przy powoływaniu na katedrę stosować ogólne reguły oceny wartości publikacji i w ten sposób wyłączyć z oceny materie „zachwaszczające badania". Jednak takich materii nie ma, bo każdy nowy przypadek można rozważyć w nowym świetle. Przykładowo, nie jest bezwartościowe naukowo w ramach komentowania „tylko" aktualizowanie (jak uważa RN). Po pierwsze, korzyścią będzie już to, że nowe wydania komentarzy będą aktualne. Po drugie, aktualizacja przez dobrego autora ma następstwa także w zakresie systematycznego ujęcia zagadnienia. Po trzecie, uwagi w dużych komentarzach opierają się na stałym sprawdzaniu orzecznictwa. Taka forma intradyscyplinarnej komunikacji znalazłaby się w niebezpieczeństwie i prowadziłaby do skutków niezamierzonych przez Radę Nauki.

9. Dydaktyka

Raport Rady Nauki preferuje jako model dydaktyki seminarium. Jednak w obecnych warunkach prowadziłoby to raczej do powierzchownego traktowania problemów. Mogłoby oznaczać, że studenci prawa nie uczyliby się w pierwszej kolejności rozwiązywania przypadków, a tego wymaga od nich życie. Obecnie studenci prawa w Niemczech uczą się w oparciu o metody i książki, które według RN nie są tak naukowe, jak być powinny. Jednak akcentowanie rozbieżności między rozwiązywaniem przypadków a nauką jest sztuczne. Nauka właśnie rozpoczyna się dzięki poznaniu dobrej techniki rozwiązywania przypadków, dzięki precyzyjnej lekturze tekstów prawnych, analizie stanów faktycznych i budowaniu umiejętności jasnego formułowania myśli. Jest to możliwe tylko dzięki żmudnej pracy profesorów i asystentów. Propozycja RN co do uprawiania dydaktyki wymagałaby zatem radykalnego obniżenia liczby studentów, a to wydaje się politycznie jeszcze bardziej utopijne niż zwiększenia nakładów finansowych. W obecnym stanie rzeczy sensowne rozbudowanie przedmiotów zorientowanych na podstawy prawa, internacjonalizacja i poszerzenie spojrzenia na samo prawo byłyby zatem pomocne tylko dla kogoś, kto już nauczył się trudnej pracy z ustawą. Takie poszerzenie nie da jednak nic, jeśli będzie brakowało tkwiących w dogmatyce prawa fundamentów. Trudno przypuszczać, aby tego chciała Rada Nauki.

10. Proces boloński

Formułowane w raporcie RN propozycje łączone są wyraźnie z procesem bolońskim. Trzeba jednak postawić pytanie, czy mogę one zostać urzeczywistnione tylko w ramach tego procesu. Jeśli zlikwiduje się państwowy egzamin prawniczy i właściwą mu egzaminacyjną współpracę profesorów i praktyków, to nie będziemy już dobierali absolwentów z uwagi na ich dojrzałość do praktycznego kształcenia się. W opisie modułów można pomieścić wiele ładnie wyglądających treści, ale za cenę tego, że absolwenci nie będą przygotowani do prawniczej praktyki. To oznaczałoby, iż uniwersytety odeszłyby od realizacji potrzeb społeczeństwa, a politycy uzyskaliby wspaniałe statystyki dotyczące ludzi, którzy opanowali „katalogi kompetencji"[10]. Ale takich katalogów nikt nie potrzebuje. Tacy ludzie w istocie będą niekompetentni[11]. Niemiecka nauka prawa nie zajmowała się dotąd tym, czy jej absolwenci zostaną przyjęci do przygotowania praktycznego (referendariatu), czy jej absolwenci znajdą dobrze wynagradzane miejsca pracy. Rynek, czy jak ktoś woli – życie tak właśnie funkcjonuje. Ceną za to było, iż nie wszyscy osiągnęli sukces zawodowy. Jest wiele słabości systemu, ale nie można logiki przedszkola rozciągać na wykształcenie zawodowe. Niektóre spośród propozycji zawartych w raporcie RN i połączonych z ideą procesu bolońskiego są możliwe do osiągnięcia, pod warunkiem jednak znacznych nakładów finansowych. Bez nich można jedynie oczekiwać realizacji procesu pseudobolońskiego, co może przynieść poważne straty dla nauki prawa, kultury prawnej i samego prawa. Bez wątpienia nie to jest zamiarem Rady Nauki.

10 Katalog kompetencji rozumiany jest w Niemczech jako modelowy opis mający służyć planowaniu, przejrzystości i kontroli procesu nauczania (uwaga tłumacza).

11 Por. S. Kühl, *Modell Sprachschule. Die Effekte der neuen Mode der Kompetenzorientierung an den Hochschulen*, „Forschung und Lehre" 2012, nr 12, rok 19, s. 988 i n.

11. Inne drogi?

Czego można zatem pragmatycznie oczekiwać bez zmiany systemu, wychodząc od stanu, jaki mamy dziś? Wydaje się, że należy zrezygnować z korzyści wizerunkowych „wielkiego projektu" na rzecz poszukiwania częściowego rozwiązania rzeczywistych problemów. Są możliwe pewne zmiany, których wprowadzenie niemal nie wymaga nakładów finansowych. Zbierzmy w punktach te, które wynikają z uzasadnionych postulatów Rady Nauki:

- Zwiększenie wymiaru obowiązkowych zajęć z przedmiotów dotyczących podstaw prawa do 90 lub 120 godzin w toku studiów, z obecnego wymiaru, wynoszącego w Niemczech od 30 do 60 godzin.
- Włączenie do pierwszego egzaminu prawniczego pytań z przedmiotów, które dotyczą podstaw prawa, a byłyby zbudowane w ten sposób, że odnosiłyby się do problemów, a nie do faktów. W ten sposób można by skłonić pragmatycznie myślących studentów do poświęcenia uwagi w czasie intensywnych studiów prawniczych także kwestiom podstawowym dla rozumienia istoty prawa.
- Nie jest oczywiście możliwe zaliczenie na poczet egzaminu państwowego przedmiotów prawniczych z części studiów odbytej za granicą. Natomiast szersze zaliczanie takich przedmiotów na poczet egzaminów uniwersyteckich służyłoby internacjonalizacji. To poszerzałoby horyzonty studentów, a nie rodziłoby żadnych ujemnych skutków dla egzaminu państwowego. Wzbogacałoby ogólną ofertę uniwersytecką.
- Studentom prawa zaleca się uczestnictwo w zajęciach na innych kierunkach, ale praktycznie nigdy się tego nie wymaga. W drugą stronę jest inaczej. Studenci historii mogą wybierać między różnymi zajęciami, które są traktowane jako uzupełniające i w ten sposób uczestniczą także w zajęciach z historii prawa. Nie ma żadnych przeszkód, aby podobne rozwiązania przyjąć dla studentów prawa. I nie chodzi tu o zastępowanie prawoznawstwa. Filozofia nie zastąpi filozofii prawa, historia nie zastąpi historii prawa. Jednak udział w takich zajęciach na innych kierunkach studiów poszerzy horyzonty myślowe. Przedmioty dotyczące podstaw prawa mogłyby odegrać rolę pomostów ku takim zajęciom.

Wydaje się, że należy zrezygnować z korzyści wizerunkowych „wielkiego projektu" na rzecz poszukiwania częściowego rozwiązania rzeczywistych problemów.

12. Więcej czasu!

Odpowiedzią na wszystkie wskazane oczekiwania byłoby bez wątpienia wydłużenie okresu studiów. Przypuszczalnie o semestr, czyli z dziesięciu do jedenastu semestrów. Obecnie wiele osób spośród rozpoczynających studia nie jest jeszcze do nich dojrzałych. Mają trudności w dostosowaniu się do samodzielności. Trudności studiowania wynikają także z nieumiejętności zarządzania czasem. Wielu potrzebuje go więcej także dlatego, że wykształcenie szkolne nie trwało dostatecznie długo i nie było dostatecznie głębokie. Mówienie o „spowolnieniu" jest stosunkowo popularne, ale nie znajduje jeszcze wyrazu w praktyce. Jeden semestr więcej, obejmujący przede wszystkim przedmioty dotyczące kulturowych podstaw prawa, znacznie poprawiłby sytuację. Jak trafnie zauważa Rada Nauki, prawnicy są przede wszystkim osobami, którym powierza się podejmowanie decyzji. Także to przemawia za spowolnieniem. Lepiej, jeśli decyzje będą podejmowane przez szerzej wykształconego, doświadczonego sędziego. Lepiej, gdy podejmie je

młody, ale niezbyt młody sędzia. Chodzi o prawniczą kulturę pracy. Politycy powinni przyjąć to do wiadomości. Dziś podążają oni przede wszystkim za paradygmatami ekonomicznymi, ukrywając to niekiedy[12]. Doświadczenie uczy jednak, że to ślepa uliczka. Wie to także Rada Nauki i dobrze, że przeciwstawia naukę temu paradygmatowi.

13. Badania, nauczanie, dogmatyka

Rada Nauki rozumie sens drogi do centralnego w prawoznawstwie pojęcia dogmatyki, które w Niemczech nie jest sztywne czy też oddalone od życia. To byłby dogmatyzm. Dogmatyka jest pracą z normami. Łączy ona *law in books* z *law in action*. Student uczy się nie „teorii", ale metodycznego, także krytycznego posługiwania się normami w odniesieniu do konkretnego przypadku. To jest rdzeń prawniczego zadania. Tu spotykają się wszystkie dyscypliny prawnicze, tak dogmatyczne, jak i zajmujące się podstawami prawa. O podstawowych problemach części ogólnej, o prawie zobowiązań czy prawie rzeczowym mogą rozmawiać w sposób zrozumiały specjaliści od prawa prywatnego z tymi, który zajmują się prawem publicznym lub karnym. Ta jedność prawa widoczna jest w toku egzaminów prawniczych. Tradycyjną cechą niemieckiego systemu jest to, że nauczanie inspiruje do formułowania pytań badawczych, zaś wyniki badań są uwzględniane w nauczaniu. Kto chce, może tak postępować. Brakuje tylko czasu na badania i nauczanie. W tym zakresie nie pomogą żadne programy czy ewaluacje. Człowiek samodzielnie ustala swoje priorytety i realizuje je, stosownie do możliwości, uczestnicząc w nauczaniu czy rozwijaniu dogmatyki. To brzmi skromnie, ale pozwala osiągnąć więcej niż wiele innych modeli. Dobrze, że Rada Nauki to wie i że wysoko ceni naukowość dogmatyki.

14. Tłumaczyć!

Raport Rady Nauki podejmuje także kwestię tłumaczeń[13]. Tłumaczenia nie dają identycznej treści, ale umożliwiają nieznającemu języka oryginału czytelnikowi dostęp do zagranicznych tekstów, którego w inny sposób nigdy by nie uzyskał. Są także kształcące dla tłumacza. Trafnie zalicza się dziś w Niemczech tłumaczenia do publikacji fachowych. Nie byłoby źle, aby od każdego habilitanta wymagać także tłumaczeń. Choćby od habilitantów zajmujących się dyscyplinami, w których jest żywa współpraca międzynarodowa i europejska. Dobrym tego przykładem są badania dotyczące podstaw prawa. Opublikowane tłumaczenia mówią więcej niż życiorysy i zagraniczne pobyty. Dokument Rady Nauki nie postuluje takich wymagań. Wspomina o centralizacji i zarządzaniu prawniczymi tłumaczeniami w specjalistycznych centrach, co brzmi politycznie i biurokratycznie. Nadto, zgodnie z logiką usprawiedliwionych postulatów Rady Nauki, należałoby pomyśleć o poszerzeniu kręgu tłumaczy o młodych badaczy.

12 Co do stanowiska autora, zob. Ch. Baldus, *Bezahlt die Forscher auch fürs Lesen. Zeitressourcen und Interdisziplinarität* „Forschung und Lehre" 2006, nr 8, rok 13, s. 450 i n.

13 „Publikacje w językach obcych i tłumaczenia powinny prezentować wyniki niemieckiej nauki prawa nie tylko na obszarze anglojęzycznym", ale na całym świecie. Chodzi o takie tradycje prawne jak Południowo- i Wschodnioeuropejska oraz Azji Wschodniej, które mają ścisłe związki z niemiecką nauką prawa.

Andrzej Elżanowski, Tomasz Pietrzykowski

Zwierzęta jako nieosobowe podmioty prawa

Andrzej Elżanowski

Zoolog kręgowców, zajmujący się morfologią i ewolucją ptaków oraz teorią ewolucji i bioetyką. Autor ponad stu publikacji, wybrany do zarządów międzynarodowych stowarzyszeń naukowych, a także do Komitetu Biologii Ewolucyjnej i Teoretycznej PAN, kilku rad naukowych oraz redakcyjnych.

Tomasz Pietrzykowski

Prawnik, adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, wiceprzewodniczący Krajowej Komisji Etycznej ds. Doświadczeń na Zwierzętach oraz Komisji Bioetycznej Śląskiego Uniwersytetu Medycznego.

Animals as Non-personal Carriers of Legal Rights

The current body of knowledge about the subjectivity (cognition and value-laden experience) of some non-human vertebrates makes the juristic dichotomy between commodities and persons untenable. While the great apes may (with some limitations) be treated as persons, most vertebrates are non-personal agents that lack the awareness of their own agency, which does not necessarily diminish the intrinsic value of their lives. Unfortunately, the ongoing efforts to raise the status and thus improve the treatment of all sentient animals are hindered by the lack of realistic conceptual framework for translating the current knowledge of their subjectivity and ensuing individual interests into politics and legislation. Referring to Western philosophers of law (H. Kelsen, A. Ross, N. MacCormick, L. Petrażycki) we therefore propose to grant vertebrates (and possibly some other animals if their subjectivity is recognized by science) legal rights that are appropriate for non-personal subjects even if the scope of such rights has to be very limited in comparison to the rights of human beings.

Wstęp

Historycznie zwierzęta były na ogół traktowane jako przedmioty (własności, handlu), środki transportu itp. Nawet jeżeli postrzegano je jako podmioty, to bynajmniej nie wychodziło im to na dobre. W starożytności i średniowieczu zwierzęta były w różny, zwykle okrutny sposób zabijane, składane jako ofiary bogom, prześladowane jako nosiciele złych duchów czy po prostu jako złoczyńcy. Przez wieki bywały także sądzone i skazywane (a czasami uniewinniane), tak jakby były podmiotami osobowymi nieróżniącymi się od dorosłego, świadomego i odpowiedzialnego człowieka. Zresztą przez wieki nie tylko zwierzęta, ale także ludzie bywali traktowani brutalnie – dręczenie zwierząt nie było „czymś kontrastującym z ogólnym

postępowaniem wobec istot uzależnionych", jak dzieci, służba czy chłopi[1].

Ani odrodzenie, ani epoka oświecenia nie poprawiły ich losu. Uwieńczone wpływową filozofią Kartezjusza połączenie chrześcijaństwa, humanistycznego antropocentryzmu oraz mechanistycznej wizji świata przyniosło tendencję do zupełnego odpodmiotowienia zwierząt. Dodatkowo odebrało to dręczeniu zwierząt jakiekolwiek moralne znaczenie, torując drogę gwałtownie poszerzającej się w kolejnych wiekach skali eksploatacji zwierząt przez człowieka. Dziewiętnastowieczne odkrycie ewolucji zapowiadało przełom i umożliwiło zapoczątkowanie humanitarnej ochrony zwierząt w Europie Północnej. Niestety, zapanowanie na ponad pół wieku (ok. 1920–1980) behawioryzmu, w którym rozważanie stanów psychicznych zwierząt uznane zostało za nienaukowe, uniemożliwiło dyskurs o podmiotowości zwierząt, zmarginalizowało ich humanitarną ochronę i utrzymało (za przykładem USA) ich bezwzględną reifikację jako towaru czy narzędzia produkcji (w masowej hodowli, testowaniu substancji itp.).

Dopiero pod koniec XX wieku pod wpływem psychologii poznawczej i praktycznej filozofii (głównie Petera Singera i Toma Regana) zapoczątkowany został przełom w postawach społecznych wobec zwierząt. Efektem są obecne próby złagodzenia okrucieństwa masowej eksploatacji podmiotów pozaludzkich w przemyśle i biomedycynie. Jak dotąd wydają się one mało skuteczne, ponieważ brakuje pojęciowego pomostu, który umożliwiłby przełożenie dobrze uzasadnionych naukowo postulatów filozoficznych (jak równe poszanowanie interesów czy przyrodzone uprawnienia moralne zwierząt, jeśli przysługują one jednostkom ludzkim) na prawodawstwo i tym samym praktykę zarządzania. Naszym zdaniem podmiotowość jest właśnie takim centralnym pojęciem pozwalającym na przełożenie postępu nauki i etyki na prawo oraz praktykę społeczną.

O podmiotowości może być mowa w kilku powiązanych, ale różnych znaczeniach. Podmiotowość w znaczeniu podstawowym jest to podmiotowość doznaniowo-poznawcza (która, zwłaszcza w aspekcie poznawczym, jest również klasycznym przedmiotem rozważań filozoficznych). Podmiotowość w sensie posiadania sfery subiektywnych doznań umożliwia sprawstwo (*agency*)[2], czyli podejmowanie działań w odróżnieniu od ich odruchowego wykonywania, stąd odróżnienie przyczynowości sprawczej (*agent causality*) od przyczynowości zdarzeniowej (*event causation*)[3]. Na bazie podmiotowości doznaniowo-poznawczej kręgowców (*Vertebrata*) wyewoluowała u człowiekowatych (*Hominidae*) podmiotowość osobowa, która opiera się na rozumieniu sprawstwa i odpowiedzialności, co implikuje sprawstwo moralne. Podmiotowość wynikająca ze zdolności umysłowych jest obiektywnym, wyewoluowanym atrybutem niektórych zwierząt (*Metazoa*) i może być w pełni zdefiniowana (co niekoniecznie znaczy, że w pełni zrozumiana czy wyjaśniona) w terminach biologicznych. Ma ona także oczywiste implikacje dla etycznego statusu istot posiadających podmiotowość doznaniowo-

> **Podmiotowość jest centralnym pojęciem pozwalającym na przełożenie postępu nauki i etyki na prawo oraz praktykę społeczną.**

1 J. Tazbir, *Okrucieństwo w nowożytnej Europie*, Warszawa 1993, s. 139.

2 W literaturze anglo-amerykańskiej mówi się głównie o sprawstwie (*agency*), niejako implicite zakładając sferę subiektywną, czyli podmiotowość w naszym rozumieniu. Np. cała książka S.E. McFarland, R. Hediger (eds.) *Animals and Agency. An Interdisciplinary Exploration*, Leiden–Boston 2009, poświęcona jest intuicyjnej i literackiej percepcji podmiotowości i sprawstwa zwierząt.

3 Zob. np. T. Nagel, *Pytania ostateczne*, Warszawa 1997.

-poznawczą, niezależnie od ich biologicznego gatunku czy naturalnego bądź sztucznego sposobu powstania (klony, chimery, sztuczna inteligencja).

Natomiast o posiadaniu podmiotowości prawnej decyduje samo prawo. To, komu lub czemu przypisana zostanie w danym porządku prawnym podmiotowość, jest każdorazowo decyzją prawodawcy odzwierciedlającą uznawane przez niego przekonania moralne i faktualne. W różnych systemach prawnych podmiotowość taka bywała (i bywa) odmawiana wielu niekwestionowanym posiadaczom nie tylko podmiotowości doznaniowo-poznawczej, ale także pełnej podmiotowości osobowej (np. niewolnikom, kobietom, apatrydom, osobom „wyjętym spod prawa"). Z perspektywy współczesnej wiedzy i standardów etycznych nietrudno dostrzec irracjonalność tego rodzaju wykluczeń. Także współczesna wiedza z zakresu psychologii poznawczej, neurobiologii i biologii ewolucyjnej dostarcza bardzo silnych racji przemawiających za przyznaniem przynajmniej zwierzętom kręgowym podmiotowości prawnej w zakresie podstawowego kręgu uprawnień, chroniących ich elementarne interesy.

1. Podmiotowość doznaniowo-poznawcza

Wraz z rozwojem nauki w ciągu ostatnich 30–50 lat podmiotowość jako sfera subiektywnych przeżyć wewnętrznych stała się dostępna obiektywnym badaniom naukowym – dzięki ustaleniu jej obiektywnych korelatów w postaci coraz dokładniej zlokalizowanych (metodami neuroanatomii i neuroetologii) ośrodków mózgowych generujących określone rodzaje doznań, wpływające na obserwowane zachowania. Ponadto stany subiektywne posiadają określone korelaty fizjologiczne w postaci stężeń pewnych hormonów i neuroprzekaźników, co wykorzystuje się m.in. w badaniach dobrostanu zwierząt. Mimo przeważającego w nauce redukcjonistycznego podejścia i jego pełnego sukcesu w wyjaśnieniu działania wszystkich systemów efektorowych, okazało się, że większości zachowań ludzi i innych kręgowców nie da się wyjaśnić bez założenia pewnego centralnego (tzn. wpływającego na wszystkie inne czynności mózgu, a więc i zachowania) stanu mentalnego, zwanego świadomością. Stąd w neurobiologii jako przeciwieństwo redukcjonistycznego konektywizmu wyłonił się neurosubiektywizm, według którego każdy zadowalający model działania mózgu musi uwzględnić centralne stany afektywne[4].

Nauka dostarcza kryteriów do rozgraniczenia życia przedmiotowego od podmiotowego. Większa część organizmów, w tym zapewne większość zwierząt (w sensie naukowym – *Metazoa*), są to tylko urządzenia do powielania własnego DNA, czyli żyjące przedmioty. Tylko u niektórych zwierząt, tzn. u kręgowców, być może u niektórych stawonogów (szczególnie skorupiaków) i głowonogów, do tego samego celu włączona została w toku ewolucji świadomość, zapoczątkowując ewolucję życia podmiotowego. Wraz z powstaniem świadomości wartości biologiczne mierzone w darwinowskiej *fitness* (sukcesie rozrodczym), zarówno wartości pozytywne, np. pokarmu czy bezpiecznego schronienia, jak i negatywne, np. zranienia czy zagrożenia, zaczęły być doznawane jako dobre lub złe. Nastąpiła konwersja wartości biologicznych w wartości podmiotowe (= doznaniowe), czyli ich subiektywizacja (upodmiotowienie)[5]. Nietrudno zauważyć, że wiele naszych silnych doznań (głód, doznania seksualne, strach, doznania związane ze zmianą pozycji społecznej i inne) odpowiadają zarówno znakiem, czyli walencją (+/–) jak i natężeniem biologicznej wartości sytuacji, co można też wykazać odnośnie do innych kręgowców[6]. W mózgu kręgowców, stosunkowo najlepiej poznanym, jeżeli nie jedynym generatorze podmiotowych wartości we Wszechświecie, cały czas następuje konwersja biologicznej wartości

4 J. Panksepp, *Możliwość subiektywnego doświadczenia została wbudowana w mózg ssaków przez ewolucję* (w:) P. Ekman, R.J. Davidson (eds.), *Natura emocji. Podstawowe zagadnienia*, przeł. B. Wojciszke, Gdańsk 1998, s. 332–335.

5 J. Panksepp, *Subiektywność mogła rozwinąć się w mózgu jako prosty proces kodowania wartości ułatwiający uczenie się nowych zachowań* (w:) P. Ekman, R.J. Davidson (eds.), *Natura emocji*…, s. 264–266; A. Elżanowski, *O wartościach i ich ewolucyjnym pochodzeniu* (w:) W. Ługowski, I.W. Lisiejew (red.), *Filozofia przyrody – dziś. Philosophy of Nature Today*, Warszawa 2010, s. 162–173.

6 M.S. Dawkins, *From an animal's point of view: motivation, fitness and animal welfare*, „Behavioral and Brain Sciences" 1990, t. 13, s. 1–61; A. Elżanowski, *The moral career of vertebrate values* (w:) M.H. Nitecki, D.V. Nitecki (eds.), *Evolutionary Ethics*, Albany, N.Y. 1993, s. 259–276.

bodźców na doznania. To właśnie dzięki, czy w wyniku, tej konwersji mamy pragnienia, a więc i interesy – chcemy jeść, pracować, kochać się, awansować – i przynajmniej część z tych potrzeb dzielimy z innymi ssakami i kręgowcami. Podział życia na przedmiotowe i podmiotowe ma oczywiste i fundamentalne, a mimo to słabo dotąd rozumiane znaczenie bioetyczne.

Podmiotowość jest atrybutem wynikającym z kognitywnej zdolności do świadomości, czyli tworzenia i operowania na reprezentacjach mentalnych obiektów zewnętrznych oraz stanów własnego organizmu. Jeżeli A jest świadomy B, to znaczy, że A jest podmiotem poznającym (doznającym) B, czyli posiada umysłową (mentalną, centralną) reprezentację B. Świadomość zdefiniowana jako identyfikacja obiektu lub zdarzenia przy pomocy jego umysłowej reprezentacji jest testowalna empirycznie, m.in. za pomocą testu na stałość obiektu (*object permanence*) czy jego rozpoznawania za pomocą różnych zmysłów (*cross modal matching*) – kot sięgający łapką po zabawkę zapędzoną pod dywan przechodzi oba testy. Na podstawie takich i innych bardziej wyrafinowanych testów widać bez wątpienia, że przynajmniej ssaki, ptaki i niektóre inne kręgowce posługują się świadomością, a więc są podmiotami doznająco-poznającymi.

Ludzie dzielą z innymi ssakami podstawowe (w sensie ich biologicznej wartości) negatywne doznania generowane w tzw. układzie limbicznym, tzn. ból oraz emocje strachu i niepokoju, emocje wywołane niespełnionym oczekiwaniem oraz, dla podmiotów żyjących grupowo (choćby chwilowo w grupie rodzinnej) dystres odseparowania. Pozytywne doznania, słabiej zdefiniowane i zindywidualizowane, generowane są w układzie nagrody mózgu kręgowców[7]. Ssaki i w mniej poznanym stopniu ptaki dzielą z nami te same główne kategorie źródeł przyjemności, tzn. akty spełniające, pozaseksualne kontakty społeczne, zachowania apetencyjne i eksploracyjne (własna aktywność) oraz zabawę, która wyewoluowała (niezależnie u ssaków i ptaków) z czynności funkcjonalnych właśnie dzięki temu, że są one same w sobie gratyfikujące (niezależnie od aktów spełniających, do których czasem doprowadzają, a czasem nie).

Podmiotowość jest atrybutem wynikającym z kognitywnej zdolności do świadomości, czyli tworzenia i operowania na reprezentacjach mentalnych obiektów zewnętrznych oraz stanów własnego organizmu.

Dzięki doznaniom dodatnim życie podmiotowe może mieć i zwykle ma (o ile nie zostanie zmarnowane przez uwięzienie i złe warunki bytowe) dodatnią wartość, co podkreśla anachronizm tradycyjnego ustawodawstwa ochrony zwierząt, ograniczonego do zakazów „dręczenia" czy „znęcania się", jak gdyby zwierzęta mogły tylko cierpieć, ale nie doznawały przyjemności. W świetle obecnej wiedzy jest oczywiste, że ssaki, ptaki i inne kręgowce mają indywidualne interesy, rozumiane jako *oczekiwane* wartości doznaniowe aktów konsumpcyjnych lub uniknięcia awersyjnych zdarzeń. U ssaków wartości te mierzone są w części płata czołowego kory, położonej u naczelnych nad oczodołami i znanej jako kora oczodołowo-czołowa (*orbitofrontal cortex*)[8].

7 J. Panksepp, *Affective consciousness: core emotional feelings in animals and humans*, „Consciousess and Cognition" 2005, t. 14, s. 30–80; K.C. Berridge, *Comparing the emotional brains of humans and other animals* (w:) R.J. Davidson, K.R. Scherer, H.H. Goldsmith (eds.) *Handbook of Affective Sciences*. Oxford 2003, s. 25–51.

8 J. O'Doherty, M.L. Kringelbach, R.T. Rolls, J. Hornak, C. Andrews, *Abstract reward and punishment representations in the*

Z samej natury doznań pozytywnych i negatywnych wynika, że podmiot dąży do maksymalizacji doznań pozytywnych i minimalizacji negatywnych, czyli do maksymalizacji dobrostanu, ma interes we wszystkim tym, co pozwala ów dobrostan osiągnąć.

Podmiotowość doznaniowo-poznawcza kręgowców oczywiście ewoluowała – od najprostszej, zachowanej u płazów i niektórych ryb, obejmującej elementarne doznania w reakcji na działania bodźców (np. ból, doznania ciepła i zimna, strach przed bezpośrednim zagrożeniem), do złożonej podmiotowości wielu ssaków i ptaków, których życie wypełnione jest doznaniami m.in. dzięki nagradzającemu działaniu własnej aktywności (pracy), szczególnie eksploracji otoczenia, kontaktów społecznych i zabawy. Ssaki i ptaki mają doznania nawet w czasie snu (w fazie REM, w której się śni)[9]. Podmiotowość niektórych społecznych ssaków została wzbogacona o doznania innych podmiotów, najczęściej członków własnej grupy, ale nie tylko. Ssaki te są zdolne do doznań zastępczych, czyli empatycznych, które mogą motywować do pomocy lub inaczej wpływać na zachowanie. Sprawstwo empatyczne rozwinięte jest u delfinów[10], słoni[11], naczelnych[12] (głównie u człowiekowatych, gdzie w różnym stopniu współdziała ze sprawstwem moralnym) oraz gryzoni[13] – szczury spontanicznie uwalniają swoich uwięzionych towarzyszy i dzielą się z nimi pokarmem. Delfiny i słonie pomagają też poszkodowanym osobnikom innych gatunków. Sama empatia może motywować czynienie dobra bez moralności.

Samo doznawanie wystarczy do tego, aby mieć interesy, ale nie wystarczy do działania, a więc do sprawstwa. Do tego niezbędne jest dokonanie wyboru i motywacja składające się na wolę. W tym znaczeniu wolę mają wszystkie podmioty. Za dokonywanie wyboru odpowiedzialna jest u ssaków część płata czołowego mózgu znana jako kora przedczołowa (*prefrontal cortex*)[14], szczególnie jej zakręty oczodołowe, odpowiedzialne za ocenę wartości spodziewanych aktów konsumpcyjnych, czyli określenie tzw. *goal values*[15]. Za chcenie (*wanting*), czyli motywację konsekwentnych zachowań apetencyjnych, odpowiedzialna jest boczna część podwzgórza i związane z nią ośrodki kresomózgowia (niektóre jądra podstawne) i śródmózgowia (brzuszna część nakrywki – *tegmentum*)[16].

Motywacja z udziałem świadomości (a więc sama podmiotowość) w odróżnieniu od działania mechanizmów odruchowych (*hard wiring*) implikuje pewną,

human orbitofrontal cortex, „Nature Neuroscience" 2001, t. 4 nr 1, s. 95–102.

9 S. Walker, *Animal Thought*, London 1983, s. 224–235.

10 D. Reiss, L. Marino, *Mirror self-recognition in the bottlenose dolphin: a case of cognitive convergence*, „Proceedings of the National Academy of Sciences USA" 2001, t. 98, s. 5937–5942.

11 I. Douglas-Hamilton, S. Bhalla, G. Wittemyer, F. Vollrath, *Behavioural reactions of elephants towards a dying and deceased matriarch*, „Applied Animal Behaviour Science" 2006, t. 100, s. 87–102.

12 F.B.M. de Waal, *Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy*, „Annual Reviews of Psychology" 2008, t. 59, s. 279–300; F.B.M. de Waal, M. Suchak, *Prosocial primates: selfish and unselfish motivations*, „Philosophical Transactions of the Royal Society B" 2010, t. 365, s. 2711–2722; T. Romero, M.A. Castellanos, F.B.M. de Waal, *Consolation as possible expression of sympathetic concern among chimpanzees*, „Proceedings of the National Acedemy of Sciences" 2010, t. 107, s. 12110–12115.

13 D.J. Langford, S.E. Crager, Z. Shehzad, S.B. Smith, S.G. Sotocinal, J.S. Levenstadt, M.L. Chanda, D.J. Levitin, J.S. Mogil, *Social modulation of pain as evidence for empathy in mice*, „Science" 2006, t. 312. nr 5782, s. 1967–1970; I.B. Bartal, J. Decety, P. Mason, *Empathy and Pro-Social Behavior in Rats*, „Science" 2011, t. 334, s. 1427–1430.

14 Kora przedczołowa jest najlepiej wyodrębniona i zbadana u naczelnych, ale jest obecna także u innych ssaków – zob. D. Öngür, J.L. Price, *The organization of networks within the orbital and medial prefrontal cortex of rats, monkeys and humans*, „Cerebral Cortex" 2000, t. 10, s. 206–219; J. Jelsing, A. Hay-Schmidt, T. Dyrby, R. Hemmingsen, H. Bente Pakkerberg, *The prefrontal cortex in the Göttingen minipig brain defined by neural projection criteria and cytoarchitecture*, „Brain Research Bulletin" 2006, t. 70, s. 322–336. Szerzej implikacje rozwoju kory przedczołowej skomentował T. Pietrzykowski, *The roots of normativity. From neuroscience to legal theory* (w:) J. Stelmach, M. Soniewicka, W. Załuski (red.) „Studies in the Philosophy of Law" t. 4 (*Legal Philosophy and the Challenges of Biosciences*), Kraków 2010, s. 97–121.

15 Zob. np. T.A. Hare, J. O'Doherty, C.F. Camerer, W. Schultz, A. Rangel, *Dissociating the role of the orbitofrontal cortex and the striatum in the computation of goal values and prediction errors*, „The Journal of Neuroscience" 2008, t. 28, s. 5623–5630.

16 J. Panksepp, *Affective Neuroscience. The Foundations of Human and Animal Emotions*, Oxford–New York 1998, s. 144–146; K.C. Berridge, T.E. Robinson, *Parsing reward*, „Trends in Neurosciences" 2003, t. 26, s. 507–513.

mniej lub bardziej ograniczoną, możliwość wyboru własnego zachowania, gdyby jednak pojęcie woli miało implikować wymyśloną przez filozofów „wolną wolę", to straciłoby jakiekolwiek praktyczne zastosowanie (zwłaszcza do stanowienia prawa), ponieważ nie udało się uzgodnić, co to jest wolna wola i najprawdopodobniej jest to niemożliwe. Podobnie jak wiele innych abstrakcji, pojęcie wolnej woli powstało jako logiczne przeciwieństwo całkowitego zniewolenia i jako takie jest puste, ponieważ absolutna wolność decyzji (czy czegokolwiek innego) nie jest możliwa.

Jednak wola w znaczeniu używanym (ale rzadko definiowanym) przez humanistów, m.in. przez prawników, może być rozumiana szerzej i obejmować świadomość własnego sprawstwa, czyli konsekwencji własnego działania, co z kolei może implikować odpowiedzialność moralną (i prawną). W takim „mocnym" znaczeniu wola może cechować tylko podmioty osobowe (człowiekowate i być może nieliczne inne najinteligentniejsze ssaki i ptaki), posługujące się refleksyjną samoświadomością.

2. Podmiotowość osobowa

Koniecznym atrybutem podmiotowości jest odróżnienie siebie od otoczenia, a więc pewien poziom samoświadomości (świadomości samego siebie). Minimalny poziom samoświadomości, funkcjonujący u wszystkich podmiotów (oczywiście łącznie z nami) to odróżnienie własnego ciała od świata zewnętrznego na poziomie doznaniowym. Doznaniowa samoświadomość wystarcza do poczucia własnej integralności (oczywiście bez apercepcji i konceptualizacji tego poczucia) i jej zagrożenia czy naruszenia, nawet jeżeli jest ono samo w sobie bezbolesne. Natomiast u człowiekowatych, słoni[17], delfinów i ptaków krukowatych[18] wyewoluowała dodatkowo samoświadomość refleksyjna, czyli świadomość samego siebie, która pozwala na rozpoznanie się w lustrze. Implikuje to zarazem świadomość samego siebie jako podobnego do innych członka grupy. Niektórzy badacze (zwłaszcza psychiatrzy), zajmujący się wyłącznie ludźmi[19], uznają samoświadomość refleksyjną za jedyną formę świadomości, co prowadzi do odmawiania świadomości większości podmiotom pozaludzkim (jak i małym dzieciom). Jest to oczywiście błędne – samoświadomość refleksyjna nie mogłaby powstać bez zdolności do bycia świadomym elementów otoczenia i własnego ciała.

Samoświadomość refleksyjna implikuje podmiotowość drugiego rzędu (metapodmiotowość), czyli spojrzenie na siebie jako na podmiot doznająco-poznający oraz jako sprawcę. Zdolność do zrozumienia własnego sprawstwa zakłada zrozumienie związku przyczynowo-skutkowego, którego najlepszym testem jest wytwarzanie narzędzi do doraźnych, nieprzewidywalnych wcześniej celów: oprócz człowiekowatych zdolność tę mają ptaki krukowate[20]. Teoretycznie można się spodziewać, że zrozumienie własnego sprawstwa w połączeniu z empatią powinny generować poczucie moralnej odpowiedzialności oraz samoocenę (ocenę „ja"), która z kolei generuje doznania atrybucyjne[21], takie jak duma, poczucie winy, samozadowolenie. I tak jest u szympansów[22], które w akcie pojednania po bójce zamykają rany na ciele przeciwnika i rozpaczają po przegranej walce o przewodnictwo grupy. Szympansy są prostymi, chociaż ściśle dyskryminującymi sprawcami moralnymi, u których działanie empatii jest zwykle ograniczone do własnej rodziny i wąskiego kręgu odwzajemniających się przyjaciół[23]. W stosunku do „swoich" szympansy dzielą się pokar-

17 J.M. Plotnik, F.B.M. de Waal, D. Reiss, *Self-recognition in an Asian elephant*. „Proceedings of the National Academy of Sciences USA" 2006, t. 103, s. 17053–17057.

18 H. Prior, A. Schwarz, O. Güntürkün, *Mirror-induced behavior in the Magpie* (Pica pica): *evidence of self-recognition*, „PLoS Biology" 2008, t. 6, s. 1642–1650, e202. doi:10.1371/journal.pbio.0060202

19 A.R. Damasio, *Tajemnica świadomości*, Poznań 2000.

20 R.W. Shumaker, K.R. Walkup, B.B. Beck, *Animal tool behavior. The use and manufacture of tools by animals*, Baltimore 2011.

21 A. Ortony, G.L. Clore, A. Collins, *The Cognitive Structure of Emotions*, Cambridge 1988.

22 F. de Waal, *Good Natured. The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*, Cambridge/Mass. 1996; F. de Waal, *Primates and Philosophers. How Morality Evolved*, Princeton/N.J., 2006.

23 J.B. Silk, B.R. House, *Evolutionary foundations of human prosocial sentiments*, „Proceedings of the National Academy of Sciences USA", t. 108, s. 10910–10917. Przegląd ten stosuje rygorystyczne kryteria do oceny badań podmiotów pozaludzkich i nierealistyczny, uśredniony model ludzkich zachowań oparty na próbach z nowoczesnych społeczeństw, których moralność od stuleci ewoluuje pod wpływem zachodniej etyki.

mem, okazują wdzięczność, wynagradzają przysługi, pomagają innym w osiągnięciu ich praktycznych celów, ale zarazem egzekwują wzajemność, podejmując odwet (moralizującą agresję) za jej nieprzestrzeganie (zdradę sprzymierzeńca, który poprzednio skorzystał z pomocy). Natomiast u krukowatych empatia jest słabo wyrażona (lub poznana)[24] i na razie nie ma dowodów na sprawstwo moralne u ptaków.

Samoświadomość siebie jako sprawcy z moralną odpowiedzialnością za swoje czyny wyróżnia człowiekowate jako podmioty osobowe czy po prostu osoby, co znalazło wyraz w tzw. projekcie na rzecz człekokształtnych i Deklaracji praw człekokształtnych[25]. Jak w przypadku innych produktów ewolucji, definicja osoby (podmiotowości osobowej) jest i pozostanie częściowo arbitralna (zwłaszcza uwzględniając formy kopalne), ale tylko częściowo, bo jak w przypadku definicji większych grup organizmów (ssaki, ptaki), może i powinna odzwierciedlać przełomy czy relatywne nieciągłości organizacyjne. Takim przełomem było powstanie świadomości sprawstwa, ponieważ umożliwiło ono powstanie prawdziwego społeczeństwa (*society*), opierającego się m.in. na rozumieniu czy poczuciu odpowiedzialności jego członków. Wydaje się, że zrozumienie sprawstwa (własnego i innych) umożliwiło także, już w historii ludzi (*Homininae*), powstanie mowy, której pierwotną funkcją było informowanie innych członków grupy, co i jak robić (m.in. przy wytwarzaniu narzędzi)[26].

Samoświadomość siebie jako sprawcy z moralną odpowiedzialnością za swoje czyny wyróżnia człowiekowate jako podmioty osobowe czy po prostu osoby, co znalazło wyraz w tzw. projekcie na rzecz człekokształtnych i Deklaracji praw człekokształtnych.

3. Podmiotowość prawna zwierząt

Tradycyjnie treść norm prawnych oparta jest na dychotomii rzeczy (przedmiotów uprawnień, czy stosunków prawnych) oraz osób, którym przypisywane są uprawnienia i obowiązki[27]. W świetle współczesnej wiedzy i jej implikacji etycznych dychotomia ta okazuje się rażącym anachronizmem, który hamuje rozwój prawodawstwa, a pośrednio też postęp moralny[28]. Coraz trudniejsze do zignorowania fakty dotyczące doznaniowo-poznawczej podmiotowości zwierząt

24 O.N. Fraser, T. Bugnyar, *Do Ravens show consolation? Responses to distressed others*, „PLoS ONE" 2010, t. 5, nr 5, e10605. doi:10.1371/journal.pone.0010605; J.L. Edgar, J.C. Lowe, E.S. Paul, C.J. Nicol, *Avian response to chick distress*, „Proceedings of the Royal Society B" 2011, t. 278, s. 3129–3134; J.L. Edgar, E.S. Paul, L. Harris, S. Penturn, C.J. Nicol, *No evidence for emotional empathy in Chickens observing familiar adult conspecifics*, „PLoS ONE" 2012, t. 7, e31542. doi:10.1371/journal.pone.0031542.

25 P. Cavalieri, P. Singer (eds.), *The Great Ape Project. Equality Beyond Humanity*, New York 1993.

26 M.C. Corballis, *The Lopsided Ape. Evolution of the Generative Mind*, New York–Oxford 1991, s. 163–164.

27 Co do zasady, obejmujących osoby ludzkie (osoby „fizyczne") oraz rozmaite formy ich organizacyjnego współdziałania (osoby „prawne").

28 Na temat komplikacji w sposobie, w jakim w dyskursie etycznym i prawnych funkcjonuje pojęcie „osoba" zob. B. Brożek, *Pojęcie osoby w dyskusjach bioetycznych* (w:) J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 43 i n.

doprowadziły w XX wieku do dość powszechnej w prawodawstwie europejskim ich „dereifikacji". Jej przykładem jest art. 1 obowiązującej w Polsce ustawy o ochronie zwierząt, zgodnie z którym „zwierzę, jako istota żyjąca, zdolna do odczuwania cierpienia, nie jest rzeczą" (analogiczne przepisy istnieją także w wielu innych prawodawstwach europejskich, np. w Niemczech czy Austrii). Jednakże realne konsekwencje aktów dereifikacyjnych są na ogół znikome, ponieważ zwierzęta przestając być „rzeczami" – przedmiotami uprawnień i obowiązków człowieka – nie stają się zarazem podmiotami, posiadającymi jakiekolwiek „własne" uprawnienia. Praktyka pokazuje, że sama deklaratywna dereifikacja nie powoduje rzeczywistego „odrzeczowienia" ich statusu prawnego. Wskazuje na to chociażby fakt, że nadzór nad przestrzeganiem przepisów o ochronie zwierząt pozostaje w większości krajów (w tym – niestety – także w Polsce) w rękach ministrów odpowiedzialnych za rolnictwo. Zwierzęta traktowane są więc w dalszym ciągu jako przedmiot systemu „produkcji żywności" – chodząca (jeszcze) wołowina czy wieprzowina.

Doprowadzenie do autentycznej prawnej dereifikacji zwierząt wymaga, jak się wydaje, uczynienia z nich rzeczywistych nosicieli własnych podmiotowych uprawnień, obejmujących ochronę ich podstawowych interesów (związanych z ograniczeniem do minimum cierpień, jakie człowiekowi wolno im zadawać w imię realizacji swoich własnych potrzeb i dążeń). Nie musi to, naszym zdaniem, prowadzić do radykalnego i natychmiastowego wykluczenia wszelkich utrwalonych w kulturze form eksploatacji zwierząt przez człowieka (hodowli i zabijania na cele żywnościowe, eksperymentów naukowych czy utrzymywania w ogrodach zoologicznych). Wiązanie postulatu upodmiotowienia zwierząt z tak radykalnymi konsekwencjami byłoby zupełnym nieliczeniem się z realiami i oznaczałoby utratę praktycznych szans na znaczący (być może kluczowy) postęp w standardach ochrony zwierząt – dzięki przyznaniu im ograniczonej, nieosobowej podmiotowości. Niemożność natychmiastowej przemiany świata w arkadię zwierząt nie powinna stać na przeszkodzie podejmowaniu działań, dzięki którym może on stać się przynajmniej w nieco mniejszym stopniu ich „wieczną Treblinką"[29]. Sądzimy więc, że postulat upodmiotowienia zwierząt nie musi być równoznaczny z żądaniem bezwzględnej abolicji wszelkich praktyk ich eksploatacji. Jego następstwem byłoby jednak co najmniej zasadnicze przeobrażenie systemu nadzoru i egzekucji obowiązków człowieka wobec zwierząt hodowlanych, doświadczalnych czy wykorzystywanych do celów rozrywkowych, a także ograniczenie lub zniesienie tych form eksploatacji zwierząt, które drastycznie naruszają ich podstawowe interesy w imię ludzkich zachcianek (jak np. noszenie naturalnych futer zwierzęcych przy obecnej dostępności innej ciepłej odzieży).

