FORUM PRAWNICZE

NUMER 5 (19)
2013

Spis treści

ARTYKUŁ WSTĘPNY

3 **Punkty, prestiż, misja czasopisma naukowego**

ARTYKUŁY

Franciszek Longchamps de Bérier
6 **Finansowa analiza prawa a znaczenie prawa rzymskiego**

Michał Królikowski, Andrzej Sakowicz
17 **Granice legalności postpenalnej detencji sprawców niebezpiecznych**

GLOSY

Zbigniew Strus
35 **Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2013 r. w sprawie II CSK 1/13**

Maciej Kawecki
50 **Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2013 r., w sprawie I OSK 597/12**

RECENZJE

Aleksander Grebieniow
59 **Bogactwo wspólnych doświadczeń. Recenzja książki Willema J. Zwalve i Boudewijna Sirksa *Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht***

Bartłomiej Woźniak
62 **W kierunku europejskiego prawa rzeczowego. Recenzja książki Eveline Ramaekers *European Union Property Law. From Fragments to a System***

Paweł Grzegorczyk
69 **Zabezpieczenie zwrotu kosztów procesu cywilnego w Niemczech i w Anglii. Recenzja książki Markusa Altenkircha *Die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten. Ein Vergleich des deutschen und englischen Zivilprozessrechts und ein Vorschlag für das Schiedsverfahrensrecht***

ORZECZNICTWO

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

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

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

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski, Maciej Kiełbowski
95 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

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

Paweł Wiliński, Piotr Karlik
106 **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) **artykuły recenzyjne** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem artykułu do redakcji. Artykuł recenzyjny powinien mieć objętość do 20 000 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 5 (19) | 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
Sekretarz redakcji: mgr Kazimierz W. Ujazdowski
dr Krzysztof Szczucki
Redaktorzy tematyczni:
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa
prof. UW dr hab. Michał Królikowski – prawo karne
dr Adam Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne
dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Natalie Severt
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.

Punkty, prestiż, misja czasopisma naukowego

Pierwszy numer „Forum Prawniczego" ukazał się we wrześniu 2010 roku. Z końcem roku 2013 mogliśmy ogłosić, że w wyniku najnowszej oceny czasopism naukowych publikacje na naszych łamach uzasadniają przyznanie 5 punktów jednostkom naukowym, których afiliacje wskazali Autorzy. Przebieg i wynik tej procedury był impulsem do postawienia sobie pytań: czy 5 punktów to dobry wynik dla naszego czasopisma, które pierwszy raz mogło poddać się ewaluacji[1]? Czy i w jakim stopniu wynik tej oceny można uznać za miarę naszego prestiżu na polskim rynku czasopism prawniczych? Jak sami się oceniamy, sięgając do otwierającej pierwszy numer naszego pisma deklaracji zespołu redakcyjnego[2]?

Czasopismo, które nie ma tzw. współczynnika wpływu (*impact factor*)[3], mogło otrzymać w ramach oceny maksymalnie 10 punktów[4]. Algorytm, za pomocą którego ustalono ostateczny wynik oceny czasopism, podwyższał go o 30% liczby punktów, którą pismo otrzymało w ramach poprzedniej ewaluacji[5]. W tym kontekście uzyskanie przez czasopismo w toku pierwszej w jego historii oceny pięciu punktów nie wydaje się wynikiem złym. Pytanie, czy mogliśmy w tym kontekście otrzymać więcej punktów, kieruje uwagę ku szczegółowym, formalnym kryteriom oceny. Pokazują one, że prawdopodobnie mogliśmy osiągnąć więcej, gdybyśmy co najmniej 5% artykułów ogłaszali w języku angielskim, francuskim, hiszpańskim, niemieckim, rosyjskim lub włoskim[6]. Jednak w otwierającej pierwszy numer „Forum Prawniczego" deklaracji powiedzieliśmy w szczególności, że „chcemy, aby nasz głos docierał zarówno do środowisk naukowych, jak i praktyki prawniczej oraz tych wszystkich, którym leżą na sercu sprawy dobra wspólnego"[7]. Język polski daje tu najdalej idącą możliwość. Dlatego daliśmy prymat tej drodze oddziaływania pisma nad językowym kryterium formalnej oceny przez zespół ministerialny. Wybór ten stanowi też istotne ograniczenie dla spełnienia kryterium indeksacji w bazach danych[8], które mają międzynarodowy charakter. Zadeklarowana w pierwszym numerze troska o naukową rzetelność w doborze artykułów do publikacji postawiła nas wobec pytania o podejście do takich kryteriów oceny formalnej jak umiędzynarodowienie recenzentów i rady naukowej[9]. Uznaliśmy, że postępując rzetelnie, musimy przyznać, iż możliwości takiego umiędzynarodowienia w piśmie zorientowanym na polski rynek literatury prawniczej owszem są, ale ograniczone. Zaprosiliśmy do rady programowej pięciu zagranicznych profesorów, z którymi pozostajemy w kontaktach naukowych i którzy zadeklarowali zainteresowanie dyskusją naukową w Polsce bądź możliwością oddziaływania tej dyskusji na naukę światową. Trzech spośród nich umie czytać po polsku. Formalne kryteria oceny czasopisma nie były więc dla nas celem samym w sobie. Dlatego też – pamiętając o misji naszego czasopisma – nie traktujemy formalnych kryteriów oceny jako standardów maksymalnych. Ogłoszone i stosowane przez

1 Zgodnie z ust. 4 pkt 4 komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa wyższego z 29 maja 2013 r. w sprawie kryteriów i trybu oceny czasopism naukowych (dalej: komunikat) do oceny mogły być dopuszczone czasopisma, których pierwszy numer ukazał się nie później niż w roku 2011. Zob.: http://ewaluacja.indexcopernicus.com/download/20130529_KOMUNIKAT_w_sprawie_kryteriow_i_trybu_oceny_czasopism_naukowych.pdf (dostęp 6 lutego 2014 r.).

2 *Od redakcji*, „Forum Prawnicze" 2010, nr 1, s. 2.

3 Indeks liczony w oparciu o liczbę cytowań.

4 Ust. 4 pkt 16 komunikatu.

5 Tamże, pkt 19.

6 Tamże, pkt 18, tabela II.

7 *Od redakcji*…, dz. cyt., s. 2.

8 Ust. 4 pkt 18, tabela II komunikatu.

9 Tamże.

redakcję „Forum Prawniczego" zasady etyczne[10] formułują wymagania co do rzetelności autorów i recenzentów precyzyjniej niż kryteria sformułowane w komunikacie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego[11]. Przykładowo, w trosce o oryginalność publikacji wyjaśniamy we wskazanych zasadach, że „złożenie tej samej pracy do więcej niż jednej redakcji czasopisma jednocześnie stanowi postępowanie nieetyczne i jest niedozwolone". Akcentujemy tam, że „niezgodne z prawdą lub świadomie niedokładne stwierdzenia autora są traktowane jako zachowanie nieetyczne i są niedozwolone". Podkreślamy, że „recenzent powinien poinformować sekretarza redakcji o każdym znaczącym podobieństwie lub częściowym pokrywaniu się treści recenzowanej pracy z jakąkolwiek opublikowaną i znaną mu pracą". Nieodpłatne udostępnienie przez nas wszystkich numerów „Forum Prawniczego" w Internecie[12] istotnie wykracza poza wymagane wobec czasopism o pierwotnej wersji papierowej „posiadanie (…) czynnej i aktualnej strony internetowej" zawierającej podstawowe informacje o czasopiśmie oraz obowiązujących w nim procedurach[13]. U podstaw takiej dostępności leży wyrażone przy powstaniu pisma oczekiwanie, że „będzie stanowiło ważny i słyszalny głos w debatach dotyczących stanu naszego Państwa i systemu prawnego"[14].

W oparciu o powyższe uwagi można zatem skonkludować, że tak podobieństwa, jak i pewne odstępstwa od najwyższego standardu wyznaczanego za pomocą kryteriów ministerialnej oceny wynikają z leżących u podstaw powstania „Forum Prawniczego" wartości i celów.

Dostrzegając możliwe rozbieżności między formalnymi kryteriami oceny czasopisma a jego misją, można postawić pytanie, czy i jak sposób ich rozwiązywania służy budowaniu reputacji pisma.