Niemożność natychmiastowej przemiany świata w arkadię zwierząt nie powinna stać na przeszkodzie podejmowaniu działań, dzięki którym może on stać się przynajmniej w nieco mniejszym stopniu ich „wieczną Treblinką".

Wbrew często podnoszonym argumentom, z prawnego punktu widzenia tego rodzaju upodmiotowienie zwierząt nie byłoby więc niczym ani absurdalnym, ani nawet szczególnie trudnym do pomyślenia czy prawnego ukształtowania[30]. Konceptualno-teoretyczną możliwość przypisywania uprawnień (a tym samym –

29 C. Patterson, *Wieczna Treblinka*, Opole 2003.

30 Por. T. Pietrzykowski, *Czy prawa dla zwierząt są nonsensem?* „Kultura Liberalna" 2010, nr 69, http://kulturaliberalna.

podmiotowości prawnej) zwierzętom za rzecz najzupełniej oczywistą uważało wielu najwybitniejszych teoretyków prawa XX wieku, by wymienić tylko H. Kelsena, A. Rossa, N. MacCormicka czy L. Petrażyckiego. Podmiotami prawa bywają nie tylko rozmaite formy organizacji i współdziałania ludzi (w tym także istniejące jedynie na papierze nieposiadające żadnego „osobowego" substratu), masy majątkowe, osoby zmarłe, duchy i inne byty „nadnaturalne"; dyskutowane bywa upodmiotowienie zabytków, siedlisk przyrodniczych czy przyszłych pokoleń (*rights of future generations*). Status podmiotu prawa może mieć każdy byt, któremu prawo „zarachowuje" określone uprawnienia. Przesłanki takiego zarachowania mogą mieć charakter moralny (jak w przypadku wielowiekowych zmagań o uznanie prawnej podmiotowości każdego człowieka, bez względu na moralnie irrelewantne różnice indywidualne) bądź pragmatyczny (jak np. w odniesieniu do rozmaitych form kooperacji ludzi i tworzonych przez nich organizacji). Na ogół zresztą w rachubę wchodzą zarówno względy moralne, jak i pragmatyczne.

Naszym zdaniem zarówno moralne, jak i pragmatyczne racje w pełni uzasadniają postulat nadania zwierzętom kręgowym nieosobowej podmiotowości prawnej. Posiadają one własności czyniące z nich posiadaczy własnych, indywidualnych interesów. Interesy te są prawnie uznawane i chronione w znacznie mniejszym stopniu, niż na to moralnie zasługują, nawet wówczas, gdy istnieją przepisy zakazujące godzących w nie zachowań. Jest tak m.in. ze względu to, że obowiązki człowieka wobec zwierząt nie są traktowane jako wynikające z uprawnień gwarantowanych przez prawo konkretnemu zwierzęciu i chroniące jego legitymowane interesy, a jedynie jako czyny wymagane ze względu na wartości i racje „porządku publicznego", „moralności społecznej", „uczucia innych ludzi", dbałości o „bezpieczeństwo produkcji żywności" itp. Upodmiotowienie zwierząt oznaczać powinno więc przekształcenie norm mających służyć ich ochronie w przysługujące im indywidualnie uprawnienia, których naruszenie stanowi nie tylko czyn godzący w uznane wartości prawne (interes publiczny), ale naruszający sferę podmiotowej ochrony prawnej, przysługującej konkretnemu zwierzęciu i ścigany ze względu na krzywdę, jaka została mu bezprawnie wyrządzona.

Uprawnienia zwierząt jako podmiotów nieosobowych obejmować powinny, rzecz jasna, jedynie pewien, stosunkowo wąski (w porównaniu z typowymi podmiotami osobowymi) katalog podstawowych uprawnień odpowiadających takim interesom i potrzebom zwierząt, które dają się racjonalnie ustalić i których ochronie nie stoi na przeszkodzie kolizja z innymi, mającymi większą wagę uprawnieniami lub interesami innych podmiotów (w szczególności – podmiotów osobowych). Jego ustalenie jest bez wątpienia sprawą dyskusyjną i wymagającą refleksji zarówno moralnej, jaki ekonomiczno-społecznej. Musi ona przy tym być podbudowana solidną, współczesną wiedzą naukową o poznawczo-doznaniowej podmiotowości zwierząt, wskazującą na charakter oraz zakres ich możliwych do prawnej ochrony potrzeb i interesów.

Zasadniczym efektem prawnego upodmiotowienia zwierząt byłaby redefinicja ochrony interesów zwierząt. Jej konstrukcja przestałaby się opierać jedynie na „refleksach" adresowanych do człowieka obowiązków powstrzymania się od określonych aktów okrucieństwa wobec zwierzęcia, a zaczęła – na podmiotowych uprawnieniach przypisanych samemu zwierzęciu. Respektowanie takiego uprawnienia (prawnie chronionego interesu) konkretnego, indywidualnego zwierzęcia (lub grupy zwierząt) byłoby egzekwowane w sposób podobny, jak ma to miejsce w przypadku ochrony uprawnień niezdolnych do samodzielnej (także prawnej) obrony ludzi – małych dzieci, osób upośledzonych, pozbawionych świadomości chorych.

Nieosobowy charakter podmiotowości zwierząt wiązać musi się z posiadaniem jedynie uprawnień, bez towarzyszących im obowiązków (możliwych do przypisania tylko podmiotom osobowym). Sytuacja prawna upodmiotowionych zwierząt również pod tym względem przypominałaby obecny status tych podmiotów osobowych, które ze względu na wiek (małe dzieci) lub dysfunkcje (upośledzenie umysłowe, ciężka choroba) nie mogą być podmiotami obowiązków – i ponosić odpowiedzialności za ich niewypełnienie. Podmiotowość prawna zwierząt jako nieosobowych podmiotów prawa oznaczałaby więc przypisanie im jedynie (i aż) pewnego kręgu uprawnień chronionych

pl/2010/05/04/singer-pietrzykowski-kozlowski-czy-polskie-zwierzeta-maja-prawa/#2.

normami prawa karnego i administracyjnego oraz (jak należałoby stanowczo postulować) – uznaniem ich podmiotowego statusu na poziomie prawa konstytucyjnego.

Tak rozumiana podmiotowość ograniczałaby się więc w istocie wyłącznie do biernej zdolności „wiktymalnej" – traktowania przez prawo jako podmiotu, którego uprawnienia mogą zostać naruszone przez działania osobowych podmiotów prawa[31]. W konsekwencji krzywda im wyrządzona (wynikająca z bezprawnego naruszenia posiadanych przez nie uprawnień) podlegałaby określonym sankcjom represyjnym i egzekucyjnym, możliwym do dochodzenia – w imieniu samych pokrzywdzonych danym czynem ofiar – przez wyznaczonych do tego przedstawicieli (podmioty osobowe). Konstrukcja taka (posiadanie uprawnień przez podmiot niezdolny do samodzielnego dochodzenia ich ochrony i powierzenie jej innym, posiadającym odpowiednie zdolności czynne, podmiotom) jest doskonale znana i ugruntowana w wielu powszechnie znanych i wykorzystywanych instytucjach porządku prawnego.

Podstawowymi bezpośrednimi praktycznymi implikacjami upodmiotowienia zwierząt powinno być istotne podniesienie rangi prawnej ochrony ich interesów oraz zasadnicza reforma systemu nadzoru nad egzkucją ich uprawnień – w szczególności powierzenie odpowiednim, powołanym do tego organom lub podmiotom roli formalnego prawnego „zastępcy" czy „reprezentanta" (także procesowego) zwierzęcia, mającego prawo i obowiązek podejmowania działań niezbędnych do odpowiedniej ochrony przed bezprawnym naruszaniem przysługujących zwierzęciu uprawnień.

Co jednak nie mniej istotne: prawne upodmiotowienie zwierząt w dalszej perspektywie stwarzałoby szansę na stopniowe przezwyciężenie także mentalno-historycznego bagażu przedmiotowego traktowania zwierząt w kulturze zachodniej. Nie tylko treść prawa, ale także jego język (a zwłaszcza implikowany nim „przekaz aksjologiczny"[32]) mogą bowiem w wielu wypadkach przyczyniać się do przemian świadomości prawnej, a w konsekwencji – także przekonań i odczuć moralnych ich adresatów. W pewnym stopniu, jak się wydaje, ustawodawstwo ochrony zwierząt XIX i XX wieku już taką rolę spełniło. Również dzięki niemu (obok zasadniczego postępu nauki, w tym zwłaszcza powolnemu przedostawaniu się do świadomości społecznej etycznych implikacji ewolucji) zaczynają obecnie pojawiać się warunki umożliwiające dokonanie przez prawo kolejnego kroku „wyprzedzającego" i katalizującego dalsze przemiany kulturowe odnoszące się do postrzegania relacji ludzi do podmiotów pozaludzkich.

Nieosobowy charakter podmiotowości zwierząt wiązać musi się z posiadaniem jedynie uprawnień, bez towarzyszących im obowiązków (możliwych do przypisania jedynie podmiotom osobowym).

31 Na temat biernych i czynnych zdolności podmiotów prawa oraz pełnej rozdzielności zdolności biernej od czynnej zob. szerzej np. N. MacCormick, *Institutions of Law*, Oxford–New York 2007, s. 87–88.

32 E. Łętowska, *Dwa cywilnoprawne aspekty praw zwierząt: dereifikacja i personifikacja* (w:) A. Szpunar (red.) *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, Łódź 1997, s. 71–92.

Grzegorz Blicharz

Pożyczka morska. Ślepa uliczka zachodniej tradycji prawnej?

Grzegorz Blicharz

Doktorant w Katedrze Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Student filozofii w Instytucie Filozofii Uniwersytetu Jagiellońskiego. Laureat Programu „Diamentowy Grant" Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego. Dyrektor Zarządu Fundacji „Utriusque Iuris".

Sea Loan. A Dead-End Alley of Western Legal Tradition?

When considering Roman legal framework a key factor in the discussion about the process of decodification in Europe one cannot overlook some concepts which nowadays are thought to be a mere history. Roman law does not always pass the test of flexibility and economical effectiveness. For example a strong affirmation of personal character of any obligation made Romans reluctant to accept assignment of rights and pactum in favorem tertii *which are broadly recognized in the modern civil law. However, it seems not to be a case with* pecunia traiecticia*, i.e. the sea loan. This special contract of loan had a twofold character: it served to take over the risk of sea transport and to invest in maritime trade. The main idea was quite familiar: just price for any loss incurred due to* vis maior*. Usus modernus applied it also to land transport. Nevertheless, the sea loan suddenly disappeared at the end of 19th century after a long tradition of being a part of the western legal thought. The author believes that there is a place in the realm of obligations for an ancient, but still a vigorous concept.* Pecunia traiecticia *was inspiration for two different and more famous contracts: insurance and bottomry loan which dominated its history. However, as such it was more like modern risk-sharing instruments which combine credit, insurance and a bit of speculation. Examination of Roman legal framework and western legal tradition has proved that some ancient concepts even 'forgotten' could revive and should be included in the market of ideas while shaping a new order of private law.*

Dyskusja nad nowym kształtem prawa prywatnego w dobie dekodyfikacji, skłania do włączenia w nią także tradycji romanistycznej, nie tylko w celu poszukiwania bardziej elastycznych rozwiązań[1], ale także dla przypomnienia, że niektóre rzymskie pomysły, z jakich korzystano przez wiele wieków, zostały zarzucone. Wiąże się to w istocie z pytaniem o wartości i zasady nadal aktualne dla prawa pojmowanego jako dyskurs. Znana jest historia poglądu o ściśle osobistym charakterze zobowiązania, a tym samym o niedopusz-

1 W. Dajczak, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 2 (10), s. 22.

czalności przelewu wierzytelności, głoszonego przez kontynentalną naukę prawa prywatnego aż po XIX wiek[2]. Równie długo utrzymywała się zasada, iż umowy na rzecz osoby trzeciej nie są skuteczne; ostatecznie została ona przełamana w tradycji *civil law* dopiero w erze kodyfikacji[3]. Efektywność prawa wzięła górę nad wielowiekową tradycją, a dotychczasowe rozwiązania uznano za nieadekwatne. Ślepe uliczki nie są jednak przypadłością tylko odległych historycznie porządków prawnych – widać je i w ostatnich czasach. Niedawno sformułowana teoria osoby prawnej, razem ze swoją rozbudowaną siatką pojęciową, dzisiaj jest już w fazie schyłkowej w obliczu rozwoju teorii spółek handlowych, co z kolei pozwala ponownie sięgnąć do rzymskich doświadczeń w kwestii zdolności prawnej organizacji[4]. Czy podobna przychylność losu może sprawić, że odrodzi się zainteresowanie rzymską pożyczką morską, nazywaną kiedyś *pecunia traiecticia* lub *fenus nauticum*?

Pożyczka morska, podobnie jak inne wspomniane już rzymskie rozwiązania prawne, była powszechnie stosowana od starożytności po XIX wiek: zarówno w tradycji prawa kontynentalnego, jak i w *common law*. Dzisiaj niewielu o niej pamięta. Samo prześledzenie najnowszej literatury prawniczej na ten temat prowadzi do wniosku, że interesują się nią przede wszystkim historycy prawa i romaniści[5], a w ostatnim czasie także historycy ekonomii[6]. Spośród przedstawicieli nauki współczesnego prawa najchętniej odwołują się do pożyczki morskiej znawcy ubezpieczeń gospodarczych, uznając ją za prototyp umowy ubezpieczenia[7]. Ponad wiek temu ogłoszono ostateczny koniec tradycji pożyczki morskiej. Wybitny niemiecki romanista, cywilista i profesor prawa gospodarczego Levin Goldschmidt w podręczniku do prawa handlowego z 1891 r. wyjaśniał, że „wraz z rozwojem ubezpieczeń morskich pożyczka morska utraciła swoje powszechne znaczenie dla handlu morskiego i skurczyła się do przymusowej dla żeglarzy bodmerii, z której też w końcu zrezygnowano. Do okresu średniowiecza przynależał początek procesu jej zanikania"[8]. Będąc świadomym braku zainteresowania dzisiejszej doktryny pożyczką morską, należy pamiętać, że doświadczenie historycznego rozwoju prawa uczy, iż dawne rozwiązania mogą powrócić, potwierdzając swoją użyteczność niezależnie od zmieniających się okoliczności[9]. Czy zatem tak nagły koniec korzystania z pożyczki morskiej w XIX wieku miałby oznaczać bezpowrotne przejście tej instytucji prawnej do historii?

Trudno dzisiaj wskazać wyraźnego „następcę" umowy pożyczki morskiej. Ryzyko transportu morskiego i finansowanie handlu morskiego odbywa się z wykorzystaniem wielu instrumentów prawnych. Należą do nich przede wszystkim ubezpieczenia morskie, na-

2 W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 91, 437.

3 R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 34–35, 44–45.

4 T. Giaro, *Krótka historia istoty osoby prawnej* (w:) F. Longchamps de Bérier, R. Sarkowicz, M. Szpunar (red.), *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 74.

5 M.in. S. Schuster, *Das Seedarlehen in den Gerichtsreden des Demosthenen: Mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstitutes: dáneion nautikón, fenus nauticum und Bodmerei*, Duncker and Humblot 2005; P.J. Thomas, *Insurance in Roman Law: Martialis Epigrammaton III 52*, „Journal of South African Law" (TSAR) 2009, nr 2, s. 264–273; H.E. Anderson III, *Risk, Shipping, and Roman Law*, „Tulane Maritime Law Journal" 2009, nr 34, s. 183–209; Z. Benincasa, *'Periculi pretium'. Prawne aspekty ryzyka związanego z podróżami morskimi w starożytnym Rzymie (II w. p.n.e. – II w. n.e.)*, Warszawa 2011.

6 M.in. A. Delis, *Shipping Finance and Risks in Sea Trade during the French Wars. Maritime Loan Operations in the Republic of Ragusa*, „International Journal of Maritime History" 2012, vol. XXIV, nr 1, s. 229–242; O. Maridaki-Karatza, *Legal Aspects of the Financing of Trade* (w:) A.E. Laiou (ed.), *The Economic History of Byzantium. From the Seventh through the Fifteenth Century*, Dumbarton Oaks 2002, s. 1105–1120; Y. Gonzalez De Lara, *Enforceability and Risk-Sharing in Financial Contracts. From the Sea Loan to the Commenda in Late Medieval Venice*, „The Journal of Economic History" 2001, vol. 61, nr 2, 500–504; J. Andreau, *Banking and Business in the Roman World*, Cambridge University Press 1999.

7 *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*, t. II, praca zbiorowa, Wolters Kluwer Polska – LEX, 2010; K.-H. Thume, H. de la Motte, H.C. Ehlers, *Transportversicherungsrecht*, wyd. 2, München 2011.

8 L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, t. 1, Stuttgart 1891, s. 354.

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

stępnie pożyczki zabezpieczane hipotekami morskimi, a także wykorzystywane przy eksporcie i imporcie różne reguły rozkładu odpowiedzialności, tzw. *incoterms*. Gra ryzykiem odbywa się dzięki papierom wartościowym – konosamentom – oraz umowom typu *forward* lub *futures*, czy też umowom hedgingowym. Wreszcie pozostaje ogromny rynek giełd papierów wartościowych i giełd towarowych. W zachodniej tradycji prawnej *fenus nauticum* zawsze pojawia się w nawiązaniu do umowy ubezpieczenia, zwłaszcza morskiego, oraz do pożyczki bodmeryjnej (ang. *bottomry loan*, niem. *die Bodmerei*). Źródło podobieństwa tkwi w dwoistym charakterze rzymskiej pożyczki morskiej – była jednocześnie kredytem i ubezpieczeniem. Dzisiaj pożyczki bodmeryjnej już się nie spotyka, chociaż pozostała jeszcze w tekstach niektórych aktów prawnych[10]. Zastąpiła ją instytucja hipoteki morskiej, z uprzywilejowaną pozycją przy zaspokajaniu wierzytelności. Natomiast umowa ubezpieczenia w swojej podstawowej konstrukcji pozostała niezmieniona, o czym świadczy chociażby jej kształt w niedawno sformułowanych Zasadach europejskiego prawa ubezpieczeń (*Principles of European Insurance Contract Law* – PEICL), które na potrzeby harmonizacji unijnego rynku ubezpieczeń przygotowała w 2009 r. grupa projektowa „Restatement of European Insurance Contract Law". Ciekawe jednak, że w ostatnich kilkudziesięciu latach zauważalny jest znowu trend do łączenia usług kredytowych i ubezpieczeniowych. Coraz częściej banki wraz z pożyczką oferują ubezpieczenie (tzw. *bancassurance*), które jednak wydaje się po prostu szybszym sposobem na zawarcie dwóch rodzajów umów (tańsze pozyskanie polis ubezpieczeniowych) i zazwyczaj stanowi inną metodę zapewnienia sobie ubezpieczenia zdrowotnego lub, coraz częściej, majątkowego. Chociaż nie należy utożsamiać *bancassurance* z pożyczką morską, zauważalna unifikacja rynku bankowo-ubezpieczeniowego rodzi nadzieję na ponowne zaakceptowanie *pecunia traiecticia*, zwłaszcza że głównym zainteresowanym, obok osób prywatnych, mogliby zostać wielcy inwestorzy – banki.

W zachodniej tradycji prawnej *fenus nauticum* zawsze pojawia się w nawiązaniu do umowy ubezpieczenia, zwłaszcza morskiego, oraz do pożyczki bodmeryjnej. Źródło podobieństwa tkwi w dwoistym charakterze rzymskiej pożyczki morskiej – była jednocześnie kredytem i ubezpieczeniem.

Pożyczka morska nie była tylko rzymskim pomysłem. Znali ją już wcześniej Fenicjanie, Persowie, mieszkańcy Indii[11], powszechnie stosowano ją w Grecji, skąd prawdopodobnie przeniknęła przez *ius gentium* do prawa rzymskiego. Momentem przełomowym okazało się najprawdopodobniej większe

10 Np. art. 1 pkt 1, lit. h) Międzynarodowej konwencji w sprawie zajęcia (aresztu) statków morskich, podpisanej w Brukseli dnia 10 maja 1952 r.; § 1269, § 1292 ABGB (austriackiego kodeksu cywilnego); art. 719–736 CdCE (hiszpańskiego kodeksu handlowego); art. 311–331 C. Comm. (francuskiego kodeksu handlowego) do 1969 r.; §§ 679–699 HGB (niemieckiego kodeksu handlowego) do 1972 r.

11 J.P. Van Niekerk, *The Development of the Principles of Insurance Law in the Netherlands from 1500 to 1800*, vol. 1, Cape Town 1998, s. 16.

zaangażowanie Rzymian w handel morski i rozszerzanie wpływów w basenie Morza Śródziemnego. Jednakże to dzięki rzymskiej *pecunia traiecticia*, a nie greckiej *dáneion nautikón*, pożyczka morska stała się elementem zachodniej tradycji prawnej. Można przypuszczać, że Rzymianie nie wdrażali bezrefleksyjnie obcego rozwiązania, lecz starali się wpisać je we własne kategorie prawne. W przypadku pożyczki morskiej podstawowa *ratio* dla korzystania z niej pozostała taka sama. Przejawiała się ona w realizacji dwóch celów: finansowaniu transportu morskiego i przejęciu ryzyka podróży morskiej przez osobę trzecią. Osiągano je za pomocą odpowiednio skonstruowanej umowy o pożyczkę. Dłużnik – organizujący wyprawę morską – pożyczał pieniądze, aby przetransportować je same do innego portu albo zainwestować od razu na miejscu i nabyć za nie towary, które następnie przewoził *trans mare*. Umowa mogła być zawierana zarówno na podróż w jedną, jak i w obie strony. Za każdym razem, gdy z powodu ryzyka morskiego: burzy, sztormu, ataku piratów i wroga, czy innych postaci *vis maior*, które występowały podczas żeglugi, statek nie dotarł do portu albo przepadły transportowane towary czy pieniądze, dłużnik zostawał zwolniony z oddania pożyczki. Jeżeli warunek *si salva navis intra statuta tempora pervenerit* nie spełnił się, zobowiązanie było uważane za nieistniejące – *crediti obligatio non existente videtur* (D. 22,2,6). Jeśli natomiast wyprawa morska przebiegła szczęśliwie i statek dotarł do portu zgodnie z planem, wierzyciel otrzymywał obok kwoty pożyczki – odsetki, które mogły być umówione do nieograniczonej wysokości – *in infinitum* (PS. 2,14,3). Dlatego cesarz Justynian, a za nim cała zachodnia tradycja prawna, nazywał tę umowę również *usura maritima* czy *fenus nauticum*, co dosłownie oznacza „odsetki morskie”[12]. Uprzywilejowanie co do odsetek pozostało aż po XIX w., choć w wysokości ograniczonej. Od konstytucji cesarza Justyniana z 528 r. po Chr. do *centesimae*, stanowiło to 12,5% rocznie (C. 4,32,26,2). Używanie określenia *centesimae* nie przeszkadzało jednak i w późniejszych czasach rozumieć pod nim po prostu pełną swobodę w zastrzeganiu odsetek, a jedyną respektowaną granicą dla ich wysokości pozostało – także justyniańskie – *duplum*, czyli zakaz przekroczenia przez nie 100% – kwoty samej pożyczki[13]. Specjalny charakter odsetek wynikał z tego, że stanowiły one wynagrodzenie dla wierzyciela za ponoszenie ryzyka morskiego. Jest prawdopodobne, że już Cerwidiusz Scewola – rzymski jurysta z II w. po Chr. – nazwał je *periculi pretium*, tzn. ceną ryzyka (D. 22,2,5).

Mechanizm alokacji korzyści i ryzyka w pożyczce morskiej odpowiadał podstawowym intuicjom reguł rządzących handlem morskim. Fakt występowania podobnego instrumentu w różnych regionach świadczy o wspólnej potrzebie kupców – znalezienia środków inwestycyjnych i różnych sposobów ubezpieczania się. Z pewnością *pecunia traiecticia* była tylko jednym z nich. Oprócz niej występowały umowy spółek cywilnych *societas*, tworzonych dla realizacji wspólnego przedsięwzięcia i stosowano reguły *lex Rhodia de iactu* dla rozwiązania konsekwencji „wielkiej awarii” przy przewozie morskim. Obydwie instytucje prawne są wykorzystywane do dnia dzisiejszego. Co natomiast stało się z *pecunia traiecticia*?

Pogląd L. Goldschmidta o powolnym odchodzeniu od pożyczki morskiej w średniowieczu, skłania do przeanalizowania opisującej ją siatki pojęciowej. Johan P. Van Niekerk w swoim obszernym studium nad rozwojem pożyczki morskiej, umowy ubezpieczenia i pożyczki bodmeryjnej w Niderlandach od 1500 do 1800 r. wyjaśnia, że w średniowieczu pojawiła się potrzeba rozdzielenia dwóch funkcji pożyczki morskiej, tak aby ułatwić zdobywanie środków inwestycyjnych i ubezpieczeń. Wskazuje, że powstawało wówczas coraz więcej różnych rozwiązań służących wyłącznie finansowaniu handlu, jak: nowe rodzaje spółek, skrypty dłużne czy inne formy pożyczek,

12 Szersze omówienie pożyczki morskiej w prawie rzymskim G. Blicharz, *Prawne aspekty finansowania transportu morskiego w starożytnym Rzymie*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2012, t. LXIV, z. 2, s. 291–314.

13 Przedstawiciele nauki *usus modernus* – Henricus Zoesius, Guilielmo Marani i Bernardo Medonio – uznawali granicę *centesimae*, natomiast tradycja francuska, w osobie Roberta J. Pothiera, opowiadała się za dopuszczalnością odsetek ponad *centesimae*. Por. H. Zoesii, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum*, Lovanii 1688; G. Maranus, B. Medonius, Ch.H. Trotz, *Opera omnia seu Paratitla Digestorum et Varii Tractatus Iuris Civilis*, J. Broedelet, 1741; *Pandectae Justinianeae, in novum ordinem Digestae*, t. 2, R.J. Pothier, Paris 1818.

które nie pociągały za sobą konieczności płacenia zbyt wysokich odsetek, a jednocześnie umożliwiały większy udział w zyskach[14]. Z drugiej strony osoby, które chciały być ubezpieczycielami i przejmować ryzyko, nie musiały narażać się na niebezpieczeństwo utraty uprzednio przekazanych środków – z powodu niewypłacalności dłużnika[15]. W ten sposób na bazie pożyczki morskiej zaczęły powstawać nowe typy umów, które doprowadziły do rozwiązania w postaci umowy ubezpieczeniowej. Ich modelowanie polegało na ciągłym zmniejszaniu elementu kredytowego. Pożyczka *gratis et amore* była należna pod warunkiem szczęśliwego dopłynięcia statku lub towarów, lecz

Dzięki pożyczce morskiej zaczęły powstawać nowe typy umów, które doprowadziły do wytworzenia umowy ubezpieczeniowej. Ich modelowanie polegało na ciągłym zmniejszaniu elementu kredytowego.

odsetki zastrzegano bezwarunkowo. Kolejnym krokiem ku odizolowaniu elementu ubezpieczeniowego była pożyczka polegająca na odwróceniu mechanizmu *pecunia traiecticia* – to „ubezpieczyciel" zaciągał u „ubezpieczonego" fikcyjny kredyt, który miał oddać, jeśli statek lub towar nie dotrą do portu docelowego. W przypadku udanej wyprawy zostawał zwolniony ze swojego zobowiązania. Obok tego zawierano umowę o *praemium*, czyli składki płacone przez cały czas „ubezpieczycielowi". Zatem pożyczka morska stanowiła tu już tylko formę, przez którą realizowano podstawowy cel – przeniesienie ryzyka na osobę trzecią, która nie była pożyczkodawcą[16]. W efekcie końcowym powstała typowa umowa ubezpieczenia, odrębna od pożyczki, zawierająca polisę i składkę ubezpieczeniową płatną z góry.

Bliższa rzymskiej pożyczce morskiej okazała się bodmeria. Zachowała ona dwoisty charakter *pecunia traiecticia*, lecz miała węższy zakres zastosowania. Polegała na udzieleniu pożyczki kapitanowi statku w nagłych wypadkach podczas podróży morskiej, np. dla naprawy statku, zdobycia zaopatrzenia itp. Zabezpieczona była zastawem na statku lub towarach i podlegała zwrotowi tylko wtedy, gdy żegluga zakończyła się szczęśliwie. Wierzyciel mógł zastrzec wyższe odsetki. W ten sposób posiadała ona pewne elementy ubezpieczenia[17]. Istota jednak polegała na przyznaniu wierzycielowi praw rzeczowych do statku lub ładunku – *ius pignoris*. Do ich wartości również ograniczała się wysokość roszczenia. Stąd, inaczej niż w prawie rzymskim, wierzyciel był przede wszystkim uprzywilejowanym zastawnikiem, a nie stroną umowy pożyczki. Jego pierwszeństwo w zaspokajaniu wynikało z tego, że udzielona przez niego pożyczka miała służyć ratowaniu statku w nagłych okolicznościach, a tym samym chroniła zastaw i dawała szansę innym wierzycielom na zaspokojenie się. Natomiast w przypadku *pecunia traiecticia* zabezpieczenie kredytu było możliwe, lecz niekoniecznie[18].

Dla tradycji pożyczki morskiej ważne jest, że w bodmerii można odnaleźć trzy starożytne myśli: przejęcie ryzyka podróży z możliwością pobierania wysokich odsetek, uprzywilejowane zabezpieczenie pożyczki na statku lub towarach oraz udzielanie jej w sytuacji zagrożenia dla dalszej żeglugi. Ich ciągła obecność

14 J.P. Van Niekerk, *The Development*…, s. 24.

15 Tamże.

16 Tamże, s. 26.

17 D. Pyć, I. Zużewicz-Wiewiórowska (red.), *Kodeks morski. Komentarz*, LEX/el. 2012, *ad* art. 208, pkt 3.

18 Por. J.P. Van Niekerk, *The Development of*…, s. 29–30.

nie musi oznaczać recepcji prawa rzymskiego, która zawsze wymaga udowodnienia. Należy zwrócić uwagę na racjonalność i użyteczność przyjmowanych rozwiązań. Podobieństwo, jakie dostrzega się między pomysłami starożytnymi, nowożytnymi i współczesnymi, wynika z konieczności zaradzenia podobnym potrzebom społecznym i ekonomicznym. Widać to szczególnie w regulacjach związanych z pożyczką morską.

Prawo rzymskie i prawo greckie nie ograniczały pożyczek morskich do tak wąskiego stanu faktycznego jak bodmeria. Rzymianie nie stworzyli specjalnej umowy dla wsparcia zagrożonego statku, lecz przyznali przywilej w zaspokajaniu się z zastawu, co było wystarczającą zachętą do udzielenia pomocy (D. 20,4,5; D. 20,4,6). Ten pomysł powrócił wraz z dwudziestowiecznymi konwencjami i regulacjami prawa morskiego, wprowadzającymi hipotekę morską, a które doprowadziły do zaniku popularności pożyczek bodmeryjnych[19]. Utraciły one swoje znaczenie, gdyż zostały pozbawione wyróżniającej cechy, czyli przywileju pierwszeństwa w zaspokajaniu się wierzycieli ze statku. Ustawodawca rozszerzył go na wszelkiego rodzaju pożyczki lub czynności na kredyt, dokonane w nadzwyczajnych okolicznościach dla zapewnienia szczęśliwej żeglugi. Pożyczka bodmeryjna straciła swoją pozycję zarówno w tradycji prawa kontynentalnego, jak i *common law.* Szczególne znaczenie miała Konwencja międzynarodowa o ujednostajnieniu niektórych zasad, odnoszących się do przywilejów i hipotek morskich, podpisana w Brukseli dnia 10 kwietnia 1926 r. (ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 20 lutego 1936 r., nieobowiązująca), której nowa wersja z 1993 r. niedawno została pozytywnie zaopiniowana do ratyfikacji przez polską Komisję Kodyfikacyjną Prawa Morskiego w Ministerstwie Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej[20]. W konwencji tej wprowadzono wspólne reguły uznawania hipotek morskich i wyznaczono rodzaje wierzytelności morskich uprawnionych do zastawu na statku oraz ustalono zasady pierwszeństwa ich zaspokajania. Dzięki temu tuż po uprzywilejowanych wierzytelnościach, w tym regulowanych przez art. 69 kodeksu morskiego, realizowane są te zabezpieczone hipotekami morskimi. W ten sposób powstało elastyczne rozwiązanie prawne, które pozwala na gromadzenie kapitału handlowego pod zastaw statku – na różne cele, w dowolnym czasie i bez zbyt dużych kosztów. W zamian wierzycielowi przyznawana jest korzystna pozycja w dochodzeniu jego należności, choć zgodnie z konwencją – dopiero tuż za wierzytelnościami powstającymi w sytuacjach zastosowania dawnej bodmerii.

O krok do przodu w stosunku do prawa kontynentalnego posunęło się *common law*. W Stanach Zjednoczonych już w 1920 r. za sprawą *Ship Mortgage Act* przyznano właścicielowi prawo ustanowienia hipoteki na statku w dowolnym czasie, na dowolny cel, i ten zastaw miał takie samo pierwszeństwo jak pożyczka bodmeryjna, co oznaczało jej szybki koniec. Podobnie, tyle że w orzecznictwie, uznano pierwszeństwo hipoteki morskiej w angielskim *common law*. W obydwu przypadkach przywileje nie były absolutne: w USA dotyczyły tylko zastawów ustanowionych na amerykańskich statkach, a w Wielkiej Brytanii musiały to być zastawy rejestrowane[21]. Z czasem ich zakres zastosowania został rozszerzony.

Uprzywilejowana hipoteka morska bez wątpienia o wiele bardziej sprzyja żeglującym, nie zmuszając ich do zawierania losowej umowy bodmerii. Wcześniej radzono sobie z tą uciążliwością, po prostu ubezpieczając pożyczone pieniądze. W sposób nieunikniony nasuwa się jednak pytanie: skoro bodmeria – przynajmniej w ostatnich wiekach – miała tak ograniczony charakter w porównaniu z rzymską i grecką pożyczką morską, jakie rozwiązanie prawne służyło potrzebie finansowania wypraw handlowych? W istocie jest to pytanie o los *pecunia traiecticia*, o to, na ile oryginalna rzymska myśl okazała się być trwałą w zachodniej tradycji prawnej.

W *common law* obok *bottomry loan*, od XVII wieku, występował jej drugi rodzaj – *respondentia*, pożyczka

19 Zob. m.in.: Konwencja międzynarodowa o ujednostajnieniu niektórych zasad, odnoszących się do przywilejów i hipotek morskich, podpisana w Brukseli dnia 10 kwietnia 1926 r.; jej najnowsza wersja podpisana w Genewie dnia 6 maja 1993 r.; *Ship Mortgage Act* z 1920 r. w USA.

20 Zob. Sprawozdanie z prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Morskiego w 2010 r., http://www.transport.gov.pl/files/0/1794182/Zaacznik7SprawozdanieKKPMza2010r.pdf.

21 J.M. Kriz, *Ship Mortgages, Maritime Liens, and Their Enforcement. The Brussels Conventions of 1926 and 1952. Part One*, „Duke Law Journal" 1963, nr 4, s. 672, 676–678.

udzielana pod zastaw towarów, a nie statku, i rodząca skargę *in personam*[22]. Podstawową różnicą było rozszerzenie jej działania na sytuacje, w których nie występowała nagła potrzeba środków finansowych, wynikająca z niebezpieczeństwa dalszej podróży.

Angielskie i amerykańskie sądy XIX w. dla rozluźnienia warunków *respondentia* często powoływały się przy tym na prawo rzymskie[23]. Właśnie w *common law* istniała, obok tych dwóch umów, również pożyczka udzielana wyłącznie na ryzyko podróży, bez ustanawiania zastawu. Otrzymane środki finansowe miały zostać zainwestowane przez kupca w działania handlowe i zostać oddane z odsetkami morskimi, jeśli żegluga zakończyła się szczęśliwie. Ten typ pożyczki, nazywany w doktrynie anglosaskiej *usura maritima* lub *foenus nauticum*, stanowił czystą kontynuację rzymskiej pożyczki morskiej. Do niej właśnie odnosi się ustawa króla Jerzego II z 1746 r. *Act to regulate Insurance on Ships belonging to the Subjects of Great Britain, and on Merchandizes or Effects laden thereon.* Postanowiono w niej, że wszystkie pożyczki *bottomry* i *respondentia* udzielone na podróż do lub ze Wschodnich Indii muszą być wyraźnie zawarte pod zastaw statku lub towarów. Zatem na tej trasie zakazano udzielania pożyczki morskiej na samo ryzyko podróży. Jednak poza ustawowym wyjątkiem nadal ją stosowano[24]. Jako przyczynę ustanowienia zakazu wskazano wykorzystywanie tych umów do działań lichwiarskich i spekulacji, czemu sprzyjał długi dystans podróży i związane z nim znacznie zwiększone ryzyko. Stąd wynikały szkody dla inwestorów prywatnych i zmniejszenie wpływów do skarbu Królestwa.

Osiąganie wielkich zysków z inwestowania w ryzykowne przedsięwzięcia handlowe jest dzisiaj czymś oczywistym i zrozumiałym. Podobnie musiało być w starożytności, skoro do czasów Justyniana wysokość dochodu z pożyczki nie była ograniczona. Decyzja cesarza o ustaleniu maksymalnych odsetek z *fenus nauticum* mogła być próbą zapanowania nad nieumiarkowanym wykorzystywaniem spekulacyjnych instrumentów prawnych.

W XIX w. *usura maritima* była przedmiotem rozważań doktryny prawa[25] i występowała w praktyce. Najnowsze badania ujawniają, że w basenie Morza Śródziemnego stanowiła powszechny instrument in-

22 Por. G.F. Stelckley, *Bottomry Bonds in the XVII Century Admiralty Court*, „The American Journal of Legal History" 2001, nr 45, s. 259.

23 Tamże, s. 277.

24 J. Fonblanque, *A Treatise of Equity*, t. 1, Brookfield, Mass. 1835, s. 194–195.

25 Zob. np.: T.W. Williams, *A Compendious and Comprehensive Law Dictionary*, London 1816, hasło *Bottomry*, s. 176–177; W. Benecks, *System des See-Assekuranz- und Bodmereiwesens*, t. 2, Hamburg 1852; W. Lewis, E. Boyens, *Das Deutsche Seerecht*, t. 2, Leipzig 1901.

westycyjny dla osób prywatnych jeszcze w początkach XIX wieku[26]. Przyciągała, podobnie jak dzisiejszy obrót akcjami, łatwością w „wejściu i wyjściu" z przedsięwzięcia handlowego, nie zmuszając uczestników do angażowania się finansowo w dłuższej perspektywie czasu[27]. Obecnie temat ten nie jest szeroko rozważany. Nie można jednak wykluczyć, że ponownie pojawi się zapotrzebowanie na instrument inwestycyjny, jednocześnie zapewniający kredyt i ubezpieczenie. Możliwość zawarcia jednej umowy, która służy osiągnięciu dwóch celów, ułatwiłaby obrót handlowy i zmniejszyła koszty oraz czas na odrębne negocjowanie warunków z inwestorami i ubezpieczycielami. W swojej konstrukcji, opartej na grze ryzykiem, rzymska pożyczka morska stanowi bardzo elastyczny instrument, który może zostać zastosowany również w naszych czasach.

Pożyczka morska nie wydaje się stanowić ślepej uliczki – na równi z niedopuszczalnością już to umów na rzecz osoby trzeciej, już to przelewu wierzytelności. Te ostatnie zupełnie nie odpowiadają dzisiejszym wymaganiom efektywności prawa. Osiąganie wielkich zysków z inwestowania w ryzykowne przedsięwzięcia handlowe jest dzisiaj czymś oczywistym i zrozumiałym. Podobnie musiało być w starożytności, skoro do czasów Justyniana wysokość dochodu z pożyczki nie była ograniczona. Decyzja cesarza o ustaleniu maksymalnych odsetek z *fenus nauticum* mogła być próbą zapanowania nad nieumiarkowanym wykorzystywaniem spekulacyjnych instrumentów prawnych. Dzisiaj, w obliczu kryzysu ekonomicznego z 2008 r., mającego swoje źródło w całkiem podobnym zjawisku, niezwykle trudno uspokoić rynek przez nakazanie prywatnym inwestorom samoograniczenia w ryzykownym potęgowaniu swoich dochodów. Z tego punktu widzenia pożyczka morska wydaje się rozwiązaniem nad wyraz elastycznym, łatwo poddającym się celom polityki prawa. Mechanizm łączący umowę pożyczki i zysk otrzymywany w postaci odsetek pozwala wprowadzać ograniczenia lub je znosić, operując na samej wysokości oprocentowania. W ten sposób można by zwiększać lub zmniejszać przepływ środków finansowych przez rynek operacji o podwyższonym ryzyku. Dzięki pożyczce morskiej dostępna byłaby nowa możliwość inwestowania, która niosłaby ze sobą prawdopodobnie mniej „czystej spekulacji", gdyż zysk zostałby dostosowany do odpowiednio obliczonego ryzyka straty, a przedsięwzięcia zaprojektowano by wspólnie z inwestorem. Nie musiałyby one dotyczyć wyłącznie transportu morskiego, lecz mogłyby zostać wykorzystane w innych gałęziach gospodarki. Uczyniła tak na przykład nowożytna nauka *usus modernus pandectarum*, która wprowadziła pożyczkę ubezpieczającą transport lądowy – *fenus quasi nauticum*. Pożyczka morska stałaby się zatem kolejną umową spekulacyjną, atrakcyjną zarówno dla osób prywatnych, jak i wielkich przedsiębiorstw. Optymistyczne spojrzenie na przyszłość rzymskiej pożyczki morskiej uzasadnione jest jej potencjałem koncepcyjnym i ekonomicznym, pozwalającym spodziewać się, że to jeszcze nie koniec jej historii.

26 A. Delis, *Shipping Finance and Risks in Sea Trade…*, s. 241–242.
27 Tamże, s. 242.

Piotr Michalik

Czy Sąd Najwyższy USA zalegalizuje małżeństwa homoseksualne?
Hollingsworth v. Perry i *United States v. Windsor*

Piotr Michalik

Doktor nauk prawnych i magister historii Uniwersytetu Jagiellońskiego, adiunkt w Katedrze Doktryn Politycznych i Prawnych Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie. Specjalizuje się w historii państwa i prawa anglosaskiego oraz orzecznictwie Sądu Najwyższego USA w zakresie Bill of Rights. *Autor monografii „Stosunki polityczno-wyznaniowe w XVII-wiecznym Marylandzie na tle kształtowania się ustroju tej kolonii".*

Will the United States Supreme Court legalize same-sex marriage? Hollingsworth v. Perry *and* United States v. Windsor

This spring the US Supreme Court will make its decision in two well-known cases: Hollingsworth v. Perry *and* United States v. Windsor. *In both the Court must resolve the nationwide dispute over the constitutionality of federal and state laws which defined marriage as a union between a man and a woman. The Ninth and the Second Circuits found (in* Perry *and* Windsor *respectively) that such laws violate both Due Process and Equal Protection Clauses of the Constitution. The aim of this paper is to analyze the former Supreme Court's decisions in this field in order to propose the most probable rationale of the expected judgements. Taking into account the Supreme Court's milestone rulings in* Griswold v. Connecticut *from 1965,* Loving v. Virginia *from 1967,* Romer v. Evans *from 1996 and* Lawrence and Garner v. Texas *from 2003, it seems fairly possible that the Court will uphold the constitutionality of same-sex marriage. Most likely, it will be done on the ground of the Second Circuit decision in* Windsor *which is the best opportunity to gather the sufficient five-member majority round this solution.*

Dnia 7 grudnia 2012 r. Sąd Najwyższy USA (SN) wydał *writ of certiorari*[1] w sprawach *Holling-*

1 Na temat SN oraz sądownictwa w USA patrz między innymi (opracowania polskie): W. Szyszkowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (studium prawa konstytucyjnego)*, Warszawa 1969; L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław – Warszawa 1982; A.M. Ludwikowska, R.R. Ludwikowski, *Sądy w Stanach Zjednoczonych. Struktura i jurysdykcja*,

sworth v. Perry oraz *United States v. Windsor*[2], wyznaczając termin rozpraw odpowiednio na 26 i 27 marca 2013 r.[3] Oznacza to, iż najprawdopodobniej sprawy te zostaną rozstrzygnięte jeszcze wiosną bieżącego roku. Obie już zyskały miano przełomowych i precedensowych (*milestone*, *leading case*), gdyż rozstrzygając je SN ma zająć stanowisko w jednej z kluczowych dla debaty publicznej w USA kwestii – legalności małżeństw homoseksualnych (*same-sex marriage*). Ze względu na uniwersalny charakter tej problematyki rozstrzygnięcie SN jest także oczekiwane w innych państwach zachodnich, także w Polsce. Dlatego też przedmiotem poniższego artykułu jest przedstawienie obu spraw na tle relewantnego orzecznictwa SN oraz – będąca jedynie propozycją – antycypacja oczekiwanego rozstrzygnięcia.