Jedną z usług oferowanych przez biblioteki amerykańskich szkół prawa są podpowiedzi, w jakich czasopismach prawniczych warto publikować[15]. Podstawą tych rekomendacji są wyniki uzyskane przy użyciu kryteriów bibliometrycznych w oparciu o różne bazy danych. W Stanach Zjednoczonych stworzono w ten sposób ranking czasopism prawniczych. Według kryterium liczby cytowań w latach 2005–2012 trzy pierwsze miejsca zajmują „Harvard Law Review", „The Yale Law Review" i „Columbia Law Review"[16]. Już na tej podstawie można powiedzieć, że w odniesieniu do amerykańskiego rynku czasopism prawniczych zachodzi daleko idąca zgodność między renomą a rankingiem budowanym w oparciu o formalne kryteria oceny. Trudno jednak mówić o takiej prawidłowości w odniesieniu do czasopism prawniczych z kontynentalnej Europy. Przykładowo wśród czasopism znajdujących się w bazie danych *Journal Citation Reports* (z ustaloną „miarą oddziaływania", ang. *impact factor*), które zgodnie z zasadami przyjętymi przez nasze Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego są punktowane najwyżej, nie znajdziemy w szczególności tak prestiżowych pism cywilistycznych jak „Archiv für die civilistische Praxis", „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht" czy też „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht"[17]. Podobnie lektura ogłoszonej przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego listy czasopism, dla których nie jest ustalony współczynnik wpływu (*impact factor*), wywołuje komentarze, że nie zawsze liczba punktów przyznanych istniejącym od dawna czasopismom prawniczym jest adekwatna do ich prestiżu. Nie ma zatem przekonujących podstaw, by uznać, że liczba punktów uzyskanych w ramach oceny parametrycznej czasopism prawniczych jest miarą ich prestiżu. Wynikające z tej oceny punkty należy traktować jako element rozbudowanej, zalgorytmizowanej procedury rozdziału publicznych pieniędzy na naukę[18], która rodzi kryty-

10 Zob. http://forumprawnicze.eu/etyka (dostęp 6 lutego 2014 r.).

11 Por. ust. 4 pkt 10 lit. a), b) i d) komunikatu.

12 Pod adresem: http://forumprawnicze.eu.

13 Por. ust. 4 pkt 10 lit. c) komunikatu.

14 *Od redakcji…*, dz. cyt., s. 2. Finansową stabilność takiego projektu czasopisma zawdzięczamy Fundacji „Utriusque Iuris".

15 Zob. np.: http://guides.library.harvard.edu/content.php?pid=68282&sid=5121184 (dostęp 6 lutego 2014 r.).

16 Zob. http://lawlib.wlu.edu/LJ/index.aspx (dostęp 6 lutego 2014 r.). Aktualizacja rankingu ma nastąpić w lutym 2014 r.

17 Zob. http://www.nauka.gov.pl/g2/oryginal/2013_12/1ec1a3ccb57f4bcfdf6f8dd5f13c2292.pdf (dostęp 6 lutego 2014 r.).

18 Zasady parametryzacji czasopism zostały opracowane przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego stosownie do § 14 ust. 1 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz.U. poz. 877 z późn. zm.).

kę także z prawnego punktu widzenia[19]. W tej perspektywie warto powrócić do postawionych na wstępie pytań odwołujących się do relacji między misją pisma, jego renomą i wynikiem osiągniętym w ministerialnej ocenie czasopism.

To co najbardziej cieszy w trzyletniej historii „Forum Prawniczego", to wierność wskazanym przy powstaniu pisma wartościom i celom. Publikowane na naszych łamach teksty zawierały odniesienia do spraw ważnych i aktualnych. Staraliśmy się ogłaszać artykuły obejmujące refleksję nad tym, jak urzeczywistniać w konkretnych rozwiązaniach prawnych etos moralny charakterystyczny dla europejskiego kręgu kultury prawnej. Publikowaliśmy teksty zwalczające naukową nieuczciwość i ostre głosy naukowej polemiki. Byliśmy otwarci na propozycje metodologicznego odnowienia nauki prawa. Wierność misji pisma jest drogą do powolnego budowania jego prestiżu. Jeśli idea ta znajdzie potwierdzenie w dobrym wyniku kolejnych parametrycznych ocen czasopism, będzie to powodem dodatkowego zadowolenia z możliwości zaoferowania takiej korzyści autorom. W pełni aktualne pozostaje bowiem sformułowane we wrześniu 2010 roku zaproszenie do współpracy, adresowane do „wszystkich, którzy podzielają żywione przez nas poglądy – i tych, którzy chcieliby podjąć z nimi polemikę"[20].

Wojciech Dajczak

19 J. Błeszyński, *Kategoryzacja czasopism naukowych*, „Państwo i Prawo" 2013, nr. 11, s. 33 i n.

20 *Od redakcji*…, dz. cyt., s. 2.

Franciszek Longchamps de Bérier

Finansowa analiza prawa a znaczenie prawa rzymskiego

Franciszek Longchamps de Bérier

Ksiądz katolicki, profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, wykłada na Uniwersytecie Warszawskim o europejskiej tradycji prawnej oraz o wolności wypowiedzi i religii w prawie amerykańskim.

Law and Finance: Understanding Roman Law?

The Law and Finance analytical approach, also known as the Legal Origins Theory, blames Roman law for creating worse conditions for economic growth than common law systems. Civil law is described, contrary to common law, as a legal system in which the country's corporate law or commercial code originates in Roman law. To understand the differences amongst the emanations, i.e. the plurality of legal solutions and regulations within the civil law tradition, one has to be aware of their origins. It is necessary to perceive and understand the spirit of Roman law, which is a 'Roman law in action' – the Roman legal experience. Critics of the Legal Origins Theory stress the need for more experts in Roman law across society. There is a continuous need for in-depth knowledge of Roman law. As a subject, basic Roman law should be accessible to all and not only to lawyers, including economists, sociologists, historians, social philosophers, specialists in cultural studies, etc... It is not sufficient to have a limited group of experts, but rather to have independent centers for Roman legal studies. Roman law is not only a part of legal history, but is present in our legal systems due to their legal tradition. Further, its presence is also due to the reasonableness and economic utility of Roman law.

1. Teoria finansowej analizy prawa

Zupełnie niedawno prawo rzymskie znalazło się ponownie w wirze dyskusji prowadzonych w prawie porównawczym i – co jeszcze ciekawsze – odegrało centralną rolę w debacie o perspektywach wzrostu gospodarczego. Przykuło szczególną uwagę literatury z zakresu współczesnej ekonomii i finansów – zwłaszcza w latach 1997–2008, kiedy wyniki swych studiów ekonomicznych przedstawiali uczeni z Harwardu: Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes i Andrei Shleifer, oraz Robert W. Vishny z Uniwersytetu Chicagowskiego[1]. Ich bada-

1 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, R.W. Vishny, *The Legal Determinants of External Finance*, „Journal of Finance" 1997, vol. 52, nr 3, s. 1131–1150; R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, R.W. Vishny, *Law and*

nia koncentrowały się na zagadnieniach związanych z ochroną inwestorów oraz ładem korporacyjnym w rozmaitych częściach świata. Starali się dokonać przeglądu w wielu krajach różnic w prawie oraz praktyce odnoszących się do wskazanych dwóch podstawowych zagadnień oraz tego, jak różnice te wpływają na odmienność gospodarek, rynku kapitałowego i sposobów finansowania przedsiębiorstw. Dziedzina studiów, o których mowa, jest nazywana po angielsku *law and finance*, a więc prawo i finanse, co przez analogię do podobnej merytorycznie *law and economics* należałoby określać po polsku jako finansową analizę prawa. Wspomniani uczeni woleli swe ustalenia szumnie nazywać *legal origins theory*, czyli teorią początków prawnych czy prawnego pochodzenia. Jak zauważyła Ulrike Malmendier, „literatura z zakresu finansowej analizy prawa wskazuje na przyczynowy związek z krajowym porządkiem prawnym. Inna część tej literatury podkreśla rolę warunków politycznych i utrzymuje, że efektywność instytucji jest zauważalnie różnorodna w zależności od towarzyszenia im wsparcia politycznego"[2] (przekłady cytatów FLB). Nie tylko koncentruje się ona (literatura) – na przyszłym postępie czy rozwoju, lecz podkreśla kontynuację przeszłości, podejmuje studia nad tradycjami prawnymi i ma skłonność do ich oceny pod względem użyteczności dla finansowego i handlowego rozwoju współczesnego świata, który podlega globalizacji.