Hollingsworth v. Perry

Sprawa *Hollingsworth v. Perry* dotyczy zgodności z konstytucją federalną słynnej poprawki do konstytucji stanu Kalifornia – Propozycji 8 (*Proposition 8*). Wprowadzona w listopadzie 2008 r., w drodze referendum stanowego, *expressis verbis* zdefiniowała małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety[4]. Zdelegalizowała tym samym te małżeństwa homoseksualne, które zawarte zostały w Kalifornii od maja 2008 r., kiedy to Sąd Najwyższy Kalifornii (*California Supreme Court*) w sprawie *In re Marriage Cases* uznał analogiczne definicje ustawowe za sprzeczne z konstytucją stanową[5]. Konstytucyjność Propozycji 8 została zaskarżona tak w sądach stanowych, jak i federalnych. W tym pierwszym przypadku w maju 2009 r. w sprawie *Strauss v. Horton* Sąd Najwyższy Kalifornii uznał konstytucyjność poprawki, zastrzegając jednak ważność małżeństw homoseksualnych zawartych przed jej wejściem w życie[6]. W drugim przypadku kluczową stała się sprawa *Perry v. Schwarzenegger*, która obecnie jako *Hollingsworth v. Perry* znajduje się na wokandzie SN.

Przedmiotowa sprawa wniesiona została przeciwko władzom Kalifornii w maju 2009 r. przez Amerykańską Fundację na rzecz Równych Praw (*American Foundation for Equal Rights*, AFER) w imieniu dwu par homoseksualnych: lesbijek Kristin Perry i Sandry Stier oraz gejów Paula Katami i Jeffrey'a Zarrillo, którym odmówiono zawarcia związku małżeńskiego[7]. Wyrok federalnego Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Północnej Kalifornii zapadł w sierpniu 2010 r. Sędzia Vaughn Walker uznał w nim, iż Propozycja 8 narusza klauzulę sprawiedliwego (właściwego) procesu (*Due Process Clause*) i równej ochrony prawnej (*Equal Protection Clause*) XIV Poprawki[8] do konstytucji federalnej[9]. W postępowaniu apelacyjnym (jako *Perry v. Brown*), wyrokiem z lutego 2012 r. stanowisko I instancji podtrzymał podzielony (2 do 1) federalny Sąd Apelacyjny dla Dziewiątego Okręgu (*Ninth Circuit*)[10].

Toruń 2008; P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011.

2 *Grant Order, December 7, 2012* (w:) *Filings in the Defense of Marriage Act and California's Proposition 8 cases* (dalej: *Filings*), http://www.supremecourt.gov/docket/DOMPRP8.aspx, (dostęp: 7 stycznia 2013).

3 Http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_calendars/MonthlyArgumentViewer.aspx?Filename=MonthyArgumentCalMar2013.html (dostęp: 14 stycznia 2013).

4 Art. 1 § 7.5: „Only marriage between man and woman is valid or recognized in California".

5 *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008).

6 *Strauss v. Horton*, 46 Cal.4th 364 (2009).

7 *Plaintiffs' Filled Complaint*, http://www.afer.org/legal-filings/plaintiffs-filed-complaint/ (dostęp: 17 stycznia 2013). Pełnomocnikami powodów byli Thodore Olsen i David Boies, od czasu sprawy *Bush v. Gore* jedni z najsłynniejszych prawników amerykańskich.

8 „Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws" – cyt. za: K. Michałek (red.), *Konstytucja oraz inne podstawowe dokumenty i symbole amerykańskiej kultury patriotycznej*, Warszawa 2005.

9 *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (N.D.Cal. 2010). Na temat klauzul XIV Poprawki i zasady równości wobec prawa w prawie amerykańskim patrz P. Michalik, *Równość i wolność religijna w orzeczeniu Sądu Najwyższego USA w sprawie Christian Legal Society v. Martinez* (w:) W. Zuziak, J. Mysona Byrska (red.), *Równość w życiu publicznym*, Kraków 2012, s. 145–148.

10 *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9thCir., 2012). W skład panelu orzekającego wchodzili sędziowie: Stephen Reinhardt, Michael Hawkins i autor zdania odrębnego Norman Randy Smith.

W czerwcu tegoż roku sąd ten odmówił ponownego rozpatrzenia sprawy w pełnym składzie (*rehearing en banc*), a w lipcu w imieniu strony apelującej Dennis Hollingsworth[11] złożył do SN wniosek o wydanie *writ of certiorari* (jako *Hollingsworth v. Perry*).

United States v. Windsor

Sprawa *United States v. Windsor* jest jedną z wielu dotyczących zgodności z konstytucją federalną nie mniej słynnej ustawy o obronie małżeństwa (*Defense of Marriage Act*, DOMA), uchwalonej przez Kongres i podpisanej przez prezydenta Clintona w 1996 r.[12]. W § 3 definiuje ona małżeństwo w prawie federalnym jako „prawny związek między jednym mężczyzną a jedną kobietą, jako mężem i żoną"[13]. Przepis ten został dotychczas uznany za sprzeczny z konstytucją aż przez 8 sądów federalnych, w tym w 2012 r. przez sądy apelacyjne dla Pierwszego i Drugiego Okręgu[14]. Przedmiotowa sprawa wniesiona została w listopadzie 2010 r. przeciwko Stanom Zjednoczonym przez korporację prawniczą Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP oraz Amerykańską Unię na rzecz Wolności Obywatelskich (*American Civil Liberties Union*, ACLU) w imieniu lesbijki Edith Windsor. Podstawą powództwa był obowiązek zapłaty przez powódkę federalnego podatku od spadku po zmarłej Thei Spyer, z którą Windsor zawarła w 2007 r. w Kanadzie homoseksualny związek małżeński. Ten ostatni uznawany przez prawo ich rodzimego stanu Nowy Jork na mocy DOMA nie został uznany przez prawo federalne, co pozwoliło organom podatkowym naliczyć powódce podatek w wysokości ponad 363 000 dolarów[15].

W czerwcu 2012 r. wyrokiem federalnego Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Południowego Nowego Jorku sędzia Barbara S. Jones uznała, iż § 3 DOMA narusza klauzulę sprawiedliwego procesu Piątej Poprawki[16] do konstytucji federalnej i nakazała organom podatkowym zwrot powódce zapłaconego podatku[17]. Pomimo iż Departament Sprawiedliwości prezydenta Obamy już w I instancji wycofał się z merytorycznej obrony DOMA, jego formalny udział w postępowaniu umożliwił prowadzenie obrony i wniesienie apelacji przez występującą z ramienia Izby Reprezentantów *Bipartisan Legal Advisory Group* (BLAG). W październiku 2012 r. federalny Sąd Apelacyjny dla Drugiego Okręgu oddalił apelację i podtrzymał wyrok I instancji[18]. W tych okolicznościach SN pozytywnie rozpa-

11 Władze Kalifornii, najpierw w osobie gubernatora Arnolda Schwarzeneggera, a następnie gubernatora Jerrego Browna, konsekwentnie odmawiały obrony Propozycji 8. Już w I instancji ich miejsce zajęła organizacja *ProtectMarriage.com*, jeden z inicjatorów wprowadzenia przedmiotowej poprawki. Jej legitymacja procesowa jako interwenienta po stronie pozwanej, a następnie strony apelującej, została uznana przez sądy I i II instancji. SN pomimo wydania *writ of certiorari* nie rozstrzygnął jeszcze ostatecznie tej kwestii – *Grant Order, December 7, 2012*, dz. cyt.

12 Pub. L. 104–199, 110 Stat. 2419.

13 1 U.S.C. § 7: „Definition of 'marriage' and 'spouse'. In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife"; 28 U.S.C. § 1783c: „Certain acts, records, and proceedings and the effect thereof. No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship".

14 W połączonych sprawach *Gill et al. v. Office of Personnel Management* i *Massachusetts v. United States Department of Health and Human Services*, 682 F.3d 1 (1st Cir. 2012) oraz w sprawie *Windsor*.

15 *Windsor v. United States – Complaint*, http://www.aclu.org/lgbt-rights/windsor-v-united-states-complaint (dostęp: 17 stycznia 2013).

16 „No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation" – cyt. za: *Konstytucja oraz inne podstawowe dokumenty…*, dz. cyt.

17 *Windsor v. United States*, 833 F. Supp.2d 394 (S.D.N.Y 2012).

18 *Windsor v. United States*, Docket No. 12-2335-cv(L), slip op (2d Cir. 2012). Przewodniczącym panelu orzekającego był prezes Drugiego Okręgu Dennis Jacobs. Do jego opinii przyłączył się sędzia

trzył wniesiony już we wrześniu wniosek Departamentu Sprawiedliwości o wydanie *writ of certiorari*, zaznaczając jednak, iż nierozstrzygnięta pozostaje kwestia legitymacji procesowej BLAG w przedmiotowej sprawie[19].

Status prawny małżeństwa w orzecznictwie SN[20]

Pierwszym orzeczeniem, w którym SN bezpośrednio wypowiedział się w kwestii statusu małżeństwa był wyrok z 1879 r. w słynnej sprawie poligamii mormońskiej – *Reynolds v. United States*[21]. Jednomyślny sąd uznał w nim za konstytucyjny federalny zakaz bigamii, wprowadzony przez Kongres ustawą z 1862 r. (tzw. Morrill Anty-Bigamy Act)[22]. Autor orzeczenia prezes Morrison R. Waite podkreślił w nim, iż „małżeństwo będąc z samej swojej natury świętym zobowiązaniem (*sacred obligation*), w większości cywilizowanych narodów pozostaje także umową cywilną (*civil contract*), z reguły normowaną przez prawo"[23]. Fakt ten, a także fundamentalne znaczenie małżeństwa dla formowania stosunków społecznych, zdaniem sądu daje państwu legitymację do kształtowania tej instytucji przez prawo. Dlatego też Kongres, mając na uwadze „zgubne (*evil*) konsekwencje mogące wyniknąć z wielożeństwa", jest władny ustalić monogamiczny model małżeństwa[24]. Swoje stanowisko z *Reynolds* SN potwierdził i rozszerzył w orzeczeniu *Maynard v. Hill* z 1888 r., rozstrzygając o ważności rozwodu w formie aktu legislatywy Terytorium Oregonu[25]. Sąd podkreślił, iż małżeństwo jako „najważniejsza relacja w życiu" jest instytucją społeczną (*institution of society*), której nie można sprowadzić do statusu zwykłej umowy (*mere contract*). Instytucja małżeństwa jest „najbardziej ze wszystkich powiązaną z moralnością i cywilizacją" i jako taka podlega nie tyle woli stron, co normom prawa państwowego[26].

W jednomyślnej opinii sądu prezes Earl Warren uznał małżeństwo za podstawowe prawo obywatelskie człowieka (*basic civil right of man*), a wolność do zawarcia małżeństwa (*freedom to marry*) za wolność fundamentalną.

Powyższe stanowisko SN poddał częściowej rewizji niecałe osiemdziesiąt lat później – w 1967 r. – w przełomowej sprawie *Loving v. Wirginia*[27]. Orzekając o niekonstytucyjności ustawodawstwa Wirginii zakazującego i penalizującego małżeństwa międzyrasowe (*inter-racial marriages*) – obowiązującego wówczas także w innych 15 stanach[28] – SN po raz pierwszy tak obszernie wypowiedział się w kwestii statusu małżeństwa. W jednomyślnej opinii sądu prezes Earl Warren uznał małżeństwo za podstawowe prawo obywatelskie człowieka (*basic civil right of man*), a wolność do zawarcia małżeństwa (*freedom to marry*) za wolność

Chester J. Straub. Sędzia Christopher F. Droney sporządził częściowo zbieżną, a częściowo odrębną opinię.

19 *Grant Order, December 7, 2012…*, dz. cyt.

20 W zakresie bezpośrednio objętym tematyką artykułu.

21 *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1879).

22 *An Act to punish and prevent the Practice of Polygamy in the Territories of the United States*, 12 Stat. 501. Tekst dostępny w: *A Century of Lawmaking for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774–1875, Statutes at Large, 1789–1875*, http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwsllink.html (dostęp: 21 stycznia 2013).

23 *Reynolds v. United States*, s. 165.

24 Tamże, s. 165–166 i 168.

25 *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888).

26 Tamże, s. 191 i 205.

27 *Loving v. Wirginia*, 388 U.S. 1 (1967).

28 Tamże, s. 6.

fundamentalną[29]. Na uwagę zasługuje fakt, iż w swojej argumentacji prezes Warren w pierwszej kolejności powołał się na precedens z orzeczenia *Skinner v. Oklahoma* z 1942 r.[30] Jakkolwiek dotyczyło ono przymusowej sterylizacji „nałogowych przestępców", sędzia William Douglas – autor opinii jednomyślnego sądu – wpadkowo wypowiedział się także w nim w kwestii prawa do małżeństwa. Podkreślając, iż sterylizacja nieodwracalnie pozbawia zdolności prokreacyjnych, powiązał tę ostatnią z instytucją małżeństwa, określając obie „podstawą istnienia i przetrwania rasy (ludzkiej)"[31]. Z tej właśnie przyczyny prawo do prokreacji – *per analogiam* prawo do małżeństwa – należy do podstawowych wolności (*basic liberty*) i powinno podlegać szczególnej ochronie[32]. Tę ostatnią zapewnia dopiero najwyższy stopień kontroli konstytucyjności ograniczeń przedmiotowego prawa – tzw. ścisłe badanie (*strict scrutiny*)[33].

W sprawie *Loving* konieczność zastosowania ścisłego badania, i to w formie hiperbolicznego „najdociekliwszego badania" (*most rigid scrutiny*), wynikała już z wprowadzenia w kontrolowanym prawodawstwie kryterium rasowego. Jednoznacznie zostało ono uznane za sprzeczne z *Equal Protection Clause* XIV Poprawki. Sąd Najwyższy, odrzucając ostatecznie niesławną teorię równego stosowania (*equal application theory*) – przyjętą między innymi w orzeczeniu *Pace v. Alabama* z 1883 r.[34] – orzekł, iż „nie ma wątpliwości, że ograniczanie wolności zawarcia małżeństwa wyłącznie na podstawie kryterium rasowego narusza istotę klauzuli równej ochrony"[35]. Co więcej, SN uznał, iż przedmiotowe prawodawstwo narusza także *Due Process Clause* XIV Poprawki, gdyż państwo, ograniczając w ten sposób prawo do zawarcia małżeństwa, pozbawia obywatela jego podstawowej wolności bez gwarancji sprawiedliwego procesu. Zdaniem SN tak daleko idąca ingerencja jest niedopuszczalna, gdyż „zgodnie z naszą Konstytucją, wolność zawarcia małżeństwa albo jego niezawierania z osobą innej rasy należy do jednostki (*resides with the individual*) i nie może być naruszana przez państwo"[36].

W stosunku do precedensów XIX-wiecznych wyrok z *Loving* oznaczał znaczącą prywatyzację instytucji małżeństwa. Było to szczególnie widoczne w kontekście nie mniej przełomowego (z dzisiejszego punktu widzenia) orzeczenia w sprawie *Griswold v. Connecticut* z 1965 r.[37] Nieznacznie podzielony SN (7 do 2) uznał w nim, iż prawo stanu Connecticut zakazujące stosowania antykoncepcji także małżonkom, jest w tym zakresie sprzeczne z konstytucją federalną. Zgodnie z opinią sędziego Douglasa przedmiotowa kwestia należy bowiem do „świętej przestrzeni (*sacred precinct*) małżeńskiej sypialni" i jako taka chroniona jest przez konstytucyjne prawo do prywatności małżeńskiej (*right of marital privacy*)[38]. Samo prawo do prywatności (*right to privacy*), nawet pośrednio nie wymienione w *Bill of Rights*, Douglas wywiódł z samej istoty Pierwszej, Trzeciej, Czwartej i Dziewiątej Poprawki[39]. Tym samym stworzył podstawę do kontestowania ingerencji państwa w sfery objęte prawem do prywatności, wtedy gdy interes państwa nie jest tak istotny, aby „zdać" test ścisłego badania[40]. W *Griswold*

29 Tamże, s. 12.

30 *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

31 Tamże, s. 541.

32 Tamże. Pomimo tak jednoznacznej kwalifikacji przymusowej sterylizacji wyrok ten nie przełamał jednak niesławnego eugenicznego precedensu ze sprawy *Buck v. Bell* z 1927 r. (274 U.S. 200), który nadal formalnie obowiązuje – patrz P. Michalik, *The attempts to introduce eugenic legislation in the Second Polish Republic as viewed from the perspective of the solutions adopted in the United States of America*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa" 2011, t. 4, s. 109–116.

33 *Skinner v. Oklahoma*, s. 541.

34 *Pace v. Alabama*, 106 U.S. 583 (1883). W sprawie tej SN uznał, iż surowsze sankcje za cudzołóstwo międzyrasowe są zgodne z klauzulą równej ochrony XIV Poprawki, gdyż stosowane są równo względem wszystkich ras.

35 *Loving v. Wirginia*, s. 10–12.

36 Tamże, s. 12.

37 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

38 Tamże, s. 485–486.

39 Tamże, s. 484.

40 Jakkolwiek rozstrzygnięcie Douglasa zostało poparte przez zdecydowaną większość sędziów, jego koncepcja co do podstaw prawa do prywatności nie przyjęła się w późniejszym orzecznictwie SN. Jej miejsce zajęła koncepcja sędziego Johna Marshalla Harlana – autora słynnego *votum separatum* z *Poe v. Ullman* z 1961 r. (367 U.S. 497) i opartej na nim opinii zbieżnej w *Griswold* – który wywiódł prawo do prywatności bezpośrednio z *Due Process Clause* XIV Poprawki. Podstawą tej ostatniej koncepcji jest jedna z najważniejszych doktryn w amerykańskim

do przedmiotowej sfery SN zakwalifikował decyzję o stosowaniu antykoncepcji małżeńskiej; w sprawie *Eisenstadt v. Baird* z 1972 r. – decyzję w kwestii podjęcia rodzicielstwa (*whether to bear or beget a child*)[41]; w sprawach *Roe v. Wade* i *Doe v. Bolton* z 1973 r. – decyzję matki co do poddania się aborcji (*right of personal privacy includes the abortion decision*)[42], a w sprawie *Lawrence and Garner v. Texas* – decyzję w kwestii podjęcia współżycia homoseksualnego[43].

Prawo do prywatności (*right to privacy*), nawet pośrednio nie wymienione w *Bill of Rights*, sędzia William Douglas wywiódł z samej istoty Pierwszej, Trzeciej, Czwartej i Dziewiątej Poprawki

Status małżeństwa określony w *Griswold* i *Loving*, zwłaszcza w kwestii fundamentalności prawa do jego zawarcia, potwierdzony został ostatecznie w orzeczeniu *Zablocki v. Redhail* z 1978 r.[44] Nie oznaczało to jednak, iż SN gotowy był uznać każdą ingerencję państwa w przysługujące jednostce prawo do małżeństwa za niekonstytucyjną[45]. W 1972 r. w precedensowej dla tematu niniejszego artykułu sprawie *Baker v. Nelson* SN odrzucił apelację od wyroku Sądu Najwyższego stanu Minnesota definiującego małżeństwo jako związek heteroseksualny[46]. W przedmiotowej sprawie gejowska para Richard Baker i James M. McConnell wniosła powództwo przeciwko urzędnikowi Geraldowi Nelsonowi, który – zgonie z prawem stanowym – odmówił im zawarcia związku małżeńskiego. Warto podkreślić, iż podstawą odmowy było nie literalne brzmienie przepisu – gdyż ten nie określał płci nupturientów[47] – ale jego wykładnia oparta o znaczenie terminu „małżeństwo", które z samej istoty nie może być związkiem homoseksualnym. Stanowisko Nelsona podtrzymały sądy stanowe, a SN odmówił rozpatrzenia apelacji ze względu na brak „istotnego pytania federalnego"[48]. Tym samym, ze względu na fakt, iż apelacja nie była wnoszona w trybie *certiorari*, przedmiotowy wyrok Sądu Najwyższego Minnesoty uzyskał moc precedensu SN, formalnie wiążącego wszystkie sądy federalne i stanowe[49].

judical review – doktryna materialnego sprawiedliwego procesu/doktryna materialnej właściwości prawa (*substantive due proces of law*). Zakłada ona, iż *Due Process Clause* V i XIV Poprawki ogranicza ingerencję państwa w życie, wolność i własność jednostki także od strony materialnej, tzn. niezależnie od zachowania gwarancji procesowych. Szerzej patrz T. Sandefur, *In Defence of Substantive Due Process, or the Promise of Lawful Rule*, „Harvard Journal of Law &Public Policy" 2012, vol. 35, nr 1, s. 283–350.

41 *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972). Sprawa dotyczyła przepisów stanu Massachusetts ograniczających dostęp do antykoncepcji wyłącznie do małżeństw. SN (sędzia William Brennan), uznając ich niekonstytucyjność w świetle *Equal Protection Clause* XIV Poprawki, wypowiedział się także w kwestii prawa do prywatności.

42 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 154 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973). Prawo to zostało częściowo ograniczone, ale co do zasady podtrzymane w orzeczeniach *Planned Parenthood v. Casey* z 1992 r. i *Gonzales v. Carhart* z 2007 r.

43 *Lawrence and Garner v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

44 *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384–386 (1978). Sprawa dotyczyła przepisów stanu Wisconsin – uznanych przez SN za niekonstytucyjne – uzależniających możliwość zawarcia małżeństwa przez rodzica zobowiązanego do płacenia alimentów od zgody sądu.

45 Tamże, s. 386.

46 *Baker v. Nelson*, 291 Minn. 310 (Minn. 1971); *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972).

47 Pierwszym stanem, który wprowadził ustawową definicję małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety, był w 1973 r. Maryland.

48 *Baker v. Nelson*, s. 810.

49 Precedens taki nie ma jednak „mocy" równej wyrokowi wydanemu po merytorycznym rozpatrzeniu sprawy przez SN. Zob. *Developments in the Law. The Constitution and the Family*, „Harvard Law Review" 1980, vol. 93, nr 6, s. 1283–1284.

Status prawny homoseksualizmu w orzecznictwie SN

Rozstrzygnięcie w sprawie *Baker* wyrażało zakorzenioną od czasów kolonialnych, tak w prawie federalnym, jak i stanowym, jednoznacznie negatywną ocenę współżycia homoseksualnego[50]. Dlatego też, pomimo niewątpliwych zmian w społecznym statusie homoseksualizmu – zapoczątkowanych przełomową decyzją Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego z 1973 r.[51] – precedens ten przez ćwierć wieku pozostawał niewzruszony. Jeszcze w 1986 r. podzielony SN (5 do 4) w sprawie *Bowers v. Hardwick* uznał konstytucyjność przepisów stanu Georgia, penalizujących prywatny stosunek homoseksualny[52]. Sygnałem, iż stanowisko SN względem homoseksualizmu uległo zmianie, było podjęte dziesięć lat później rozstrzygnięcie w sprawie *Romer v. Evans*[53]. Podzielony SN (6 do 3) wypowiedział się w nim w kwestii dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, dzielącej społeczeństwo i legislatury amerykańskie od lat siedemdziesiątych XX wieku[54]. W opinii większości sędzia Anthony Kennedy stwierdził, iż poprawka do konstytucji stanu Kolorado zakazująca szczególnej ochrony prawnej ze względu na orientację homo- i biseksualną jest sprzeczna z *Equal Protection Clause* XIV Poprawki[55]. Tym samym SN uznał konstytucyjność zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Z drugiej jednak strony w 2000 r. – zgodnie z precedensem ze sprawy *Hurley v. American GLIB Association* z 1995 r.[56] – w orzeczeniu *Boy Scouts of America v. Dale* nieznaczną większością (5 do 4) odmówił mu charakteru absolutnego[57].

Wyrok z *Romer*, choć *de iure* nie przełamał precedensu z *Bowers*, otworzył drogę do przedefiniowania statusu homoseksualizmu w prawie amerykańskim.

Wyrok z *Romer*, choć *de iure* nie przełamał precedensu z *Bowers*, otworzył drogę do przedefiniowania statusu homoseksualizmu w prawie amerykańskim. Nastąpiło to w 2003 r. w sprawie *Lawrence and Garner v. Texas*, rozstrzygniętej w tym samym składzie i tą samą większością co *Romer*[58]. Stan faktyczny w *Lawrence* w znacznym stopniu odpowiadał temu z *Bowers*. W 1998 r. dwu dorosłych mężczyzn John Lawrence i Tyron Garner zostało aresztowanych, a następnie skazanych na karę grzywny za prywatne współżycie homoseksualne penalizowane przez kodeks karny

50 Przykładowo w *Poe v. Ullman* sędzia Harlan przedstawia prawną regulację małżeństwa i penalizację praktyk homoseksualnych jako pozytywny i negatywny aspekty koniecznej i pożądanej aktywności państwa, wpisanej w istotę funkcjonowania społeczeństwa amerykańskiego – *Poe v. Ullman*, s. 546.

51 Zob. J. Kochanowski, *Od teorii dewiacji do teorii queer. Lesbijki i geje w polilogu akademickim* (w:) K. Slany, B. Kowalska, M. Śmietana (red.), *Homoseksualizm. Perspektywa interdyscyplinarna*, Kraków 2005, s. 104–106.

52 *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986). W 1986 r. przestępstwo homoseksualnej sodomii (*homosexual sodomy*) przewidywało prawo 24 stanów i Dystryktu Kolumbii.

53 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

54 Szerzej patrz P. Michalik, *Równość i wolność…*, dz. cyt., s. 148–152.

55 *Romer v. Evans*, s. 635.

56 *Hurley v. American GLIB Association*, 515 U.S. 557(1995). W przedmiotowym wyroku jednomyślny sąd uznał prawo prywatnego organizatora parady z okazji dnia św. Patryka do niedopuszczenia do niej stowarzyszenia promującego homoseksualizm.

57 *Boy Scouts v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000). W sprawie tej SN – w oparciu o konstytucyjną wolność do stowarzyszania się w celu wyrażania wspólnych poglądów (*freedom of expressive association*) – uznał prawo skautów amerykańskich do wykluczenia ze swojej organizacji aktywnego homoseksualisty. Patrz P. Michalik, *Równość i wolność…*, dz. cyt., s. 159–160.

58 *Lawrence and Garner v. Texas*, s. 561.

stanu Teksas[59]. Po trwającym 3 lata postępowaniu apelacyjnym stanowy sąd II instancji podtrzymał wyrok skazujący, powołując się na precedens z *Bowers*, a w 2002 r. SN zgodził się wydać *writ of certiorari*[60]. W opinii większości, którą stanowili sędziowie: John Paul Stevens, Sandra Day O'Connor, Anthony Kennedy, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg i Stephen G. Breyer, sędzia Kennedy poddał teksańskie przestępstwo badaniu konstytucyjnemu w trzech uzupełniających się aspektach, wszystkich opartych na *Due Process Clause* i *Equal Protection Clause* XIV Poprawki.

W pierwszej kolejności SN w oparciu o precedensy z *Griswold* i *Eisenstadt* uznał, iż także współżycie homoseksualne – jako należące do „najbardziej prywatnej ludzkiej aktywności" – jest chronione przez prawo do prywatności[61]. Następnie SN przyznał, iż zgodnie z precedensem z *Romer* penalizacja współżycia homoseksualnego przy jednoczesnym braku penalizacji analogicznego współżycia heteroseksualnego jest naruszeniem zasady równości. Jednocześnie jednak sędziowie podkreślili, iż istota niekonstytucyjności penalizacji zachowań homoseksualnych (*homosexual conduct*) leży nie w naruszeniu klauzuli równej ochrony, ale w naruszeniu wolności jednostki gwarantowanej przez klauzulę sprawiedliwego procesu. Zdaniem sędziego Kennedy'ego jedynie jednoznaczne przełamanie precedensu z *Bowers* – jako stygmatyzującego tak współżycie, jak i same osoby homoseksualne – gwarantuje osiągnięcie antydyskryminacyjnego rezultatu przewidzianego w *Romer*[62]. Dlatego też ostatecznie SN zdecydował się orzec o niekonstytucyjności teksańskiej regulacji jako naruszającej prawo do wolności gwarantowane przez *Due Process Clause*, która daje także homoseksualistom „pełne prawo wchodzenia we właściwe im relacje (seksualne) bez ingerencji państwa"[63].

O szczególnej doniosłości wyroku z *Lawrence* dla statusu homoseksualizmu w prawie federalnym zadecydowało nie tyle samo uznanie niekonstytucyjności teksańskich przepisów, co forma tego uznania.

SN zdecydował się orzec w Lawrence, że *Due Process Clause* daje homoseksualistom „pełne prawo wchodzenia we właściwe im relacje (seksualne) bez ingerencji państwa".

Sędzia Antonin Scalia – autor zdania odrębnego, do którego przyłączyli się prezes William H. Rehnquist i sędzia Clarence Thomas – podkreślił, iż mimo obalenia precedensu z *Bowers* SN nie wywiódł z konstytucji fundamentalnego prawa do współżycia homoseksualnego (*stricte* homoseksualnej sodomii), które byłoby podstawą poddania teksańskich przepisów pod rygory *strict scrutiny*[64]. Jednak w opinii większości Teksas nie wykazał nawet uzasadnionego interesu publicznego (*legitimate state interest*), niezbędnego przy podstawowym badaniu racjonalności kwestionowanego ustawodawstwa (*rational basis review*). W szczególności takim uzasadnianiem nie jest zdaniem sądu – przyjęta w *Bowers* – niemoralność i brak akceptacji społecznej określonego postępowania[65]. Bowiem, jak zauważyła w swoim zdaniu zbieżnym sędzia O'Connor, potępienie i penalizacja określonych zachowań – właściwych danej grupie społecznej – prowadzi do dyskryminacji jej członków, mimo iż formalnie penalizacja nie jest uzależniona od statusu osobowego sprawcy[66]. Przyjęcie powyższej argumentacji jednoznacznie wskazywa-

59 Oraz innych 12 stanów.

60 *Lawrence and Garner v. Texas*, s. 562–564.

61 Tamże, s. 564–567.

62 Tamże, s. 574–575.

63 Tamże, s. 578.

64 Tamże (Scalia J., dissenting), s. 586.

65 Tamże, s. 599.

66 Tamże (O'Connor J., concurring), s. 581.

ło, iż SN podtrzymuje swoje stanowisko z *Romer* i nie dopuszcza wątpliwości co do równoprawnego statusu osób homo- i heteroseksualnych.

Pomimo sprzeciwu mniejszości sędziów, a zgodnie z jej przewidywaniami, wyrok z *Lawrence* pośrednio otworzył drogę do legalizacji małżeństw homoseksualnych w poszczególnych stanach USA. Już pięć miesięcy później, w listopadzie 2003 r. podzielony (4 do 3) Sąd Najwyższy (*Supreme Judical Court*) stanu Massachusetts wyrokiem w sprawie *Goodridge v. Department of Public Health* uznał prawo do małżeństwa par homoseksualnych[67]. Analogiczne rozstrzygnięcia najwyższych sądów stanowych oraz ustawodawstwo odpowiednich legislatur doprowadziły do 2012 r. do trwałej legalizacji *same-sex marriages* w ośmiu kolejnych stanach: Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Nowym Jorku, Main, Marylandzie i Waszyngtonie oraz w Dystrykcie Kolumbii[68]. W tym czasie żadna z licznych spraw rozstrzyganych przez sądy stanowe i federalne nie „dotarła" do SN, którego skład z *Lawrence* uległ znacznej zmianie. Miejsce sędziów Rehnquista, O'Connor i Soutera zajęli prezes John G. Roberts oraz sędziowie Samuel A. Alito i Sonia Sotomayor. W 2010 r. w powyższym składzie podzielony (5 do 4) SN rozstrzygnął sprawę *Christian Legal Society v. Martinez*[69]. Uznał w niej konstytucyjność polityki uczelni warunkującej pełnoprawny udział chrześcijańskiej organizacji studenckiej w forum akademickim od dopuszczenia wszystkich – także homoseksualnych – członków.

Rozstrzygnięcie SN – sędziowie

Jakkolwiek celem niniejszego artykułu jest analiza prawna, nie może to przysłonić faktu, iż Sąd Najwyższy USA jest także – a jak twierdzą niektórzy przede wszystkim – instytucją polityczną[70]. Już pobieżna analiza orzecznictwa SN pozwala zauważyć, iż zwłaszcza w sprawach o istotnym znaczeniu społecznym poszczególni sędziowie podporządkowują argumentację prawną swoim przekonaniom i powiązanym z nimi interesom politycznym. Zjawisko to jest ugruntowane w praktyce SN i prowadzi między innymi do klasyfikowania sędziów według probierza szeroko pojętej ideologii[71]. Niezależnie od istnienia innych klasyfikacji – także tych opartych na kryteriach ściśle prawnych – to właśnie podział sędziów SN na liberalnych i konserwatywnych, względnie centrowych, jest najczęstszym i najskuteczniejszym środkiem do antycypacji rozstrzygnięć w sprawach ideologicznie spornych. Ponieważ nie ma wątpliwości, iż do tej ostatniej kategorii należą *Perry* i *Windsor*, zasadne wydaje się być przybliżenie „politycznego" aspektu oczekiwanych rozstrzygnięć przed rozważaniami *stricte* normatywnymi.

Od nominacji Clarence'a Thomasa w 1991 r. SN posiada jednoznacznie konserwatywne skrzydło w osobach prezesa Rehnquista (od 2005 r. zastąpił go Roberts) oraz sędziów Scalii (nominowanego w 1986 r.) i Thomasa, do których w 2006 r. dołączył sędzia Alito. Wymienieni sędziowie głosowali razem we wszystkich sprawach dotyczących homoseksualizmu, a w obecnym składzie sądu (2010–2012) kwartet ten zgadzał się co do rozstrzygnięcia w 82,4% wszystkich wyroków SN[72]. Skrzydło liberalne, dominujące za preze-

67 *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003). Na mocy wyroku w 2004 r. Massachusetts jako pierwszy stan USA zalegalizowało małżeństwa homoseksualne. Pierwszym najwyższym sądem stanowym, który uznał zakaz małżeństw homoseksualnych za sprzeczny z konstytucją stanową był w 1993 r. Sąd Najwyższy Hawajów w sprawie *Baehr v. Lewin* (852 P.2d. 44). Jednak wyrok ten nie kończył postępowania, a na skutek zmiany konstytucji stanowej w 1998 r. Hawaje nie zalegalizowały małżeństw homoseksualnych. Wyrok z *Baehr v. Lewin* był jedną z głównych przyczyn uchwalenia DOMA oraz analogicznych ustaw w 38 stanach (do 2003 r.) – W.C. Duncan, *DOMA and Marriage*, „Regent University Law Review" 2004–2005, vol. 17, nr 2, s. 204–206.

68 W pierwszej dekadzie XXI w. proces ten spotkał się ze sprzeciwem większości Amerykanów, którzy do 2012 r. w drodze referendów stanowych wprowadzili konstytucyjny zakaz małżeństw homoseksualnych w 30 stanach. Jednak w Main, Marylandzie i Waszyngtonie bezpośrednią podstawą legalizacji były referenda stanowe przeprowadzone jednocześnie 6 listopada 2012 r. – pierwsze w historii USA, które przyniosły zwycięstwo zwolennikom małżeństw homoseksualnych – patrz A. Bailey, *Redefining Mariag: How the Institution of Marriage has changed to make Room for Same-Sex Couples*, „Wisconsin Journal of Law, Gender & Society" 2012, vol. 27, nr 3, s. 305–333.

69 *Christian Legal Society v. Martinez*, 561 U.S. _ (2010).

70 Szerzej patrz P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów*…, dz. cyt.

71 Analiza tego zagadnienia wykracza poza ramy niniejszego artykułu.

72 *The Supreme Court, 2010 Term – The Statistics*, „Harvard Law Review" 2011, vol. 125, nr 1, s. 364; *The Supreme Court, 2011*

sury Warrena E. Burgera (do 1986 r.), stopniało do 1991 r. – na skutek nominacji prezydentów Reagana i Busha – do dwóch sędziów: Harry'ego A. Blackmuna (od 1994 r. zastąpił go Breyer) i Stevensa. Jego „odrodzenie" nastąpiło wraz z nominacją sędzi Ginsburg w 1993 r. Obecnie zalicza się do niego także najmłodszych sędziów SN – nominowanych w 2009 i 2010 r. przez prezydenta Obamę – Sotomayor i Elenę Kagan. Także w przypadku liberałów głosowania dotyczące homoseksualizmu były jednomyślne, a w ostatnich latach (2010–2012) kwartet liberalny może się poszczycić zgodnością w 81,1% wszystkich rozstrzygnięć SN[73].

Jak wynika z prostego rachunku matematycznego, z silnego na przełomie wieków centrum SN pozostał jedynie – nominowany jeszcze w 1987 r. przez Reagana – sędzia Kennedy, który z racji swoich umiarkowanych poglądów pełni rolę głosu rozstrzygającego (*swing vote*) w sprawach światopoglądowych. O znaczeniu stanowiska Kennedy'ego w przypadku opozycji konserwatystów i liberałów świadczą dane statystyczne. Na 157 wyroków SN wydanych w latach sądowych 2010 i 2011[74] – 30 rozstrzygnięto większością 5 do 4. Z powyższej liczby aż w 23 przypadkach (77%) kwartety głosowały przeciwko sobie, a głos Kennedy'ego był decydujący. Przy czym *swing voter* 14 razy głosował z konserwatystami, a 9 razy z liberałami[75]. Jednak ewentualne wnioski z tego ostatniego faktu należy skorygować, przypominając, iż Kennedy był autorem opinii większości – w obu kluczowych dla *Perry* i *Windsor* precedensach: *Romer* i *Lawrence*. Ponadto przyłączył się do opinii Ginsburg w *Martinez*, a z konserwatystami głosował jedynie w *Boy Scouts* i *Hurley*, przy czym to ostatnie rozstrzygnięcie było jednomyślne. Mając powyższe na uwadze – nie dezawuując argumentacji prawnej – można przyjąć, iż ze względu na skład SN decydujące dla losów *Perry* i *Windsor* będzie stanowisko Kennedy'ego.

Rozstrzygnięcie SN – rational basis review, intermediate or strict scrutiny

Zgodnie z żądaniem stron zarówno w *Hollingsworth v. Perry*, jak i w *United States v. Windsor* Sąd Najwyższy ma odpowiedzieć na pytanie, czy definiując małżeństwo jako związek heteroseksualny Kalifornia i USA naruszyły prawa osób homoseksualnych gwarantowane przez *Due Process Clause* V i XIV oraz *Equal Protection Clause* XIV Poprawki[76]. Oznacza to, iż SN musi zdecydować, czy wprowadzając Propozycję 8 oraz DOMA państwo miało ku temu stosowną legitymację konstytucyjną. Zgodnie z ustalonymi przez siebie zasadami *judicial review*[77], aby tego dokonać, w pierwszej kolejności SN zdecyduje o właściwym poziomie badania przedmiotowej legitymacji: podstawowym – opartym na przesłance racjonalności prawodawcy (*rational basis review*), podwyższonym – uwzględniającym konieczność szczególnej ochrony prawnej określonej grupy społecznej (*intermediate/heightened scrutiny*) albo najwyższym – wymagającym wykazania tzw. żywotnego interesu państwa (*compelling state interest*) w ograniczeniu fundamentalnych praw jednostki (*strict scrutiny*)[78].

W *Perry v. Brown* Sąd Apelacyjny dla Dziewiątego Okręgu uznał niekonstytucyjność Propozycji 8 w oparciu o badanie podstawowe. Uzasadniając swoją decyzję, sąd wskazał, iż zarówno przed jak i po wprowadzeniu przedmiotowej poprawki prawo kalifornijskie przyznawało związkom homoseksualnym tożsame uprawnienia co małżeństwom, z prawem do wychowania i adopcji dzieci włącznie. Tym samym wprowadzenie Propozycji 8 miało na celu wyłącznie pozbawienie par homoseksualnych prawa do określenia ich związków mianem małżeństwa. Zdaniem sądu przedmiotowy cel nie znajduje żadnego uzasadnienia poza

Term – The Statistics, „Harvard Law Review" 2012, vol. 126, nr 1, s. 390.

73 Tamże.

74 Rok sądowy SN (*Supreme Court Term*) trwa od 1 października danego roku do 30 września roku następnego.

75 *The Supreme Court, 2010 Term – The Statistics…*, s. 368; *The Supreme Court, 2011 Term – The Statistics…*, s. 394. Dla porównania w tym samym okresie sędzia konserwatywny przyłączył się do liberałów 2 razy (7%), a liberał do konserwatystów tylko raz (3,5%).

76 *Hollingsworth v. Perry*, *Brief of Petitioners*, s. i, *Hollingsworth v. Perry*, *Brief in Opposition*, s. i, *United States v. Windsor*, *Petition for the writ of certiorari before judgment*, s. i, *United States v. Windsor*, *Brief for the Merits for Respondent*, s. i (w:) *Filings…*

77 Na temat *judicial review* patrz m.in. (opracowania polskie): A. Bryk, *The origins of constitutional government. Higher law and the sources of judicial review*, Kraków 1999; G. Górski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych do 1930 roku*, Lublin 2006, s. 68–110; P. Mikuli, *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007.

78 Szerzej patrz O.O. Varol, *Strict in Theory, But Accommodating in Fact*, „Missouri Law Review" 2010, vol. 75, nr 4, s. 1243–1295.

dążeniem do „pogorszenia statusu i godności" homoseksualistów i nie może być uznany za cel racjonalnego prawodawcy. Jednocześnie jednak sąd podkreślił, iż przedmiotowe rozstrzygnięcie i uzasadnienie dotyczy ściśle kalifornijskiego systemu prawnego i nie ma charakteru uniwersalnego[79], którego – od orzeczenia SN – oczekują tak zwolennicy, jak przeciwnicy legalizacji małżeństw homoseksualnych.

W *United States v. Windsor* Sąd Apelacyjny dla Drugiego Okręgu poddał paragraf 3 DOMA podwyższonemu badaniu. Podstawą takiego rozstrzygnięcia było z jednej strony – wbrew stanowisku Sądu Dystryktowego – uznanie racjonalności ustawy, z drugiej jednak zakwalifikowanie homoseksualistów do kategorii „quasi-podejrzanej" grupy społecznej (*quasi-suspect class*), która wymaga szczególnej ochrony prawnej. Zdaniem sądu, pomimo ogromnych zmian prawnych i społecznych w tym zakresie, homoseksualiści nadal pozostają zagrożeni w swoich prawach, co uzasadniało poddanie DOMA pod rygory *intermediate scrutiny*. Te ostatnie wymagają wykazania przez państwo, iż badana regulacja jest „co do istoty powiązana" z realizacją ważnego interesu publicznego (*substantially related to an important government interest*). Sąd nie dopatrzył się jednak przedmiotowego powiązania w żadnym z wskazanych przez BLAG interesów publicznych i tym samym DOMA nie przeszła testu podwyższonego badania[80].

W świetle dotychczasowego orzecznictwa jest mało prawdopodobne, aby SN uznał Propozycję 8 oraz DOMA za niekonstytucyjne w toku badania podstawowego. Prawne i społeczne znaczenie instytucji małżeństwa, którego heteroseksualnej tożsamości – aż do przełomu XX i XXI wieku – nie można zanegować, jest wystarczającą przesłanką do uznania racjonalności przedmiotowych regulacji[81]. *Expressis verbis* stwierdziła to sędzia O'Connor w swoim zdaniu zbieżnym w *Lawrence*, uznając „zachowanie tradycyjnej instytucji małżeństwa" za uzasadniony interes publiczny[82]. Co więcej, heteroseksualna istota małżeństwa wynika bezpośrednio z wiążących precedensów SN, z *Baker* na czele. Przekonanie – potwierdzone w wyrokach Dziewiątego i Drugiego Okręgu[83] – iż zwłaszcza ten ostatni precedens utracił moc wiążącą ze względu na wyroki z *Romer* i *Lawrence*, nie zmienia faktu, iż SN będzie musiał ustosunkować się do swojej decyzji z 1972 r. Czyniąc to, będzie mógł oprzeć się na precedensie z *Lawrence*, ale z drugiej strony może także powołać się na rozstrzygniecie ze sprawy *Washington v. Glucksberg* z 1997 r. W przedmiotowym wyroku jednomyślny SN[84] – w toku *rational basis review* – uznał, iż regulacje stanu Waszyngton penalizujące eutanatyczne udzielenie przez lekarza pomocy w samobójstwie są zgodne z *Due Process Clause* XIV Poprawki[85].