Teoria prawnego pochodzenia wini prawo rzymskie za stworzenie najgorszych warunków dla wzrostu gospodarczego, zwłaszcza w porównaniu z porządkami rodziny *common law*. Zdaniem amerykańskich uczonych prawo rzymskie utrudnia finansowy rozwój krajów, których system prawny należy do tradycji prawa stanowionego, czy jak mówią Anglosasi – prawa cywilnego i kontynentalnego (*civil law tradition*). Naukowcy z Harwardu i Uniwersytetu Chicagowskiego uznali za prawo cywilne – przeciwnie do *common law* – te porządki prawne, w których prawo spółek czy kodeksy handlowe wyrastają z prawa rzymskiego. „Ekonomiści, którzy dociekają determinant rozwoju finansowego i wzrostu ekonomicznego w różnych państwach, długo debatowali nad wagą środowiska instytucjonalnego, w tym porządku prawnego danego kraju. Jednak dopiero ostatnio zaczęli brać pod uwagę rozróżnienie na systemy prawa cywilnego jako 'pochodzące z prawa rzymskiego' (*Roman legal origin*) i porządki *common law*. Prawne pochodzenie jest używane jako instrument ekonometryczny, to jest jako empiryczna technika przyczynowej identyfikacji, na ile różne porządki prawne są otwarte na wzrost ekonomiczny i rozwój finansowy. Głównym wynikiem jest to, że kraje o porządku prawnym wywodzącym się z prawa rzymskiego uznaje się za mające nagorzej rozwinięte rynki finansowe"[3]. Trzeba wszelako zauważyć, iż finansowa analiza prawa zdaje się być ostrożna w formułowaniu bezpośrednich oskarżeń pod adresem prawa rzymskiego. Dlatego używa wyrażeń „tradycja prawa rzymskiego" (*Roman law tradition*) lub „prawo cywilne" (*civil law*), w szczególności z dodaniem, że „wywodzące się z prawa rzymskiego" (*originating in Roman law*)[4], aby wprost nie odnosić się do samego prawa rzymskiego. „Charakteryzowanie krajów wywodzących swój porządek z prawa rzymskiego jako sztywne (*rigid*) i niesprzyjające wzrostowi gospodarczemu"[5] wydaje się typowe dla literatury akceptującej teorię początków prawnych. Wynika to z faktu, że elastyczność 'prawa w działaniu' (*law as practiced*) postrzegana jest jako stymulacja wzrostu gospodarczego. Finansowa analiza prawa uznaje „wywodzenie się z prawa rzymskiego za ekonometryczny instrument pomiaru przyczynowego wpływu prawa na rozwój"[6]. W związku z tym warto zauważyć, że „teoria finansowej analizy prawa utrzymuje, iż przedstawia dwa empiryczne ustalenia na swoje poparcie: że oto, po pierwsze, pochodzenie prawne pozwala przewidzieć poziom ochrony inwestora oraz że, po drugie,

Finance, „Journal of Political Economy" 1998, vol. 106, nr 6, s. 1113–1155; R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences of Legal Origins*, „Journal of Economic Literature" 2008, vol. 46, nr 2, s. 285–332.

2 U. Malmendier, *Law and Finance 'at the Origin'*, „Journal of Economic Literature" 2009, vol. 47, nr 4, s. 1076.

3 U. Malmendier, *Roman Law and Law-and-Finance Debate* (w:) H. Altmeppen, I. Reichard, M. Schermaier i in. (ed.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, s. 719.

4 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences*…, dz. cyt., s. 286.

5 U. Malmendier, *Roman Law*…, dz. cyt., s. 719.

6 Tamże, s. 720.

pochodzenie prawne pomaga wyjaśnić poziom lub jakość rozwoju finansowego”[7].

Finansowa analiza prawa koncentruje swoją strategię polityki reform na tym, że „niektóre kraje zapewniają znacznie większą ochronę prawną interesów inwestorów zewnętrznych niż inne”[8]. Podkreśla się, że „przepisy prawne chroniące inwestorów charakteryzują się systematyczną odmiennością pomiędzy różnymi tradycjami czy początkami prawnymi, przy czym porządek prawny krajów, w których obowiązuje system *common law* (wywodzący się z prawa angielskiego), zapewnia większą ochronę inwestorom zewnętrznym, niż ma to miejsce w krajach, gdzie przyjęto porządek prawa cywilnego (wywodzący się z prawa rzymskiego), w szczególności w krajach francuskiego prawa cywilnego”[9]. Wynika to z faktu, że na potrzeby swej analizy Rafael La Porta, a za nim inni przyjęli rozróżnienie na cztery tradycje prawne: brytyjskie prawo precedensowe (*common law*), francuskie prawo cywilne, niemieckie prawo cywilne oraz skandynawskie prawo cywilne. Podjęli oni próbę empirycznego wykazania, że system *common law* pozwala uzyskać lepsze wyniki ekonomiczne niż prawo cywilne. Ich zdaniem porządki prawne oparte na *common law* są najlepsze, np. pod względem ułatwień w zakresie finansowania dłużnego, natomiast francuskie prawo cywilne wypada pod tym względem najgorzej. Właściwie system francuski zawsze wydaje się im najmniej korzystny dla wzrostu gospodarczego i rozwoju finansowego.

Najsłabszym punktem tej teorii jest twierdzenie, że system francuski, uznany za porządek prawa cywilnego, jest tym, który w największym stopniu wywodzi się z prawa rzymskiego. Jest to ujęcie błędne – tak z punktu widzenia historii prawa, jak i studiów porównawczych. Badacze byli świadomi faktu, że „tradycja prawa cywilnego jest najstarsza, najbardziej wpływowa i najbardziej rozpowszechniona na świecie, szczególnie po tym, jak wróciło do niej tak wiele krajów po okresie transformacji. Wywodzi się ona z prawa rzymskiego, traktuje ustawy i kompleksowe kodeksy jako podstawowy sposób porządkowania materiału prawnego i korzysta w głównej mierze z teoretyków prawa, którzy określają i formułują obowiązujące zasady”[10]. Rozwiązywanie sporów odbywa się raczej w modelu inkwizycyjnym niż kontradyktoryjnym. Prawo rzymskie zostało bowiem ponownie odkryte w okresie średniowiecza we Włoszech i przyjęte przez Kościół katolicki na własne potrzeby, skąd dało podstawy prawu świeckiemu wielu krajów Europy”[11]. Autorzy teorii początków prawnych wyjaśniają: „przyjmujemy szeroką koncepcję początków prawnych jako pewnego stylu społecznej kontroli nad życiem gospodarczym (a być może także nad jego innymi aspektami). W ujęciu ścisłym (uzupełnionym następnie szeregiem zastrzeżeń) twierdzimy, że *common law* oznacza strategię kontroli społecznej, która dąży do wspierania rzeczywistości rynku prywatnego, podczas gdy prawo cywilne skłania się ku zastąpieniu jej rzeczywistością kształtowaną przez państwo. Jak to ujął jeden z teoretyków prawa, porządek prawa cywilnego polega na

Finansowa analiza prawa bada różnice w ochronie inwestorów i ładzie korporacyjnym w rozmaitych częściach świata.

7 M. Graff, *Myths and Truths: The ‘Law and Finance Theory’ Revisited*, „Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften/Review of Economics” 2006, vol. 57, nr 1, s. 63.

8 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences*…, dz. cyt., s. 285.

9 Tamże, s. 285–286.

10 J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford 1969, s. 6–11.

11 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences*…, dz. cyt., s. 289.

wdrażaniu przepisów, natomiast porządek *common law* dąży do *rozwiązywania sporów*"[12]. Autorzy teorii początków prawnych wyraźnie stwierdzają w swojej analizie, że według ich koncepcji „początki prawne mają kluczowe znaczenie dla zrozumienia różnych postaci kapitalizmu"[13]. Krytyka ich finansowej analizy prawa pozwoliła badaczom ustalić, że „teoria początków prawnych obejmuje trzy zasadnicze elementy. Po pierwsze, niezależnie od tego, czy odniesienie do średniowiecza bądź czasów rewolucji (francuskiej) jest uzasadnione – w XVIII i XIX wieku Anglia i Europa kontynentalna, w szczególności Francja, rozwinęły już różne style sprawowania przez społeczeństwo kontroli nad działalnością gospodarczą, a także różne towarzyszące im instytucje. Po drugie – owe style sprawowania kontroli społecznej i wspierające je instytucje prawne nie powstały z niczego, lecz zostały zaimplementowane przez kraje, z których się wywodzą, w innych częściach świata. Po trzecie – mimo wielu zachodzących zmian prawnych i regulacyjnych style te okazały się stanowić utrwaloną strategię rozwiązywania problemów społecznych"[14].

> „Początki prawne mają kluczowe znaczenie dla zrozumienia różnych postaci kapitalizmu".

Miło jest przekonać się, że prawo rzymskie znalazło się w centrum zainteresowania ekonomistów. Pojawia się jednak zasadnicze pytanie, czym właściwie dla nich jest prawo rzymskie. Sposób rozumienia tradycji prawa cywilnego ma bowiem istotny wpływ na ocenę kwestionowanej przez nich obecności prawa rzymskiego we współczesnych debatach prawniczych. Warto pamiętać, że w latach pięćdziesiątych XX wieku wybitny profesor z Rzymu, Riccardo Orestano, zdefiniował sześć znaczeń przypisywanych terminowi „prawo rzymskie", na ostatnie z nich ukuł neologizm *romanesimo*. Zgodnie z tym pojęciem prawo rzymskie „nie odpowiada żadnej rzeczywistości historycznej, jest natomiast hipostazą idealistycznych i niejednorodnych aspiracji, a więc koncepcją całkowicie subiektywną. Rozumiane w sposób abstrakcyjny prawo rzymskie jest wynikiem aspiracji i stanowi ich eponim"[15]. Prawo rzymskie rozumiane jako *romanesimo* pojawia się w apologiach prawa rzymskiego lub argumentacji opartej na jego ocenie. Ocena ta jednak nie jest uzasadniona badaniami. Aspiracje te mają charakter polityczny lub sentymentalny; zmieniają się w różnych epokach, w zależności od ewoluujących prądów i przekonań upowszechniających się w danym okresie. To właśnie rozumienie „prawa rzymskiego" przyjęła polska szlachta w XVI, XVII i XVIII wieku, utożsamiając prawo rzymskie z despotycznym imperatorem i uznając je za prawny system dyktatury oraz absolutyzmu, w przekonaniu, że demokracja szlachecka byłaby zagrożona, gdyby miała opierać się na tradycji prawa rzymskiego. Tradycja prawa rzymskiego pojawiła się w Polsce dopiero wraz z rozbiorami, gdy w 1795 roku Polska przestała istnieć jako niezależne państwo, po czym wprowadzone zostały na polskich ziemiach – odpowiednio – kodeksy francuski, austriacki i niemiecki. Ale też prawo rzymskie pojawiło się jako *romanesimo* w punkcie 19 programu hitlerowskiej NSDAP, który brzmiał: „Żądamy, aby prawo rzymskie, które służy materialistycznemu porządkowi świata, zastąpić powszechnym prawem niemieckim"[16].

Rzecznicy teorii początków prawnych zdają sobie sprawę z tego, że nie oni jedni opierają swe analizy na

12 Tamże, s. 286.

13 Tamże, s. 287.

14 Tamże, s. 306–307.

15 R. Orestano, *Diritto romano* (w:) *Novissimo Digesto Italiano*, t. 5, Torino 1953, s. 1025; tenże, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, wyd. 2, Torino 1961, s. 511–512.

16 Por. np. L. Preuss, *Germanic Law versus Roman Law in National Socialist Legal Theory*, „Journal of Comparative Legislation and International Law", Third Series, 1934, vol. 16, nr 4, s. 269–280; M. Stolleis, *The Law under the Swastika. Studies on Legal History in Nazi Germany*, Chicago–London 1998, s. 21 i n.

różnicach między systemem *common law* a prawem stanowionym. Przyznają oni, że Friedrich August von Hayek „dopatruje się pochodzenia różnic pomiędzy systemem *common law* a prawem cywilnym w różnych koncepcjach wolności. Rozróżnia on dwa sposoby rozumienia wolności, które można wywieść bezpośrednio z powszechnego przyjęcia zasadniczo empirystycznego światopoglądu w Anglii, a racjonalistycznego we Francji" – i cytują dalej jego własne słowa: „W pierwszym treścią wolności jest spontaniczność i brak przymusu, w drugim realizuje się ona jedynie w dążeniu i osiągnięciu bezwzględnego celu społecznego; jeden oznacza organiczny, niespieszny, świadomy wzrost, drugi doktrynerskie dążenie do celu; jeden odnosi się do metody prób i błędów, drugi do narzuconego, jedynie słusznego wzorca"[17]. Przy czym, jak zauważyli, „[d]la Hayeka różnice w systemach prawnych odzwierciedlają te głębokie różnice w filozofiach wolności"[18]. Ich zdaniem wyjaśniają one odmienności we wzroście gospodarczym i mają fundamentalne znaczenie dla proponowanych reform prawnych oraz usuwania przeszkód na drodze postępu.

2. *Krytyka teorii*

Autorzy teorii początków prawnych zdają się być dumni z krytyki, jaka spotkała ich z różnych stron. W roku 2008 postanowili odpowiedzieć na trzy jej nurty, które krążą wokół koncepcji, że *legal origins* zastępują coś innego. Wzięli więc pod uwagę kulturę, politykę i historię – każda z nich była wskazywana przez krytyków jako alternatywa dla początków prawnych[19].

Podejście oparte na odniesieniu do kultury wskazuje, że z uwagi na niechęć niektórych tradycji religijnych wobec udzielania pożyczek na procent, religia może determinować kształt zasad prawnych regulujących ochronę wierzyciela w znacznie większym stopniu niż tradycja prawna[20]. Bardziej ogólna argumentacja wykorzystuje psychologiczne środki podejścia kulturowego do prognozowania zasad prawnych[21].

W opinii krytyków teorii – początki prawne wskazano w zastępstwie kultury, polityki i historii.

Zasadnicze pytanie dotyczy też tego, czy początki prawne stoją jedynie w zastępstwie zmiennych kulturowych. Twórcy finansowej analizy prawa wydają się być ponad te wątpliwości. Są przekonani, że pytanie o zmienne kulturowe właściwie nie umniejsza użyteczności teorii początków prawnych dla wyjaśnienia rzeczywistości, choć przyznają, że brane przez nich pod uwagę koncepcje kultury skupiają się na religii i powszechnych przekonaniach społecznych[22].

Trudniejszym wyzwaniem dla teorii początków prawnych, jeśli chodzi o wyjaśnianie rzeczywistości, okazały się polityczne teorie finansów przedsiębiorstw[23]. Autorzy teorii przyznali, że po przeprowadzeniu dogłębnych ich zdaniem badań postanowili przedstawić swoją koncepcję nieco szerzej. „Zgodnie z teoriami politycznymi, gdzieś w połowie XX wieku w krajach Europy kontynentalnej doszło do sprzymie-

17 F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago 1960, s. 56.

18 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences*…, dz. cyt., s. 303.

19 Tamże, s. 287.

20 R.M. Stulz, R. Williamson, *Culture, Openness and Finance*, „Journal of Financial Economics" 2003, vol. 70, nr 3, s. 313–349.

21 A.N. Licht, C. Goldschmidt, S.H. Schwartz, *Culture, Law, and Corporate Governance*, „International Review of Law and Economics" 2005, vol. 25, nr 2, s. 229–255.

22 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences*…, dz. cyt., s. 311.

23 Por. np. R.G. Rajan, L. Zingales, *The Great Reversals: the Politics of Financial Development in the Twentieth Century*, „Journal of Financial Economics" 2003, vol. 69, nr 1, s. 5–50; M. Pagano, P.F. Volpin, *The Political Economy of Corporate Governance*, „American Economic Review" 2005 vol. 95, nr 4, s. 1005–1030; M.J. Roe, *Legal Origins, Politics, and Modern Stock Markets*, „Harvard Law Review" 2006, vol. 120, nr 2, s. 460–527; S. Haber, E.C. Perotti, *The Political Economy of Finance*, 2008, http://fic.wharton.upenn.edu/fic/sicily/19%20haberperotti.pdf (dostęp 29 kwietnia 2013 r.).

rzenia się rodzin kontrolujących firmy i (zazwyczaj zorganizowaną) siłę roboczą. W wielu przypadkach ich sojusz stanowił reakcję na kryzys spowodowany hiperinflacją, depresją lub przegraną wojną. Te alianse polityczne dążyły do wygrania wyborów w celu zabezpieczenia renty ekonomicznej swoim sprzymierzeńcom, a jednocześnie niedopuszczenia do aliansu nikogo z zewnątrz – pracowników niezrzeszonych, udziałowców mniejszościowych, przedsiębiorstw konkurencyjnych czy potencjalnych nowych graczy. Gdy sojusze te wygrywały wybory, wprowadzały korzystne dla siebie uregulowania prawne. Dzięki ograniczonej ochronie interesów zewnętrznych udziałowców mogły zatrzymywać dla siebie korzyści ze sprawowania kontroli. Ubezpieczenie społeczne i przepisy chroniące siłę roboczą pozwalały utrzymywać zatrudnienie i zarobki tym, którzy stanowili część układu. Tak same rodziny, jak i pracownicy zapewniali sobie prawa chroniące ich przed konkurencją rynkową, na przykład przez regulację wejścia nowych uczestników rynku. Przepisy prawne będące przedmiotem analizy są więc wynikiem tego demokratycznego procesu, nie zaś *trwałych* uwarunkowań, takich jak początki prawne"[24].