Mając na uwadze fakt, że zarówno w *Romer* jak i w *Lawrence* zastosowano *rational basis review*, można przyjąć, iż na precedens z *Glucksberg* powoła się skrzydło konserwatywne SN, gotowe uznać konstytucyjność Propozycji 8 i DOMA w badaniu podstawowym. W sprawie *Glucksberg* wszyscy sędziowie zgodzili się bowiem, że tylko prawa i wolności fundamentalne „głęboko zakorzenione w historii i tradycji narodu" podlegają ochronie podwyższonego standardu badania[86]. *A contrario* – jak podniósł już w *Lawrence* sędzia Scalia – prawa niemające takiego charakteru

79 *Perry v. Brown*, cyt. wyż.

80 *Windsor v. United States*, cyt. wyż. Ze względu na tematykę i rozmiary artykułu nie przedstawiam w nim pozaprawnej argumentacji stron, która wymaga odrębnej analizy. Zob. M.N. Stewart, *Marriage Facts*, „Harvard Journal of Law &Public Policy" 2008, vol. 31, nr 1, s. 313–369.

81 Zob. Ch. Muir, *Perry v. Schwarzenegger: A Judicial Attack on Traditional Marriage*, „University of Florida Journal of Law and Public Policy" 2011, vol. 22, nr 2, s. 149 i 172–173.

82 *Lawrence and Garner v. Texas* (O'Connor J., concurring), 585: „That this law as applied to private, consensual conduct is unconstitutional under the Equal Protection Clause does not mean that other laws distinguishing between heterosexuals and homosexuals would similarly fail under rational basis review. Texas cannot assert any legitimate state interest here, such as national security or preserving the traditional institution of marriage. Unlike the moral disapproval of same-sex relations-the asserted state interest in this case other reasons exist to promote the institution of marriage beyond mere moral disapproval of an excluded group".

83 *Perry v. Brown*, cyt. wyż; *Windsor v. United States*, cyt. wyż. Pierwszy z tych wyroków całkowicie pomija precedens z *Baker*.

84 W składzie: Rehnquist, Stevens, O'Connor, Scalia, Kennedy, Souter, Thomas, Ginsburg, Breyer.

85 *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702.

86 Tamże, s. 720–721.

nie zasługują na podwyższoną ochronę. Zgodnie z tą argumentacją, aby poddać Propozycję 8 i DOMA wyższemu standardowi badań, należałoby najpierw wykazać istnienie fundamentalnego prawa do małżeństwa homoseksualnego. Odpowiedzią liberałów na to skrajnie trudne zadanie będzie z dużą dozą prawdopodobieństwa powołanie się na precedens z *Loving*, w świetle wyroków z *Romer* i *Lawrence*. Pozwalają one na przyjęcie argumentacji, iż fundamentalne prawo do małżeństwa obejmuje także homoseksualistów, którym przysługuje konstytucyjna wolność wyboru współmałżonka zgodnie ze swoją orientacją seksualną.

Przesłanki dla powyższego rozumowania znajdujemy w opinii większości z *Lawrence*, a wskazał je – w celu uzasadnienia swojego zdania odrębnego – sędzia Scalia. Zauważył on, iż jakkolwiek sędzia Kennedy podkreślił, że sporządzone przez niego rozstrzygnięcie nie dotyczy prawnych regulacji związków homoseksualnych[87], w rzeczywistości otwiera ono drogę do ich legalizacji, w tym w formie małżeństwa[88]. Obalając precedens z *Bowers*, SN włączył bowiem współżycie homoseksualne do gwarantowanej konstytucyjnie sfery osobistych decyzji jednostki, w której to sferze – od czasu *Griswold* – znajdowało się już małżeństwo[89]. Co więcej, Kennedy zauważył w *Lawrence*, iż współżycie seksualne może być „jednym z elementów trwalszej osobistej więzi", a osoby homoseksualne mają konstytucyjne „prawo dokonania takiego wyboru"[90]. Jakkolwiek treść powyższego *dictum* nie jest jednoznaczna, można ją powiązać ze związkiem małżeńskim i gwarantowanym konstytucyjnie prawem do decydowania, czy i z kim zawrze się ten związek. Zgodnie z *Loving* i *Zablocki* przedmiotowe prawa podlegają szczególnej ochronie, a ich ograniczenie podlega rygorom *strict scrutiny* i musi być poparte żywotnym interesem państwa.

Obalając precedens z *Bowers*, SN włączył współżycie homoseksualne do gwarantowanej konstytucyjnie sfery osobistych decyzji jednostki, w której to sferze – od czasu *Griswold* – znajdowało się już małżeństwo.

Gotowość liberałów do poddania Propozycji 8 i DOMA najwyższemu standardowi badania pośrednio potwierdza także wyrok z *Christian Legal Society v. Martinez*. Formalnie w sprawie tej przedmiotem badania przeprowadzonego przez sędzię Ginsburg, autora opinii większości, do której przyłączyli się pozostali sędziowie liberalni i Kennedy, nie był status homoseksualizmu. Jednak tak w wyroku sądu – w sposób dorozumiany – jak i w zdaniu zbieżnym sędziego Stevensa – *expressis verbis* – status ten został przyrównany do statusu dwu innych grup społecznych: kobiet i czarnoskórych[91]. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem SN obie powyższe grupy – jako pod-

87 *Lawrence and Garner v. Texas*, s. 578.

88 Tamże (Scalia J., dissenting), s. 604–605.

89 Tamże, s. 573–574: „our laws and tradition afford constitutional protection to personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing, and education (…) Persons in a homosexual relationship may seek autonomy for these purposes, just as heterosexual persons do". Zob. także *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 851(1992).

90 *Lawrence and Garner v. Texas*, s. 567: „When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring. The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to make this choice".

91 *Christian Legal Society v. Martinez*, s. 22; (Stevens J., concurring), s. 6.

dane długotrwałej i wszechstronnej dyskryminacji – podlegają szczególnej ochronie konstytucyjnej, której realizacja sama w sobie leży w żywotnym interesie państwa[92]. Zastosowanie powyższej analogii w *Perry* i *Windsor* oznaczałoby nie tylko akceptację stanowiska Drugiego Okręgu co do uznania homoseksualistów za „quasi-podejrzaną" grupę społeczną, lecz także „podniesienie poprzeczki" badania konstytucyjności do poziomu, którego Propozycja 8 i DOMA w żaden sposób nie byłyby w stanie „przeskoczyć".

Przyjęcie przedmiotowej argumentacji przez SN wydaje się jednak mało prawdopodobne. Uznanie ochrony homoseksualizmu przed wszelkimi formami dyskryminacji za żywotny interes państwa oznaczałoby w pierwszej kolejności przełamanie precedensów z *Hurley* i *Boy Scouts*. Po drugie, ze względu na jednoznacznie negatywną ocenę zachowań homoseksualnych w doktrynach głównych wyznań religijnych w USA, musiałoby to prowadzić do bezpośredniej kolizji z prawami gwarantowanymi w klauzulach religijnych Pierwszej Poprawki: *Establishment Clause* i *Free Exercise Clause*[93]. Po trzecie, trudno znaleźć przesłanki dla zaakceptowania przedmiotowej kwalifikacji przez Kennedy'ego. *Swing voter* poparł konserwatystów w *Boy Scouts*, a przyłączając się do liberałów w *Martinez* sporządził zdanie zbieżne, w którym podkreślił, iż podstawą jego decyzji była formalna neutralność polityki uczelni, która domagała się dostępu dla wszystkich studentów, a nie szczególnie dla studentów homoseksualnych[94]. Z drugiej jednak strony, w świetle powołanego orzecznictwa nie ma poważniejszych przeszkód, aby przypisać Kennedy'emu zgodę na uznanie homoseksualistów za *quasi-suspect class*, której prawa poparł jednoznacznie – w toku badania podstawowego – w *Lawrence*.

Podsumowanie

Zgodnie z wstępnymi założeniami podstawowym celem powyższych rozważań było w pierwszej kolejności zarysowanie problematyki legalizacji małżeństw homoseksualnych przez Sąd Najwyższy USA. Analiza relewantnego orzecznictwa SN wyraźnie wskazuje, iż ukształtowanie „sprzyjających warunków" do redefinicji instytucji małżeństwa w prawie amerykańskim następowało ewolucyjnie od lat sześćdziesiątych XX wieku. Za kluczowy element tego procesu uznać należy powiązanie prawa do małżeństwa – uznanego w *Loving* prawem fundamentalnym – z „odkrytym" w *Griswold* prawem do prywatności. Stopniowe rozszerzanie tego ostatniego, mimo początkowego sprzeciwu SN w *Baker* i *Bowers*, walnie przyczyniło się do równouprawnienia homoseksualizmu na mocy *Romer* i *Lawrence*. W tym stanie prawnym – jak stwierdził to w *Perry* Sąd Apelacyjny dla Dziewiątego Okręgu – heteroseksualna definicja małżeństwa z Propozycji 8 i DOMA jawić się może jako „relikt minionego porządku", w którym heteroseksualna większość dyskryminowała homoseksualną mniejszość.

Ukształtowanie „sprzyjających warunków" do redefinicji instytucji małżeństwa w prawie amerykańskim następowało ewolucyjnie od lat sześćdziesiątych XX wieku.

92 Szerzej patrz P. Michalik, *Równość i wolność…*, dz. cyt., s. 152–166.

93 Rozważania nad tym zagadnieniem, sygnalizowanym przeze mnie w artykule *Zwolnienia podatkowe dla związków wyznaniowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, „Studia z Prawa Wyznaniowego" 2012, nr 15, s. 5–28, mam nadzieję zaprezentować po wyrokach w sprawie *Perry* i *Windsor*.

94 *Christian Legal Society v. Martinez*, (Kennedy J., concurring), s. 2.

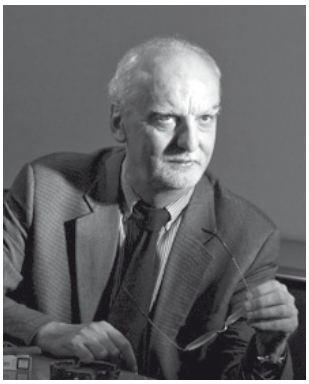
Z drugiej jednak strony nie można nie zauważyć niebagatelnego faktu, iż w zdecydowanej większości stanów w sposób demokratyczny potwierdzono heteroseksualną definicję małżeństwa i to na szczeblu konstytucyjnym. Co więcej – jak przyznał w *Windsor* Sąd Apelacyjny dla Drugiego Okręgu – trudno odmówić słuszności niektórym argumentom obrońców „starego porządku", zwłaszcza tym podnoszącym kwestie nieznanych skutków redefinicji fundamentalnej instytucji społecznej. Zasadne więc wydaje się powołanie się na *dictum* prezesa Rehnquista z *Glucksberg* i „pozwolenie na kontynuowanie tej debaty w ramach społeczeństwa demokratycznego"[95]. W świetle przedstawionych powyżej argumentów sądzę jednak, iż decyzja SN w *Perry* i *Windsor* zapadnie w oparciu o argumentację przyjętą w wyroku Drugiego Okręgu. Stanowi ona bowiem bazę dla zbudowania niezbędnej większości, do której liberalne skrzydło SN potrzebuje głosu Kennedy'ego. Trudno bowiem nie zgodzić się z *dictum* Scalii z *Lawrence*, w którym „przepowiedział" legalizację małżeństw homoseksualnych przez SN[96] na kilka miesięcy przed tym, nim nastąpiła ona w Massachusetts i na dekadę przed tym, jak nastąpi w Stanach Zjednoczonych.

95 *Washington v. Glucksberg*, s. 735: „Throughout the Nation, Americans are engaged in an earnest and profound debate about the morality, legality, and practicality of physician-assisted suicide. Our holding permits this debate to continue, as it should in a democratic society".

96 *Lawrence and Garner v. Texas* (Scalia J., dissenting), s. 604: „Today's opinion dismantles the structure of constitutional law that has permitted a distinction to be made between heterosexual and homosexual unions, insofar as formal recognition in marriage is concerned".

Tomasz Gizbert-Studnicki

Pozytywistyczny park jurajski



Tomasz Gizbert-Studnicki

Profesor zwyczajny, kierownik Katedry Teorii Prawa Wydziału Prawa i Administracji UJ, zajmuje się analityczną teorią prawa, a w szczególności teorią języka prawnego i wykładni prawa.

Jurassic Park of Positivism

The purpose of the paper is to discuss ideas expressed in two recent papers published by J. Stelmach and B. Brożek. Contrary to the views of J. Stelmach and B. Brożek, it is argued that contemporary legal positivism cannot be defined by referring to methods by which legal questions are solved. Legal positivism is defined exclusively by separation thesis and social sources thesis, and not by any normative theory of interpretation. Legal positivism as a descriptive and general theory of law does not entail any legal methods. It is argued that the picture of logical, formal-dogmatic, normative and analytical methods presented by J. Stelmach and B. Brozek is inadequate. Therefore, the critique of positivism presented by J. Stelmach and B. Brożek is not heard and the myths of positivistic methods identified by them do not exist.

Wprowadzenie

W ostatnim czasie ukazały się dwa artykuły Jerzego Stelmacha (współautorem jednego z nich jest Bartosz Brożek) poświęcone fundamentalnej krytyce „metody pozytywistycznej” [1]. Z uwagi na to, że oba artykuły posługują się bardzo zbliżoną argumentacją i formułują podobne konkluzje krytyczne wobec pozytywizmu, zajmę się nimi łącznie. Powodem, który skłonił mnie do podjęcia polemiki, jest to, że odnoszę nieodparte wrażenie, iż J. Stelmach (wsparty przez B. Brożka) nadal walczy ze smokiem, który (o ile kiedykolwiek istniał) został już dawno temu pokonany. Podjęcie polemiki z ich krytyką „metody pozytywistycznej” nie jest łatwe, głownie z uwagi na to, że J. Stelmach i B. Brożek nie identyfikują autorów poglądów, które zwalczają, a przypisy w obu artykułach są bardzo nieliczne. Stąd też czytelnik odnosi wrażenie, że krytyka skierowana jest przeciwko skonstruowanemu na jej użytek „typowi idealnemu” pozytywisty. Sęk jednakże w tym, że w moim przekonaniu nie sposób jest znaleźć współczesnego pozytywisty, który by choć częściowo odpowiadał temu idealnemu typowi. Bez

1 J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity metody prawniczej*, „Forum Prawnicze” 2012, nr 3 (11) oraz J. Stelmach, B. Brożek, *Metodologiczne dylematy pozytywizmu prawniczego* (w:) P. Kardas, T. Sroka, J. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012, s. 659–667.

przeprowadzenia gruntowniejszych studiów z zakresu historii prawoznawstwa trudno też odpowiedzieć na pytanie, czy pozytywiści tacy kiedykolwiek rzeczywiście istnieli[2]. Jeżeli jednak istnieli, to wymarli już dawno temu, a zatem J. Stelmach i B. Brożek, o ile nie walczą z mitycznym smokiem, to co najwyżej z wymarłym już dinozaurem.

J. Stelmach (wsparty przez B. Brożka) nadal walczy ze smokiem, który (o ile kiedykolwiek istniał) został już dawno temu pokonany.

1. Pojęcie pozytywizmu

Zacząć wypada od samego pojęcia pozytywizmu. Pewne zdziwienie budzi już pierwsze zdanie artykułu J. Stelmacha i B. Brożka, głoszące, że „Pozytywizm prawniczy stanowi nurt w filozofii prawa, który kładzie szczególny nacisk na metodę poznania prawniczego”[3]. Żadna ze znanych mi charakterystyk współczesnego pozytywizmu prawniczego (a o taki zapewne chodzi autorom, gdyż nie sądzę, aby ich intencją była krytyka Bergbohma i Langdella) nie tylko nie kładzie nacisku na metodę prawniczą, ale nawet nie wspomina o przyjęciu jakiejś metody prawniczej jako charakterystycznej cechy pozytywizmu. Mam tu na myśli przede wszystkim charakterystyki współczesnego pozytywizmu anglosaskiego[4]. Podobnie przedstawia się sprawa w odniesieniu do współczesnego pozytywizmu kontynentalnego (zwłaszcza niemieckiego), z tym jednakże, że niekiedy twierdziło się (zwłaszcza w starszej literaturze z lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych dwudziestego wieku), że pozytywistyczne pojmowanie prawa przesądza o prymacie (lub nawet wyłączności) językowo-logicznej wykładni prawa[5]. Nie sądzę jednak, aby którykolwiek ze współczesnych pozytywistów niemieckich pogląd ten podtrzymywał. Robert Alexy, czołowy krytyk pozytywizmu z niemieckojęzycznego kręgu, nie używa w swej krytyce pozytywizmu „argumentu z metody”[6].

Istotę pozytywizmu (zarówno kontynentalnego, jak i anglosaskiego) stanowi teza o braku koniecznego (czy pojęciowego) związku pomiędzy prawem a moralnością (teza o rozdziale). Tezę tę za Matthew Kramerem sformułować można następująco: „określenie co jest prawem nie zależy od kryteriów ani argumen-

2 Zob. T. Pietrzykowski, *Intuicja prawnicza. W stronę zewnętrznej integracji teorii prawa*, Warszawa 2012, s. 209. Autor wykazuje, na podstawie obszernej literatury, że mitem jest, jakoby XIX-wieczni pozytywiści niemieccy i anglosascy przyjmowali pogląd o logiczno-dedukcyjnym charakterze procesu stosowania prawa. Nie tylko sama nazwa „Begriffsjurisprudenz”, ale także formalistyczna charakterystyka rozumowań prawniczych stanowią w gruncie rzeczy twór krytyków pozytywizmu prawniczego, wtórnie przypisany pozytywistom.

3 J. Stelmach, B. Brożek, *Metodologiczne dylematy…*, s. 659.

4 O ewolucji pozytywizmu amerykańskiego por. A.J. Sebok, *Misunderstanding Positivism*, „Michigan Law Review”, vol. 93, nr 7, s. 2054 i n. Celem artykułu Seboka jest w oparciu o analizę obszernej literatury z okresu ponad 100 lat sprostowanie wielu mitów i nieporozumień dotyczących pojęcia pozytywizmu i jego związków z formalizmem. Notabene Sebok wskazuje na to, że określenie „pozytywizm” pojawiło się w amerykańskiej jurysprudencji dopiero w latach dwudziestych zeszłego wieku.

5 Por. W. Ott, *Was heisst ‘Rechtspositivismus’* (w:) T. Mayer-Maly, P.M. Simons (ed.) *Das Naturrechtsdenken heute und morgen*, Berlin 1983, s. 414–415 i cytowana tam literatura. W polskiej literaturze przyjęcie metody formalno-dogmatycznej przypisali pozytywistom K. Opałek, J. Wróblewski, *Pozytywizm prawniczy*, „Państwo i Prawo” 1954, z. 1, s. 5 i n., z tym że ich analiza odnosiła się do pozytywizmu z przełomu XIX i XX wieku; w nowszej pracy tych autorów pojęcie metody formalno-dogmatycznej w ogóle nie występuje: K. Opałek, J. Wróblewski, *Axiology. Dillema between Legal positivism and Natural Law*, „Oesterreichische Zeitschrift für Öffentiches Rechts” 1968, vol. 18, s. 353 i n.

6 Zob. szczegółową analizę argumentacji R. Alexy’ego w: A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 13–202.

tów moralnych”[7]. Pozytywizm anglosaski przyjmuje ponadto jako swoją podstawową tezę twierdzenie o źródłach społecznych prawa, które najogólniej sformułować można następująco: istnienie i treść prawa w określonym społeczeństwie zależy tylko i wyłącznie od zbioru faktów społecznych[8]. Jak trafnie wskazuje J. Stelmach, teza o rozdziale we współczesnym pozytywizmie ma wiele interpretacji, różnicujących tzw. pozytywizm twardy i rozmaite odmiany pozytywizmu miękkiego[9]. Ta podstawowa teza pozytywizmu jest głównym przedmiotem krytyki obozu antypozytywistycznego (której liderem w kręgu anglosaskim jest R. Dworkin, a w kręgu prawa kontynentalnego R. Alexy).

W moim przekonaniu pozbawione podstaw jest twierdzenie J. Stelmacha, że „Hart, definiując pozytywizm prawniczy, już na początku stwierdza, że pozytywizm to pewna teoria nauk prawnych, postulująca jako przedmiot prawoznawstwa prawo pozytywne, a jego narzędzie właśnie metodę formalno-dogmatyczną”[10]. Powoływany przez J. Stelmacha tekst Herberta L.A. Harta nie określa bowiem przyjmowanego przez H.L.A. Harta stanowiska, ale wymienia możliwe tezy określane jako pozytywistyczne, przy czym, jak podkreśla J. Woleński, trudno by znaleźć kogoś, kto głosiłby zarazem wszystkie te tezy. Hart z pewnością nie akceptuje tezy o wyłączności czy nawet pierwszeństwie metody formalno-dogmatycznej, ani też mechanicznej koncepcji stosowania prawa[11]. Przeciwnie, formalizm i konceptualizm traktuje jako „grzechy”, dobrze znane teorii prawa[12]. W przypisie do *Pojęcia prawa* wyjaśnia, że bliskoznacznikami dla tych terminów są „prawoznawstwo mechaniczne”, „prawoznawstwo automatyczne”, „jurysprudencja pojęciowa”, „przesadne stosowanie logiki”[13]. Jeśli chodzi o współczesny, hartowski i posthartowski pozytywizm, to nie sposób znaleźć w nim adherentów mechanicznej koncepcji stosowania prawa, a współczesna debata pomiędzy pozytywizmem a non-pozytywizmem kwestii tej w ogóle nie dotyczy – jako bezprzedmiotowej w tym sporze, skoncentrowanym na tezie o rozdziale i tezie o źródłach społecznych[14].

2. Pozytywizm a metody prawnicze

Powstaje zatem pytanie, jaki jest związek pomiędzy tak rozumianym pozytywizmem a poglądami na temat „metody poznania prawniczego”. Pytanie to jest niejednoznaczne, gdyż może odnosić się ono do metody teorii prawa, metody dogmatyki prawa, względnie do metody interpretacji w kontekście stosowania prawa (wykładni operatywnej)[15]. Nie jest jasne, do której interpretacji tego pytania odnosi się krytyka J. Stel-

7 M. Kramer, *Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2001, vol. 21, nr 4, s. 679. Jest to współczesna parafraza znanej tezy J. Austina „The existence of law is one thing; its merit or demerit another”. Zakładam, że krytyka J. Stelmacha i B. Brożka nie jest skierowana przeciwko tzw. pozytywizmowi etycznemu, który jest teorią normatywną, a nie opisową, a zatem pozostaje poza głównym nurtem pozytywizmu (por. T. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth 1996, *passim*).

8 Por. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 360 i n.

9 W polskiej literaturze por. między innymi: L. Morawski, *Pozytywizm ‘twardy’, pozytywizm ‘miękki’ i pozytywizm martwy*, „Ius et Lex” 2003, nr 1, s. 319–346, A. Dyrda, *Pozytywizm pochowany żywcem? W obronie miękkiego pozytywizmu*, „Studia Prawnicze” 2010, z. 2, s. 5–36, A. Grabowski, *Inkluzyjny pozytywizm prawniczy*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 11, s. 18 i n. oraz cytowana tam literatura.

10 J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity…*, s. 12.

11 J. Woleński, *Wstęp* (w:) H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa…*, s. XIII–XIV.

12 H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa…*, s. 178.

13 Tamże, przypis do s. 178 na s. 393. To, że Hart w żadnej mierze nie był formalistą, podkreśla także M. Kramer, op.cit., s. 676 oraz A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, wyd. 2, Oxford Portland 2005, s. 98. Zob. także o braku związku pomiędzy pozytywizmem a formalizmem: G.J. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*, „A Treatise on Legal Philosophy and General Jurisprudence” 2011, vol. 11, s. 378 i n., który podkreśla, że np. J. Raz, czołowy „twardy pozytywista”, jest antyformalistą.

14 Zdziwienie czytelnika budzą też inne tezy dotyczące pozytywizmu, formułowane przez J. Stelmacha i B. Brożka. I tak np. stwierdzają oni „Zastanawiające jednak, że pozytywiści nie mają nic do powiedzenia na temat faktu, że ludzie co do zasady postępują zgodnie z prawem” (J. Stelmach, B. Brożek, *Metodologiczne dylematy…*, s. 667). W moim przekonaniu cały współczesny pozytywizm jest próbą objaśnienia tego faktu, choć oczywiście odpowiedzi udzielane przez pozytywistów nie muszą być uznane za zadawalające.

15 Por. o tym odróżnieniu: J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 34.

macha i B. Brożka. Ponadto pytanie to może odnosić się bądź do tego, czy (i) tak rozumiany pozytywizm prawniczy przesądza o jakimś określonym poglądzie na „metody poznania prawniczego" bądź do tego, czy (ii) zwolennicy pozytywizmu prawniczego *de facto* skłonni są do przyjęcia określonego poglądu na temat „metody poznania prawniczego", choć sam pozytywizm o żadnej określonej metodzie nie przesądza. Odpowiedź może być różna, w zależności od tego, jaką interpretację powyższego pytania się przyjmie.

Jeśli chodzi o pozytywistyczną teorię prawa, odpowiedź na to pytanie, zarówno w interpretacji (i), jak i teorii prawa (ii) jest przynajmniej częściowo pozytywna. Pozytywistyczna metodologia teorii prawa odróżnia bowiem pozytywizm od wielu innych kierunków.

Pozytywistyczna metodologia teorii prawa odróżnia pozytywizm od wielu innych kierunków.

Pozytywiści uważają, że teoria prawa może być (i jest przez nich *de facto*) uprawiana w sposób deskryptywny, z wykorzystaniem metod analitycznych (względnie analitycznych i empirycznych) oraz bez zaangażowania wartościowań pierwotnych[16]. Przeciwstawne stanowisko zajmują krytycy pozytywizmu z obozu R. Dworkina, uznający teorię prawa za dyscyplinę „interpretatywną", której uprawianie wymaga przyjęcia postawy wartościującej. Co więcej, pozytywiści uważają, że możliwe jest uprawianie ogólnej teorii prawa, odnoszącej się do wszystkich współczesnych systemów prawnych[17]. Teoria spełniająca wymagania R. Dworkina musi być natomiast – ich zdaniem – teorią partykularną (lokalną), odnoszącą się do konkretnego systemu prawnego[18]. Nie sądzę jednakże, aby przedmiotem krytyki J. Stelmacha i B. Brożka była metodologia teorii prawa w ujęciu pozytywistycznym, a zwłaszcza kwestia konieczności (braku konieczności) zaangażowania wartościowań w teorii prawa i uniwersalizmu (partykularyzmu) teorii prawa[19]. Zatem zagadnieniem metodologii pozytywistycznej teorii prawa nie będę się dalej zajmował, choć zagadnienie metod analitycznych i empirycznych powróci jeszcze niżej w innym kontekście[20].

Nieco bardziej złożona jest kwestia metod stosowanych w dogmatyce prawa. Zauważyć przede wszystkim należy, że samo pojęcie dogmatyki prawa, jako nauki o prawie pozytywnym, jest co do zasady pojęciem kontynentalnym. Idea nauki mającej zadanie abstrakcyjnej systematyzacji i interpretacji prawa pozytywnego bez nawiązywania do konkretnych stanów faktycznych jest współcześnie w moim przekonaniu obca anglosaskiej nauce prawa, zorientowanej raczej na rozważania dotyczące rzeczywistych *cases* i krytykę rozstrzygnięć sądowych, a abstrakcyjne konstrukcje prawne mają w niej służebną rolę i zorientowane są z reguły na rozstrzygnięcia konkretnych *cases*. Zatem o ile w odniesieniu do prawoznawstwa kontynentalnego można odrębnie mówić o zagadnieniach metodologicznych dogmatyki prawa i zagadnieniach metodologicznych związanych z tzw. wykładnią operatywną, występującą w procesie stosowania prawa, to odróżnienie takie w odniesieniu do prawoznawstwa anglosaskiego (a zwłaszcza amerykańskiego) ma niewielkie znaczenie.

Postawione wyżej pytanie może dotyczyć tego, czy przyjęcie stanowiska pozytywistycznego (i) determi-

16 Zob. np. J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford-Portland 2001, *passim*.

17 H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa…*, s. 239–40.

18 Por. A. Dyrda, *Argument 'semantycznego ukąszenia' a teoria prawa Jerzego Wróblewskiego*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2010, nr 1, s. 47.

19 Używa się niekiedy określenia, że pozytywizm Harta to „pozytywizm metodologiczny", lecz tylko w tym sensie, że pozytywistyczna teoria prawa ma być teorią deskryptywną. Por A. Grabowski, *W stronę postpozytywizmu prawniczego* (w:) P. Jabłoński (red.) *Czy koniec teorii prawa?*, Wrocław 2011, s. 150 i cytowana tam literatura.

20 Metodologiczne zarzuty L. Morawskiego (*Pozytywizm…*, *passim*) wobec współczesnego pozytywizmu dotyczą właśnie metodologii pozytywistycznej teorii prawa, którą Morawski uważa za „zdegenerowany program badawczy" w sensie Lakatosa.

nuje zastosowanie określonych metod rozstrzygania problemów prawnych powstających na gruncie prawa pozytywnego, względnie (ii) przynajmniej skłania do zastosowania pewnych, a odrzucenia innych metod. Gdy chodzi o (ii), to zagadnienie ma charakter empiryczny z zakresu socjologii nauki, gdyż dotyczy istnienia względnie nieistnienia pewnej prawidłowości.

zapewne pozytywizm dziewiętnastowieczny zawierał elementy normatywnej teorii.

Sprawa przedstawia się nieco inaczej w czystej teorii prawa Hansa Kelsena, która powszechnie zaliczana jest do nurtu pozytywistycznego. Czysta teoria prawa wyklucza wszelkie wartościowania, a zatem musi uznać, że wykładnia prawa pozytywnego, z natury

Nie jest tak, że akceptacja pozytywizmu z konieczności narzuca stosowanie określonych, a odrzucenie innych metod rozstrzygania problemów prawnych.

Być może jest tak, że zwolennicy pozytywizmu prawniczego za podstawową metodę wykładni tekstów prawnych uznają wykładnię językową, niechętnie sięgają do argumentów pozatekstowych, rozstrzygając konflikty pomiędzy wykładnią językową a wykładnią funkcjonalną na rzecz tej pierwszej. Innymi słowy, może się okazać, że zwolennicy pozytywizmu mają większą skłonność do formalizmu w wykładni prawa. Nie jest jednakże tak, że akceptacja pozytywizmu z konieczności narzuca stosowanie określonych, a odrzucenie innych metod rozstrzygania problemów prawnych, zarówno w dziedzinie dogmatyki prawa, jak i w dziedzinie wykładni operatywnej. Przyjęcie stanowiska, że nie ma koniecznego związku pojęciowego pomiędzy prawem a moralnością, nie przesądza jeszcze o niczym w zakresie metod pracy prawniczej. Jest tak choćby z tego powodu, że pozytywizm nie uważa się za teorię normatywną, lecz za teorię opisową. Swoje zadanie pozytywistyczna teoria prawa widzi w opisie prawa i praktyki prawniczej, a nie w narzucaniu tejże praktyce jakichkolwiek wymagań – „[p]ositivism is nothing to be followed”[21]. Współczesny pozytywizm nie jest z pewnością normatywną teorią interpretacji i stosowania prawa, choć rzeczy wymagająca wartościowań, nie jest zadaniem nauki prawa. Rola nauki prawa może polegać tylko na wskazaniu możliwych znaczeń norm prawnych (tzw. ramowa teoria interpretacji). „Jurisprudence as cognition of law cannot decide between the possibilities exhibited by it, but must leave the decision to the legal organ who, according to the legal order, is authorized to apply the law”[22]. Operatywna wykładnia prawa nie jest więc poznaniem prawa, lecz jego tworzeniem. Zatem relacja pomiędzy dogmatyką prawa a wykładnią operatywną przedstawia się w czystej teorii prawa inaczej niż w pozostałych odmianach pozytywizmu, a zwłaszcza w pozytywizmie anglosaskim. Stąd też nieporozumieniem jest mówienie o „metodzie normatywnej” w odniesieniu do wykładni prawa.

Sądzę więc, że pozytywizm nie narzuca żadnej metody rozstrzygania problemów prawnych, a w szczególności interpretacyjnych, choć może istnieć empirycznie stwierdzalny związek pomiędzy akceptacją pozytywizmu a skłonnością do stosowania różnych metod interpretacji tekstu prawnego. Stąd też nie widzę żadnych podstaw kategorycznej tezy J. Stelmacha i B. Brożka, iż „..pozytywiści twierdzą, że istnieje jedna uprawniona metoda poznania prawa”[23]. Teza

21 Wypowiedź A. Marmora w polemice z R. Alexy'm na Światowym Kongresie Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej w Granadzie w maju 2005 r.

22 H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley, Los Angeles, London 1970, s. 355.

23 J. Stelmach, B. Brożek, *Metodologiczne dylematy…*, s. 660.

ta wydaje mi się fałszywa, zarówno jeżeli odniesie się ją do pozytywistycznej teorii prawa (z zastrzeżeniem opisanej wyżej wspólnej postawy metodologicznej, przesądzającej o deskryptywnym i uniwersalnym charakterze teorii prawa), jak i do pozytywistycznej wizji metod dogmatyki prawniczej i wykładni operatywnej (jak przypuszczam, właśnie to drugie autorzy mają na myśli). Moje zdziwienie budzi też twierdzenie, że „szumnie zapowiadana przez poszczególne koncepcje pozytywistyczne metoda prawnicza nie jest zwykle nigdzie porządnie opisana i uzasadniona”[24]. Podobnie jest ze stwierdzeniem, że „pomimo pozytywistycznych deklaracji, interpretacyjna praktyka rozwija się najczęściej w oderwaniu od 'pozytywistycznych paradygmatów'”[25]. Zapewne czytamy inne książki, gdyż moje lektury nie zawierały żadnych szumnych zapowiedzi tego rodzaju ani rekomendacji dla żadnych paradygmatów interpretacyjnych. Lektury J. Stelmacha i B. Brożka pozostają dla czytelnika tajemnicą, gdyż twierdzenia wskazane wyżej nie są poparte żadnymi przypisami.

3. Metoda logiczna

Jerzy Stelmach i Bartosz Brożek rozpoczynają swoją krytykę metody logicznej od stwierdzenia, iż „pozytywizm prawniczy często kojarzony jest z tezą, że poznanie prawnicze ma strukturę logiczną”[26]. Powołując się na tzw. dylemat Joergensena, stwierdzają, że pozytywizm prawniczy staje przed poważnym dylematem: albo poznanie prawnicze nie da się zrekonstruować logicznie, albo się da, ale za cenę „liberalizacji” pojęcia struktury rozumowań, i to tak daleko idącej, że nawet hermeneutyczne ujęcie prawa staje się w pełni uprawnione[27]. Jeszcze dalej idzie J. Stelmach, kategorycznie stwierdzając: „Przecież sylogizm taki [prawniczy: dop. TGS] jako sylogizm logiczny w ogólne nie istnieje, podobnie jak nie istnieje logika prawnicza – przynajmniej jako logika rozumiana w sensie formalnym”[28].

Konkluzja ta zadziwia czytelnika, zwłaszcza tego, który zna książkę J. Stelmacha i B. Brożka *Metody prawnicze*, gdzie autorzy wyrazili znacznie bardziej optymistyczny pogląd na zastosowanie metod logicznych, twierdząc, że nie ma jakichkolwiek sztywnych granic, poza którymi logika nie mogłaby mieć zastosowania, a jedynym wyznacznikiem tych granic jest fakt, że rolą logiki pozostaje wskazywanie, kiedy na podstawie danych przesłanek możemy uznać jakiś wniosek[29]. Argument, iż liberalizacja pojęcia struktury rozumowań powoduje, że nawet hermeneutyczne ujęcie prawa staje się w pełni uprawnione (w którym notabene hermeneutyka powoływana jest jako rodzaj negatywnego bohatera), wydaje się polegać na nieporozumieniu. Logika może uprawomocnić pewne rozumowania tylko wewnętrznie, a więc w odniesieniu do relacji pomiędzy przesłankami a wnioskiem, natomiast nie wypowiada się co do prawdziwości czy uzasadnienia przesłanek. Zatem jeżeli przesłanki w jakimś rozumowaniu, modelowanym za pomocą określonego rachunku logicznego, nie są prawdziwe (uzasadnione), to logika nie uprawomocnia w żadnej mierze wniosku. Nie rozumiem zatem, w jaki sposób logika może doprowadzić do uprawomocnienia hermeneutyki. Dodajmy jeszcze, że stwierdzenie braku wynikania logicznego pomiędzy przesłankami a wnioskiem nie zmusza nas do odrzucenia wniosku, gdyż w dziedzinie prawa, podobnie jak w wielu innych dziedzinach, dopuszczalne są także wnioskowania niededukcyjne.

Niezaprzeczalnym faktem, trafnie podkreślanym przez J. Stelmacha i B. Brożka, jest znaczna liberalizacja pojęcia struktury rozumowań we współcześnie rozwijanych logikach nieklasycznych (w tym niemonotonicznych, do rozwoju których w odniesieniu do rozumowań prawniczych znacznie przyczynił się B. Brożek[30], parakonsystentnych i jeszcze innych). Lo-

24 Tamże, s. 661.

25 Tamże.

26 Tamże.

27 Tamże, s. 663.

28 J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity…*, s. 13. Zdaje się on odrzucać wszystko to, co napisano w literaturze polskiej na temat sylogizmu prawniczego, począwszy od pracy J. Wróblewskiego *O tak zwanym sylogizmie prawniczym*, (w:) *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci profesora Władysława Woltera*, Warszawa 1959, s. 227–241.

29 J. Stelmach, B. Brożek, *Metody…*, s. 101. Notabene J. Stelmach (*Pozytywistyczne mity…*, s. 9) powołuje się na dylemat Joergenssena jako argument kwestionujący zastosowanie metod logicznych, nie zważając na to, że we wskazanej książce wskazane są przekonywująco alternatywne rozwiązania tego dylematu (por. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody…*, s. 78–83).

30 B. Brożek, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Kraków 2004, *passim*.

giki te jednakże mają nie tylko wartość teoretyczną, ale także zastosowania praktyczne w dziedzinie sztucznej inteligencji. Argument, że logika może rzekomo doprowadzić do uprawomocnienia hermeneutyki, w żadnej więc mierze nie prowadzi do zakwestionowania zastosowania metod logicznych w teorii rozumowań prawniczych. Zastosowanie metod logicznych nie zakłada przy tym akceptacji pozytywizmu prawniczego[31]. Stąd też nawet gdyby krytyka takich zastosowań była konkluzywna, to skierowana byłaby zarówno przeciwko pozytywizmowi, jak i konkurencyjnym teoriom prawa (z wyjątkiem tych, które, jak np. hermeneutyka, z założenia odrzucają zastosowanie tych metod). Niezależnie od powyższych argumentów, rekonstrukcja logiczna rozumowań prawniczych ma przynajmniej jedną zasadniczą zaletę, a mianowicie prowadzi do ujawnienia wszystkich entymematycznych przesłanek tych rozumowań, a więc ułatwia ich kontrolę. Sama logika nie może przesądzić o wyniku interpretacji prawa, choćby z uwagi na zasadniczo podważalny charakter rozumowań prawniczych i na to, że zewnętrzne uzasadnienie przesłanek jest kwestią pozalogiczną. Nie można jednak z tego wyprowadzać wniosku, że rekonstrukcja logiczna rozumowań prawniczych jest niemożliwa, zbędna lub nawet szkodliwa.

4. Metoda formalno-dogmatyczna

Niewątpliwie J. Stelmach i B. Brożek mają rację, twierdząc, że metody formalno-dogmatycznej jeszcze nikt jednoznacznie nie opisał[32]. Powstaje więc interesujące pytanie: czy metoda taka w ogóle istnieje? Jak się wydaje, odpowiedź na to pytanie zależy od przyjętego rozumienia pojęcia metody. Jeżeli metoda rozumiana jest jako swoistego rodzaju algorytm lub nawet tylko zbiór precyzyjnych wskazań, jak należy postępować interpretując tekst prawny, to z całą pewnością to, co prawnicy określają jako „metodę formalno-dogmatyczną", metodą nie jest. Jeżeli natomiast przyjmie się liberalne pojęcie metody, jako zbioru heurystycznych wskazówek, co należy uwzględniać przy interpretacji tekstu prawnego, to nie widzę przeszkód w przyjęciu istnienia metody formalno-dogmatycznej. Jak sądzę, takie liberalne pojmowanie metody właściwe jest całej humanistyce. Intuicje prawnicze związane z pojęciem metody formalno-dogmatycznej są dość oczywiste: metoda ta nakazuje stosowanie reguł wykładni językowej i systemowej, wyklucza wykładnię funkcjonalną, wyklucza argumenty słusznościowe, niechętnie traktuje argumenty historyczne i porównawcze. Istotę tej metody wyraża zakaz sięgania po argumenty pozatekstowe. Kontynentalne pojęcie metody formalno-dogmatycznej w dużej mierze odpowiada stanowisku formalizmu w jurysprudencji anglosaskiej[33]. Nie rozumiem zatem przyczyn, dla których metoda formalno-dogmatyczna miałaby być mitem. Nie widzę też przyczyn, dla których metoda ta mogłaby zostać wykorzystana w praktyce interpretacyjnej[34]. Zapewne przy zastosowaniu tej metody rozstrzygnięcie w sprawie

> **Sama logika nie może przesądzić o wyniku interpretacji prawa.**

31 Przykładem może być tu R. Alexy, który będąc niepozytywistą szeroko stosuje logiczną rekonstrukcję rozumowań prawniczych.

32 J. Stelmach, B. Brożek, *Metodologiczne dylematy*…, s. 663; tak samo J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity*…, s. 10.

33 Istnieje bardzo bogata literatura anglosaska, zarówno uzasadniająca stanowisko formalistyczne, jak i zawierająca jego krytykę. Wśród zwolenników formalizmu zob. np. F. Schauer, *Formalism*, „The Yale Law Journal" 1988, vol. 97, nr 4, *passim*, a wśród jego przeciwników A. Marmor, *The Immorality*…, *passim*. Zarówno Marmor, jak i Schauer są pozytywistami. Przedmiotem dyskusji i krytyki są liczne orzeczenia sądów amerykańskich, oparte na postawie formalistycznej. W polskiej literaturze stanowisko formalizmu analizuje i krytykuje M. Matczak, *Summa Iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007. Zob. także M. Matczak, *Formalizm prawniczy we współczesnej literaturze anglojęzycznej – zarys definicji*, „Państwo i Prawo" 2007, z. 4, s. 104 i n.

34 J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity*…, s. 10.

Riggs v. Palmer byłoby odmienne niż rozstrzygnięcie analizowane przez R. Dworkina[35].

5. Metoda normatywna

Z tymi fragmentami obu artykułów J. Stelmacha i B. Brożka, które dotyczą „metody normatywnej" przypisywanej przez autorów H. Kelsenowi, mam poważny kłopot. Fragmenty te zawierają bowiem zasadniczą refutację teorii Kelsena, a argumenty skierowane przeciwko Kelsenowi są tylko bardzo niewyraźnie zarysowane. Nie brak jednak w tych fragmentach określeń takich jak: „skrajna teoria prawa, niestety w wielu punktach antynomiczna", „początek łańcucha nieporozumień", „Kelsen zaczyna się miotać pomiędzy różnymi koncepcjami systemu", „sfingowana metodologia prawa" (określenia pochodzące od J. Stelmacha)[36]. Z określeniami tymi trudno jest dyskutować. Oczywiście uznaję prawo autorów do odrzucenia czystej teorii prawa. Na tle bardzo obszernej literatury dotyczącej Kelsena trudno mi jednak uznać przytoczone przez nich argumenty za przekonujące. Ograniczę się zatem tylko do jednej uwagi. Celem Kelsena nie było zaprojektowanie metody prawniczej, mającej znaleźć zastosowanie do rozstrzygania *hard cases*. Jak wskazałem wyżej, zagadnienie interpretacji operatywnej w ogóle nie jest przedmiotem *Reine Rechtslehre*. Stąd też trudno zarzucać Kelsenowi, że jego teoria „to trochę za mało jak na metodologię, która miałaby znaleźć jakieś praktyczne zastosowanie"[37]. Kelsen nie zajmuje się bowiem poznaniem prawniczym w takim rozumieniu, jakie temu pojęciu przypisują J. Stelmach i B. Brożek, i nie poszukuje praktycznych zastosowań metodologii czystej teorii prawa w dziedzinie orzecznictwa. Tutaj widoczne jest dokładnie odróżnienie „poznania prawa" jako próby udzielenia filozoficznej odpowiedzi na pytanie, „co to jest prawo" – od czegoś, co można nazwać „praktycznym poznaniem prawa" – jako próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, „jakie jest prawo w konkretnym przypadku". Obaj autorzy przypisują pozytywizmowi (a w tym normatywizmowi) ambicję odpowiedzi na to drugie pytanie, podczas gdy pozytywizm chce udzielić odpowiedzi tylko na pytanie pierwsze. „Legal positivism is simply a theory about what counts as law and nothing else…"[38].