Kolejną krytykę teorii początków prawnych sformułowała specjalizująca się w prawie rzymskim Ulrike Malmendier, profesor ekonomii na Uniwersytecie Kalifornijskim. W Europie opublikowała słynną książkę o *societas publicanorum*[25], która to *societas* stała się punktem wyjścia dla jej spostrzeżeń o nierzadko nadrzędnym wpływie polityki na kierunki rozwoju gospodarczego. Dobrą ilustracją wydaje się właśnie spółka dzierżawców dochodów państwowych. Jako przedsiębiorstwo handlowe ta *societas publicanorum* różniła się od rzymskiej spółki (*societas*) tym, że istniała w niej możliwość ograniczenia odpowiedzialności wspólników (*socii*). Nie bez powodu publikanie nazywani byli dzierżawcami rządowymi, będąc przecież prywatnymi kontrahentami. Wynikało to z czterech cech odróżniających *societas publicanorum* od zwykłej *societas*, a mianowicie: kwestii reprezentacji, dalej – ciągłości i stabilności samej spółki, finansowania zewnętrznego oraz praw i obowiązków spółki jako osobnego podmiotu prawa. Pojedyncza osoba mogła zaciągać zobowiązania wiążące dla spółki, a także wykonywać jej uprawnienia; przedstawiciel spółki mógł występować wobec cenzora, czyli władzy publicznej, a także stawać do przetargu publicznego. Spółka nie przestawała istnieć wraz z odejściem czy śmiercią wspólnika; spory prawne między wspólnikami nie musiały skutkować przerwaniem ciągłości jej istnienia, jak to miało miejsce w typowej rzymskiej spółce cywilnej. Inwestorzy mogli wnosić kapitał i kupować udziały, nie stając się tym samym wspólnikami i nie ponosząc odpowiedzialności za zobowiązania spółki; udziały były zbywalne, a ich cena mogła się zmieniać. Spółka dzierżawców dochodów państwowych mogła wnosić pozwy, a także posiadać i dziedziczyć majątek. Zatem charakteryzowały *societas publicanorum* ważne cechy typowe i dla współczesnej spółki kapitałowej. Nic dziwnego, że traktowana była jako odrębny podmiot prawny[26].

Cała analiza bardzo konkretnego przykładu spółki szczególnego rodzaju zmierzała ku pytaniu: dlaczego publikanie zniknęli? Odpowiadając na nie, U. Malmendier jako determinanty rozwoju finansowego i gospodarczego uwypukliła raczej przyczyny polityczne niż prawne. „W mojej analizie *societas publicanorum* elastyczność rzymskiego systemu prawnego wyłania się jako jeden z ważnych czynników rozwoju złożonych kontraktów finansowych. Drugim czynnikiem o istotnym znaczeniu były interesy elit politycznych w czasach republiki i cesarstwa rzymskiego. Wiele publikacji ze współczesnej literatury obraca się właśnie wokół tych dwóch czynników: prawa i polityki"[27]. Zdaniem autorki „ewolucja prawa rzymskiego w czasach republiki rzymskiej, a potem cesarstwa, pokazuje (…), że ograniczenia prawne jako takie mają niewielkie znaczenie dla rozwoju gospodarczego, pod warunkiem że prawo stosowane jest w praktyce w sposób elastyczny"[28]. Ulrike Malmendier przytoczyła dwa inne ważne przykłady, które ilustrują fakt, że elastyczność była typową cechą prawa rzymskiego. Otóż prawo rzymskie w istocie nie znało ani ograniczenia odpowiedzialności, ani

24 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences*…, dz. cyt., s. 311.

25 U. Malmendier, *'Societas publicanorum'. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln–Weimar–Wien 2002.

26 U. Malmendier, *Law and Finance*…, dz. cyt., s. 14–15.

27 Tamże, s. 23.

28 U. Malmendier, *Roman Law*…, dz. cyt., s. 720.

zastępstwa. Nie stanowiło to wszelako przeszkody dla wzrostu gospodarczego i rozwoju rynku, Rzymianie mieli własne sposoby radzenia sobie z tym problemem. W pierwszym przypadku zatrudniano niewolników spółki jako zarządców i przydzielano im *peculium* na potrzeby transakcji handlowych. W drugim przypadku wykorzystywano władzę rzymskiego ojca (*pater familias*) nad dorosłymi dziećmi (*patria potestas*), a także fakt posiadania na własność niewolników. Gdy jedni i drudzy mieli zdolność do czynności prawnych, można było z nich korzystać w naturalny sposób jako zastępców[29]. Autorka opowiedziała się zatem raczej za podejściem polityczno-finansowym niż prawno-finansowym. „Tradycje prawne nie dają wystarczającego wyjaśnienia różnic w rozwoju finansowym *pomiędzy* krajami prawa stanowionego a *common law*, ani też zróżnicowania *wewnątrz* tych krajów na przestrzeni czasu, a *polityka* lub *ekonomia polityczna* w duchu Northa[30] wydają się stanowić brakujący element"[31]. Na przestrzeni stuleci historii prawa w Europie ważniejsze okazały się okoliczności polityczne.

Podejście oparte o historyczną linię krytyki zdało się szczególnie przekonujące. Prostota może wnieść powiew świeżości i być pouczająca, jednak nadmierne uproszczenia zawsze zaciemniają obraz podstawy dalszych studiów i powodują niestabilność budowli wznoszonej na jej fundamencie. Widać to wyraźnie na przykładzie teorii początków prawnych. „Literatura z zakresu finansowej analizy prawa interpretuje podział na kraje *common law* i te, gdzie panuje porządek prawa cywilnego, jako podział między krajami, w których obowiązuje elastyczne i dające się adaptować prawo precedensowe, a tymi, w których prawo ma charakter sztywnej kodyfikacji. Taki podział pomija fakt, że jeśli chodzi o *początki*, prawo rzymskie jest zasadniczo prawem precedensowym"[32]. Choć różni je terminologia i wiedza prawnicza, stają one przed tymi samymi problemami społecznymi, stosują podobne metody wykładni i ustalenia obowiązującego prawa. Twórcy finansowej analizy prawa pokornie przyznają, że „najtrudniejszym chyba wyzwaniem dla hipotezy o przyczynowości początków prawnych są argumenty historyczne. (…) Na najszerszym poziomie argumenty historyczne sugerują, że pozytywna korelacja pomiędzy dziedzinami prawa i finansów jest zjawiskiem dotyczącym XX wieku"[33].

> **Prostota może wnieść powiew świeżości i być pouczająca, ale nadmierne uproszczenia zaciemniają obraz…**

Zdecydowana krytyka pochodzi z badań porównawczych, stanowiących kontynuację historycznego wyzwania wobec finansowej analizy prawa. Nietrafność czteroczłonowej klasyfikacji tradycji prawnych, czy raczej subtradycji uwidacznia się w świetle różnych porównawczych klasyfikacji prawa zaproponowanych w ostatnim stuleciu[34].

Autorzy teorii początków prawnych wspomnieli tylko o trzech kierunkach krytyki swojej analizy: odnoszących się do kultury, polityki i historii. Michael Graff wskazał ich aż osiem, przyporządkowując każdemu odpowiednie pozycje literatury[35]. Pierwszy, frontalny atak dowodzi, że teoria finansowej analizy prawa to tylko zręczne zagranie ideologii prorynkowej, której celem jest uzasadnienie domniemanej wyższości anglosaskiego modelu finansów przedsiębiorstwa[36].

29 Tamże, s. 727–728.

30 D.C. North, *Structure and Change in Economics History*, New York 1981.

31 U. Malmendier, *Roman Law*…, dz. cyt., s. 730.

32 Tamże, s. 726.

33 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences*…, dz. cyt., s. 315.

34 Por. np. U. Malmendier, *Roman Law*…, dz. cyt., s. 721 i n.

35 M. Graff, *Myths and Truths*…, dz. cyt., s. 60–63.

36 A. Singh, A. Singh, B. Weisse, *Corporate Governance, Competition, the New International Financial Architecture and Large*

Twierdzenie to nie wydaje się jednak wystarczające dla obalenia teorii początków prawnych i przeprowadzonej na jej podstawie analizy. Druga linia krytyki podaje w wątpliwość proponowany przez finansową analizę prawa podział na główne rodziny prawne, z ograniczoną liczbą przypisanych do każdej z nich krajów[37]. Kolejna, ostrzejsza linia wskazuje, że główne systemy prawne rozprzestrzeniały się w świecie wraz z systemami finansowymi krajów, z których się wywodzą, a zatem teoria finansowej analizy prawa staje przed zasadniczym problemem identyfikacji – domniemanego wpływu tradycji prawnej nie da się oddzielić od jednoczesnej transplantacji szeregu innych instytucji wywodzących się z Anglii[38]. Czwarty kierunek krytyki dowodzi, że lepszym wyjaśnieniem negatywnych wskaźników odnoszących się do zarządu i ochrony inwestorów, na które powołują się autorzy teorii, jest dominująca religia danego kraju, a nie jego początki prawne, zaś związek przyczynowo-skutkowy zachodzi w rzeczywistości między religią a ochroną inwestorów[39]. Piąta linia krytyki odnosi się do charakterystyki kultur, poddając omawiane w teorii dane dodatkowej analizie, w której wyniku stwierdza, że czynniki kulturowe – określane na podstawie globalnych badań socjologiczno-psychologicznych – równie skutecznie wyjaśniają zróżnicowanie cech prawnych systemów finansowych różnych krajów[40]. Szósty argument odnosi się do warunków środowiskowych, które czyniły zamorskie kolonie atrakcyjnym miejscem do osiedlania się Europejczyków, bądź przeciwnie – sprawiały, że kolonie te były traktowane przede wszystkim jako źródło zysków, co skutkowało odpowiednio niższą jakością warstwy instytucjonalnej[41]. A zatem środowisko i klimat mogą stanowić alternatywę dla początków prawnych, jeśli chodzi o przewidywanie jakości systemu instytucjonalnego. Siódmy argument jest właściwie argumentem historycznym. Wskazuje on, że rozwój finansowy przechodzi „wielkie przewroty", a chociaż kraje systemu *common law* mają dziś często lepiej rozwinięty model finansowania na odległość, tzw. *arm's length finance*, na początku XX wieku to kraje prawa cywilnego wysunęły się pod tym względem na prowadzenie[42]. Dodajmy na podstawie najnowszych badań, że wzrost gospodarczy średniowiecznej Europy zawdzięcza swą dynamikę prawu uczonemu, wyrastającemu z uniwersyteckiego studium prawa rzymskiego[43]. Punkt ósmy wskazuje, że powiązanie między prawami majątkowymi a rozwojem finansowym można wyjaśnić bez narzucania paradygmatu początków prawnych, stanowiącego spoiwo teorii finansowej analizy prawa[44]. Te linie argumentacyjne dowodzą co najmniej, że teoria początków prawnych nadmier-

Corporations in Emerging Markets, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 250, 2002, http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP250.pdf (dostęp 29 kwietnia 2013 r.).

37 D. Berkowitz, K. Pistor, J.-F. Richard, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, Center for International Development at the Harvard University, CID Working Paper No. 39, 2000, http://www.hks.harvard.edu/var/ezp_site/storage/fckeditor/file/pdfs/centers-programs/centers/cid/publications/faculty/wp/039.pdf (dostęp 29 kwietnia 2013 r.).

38 C.M. Fohlin, *Economic, Political, and Legal Factors in Financial System Development: International Patterns in Historical Perspective*, California Institute of Technology, Social Science Working Paper No. 1089, 2000, http://www.hss.caltech.edu/SSPapers/wp1089.pdf (dostęp 29 kwietnia 2013 r.).

39 Por. R.M. Stulz, R. Williamson, *Culture, Openness*…, dz. cyt.

40 A.N. Licht, C. Goldschmidt, S.H. Schwartz, *Culture, Law, and Finance: Cultural Dimensions of Corporate Governance*, SSRN Working Paper, 2001 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=277613 (dostęp 29 kwietnia 2013 r.).

41 D. Acemoglu, S. Johnson, J.A. Robinson, *The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation*, „American Economic Review" 2001, vol. 91, nr 5, s. 1369–1401; D. Acemoglu, S. Johnson, J.A. Robinson, *Reversal of Fortunes: Geography and Institutions in the Making of the Modern World Income Distribution*, „Quarterly Journal of Economics" 2002, vol. 117, nr 3, s. 1231–1195.

42 Por. R.G. Rajan, L. Zingales, *The Great Reversals*…, dz. cyt.

43 H.-B. Schäfer, A.J. Wulf, *Jurists, Clerics and Merchants. The Rise of Learned Law in Medieval Europe and its Impact on Economic Growth*, SSRN Working Paper, 2013 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2242110 (dostęp 27 stycznia 2014 r.).

44 Por. np. S. Knack, P. Keefer, *Institutions and Economic Performance: Cross country Tests Using Alternative Institutional Measures*, „Economics and Politics" 1995, vol. 7, nr 3, s. 207–227; L. Grogan, L. Moers, *Growth Empirics with Institutional Measures for Transition Countries*, „Economic Systems" 2001, vol. 25, nr 4, s. 323–334; S. Claessens, L. Laeven, *Financial Development, Property Rights and Growth*, „Journal of Finance" 2003, vol. 58, nr 6, s. 2401–2436.

nie uprościła rzeczywistość i możliwy wpływ tradycji prawnej w danym kraju. Teoria ta stoi przed problemem identyfikacji, większość bowiem krajów tradycji *common law* posiada system finansowy oparty na działaniu giełdy, natomiast w krajach prawa stanowionego system ten regulowany jest zwykle raczej przez banki[45]. Dlatego też wiarygodność omawianych przez twórców owej teorii –„negatywnych wskaźników odnoszących się do praw członków zarządu i wierzycieli przy porównywaniu praw udziałowców i wierzycieli w różnych krajach, wyższości dziedzictwa *common law* pod względem ochrony inwestorów, a więc i wiarygodność zmiennych w teorii początków prawnych jako instrumentów rozwoju finansowego, należy włożyć między bajki"[46].

Duch prawa rzymskiego to prawo rzymskie w działaniu, czyli prawne doświadczenie.

3. Doświadczenie prawa rzymskiego

Literatura prawa rzymskiego i prawo porównawcze są źródłem krytyki finansowej analizy prawa. Winią ją o nadmierne uwypuklenie podziału na systemy prawa stanowionego i *common law*. „[R]ozróżnienie na systemy prawne, które wywodzą się z prawa rzymskiego i te bez rzymskich początków – podział na tzw. kraje prawa cywilnego i *common law* – jest mniej wyraźne, niż sugeruje to literatura finansowej analizy prawa"[47]. Ci, którzy zajmują się prawem rzymskim, mieli już podobne doświadczenie: przez lata w badaniach nad prawem rzymskim przeciwstawiano prawo klasyczne prawu justyniańskiemu, tj. odróżniano tak zwane oryginalne koncepcje rzymskie od dogmatycznej umysłowości Bizantyńczyków i uproszczonej jurysprudencji kompilatorów z VI wieku po Chr. – przy nadmiernym uwypuklaniu różnic. W finansowej analizie prawa przeciwstawienie dotyczy Anglii i Francji. Takie podejście zdaje się nas przenosić do średniowiecza, gdy Anglia była wielce frankofońska, a północ Francji stanowiła pole batalii o dominację w regionie. Tradycji prawa cywilnego nie można sprowadzić do prawa francuskiego, choć trzeba odnotować dla porządku, iż ewoluująca teoria początków prawnych zaczyna zdawać sobie z tego sprawę: „Pogłębione studium dynamiki tradycji prawnych może przyczynić się do odpowiedzi na zasadnicze pytanie o to, czy różnice pomiędzy *common law* a prawem cywilnym utrzymają się także w przyszłości"[48].

Obecność prawa rzymskiego i jego spuścizny na wiele sposobów przejawia się w dzisiejszej rzeczywistości prawnej. Ma różne emanacje. Niezależnie jednak od tego, jaki jest ich dzisiejszy kształt, rzymski porządek prawny charakteryzowała elastyczność i innowacyjność. Po to, aby zrozumieć różnice między tymi emanacjami, tj. różnorodnością rozwiązań prawnych i regulacji w tradycji prawa cywilnego, trzeba być świadomym ich pochodzenia. Samo odniesienie do prawa rzymskiego nie na wiele się tu zda. Konieczne jest dostrzeżenie i zrozumienie ducha prawa rzymskiego, który ma niewiele wspólnego z abstrakcyjną ideą prawa rzymskiego, ale odnosi się do *prawa rzymskiego w działaniu* – prawnego doświadczenia rzymskiego.

Po pierwsze, nieznajomość prawa rzymskiego, tj. ducha, który ukształtował cywilizację zachodnią i europejską tradycję prawną, może mieć fatalne skutki dla tych, którzy dają wiarę wnioskom wysnuwanym na podstawie teorii w rodzaju finansowej analizy prawa. Po drugie i bardziej oczywiste, im ogólniejsze stwierdzenie, tym większy margines błędu. Dlatego uogólnione składanie winy na prawo rzymskie, czy jakąkolwiek tradycję prawną, należało uznać za ryzykowne już w samych założeniach. I tak już przypisywanie

45 M. Graff, *Myths and Truths*…, dz. cyt., s. 74.

46 Tamże.

47 U. Malmendier, *Roman Law*…, dz. cyt., s. 721.

48 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences*…, dz. cyt., s. 327.