> **Celem Kelsena nie było zaprojektowanie metody prawniczej, mającej znaleźć zastosowanie do rozstrzygania *hard cases*.**

6. Metoda analityczna

Jerzy Stelmach i Bartosz Brożek trafnie wskazują, że analityczna jurysprudencja H.L.A. Harta nie zajmuje się problemem metody prawniczej, lecz pojęciem prawa oraz innymi pojęciami granicznymi. Trafnie też zauważają, że H.L.A. Harta nie interesuje metoda interpretowania „prawa w działaniu". Z tego jednakże wyciągają wniosek, że „[z]nowu więc mamy bardzo popularną i powszechnie akceptowana metodę, która nie istnieje"[39].

Krytyka obu autorów odnosi się zatem nie tyle do zastosowania metody analitycznej w dziedzinie teorii prawa, ile do zastosowania tejże metody w interpretacji operatywnej (w praktyce stosowania prawa). Przyznać się muszę, że nigdy nie słyszałem o tym, aby dogmatycy prawa i sędziowie mówili o sobie, że stosują metodę analityczną (w rozumieniu współczesnej filozofii analitycznej). Znów bierze się to

35 B. Leiter, *Explaining Theoretical Disgareement*, „The University of Chicago Law Review" 2007, vol. 76, s. 1234 i n.

36 J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity*…, s. 10–12, te same sformułowania powtórzone w: J. Stelmach, B. Brożek, *Metodologiczne dylematy*…, s. 664–665.

37 Tamże, s. 665; J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity*…, s. 12.

38 M. Hartney, *Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation*, „Ratio Juris" 1994, nr 7, s. 49.

39 J. Stelmach, B. Brożek, *Metodologiczne dylematy*…, s. 666.

stąd, że zapewne czytam inne książki niż J. Stelmach i B. Brożek. W moim przekonaniu jednakże, jeżeli za J. Stelmachem i B. Brożkiem pojmie się (nieistniejącą wedle nich) metodę analityczną jako relatywizującą nasze rozumienie prawa do reguł wykładni języka[40], to „metoda analityczna" w wykładni stanowi w gruncie rzeczy fragment metody formalno-dogmatycznej[41].

7. Remedium

Jakie remedium, mające ochronić naukę prawa i praktykę prawniczą przed zgubnym oddziaływaniem mitów metody pozytywistycznej, proponuje J. Stelmach?[42] Otóż remedium tym jest poznawczy relatywizm i metodologiczny pluralizm. „Poznawczy relatywizm opiera się na przekonaniu, że nie istnieje żadna absolutna, obiektywna wiedza, jak również żadna szczególna, uprzywilejowana metoda prawnicza"[43]. „Metodologiczny pluralizm w odniesieniu do poznania prawniczego oznacza akceptację twierdzenia głoszącego istnienie wielu niewspółmiernych metod, którymi może posłużyć się prawnik…"[44]. Całkowicie rozumiem, że z uwagi na ograniczone rozmiary swojego tekstu J. Stelmach nie mógł uzasadnić relatywizmu poznawczego ani nawet ujawnić założeń filozoficznych, na których się opiera. Pomijam zatem tę kwestię i zajmę się wyłącznie pluralizmem metodologicznym w odniesieniu do poznania prawniczego. Choć nie podzielam poglądu J. Stelmacha, obwiniającego pozytywizm prawniczy o stworzenie mitów metody prawniczej, to jednak stanowisko pluralizmu (w moim przekonaniu wcale niesprzeczne z pozytywizmem) jest mi bliskie, gdyż zakłada, że interpretacja prawnicza jest co do zasady procesem poznawczym, a nie twórczym. Ponadto stanowisko to zdaje się odpowiadać praktyce prawniczej, która wszak stosuje bardzo różnorodne metody interpretacyjne, częstokroć niewspółmierne. Ze stanowiskiem tym łączy się jednakże zasadnicza trudność. Przyjęcie pluralizmu metodologicznego zmusza bowiem do udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób konflikty pomiędzy rezultatami zastosowania różnych metod mają być rozstrzygane. O tym, że konflikty takie są nieuchronne, nie trzeba nikogo przekonywać. Szkicowa odpowiedź, udzielona przez J. Stelmacha, wydaje mi się niezadowalająca nie z uwagi na jej szkicowy charakter (całkowicie usprawiedliwiony celem artykułu), ale z uwagi na kierunek, w którym ta odpowiedź idzie. „Wyboru określonej metody lub metod dokonuje się w procesie „ważenia", w którym uwzględnionych winno być szereg czynników: przede wszystkim rodzaj oraz stopień trudności interpretowanego przypadku, kontekst interpretacyjny, metodologiczne nawyki samego interpretatora, czy wreszcie dominująca tradycja interpretacyjna"[45]. Zgadzam się, jeśli chodzi o samą koncepcję „ważenia", lecz sądzę, że to, co podlega temu „ważeniu", ma zgoła inną naturę. Ważeniu podlegają bowiem przede wszystkim wartości, uzasadniające poszczególne metody interpretacji. Spory dotyczące metod interpretacji prawa, także w zastosowaniu do konkretnego przypadku, w moim przekonaniu są z natury swojej sporami z dziedziny filozofii politycznej i normatywnej teorii konstytucji[46]. Metod interpretacji prawa nie można więc rozpatrywać w oderwaniu od filozofii politycznej. Zagadnienie to jednak jest zbyt obszerne na to, abym mógł je rozwinąć w tym opracowaniu.

Konkluzja

Nie jest celem tego opracowania obrona występków popełnianych przez współczesny pozytywizm prawniczy. Starałem się nie ujawniać osobistego

40 J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity*…, s. 12.

41 Na marginesie warto może zauważyć, że jurysprudencja analityczna H.L.A. Harta nie polega tylko na stosowaniu analizy językowej. Zob. interesującą charakterystykę metodologii Harta: A. Langlinais, B. Leiter, *The Methodology of Legal Philosophy (draft of October 26, 2012)*, http://ssrn.com/abstract=2167498 (dostęp: 1 grudnia 2012).

42 Odnoszę się wyłącznie do J. Stelmacha (*Pozytywistyczne mity*…), gdyż tekst J. Stelmacha i B. Brożka ma charakter wyłącznie krytyczny i nie proponuje żadnego remedium.

43 J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity*…, s. 14. Paradoksalnie, to stanowisko J. Stelmacha wydaje się pozostawać w całkowitej zgodzie z poglądami czołowego pozytywisty J. Raza. Por. G.J. Postema, *Legal Philosophy*…, s. 385 i n.

44 J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity*…, s. 14.

45 Tamże.

46 Por. T. Gizbert-Studnicki, *Oryginalizm i 'living consitutionalism' a koncepcja państwa prawnego* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012, s. 147 i n.

stosunku do pozytywizmu prawniczego, gdyż mam nadzieję, że przedstawiona przeze mnie argumentacja – krytyczna wobec stanowiska J. Stelmacha i B. Brożka – jest trafna niezależnie od trafności pomi. Sądzę, że współczesny pozytywizm prawniczy skonfrontowany z zarzutami postawionymi mu przez J. Stelmacha i B. Brożka może zasadnie oczekiwać wyroku uniewinniającego, gdyż albo tych występków

Metod interpretacji prawa nie można rozpatrywać w oderwaniu od filozofii politycznej.

zytywizmu prawniczego jako teorii prawa. Mój cel jest znacznie skromniejszy: chcę bronić pozytywizmu przed oskarżeniem o występki, których nie popełnił i przed oskarżeniem o czyny, które nie są występkanie popełnił, albo zarzucane mu czyny nie są występkami. Pozytywizm natomiast może zostać oskarżony (i faktycznie jest oskarżany) o inne występki – na innej podstawie.

Artur Barczewski

Wokół problematyki autonomii woli w prawie prywatnym.

Recenzja książki *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*

Artur Barczewski

Doktorant w Katedrze Polskiego i Europejskiego Prawa Prywatnego oraz Komparatystyki Prawa Europejskiego Uniwersytetu Viadrina we Frankfurcie nad Odrą, uczestnik projektu Centrum Interdyscyplinarnych Studiów o Polsce oraz stypendysta Fundacji im. Hannsa Seidela.

Recenzowana publikacja[1] jest zbiorem dziewięciu referatów wygłoszonych w języku angielskim podczas polsko-niemieckiej konferencji, która odbyła się w listopadzie 2011 r. na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Lipsku. W spotkaniu wzięli udział gospodarze oraz przedstawiciele ośrodków akademickich z Hamburga i Katowic. Jak dowiadujemy się z przedmowy, zjazdy naukowców tych placówek odbywają się co roku i stanowią podstawowy element nawiązanej w 2004 r. współpracy. Zwykle spotkania są podzielone na dwie części. W części teoretycznej wykładowcy poszczególnych uczelni wygłaszają referaty, które są związane z tematem przewodnim konferencji. Część druga jest skierowana do młodych adeptów prawa. Podczas ćwiczeń studenci uzyskują możliwość wymiany poglądów, porównania rozwiązań przyjętych w polskim i niemieckim porządku prawnym oraz ich krytycznej oceny. Informacje powyższe wydają mi się ważne i wpływają na obraną perspektywę oceny prezentowanego zbioru.

Zacznę od uwag natury formalnej (I), a następnie przejdę do zagadnień merytorycznych (II) i podsumowania (III).

I. Publikacja jest zapisem wykładów. Niekoniecznie musi stanowić to wadę recenzowanej książki. Język mówiony charakteryzuje się prostotą i łatwością przekazu. Nie wszystkie myśli są ubrane w eleganckie zdania. Mówcy zależy raczej na przyciągnięciu uwagi słuchacza, aniżeli na zgłębieniu zagadnienia. Referat ma wzbudzać zainteresowanie odbiorcy i zachęcać do dyskusji. Patrząc z tej perspektywy, wydaje się, że książka zaciekawi wszyst-

1 T. Drygala, B. Heiderhoff, M. Staake, G. Żmij (eds.), *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*, Sellier European Law Publishers, Munich 2012, s. 125.

kich, którzy cenią sobie bezpośredniość wypowiedzi, współobecność nadawcy i odbiorcy. Zbiory podobnego typu były ostatnio publikowane choćby na łamach „Biuletynu Arbitrażowego" (nr 15/2010 i 18/2012). Czytelnik znajdzie w tekście wiele pytań[2] oraz potocznych zwrotów[3]. Opublikowane referaty spełniają swoją podstawową funkcję. Stanowią wprowadzenie dla studentów do problematyki autonomiczności podmiotów w prawie prywatnym. Są solidnym fundamentem dla części drugiej spotkania. Książka może rozczarować jednak osoby, które szukają odpowiedzi na pytania szczegółowe. Zastrzeżenia wobec przyjętej koncepcji mogą mieć ci, którzy przywykli do przekazu spójnego, uporządkowanego i dzielącego się na wstęp, rozwinięcie i zakończenie.

Skrupulatny czytelnik mógłby wytknąć autorom brak należytej staranności w sposobie cytowania. Czasami zmienia się on, i to w tym samym artykule, wielokrotnie[4]. Brak jest jednolitego sposobu tworzenia przypisów odnoszących się do publikacji zbiorowych. Niekiedy za słowem „in" umieszczono dwukropek[5], gdzie indziej takiego dwukropka brak[6]. W publikacji nie znajdujemy również wykazu użytych skrótów, choć wydaje się, że mógłby on być dla czytelników przydatny. Widoczne są również niedopatrzenia korektorskie[7].

Przejdźmy do tytułu publikacji, który na język polski można by przetłumaczyć jako „Autonomia podmiotów prywatnych w Niemczech i Polsce oraz w Jednolitym Europejskim Prawie Sprzedaży". Temat został ujęty za szeroko jak na 125-stronicową książkę. Autorzy koncentrują się jedynie na niektórych problemach związanych z autonomią podmiotów prywatnych. Właściwsza byłaby dlatego w mojej opinii następująca intytulacja: „Some Current Issues of Private Autonomy in Germany, Poland and in the Common European Sales Law: Proceedings of a Polish-German Conference at the University of Leipzig (November 4–5, 2011)".

Niezależnie od powyższych uwag należy podkreślić trafność wyboru tematyki. Istnieje silna potrzeba dyskusji o wartościach i fundamentach prawa prywatnego. Literatura na ten temat jest wciąż stosunkowo nieliczna. W odniesieniu do zagadnienia autonomii woli stron – kluczowe wydaje się ustalenie optymalnych proporcji między swobodą przysługującą podmiotom stosunków cywilnoprawnych, a konieczną ingerencją państwa w treść tychże stosunków. Szybko zachodzące zmiany w stosunkach społecznych, jak i postęp technologiczny, wciąż stawiają ustawodawcę przed tym trudnym wyzwaniem. Teoretycznie można sobie wyobrazić dwa modele: system liberalny, w którym pozostawia się jednostce pełną swobodę działania, oraz umiejscowiony na drugim biegunie – system państwowej reglamentacji. Ten ostatni charakteryzuje tendencja do przenikania i ingerencji państwa we wszystkie sfery działalności prywatnej. Regulacje „odgórne" wydają się dobrym rozwiązaniem dla tych, którzy cenią sobie spójność i jednolitość regulacji, którzy są zwolennikami idei kodyfikacyjnej, którzy zakładają, że obywatele nie są w ogóle w stanie rozsądnie uregulować własnych spraw i zabezpieczyć swoich interesów. Podążając za ich tokiem myślenia, państwo powinno wyręczać jednostkę w podejmowaniu ważnych decyzji, jednocześnie rozpościerając nad nią parasol ochronny. Z powyższym, trzeba przyznać dość skrajnym rozwiązaniem, nie zgadzają się zwolennicy ideału państwa liberalnego. Obawiają się oni paternalistycznej władzy oraz ustawodawcy zbyt ociężałego, wolnego w swych działaniach legislacyjnych i nie zawsze wystarczająco przygotowanego do wprowadzenia optymalnych rozwiązań. Zdać sobie jednak trzeba sprawę z tego, że model pełnej autonomii ma również swoje mankamenty. W ostateczności prowadzi do anarchii oraz uzyskania przez niektóre podmioty pozycji monopolistycznej. „Autonomia podmiotów prywatnych – pisze prof. Hönn – prowadzi do realizacji istniejących wyobrażeń co do ukształto-

2 Np. „why did you come to this lecture hall?" (s. 1) czy „are 'consumer confidence' and 'freedom of contract' conflicting values?" (s. 81).

3 Zob. „The fact that these countries don't apply a fairness test to standard form B2B contract does not necessarily mean that there is no control at all" (s. 37); „We won't get a Law of Contract as yet, just a Sales Law" (s. 78).

4 Zob. przypisy 35, 39 i 41 w artykule T. Drygaly.

5 Na s. 111, przypis 1.

6 Na s. 44, przypis 28.

7 Na s. 38, gdzie zbyteczne jest słowo „and" przy nazwisku Habdas; na s. 40 jest „him or her aswell" zamiast „him or her as well"; na s. 59 skrót od słowa „editor" powinien przyjąć formę „ed.", a nie „edr."; na stronie 99 „lex marcatoria" zamiast „lex mercatoria".

wania prywatnych spraw jedynie o tyle, o ile istnieje 'moc do samoregulowania', względnie odpowiednie, faktyczne pole do działania"[8]. Moc taka przysługuje podmiotom prywatnym wówczas, gdy na rynku istnieje niezakłócona konkurencja, gdy podmioty te są sobie faktycznie równe. Natomiast wszędzie tam, gdzie brak tej równości, autonomia jednego z podmiotów sprowadza się do przyjęcia lub odrzucenia z reguły jednostronnych, niekorzystnych propozycji drugiego.

Autonomia podmiotów prywatnych prowadzi do realizacji istniejących wyobrażeń co do ukształtowania prywatnych spraw jedynie o tyle, o ile istnieje 'moc do samoregulowania', względnie odpowiednie, faktyczne pole do działania.

II. Kilka uwag o treści poszczególnych prac. Niezwykle ciekawe jest wprowadzenie Marca Staake'a zatytułowane *Autonomia – aksjomat prawny*. Autor zadaje w nim zasadnicze pytanie, „czy istnieje coś takiego jak wolna wola" (s. 1). Wskazuje, że coś chcieć niekoniecznie jest tożsame z możliwością dokonania wyboru. „Człowiek – jak twierdził A. Schopenhauer – może robić to, co chce, ale nie może chcieć tego, co chce" (s. 2). Wola człowieka powstaje automatycznie i od niego niezależnie. Czy rzeczywiście tak jest? Sam wykładowca uznaje tę kwestię za otwartą. Wskazuje, że w filozofii ukształtowały się dwie przeciwstawne koncepcje – determinizmu i indeterminizmu. Według pierwszej wszystko, co się dzieje, jest z góry zaplanowane. Człowiek nie ma wpływu na pojawiające się wydarzenia. Według drugiej to, co się dzieje, dzieje się niejako przypadkowo, a jedno zdarzenie nie wynika z drugiego. Żadna z powyższych koncepcji nie potwierdza jednak, że wolna wola istnieje. Marco Staake powołuje się również na pewien eksperyment przeprowadzony przez Benjamina Libeta, amerykańskiego fizjologa. Naukowiec ten wykazał, że można zaobserwować aktywność w mózgu człowieka już na krótko przed pojawieniem się w naszej świadomości chęci podjęcia określonego działania. To zdaniem niektórych – jak podkreśla autor – stanowi dobitny dowód na to, że nie ma wolnej woli. Dla Staake'a kwestia istnienia wolnej woli, jak wspomniałem, pozostaje nierozstrzygnięta. Jego zdaniem jest jednak pewne, że prawo cywilne zakłada domyślnie jej istnienie. Dobitnie świadczą o tym przypadki nieważności oświadczeń woli złożonych pod przymusem lub groźbą (s. 3). Wolna wola jest podstawą, na której został zbudowany system prawa prywatnego. Choć nie wiemy, czy w ogóle coś takiego jak wolna wola istnieje, zakładamy jej istnienie. Autonomia woli jest aksjomatem prawnym, pewnikiem, który nie wymaga dowodu.

Jednym z przejawów autonomii woli stron jest możliwość dokonania wyboru kontrahenta. Żaden podmiot, z pewnymi wyjątkami, nie może zostać przymuszony do zawarcia umowy z innym podmiotem. W sądownictwie polubownym kwestia ta odgrywa doniosłą rolę. Strony zapisu na sąd polubowny mogą określić, jakie kwalifikacje powinien posiadać przyszły arbiter. W ten sposób strony mogą z góry zawęzić krąg potencjalnych kandydatów na arbitra. Kryteriami wyboru arbitra mogą być takie cechy, jak: obywatelstwo, znajomość określonego języka, doświadczenie w pewnej dziedzinie gospodarki, wiedza specjalistyczna. Poprzez odpowiedni dobór kryteriów strony same decydują o tym, kto będzie rozstrzygał ich spór. Ta swoboda, nieznana sądownictwu powszechnemu, jest niewątpliwie istotną zaletą arbitrażu.

8 G. Hönn, *Zur Problematik der Privatautonomie*, „Jura" 1984, nr 2, s. 62.

W 2010 r. społeczność arbitrażowa została wstrząśnięta orzeczeniem angielskiego Sądu Apelacyjnego (*Court of Appeal*) w sprawie *Jivraj v. Hashwani*[9]. Sąd ten orzekł, że arbiter jest pracownikiem, a zapis na sąd polubowny wprowadzający wymóg przynależności arbitra do społeczności ismailickiej narusza ustawowy zakaz dyskryminacji i jest bezskuteczny. Sąd Najwyższy Anglii i Walii (*Supreme Court of England and Wales*) uchylił powyższy wyrok, przytaczając dwa argumenty[10]. Po pierwsze, stosunek pomiędzy stronami a arbitrem nie jest stosunkiem zatrudnienia. Po drugie, wymóg przynależności do określonej wspólnoty religijnej, choć ma charakter dyskryminacyjny, należy uznać za istotny wymóg zawodowy, który usprawiedliwia tę dyskryminację.

Olaf Muthorst w artykule *Anti-Discrimination and Selection of Contractual Partners* rozpatruje, jak w powyższym przypadku należałoby postąpić na gruncie prawa niemieckiego. Autor stawia pytanie: „czy prawo zakazujące dyskryminacji czyni zapis, ograniczający zdolność do pełnienia funkcji arbitra, bezskutecznym pomimo tego, że druga strona (tego zapisu – uwaga AB) przystała na jego treść, a różnica w traktowaniu odnosi się jedynie do osób trzecich? (tych, którzy nie spełniają ustalonych kryteriów). Innymi słowy: czyja autonomia podlega ochronie?" (s. 7). Muthorst dochodzi do wniosku, że zapis na sąd polubowny, ograniczający krąg potencjalnych arbitrów, nie ogranicza dostępu do rynku w rozumieniu niemieckiej ustawy o równym traktowaniu[11] i nie ogranicza możliwości pełnienia funkcji arbitra. Wyłącza jedynie pewną grupę osób z uczestnictwa w jednorazowej transakcji. Wzmacniając linię argumentacyjną autora, warto dodać, że § 1035 ust. 2 zdanie 2 niemieckiego ZPO[12] przewiduje pewną możliwość dyskryminacji przy powoływaniu arbitrów przez sąd powszechny[13]. Sąd powinien bowiem rozważyć celowość powołania arbitra posiadającego obywatelstwo różne od obywatelstwa stron. Skoro zatem sąd powszechny może dokonać odpowiedniej selekcji, to tym bardziej strony muszą być do tego uprawnione.

Ewa Rott-Pietrzyk zwraca uwagę w eseju *Commercial Agency Contracts and Freedom of Contract* na pewną ewolucję, jaka zaszła w obrębie zasady swobody umów. Autorka stwierdza, że swoboda umów jest coraz częściej wypierana przez zasadę ochrony strony słabej (choć właściwsze wydaje się określenie „strona słabsza"). Na przykładzie umowy agencyjnej pokazuje, jakie przepisy polskiego kodeksu cywilnego regulujące ten typ umowy mają charakter *iuris cogentis*. Jest ich tak wiele, że jedynie niewielkie, wręcz „iluzoryczne" (s. 24) pole pozostaje stronom dla samodzielnej regulacji. Przedmiot rozważań tworzą również przepisy niewiążących instrumentów europejskich, takich jak Projekt Wspólnego Systemu Odniesienia (DCFR)[14]. W tekście czytelnik znajdzie tabelaryczne zestawienia przepisów. Niejasny jest jednak sens umieszczania takich tabel. Autorka, wymieniając kilkadziesiąt przepisów jednocześnie, zastrzega, że nie chce „wchodzić w szczegóły"[15]. Jeżeli większość przepisów nie ma charakteru dyspozytywnego, to wystarczyłoby wskazać w przypisie te, które taki charakter mają.

Do powyższego wątku nawiązuje Tim Drygala w pracy *Unfair Contract Terms in Business to Business Transactions*. Nie przekonuje go argument, że kontrola ogólnych warunków umów w transakcjach konsumenckich wynikała z konieczności ochrony niedostatecznie poinformowanego konsumenta. Jeżeli powodem zwiększonej ochrony konsumenta byłaby rzeczywiście jego słabsza pozycja, to zdaniem autora powinniśmy kontrolować zarówno treść ogólnych warunków, jak również indywidualnie wynegocjowane postanowienia umowne. „Teoria o słabszej stronie" zawodzi w sytuacji, gdy w roli konsumenta wystę-

9 EWCA Civ 712 z 2010 r.

10 UKSC 40 z 2011 r.

11 „Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz" z 14 sierpnia 2006 r. z późn. zm. (BGBl. I, nr 39, s. 1897).

12 „Zivilprozessordnung", tekst jedn. z 5 grudnia 2005 r. z późn. zm. (BGBl. I, nr 72, s. 3202).

13 W oryginale przepis ten brzmi następująco: „Bei der Bestellung eines Einzelschiedsrichters oder eines dritten Schiedsrichters hat das Gericht auch die Zweckmäßigkeit der Bestellung eines Schiedsrichters mit einer anderen Staatsangehörigkeit als derjenigen der Parteien in Erwägung zu ziehen".

14 Tekst DCFR dostępny w: Ch. v. Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009.

15 „I would not like to go further into the topic" (s. 25); „I have no intention of going into details of Polish agency law" (s. 30).

pują prawnicy lub doświadczeni przedsiębiorcy. Są oni chronieni pomimo tego, że jako eksperci ochrony nie potrzebują (s. 41). Wyjaśnienia dostarcza – zdaniem Drygaly – jedynie analiza kosztów transakcyjnych. Zgodnie z nią strona posługująca się wzorcem umownym jest w wyraźnie lepszej sytuacji niż jej kontrahenci, ponieważ przedkładane przez nią ogólne warunki mogą być stosowane wielokrotnie, co wiąże się z jednorazowym wydatkiem. Potencjalny partner będzie natomiast skazany na korzystanie każdorazowo z kosztownej porady prawnej – w celu dokonania dogłębnej oceny przedstawionych mu warunków.

Autor wysuwa dwie propozycje godne uwagi. Pierwsza sprowadza się do rozszerzenia zakresu kontroli ogólnych warunków umów – na transakcje pomiędzy przedsiębiorcami. Przedsiębiorca, podobnie jak konsument, zasługuje na ochronę w odniesieniu do postanowień indywidualnie nienegocjowanych. Druga, bardziej innowacyjna propozycja, dotyczy skutków uznania wzorca za niedozwolony. Jeżeli strona posługująca się niedozwolonym wzorcem była w dobrej wierze, to postanowienie powinno zostać zredukowane do treści prawnie dozwolonej. Natomiast zła wiara powodowałaby nieważność wzorca. Już na pierwszy rzut oka widać słabość propozycji Drygaly, polegającą na trudności przeprowadzenia dowodu złej wiary.

Grzegorz Gorczyński w artykule *Private Autonomy and the Public Law* podejmuje kwestię sprzeczności czynności cywilnoprawnej z prawem publicznym. Autor przypomina treść przepisu art. 58 § 1 kodeksu cywilnego[16]. Naruszenie normy publicznoprawnej powoduje w prawie polskim – według zapatrywania większościowego – nieważność dokonanej czynności. Autor wskazuje jednak, że sprzeczność z prawem publicznym może wywoływać konsekwencje ograniczone jedynie do sfery publicznoprawnej. W projekcie nowego kodeksu cywilnego zarysowuje się dążenie do utrzymywania ważności czynności cywilnoprawnych, nawet gdy są one sprzeczne z normą publicznoprawną (s. 59–60).

Czy ochrona konsumenta i swoboda umów są kolidującymi ze sobą wartościami (zasadami)?

Nieco poza ramami wyznaczonymi tematem przewodnim publikacji znajduje się artykuł *Autonomy of Will Versus Fair Use of Copyright Materials Modification* Marleny Jankowskiej. W swojej pracy autorka przedstawia europejski projekt – *Project Inspire* – oraz jego realizację w Polsce. Opisuje geomatykę jako nową dziedzinę nauki, jej znaczenie, cel stworzenia strony internetowej geoportal.gov.pl, prawa użytkownika portalu oraz możliwości ich modyfikacji. W rozważaniach podejmuje zagadnienie dozwolonego użytku prywatnego w polskim prawie autorskim.

Bettina Heiderhoff w artykule *CESL – A Chance for True Freedom of Contract for the Consumer* rozwija wątek zasygnalizowany przez E. Rott-Pietrzyk. Stawia pytanie: „czy ochrona konsumenta i swoboda umów są kolidującymi ze sobą wartościami (zasadami)?" (s. 81). Stoi na stanowisku, że swoboda umów jest najlepszym mechanizmem tworzenia kontraktów sprawiedliwych. Wyjątkowo mechanizm ten zawodzi, jeżeli na rynku brak jest konkurencji lub konkurencja jest w pewien sposób zakłócona (s. 82). Umowa jest zawsze sprawiedliwa subiektywnie, gdyż druga strona, dla której umowa jest obiektywnie niekorzystna, musi wyrazić swoją zgodę na jej zawarcie. „Umowa – jak pisał W. Schmidt-Rimpler – jest mechanizmem, który wprowadza w ograniczonym zakresie, bez ingerencji władczej, słuszną regulację również wbrew niesłusznej woli, ponieważ dotknięty niesłusznością za każdym razem musi wyrazić swoją zgodę"[17]. Wspólne europejskie prawo sprzedaży, będące instrumentem opcjonalnym, ma na celu wzmocnienie pozycji i zwiększenie

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

17 W. Schmidt-Rimpler, *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts*, „Archiv für die civilistische Praxis" 1941 (147), s. 149–150.

świadomości konsumenta przez wprowadzenie sztywnych rozwiązań. Konsument nie może przykładowo zrezygnować z prawa do odstąpienia w razie wadliwości dostarczonego towaru w zamian za stosowną obniżkę zapłaconej ceny (s. 89, 91). Z korzyścią dla obu stron transakcji byłoby wprowadzenie możliwości umownej rezygnacji z prawa do odstąpienia w zamian za stosowną obniżkę ceny sprzedawanego towaru. Za stosowną Heiderhoff uważa obniżkę 5–15% (s. 94).

Grzegorz Żmij przedstawia, jak daleko sięga swoboda wyboru prawa właściwego w ustawie – Prawo prywatne międzynarodowe[18]. W artykule *Party Autonomy and the New Polish Act on Private International Law* prezentuje nowe rozwiązania polskiego ustawodawcy, zaczynając od zasad ogólnych, kończąc na prawie zobowiązań, prawie rodzinnym i spadkowym. Ogólnie rzecz biorąc, autor stwierdza, że nowe prawo znacznie rozszerzyło możliwości wyboru prawa właściwego przez strony. Ograniczenia tej swobody pojawiają się sporadycznie tam, gdzie zachodzi potrzeba ochrony praw osób trzecich. W pracy czytelnik znajdzie odpowiedzi na ciekawe, jedynie na pozór proste pytania: czy można wskazać *lex mercatoria* jako prawo właściwe? jak należy postąpić w razie tzw. *renvoi*? jakie prawo znajduje zastosowanie do stosunku pełnomocnictwa czy umów ubezpieczeniowych, wyjętych spod zakresu stosowania rozporządzenia Rzym I?[19].

Autonomia woli stron odgrywa istotną rolę również na płaszczyźnie prawa procesowego. Frank Skamel wskazuje w artykule *Freedom of Contract and Freedom of Jurisdiction* możliwości wyboru przez strony właściwego forum do rozstrzygnięcia sporu. Przedstawia w nim zakres zastosowania art. 5 rozporządzenia Bruksela I[20], porusza kwestię dopuszczalności zawierania umów jurysdykcyjnych, jak również umów o mediację i arbitraż.

III. Książka jest dobrym wprowadzeniem do tego trudnego, wielowątkowego tematu. Nie jest podręcznikiem. Mimo że niektóre wywody ze względu na swą powierzchowność mogą rozczarowywać, stanowi zachętę do zgłębiania problematyki oraz wskazuje tendencje i kierunki rozwoju najistotniejszej zasady prawa cywilnego. Zalety recenzowanego dzieła oddają trafnie słowa A. Nowickiego: „To, co uważamy za wartość książki lub za wartość sposobu czytania, jest w rzeczywistości wartością spotkania, wartością wynikającą z wzajemnego oddziaływania na siebie dwóch ośrodków aktywności myślowej. Jedynie w przestrzeni spotkań myśl może ujawnić swoją rzeczywistą wartość”[21].

18 Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. Nr 80, poz. 432.

19 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), Dz.Urz. UE L 177 z 4.7.2008, s. 6.

20 Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.Urz. UE L 12 z 16.01.2001, s. 1.

21 A. Nowicki, *Myśli w przestrzeni*, „Studia Filozoficzne” 1989, nr 10 (287), s. 12.

Marcin Stębelski

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Wyrok TK z dnia 25 września 2012 r., SK 28/10, OTK 2012 nr 8A, poz. 96

Termin wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia

Art. 55 § 1 zdanie pierwsze ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego[1] w zakresie, w jakim nadaje ustanowionemu w nim terminowi do wniesienia aktu oskarżenia charakter prekluzyjny, jest zgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Przedmiotem skargi do Trybunału Konstytucyjnego uczyniono art. 55 § 1 kodeksu postępowania karnego (k.p.k.), zgodnie z którym pokrzywdzony ma możliwość wniesienia samoistnego (subsydiarnego) aktu oskarżenia w związku z powtórnym wydaniem przez prokuratora postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania. Zarzut sformułowany przez skarżącego nie odnosił się do samego uprawnienia przyznanego pokrzywdzonemu ani długości terminu przewidzianego na wniesienie przez niego aktu oskarżenia. Dotyczył wyłącznie prekluzyjnego charakteru owego terminu, a co za tym idzie – braku możliwości jego przywrócenia, bez względu na to, czy jego niezachowanie wynikało z przyczyn zawinionych, czy też niezawinionych przez osobę uprawnioną do dokonania wniesienia aktu oskarżenia. W ocenie skarżącego: kwestionowany art. 55 § 1 zdanie pierwsze k.p.k., z uwagi na charakter określonego w nim terminu, pozostaje w rażącej sprzeczności z wymogiem uwzględniania prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego, co nie tylko stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami procesu karnego, ale także narusza gwarancje wynikające z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Pozbawia bowiem pokrzywdzonego prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia jego sprawy przez właściwy, niezależny, niezawisły i bezstronny sąd.

W ramach analizy wzorca kontroli, jakim w badanej sprawie był art. 45 ust. 1 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny odniósł się do sposobu rozumienia konstytucyjnego terminu „sprawa", użytego w powołanym przepisie. Na tym tle Trybunał zwrócił uwagę na dwie sfery, do których termin ten może się odnosić. Z jednej strony dotyczy on wszelkich sporów prawnych z udziałem podmiotów prywatnych, z drugiej natomiast obejmuje te sprawy, w których sąd rozstrzyga o zasadności zarzutów karnych. Ten drugi rodzaj spraw ma charakter szczególny, ponieważ nie zawsze wiąże się z zaistnieniem sporu (sprawca może przyznać się do winy) i dotyka dóbr prawnych o nadzwyczajnej wadze. Oprócz tego ściganie przestępstw powierzono odpowiednim organom państwa, a rozstrzyganie o zasadności zarzutów karnych jest – co do zasady – sprawą przeciw oskarżonemu, wnoszoną obligatoryjnie przez oskarżyciela publicznego.

Trybunał Konstytucyjny rozważał, czy na podstawie art. 45 ust. 1 Konstytucji pokrzywdzonemu przysługuje prawo do wszczęcia postępowania karnego. W tym kontekście uznał, że sprawę w rozumieniu powołanego przepisu konstytuuje dopiero zakończenie postępowania przygotowawczego i wniesienie aktu oskarżenia. Oznacza to zdaniem Trybunału, że – w sprawach ściganych z oskarżenia publicznego – pokrzywdzony może realizować swoje prawo do sądu w procesie karnym dopiero po wszczęciu postępowania sądo-

1 Dz.U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.

wego przez uprawnionego oskarżyciela. Gwarancje prawa do sądu, wynikające z art. 45 ust. 1 Konstytucji, mogą więc odnosić się do pokrzywdzonego w takim zakresie, w jakim nakazują ukształtowanie postępowania karnego zgodnie z zasadami sprawiedliwości proceduralnej. O ile bowiem sprawa karna jest sprawą oskarżonego, o tyle toczące się postępowanie może dotykać także interesów pokrzywdzonego. W tym sensie pokrzywdzony może zostać uznany za szczególnego rodzaju podmiot objęty gwarancjami wynikającymi z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Składają się na nie przede wszystkim: uprawnienie do uzyskania, bez nieuzasadnionej zwłoki, wiążącego rozstrzygnięcia sądowego sprawy karnej prawidłowo wniesionej do sądu przez uprawnionego oskarżyciela, czy też uprawnienie do tego, aby sprawę rozpoznał właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

Ocena konstytucyjności art. 55 § 1 zdanie pierwsze k.p.k. opierała się na postawionym przez Trybunał pytaniu, czy ustanowienie prekluzyjnego miesięcznego terminu na wniesienie subsydiarnego aktu oskarżenia pozbawia pokrzywdzonego niezbędnych uprawnień procesowych, naruszając tym samym standardy sprawiedliwej procedury. Tak postawiony problem szedł w parze z wyraźnym wskazaniem, że ocena zgodności unormowań ustawowych z zasadą sprawiedliwej procedury musi, z uwagi na specyfikę tego wzorca, wiązać się z koniecznością zachowania wyjątkowej powściągliwości ze strony sądu konstytucyjnego. Stwierdzenie naruszenia tej zasady może mieć zatem miejsce jedynie wówczas, kiedy niesprawiedliwość określonych rozwiązań proceduralnych nie budzi wątpliwości. Trybunał oceniał zgodność kwestionowanego przepisu k.p.k. w kontekście całości uprawnień pokrzywdzonego w zakresie inicjowania postępowania karnego, a więc uwzględniając m.in. przyznane pokrzywdzonemu prawo do zaskarżenia do sądu postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania i o jego umorzeniu. Na tym tle uznał, że możliwość wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia stanowi dodatkowy, a więc nie wymagany przez Konstytucję, instrument ochrony interesów pokrzywdzonego.

Zgodność kwestionowanego przepisu k.p.k. z art. 45 ust. 1 Konstytucji wynika ze stwierdzenia, iż rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę mieści się w zakresie jego swobody regulacyjnej dotyczącej kształtowania sprawiedliwej procedury sądowej. Nadanie charakteru prekluzyjnego terminowi określonemu w art. 55 § 1 zdanie pierwsze k.p.k. nie narusza bowiem równowagi między prawami podejrzanego a tymi, które przysługują pokrzywdzonemu. Pokrzywdzony dysponuje stosunkowo szerokim wachlarzem mechanizmów prawnych umożliwiających mu dochodzenie swoich praw w postępowaniu karnym. Instytucje subsydiarnego aktu oskarżenia subsydiarnego należy przy tym oceniać – biorąc pod uwagę słuszny interes osoby wskazywanej jako rzekomy sprawca przestępstwa. Osoba ta ma prawo oczekiwać, że decyzja w kwestii prowadzenia przeciwko niej postępowania zostanie podjęta bez zbędnej zwłoki, w określonych przez prawo ramach czasowych.

Do wyroku zgłoszono zdanie odrębne, w którym wskazywano na niezgodność kwestionowanego przepisu z art. 45 ust. 1 Konstytucji. W ramach przedstawionej argumentacji wskazano, że gwarancja prawa do sądu wyrażona we wskazanym przepisie Konstytucji nie może być interpretowana w sposób zawężający, ale obejmować ma możliwie najszerszy zakres spraw. Dążenie do osiągnięcia stabilności sytuacji prawnej potencjalnego oskarżonego nie uzasadnia tak rygorystycznego – jak obecnie na gruncie art. 55 § 1 k.p.k. – ograniczenia prawa pokrzywdzonego do zainicjowania postępowania w trybie subsydiarnego aktu oskarżenia.

Wyrok TK z dnia 2 października 2012 r., K 27/11, OTK 2012 nr 9A, poz. 104

Sankcja karna w wypadku samowoli budowlanej

Art. 90 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane[2] (…) w zakresie, w jakim przewiduje odpowiedzialność karną za prowadzenie robót budowlanych bez wymaganego zezwolenia oraz w zakresie, w jakim

2 Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z 2011 r. Nr 32, poz. 159, Nr 45, poz. 235, Nr 94, poz. 551, Nr 135, poz. 789, Nr 142, poz. 829, Nr 185, poz. 1092 i Nr 232, poz. 1377 oraz z 2012 r. poz. 472.

przewiduje prowadzenie robót budowlanych bez wymaganego zgłoszenia:

a) jest zgodny z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

b) jest zgodny z zasadą prawidłowej legislacji wyrażoną w art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny rozpatrywał połączone pytania prawne sformułowane w związku ze sprawami inicjowanymi aktami oskarżenia o prowadzenie robót budowlanych bez uzyskania pozwolenia bądź też bez wymaganego prawem ich zgłoszenia. Sytuacje takie opatrzone zostały sankcją karną w ramach kwestionowanego art. 90 ustawy – Prawo budowlane (dalej: prawo budowlane). Wątpliwości prezentowane we wszystkich pytaniach dotyczyły dwóch zagadnień. Po pierwsze, nadmiernej penalizacji naruszającej art. 2 Konstytucji w tym zakresie, w jakim przepis ten formułuje zasadę umiarkowania represji karnej. Pytający sąd argumentował przy tym, że uchybienia w przestrzeganiu prawa budowlanego powinny być usuwane przy użyciu środków właściwych dla prawa administracyjnego. Posługiwanie się sankcją karną, choć nie jest w tym zakresie całkowicie wykluczone, powinno mieć charakter ostateczny. W rozpatrywanym wypadku jest ono zbędne, biorąc również pod uwagę stosowaną równolegle sankcję administracyjną obejmującą m.in. nakaz rozbiórki obiektu budowlanego. Po drugie, pytający sąd sugerował również brak określoności art. 90 prawa budowlanego, twierdząc, że przepis ten nie wskazuje wyraźnie treści zakazu objętego sankcją.

W pierwszej części uzasadnienia Trybunał odniósł się do zarzutu naruszenia art. 2 Konstytucji oraz wywodzonej z tego przepisu zasady proporcjonalności. Trybunał przywołał ugruntowany pogląd, zgodnie z którym obowiązywanie zasady demokratycznego państwa prawnego oznacza konieczność należytego wyważenia przez ustawodawcę zakładanego przez siebie celu legislacyjnego oraz środka, który ma być użyty do jego realizacji. Chociaż więc ustawodawca dysponuje stosunkowo szeroką swobodą stanowienia prawa odpowiadającego przyjętym przez siebie celom politycznym i gospodarczym, powinien przy tym posługiwać się środkami prawnymi, które pozwolą te cele osiągnąć. Istotne jest równocześnie, aby były to również środki najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawa i wolności ulegną ograniczeniu w związku z wprowadzeniem konkretnych rozwiązań ustawodawczych. W badanej sprawie wskazany kontekst oceny kwestionowanego przepisu poszerzony był również o przywołany w pytaniach prawnych art. 42 ust. 1 Konstytucji, który w powiązaniu z zasadą państwa prawnego nakłada na ustawodawcę obowiązek określania materialnych elementów czynu zabronionego – w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny. Oznacza to, że norma karna musi nie tylko wskazywać osobę, względem której kierowany jest zakaz, ale też znamiona czynu zabronionego oraz rodzaj sankcji grożącej za jego popełnienie.

W orzecznictwie TK wielokrotnie wyrażano stanowisko, że niejednoznaczność przepisu i związana z tym ewentualność jego różnej interpretacji nie przesądzają automatycznie o wadliwości takiej regulacji. Nie wyklucza to bowiem możliwości dokonywania właściwej wykładni danego unormowania. Naruszenie gwarancji wynikających z art. 2 w związku z art. 42 ust. 1 Konstytucji następuje dopiero wówczas, kiedy mimo zastosowania reguł wykładni prawa w praktyce sądowej, niejasność i nieprecyzyjność pojęć użytych w przepisie wykluczają całkowicie możliwość jednoznacznego ustalenia treści sankcjonowanej normy. Przepis penalizujący określone zachowanie powinien być na tyle precyzyjny, aby na jego podstawie można było stwierdzić, czy w danych okolicznościach aktualizuje się odpowiedzialność karna. Konstytucyjny standard nie oznacza jednak nakazu takiego określania znamion typu czynu zabronionego, aby ustalenie jego znaczenia było możliwe tylko przy użyciu wykładni językowej. Odnosząc te uwagi do treści art. 90 prawa budowlanego, Trybunał uznał, że istnieje możliwość takiej wykładni tego przepisu, która pozwala na jednoznaczne ustalenie sankcjonowanej normy prawnej. Świadczy o tym zarówno ugruntowane stanowisko Sądu Najwyższego wyjaśniające sposób rozumienia kwestionowanego przepisu, jak i zgodne z tym orzecznictwem wypowiedzi doktryny. Liczne odesłania do innych przepisów ustawowych, zawarte

w art. 90 prawa budowlanego, mogą utrudniać odczytywanie treści tego unormowania. Fakt ten nie przesądza jednak o jego niezgodności z powołanymi wzorcami kontroli.

Badanie zarzutu nadmiernej represyjności art. 90 prawa budowlanego rozpoczęto od przypomnienia stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, stwierdzającego istnienie znacznej swobody ustawodawcy w stanowieniu przepisów zakazujących określonych zachowań pod groźbą kary. Oznacza to, że ustawodawca może samodzielnie decydować o tym, jakie środki chce zastosować w celu ochrony konkretnych wolności i praw, uwzględniając jednocześnie obowiązek poszanowania zasady proporcjonalności. Trybunał dostrzegł, że art. 90 prawa budowlanego, zawierający sankcję karną, służyć ma ochronie istotnych wartości zakorzenionych w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji. Obejmują one nie tylko zapewnienie bezpieczeństwa ludzi lub mienia, ale także ochronę środowiska naturalnego, zapewnienie ładu budowlanego oraz właściwych warunków zdrowotnych i użytkowych otoczenia. Istotny jest także fakt penalizacji wypadków samowoli budowlanej już na gruncie ustawodawstwa międzywojennego oraz w ramach poprzednich unormowań ustawowych dotyczących prawa budowlanego. Pytający sąd nie zakwestionował samej potrzeby istnienia typu czynu zabronionego, o którym mowa w art. 90 prawa budowlanego. Powoływanie się wyłącznie na stopień społecznej szkodliwości niektórych czynów wyczerpujących znamiona określone w tym przepisie oraz wystarczającej – zdaniem pytającego sądu – dolegliwości, związanej z zastosowaniem sankcji administracyjnej, nie wystarcza do obalenia domniemania konstytucyjności kwestionowanego unormowania. Dolegliwość wynikająca z posłużenia się sankcją karną wraz z jednoczesnym nałożeniem na podmiot naruszający prawo obowiązków o charakterze administracyjnym nie jest nadmierna. Sankcja karna zabezpieczać ma dobro publiczne identyfikowane przez pryzmat poszczególnych wartości chronionych na gruncie art. 90 prawa budowlanego. Nakaz rozbiórki, stanowiący efekt naruszenia porządku prawnego w budownictwie, nie ma charakteru represyjnego, ale wynika z konieczności przywrócenia stanu zgodnego z prawem – przez podmiot dopuszczający się danego naruszenia.

Wyrok TK z dnia 27 listopada 2012 r., U 4/12, Dz.U. 2012, poz. 1365

Ubój rytualny zwierząt

I

§ 8 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 9 września 2004 r. w sprawie kwalifikacji osób uprawnionych do zawodowego uboju oraz warunków i metod uboju i uśmiercania zwierząt[3] (…) **jest niezgodny z art. 34 ust. 1 i 6 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt**[4] (…)**, a przez to z art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

II

§ 8 ust. 2 rozporządzenia powołanego w części I traci moc obowiązującą z dniem 31 grudnia 2012 r.

Prokurator Generalny we wniosku skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego sformułował zarzut niezgodności § 8 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w sprawie kwalifikacji osób uprawnionych do zawodowego uboju oraz warunków i metod uboju i uśmiercania zwierząt z art. 34 ust. 1 i 6 ustawy o ochronie zwierząt, a tym samym z art. 92 ust. 1 Konstytucji. Wnioskodawca argumentował, że jedyną formą uboju zwierząt przewidzianą obecnie przez ustawodawcę jest ich uśmiercanie po uprzednim pozbawieniu świadomości. Istniejący w tym zakresie wyjątek ustawowy, którego podstawę stanowił art. 34 ust. 5 ustawy o ochronie zwierząt, został uchylony przeszło dziesięć lat temu. Fakt ten należy odczytywać jako świadomy wybór ustawodawcy, który zdecydował się na wprowadzenie całkowitego

3 Dz.U. Nr 205, poz. 2102, z 2006 r. Nr 153, poz. 1096 oraz z 2009 r. Nr 118, poz. 992.

4 Dz.U. z 2003 r. Nr 106, poz. 1002, z 2004 r. Nr 69, poz. 625, Nr 92, poz. 880 i Nr 96, poz. 959, z 2005 r. Nr 33, poz. 289 i Nr 175, poz. 1462, z 2006 r. Nr 249, poz. 1830, z 2008 r. Nr 199, poz. 1227, z 2009 r. Nr 18, poz. 97, Nr 79, poz. 668 i Nr 92, poz. 753, z 2010 r. Nr 47, poz. 278, z 2011 r. Nr 230, poz. 1373 oraz z 2012 r. poz. 908, poz. 985.

zakazu uśmiercania zwierząt bez ich ogłuszenia. Zdaniem wnioskodawcy kwestionowany przepis rozporządzenia wprowadza wyjątek od zasady przewidzianej przez ustawę. Stoi to w sprzeczności zarówno z powołanymi unormowaniami ustawy o ochronie zwierząt, jak i wzorcem kontroli w postaci art. 92 ust. 1 Konstytucji. Rozporządzenie – jako niesamoistny akt wykonawczy – nie tylko nie może wykraczać poza treść regulacji ustawowej, ale również nie może tej treści przekształcać bądź modyfikować. Zdaniem Prokuratora Generalnego z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w badanej sprawie. Kwestionowany przepis rozporządzenia nie tylko nie mieści się w granicach treściowych upoważnienia, ale także wprowadza rozwiązania nieprzewidziane w ustawie, na podstawie której został wydany.

Badanie zgodności rozporządzeń z odpowiednimi delegacjami ustawowymi stanowi częsty przedmiot postępowań toczących się przed Trybunałem Konstytucyjnym. Z tego względu Trybunał nawiązał w tej sprawie do swoich wcześniejszych ustaleń odnoszących się do wymogu ustanowienia rozporządzenia „w celu wykonania ustawy". Normatywne znaczenie tego nakazu wiąże się z koniecznością takiego formułowania przepisów wykonawczych, aby pozostawały one w merytorycznym i funkcjonalnym związku z rozwiązaniami ustawowymi.

Delegacja ustawowa zawarta w art. 34 ust. 6 ustawy o ochronie zwierząt przekazuje na poziom rozporządzenia uregulowanie trzech grup zagadnień. Po pierwsze, kwalifikacji osób uprawnionych do zawodowego uboju. Po drugie, warunków wyładunku, przemieszczania, przetrzymywania, unieruchamiania w celu dokonania uboju lub uśmiercania zwierząt oraz – po trzecie – określenia warunków i metod uboju i uśmiercania zwierząt stosownie do gatunku. Ustawodawca posłużył się także ogólnym nakazem konstruowania przepisów rozporządzenia w taki sposób, aby przyjęte rozwiązania zapewniały humanitarne traktowanie zwierząt podczas ich uboju lub uśmiercania. Rekonstruując wytyczne do wydania rozporządzenia Trybunał Konstytucyjny ustalił także, że granicą przewidzianej przez ustawodawcę regulacji wykonawczej ma być określenie warunków uśmiercania zwierząt w ubojniach pozostających zarówno pod państwową kontrolą sanitarną i weterynaryjną, jak i w uboju domowym. W obu przypadkach uśmiercanie ma się odbywać po uprzednim pozbawieniu zwierzęcia świadomości.

Merytoryczna kontrola treści kwestionowanego przepisu rozporządzenia w powiązaniu z brzmieniem ustawy o ochronie zwierząt doprowadziła Trybunał Konstytucyjny do dosyć oczywistego wniosku, zgodnie z którym badany akt wykonawczy reguluje zagadnienia wykraczające poza zakres ustawy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że § 8 ust. 2 rozporządzenia, wprowadzający wyjątek od obowiązku ogłuszania zwierząt w sytuacji uboju dokonywanego zgodnie z obyczajami religijnymi zarejestrowanych związków wyznaniowych, kreuje nową normę, nieprzewidzianą uprzednio w ustawie. Ustawodawca przekazał do uregulowania w rozporządzeniu m.in. warunki i metody uboju zwierząt. Chociaż więc sposób uboju rytualnego, niepoprzedzony ogłuszeniem zwierzęcia, można traktować jako jedną z metod uboju, to jednocześnie oczywiste jest, iż tego rodzaju metoda, wskazana w akcie wykonawczym, nie może naruszać norm wyższego rzędu. Rolą każdego rozporządzenia jest konkretyzacja oraz zapewnienie realizacji ustawy upoważniającej. Przepis kontrolowany przez Trybunał Konstytucyjny tworzył natomiast rozwiązanie nieuwzględnione w ogóle w ustawie o ochronie zwierząt.

Problem konstytucyjny, jaki stał się przedmiotem oceny Trybunału Konstytucyjnego w badanej sprawie, nie dotyczył w żadnym razie samej metody uboju określanego mianem rytualnego. Działając w granicach wniosku, Trybunał ograniczył się bowiem wyłącznie do oceny hierarchicznej zgodności normy aktu wykonawczego w świetle obowiązujących uregulowań ustawowych. Znaczenie analizowanej tutaj wypowiedzi wykraczało jednak wyraźnie poza dosyć łatwą do stwierdzenia wadliwość badanego § 8 ust. 2 rozporządzenia – niezgodność z normami wyższego rzędu. Pomijając skutki wyroku TK w odniesieniu do podmiotów prowadzących uprzednio ubój rytualny na podstawie normy uznanej za niekonstytucyjną, istotny był również kontekst tego rozstrzygnięcia wynikający z wejścia w życie nowych unormowań pra-

wa unijnego. Od 1 stycznia 2013 r. ubój zwierząt został uregulowany w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1099/2009 z dnia 24 września 2009 r., w którym dopuszczono m.in. możliwość dokonywania uboju bez uprzedniego ogłuszenia zwierzęcia. To samo rozporządzenie zezwalało jednak na utrzymanie takich rozwiązań krajowych, które służyć będą zapewnieniu dalej idącej ochrony zwierząt podczas ich uśmiercania. Trybunał Konstytucyjny zaznaczył więc w swoim wyroku, że to do ustawodawcy należy decyzja o tym, czy po 1 stycznia 2013 r. utrzymany zostanie nakaz obowiązkowego ogłuszania zwierząt, wynikający z art. 34 ust. 1 ustawy o ochronie zwierząt, czy też wprowadzone zostaną nowe unormowania, które staną się podstawą dla dokonywania uboju rytualnego. Biorąc pod uwagę czas potrzebny na podjęcie stosownych kroków, Trybunał orzekł o odroczeniu utraty mocy obowiązującej zakwestionowanego przepisu do 31 grudnia 2012 r.

Wyrok TK z dnia 10 grudnia 2012 r., K 25/11, OTK 2012, Dz.U. 2012, poz. 1426

Kontrola korespondencji podejrzanego z obrońcą

I

Art. 73 § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego[5] (…) **przez to, że nie wskazuje przesłanek, których zaistnienie uprawniało-**

5 Dz.U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.

by prokuratora do zastrzeżenia kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

II

Przepis wymieniony w części I traci moc obowiązującą z upływem 12 (dwunastu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Przedmiotem wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich były przepisy art. 73 § 2 i 3 ustawy – Kodeks postępowania karnego (k.p.k.) wprowadzające ograniczenia dotyczące porozumiewania się oskarżonego z obrońcą w ramach postępowania przygotowawczego. Rzecznik nie kwestionował samego faktu istnienia ograniczeń w tym zakresie. Wskazywał natomiast, że przyjęte przez ustawodawcę kryterium wprowadzające to ograniczenie – „w szczególnie uzasadnionym wypadku" (art. 73 § 2 k.p.k.) – ma charakter ogólnikowy i nieprecyzyjny. Nie spełnia przez to standardu wyznaczonego ustawodawcy, który decyduje się na ograniczenie konstytucyjnych wolności i praw jednostek. Ograniczenie swobody kontaktów obrońcy z osobą aresztowaną powinno mieć miejsce w sytuacjach wyjątkowych, wiąże się bowiem nieuchronnie z ingerencją w sferę gwarantowanego konstytucyjnie prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji). Nie może ono również opierać się na sformułowaniach wieloznacznych. Taka sytuacja ma miejsce w art. 73 § 3 k.p.k., zgodnie z którym prokurator może posłużyć się mechanizmem „kontroli korespondencji". Ograniczenie swobody porozumiewania się podejrzanego z obrońcą nie zostało w tym wypadku precyzyjnie zdefiniowane, albowiem z ustawy nie wynikają istotne treściowo elementy tego ograniczenia. Rzecznik argumentował także, że sama możliwość posłużenia się kontrolą korespondencji przez prokuratora prowadzi do naruszenia istoty konstytucyjnego prawa do obrony.

Z uwagi na swoją wcześniejszą wypowiedź w wyroku z dnia 17 lutego 2004 r. (SK 39/02, OTK ZU 2004 nr 2A, poz. 7) Trybunał Konstytucyjny odniósł się do zakresu zaskarżenia w rozpatrywanej obecnie sprawie. W pierwszej kolejności Trybunał wyjaśnił, że istotą skargi w sprawie SK 39/02 było zbadanie, czy przewidziane w art. 73 § 2 k.p.k. ograniczenie swobody kontaktów oskarżonego z jego obrońcą nie stanowi nadmiernej ingerencji w prawo do obrony. Chodziło zatem o ustalenie, czy tego rodzaju mechanizm jest – jako taki – w ogóle dopuszczalny, biorąc pod uwagę kryteria ograniczania praw i wolności wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W bieżącej sprawie zarzut wnioskodawcy dotyczył wyłącznie charakteru kryterium, na podstawie którego wprowadzone ma być ograniczenie – „w szczególnie uzasadnionym wypadku". Nie zmienia to jednak faktu, że TK w wyroku SK 39/02 nawiązał wyraźnie do wyrażenia budzącego wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich, oceniając to sformułowanie

z uwzględnieniem zasady proporcjonalności ograniczenia prawa do obrony. Ponieważ w obecnie zawisłej sprawie Rzecznik nie przedstawił Trybunałowi żadnej nowej kwestii konstytucyjnej dotyczącej treści art. 73 § 2 k.p.k., wniosek w tym zakresie został umorzony z uwagi na niedopuszczalność wydania orzeczenia (art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym).

Ograniczając się wyłącznie do kontroli art. 73 § 3 k.p.k., Trybunał Konstytucyjny wyraźnie nawiązał do wcześniejszej argumentacji, zastosowanej w sprawie SK 39/02. Ustalenia poczynione w ramach tamtego rozstrzygnięcia posłużyły jako element oceny tego, czy wprowadzenie, nawet przejściowo, kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą jest na gruncie konstytucyjnym w ogóle dopuszczalne. Trybunał uznał, że można się nim posługiwać, ponieważ nie ma ono zasadniczego wpływu na sytuację procesową oskarżonego i nie stanowi przeszkody w przygotowaniu obrony. Oskarżony może korzystać z prawa do obrony w obydwu aspektach – materialnym i formalnym, gdyż ograniczenie wynikające z art. 73 § 3 k.p.k. dotyczy tylko korespondencyjnego porozumiewania się z obrońcą, a przy tym limitowane jest krótkim, 14-dniowym terminem. Trybunał podkreślił także, że treść kontrolowanego przepisu k.p.k. jest wyraźnym uzupełnieniem uprawnień wynikających z art. 73 § 2 k.p.k. W tym sensie argumenty świadczące o zgodności z Konstytucją art. 73 § 2 k.p.k. uzasadniają podobną ocenę w odniesieniu do § 3 tego artykułu.

Powiązanie istniejące między § 2 a § 3 art. 73 k.p.k. nie oznacza, że wskazane tu uregulowania można w pełni utożsamiać z punktu widzenia ich zgodności z Konstytucją. Trybunał wyraźnie zaznaczył, że posłużenie się w art. 72 § 2 k.p.k. zwrotem językowym „w szczególnie uzasadnionym wypadku" pozwala na ustalenie wystarczających elementów treściowych, określających okoliczności, w których dochodzi do ograniczenia prawa do obrony. Podobnego – nawet dość ogólnego – elementu treściowego brak jest natomiast w art. 73 § 3 k.p.k. W rezultacie sama materia ograniczenia prawa do obrony, przewidzianego w tym przepisie, nie została wskazana w ustawie. Jest ona dekodowana wyłącznie z praktyki związanej z kontrolą korespondencji oraz uregulowań o charakterze podustawowym. Brak precyzyjnego wskazania przesłanek warunkujących możliwość posługiwania się przez prokuratora kontrolą korespondencji stanowił zatem dla Trybunału Konstytucyjnego argument przesądzający o niezgodności art. 73 § 3 k.p.k. z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał nie podzielił natomiast poglądu wnioskodawcy, że sam fakt istnienia bezwzględnego zakazu dowodowego, o którym mowa w art. 178 pkt 1 k.p.k. (niedopuszczalność przesłuchania obrońcy jako świadka), oznaczać ma automatycznie niedopuszczalność zapoznawania się przez prokuratora z treścią korespondencji podejrzanego z obrońcą.

Wąski zakres stwierdzonej niekonstytucyjności art. 73 § 3 k.p.k. skłonił Trybunał Konstytucyjny do odroczenia utraty mocy obowiązującej tego przepisu – o 12 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku. Niezgodność kwestionowanego unormowania wynika bowiem wyłącznie z braku określenia przesłanki warunkującej dopuszczalność stosowania kontroli korespondencji, a tym samym może zostać usunięta w drodze odpowiedniej interwencji ustawodawczej.

Anna Michalak

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE (druga izba) z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawach połączonych C-356/11 i C-357/11 (*Finlandia przeciwko obywatelkom Ghany i Algierii*) – prawo matek, będących obywatelkami państwa trzeciego, którym przyznano wyłączną pieczę nad obywatelami Unii, do stałego pobytu w tym państwie członkowskim[1]

Stan faktyczny

Wyrok zapadł w sprawie mającej za przedmiot wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE[2], orzeczenia w trybie prejudycjalnym, w ramach toczącego się przed fińskim sądem krajowym postępowania między urzędem imigracyjnym a obywatelką Ghany i jej mężem (O. i S.; sprawa C-356/11) oraz obywatelką Algierii (L.; sprawa C-357/11). Postępowanie przed TSUE dotyczyło wykładni art. 20 TFUE i zapadło w związku z następującą sprawą.

Pani S., obywatelka Ghany zamieszkała w Finlandii na podstawie karty stałego pobytu, w dniu 4 lipca 2001 r. wyszła za mąż za obywatela fińskiego, z którym ma dziecko urodzone w dniu 11 lipca 2003 r. Dziecko to posiada fińską przynależność państwową i zawsze zamieszkiwało w Finlandii. Pani S. uzyskała wyłączną pieczę nad tym dzieckiem od dnia 2 czerwca 2005 r. Małżonkowie rozwiedli się w dniu 19 października 2005 r. Ojciec dziecka zamieszkuje w Finlandii. W dniu 26 czerwca 2008 r. pani S. zawarła związek małżeński z panem O., obywatelem Wybrzeża Kości Słoniowej. W dniu 3 lipca 2008 r. pan O. złożył w fińskim urzędzie imigracyjnym wniosek o wydanie mu karty pobytu, uzasadniając go zawartym małżeństwem. W dniu 21 listopada 2009 r. ze związku tego urodziło się w Finlandii dziecko posiadające obywatelstwo Ghany. Piecza nad nim przysługuje wspólnie obojgu małżonkom. Pan O. zamieszkuje wraz z panią S. i jej dwojgiem dzieci. Urząd imigracyjny oddalił wniosek o wydanie karty pobytu, motywując to faktem, że pan O. nie posiada wystarczających środków utrzymania. Jednocześnie organ stwierdził, że nie istnieją podstawy do odstąpienia od warunku dotyczącego środków utrzymania, na co przy zaistnieniu wyjątkowo poważnych okoliczności lub ze względu na nadrzędny interes dziecka zezwala prawo krajowe. Wyrokiem z dnia 27 sierpnia 2009 r. sąd administracyjny w Helsinkach oddalił wniesioną przez pana O. skargę o stwierdzenie nieważności wspomnianej decyzji odmownej. Pani S. oraz pan O. odwołali się od tego wyroku do najwyższego sądu administracyjnego.

Z kolei pani L. jest obywatelką Algierii zamieszkałą legalnie w Finlandii od 2003 r. Otrzymała ona w tym kraju dokument zezwalający na pobyt stały z uwagi na małżeństwo z obywatelem fińskim. Z tego związku urodziło się w 2004 r. dziecko, które posiada podwójną – fińską i algierską – przynależność państwową i które zawsze zamieszkiwało w Finlandii. Małżonkowie rozwiedli się w dniu 10 grudnia 2004 r., a wyłączną pieczę nad dzieckiem uzyskała pani L. Ojciec dziecka zamieszkuje w Finlandii. W dniu 19 października 2006 r. pani L. zawarła związek małżeński z panem M., obywatelem Algierii, który w marcu 2006 r. przybył legalnie do Finlandii, gdzie wystąpił o azyl polityczny oraz, jak twierdzi, od kwietnia 2006 r. zamieszkiwał z panią L. W październiku 2006 r.

1 Por. orzeczenia TSUE w sprawach C-34/09 oraz C-256/11.

2 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. C 115, s. 47–199.

został wydalony do państwa pochodzenia. W dniu 29 listopada 2006 r. pani L. zwróciła się do urzędu imigracyjnego o wydanie panu M. karty pobytu ze względu na zawarty z nią związek małżeński. W dniu 14 stycznia 2007 r. ze związku tego urodziło się w Finlandii dziecko, które posiada algierską przynależność państwową i które zostało powierzone wspólnej pieczy obojga rodziców. Decyzją z dnia 15 sierpnia 2008 r. urząd imigracyjny odmówił wydania karty pobytu na nazwisko pana M., uzasadniając to faktem, iż nie ma on zapewnionych środków utrzymania. Wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2009 r. sąd administracyjny uwzględnił skargę o stwierdzenie nieważności tej decyzji (odmownej), wniesioną przez panią L. Orzeczenie to urząd imigracyjny zaskarżył do najwyższego sądu administracyjnego.

We wnioskach o wydanie orzeczenia prejudycjalnego sąd krajowy wyjaśnia, że wobec odmowy wydania kart pobytu panu O. i panu M. możliwe jest, że ich małżonki wraz z pozostającymi pod ich pieczą dziećmi, w tym dziećmi posiadającymi status obywatela Unii, będą zmuszone do opuszczenia terytorium Unii Europejskiej, by móc żyć w rodzinie. W tych okolicznościach sąd krajowy zwrócił się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi. Po pierwsze, sąd krajowy miał wątpliwości, czy art. 20 TFUE stoi na przeszkodzie odmowie wydania obywatelowi państwa trzeciego karty pobytu z uwagi na brak środków na utrzymanie, jeżeli jego sytuacja rodzinna przedstawia się w ten sposób, że małżonka sprawuje władzę rodzicielską nad dzieckiem, które posiada status obywatela Unii, natomiast wspomniany obywatel państwa trzeciego nie jest ani rodzicem tego dziecka, ani nie sprawuje nad nim władzy rodzicielskiej. Po drugie sąd krajowy spytał, w przypadku udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi przeczącej, czy skutki wywoływane przez art. 20 TFUE należy ocenić inaczej, jeżeli obywatel państwa trzeciego, który nie posiada karty pobytu, a jego małżonka i dziecko, nad którym władzę rodzicielską ona sprawuje i które jest obywatelem Unii, zamieszkują wspólnie (lub obywatel, który nie posiada karty pobytu i nie przebywa w Finlandii, oraz jego małżonka mają wspólne dziecko przebywające w Finlandii i będące obywatelem państwa trzeciego, nad którym wspólnie sprawują władzę rodzicielską).

Stanowisko Trybunału

Trybunał zwrócił uwagę, że wnioski o wydanie kart pobytu dla panów O. i M. na zasadzie łączenia rodzin dotyczą pani S. i pani L., które legalnie zamieszkują w Finlandii i są w tej sprawie członkami rodziny rozdzielonej, to jest osobami, ze względu na które składane są wnioski o łączenie rodzin. Trybunał przypomniał, że na mocy dyrektywy 2004/38[3] prawo wjazdu i prawo pobytu w państwie członkowskim przysługuje nie wszystkim obywatelom państw trzecich będącym członkami rodziny obywatela Unii, lecz jedynie będącym członkami rodziny takiego obywatela Unii, który skorzystał z przysługującego mu prawa swobodnego przemieszczania się, osiedlając się w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie, którego obywatelstwo posiada.

Ponieważ obywatele Unii, których dotyczy niniejsza sprawa, są małymi dziećmi i nigdy nie korzystali ze swojego prawa do swobodnego przemieszczania się, i zawsze przebywali w państwie członkowskim, którego obywatelstwo posiadają, należy stwierdzić, że nie wchodzą w zakres pojęcia „beneficjentów" w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2004/38, a zatem dyrektywa ta nie znajduje zastosowania ani w odniesieniu do nich samych, ani w odniesieniu do członków ich rodzin.

Trybunał orzekał już, że sytuacja obywatela Unii, który – tak jak dzieci posiadające fińską przynależność państwową, występujące w postępowaniach głównych – nie skorzystał z prawa do swobodnego przemieszczania się, nie może z tego jedynie powodu zostać zrównana z sytuacją o charakterze wyłącznie wewnętrznym, to jest niewykazującą żadnego związku z którąkolwiek z sytuacji przewidzianych w prawie Unii. Skoro bowiem status obywatela Unii

3 Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz.Urz. L 158, s. 77; sprostowanie Dz.Urz. L 229, s. 35).

powinien stanowić podstawowy status obywateli państw członkowskich, dzieci pochodzące z pierwszych małżeństw pani S. i pani L., jako obywatele jednego z państw członkowskich, korzystają ze statusu obywatela Unii na podstawie art. 20 ust. 1 TFUE i w związku z tym mogą powoływać się, również w stosunku do państwa członkowskiego, którego obywatelstwo posiadają, na prawa wynikające z posiadania tego statusu.

Na tej podstawie Trybunał orzekł, że art. 20 TFUE stoi na przeszkodzie istnieniu przepisów krajowych, których skutkiem byłoby pozbawienie obywateli Unii skutecznego korzystania z istoty praw przyznanych im w związku ze statusem obywatela Unii.

Jeżeli chodzi wreszcie o prawo pobytu osoby będącej obywatelem państwa trzeciego w państwie członkowskim, w którym zamieszkują jej małe dzieci, będące obywatelami tego państwa członkowskiego, które osoba ta utrzymuje i wraz ze współmałżonkiem sprawuje nad nimi wspólną pieczę, Trybunał uznał, że konsekwencją odmowy pobytu byłaby konieczność opuszczenia przez te dzieci, będące obywatelami Unii, terytorium Unii w celu towarzyszenia rodzicom i postawienie ich w sytuacji, w której nie mogłyby korzystać z istoty praw przyznanych im w związku ze statusem obywatela Unii.

W ocenie TSUE to do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy odmowne rozpoznanie wniosków o zezwolenie na pobyt złożonych w trybie łączenia rodzin, w okolicznościach takich, jakie występują w postępowaniach głównych, wiąże się z pozbawieniem obywateli Unii rzeczywistego korzystania z istoty praw wynikających z ich statusu. W ramach tej oceny powinien zostać uwzględniony fakt, że matki obywateli Unii posiadają dokumenty pobytowe zezwalające na pobyt stały w zainteresowanym państwie członkowskim, a zatem w świetle prawa ani one, ani obywatele Unii pozostający na ich utrzymaniu nie są w żaden sposób zobowiązani do opuszczenia terytorium tego państwa członkowskiego ani terytorium Unii jako całości. Istotna jest przy tym także kwestia pieczy nad dziećmi członków rodziny rozdzielonej, a także okoliczność, że dzieci te należą do rodziny „zrekonstruowanej". Trybunał wskazał, że skoro pani S. i pani L. przysługuje wyłączna piecza nad obywatelami Unii będącymi małymi dziećmi, podjęcie przez nie – w celu zachowania jedności rodziny – decyzji o opuszczeniu terytorium państwa członkowskiego, którego przynależność państwową te dzieci posiadają, miałoby ten skutek, że ci obywatele Unii zostaliby pozbawieni jakiegokolwiek kontaktu ze swoimi ojcami biologicznymi, mimo dotychczasowego utrzymywania takiego kontaktu. Jednocześnie decyzja o pozostaniu na terytorium tego państwa członkowskiego w celu chronienia ewentualnej relacji tych obywateli Unii, będących małymi dziećmi, z ich ojcami biologicznymi miałaby negatywny wpływ na relacje pozostałych dzieci, będących obywatelami państw trzecich, z ich ojcami biologicznymi.

Trybunał zwrócił uwagę, że sam fakt, iż mogłoby wydawać się pożądane – ze względów ekonomicznych lub w celu utrzymania jedności rodziny na terytorium Unii – aby członkowie rodziny złożonej z obywateli państw trzecich i obywatela Unii, będącego małym dzieckiem, mogli przebywać z tym obywatelem na terytorium Unii w państwie członkowskim, którego przynależność państwową ten obywatel Unii posiada, jest niewystarczający dla stwierdzenia, że obywatel Unii byłby zmuszony do opuszczenia terytorium Unii w razie nieprzyznania takiego prawa pobytu.

W świetle powyższych rozważań TSUE stwierdził, iż wykładni art. 20 TFUE należy dokonywać w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie odmówiło obywatelowi państwa trzeciego wydania karty pobytu, o który wnosi na zasadzie łączenia rodzin, gdy ten obywatel zamierza zamieszkać ze swoją małżonką – również obywatelką państwa trzeciego, zamieszkującą legalnie w tym państwie członkowskim i mającą z pierwszego małżeństwa dziecko, które jest obywatelem Unii – oraz z ich wspólnym dzieckiem, mającym także status obywatela państwa trzeciego, o ile taka odmowa nie doprowadzi do pozbawienia obywatela Unii, którego sprawa dotyczy, możliwości skutecznego korzystania z istoty praw przyznanych przez status obywatela Unii. Dokonanie stosownych ustaleń należy do sądu odsyłającego.

Trybunał podkreślił, że celem dyrektywy 2003/86[4] jest ustalenie

4 Dyrektywa Rady 2003/86/WE z dnia 22 września 2003 r. w sprawie prawa do łączenia rodzin, Dz.Urz. L 251, s. 12.

warunków, na jakich wykonywane jest prawo do łączenia rodzin, które przysługuje obywatelom państw trzecich mieszkającym zgodnie z prawem na terytorium państw członkowskich. Definicja członków rodziny zawarta w art. 4 ust. 1 tej dyrektywy obejmuje małżonka członka rodziny rozdzielonej, wspólne dzieci członka rodziny rozdzielonej i jego małżonka, małoletnie dzieci – odpowiednio – członka rodziny rozdzielonej i jego małżonka, jeżeli każdemu z nich przysługuje piecza nad swoimi dziećmi oraz pozostają one na jego utrzymaniu. Wynika stąd, że pojęcie rodziny nuklearnej, o której mowa w motywie 9 dyrektywy 2003/86, zostało przez prawodawcę Unii potraktowane w sposób szeroki. Niemniej jednak nie stosuje się tego pojęcia względem członków rodziny obywatela Unii.

Trybunał orzekał już, że jeśli postępowania główne dotyczą obywateli Unii, którzy zamieszkiwali w państwie członkowskim, oraz członków ich rodziny – obywateli państw trzecich, którzy mieli zamiar wjazdu i pobytu w tym państwie członkowskim w celu podtrzymania jedności rodzinnej z rzeczonymi obywatelami, to dyrektywa 2003/86 nie podlegała zastosowaniu w odniesieniu do tych obywateli państw trzecich.

Jednakże w rozpatrywanej sprawie panie S. i L. są obywatelkami państw trzecich legalnie zamieszkującymi w jednym z państw członkowskich i domagającymi się możliwości skorzystania z dobrodziejstwa łączenia rodzin. Należy im zatem przyznać status „członków rodziny rozdzielonej" w rozumieniu art. 2 lit. c) dyrektywy 2003/86. Ponadto wspólne dzieci tych ostatnich oraz ich małżonków również są obywatelami państw trzecich i nie korzystają zatem ze statusu obywateli Unii wynikającego z art. 20 TFUE.

Ze względu na cel dyrektywy 2003/86, którym jest sprzyjanie łączeniu rodzin, oraz na ochronę, jaką poprzez ten akt zamierzano przyznać obywatelom państw trzecich, w szczególności małoletnim, w ocenie TSUE możliwość zastosowania tej dyrektywy nie może zostać wyłączona jedynie z tego powodu, że jedno z rodziców małoletniego, będącego obywatelem państwa trzeciego, jest również rodzicem obywatela Unii pochodzącego z pierwszego małżeństwa.

Artykuł 4 ust. 1 dyrektywy 2003/86 nakłada na państwa członkowskie konkretne zobowiązania pozytywne, którym odpowiadają jasno określone prawa podmiotowe. W sytuacjach określonych w dyrektywie nakazuje im zezwolić na łączenie rodzin – w odniesieniu do określonych członków rodziny rozdzielonej – nie dopuszczając możliwości skorzystania z uprawnień dyskrecjonalnych. Przepis ten zastrzega jednak poszanowanie przesłanek określonych w szczególności w rozdziale IV dyrektywy 2003/86. Do przesłanek tych należy przepis jej art. 7 ust. 1 lit. c), który umożliwia państwom członkowskim żądanie przedstawienia dowodu, że członek rodziny rozdzielonej posiada stabilne i regularne środki, które wystarczają na utrzymanie jego i członków jego rodziny bez korzystania z systemu pomocy społecznej danego państwa członkowskiego. Ten sam przepis uściśla, że państwa członkowskie dokonują oceny tych środków poprzez odniesienie do ich rodzaju i regularności wpływu, przy czym mogą wziąć pod uwagę poziom najniższych krajowych płac, rent i emerytur, a także liczbę członków rodziny.

Skoro zezwolenie na łączenie rodziny jest zasadą ogólną, Trybunał orzekł, że możliwość przewidzianą w art. 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy należy interpretować w sposób ścisły. Margines swobody przyznany państwom członkowskim nie powinien być przez nie wykorzystywany w taki sposób, który naruszałby cele dyrektywy i jej skuteczność (*effet utile*). Niemniej jednak, zdaniem TSUE, podczas wykonywania dyrektywy 2003/86 oraz badania wniosków o łączenie rodzin właściwe organy krajowe powinny dokonać zrównoważonej i racjonalnej oceny wszystkich zbiegających się interesów, ze szczególnym uwzględnieniem interesów dzieci, których sprawa dotyczy.

W świetle powyższych rozważań TSUE uznał, że wykładni art. 20 TFUE należy dokonywać w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie odmówiło obywatelowi państwa trzeciego wydania karty pobytu, o który wnosi na zasadzie łączenia rodzin, gdy ten obywatel zamierza zamieszkać ze swoją małżonką, również obywatelką państwa trzeciego, zamieszkującą legalnie w tym

państwie członkowskim i mającą z pierwszego małżeństwa dziecko, które jest obywatelem Unii, oraz z ich wspólnym dzieckiem, mającym także status obywatela państwa trzeciego, o ile taka odmowa nie doprowadzi do pozbawienia obywatela Unii, którego sprawa dotyczy, możliwości skutecznego korzystania z istoty praw przyznanych przez status obywatela Unii. Dokonanie stosownych ustaleń należy do sądu odsyłającego. Jednocześnie wnioski o wydanie kart pobytu na zasadzie łączenia rodzin, takie jak rozpoznawane w postępowaniu głównym, wchodzą w zakres dyrektywy 2003/86. Wykładni jej art. 7 ust. 1 lit. c) należy dokonywać w ten sposób, że o ile państwa członkowskie są uprawnione do tego, by wymagać wykazania przez członka rodziny rozdzielonej, iż posiada stabilne i regularne środki wystarczające do utrzymania jego oraz członków jego rodziny, o tyle uprawnienie to powinno być wykonywane w świetle art. 7 i art. 24 ust. 2 i 3 karty[5], które nakazują państwom członkowskim badanie wniosków o łączenie rodzin w interesie dzieci, których to dotyczy, oraz w trosce o sprzyjanie życiu rodzinnemu, jak również w sposób nienaruszający celu tej dyrektywy oraz jej skuteczności (*effet utile*). Do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy decyzje o odmowie wydania kart pobytu będące przedmiotem postępowania głównego zostały wydane z zachowaniem tych wymogów.

5 Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz. 2007 C 303, s. 1.

Wyrok TSUE (pierwsza izba) z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie C-430/11 (*Tribunale di Rovigo przeciwko M. Sagorowi*) – uregulowanie krajowe przewidujące karę grzywny, którą można zamienić na karę wydalenia lub karę aresztu domowego

Stan faktyczny

Wyrok zapadł w sprawie dotyczącej wykładni dyrektywy 2008/115[6] a także art. 4 ust. 3 TUE[7]. Postępowanie przed sądem krajowym zostało wszczęte przeciwko M. Sagorowi, oskarżonemu o nielegalny pobyt na terytorium włoskim. W dniu 13 sierpnia 2009 r. w Rosolina Mare (Włochy) osoba wylegitymowana przez policję oświadczyła, że nazywa się M. Sagor i że urodziła się w Bangladeszu w dniu 10 października 1990 r. Następnie okazało się, że zainteresowany, który był we Włoszech bezdomny i działał tam jako sprzedawca uliczny, nie posiadał i nigdy wcześniej nie znajdował się w posiadaniu dokumentu pobytowego. Zgodnie z protokołem sporządzonym przez policję M. Sagor oświadczył, że wjechał na terytorium włoskie w marcu 2009 r. W dniu 22 lipca 2010 r. M. Sagor został wezwany przed sąd miasta Rovigo (*Tribunale di Rovigo*) w związku z postawieniem go w stan oskarżenia, m.in. za popełnienie występku nielegalnego wjazdu i pobytu na terytorium państwa. W ocenie tego sądu nie zostało jednak dowiedzione, że M. Sagor wjechał na terytorium Włoch nielegalnie. Nie zostało bowiem wykazane w stopniu zgodnym z wymogami prawa, że zainteresowany unikał kontroli granicznych. Jednocześnie sąd ten stwierdził, że należycie dowiedzione zostało popełnienie występku nielegalnego pobytu. W związku z powyższym sąd ten został zobowiązany wymierzyć M. Sagorowi przewidzianą na mocy przepisów krajowych karę z tytułu nielegalnego pobytu. Sąd krajowy powziął jednak wątpliwości co do zgodności tych uregulowań z prawem Unii i zwrócił się do Trybunału m.in. z następującymi pytaniami prejudycjalnymi. Po pierwsze, sąd ten wniósł o stwierdzenie, czy w świetle zasady lojalnej współpracy i zasady skuteczności dyrektyw, art. 2, 4, 6, 7 i 8 dyrektywy 2008/115 sprzeciwiają się możliwości nałożenia na obywatela państwa trzeciego przebywającego nielegalnie w państwie członkowskim kary grzywny zamienionej jako sankcja karna na areszt domowy, wyłącznie w następstwie nielegalnego wjazdu i pobytu, jeszcze przed niezastosowaniem się do nakazu wydalenia wydanego przez organ administracji. Po drugie, sąd krajowy spytał, czy w świetle zasady

6 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, Dz.Urz. L 348, s. 98.

7 Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) Dz.Urz. 2010 C 83, s. 3.

lojalnej współpracy i zasady skuteczności dyrektyw, art. 2, 15 i 16 dyrektywy 2008/115 sprzeciwiają się temu, by po przyjęciu tej dyrektywy państwo członkowskie mogło przyjąć przepis przewidujący nałożenie na obywatela państwa trzeciego przebywającego nielegalnie w tym państwie członkowskim kary grzywny zamienionej na karę aresztu domowego lub wydalenie, podlegające jako sankcja karna natychmiastowemu wykonaniu, bez przestrzegania procedury i praw obywatela obcego przewidzianych we wspomnianej dyrektywie.

Stanowisko Trybunału

Trybunał stwierdził, że sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia, czy dyrektywę 2008/115 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ona przepisom państwa członkowskiego – takim, jak te znajdujące zastosowanie w postępowaniu głównym, które przewidują w przypadku nielegalnego pobytu obywateli państw trzecich karę grzywny, którą można zamienić na karę wydalenia lub karę aresztu domowego.

W ocenie Trybunału dyrektywa 2008/115 dotyczy jedynie powrotu obywateli państw trzecich przebywających nielegalnie w państwie członkowskim, a więc jej celem nie jest pełna harmonizacja przepisów państw członkowskich dotyczących pobytu cudzoziemców. W rezultacie omawiana dyrektywa nie sprzeciwia się temu, by prawo państwa członkowskiego kwalifikowało nielegalny pobyt jako występek i przewidywało sankcje karne celem zniechęcenia czy też powstrzymania przed popełnieniem takiego naruszenia. Państwo członkowskie nie może jednak stosować przepisów prawa karnego, które mogą zagrażać stosowaniu wspólnych norm i procedur ustanowionych dyrektywą 2008/115 i doprowadzić w ten sposób do pozbawienia jej skuteczności (*effet utile*).

Do naruszenia wspomnianych norm i procedur, zdaniem TSUE, doszłoby wówczas, gdyby dane państwo członkowskie, po stwierdzeniu nielegalnego pobytu obywatela państwa trzeciego, a przed wykonaniem decyzji nakazującej powrót, a nawet przed jej wydaniem, podjęło w ramach ścigania karnego działania, które mogłyby doprowadzić do wymierzenia kary pozbawienia wolności w toku procedury powrotu. Takie postępowanie mogłoby bowiem opóźnić wydalenie, a ponadto nie znajduje się ono wśród motywów uzasadniających przesunięcie terminu wydalenia, wymienionych w art. 9 dyrektywy 2008/115.

Zdaniem TSUE możliwość, iż wspomniane postępowanie doprowadzi do wymierzenia kary grzywny, nie utrudnia procedury powrotu ustanowionej w dyrektywie 2008/115. Nałożenie kary grzywny nie stoi w żaden sposób na przeszkodzie wydaniu i wykonaniu decyzji nakazującej powrót w pełnym poszanowaniu warunków określonych w art. 6–8 dyrektywy 2008/115 i nie narusza także ustanowionych w art. 15 i 16 tej dyrektywy wspólnych norm w zakresie pozbawienia wolności.

Odnosząc się do możliwości zamiany kary grzywny na karę aresztu domowego, Trybunał przypomniał, że zarówno z obowiązku lojalnej współpracy państw członkowskich, jak i z wymogów skuteczności przypomnianych w dyrektywie 2008/115 wynika, że nałożony na mocy art. 8 tej dyrektywy na państwa członkowskie obowiązek przeprowadzenia wydalenia powinien zostać spełniony w możliwie najszybszym terminie. Z pewnością nałożenie i wykonanie kary aresztu domowego w ramach procedury powrotu, przewidzianej dyrektywą 2008/115, nie przyczynia się do będącego celem tej procedury przeprowadzenia wydalenia, polegającego na fizycznym odtransportowaniu zainteresowanego poza terytorium danego państwa członkowskiego. Kara taka nie stanowi zatem „środka" czy „środka przymusu" w rozumieniu art. 8 dyrektywy 2008/115. Ponadto, w ocenie TSUE, kara aresztu domowego może opóźnić, a zatem utrudnić wykonanie środków, takich jak doprowadzenie do granicy i przymusowy powrót drogą powietrzną, które z kolei przyczyniają się do przeprowadzenia wydalenia. Ryzyko niepowodzenia procedury powrotu istnieje w szczególności wtedy, gdy właściwe przepisy nie przewidują, że wykonanie kary aresztu domowego nałożonej na przebywającego nielegalnie w danym państwie członkowskim obywatela państwa trzeciego winno zakończyć się z chwilą, gdy będzie można dokonać wydalenia tej osoby.

Do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy omawiane uregulowanie krajowe zawiera przepis, który zapewnia, że wydalenie będzie miało pierwszeństwo przed

wykonaniem kary aresztu domowego. W braku takiego przepisu należałoby stwierdzić, że dyrektywa 2008/115 sprzeciwia się temu, by mechanizm zamiany kary grzywny na karę aresztu domowego znajdował zastosowanie do obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających w omawianym państwie członkowskim.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, TSUE orzekł, że dyrektywa 2008/115 nie sprzeciwia się przepisom państwa członkowskiego – takim, jak te znajdujące zastosowanie w postępowaniu głównym, które przewidują w przypadku nielegalnego pobytu obywateli państw trzecich karę grzywny, którą można zamienić na karę wydalenia; oraz sprzeciwia się ona przepisom państwa członkowskiego, które w przypadku nielegalnego pobytu obywateli państw trzecich pozwalają na orzekanie kary aresztu domowego bez zagwarantowania, że wykonanie tej kary zakończy się z chwilą, gdy stanie się możliwe fizyczne odtransportowanie zainteresowanego poza granice wspomnianego państwa członkowskiego.

Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 17 stycznia 2013 r. w sprawie C-23/12 (*Łotwa przeciwko M. Zakaria*) – prawo dostępu do sądu

Stan faktyczny

Wyrok zapadł na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i dotyczy wykładni art. 47 karty oraz art. 6 ust. 1 i art. 13 ust. 3 rozporządzenia 562/2006[8]. Wniosek ten został złożony w ramach postępowania w przedmiocie środka odwoławczego wniesionego przez M. Zakarię od decyzji o odrzuceniu żądania odszkodowania i zadośćuczynienia, wniesionego przez zainteresowanego z powodu zachowania organu administracyjnego podczas przekraczania granicy łotewskiej.

W dniu 28 listopada 2010 r. M. Zakaria wsiadł do samolotu lecącego z Bejrutu (Liban) do Kopenhagi (Dania) przez Rygę (Łotwa). Dokument tożsamości, którym dysponował M. Zakaria, był dokumentem podróży uchodźcy palestyńskiego, wydanym przez Republikę Libańską. W dniu 27 listopada 2008 r. zainteresowany otrzymał stałe pozwolenie na pobyt w Szwecji, gdzie, zgodnie ze złożonym przez niego oświadczeniem, żyje od dziesięciu lat i gdzie wszczął postępowanie zmierzające do uzyskania obywatelstwa tego państwa członkowskiego. Udawał się do Kopenhagi, ponieważ połączenie z Lundem (Szwecja), miejscem jego zamieszkania, jest łatwiejsze i szybsze z Kopenhagi. Na lotnisku w Rydze straż graniczna przeprowadziła kontrolę dokumentu tożsamości M. Zakarii i ostatecznie zezwoliła mu na wjazd na terytorium Łotwy i na terytorium państw będących stronami Konwencji wykonawczej do układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 roku między Rządami Państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach (Dz.Urz. L 239 z 22.9.2000, s. 19), podpisanej w Schengen (Luksemburg) w dniu 19 czerwca 1990 r. Niemniej jednak M. Zakaria uznał, że zachowanie funkcjonariuszy straży granicznej podczas kontroli było grubiańskie, prowokacyjne i obrażające godność ludzką. Z powodu czasu trwania kontroli zainteresowany spóźnił się na samolot do Kopenhagi. Zakaria zakwestionował działania straży granicznej podczas kontroli granicznej i uznał, że wskutek tych działań doznał krzywdy, w związku z tym wniósł odwołanie do dyrektora straży granicznej i zażądał zadośćuczynienia.

Decyzją nr 25 wydaną przez tego dyrektora w dniu 28 lutego 2011 r. stwierdzono zgodność z prawem działania straży granicznej oraz aktu administracyjnego wydanego w jego wyniku, mianowicie zezwolenia M. Zakarii, osobie znajdującej się w tranzycie, na wjazd na terytorium Łotwy, jednego z państw będących stroną konwencji wykonawczej do układu z Schengen. Żądanie zainteresowanego w części dotyczącej zadośćuczynienia zostało jednak oddalone.

Następnie M. Zakaria zwrócił się do rejonowego sądu administracyjnego, wnosząc o stwierdzenie bezprawności działania straży granicznej oraz o zapłatę odszkodowania za szkodę na osobie i zadośćuczynienia za krzywdę moralną. Żądanie M. Zakarii zostało odrzucone

8 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 562/2006 z dnia 15 marca 2006 r. ustanawiające wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice, Dz.Urz. L 105 z 13.4. 2006, s. 1 (dalej: rozporządzenie 562/2006).

jako niedopuszczalne w ramach postępowania administracyjnego. Sąd łotewski uznał, że wobec braku możliwości zaskarżenia do sądu decyzji o odmowie wjazdu na terytorium Łotwy sąd nie może również zbadać żądania stwierdzenia naruszenia proceduralnego popełnionego w trakcie wydawania decyzji o zezwoleniu na wjazd na terytorium tego państwa członkowskiego. W ocenie sądu krajowego żądania odszkodowania i zadośćuczynienia nie można uznać za niezależne żądanie, ponieważ jest ono nierozerwalnie związane z żądaniem głównym. W związku z tym, skoro brak jest żądania głównego, niedopuszczalne jest żądanie odszkodowawcze z tytułu szkody na osobie i żądanie zadośćuczynienia z tytułu krzywdy moralnej – zatem muszą również i one zostać odrzucone.

Zapoznawszy się z tą decyzją, M. Zakaria wniósł środek odwoławczy od wyroku, ale okręgowy sąd administracyjny podtrzymał w mocy uzasadnienie wyroku. Dodatkowo przyznał, że jeśli M. Zakaria uważa, iż funkcjonariusze straży granicznej naruszyli jego honor i godność, co uprawnia do ubiegania się o odszkodowanie i zadośćuczynienie, może dochodzić swych roszczeń przed sądem powszechnym. Wówczas M. Zakaria wniósł środek odwoławczy do senatu sądu najwyższego. W piśmie procesowym podniósł on, że nie zmierza do rewizji decyzji zezwalającej na wjazd do kraju, lecz że występuje raczej przeciwko czynnościom faktycznych funkcjonariuszy, popełnionym podczas wydawania decyzji, które nie są jednak z tą decyzją związane. Sąd odsyłający wskazał, że wobec braku możliwości zaskarżenia decyzji dyrektora służby granicznej do sądu administracyjnego i biorąc pod uwagę, że środek odwoławczy M. Zakarii jest wymierzony przeciwko czynnościom popełnionym w trakcie postępowania administracyjnego, żądanie odszkodowania i zadośćuczynienia nie może być rozpatrzone w ramach postępowania cywilnego. Sąd ten wyraził jednak wątpliwości co do zgodności z art. 13 ust. 3 rozporządzenia 562/2006 uregulowania krajowego, stojącego na przeszkodzie zaskarżeniu decyzji do organu sądowego lub organu administracyjnego, który z punktu widzenia instytucjonalnego i funkcjonalnego zagwarantowałby niezawisłe i bezstronne rozpatrzenie odwołania. Sąd ten wyraził również wątpliwości, czy art. 13 ust. 3 rozporządzenia 562/2006 gwarantuje prawo do odwołania wyłącznie w przypadkach odmowy wjazdu do danego państwa i uznaje, że zainteresowana osoba ma prawo kwestionowania naruszeń popełnionych w trakcie postępowania, w szczególności w przypadku naruszenia godności ludzkiej, nawet jeśli treść decyzji administracyjnej jest korzystna.

Stanowisko Trybunału

Zdaniem TSUE sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy art. 13 ust. 3 rozporządzenia 562/2006 przewiduje, że zainteresowany ma prawo zaskarżenia nie tylko decyzji odmawiającej wjazdu na terytorium państwa członkowskiego, lecz także naruszeń popełnionych w trakcie postępowania w sprawie wydania decyzji zezwalającej na ten wjazd. Jednocześnie sąd ten pyta, czy w przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze przywołany przepis nakłada na państwo członkowskie obowiązek zagwarantowania możliwości odwołania się do sądu lub organu, który z instytucjonalnego i funkcjonalnego punktu widzenia oferuje te same gwarancje co organ sądowy.

Trybunał zwrócił uwagę, że art. 13 rozporządzenia 562/2006 jest całkowicie poświęcony kwestiom związanym z odmową wjazdu, a zatem przewiduje dla państw członkowskich jedynie obowiązek ustanowienia możliwości zaskarżenia decyzji o odmowie wjazdu na ich terytorium.

Ponadto Trybunał przypomniał, że zgodnie z art. 51 ust. 1 karty, jej postanowienia mają zastosowanie do państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii. W konsekwencji, zdaniem TSUE, to do sądu odsyłającego należy określenie, w świetle okoliczności zawisłego przed nim sporu, czy sytuacja skarżącego w postępowaniu głównym jest objęta zakresem stosowania prawa Unii i, jeśli tak jest, czy odmowa przyznania skarżącemu prawa dochodzenia podnoszonych przez niego żądań przed sądem narusza prawa przyznane w art. 47 karty. W tym kontekście Trybunał zwrócił uwagę, że funkcjonariusze straży granicznej, wykonując swoje zadania w rozumieniu art. 6 tego rozporządzenia, są zobowiązani, w szczególności, do pełnego poszanowania godności osoby

ludzkiej. Na państwach członkowskich spoczywa obowiązek przewidzenia w swoim wewnętrznym porządku prawnym możliwości zaskarżenia stosownych dla zagwarantowania – przy poszanowaniu art. 47 karty – ochrony osób dochodzących praw wywodzonych przez nie z art. 6 rozporządzenia 562/2006.

Jednocześnie, jeśli sąd uzna, że sytuacja ta nie jest objęta zakresem stosowania prawa Unii, powinien przystąpić do jej oceny w świetle prawa krajowego, biorąc równocześnie pod uwagę europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisaną w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r., której stronami są wszystkie państwa członkowskie[9].

9 Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z późn. zm.

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski[1]

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (druga izba) z dnia 9 października 2012 r. w sprawie *X przeciwko Turcji*, skarga nr 24626/09 – zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania, zakaz dyskryminacji

Stan faktyczny

Skarżący, obywatel Turcji o orientacji homoseksualnej, został skazany na karę dziesięciu lat pozbawienia wolności. W 2008 r. został osadzony w zakładzie karnym w Buca w celi z mężczyznami heteroseksualnymi. Ze względu na poniżające wobec niego działania współosadzonych i w trosce o własne bezpieczeństwo skarżący zwrócił się do administracji zakładu karnego o przeniesienie do celi z osobami homoseksualnymi. W efekcie został niezwłocznie umieszczony w pojedynczej celi o powierzchni 7 m², wyposażonej w łóżko i ręcznik. Pomieszczenie było źle oświetlone i nie posiadało umywalki. Taki typ celi był stosowany jako dyscyplinarny środek odosobnienia więźniów albo był wykorzystywany dla więźniów skazanych za gwałt lub pedofilię. Skarżący został pozbawiony kontaktów z innymi więźniami, nie korzystał również z jakichkolwiek form aktywności społecznej, umożliwiono mu jedynie kontakt z prawnikiem oraz doprowadzano go na przesłuchania. Po licznych skargach do prokuratury oraz sędziego penitencjarnego skarżący został skierowany na badania psychiatryczne. Zdiagnozowano u niego depresję i poddany został miesięcznej hospitalizacji. W lutym 2009 r. skarżący został przeniesiony do zakładu karnego w Eskişehir – osadzono go z innymi więźniami w normalnej celi i zapewniono wszystkie prawa przewidziane dla osadzonych.

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

Trybunał podkreślił, że rząd Turcji nie podważał warunków, jakie panowały w indywidualnej celi. Nie zakwestionowano złego wyposażenia celi, braku urządzeń sanitarnych, faktycznego zredukowania powierzchni użytkowej do nieco ponad 3 m², obecności szczurów. Zdaniem ETPC warunki odbywania kary przez skarżącego: osadzenie w celi wykorzystywanej jako środek dyscyplinarny, pozbawienie możliwości kontaktu z innymi osadzonymi, wykluczenie z jakichkolwiek form aktywności społecznej – były w pewnych aspektach bardziej rygorystyczne od warunków, jakie mają więźniowie skazani na dożywotnie pozbawienie wolności. Trybunał zwrócił również uwagę, że administracja zakładu karnego umie-

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.

ściła skarżącego w jednoosobowej celi z uwagi na niebezpieczeństwo, jakie groziło mu ze strony współwięźniów. Jednak w ocenie ETPC, nawet jeśli takie środki były niezbędne, niezrozumiałe jest, dlaczego zostały połączone z całkowitym wykluczeniem skarżącego z życia więziennego. Takie warunki odbywania kary musiały, zdaniem Trybunału, skutkować cierpieniami psychicznymi i fizycznymi skarżącego oraz pozbawiały go godności i były przykładem zakazanego przez Konwencję „nieludzkiego lub poniżającego traktowania".

Stanowisko ETPC – zakaz dyskryminacji (art. 14 EKPC)

Trybunał przypomniał, że względem skarżącego stosowane były liczne środki, których użycie uzasadniane było orientacją seksualną i ochroną przed możliwymi atakami, podczas gdy skarżący domagał się równego traktowania przy zapewnieniu mu ochrony przed szykanowaniem ze strony innych więźniów. Jego prośby nie zostały uwzględnione, a administracja zakładu karnego nie musiała podejmować środków, z których skorzystała. Obowiązkiem zakładu karnego było ustalenie, czy i jakie niebezpieczeństwa dla skarżącego wynikały z jego orientacji seksualnej. Wbrew temu władze zakładu karnego założyły istnienie takiego niebezpieczeństwa. Zdaniem Trybunału wykluczenie skarżącego z życia więziennego miało związek z jego homoseksualnością, co należało uznać za naruszenie zakazu dyskryminacji.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (czwarta izba) z dnia 27 listopada 2012 r. w sprawie *Stamose przeciwko Bułgarii*, skarga nr 29713/05 – swoboda opuszczenia kraju

Stan faktyczny

Skarżący od 2010 r. mieszka w Wielkiej Brytanii. W 1998 r. rozpoczął studia w stanie Missouri i wjechał na terytorium USA na podstawie wizy studenckiej. Później zrezygnował ze studiów i podjął zatrudnienie. W 2000 r. władze amerykańskie uznały, że skarżący naruszył warunki wizy studenckiej i uruchomiły procedurę deportacyjną, która w 2003 r. zakończyła się wydaleniem. Równolegle w 2000 r. matka skarżącego wyszła za mąż za obywatela Stanów Zjednoczonych i uzyskała obywatelstwo tego państwa.

W 2003 r. władze bułgarskie – na wniosek władz amerykańskich – nałożyły na skarżącego dwuletni zakaz opuszczania terytorium Bułgarii i odebrały mu paszport.

Stanowisko ETPC – swoboda opuszczenia kraju (art. 2 § 2 protokołu nr 4[3])

Trybunał podkreślił nowatorski charakter rozpoznawanej sprawy, zaznaczając, że w dotychczasowym orzecznictwie nie miał okazji szerszego ustosunkowania się do swobody opuszczania kraju. Artykuł 2 § 2 protokołu nr 4 do EKPC gwarantuje każdej osobie prawo do opuszczenia kraju z jakichkolwiek powodów. Orzeczony zakaz oraz odebranie paszportu stanowiły ingerencję w te prawa i dlatego wymaga ustalenia, czy środki te miały podstawę prawną i czy były niezbędne w demokratycznym społeczeństwie.

Zdaniem Trybunału nie było wątpliwości, że pierwsza z przesłanek testu proporcjonalności została spełniona. Zakaz opuszczania kraju oraz odebranie paszportu znalazły podstawę w bułgarskiej ustawie z 1998 r.

Odnosząc się natomiast do niezbędności ingerencji, Trybunał przypomniał, że zastosowanie względem skarżącego środków ograniczających prawo do przemieszczania się miało częściowo uzasadnienie prewencyjne – władze bułgarskie chciały zapobiec przyszłym naruszeniom prawa imigracyjnego, a pośrednio także zliberalizować restrykcyjną politykę wizową USA względem obywateli bułgarskich. Nawet gdyby przyjąć, że ograniczenia praw skarżącego miały uzasadnienie w legitymowanym celu ochrony praw innych podmiotów, to w ocenie ETPC, w kształcie zastosowanym w rozpatrywanej sprawie – muszą zostać uznane za niezgodne z zasadą proporcjonalności. Trybunał uznał wprawdzie, że dwuletni zakaz opuszczania kraju nie był długi, ale nie czas trwania zakazu miał znaczenie w rozpatrywanej sprawie. Istotne bowiem było zbadanie, czy można wprowadzić zakaz podróżowania do wszystkich

3 Protokół nr 4 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzony w Strasburgu dnia 16 września 1963 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175/2, dalej: protokół nr 4 do EKPC).

krajów z powodu naruszenia przepisów imigracyjnych konkretnego państwa. Zdaniem ETPC nie budzi żadnych wątpliwości, że taka ingerencja w prawa skarżącego miała charakter nieproporcjonalny. Typową sankcją jest bowiem zakaz ponownego wjazdu do państwa, którego przepisy imigracyjne zostały naruszone – za drakońskie uznać należy dwuletnie i całkowite wyłączenie możliwości opuszczania terytorium Bułgarii. Nadto władze bułgarskie nie zbadały okoliczności sprawy skarżącego. Nie odniosły się ani do rodzaju naruszenia prawa imigracyjnego, ani do prawdopodobieństwa dopuszczenia się podobnych czynów w przyszłości, ani do sytuacji rodzinnej skarżącego. Automatyzm działania władz bułgarskich spowodował naruszenie art. 2 protokołu nr 4 do EKPC. Trybunał przypomniał przy tym, że nawet presja wprowadzenia określonych rozwiązań (np. zmniejszenie liczby przypadków nielegalnych imigracji do USA) nie może stać się jedynym uzasadnieniem dla ograniczenia praw jednostki.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (czwarta izba) z dnia 4 grudnia 2012 r. w sprawie *Świątek przeciwko Polsce*, skarga nr 8578/04 – ochrona własności

Stan faktyczny

W październiku 2001 r. E. Świątek wystąpił do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Rzeszowie o przyznanie wcześniejszej emerytury dla osób opiekujących się dziećmi wymagającymi stałej opieki ze względu na stan zdrowia (tzw. EWK). Do wniosku załączył dokumentację medyczną potwierdzającą, że jedno z jego sześciorga dzieci jest chore na nerwiakowłókniakowatość oraz skoliozę. W listopadzie 2001 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych przyznał E. Świątkowi prawo do wcześniejszej emerytury od 1 października 2001 r., ale zawiesił wypłatę świadczenia w miesiącu październiku, w którym wnioskodawca pozostawał nadal w stosunku pracy.

W niedługim czasie po przyznaniu emerytury Zakład Ubezpieczeń Społecznych wystąpił do Głównego Lekarza Orzecznika o udzielenie informacji na temat stanu zdrowia syna E. Świątka. W sierpniu 2002 r. lekarz orzecznik wydał opinię na podstawie przekazanej dokumentacji medycznej, podważając zasadność szczególnej stałej opieki nad synem E. Świątka. W efekcie we wrześniu 2002 r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Rzeszowie wydał dwie decyzje. Mocą pierwszej z nich wypłata świadczenia dla E. Świątka została wstrzymana ze skutkiem natychmiastowym. Na podstawie drugiej decyzji ZUS wznowił postępowanie, uchylił decyzję o przyznaniu emerytury i ostatecznie odmówił wnioskodawcy prawa do wcześniejszej emerytury na warunkach określonych przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 maja 1989 r. w sprawie uprawnień do wcześniejszej emerytury pracowników opiekujących się dziećmi wymagającymi stałej opieki[4], ale nie nakazał zwrotu pobranego już świadczenia. Eugeniusz Świątek odwołał się od tych decyzji, twierdząc między innymi, że cofnięcie emerytury było sprzeczne z zasadą praw nabytych.

W kwietniu 2003 r. Sąd Okręgowy w Rzeszowie oddalił odwołanie E. Świątka, potwierdzając słuszność odebrania mu wcześniejszej emerytury. Następnie w październiku 2003 r. Sąd Apelacyjny w Rzeszowie oddalił apelację E. Świątka, a w marcu 2004 r. Sąd Najwyższy odmówił rozpoznania skargi kasacyjnej. W efekcie E. Świątek pozostał bezrobotny, z prawem uzyskania emerytury dopiero w 2019 r.

W podobnej sytuacji znalazło się około stu trzydziestu osób, które wniosły skargi do ETPC. Większość z tych osób założyła Stowarzyszenie Osób Poszkodowanych przez ZUS w celu monitorowania systemu ubezpieczeń społecznych w Polsce, w szczególności w regionie podkarpackim.

Stanowisko ETPC – ochrona własności (art. 1 protokołu nr 1[5])

Trybunał stwierdził, że decyzje Zakładu Ubezpieczeń Społecznych pozbawiające skarżącego prawa do wcześniejszej emerytury, zaakceptowane następnie przez sądy, stanowiły ingerencję

4 Dz.U. z 1989 r. Nr 28, poz. 149 (akt uchylony).

5 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).

w prawo własności w rozumieniu art. 1 protokołu nr 1 do EKPC. Zgodnie z zasadą ogólną wypracowaną przez ETPC jakakolwiek ingerencja władzy publicznej w korzystanie z własności powinna być dokonana na podstawie prawa oraz mieć uzasadniony cel, a podjęte środki muszą być proporcjonalne do celu, jaki ma zostać osiągnięty. Trybunał uznał, że w rozpatrywanej sprawie ingerencja była przewidziana przepisami prawa i została dokonana w uzasadnionym celu. W związku z tym dokonał oceny, czy ingerencja była proporcjonalna.

Zdaniem ETPC w rozpatrywanej sprawie prawo własności zostało wygenerowane na podstawie pozytywnej oceny akt dołączonych do wniosku o przyznanie wcześniejszej emerytury, który został złożony w dobrej wierze, oraz poprzez jego uznanie przez ZUS. Decyzja o przyznaniu wcześniejszej emerytury wywołała niewątpliwie skutki dla skarżącego i jego rodziny. Trybunał podkreślił, że okres sprawdzania dokumentacji był stosunkowo długi, a decyzja o przyznaniu emerytury pozostawała w mocy przez jedenaście miesięcy, zanim uznano, że świadczenie nie powinno być przyznane. Z drugiej strony, jak tylko odnotowano pomyłkę ZUS wydał decyzję o zaprzestaniu wypłaty świadczenia stosunkowo szybko i ze skutkiem natychmiastowym. Mimo że skarżący miał możliwość zakwestionowania tej decyzji w postępowaniu sądowym, jego prawo do emerytury zostało określone przez sądy prawie osiemnaście miesięcy po wydaniu decyzji i w tym czasie nie otrzymywał żadnych świadczeń socjalnych. Badając zgodność tych faktów z EKPC, Trybunał przypomniał o szczególnym znaczeniu zasady dobrego rządzenia. Zgodnie z tą zasadą, jeżeli sprawa odnosi się do interesu ogólnego, zwłaszcza gdy dotyka podstawowych praw człowieka, w tym prawa własności, władze publiczne muszą działać niezwłocznie oraz w sposób należyty i konsekwentny. Od władz publicznych należy wymagać szczególnej staranności, zwłaszcza gdy działają w sprawach o podstawowym znaczeniu dla jednostki, jak np. świadczenia socjalne. Zdaniem ETPC po wykryciu pomyłki władze publiczne nie zrealizowały tego obowiązku. Pierwotna decyzja o przyznaniu wcześniejszej emerytury została wydana pochopnie i bez odpowiedniej weryfikacji.

Ponadto w ocenie ETPC brak ze strony państwa żądania zwrotu nienależnie wypłaconego świadczenia nie złagodził dostatecznie skutków ingerencji w jego prawo.

W rezultacie zastosowanego środka skarżący, bez żadnego okresu przejściowego pozwalającego na dostosowanie się do nowej sytuacji, stanął w obliczu całkowitej utraty świadczenia, które stanowiło jego główne źródło dochodu. Trybunał zwrócił uwagę, że ze względu na wiek i sytuację ekonomiczną w kraju, zwłaszcza w regionie podkarpackim, znalezienie pracy przez skarżącego nie było możliwe, a jak zaznaczył sam skarżący, w zaistniałej sytuacji nie był uprawniony do uzyskania świadczeń z pomocy społecznej.

Zdaniem ETPC nie została zachowana dostateczna równowaga między wymogami interesu publicznego a wymogami ochrony fundamentalnych praw jednostki, ciężar zaś nałożony na skarżącego był nadmierny. Na tej podstawie, stosunkiem głosów 6 do 1, Trybunał stwierdził naruszenie art. 1 protokołu nr 1 do EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (piąta izba) z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie *Michaud przeciwko Francji*, skarga nr 12323/11 – prawo do ochrony życia prywatnego

Stan faktyczny

Skarżący Patrick Michaud jest paryskim adwokatem. Od 1991 r. Unia Europejska przyjęła dyrektywy ukierunkowane na zapobieganie wykorzystywaniu systemu finansowego w celu prania brudnych pieniędzy; dyrektywy te zostały transponowane do prawa francuskiego. Doprowadziło to między innymi do nałożenia na prawników obowiązku zgłaszania ewentualnych podejrzeń o pranie pieniędzy przez klientów, jeżeli w ramach wykonywania czynności zawodowych pomagali im w przygotowaniu lub realizacji określonych rodzajów transakcji, brali udział w transakcjach finansowych lub majątkowych, lub występowali w roli powiernika. Z zakresu tego obowiązku wyłączone zostały działania związane z postępowaniem sądowym oraz z doradztwem prawnym. Prawnicy zostali zobowiązani do przedstawienia raportów przewodni-

cącemu adwokatury w Radzie Stanu oraz w Sądzie Kasacyjnym lub przewodniczącemu właściwej ze względu na ich przynależność izby adwokackiej, do którego obowiązków należało przesłanie raportu do jednostki francuskiego ministerstwa finansów zajmującej się przetwarzaniem informacji i walką z nielegalnym obrotem finansowym (*Tracfin*).

W lipcu 2007 r. Krajowa Rada Adwokacka wydała decyzję, na mocy której przyjęła regulację zawodową potwierdzającą ten wymóg i nałożyła na adwokatów obowiązek ustanowienia wewnętrznych procedur działania w przypadkach zgłoszenia podejrzenia (*déclarations de suspicion*). Niepodporządkowanie się tej regulacji wiązało się z sankcjami dyscyplinarnymi.

W październiku 2007 r. P. Michaud wystąpił do Rady Stanu o uchylenie decyzji Krajowej Rady Adwokackiej z powodu naruszenia wolności wykonywania zawodu adwokata oraz przepisów gwarantujących tę wolność. Ponadto zwrócił się do Rady Stanu o skierowanie w trybie prejudycjalnym pytania do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), by ten mógł orzec, czy obowiązek zgłaszania podejrzeń pozostaje w zgodzie z art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 8 EKPC. W lipcu 2010 r. Rada Stanu oddaliła wniosek P. Michaud i odmówiła wystąpienia do TSUE. W odniesieniu do art. 8 EKPC Rada Stanu stwierdziła, że z uwagi na interes publiczny w walce z praniem brudnych pieniędzy oraz fakt, że informacje uzyskane przez prawników w ramach postępowań sądowych oraz świadczenia pomocy prawnej nie są objęte zakresem obowiązku zgłaszania podejrzenia, obowiązek ten nie stanowi nadmiernej ingerencji w tajemnicę zawodową.

Stanowisko ETPC – prawo do poszanowania życia prywatnego (art. 8 EKPC)

Trybunał potwierdził, że art. 8 EKPC, który gwarantuje w szczególności prawo do poszanowania korespondencji, chroni poufność wszelkich form wymiany zdań w celu komunikacji. W związku z tym nałożenie na prawników obowiązku przekazywania organowi administracyjnemu informacji zebranych w trakcie współpracy z klientami stanowi ingerencję w ich prawo do poszanowania tajemnicy korespondencji oraz w prawo do poszanowania życia prywatnego, które obejmuje działalność zawodową. Zdaniem ETPC ingerencja ta pozostawała w zgodzie z prawem i służyła jednemu z uzasadnionych celów określonych w art. 8 EKPC, gdyż – przeciwdziałając praniu brudnych pieniędzy – miała na celu ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom.

W odniesieniu do przesłanki konieczności ETPC potwierdził, że na mocy Konwencji państwa są zobligowane do działania w zgodzie ze zobowiązaniami międzynarodowymi, w tym z wynikającymi z członkostwa w organizacji międzynarodowej, na rzecz której przekazały część swoich suwerennych kompetencji. Jednakże środki podjęte zgodnie z takimi zobowiązaniami należy uznać za uzasadnione dopóty, dopóki dana organizacja zapewnia ochronę praw podstawowych na poziomie co najmniej równoważnym z poziomem gwarantowanym przez Konwencję. Jeśli organizacja międzynarodowa zapewnia taką ochronę, należy domniemywać, że państwo nie odbiega od wymogów Konwencji, gdy nie czyni więcej ponad implementację zobowiązań wynikających z członkostwa w tej organizacji. Takie domniemanie ma na celu – w szczególności – uniknięcie sytuacji, gdy państwo musiałoby powołać się na zobowiązania wynikające z członkostwa w organizacji międzynarodowej, niebędącej stroną Konwencji, na rzecz której przekazało część swoich suwerennych kompetencji, aby usprawiedliwić, zgodnie z Konwencją, swoje działania lub zaniechania wynikające z tego członkostwa. Domniemanie to pozwala także określić przypadki, w których ETPC może, w interesie współpracy międzynarodowej, zmniejszyć intensywność funkcji kontrolnej, przyznanej mu w art. 19 EKPC, w odniesieniu do przestrzegania przez państwa zobowiązań wynikających z Konwencji. Trybunał akceptuje takie rozwiązanie tylko w zakresie, w jakim określone prawa i gwarancje mogą być przedmiotem kontroli porównywalnej z tą, którą sam przeprowadza. Jeżeli byłoby to niemożliwe, państwo mogłoby uchylać się od międzynarodowej oceny zgodności jego działań ze zobowiązaniami podejmowanymi w ramach EKPC.

Trybunał przypomniał, powołując się na orzeczenie *Bosphorus Airways przeciwko Irlandii*, że ochrona praw podstawowych przez

Unię Europejską jest zasadniczo równoważna z systemem Konwencji. Zauważył jednak, że w rozpatrywanej sprawie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie miał możliwości wypowiedzenia się na temat praw podstawowych. Z jednej strony Rada Stanu odmówiła wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym w kwestii zgodności z art. 8 EKPC obowiązku zgłoszenia podejrzeń o pranie pieniędzy. Jednocześnie kwestia ta nigdy nie została zbadana przez Trybunał Sprawiedliwości – ani w trybie prejudycjalnym przy okazji innej sprawy, ani w ramach otwartych działań państw członkowskich i instytucji Unii. Trybunał zauważył, że decydując o nieskierowaniu pytania prejudycjalnego – w sytuacji, gdy Trybunał Sprawiedliwości nie wypowiadał się jeszcze na temat praw gwarantowanych w Konwencji – Rada Stanu wykazała pełnię władzy w zakresie kontroli przestrzegania praw podstawowych w systemie międzynarodowym zgodnie z dyrektywami wynikającymi z Konwencji. Z tego względu ETPC stwierdził, że domniemanie równoważnej ochrony nie znalazło zastosowania i uznał za niezbędne zbadanie, czy ingerencja była konieczna.

Trybunał podkreślił, że skoro art. 8 EKPC chroni poufność wszelkiej korespondencji, to tym samym obejmuje ochroną relacje między prawnikami i ich klientami. Jest to uzasadnione fundamentalną rolą prawników w społeczeństwie demokratycznym w zakresie obrony podsądnych. Prawnicy nie mogą realizować tego istotnego zadania, jeśli nie są w stanie zagwarantować tym, których reprezentują, poufności. W ocenie Trybunału art. 8 EKPC, gwarantując ochronę poufności w zakresie relacji prawnik–klient, w sposób szczególny zabezpiecza tajemnicę zawodową.

Tajemnica zawodowa ma duże znaczenie dla prawnika oraz jego klienta, jak również dla prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Jest to jedna z zasad fundamentalnych, na których opiera się administracja wymiaru sprawiedliwości w społeczeństwie demokratycznym, co nie oznacza, że jest ona nienaruszalna. W rozpatrywanej sprawie konieczne było wyważenie znaczenia tejemnicy zawodowej w kontekście zwalczania prania pieniędzy pochodzących z bezprawnej działalności, wykorzystywanych prawdopodobnie w celu finansowania działalności przestępczej.

Przy ocenie proporcjonalności ingerencji Trybunał uwzględnił dwa elementy. Po pierwsze, jak wskazywała Rada Stanu, prawnicy podlegali obowiązkowi zgłaszania podejrzeń tylko w dwóch przypadkach: jeżeli w imieniu i na rzecz swoich klientów brali udział w transakcjach finansowych lub majątkowych, lub działali jako powiernicy, a także wtedy, gdy pomagali swoim klientom w przygotowywaniu lub przeprowadzaniu transakcji dotyczących pewnych określonych działań. Zatem obowiązek zgłaszania podejrzeń dotyczył jedynie takich czynności, które odbiegały od przypisywanej prawnikom roli obrońcy i były podobne do czynności wykonywanych przez innych podlegających temu obowiązkowi specjalistów. Ponadto przepisy wyraźnie wskazywały, że prawnicy zostali wyłączeni spod tego obowiązku, jeżeli dana działalność była związana z postępowaniem sądowym oraz zasadniczo wtedy, kiedy udzielali porad prawnych. Obowiązek zgłaszania podejrzeń nie wkraczał, zdaniem ETPC, w istotę funkcji obronnej prawników, stanowiącej podstawę tajemnicy zawodowej.

Po drugie, przepisy wprowadziły szczególne rozwiązanie w celu ochrony tajemnicy zawodowej: prawnicy mieli obowiązek przekazywania raportu nie bezpośrednio do specjalnej jednostki ministerstwa finansów, ale do przewodniczącego adwokatury Rady Stanu i Sądu Kasacyjnego lub przewodniczącego izby, której byli członkami. Można uznać, że na etapie, kiedy informacja została udostępniona profesjonaliście podlegającemu tym samym zasadom postępowania i wybranemu przez osoby o tej samej pozycji zawodowej, tajemnica zawodowa nie była naruszana. Przewodniczący właściwej izby przekazywał ujawnione podejrzenia do specjalnej jednostki zajmującej się analizą finansową dopiero po uprzednim upewnieniu się, że warunki określone w przepisach prawa zostały spełnione.

Reasumując, Trybunał stwierdził, że obowiązek zgłaszania podejrzenia prania brudnych pieniędzy nie stanowił nieproporcjonalnej ingerencji w tajemnicę zawodową i w związku z tym nie doszło do naruszenia art. 8 EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała NSA z dnia 13 listopada 2012 r., I OPS 3/12

Zdolność sądowa oraz procesowa gminy w postępowaniu sądowoadministracyjnym

Zadania i kompetencje organów gminy

W postępowaniu przed sądem administracyjnym w sprawach skarg, których przedmiotem jest uchwała rady gminy, zdolność procesową (art. 26 § 1 w zw. z art. 28 § 1 i art. 32 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. Nr 270 z późn. zm., dalej: p.p.s.a.) ma wójt (burmistrz, prezydent miasta) chyba że w sprawie zachodzą okoliczności szczególne, których nieuwzględnienie mogłoby prowadzić do pozbawienia rady gminy prawa do ochrony sądowej.

Stan faktyczny

Przedmiotem podjętej przez NSA uchwały było następujące pytanie sformułowane przez Prezesa NSA: Czy zdolność procesową w postępowaniu przed sądem administracyjnym w sprawach skarg, których przedmiotem jest uchwała rady gminy, ma wójt (burmistrz, prezydent) czy rada gminy? Wystąpienie o podjęcie uchwały uzasadnione zostało powstałą w orzecznictwie sądowym rozbieżnością. W uzasadnieniu wniosku wskazano orzeczenia, w których przyjmowano, że w sprawie ze skargi na uchwałę rady gminy czynności w postępowaniu sądowym powinna podejmować rada gminy (jej przewodniczący), oraz orzeczenia, w których prezentowany był pogląd, że w sprawie ze skargi na uchwałę rady gminy czynności w postępowaniu sądowym za radę gminy powinien podejmować wójt gminy (burmistrz, prezydent miasta).

Stanowisko NSA

Na wstępie prowadzonych rozważań NSA zwrócił uwagę na dwutorowość regulacji sądowo-proceduralnej w badanym zakresie. Problem zdolności sądowej i zdolności procesowej musi być bowiem rozważany nie tylko na gruncie ogólnych przepisów p.p.s.a. i przepisów procedury cywilnej, ale także na gruncie przepisów ustrojowych i proceduralnych ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm., dalej: u.s.g.). Rozstrzygnięcie przedstawionych we wniosku wątpliwości prawnych powinno uwzględniać wykładnię przepisów obu tych regulacji. Dokonując wykładni art. 25 § 1, art. 26 § 1 i art. 28 § 1 p.p.s.a., NSA zwrócił uwagę, że zdolność sądowa w przypadku osoby prawnej jest jej przymiotem pozwalającym na występowanie przed sądem administracyjnym. W odniesieniu do osób prawnych zdolność do występowania przed sądem jako strony ocenia się na podstawie przepisów ustrojowych, którymi w niniejszej sprawie są przepisy ustawy o samorządzie gminnym. Artykuł 31 u.s.g. wprost stanowi, że wójt (burmistrz, prezydent) reprezentuje gminę na zewnątrz. Ta konstatacja nie jest jednak wystarczająca do odpowiedzi na wątpliwości podniesione we wniosku o podjęcie uchwały, z uwagi na brzmienie art. 32 p.p.s.a., który stanowi, że stronami postępowania sądowoadministracyjnego są skarżący oraz organ, którego działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania jest przedmiotem skargi.

Kontynuując rozważania prawne, NSA wyraźnie stwierdził, że podmiotem realizującym zadania z zakresu administracji publicznej jest gmina, mająca osobowość prawną. Gmina dokonuje czyn-

ności w postępowaniu sądowym przez swoje organy, którymi są rada – jako organ stanowiący i kontrolny – oraz wójt (burmistrz, prezydent) – jako organ wykonawczy. Zadania i kompetencje tych organów są ustawowo określone i rozdzielone. Ustawa o samorządzie gminnym nie wprowadza dualizmu w reprezentowaniu gminy, nie przewidując w tym zakresie jakichkolwiek ograniczeń ani wyłączeń. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że gminę, której samodzielność jest chroniona głównie przez skargi na akty nadzoru, reprezentuje wójt. To wójt jest organem wykonawczym i to on wykonuje uchwały rady, niezależnie od ich przedmiotu. Skoro to nie rada reprezentuje gminę, to nie może ona kompetencji w tym zakresie – nieposiadanych – przekazać na rzecz innego podmiotu. Radzie gminy służy domniemanie kompetencji, ale tylko w sytuacjach, gdy ustawy nie stanowią inaczej. W odniesieniu do reprezentowania gminy ustawa właśnie „stanowi inaczej" i podejmowanie uchwały upoważniającej przewodniczącego rady do działania na „zewnątrz" (poza ustawowym zakresem jego bardzo wąskich kompetencji) naruszałoby przepis art. 18 ust. 1 i art. 31 u.s.g., oznaczałoby przekroczenie przez radę jej kompetencji.

Przypisując powyżej wyrażonemu stanowisku charakter zasady ogólnej, NSA nie nadał mu charakteru bezwzględnego. Odmowa przyznania radzie gminy zdolności procesowej, gdy zachodzi konflikt interesów prawnych rady i wójta lub gdy z przedmiotu uchwały wynika, że sprawa dotyczy interesu prawnego wójta, mogłaby doprowadzić do pozbawienia organu stanowiącego możliwości ochrony sądowej jej interesu prawnego, uprawnień i kompetencji. Zdolność sądowa gminy jako osoby prawnej determinuje zakres jej zdolności procesowej. Uznanie organów, których działanie lub bezczynność jest przedmiotem skargi za strony postępowania na gruncie procedury sądowoadministracyjnej, mającej cechy szczególne, odróżniające ją od procedury cywilnej i wynikające z odmienności przedmiotu i zakresu kontroli sądów administracyjnych, pozwala w szczególnych, zwłaszcza konfliktowych sytuacjach, na uznanie ważności konkretnego postępowania sądowego, w którym jako strona występuje rada gminy, reprezentowana przez przewodniczącego.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Zaprezentowana uchwała zapadła w szczególnie istotnej z punktu widzenia prawidłowej reprezentacji gminy w postępowaniu sądowoadministracyjnym sprawie. Wskazana we wniosku Prezesa NSA rozbieżność w orzecznictwie sądowym miała swoją długoletnią historię, będąc po dzień dzisiejszy odmiennie pojmowaną. Z tego względu podjęta uchwała odgrywa szczególne znaczenie praktyczne w szeregu aktualnie toczących się przed sądami administracyjnymi spraw, które przede wszystkim dotyczą skarg na podejmowane przez rady gminy akty prawa miejscowego. Powyższa uchwała będzie odgrywała w tym zakresie istotną rolę w porządkowaniu sądowej praktyki stosowania prawa oraz ujednoliceniu orzecznictwa.

Oprócz przedstawionych argumentów, które wywarły przesądzający wpływ na treść odpowiedzi Prezesa NSA udzielonej na zasadne pytanie, na uwagę zasługuje przedstawiony w uzasadnieniu uchwały rozdział kompetencji pomiędzy dwoma organami gminy, szczególnie przez podkreślenie zadań i kompetencji wójta. Z kolei w odniesieniu do przewodniczącego rady gminy – NSA w oparciu o art. 19 ust. 2 u.s.g. wskazał, że zadaniem przewodniczącego jest wyłącznie organizowanie pracy rady oraz prowadzenie jej obrad. W ocenie NSA wykładnia prowadząca do przyznania zdolności sądowej radzie gminy, która upoważniałaby przewodniczącego do reprezentowania rady gminy w postępowaniu sądowym, pozostawałaby w sprzeczności z art. 19 ust. 2 u.s.g., także gdy się zważy, że prowadziłaby do bardzo poważnego obciążenia przewodniczącego dodatkowymi obligatoryjnymi czynnościami procesowymi (udzielanie upoważnień pełnomocnikom procesowym, w tym także pracownikom urzędu gminy, wnoszenie skarg i skarg kasacyjnych, udzielanie odpowiedzi na skargi, przekazywanie ich sądom, dokonywanie innych czynności procesowych). Poza tym rada nie dysponuje własnymi środkami ani własną obsługą organizacyjną i prawną, którą zapewnia jej urząd gminy, na czele którego stoi wójt, odpowiadający za gospodarkę finansową gminy oraz podejmujący decyzję o ewentualnym obciążeniu rachunku gminy.

Zaprezentowana uchwała zasługuje na aprobatę nie tylko z punktu widzenia otrzymanego rezultatu wykładni językowej, lecz również pozajęzykowych dyrektyw interpretacyjnych.

Opracował *Wojciech Piątek*

Uchwała NSA z dnia 13 listopada 2012 r., I OPS 2/12

Stwierdzenie nieważności decyzji administracyjnej, wznowienie postępowania administracyjnego

Stwierdzenie nieważności decyzji, w oparciu o którą wydano inną przedmiotowo zależną decyzję, może stanowić podstawę do stwierdzenia nieważności decyzji zależnej na podstawie art. 156 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego[1] jako wydanej z rażącym naruszeniem prawa, a nie do wznowienia postępowania na podstawie art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a.

Stan faktyczny

Omawiane orzeczenie zapadło na skutek wniosku Prezesa NSA o podjęcie uchwały wyjaśniającej zagadnienie dotyczące skutków stwierdzenia nieważności decyzji, na której oparto inną decyzję, zależną. Wnioskodawca wskazał na niejednolitość stanowisk wyrażanych w judykaturze, dotyczących tego, czy zarysowana sytuacja procesowa jest podstawą stwierdzenia nieważności decyzji zależnej na podstawie art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a., czy też stanowi przesłankę do wznowienia postępowania w oparciu o art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a.

Uzasadniając złożony wniosek, Prezes NSA wskazał w pierwszej kolejności, że art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a. może rodzić trudności interpretacyjne w związku z tym, że jego treść, określona w nieobowiązującym już art. 127 § 1 pkt 7 k.p.a., nie została dostosowana do zmian, jakie wprowadziła ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego[2], na mocy której wprowadzono instytucję prawną stwierdzenia nieważności, w miejsce uchylenia decyzji jako nieważnej. Tymczasem art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a. nadal stanowi jedynie o uchyleniu decyzji. Problem sprowadza się do określenia trybu zmiany decyzji zależnej, w sytuacji, gdy stwierdzono nieważność decyzji administracyjnej, na której decyzja zależna została oparta.

Wnioskodawca wskazał, że w orzecznictwie zarysowały się dwa przeciwstawne poglądy. Stosownie do pierwszego z nich stwierdzenie nieważności decyzji, w oparciu o którą została wydana inna decyzja (zależna), nie stanowi podstawy z art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a. do wznowienia postępowania w stosunku do tej drugiej decyzji (zależnej), lecz stanowi podstawę do stwierdzenia jej nieważności (art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.), gdyż stwierdzenie nieważności decyzji powoduje skutki prawne z mocą *ex tunc*, a uchylenie decyzji w wyniku wznowienia postępowania – *ex nunc*. Pogląd ten – zdaniem jego zwolenników – znajduje również oparcie w językowej wykładni art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a.

Pogląd przeciwstawny zakłada, że stwierdzenie nieważności decyzji, w oparciu o którą została wydana decyzja zależna, stanowi przesłankę wznowienia postępowania na podstawie art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a. Jako argument za przyjęciem przywołanego stanowiska wskazuje się, że decyzje, które opierają się na właściwie zastosowanym prawie materialnym oraz uwzględniają stan prawny wynikający z innej ostatecznej decyzji, nie mogą być kwalifikowane jako decyzje wydane bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a., tym bardziej, iż punktem odniesienia dla oceny legalności decyzji jest stan rzeczy z chwili wydania decyzji.

Stanowisko NSA

Naczelny Sąd Administracyjny wskazał w pierwszej kolejności, że przedstawione zagadnienie wiąże się z szeroko dyskutowaną teorią wadliwości decyzji administracyjnej. Teoria ta ma swoje źródło w dwóch podstawowych wartościach: zasadzie praworządności i zasadzie ochrony praw nabytych. Uwzględnienie tych dwóch wartości jest podstawą do wypracowania w doktrynie kompromisu pomiędzy nimi, który uzasadnia przyjęcie gradacji wadliwości, a w następstwie zróżnicowania konsekwencji prawnych wadliwości – przez sto-

1 Tekst jedn. Dz.U. 2013 r. Nr 267, dalej: k.p.a.

2 Dz.U. z 1980 r. Nr 4, poz. 8 z późn. zm., dalej: ustawa nowelizująca k.p.a. z 1980 r..

sowanie, w zależności od ciężaru naruszenia prawa, dwóch sankcji: sankcji wzruszalności oraz sankcji nieważności. Sankcja wzruszalności zastosowana wobec decyzji przerywa zdolność do wywołania skutków prawnych od momentu wejścia do obrotu prawnego decyzji uchylającej wadliwą decyzję, z zachowaniem skutków prawnych wywołanych (*ex nunc*). Sankcja nieważności zastosowana wobec decyzji oznacza pozbawienie mocy skutków prawnych wywołanych przez decyzję wadliwą od samego początku (*ex tunc*). Restrykcyjność sankcji nieważności powoduje, że w doktrynie prawa administracyjnego przyjmuje się, że tylko kardynalne naruszenie przepisów prawa należy obwarować tego rodzaju sankcją.

Ustawą nowelizującą k.p.a. z 1980 r. wprowadzono istotną zmianę w konstrukcji sankcji stosowanych wobec decyzji wydanych z naruszeniem przepisów prawa, odchodząc od stosowania wyłącznie sankcji wzruszalności przez wprowadzenie – przy kardynalnych naruszeniach przepisów prawa – sankcji nieważności. Taki zabieg ustawodawcy był skutkiem dążenia do rozszerzenia systemu instytucji prawnych gwarancji praworządności działania administracji publicznej.

Powołując się na wykładnię historyczną, NSA stwierdził, że nie można w określeniu „decyzja została następnie uchylona lub zmieniona", użytym w art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a., pomieścić stwierdzenia nieważności decyzji. To, że ustawodawca, wprowadzając w 1980 r. instytucję stwierdzenia nieważności decyzji, pozostawił bez zmian przesłankę wznowienia postępowania wymienioną wówczas w art. 127 § 1 pkt 7 k.p.a. (a obecnie w art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a.) nie może być argumentem za stanowiskiem, że uchylenie decyzji, o którym mowa w art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a., może obejmować także stwierdzenie nieważności decyzji, w oparciu o którą wydano decyzję zależną.

Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że do czasu nowelizacji k.p.a. w 1980 r. uchylenie jako nieważnej decyzji, w oparciu o którą wydano decyzję zależną, stanowiło podstawę wznowienia postępowania, ale zmiana stanu prawnego spowodowała wyłączenie z podstaw wznowienia sytuacji, w której stwierdzono nieważność decyzji, w oparciu o którą wydano decyzję zależną, albowiem taka sytuacja może podlegać rozpatrzeniu jedynie w postępowaniu o stwierdzenie nieważności decyzji zależnej, a nie w postępowaniu o wznowienie postępowania zakończonego decyzją zależną.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Przedstawiona wyżej uchwała jest wynikiem toczącej się dyskusji na temat możliwości zastosowania jednego z przewidzianych w k.p.a. trybów nadzwyczajnych – celem wzruszenia decyzji w przypadku jej wydania na podstawie innej decyzji, w stosunku do której stwierdzono nieważność. W orzecznictwie dotychczas przyjmowano, że taki stan faktyczny może skutkować stwierdzeniem nieważności lub wznowieniem postępowania administracyjnego[3].

Zaprezentowany w uchwale NSA pogląd należy zaaprobować. Za przyjęciem zaprezentowanej tezy przemawiają przede wszystkim rezultaty wykładni językowej i funkcjonalnej. Skoro bowiem art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a. nie wskazuje na stwierdzenie nieważności decyzji administracyjnej, nie można w drodze wykładni rozszerzającej dokonywać poszerzenia rozumienia treści tego przepisu, zwłaszcza biorąc pod uwagę to, że jest to nadzwyczajny tryb wznowienia postępowania. Należy też mieć na względzie to, na co słusznie wskazał NSA, że również racje o charakterze historycznym przemawiają za przychyleniem się do stanowiska wyrażonego w komentowanej uchwale.

Opracował *Jan Olszanowski*

3 J. Olszanowski, W. Piątek (red.), *Wyrok NSA z dnia 25 maja 2012 roku, II OSK 400/11*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 4 (10), s. 118–119 i powołane tam orzecznictwo.

Mariusz Stanik

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Uchwała SN z dnia 11 października 2012 r., III CZP 52/12

Strony umowy dzierżawy mogą wyłączyć obowiązek wydzierżawiającego udzielenia dzierżawcy dodatkowego terminu trzymiesięcznego do zapłaty zaległego czynszu (art. 703 zdanie drugie k.c.)

Zgodnie z art. 703 k.c.: „Jeżeli dzierżawca dopuszcza się zwłoki z zapłatą czynszu co najmniej za dwa pełne okresy płatności, a w wypadku gdy czynsz jest płatny rocznie, jeżeli dopuszcza się zwłoki z zapłatą ponad trzy miesiące, wydzierżawiający może dzierżawę wypowiedzieć bez zachowania terminu wypowiedzenia. Jednakże wydzierżawiający powinien uprzedzić dzierżawcę udzielając mu dodatkowego trzymiesięcznego terminu do zapłaty zaległego czynszu". Zagadnienie prawne przedstawione do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie, jaki charakter prawny – imperatywny, semiimperatywny czy dyspozytywny – ma przepis art. 703 zdanie drugie k.c., dotyczący udzielenia wydzierżawiającemu dodatkowego trzymiesięcznego terminu zapłaty zaległego czynszu.

Dokonując analizy przedmiotowego zagadnienia prawnego, Sąd Najwyższy wskazał na dotychczasowe rozbieżne stanowisko judykatury w tym zakresie. Po pierwsze, wskazano na wyrok SN z dnia 17 marca 2010 r., II CSK 454/09, OSNC 2010, nr 10, poz. 142, zgodnie z którym analizowany przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący, jako że w przeciwieństwie do zawartych w tym samym dziale przepisów: art. 699 k.c. (używającego sformułowania „jeżeli termin płatności czynszu nie jest w umowie oznaczony"), art. 702 k.c. (używającego sformułowania „jeżeli w umowie zastrzeżono") oraz art. 704 k.c. (używającego sformułowania „w braku odmiennej umowy") nie dopuszcza innego uregulowania w umowie. Po drugie, wskazano na wyrok SN z dnia 21 października 2010 r., IV CSK 215/10, niepubl., zgodnie z którym „art. 703 zdanie drugie k.c. ma na celu wyłącznie ochronę interesów dzierżawcy", a zatem „wynika z niego jedynie zakaz ustalania krótszego od trzymiesięcznego terminu dodatkowego do zapłaty zaległego czynszu". Wyrok ten wskazuje zatem na semiimperatywny charakter prawny analizowanego przepisu. Po trzecie wreszcie, wskazano na wyrok SN z dnia 15 lipca 2010 r., IV CSK 33/10, OSNC 2011, nr 3, poz. 31, zgodnie z którym analizowany przepis ma charakter względnie obowiązujący, jako że „z treści tego artykułu nie wynika jego imperatywny charakter, zwłaszcza w kontekście wyrażonej w art. 353^1 k.c. zasady swobody umów", a fakt, iż przepis ten nie zawiera wprost sformułowania wskazującego na jego dyspozytywny charakter, nie wyklucza takiej jego kwalifikacji.

Sąd Najwyższy w analizowanej uchwale stanął na stanowisku, iż przepis art. 703 zdanie drugie k.c. ma charakter dyspozytywny. Na poparcie tego stanowiska przytoczono m.in. następujące argumenty. Po pierwsze, wskazano, iż niezasadne jest czynienie w analizowanym zakresie analogii do przepisów regulujących najem lokali, jako że „prawo do lokalu, zwłaszcza mieszkalnego, jest przedmiotem szczególnej ochrony, czego nie można powiedzieć o prawach do przedmiotów dzierżawy". Po drugie, wskazano, że pomimo iż ustawodawca nie zamieścił w art. 703 zdanie drugie k.c. sformułowania, które jednoznacznie

przesądzałoby o jego charakterze prawnym, to „ani wykładnia systemowa, ani wykładnia logiczna nie przesądza, że w tej sytuacji rozważany przepis ma charakter imperatywny albo przynajmniej semiimperatywny (jako chroniący dzierżawcę)". Po trzecie wskazano, że za przyjęciem, iż przepis art. 703 zdanie drugie k.c. ma charakter dyspozytywny przemawia wykładnia systemowa i funkcjonalna. Z jednej strony podkreślono, że analizowany przepis zamieszczony został w księdze III „Zobowiązania" k.c., „gdzie obowiązuje zasada swobody umów, zgodnie z którą strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353^1 k.c.). Przepisy o zobowiązaniach umownych mają więc z reguły charakter dyspozytywny". Z drugiej zaś strony wskazano, że „ograniczenie dopuszczalności wypowiedzenia umowy ma zagwarantować właściwy poziom stabilizacji stosunku kontraktowego, pozwalający obu stronom miarodajnie ocenić ich sytuację prawną i gospodarczą na przyszłość. Żadna ze stron nie powinna być zaskakiwana przedwczesnym zakończeniem stosunku prawnego. Założenia te nie znajdują pełnej realizacji wtedy, gdy dzierżawca popada w zwłokę. Po stronie wydzierżawiającego upada wówczas ekonomiczna atrakcyjność stosunku kontraktowego, zatem instrumenty prawne zapewniające stabilizację tego stosunku stają się z jego perspektywy bezużyteczne. Takie instrumenty służą wówczas jedynie ochronie interesu dzierżawcy". W ocenie Sądu Najwyższego interes dzierżawcy nie zasługuje na tak szeroką ochronę w przypadku braku spełnienia przez niego świadczenia.

Stanowisko Sądu Najwyższego rozumiane w ten sposób, że strony mają możność umownego wyłączenia obowiązku wydzierżawiającego do udzielenia dzierżawcy dodatkowego terminu trzymiesięcznego do zapłaty zaległego czynszu, należy w pełni podzielić. Pomimo braku bezpośredniego wskazania w samej treści przepisu charakteru prawnego art. 703 zdanie drugie k.c., za przyjęciem jego dyspozytywności przemawia szereg argumentów, w tym przede wszystkim umiejscowienie przepisu w księdze III „Zobowiązania" k.c., gdzie zasadą nadrzędną jest wyrażona w art. 353^1 k.c. zasada swobody umów oraz wyniki zastosowania wykładni funkcjonalnej, która prowadzi do słusznego wniosku, iż dzierżawca nie zasługuje na tak szeroką ochronę prawną w przypadku braku spełnienia swojego świadczenia. Analizowana uchwała ma przy tym niebagatelne znaczenie dla praktyki kontraktowej dotyczącej umów dzierżawy, jak też zdaje się rozstrzygać niejednolite jak dotąd stanowisko samego Sądu Najwyższego w analizowanej kwestii.

Uchwała SN z dnia 11 października 2012 r., III CZP 49/12

Dopuszczalna jest droga sądowa w sprawie o ustalenie nieistnienia obowiązku zapłaty odszkodowania wynikającego z ostatecznej decyzji administracyjnej, wydanej przez właściwego starostę na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami[1] (...) w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku – Prawo ochrony środowiska[2].

Stan faktyczny

Uchwałą rady gminy utworzono park kulturowy. Z tytułu ograniczenia sposobu korzystania przez pozwanego z jego nieruchomości położonych na terenie parku – decyzją administracyjną ustalono na rzecz pozwanego odszkodowanie pieniężne. Wojewódzki sąd administracyjny prawomocnym wyrokiem stwierdził nieważność uchwały rady gminy, w związku z czym gmina nie wykonała obowiązku zapłaty odszkodowania i wytoczyła powództwo o ustalenie, że jej obowiązek w tym zakresie nie istnieje. W związku z powyższym powstało przedstawione do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne dotyczące dopuszczalności drogi sądowej.

Stanowisko Sądu Najwyższego

W uzasadnieniu analizowanej uchwały SN wskazał, po pierwsze, że „o dopuszczalności drogi sądowej nie decyduje obiektywne istnienie prawa podmiotowego, lecz jedynie stanowisko strony o jego

1 Dz.U. Nr 162, poz. 1568 z późn. zm.

2 Tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 z późn. zm. (dalej: p.o.ś.).

istnieniu, tj. zgłoszone żądanie i okoliczności faktyczne je uzasadniające, czyli tzw. roszczenie procesowe". Zgodnie zaś z przepisem art. 2 § 3 k.p.c. „[n]ie są rozpoznawane w postępowaniu sądowym sprawy cywilne, jeżeli przepisy szczególne przekazują je do właściwości innych organów". Po drugie, SN wskazał, że „[u]stawodawca nie ustanowił generalnego nakazu skorzystania z postępowania administracyjnego przed skierowaniem sprawy o odszkodowanie za szkody wyrządzone funkcjonowaniem administracji na drogę sądową". Niemniej jednak do spraw o odszkodowanie z tytułu ograniczenia sposobu korzystania z nieruchomości na skutek ustanowienia na terenie parku kulturowego zakazów i ograniczeń stosuje się odpowiednio art. 131–134 p.o.ś., a w konsekwencji, pomimo tego, że sprawa o odszkodowanie jest typową sprawą cywilną w znaczeniu materialnoprawnym, to przedmiotowe roszczenie odszkodowawcze, choć mieści się w hipotezie art. 1 k.p.c., w zakresie określonym w art. 131 p.o.ś. zostało przekazane do rozpoznania organowi administracyjnemu. „Innymi słowy, droga sądowa w odniesieniu do tego roszczenia może się zaktualizować wyłącznie po uprzednim wystąpieniu przez poszkodowanego do właściwego starosty z żądaniem ustalenia w drodze decyzji wysokości odszkodowania". Po trzecie, SN wskazał, iż gmina, występując z powództwem o ustalenie nieistnienia obowiązku zapłaty odszkodowania wynikającego z ostatecznej decyzji administracyjnej, występuje w charakterze podmiotu prywatnego, a nie jako organ władzy publicznej. Tym samym uznanie niedopuszczalności drogi sądowej w rozpatrywanej sprawie, przy uznaniu, iż z powództwem cywilnym na podstawie przepis art. 131 ust. 2 p.o.ś. może wystąpić jedynie strona poszkodowana, stanowiłoby naruszenie wyrażonego w Konstytucji RP domniemania prawa do sądu (art. 45 i 177 Konstytucji RP).

Znaczenie rozstrzygnięcia

Pogląd Sądu Najwyższego zawarty w przedmiotowej uchwale zasługuje na pełną aprobatę, co podyktowane jest przede wszystkim zasadnym w mojej ocenie uznaniem, iż w analizowanej sprawie gmina występuje nie jako organ władzy publicznej, ale jako podmiot prywatny. Analizowana uchwała ma przy tym duże znaczenie dla praktyki procesowej dotyczącej spraw o ustalenie nieistnienia obowiązku zapłaty odszkodowania wynikającego z ostatecznej decyzji administracyjnej.

Uchwała SN z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP 65/12

Osobą faktycznie pozostającą we wspólnym pożyciu z najemcą – w rozumieniu art. 691 § 1 k.c. – jest osoba połączona z najemcą więzią uczuciową, fizyczną i gospodarczą; także osoba tej samej płci.

Stan faktyczny

Powód wniósł o ustalenie, iż wstąpił w stosunek najmu lokalu mieszkalnego na podstawie przepisu art. 691 § 1 k.c., gdyż od 9 lat, aż do chwili śmierci najemcy, mieszkał z nim i pozostawał w związku partnerskim, charakteryzującym się wspólnotą gospodarczą, uczuciową i cielesną. Sąd I instancji oddalił powództwo jako bezzasadne, wskazując, że „osoba tworząca nieformalny związek partnerski z osobą tej samej płci nie jest objęta hipotezą art. 691 k.c.". Sąd II instancji, rozpoznający apelację powoda oraz Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia powstałe na tym tle zagadnienie prawne sprowadzające się do pytania, czy wskazana w art. 691 § 1 k.c. przesłanka faktycznego wspólnego pożycia, rozumiana jako więź łącząca dwie osoby pozostające w takich relacjach jak małżonkowie, dotyczy także osób pozostających w nieformalnych związkach partnerskich z osobami tej samej płci.

Stanowisko SN

Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, iż „przepis art. 691 k.c. ma zastosowanie nie tylko do związków heteroseksualnych niepołączonych węzłem małżeńskim (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2009 r., III CZP 99/09), ale także do związków homoseksualnych, w których tworzą się takie same więzi jak między konkubentami". W uzasadnieniu analizowanej uchwały wskazano, po pierwsze, na ewolucję, jaką przeszło unormowanie objęte obecnie przepisem art. 691 § 1 k.c., zgodnie z którym „[w] razie śmierci najemcy lokalu mieszkalnego w stosunek najmu lokalu wstępują: małżonek niebędący

współnajemcą lokalu, dzieci najemcy i jego współmałżonka, inne osoby, wobec których najemca był obowiązany do świadczeń alimentacyjnych, oraz osoba, która pozostawała faktycznie we wspólnym pożyciu z najemcą". Sąd Najwyższy wskazał przede wszystkim na fakt, iż w latach 1994–2001 unormowanie to pozostawało poza regulacją kodeksu cywilnego i stanowiło normę art. 8 ustawy z dnia 12 listopada 1994 r. o najmie lokali i dodatkach mieszkaniowych[3], zgodnie z którą w razie śmierci najemcy w stosunek najmu lokalu wstępowali jego zstępni, wstępni, pełnoletnie rodzeństwo oraz osoba, która pozostawała z nim we wspólnym pożyciu małżeńskim. W wyniku zmiany dokonanej ustawą z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie kodeksu cywilnego[4] art. 691 znalazł się ponownie w kodeksie cywilnym, a „w opisie normatywnym wspólnego pożycia z najemcą ustawodawca pominął przymiotnik »małżeńskie«, precyzujący charakter i cechy tego pożycia". W ocenie SN zabieg taki „uzasadnia tezę, że doszło do poszerzenia zakresu znaczeniowego pojęcia »wspólne pożycie«". Po drugie, SN wskazał, że pojęcie „wspólne pożycie (...) oznacza szczególnego rodzaju więź emocjonalną, fizyczną (cielesną) i gospodarczą, obejmującą niekiedy także inne elementy, wśród których można wymienić wspólne zamieszkanie, niekonieczne zresztą dla trwania tej więzi, ale jednoznacznie ją umacniające". Tym samym, skoro art. 691 § 1 k.c. nie obostrza pojęcia „wspólne pożycie" przydawką „małżeńskie", przepis ten ma zastosowanie także do związków homoseksualnych, przy czym w ocenie SN nie istnieją żadne (jurydyczne, socjologiczne czy psychologiczne) argumenty, które mogłyby przemawiać za różnicowaniem na płaszczyźnie prawnej skutków prawnych wspólnego pożycia hetero- i homoseksualnego. Ponadto przeciwko poszukiwaniu takich dystynkcji przemawiają zawarte w Konstytucji RP nakaz równego traktowania i zakaz dyskryminacji m.in. ze względu na płeć czy orientację seksualną, jak też konieczność dokonywania pozytywnej wykładni prawa, która uwzględniałaby interesy osób homoseksualnych w sytuacji, gdy brak jest regulacji prawnych dotyczących takich osób. Po trzecie wreszcie, SN wskazał na konieczność uwzględnienia dorobku orzeczniczego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w tym m.in. wyroku z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie *S. Karner przeciwko Austrii* (nr 40016/98) oraz wyroku z dnia 29 kwietnia 2008 r. w sprawie *S.D. Burden przeciwko Wielkiej Brytanii* (nr 13378/05), w których stwierdzono, że „uniemożliwienie osobom pozostającym w relacjach homoseksualnych wstąpienia w stosunek najmu nie jest konieczne do ochrony rodziny".

Znaczenie rozstrzygnięcia

Stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w analizowanej uchwale należy w pełni podzielić. Przemawia za tym zarówno wykładnia językowa przepisu art. 691 § 1 k.c., jak i jego wykładnia historyczna. Co więcej, oczywistym jest, że zarówno postanowienia umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, jak i przepisy Konstytucji RP, z jednej strony zakazują dyskryminacji osób homoseksualnych, a z drugiej – nakazują ich równe traktowanie w takich samych okolicznościach, względem osób heteroseksualnych. W sytuacji zatem, kiedy powszechnie przyjmuje się (tak w doktrynie, jak i w judykaturze), że hipotezą normy art. 691 § 1 k.c. objęte są tzw. konkubinaty heteroseksualne, to nie może być wątpliwości, iż hipoteza ta obejmuje także związki homoseksualne, w których tworzą się takie same więzi jak między konkubentami heteroseksualnymi. Przedmiotowa uchwała ma zatem fundamentalne znaczenie dla społeczności homoseksualnej w Polsce oraz dla praktyki procesowej, w odniesieniu do powództw o ustalenie wstąpienia w stosunek najmu.

Zobacz też następujące tezy orzeczeń Sądu Najwyższego:

Uchwała SN z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP 77/12

W sprawie o rozwód sąd może na wniosek jednego z małżonków orzec o obowiązku przyczyniania się do zaspokojenia w czasie trwania postępowania potrzeb rodziny, także obejmujących koszty utrzymania pełnoletnich dzieci.

3 Dz.U. Nr 105, poz. 509 z późn. zm.

4 Dz.U. Nr 71, poz. 733 z późn. zm.

Uchwała SN z dnia 12 grudnia 2012 r., III CZP 83/12

Wykreślenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z Krajowego Rejestru Sądowego po wytoczeniu przez wspólnika na jej rzecz powództwa na podstawie art. 295 k.s.h. nie uzasadnia umorzenia postępowania z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Uchwała SN z dnia 12 grudnia 2012 r., III CZP 82/12

Prawo głosu wynikające z udziału w nieruchomości wspólnej związanego z odrębną własnością lokalu przysługuje niepodzielnie współwłaścicielom tego lokalu.

Uchwała SN z dnia 20 grudnia 2012 r., III CZP 84/12

Uchwała zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością sprzeczna z zasadami współżycia społecznego narusza dobre obyczaje w rozumieniu art. 249 § 1 k.s.h.

Paweł Wiliński

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Wyrok SN z dnia 5 grudnia 2012 r., III KK 137/12

Powoływanie się na wykładnię prokonstytucyjną (...), zwłaszcza w obszarze prawa karnego, nie może prowadzić do takiej modyfikacji treści normatywnej danej regulacji prawnej, która wykraczałaby poza możliwe, choćby najszerzej zakreślone, rezultaty wykładni osiągnięte w płaszczyźnie językowej. W przeciwnym razie wykładnia prokonstytucyjna zastępowałaby w istocie kontrolę konstytucyjności ustaw, która to funkcja zastrzeżona jest na gruncie obowiązującej Konstytucji dla Trybunału Konstytucyjnego.

Sąd Najwyższy podkreślił, że jeżeli sąd okręgowy powziął wątpliwości co do ewentualnej zgodności z Konstytucją RP nowego brzmienia art. 226 § 1 k.k., powinien był skorzystać z możliwości wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego ze stosownym pytaniem prawnym, przy czym przyczyną wykorzystania tego mechanizmu nie może być sama domniemana sprzeczność pomiędzy sentencją wyroku TK a treścią nowej normy prawnej, ale faktyczne wątpliwości co zgodności tej normy z treścią Konstytucji RP.

Wyrok SN z dnia 5 grudnia 2012 r., III KK 112/12

W sytuacji, gdy prokurator, przychylając się do zażalenia pokrzywdzonego, uchyli postanowienie o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania przygotowawczego, bez przekazywania sprawy do sądu (art. 463 § 1 k.p.k.), a następnie po odpowiednich uzupełnieniach dojdzie powtórnie do wydania takiego samego postanowienia, pokrzywdzony nie uzyskuje uprawnień do wystąpienia z własnym aktem oskarżenia, o jakim mowa w art. 55 § 1 k.p.k., ponieważ to ponowne postanowienie nie zostało wydane w wyniku uprzedniego uchylenia takiego postanowienia przez sąd, jak tego wymaga wskazany przepis.

Każde pouczenie o uprawnieniach strony w związku z wydaniem określonej decyzji procesowej powinno być dostosowane do konkretnej sytuacji i wyraźnie wskazywać jej na sposób postąpienia w danym przypadku. Nie ma przy tym znaczenia, że organ posługuje się określonymi formularzami, jako że zawarte w nich pouczenia należy zawsze dostosować do realiów procesowych danej sprawy.

Pokrzywdzony, tak jak każda strona postępowania karnego, nie może ponosić konsekwencji procesowych z powodu braku prawidłowego pouczenia, na co wyraźnie wskazuje art. 16 § 1 k.p.k.

Stosownie do art. 55 § 1 k.p.k. subsydiarny akt oskarżenia jest dopuszczalny jedynie wówczas, gdy dojdzie do powtórnego wydania przez prokuratora postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania, ale tylko „w wypadku, o którym mowa w art. 330 § 2 k.p.k." W orzecznictwie od dawna utrwalony jest pogląd, iż wymóg wydania powtórnie określonego postanowienia oznacza ponowne wydanie postanowienia tego samego rodzaju, jak poprzednie uchylone, czyli – odpowiednio – powtórnego postanowienia o odmowie wszczęcia lub powtórnego postanowienia o umorzeniu postępowania[1].

1 Zob. np. uchwała SN z dnia 17 maja 2000 r., I KZP 9/00, OSNKW 2000,

W orzecznictwie przyjmuje się także, że po nowelizacji k.p.k., dokonanej ustawą z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw[2] na to ponowne podobne postanowienie nie przysługuje już zażalenie, o jakim mowa w art. 306 § 1 k.p.k., lecz że pokrzywdzony, który uprzednio skarżył pierwsze z tych postanowień, ma możliwość wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia[3]; podobne stanowisko przeważa także w nauce i doktrynie procesu karnego[4].

W sprawie rozpoznawanej przez SN rzeczywiście doszło do wydania ponownie postanowienia rodzajowo tożsamego z uprzednim, zaskarżanym przez pokrzywdzonego, w obu bowiem wypadkach było to orzeczenie o umorzeniu postępowania przygotowawczego. Dla wniesienia oskarżenia subsydiarnego w związku z wydaniem ponownego, podobnego postanowienia, istotne jest jednak – jak wcześniej wskazano – aby to drugie postanowienie zapadło w warunkach art. 330 § 2 k.p.k. (art. 55 § 1 zdanie pierwsze *in fine* k.p.k.). Oznacza to, że przepis art. 55 § 1 k.p.k., nadający pokrzywdzonemu prawo do wystąpienia z subsydiarnym aktem oskarżenia, musi być interpretowany łącznie z przywołanym art. 330 § 2 k.p.k. Ten zaś zakłada, że pokrzywdzony, który wcześniej wykorzystał uprawnienie wskazane w art. 306 § 1 k.p.k., a więc zażalenie, może w sytuacji, gdy prokurator nadal nie widzi podstaw do wniesienia aktu oskarżenia i wydaje ponownie postanowienie o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania przygotowawczego, wnieść akt oskarżenia, o jakim mowa w art. 55 § 1 k.p.k. Przepis art. 330 § 2 k.p.k. musi być jednak odczytywany łącznie z poprzedzającym go art. 330 § 1, który normuje kwestie uchylania przez sąd, zaskarżonego uprzednio przez pokrzywdzonego, pierwotnego postanowienia prokuratora, wskazującego na rezygnację ze ścigania. Stanowi on bowiem o konsekwencjach prawnych ponownej rezygnacji prokuratora ze ścigania, mimo uchylenia przez sąd pierwszej jego podobnej decyzji procesowej.

Na ten aspekt sprawy wskazuje się zresztą w orzecznictwie Sądu Najwyższego[5], jak i sądów powszechnych[6]. W orzecznictwie tym akcentuje się bowiem, że możliwość wniesienia skargi subsydiarnej zachodzi jedynie wtedy, gdy po uprzednim uchyleniu przez sąd zaskarżonego postanowienia prokurator nadal nie znajduje podstaw do oskarżenia, a więc gdy ma to miejsce po uprzedniej skutecznej kontroli sądowej, mimo przyznania przez sąd racji pokrzywdzonemu żądającemu ścigania. Podobne stanowisko reprezentuje także doktryna, podnosząc, że możliwość wystąpienia z oskarżeniem subsydiarnym wiąże się z koniecznością uprzedniego uchylenia przez sąd, w trybie kontroli procesowej wywołanej zażaleniem pokrzywdzonego, pierwszego z postanowień o rezygnacji prokuratora ze ścigania[7].

Przedstawiona analiza wskazuje, że nie każde ponowne wydanie

z. 5–6, poz. 42; postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 2006 r., III KK 371/05, OSNKW-R 2006, poz. 872, LEX nr 332315; wyrok SN z dnia 9 listopada 2011 r., III KK 134/11, OSNKW 2011, z. 12, poz. 111 czy np. postanowienia: Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 czerwca 2010 r., II AKz 197/10, LEX nr 628243 i Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 25 maja 2011 r., II AKz 227/11, OSA w Łodzi 2011, z. 3, poz. 33, LEX nr 1112515.

2 Dz.U. Nr 64, poz. 432.

3 Zob. uchwała SN z dnia 20 marca 2008 r., I KZP 39/07, OSNKW 2008, z. 5, poz. 32, postanowienie SN z dnia 25 stycznia 2012 r., II KK 260/11, LEX nr 1168540, czy postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 3 sierpnia 2011 r., II AKz 303/11, OSN P.iPr. 2012, nr 9, poz. 17, LEX nr 944105.

4 Zob. np. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys sytemu*, Warszawa 2009, s. 195; T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 314–315; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2011, t. I. s. 410; J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2010, t. I., s. 248.

5 Zob. np. przytoczone wcześniej postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 2006 r., III KK 371/05.

6 Np. przywołane już postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 czerwca 2010 r., II AKz 197/10, czy postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 15 grudnia 2011 r., II AKz 476/11, KZS 2011, nr 12, poz. 35; OSN, „Państwo i Prawo" 2012, z. 5, poz. 29.

7 S. Waltoś, *Proces karny*…, s. 195; R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*. Warszawa 2009, s. 154; J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks*…, t. I, s. 1035–1036; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks*…, t. I. s. 410–411; K. Boratyńska. A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 174.

postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania przygotowawczego, będące efektem uchylenia uprzedniego takiego postanowienia w wyniku złożonego zażalenia, daje podstawę do występowania z subsydiarnym aktem oskarżenia pokrzywdzonemu, który skarżył pierwsze z tych postanowień. Uprawnienie takie powstaje bowiem jedynie, gdy uchylenie pierwszego z tych postanowień nastąpiło przez sąd. Co do zasady, to sąd jest, od wspominanej nowelizacji z 2007 r., organem odwoławczym od postanowień prokuratora (art. 465 § 2 k.p.k.). Jednakże, ponieważ do zażaleń na te postanowienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące zażaleń na postanowienia sądu (art. 465 § 1 k.p.k.), to ma tu też odpowiednie zastosowanie art. 463 § 1 k.p.k., pozwalający prokuratorowi, na którego postanowienie złożono zażalenie, przychylić się do tego środka odwoławczego i uchylić zaskarżone postanowienie z nakazaniem organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze dokonania uzupełniających czynności dowodowych. Nie jest to jednak uchylenie, o jakim mowa w art. 330 § 2 k.p.k., gdyż następuje w wyniku kontroli dokonywanej w ramach systemu organów ścigania, a nie na skutek sądowej kontroli nad postępowaniem przygotowawczym. Nie może ono zatem wywoływać skutków, które ustawa wiąże wyraźnie jedynie z sądową decyzją o uprzednim uchyleniu zaskarżonego postanowienia prokuratora. Jeżeli zatem na skutek zażalenia pokrzywdzonego dojdzie do uchylenia przez prokuratora wydanego lub zatwierdzonego przez niego postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania przygotowawczego, a po stosownych uzupełnieniach nastąpi ponowne wydanie takiego samego jak uprzednio orzeczenia, nie można przyjąć, aby pokrzywdzony uzyskiwał uprawnienie, o jakim mowa w art. 55 § 1 k.p.k. Jest to bowiem wprawdzie powtórne wydanie postanowienia tożsamego z tym, jakie wcześniej uchylono, ale nie oznacza, że zaistniał tu wypadek, „o którym mowa w art. 330 § 2" k.p.k., jak tego wymaga § 1 art. 55 k.p.k. Należy zatem stwierdzić, że w sytuacji, gdy prokurator, przychylając się do zażalenia pokrzywdzonego, uchyli postanowienie o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania przygotowawczego, bez przekazywania sprawy do sądu (art. 463 § 1 k.p.k.), a następnie po odpowiednich uzupełnieniach dojdzie powtórnie do wydania takiego samego postanowienia, pokrzywdzony nie uzyskuje uprawnień do wystąpienia z własnym aktem oskarżenia, o jakim mowa w art. 55 § 1 k.p.k., ponieważ to ponowne postanowienie nie zostało wydane w wyniku uprzedniego uchylenia takiego postanowienia przez sąd, jak tego wymaga wskazany przepis. Postanowienie to, mimo że powtórne, podlega więc znów zaskarżeniu na zasadach ogólnych (art. 306 § 1 w zw. z art. 465 § 2 k.p.k.) i dopiero gdy zażalenie takie zostanie rozpoznane przez sąd, a ten uchyli postanowienie prokuratora przy ponownym wydaniu postanowienia tożsamego uchylonym, pokrzywdzony nabędzie uprawnień określonych w art. 55 § 1 k.p.k.

Przedstawione reguły zostały w ocenie SN naruszone. Mimo bowiem, że do uchylenia pierwszego postanowienia o umorzeniu dochodzenia doszło nie w wyniku orzeczenia sądu, lecz na skutek decyzji procesowej prokuratora przychylającego się do zażalenia, po ponownym umorzeniu uzupełnionego dochodzenia, pokrzywdzony, zamiast zaskarżyć je zażaleniem, wystąpił z tzw. subsydiarnym aktem oskarżenia – o którym mowa w art. 55 § 1 k.p.k. – choć nie został spełniony wymóg wynikający z przywołanego w tym przepisie art. 330 § 2 k.p.k., czyli sądowej kontroli pierwszego z tych postanowień. Tym samym pokrzywdzony, wnosząc akt oskarżenia, uczynił to przy braku uprawnień do wystąpienia z taką skargą. Sąd zaś, przyjmując ją, procedując i orzekając w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego określonego w subsydiarnym akcie oskarżenia, działał w oparciu o skargę oskarżyciela, który bynajmniej nie nabył uprawnień do wystąpienia z takim oskarżeniem, a więc oskarżyciela nieuprawnionego. Całe zatem postępowanie, w którego wyniku zapadł zaskarżony kasacją wyrok, prowadzono tym samym przy braku skargi uprawnionego oskarżyciela, a więc z naruszeniem art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.

W istocie swej umorzenie przez Sąd Najwyższy postępowania wobec skazanego odnosi się jedynie do postępowania sądowego, jako że postępowanie przygotowawcze w sprawie o przestępstwo będące przedmiotem uchylonego wyroku

zostało już wcześniej umorzone. Względny zaś jedynie charakter przesłanki procesowej, która legła u podstaw obecnego umorzenia, nie stoi na przeszkodzie ponownemu oskarżeniu o ten sam czyn, jeżeli z oskarżeniem takim wystąpi teraz uprawniony oskarżyciel. Nie ma też zatem przeszkód, aby umorzone postępowanie przygotowawcze, jako zakończone w fazie *in rem,* zostało przez prokuratora podjęte, jeżeli uzna on, że istnieją ku temu powody.

Sąd Najwyższy zważył jednak, że pouczenie pokrzywdzonego, zarówno po pierwszym, jak i po ponownym umorzeniu postępowania, nie było właściwe, a co więcej – wprowadzało w błąd osobę pouczaną. W tekście pouczenia w obu wypadkach figurowały bowiem jednocześnie pouczenia o możliwości zażalenia się do sądu oraz do wniesienia aktu oskarżenia, „jeżeli prokurator nadal nie znajdzie podstaw do wniesienia aktu oskarżenia [i] wyda ponownie postanowienie o umorzeniu", a nadto na końcu, że „zażalenie na powyższe postanowienie wnosi się za pośrednictwem prokuratora, który zatwierdził postanowienie". Nie przekreślono przy tym żadnego z elementów pouczeń, które w danej, konkretnej sytuacji nie były aktualne, co mogło wprowadzać w błąd, zwłaszcza osoby nieobeznane z przepisami prawa. Pozostawienie informacji, że w razie ponownego umorzenia pokrzywdzony może wnieść subsydiarny akt oskarżenia – bez bliższego wyjaśnienia, że może to mieć miejsce tylko w wypadku, gdy jego poprzednie zażalenie uwzględnił sąd – w realiach tej sprawy wyraźnie sugerowało, że zawsze w razie ponownej decyzji, bez względu na to, jaki organ przychylał się do pierwszego zażalenia, istnieje możliwość oskarżenia subsydiarnego, co – jak wykazano – nie odpowiada wymogom prawa. Każde pouczenie o uprawnieniach strony w związku z wydaniem określonej decyzji procesowej powinno być bowiem dostosowane do konkretnej sytuacji i wyraźnie wskazywać jej na sposób postąpienia w danym przypadku. Nie ma przy tym znaczenia, że organ posługuje się określonymi formularzami, jako że zawarte w nich pouczenia należy zawsze dostosować do realiów procesowych danej sprawy. Pokrzywdzony zaś, tak jak każda strona postępowania karnego, nie może ponosić konsekwencji procesowych z powodu braku prawidłowego pouczenia, na co wyraźnie wskazuje art. 16 § 1 k.p.k.

W orzecznictwie już od dawna wskazuje się, iż mylne pouczenie uczestnika postępowania o jego uprawnieniach stanowi niezależną od niego przyczynę niedotrzymania terminu zawitego[8]. Podkreśla się także, iż w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości co do zrealizowania przez organ procesowy obowiązku właściwego pouczenia, nie można ich rozstrzygać na niekorzyść strony[9]. Także fakt, że sąd rejonowy błędnie postąpił, przyjmując subsydiarny akt oskarżenia i orzekając merytorycznie w oparciu o tę skargę, zamiast umorzyć postępowanie jeszcze przed rozprawą (art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k.), oraz że wyrok ten został obecnie z uwagi na to uchybienie uchylony przez Sąd Najwyższy, nie powinien oddziaływać negatywnie na procesowe uprawnienia pokrzywdzonego w związku z postanowieniem prokuratora o ponownym umorzeniu postępowania przygotowawczego, z uprzednim wykorzystaniem art. 463 § 1 k.p.k.

Dlatego też w ocenie Sądu Najwyższego pokrzywdzony ma nadal możliwość wystąpienia z zażaleniem na postanowienie o umorzeniu wydane w dniu 22 maja 2009 r., łącząc je z wnioskiem o przywrócenie mu terminu zawitego do wniesienia tego zażalenia – z uwagi na to, że niedotrzymanie tego terminu nastąpiło z przyczyn od pokrzywdzonego niezależnych, a mianowicie ze względu na wskazane wyżej błędne pouczenie przekazane mu wraz z owym postanowieniem.

Postanowienie SN z dnia 13 grudnia 2012 r., II KK 40/12

Zasada dwuinstancyjności nie polega na zakazie orzeka-

8 Tak już np. w uchwale SN z dnia 19 marca 1970 r., VI KZP 1/70, OSNKW 1970, z. 4–5, poz. 34; wyroku SN z dnia 31 marca 1987 r., V KRN 61/87, OSNPG 1987, nr 8–9, poz. 106; postanowieniu SN z dnia 15 czerwca 2011 r., II KZ 22/11, LEX nr 847149, czy w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 10 czerwca 2003 r., II AKz 487/03, LEX nr 84151, a także w uzasadnieniu wskazanego wcześniej postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 3 sierpnia 2011 r., II AKz 303/11.

9 Tak we wskazanym wyżej postanowieniu SN z dnia 15 czerwca 2011 r., II KZ 22/11.

nia przez sąd II instancji co do istoty, ale na tym, że każde orzeczenie kończące postępowanie w pierwszej instancji podlega kontroli tego sądu.

W uzasadnieniu postanowienia Sąd Najwyższy podkreślił, że uznanie kasacji pełnomocnika oskarżyciela subsydiarnego za oczywiście bezzasadną w myśl art. 535 § 3 k.p.k. pozwala na odstąpienie od sporządzenia pisemnego uzasadnienia orzeczenia. Uprawnienie to nie oznacza jednak ustawowego zakazu jego sporządzenia, o ile sąd uzna taką potrzebę[10]. W ocenie Sądu Najwyższego potrzeba taka zachodziła z uwagi na sporność występujących w niej problemów, czego formalnym wyrazem była skrajnie odmienna ocena sądów obu instancji co do przestępności zachowania oskarżonych, jak też ze względu na charakter postawionych w kasacji postępowaniu sądu *ad quem* zarzutów, dotyczących między innymi naruszenia podstawowych zasad procesu karnego. Zakwestionowana została również forma wydanego przez sąd *ad quem* rozstrzygnięcia, która w ocenie autora skargi kasacyjnej w sposób rażący naruszała wskazane w niej przepisy procedury, jak również podstawowe zasady procesowe – bezpośredniości i dwuinstancyjności – poprzez wydanie przez sąd odwoławczy reformatoryjnego orzeczenia uniewinniającego, niepodlegającego kontroli w trybie zwykłych środków odwoławczych.

Sąd Najwyższy przypomniał, że zasady procesowe same w sobie nie mogą stanowić samodzielnej podstawy zarzutów kasacyjnych w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k.[11]. Tak więc wskazana przez obrońcę obraza art. 2 § 1 k.p.k. czy art. 4 k.p.k., bez jednoczesnego skonkretyzowania, na czym ta obraza miała polegać, nie może skutkować wydaniem orzeczenia kasatoryjnego.

Podkreślił jednocześnie, że wydanie orzeczenia odmiennego co do istoty sprawy przez sąd odwoławczy znajduje pełne uzasadnienie w przepisach procedury karnej i jest ono w świetle art. 437 § 2 k.p.k. wręcz obowiązkiem sądu, jeżeli na takie rozstrzygnięcie pozwalają zebrane dowody. Zasada dwuinstancyjności nie polega na zakazie orzekania przez sąd II instancji co do istoty, ale na tym, że każde orzeczenie kończące postępowanie w pierwszej instancji – podlega kontroli tego sądu. Nie można zaś upatrywać sensu tej zasady w konieczności poddania kontroli instancyjnej każdego orzeczenia lub każdej jego części, także i w wypadku wydania go właśnie przez sąd drugiej instancji, jeśli orzeczenie to jest w swej treści w jakimkolwiek elemencie odmienne niż orzeczenie wydane przez sąd pierwszej instancji[12]. Analogiczne uwagi odnoszą się również do zarzutu naruszenia zasady bezpośredniości w postępowaniu drugoinstancyjnym, w którym z natury rzeczy nie może być ona realizowana tak jak w postępowaniu przed sądem I instancji, w którym sąd ten w zasadzie z każdym dowodem styka się bezpośrednio.

Ocena sporządzonego przez sąd odwoławczy uzasadnienia orzeczenia musi uwzględniać przyczyny, z powodu których wydano wyrok uniewinniający. W rozpoznawanej sprawie stan faktyczny był niesporny, zaś decyzja sądu apelacyjnego wynikała jedynie z odmiennej oceny prawnej zdarzenia poddanego osądowi. Skoro tak, to uzasadnienie sądu *ad quem* nie wymagało ponawiania argumentacji odnoszącej się do sfery faktów, przytaczania i oceny zebranych w sprawie dowodów. Wystarczało zatem, by zawierało ono wyjaśnienie podstawy prawnej wydanego wyroku reformatoryjnego, zgodnie z wymogiem art. 424 § 1 pkt 2 k.p.k. W świetle uprawnienia sądu odwoławczego, wynikającego z art. 436 k.p.k., sąd apelacyjny nie musiał w uzasadnieniu swojego orzeczenia podnosić tych kwestii, które w obliczu wyroku uniewinniającego straciły w sposób naturalny swój sens, by tytułem przykładu przytoczyć kwestię podnoszonego w apelacji oskarżyciela – nieorzeczenia środka karnego z art. 46 § 1 k.k.

10 Por. postanowienie SN z dnia 27 lipca 2007 r., II KK 310/06, OSNKW z 2007 r. z. 4, poz. 35.

11 Por. wyrok SN z dnia 27 lipca 2000 r., IV KKN 532/99, LEX nr 250044; postanowienie SN z dnia 28 grudnia 2001 r., V KKN 329/00, LEX nr 51623; postanowienie SN z dnia 13 maja 2002 r., V KKN 90/01, LEX nr 53913.

12 Por. postanowienie SN z dnia 20 grudnia 2000 r., II KK 288/10, LEX nr 686679.

Zobacz też następujące tezy Sądu Najwyższego:

Postanowienie SN z dnia 13 grudnia 2012 r., III KK163/12

Zgodnie z art. 114 § 3 k.k. w zw. z art. 54 Konwencji Wykonawczej z 19 czerwca 1990 r. do Układu z Schengen z 14 czerwca 1985 r.[13], wszczęciu i kontynuowaniu w Polsce postępowania karnego stoi na przeszkodzie prawomocne orzeczenie sądu lub innego uprawnionego organu państwa członkowskiego Unii Europejskiej kończące postępowanie co do tego samego czynu tej samej osoby, a więc wywołujące stan rzeczy osądzonej.

13 Dz.Urz. WE L 239/19, z 22.9.2000.

Postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2012 r., II KO 58/12

Zgodnie z art. 1 § 2 k.k.w.[14] w postępowaniu wykonawczym stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego tylko w kwestiach nieuregulowanych w kodeksie karnym wykonawczym. Udział stron, w tym skazanego w posiedzeniach sądu, jest wyczerpująco uregulowany w art. 22 § 1 k.k.w., co oznacza, że nie mają tu zastosowania przepisy kodeksu postępowania karnego. Przepis ten obecnie (od dnia 1 stycznia 2012 r.) stanowi, że skazany oraz jego obrońca mają prawo wziąć udział w posiedzeniu, gdy ustawa tak stanowi. W posiedzeniu sądu wyższej instancji mają prawo wziąć udział osoby, którym przysługuje prawo udziału w posiedzeniu sądu pierwszej instancji. Przepisy szczegółowe nie przewidują udziału stron w posiedzeniu sądu wyznaczonym w celu rozpoznania kwestii będącej przedmiotem wniosku obrońcy skazanego z dnia 17 kwietnia 2012 r. – o zaliczenie okresu pozbawienia wolności na poczet orzeczonej kary w postępowaniu wykonawczym. W tej sytuacji nie zachodził określony w art. 22 § 1a k.k.w. obowiązek zawiadamiania skazanego i jego obrońcy o terminie posiedzenia sądu odwoławczego. Powyższe upoważnia do stwierdzenia, że ze względu na przedmiot tego postępowania rozpoznanie sprawy pod nieobecność skazanego i jego obrońcy nastąpiło w efekcie prawidłowego stosowania obowiązujących przepisów prawa. Skoro tak, to postępowanie odwoławcze nie może być wznowione w oparciu o przepis art. 540b § 1 k.p.k.

14 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. Nr 90 poz. 557 z późn. zm.