prawu rzymskiemu cech współczesnego prawa skodyfikowanego stanowi anachronizm[49]. Twórcy finansowej analizy prawa obstawali wszelako, że „przy całej tej świadomości, nie wprowadzili istotnych zmian do teorii początków prawnych, choć kontynuując badania, nadali jej subtelniejszy kształt. Nasza interpretacja znaczenia początków prawnych z czasem znacznie ewoluowała", na koniec więc postanowili przyjąć szeroką interpretację początków prawnych jako utrwalonych systemów kontroli społecznej nad życiem gospodarczym[50]. „Dalsze badania pokazały, że wpływ początków prawnych na przepisy i regulacje nie ogranicza się do finansów. W szeregu badań (…) stwierdziliśmy, że takie następstwa, jak upaństwowienie banków, obostrzenia regulacyjne przy wchodzeniu na rynek, regulacja rynków pracy, obowiązkowy pobór do wojska oraz państwowa własność mediów różnią się w poszczególnych rodzinach prawa. We wszystkich tych sferach prawo cywilne kojarzone jest z cięższą ręką własności państwowej i regulacji niż system *common law*. Wiele z tych wskaźników własności państwowej i regulacyjnych łączy się z niekorzystnymi konsekwencjami dla rynku, takimi jak większa korupcja, szersza szara strefa i wyższe bezrobocie. W wyniku jeszcze innych badań stwierdziliśmy, że porządek *common law* kojarzony jest z mniejszym sformalizowaniem procedur sądowych[51] i większą niezależnością sądownictwa[52] niż w krajach prawa cywilnego. Te z kolei wskaźniki łączone są ze skuteczniejszą egzekucją zobowiązań i bezpieczeństwem praw majątkowych"[53]. Niemniej jednak na zakończenie artykułu stanowiącego odpowiedź na krytykę raz jeszcze czytamy: „przyjęte przez nas ramy sugerują, że podejście *common law* do społecznej kontroli życia gospodarczego daje lepsze wyniki, niż podejście oparte na prawie cywilnym. Jeśli rynki działają lub mogą działać dobrze, lepiej jest je wspierać, niż zastępować. Dopóki gospodarki światowej nie będą zakłócać wojny, poważne kryzysy finansowe czy inne nadzwyczajne okoliczności, presja konkurencyjna na regulacje wspierające rynek pozostanie silna i należy spodziewać się dalszej liberalizacji. Oczywiście u podstaw tych przewidywań leży pełne nadziei założenie, że przyszłość nie przyniesie powtórki z II wojny światowej czy wielkiego kryzysu. W przeciwnym razie nastąpi zwrot ku rozwiązaniom cywilnoprawnym, podobnie jak to miało miejsce wtedy"[54]. Zdanie to opublikowane zostało w 2008 r., a więc u zarania światowego kryzysu gospodarczego.

Racjonalność i użyteczność ekonomiczna przynależą do natury prawa.

Podsumowując, należy pozytywnie ocenić szczególne zainteresowanie tradycjami prawnymi wśród ekonomistów, nawet jeśli zarzucają oni prawu rzymskiemu szkodliwy wpływ na rynki finansowe. Dowodzi to bowiem, iż zainteresowanie prawem rzymskim wciąż jeszcze nie wygasło. Ma ono ogromne znaczenie nie tylko dla europejskiej, ale także dla ogólnoświatowej tradycji prawa cywilnego biorącej swe początki z prawa rzymskiego. Krytyka teorii początków prawnych woła o szeregi specjalistów z zakresu prawa rzymskiego, wskazując na nieustanną potrzebę pogłębiania wiedzy w tej dziedzinie. Zresztą wiedza ta powinna być w zasięgu ręki – dla wszystkich, nie tylko dla prawników. Dostęp do podstawowych informacji na temat doświadczeń prawa rzymskiego powinni mieć

49 B. Woźniak, *'Law and finance' – droga na skróty w badaniu rozwoju rynku kapitałowego?*, „Zeszyty Cywilistyczne" 2013, t. 5, s. 113.

50 Tamże, s. 326.

51 S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *Courts*, „Quarterly Journal of Economics" 2003, vol. 118, nr 2, s. 453–517.

52 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, C. Pop-Eleches, A. Shleifer, *Judicial Checks and Balances*, „Journal of Political Economy" 2004, vol. 112, nr 2, s. 445–470.

53 R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *The Economic Consequences*…, dz. cyt., s. 286.

54 Tamże, s. 327.

także ekonomiści, socjologowie, historycy, filozofowie społeczni, kulturoznawcy. Nade wszystko potrzeba solidnych i użytecznych badań nad prawem rzymskim, prowadzonych w wielu instytucjach publicznych i prywatnych. Nie wystarczy utworzenie niewielkiej grupy specjalistów; potrzeba niezależnych centrów zajmujących się jego badaniem w Europie. Jest to konieczne nie tylko dla zdobycia prostych danych, ale do głębszego rozumienia prawa rzymskiego. Nie jest ono jedynie częścią historii prawa. Pozostaje obecne w naszych porządkach prawnych z uwagi na ich tradycję prawną – nie tylko ze względu na recepcję prawa, ale także niezależnie, a więc także z uwagi na jego oczywistą racjonalność i użyteczność ekonomiczną. Zresztą pojęcia racjonalności i użyteczności ekonomicznej przynależą do samej natury prawa. Były doskonale rozumiane i dostrzegane przez starożytnych Rzymian. Nawet kiedy pewne regulacje prawne formułowane są w danym kraju z uwagi na ich racjonalność i użyteczność ekonomiczną, o dziwo – lub nie – odpowiadają one lub są zbliżone do tego, co Rzymianie wiedzieli już tysiące lat temu. Racjonalność i użyteczność ekonomiczna są bez wątpienia typowymi cechami prawa rzymskiego, ale by to dostrzec, musimy znać i rozumieć europejską tradycję prawną.

„Zainteresowanie, z jakim spotkała się teoria *rzymskich początków prawnych* w toczącej się debacie o instytucjonalnych – w tym także prawnych – determinantach rozwoju i wzrostu finansowego”[55], jest rzeczywiście zaskakujące. Jednak nie tylko z uwagi na tę teorię prawo rzymskie jest obecne w argumentacji wysuwanej w trakcie współczesnych dyskusji i prawnych sporów naukowych. Dlatego trzeba zgłębiać i badać prawo rzymskie, a jego studium musi być prowadzone w sposób ciągły. W przeciwnym razie w debatach tych obecne będzie jedynie widmo prawa rzymskiego w postaci *romanesimo*, zamiast dorobku doświadczeń społeczeństwa obeznanego z prawem i jego rzeczywistego porządku prawnego, do którego można się odwoływać w porównaniach i z którego można czerpać inspirację.

Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia – „biegłość w prawie jest znajomością spraw boskich i ludzkich, wiedzą o tym, co sprawiedliwe i niesprawiedliwe”[56]. To zdanie Ulpiana, wybitnego jurysty z III wieku po Chr., zamieszczone w jego *Regułach*, rzadko jest cytowane, gdyż nie za bardzo wydaje się aktualne. Nauka prawa zazwyczaj nie docenia znajomości spraw boskich. Uważamy, że jest to przestarzałe pojmowanie doświadczenia prawnego. Wywodzi się ono z praktyki prawnej najwyższych rangą kapłanów z kolegium pontyfików. Zakładamy, że Ulpian miał na myśli skutki laicyzacji jurysprudencji, która przejęła rolę *pontifices*. Boskość jednak odnosi się nie tylko do wymiaru wertykalnego w rozumieniu św. Tomasza z Akwinu, jak w prawie naturalnym, ale także do wymiaru horyzontalnego: do tego, co jest stałe w prawie, a więc co wydaje się należeć do jego natury. Oba wymiary mają zasadnicze znaczenie dla biegłości w prawie. Debata nad finansową analizą prawa pokazuje, że wiele się można dowiedzieć, studiując prawo rzymskie, będące skarbnicą argumentów porównawczych i historycznych w dyskursie prawnym[57].

55 U. Malmendier, *Roman Law*…, dz. cyt., s. 736.

56 D. 1,1,10,2. Ulpian, *Reguły*, księga 1.

57 Praca ukaże się po angielsku (w:) J. Stelmach, R. Schmidt (red.), *Krakauer-Augsburger Rechtsstudien. Die Rolle des Rechts in der Zeit der wirtschaftlichen Krise*, Warszawa 2013.

Michał Królikowski, Andrzej Sakowicz

Granice legalności postpenalnej detencji sprawców niebezpiecznych

Post penal Detention of Dangerous Perpetrators. The Limits of Legality

Michał Królikowski

Profesor UW, doktor habilitowany nauk prawnych, karnista, podsekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości. Profesor w Katedrze Prawa Karnego Porównawczego UW; visiting fellow *w Cardiff Law School oraz na wydziałach prawa na Uniwersytecie w Stirling oraz w Salzburgu.*

Andrzej Sakowicz

Profesor UwB, doktor habilitowany nauk prawnych; ekspert ds. legislacji w Biurze Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu. Stypendysta Towarzystwa im. Maxa Plancka, DAAD, Fundacji na rzecz Nauki Polskiej oraz Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

In this article, the authors discuss the problem of post penal detention in the context of a newly enacted law regarding dangerous individuals. The act was passed by the Polish Parliament in October 2013 following the intense discussion about serious criminals who are to leave prisons as a consequence of the Amnesty Act of 1989. The authors try to find the limits of potential post penal measures, bearing in mind the standards of the European Convention of Human Rights and other aspects of contemporary criminal law theory. After, they analyze the abovementioned act and its accordance with the requirements of the European Tribunal of Human Rights. The authors discuss the nature and aim of post penal detention, asking fundamental questions about the role of the State and the limits of law when human rights clash with the security of society.

I. Ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób[1] (dalej: u.p.o.z.p.) od samego początku wywoływała liczne kontrowersje natury prawnej. Tytułem wstępu należy wyjaśnić, że przewiduje ona możliwość stosowania dozoru lub izolacji psychoterapeutycznej wobec osób, które kończą odbywanie w systemie terapeutycznym kary pozbawienia wolności. Jednocześnie muszą one ujawniać zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub preferencji seksualnych o takim charakterze i nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie ryzyko prawdopodobieństwa popełnie-

1 Ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz.U. z 2014 r., poz. 24).

nia najpoważniejszych występków i zbrodni z użyciem przemocy przeciwko życiu, zdrowiu i wolności seksualnej osób trzecich. W ten to sposób omawiana regulacja, odnośnie do uchwalenia której formułowano analogie do działania w stanie wyższej konieczności, przewiduje postpenalne środki zabezpieczające, jednak o maksymalnym zerwaniu związku z penalnym charakterem uprzedniego pozbawienia wolności. populację sprawców przestępstw. W końcu wskazywano na brak prawa do przedłużania izolacji w sytuacji fiaska systemu terapeutycznego, jakie zdaniem niektórych obciąża administrację zakładu karnego, co jest dowodem na zmarnowanie kilkudziesięciu lat detencji, a nie wynikiem trudności w procesie terapii z reguły poznawczo-behawioralnej, do której często osadzony nie chciał dobrowolnie przystąpić[3].

Względem omawianej ustawy podniesiono bardzo poważne zarzuty, formułowane w jaskrawej frazeologii naruszenia podstaw demokratycznego państwa prawa.

Przy podpisywaniu ustawy Prezydent RP zadeklarował wolę skierowania jej do Trybunału Konstytucyjnego, o to samo następnie wnioskowała do Rzecznika Praw Obywatelskich Helsińska Fundacja Praw Człowieka. W trakcie prac legislacyjnych Komitet Helsiński wzywał do rozważenia proporcjonalności i zgodności ze standardami praw człowieka rozważanych propozycji. Względem omawianej ustawy podniesiono bardzo poważne zarzuty, formułowane w jaskrawej frazeologii naruszenia podstaw demokratycznego państwa prawa. Zwracano uwagę, że przepisy ustawy pozwalają objąć zakresem podmiotowym osoby prawomocnie skazane za przestępstwo przed jej wejściem w życie oraz powodują realnie podwójne ukaranie za ten sam czyn. Podkreślano możliwość osiągnięcia celu zabezpieczającego środkami mniej inwazyjnymi za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez organy ścigania na podstawie art. 15 i nast. ustawy o Policji[2], stąd formułowano pogląd o nieproporcjonalności i braku konieczności projektowanych rozwiązań. Zakwestionowano też sens tworzenia odrębnej regulacji wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, ponieważ – zdaniem krytyków – ma ona zbyt szeroki charakter i w rzeczywistości obejmuje znaczną

Z drugiej strony padały również zastrzeżenia co do zgodności z Konstytucją RP i standardami ochrony praw człowieka w argumentacji *à rebours*. Dokonywane przez projektodawcę próby zawężenia katalogu podmiotowego, realizowane na podstawie decyzji politycznej związanej z obawą postrzegania ustawy jako podstawy do potencjalnej masowej izolacji obywateli, tak jak choćby stworzenie przesłanki selekcyjnej przez odwołanie się do popełnionego wcześniej przestępstwa określonego rodzaju lub okoliczności jego popełnienia, poddano krytyce jako niezgodne ze wskazanymi wzorcami kontroli. Zdaniem autorów formułujących krytykę – to właśnie owo sięgające retrospektywnie zawężenie należało postrzegać jako źródło wadliwości[4].

2 Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r., nr 287, poz. 1687 z późn. zm.).

3 Zob. wypowiedź prof. UW dr hab. Moniki Płatek podczas posiedzenia sejmowej Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy Kodeks karny wykonawczy i rządowego projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób z dnia 11 września 2013 r.; Zob. wypowiedź prof. UW dr hab. Moniki Płatek podczas posiedzenia senackiej Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji w dniu 7 listopada 2013 r.; Zob. wypowiedź prof. dr hab. Ewy Łętowskiej *Prof. Łętowska: Ustawa o „bestiach" jest niedobra*, „Gazeta Wyborcza" z 2 grudnia 2013 r.

4 Zob. A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi*

Również przedstawiciele środowiska psychiatrów zanegowali potrzebę przyjęcia nowych przepisów, jako że według nich omawiana ustawa nie odpowiada aktualnej wiedzy z zakresu psychiatrii; przewiduje obowiązek wdrożenia leczenia tam, gdzie ich zdaniem jest ono niemożliwe lub nieskuteczne, zaś pod postacią szpitala psychiatrycznego kryje się *de facto* wprowadzana ustawą forma zamkniętego zakładu izolacyjnego[5]. Już powyższe zarzuty, a zwłaszcza ich ciężar, skłaniają do bliższego przyjrzenia się przepisom ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób.

Poniższe rozważania koncentrujemy jedynie na środku izolacyjnym i przesłankach jego stosowania, ze względu na to, że to właśnie budzi najpoważniejsze kontrowersje.

Co do zasady poniższe rozważania koncentrujemy jedynie na środku izolacyjnym i przesłankach jego stosowania, ze względu na to, że to właśnie budzi najpoważniejsze kontrowersje.

II. Zanim jednak nastąpi bardziej szczegółowa analiza przesłanek izolacji osób w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym, należy wskazać motywy przyjęcia ustawy oraz standardy międzynarodowe w zakresie izolacji, które z uwagi na uwarunkowania psychiczne stwarzają niebezpieczeństwo dla społeczeństwa. Projekt omawianej ustawy, który jako druk sejmowy nr 1577 wpłynął do Sejmu RP, według deklaracji projektodawcy miał na celu: (a) wprowadzenie do prawa polskiego rozwiązań przewidujących terapię, w warunkach izolacji, sprawców przestępstw, którzy z powodu zaburzonej psychiki mogą ponownie popełnić groźne przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu, bezpieczeństwu powszechnemu lub wolności seksualnej; (b) umożliwienie tym sprawcom, w wyniku odbytej terapii, readaptacji do społeczeństwa i funkcjonowania w nim zgodnie z zasadami współżycia społecznego, a także (c) umożliwienie efektywnego monitorowania zachowania tych spośród sprawców, którzy po odbyciu kary będą przebywać na wolności.

W uzasadnieniu projektu wyjaśniono, iż „dotyczy on zaburzonych psychicznie sprawców najgroźniejszych przestępstw, w stosunku do których brak było podstaw orzeczenia środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym (…). Część tych sprawców w dalszym ciągu stanowi zagrożenie dla społeczeństwa z uwagi na charakter lub nasilenie zaburzeń psychicznych. W stosunku do takich osób projektodawca, wzorem rozwiązań przyjętych w niemieckiej ustawie z dnia 22 grudnia 2010 r. dotyczącej terapii i umieszczania w odpowiednim zakładzie sprawców czynów z użyciem przemocy o zakłóconych czynnościach psychicznych, zdecydował się na wprowadzenie rozwiązań umożliwiających wydanie diagnozy przez lekarzy psychiatrów i ewentualną terapię sprawców w zakładzie psychiatrycznym po opuszczeniu przez nich zakładu karnego”[6].

zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, „Przed Pierwszym Czytaniem” 2013, nr 2, s. 30–35.

5 Zob. J.K. Gierowski, *Apel w związku z wejściem w życie ‘Ustawy z dnia 23 października 2013 roku o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób’ oraz wynikającymi z niej dla opieki psychiatrycznej implikacjami organizacyjnymi, diagnostycznymi, terapeutycznymi i opiniodawczymi*, „Psychiatria Polska” 2013, t. 47, nr 6.

6 Uzasadnienie do projektu, druk sejmowy nr 1577, http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=8FAC382EE3488066

Dalej w uzasadnieniu zauważa się, że w opiniowanym projekcie ustawy położony jest akcent na ochronę społeczeństwa poprzez izolację sprawców najbardziej brutalnych przestępstw, którzy w przeszłości już się takich czynów dopuścili, a wobec których zachodzi bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że w związku z zaburzoną psychiką dopuszczą się ich ponownie. Sprawcy natomiast uzyskują dodatkową szansę, aby poddać się terapii i powrócić do życia w społeczeństwie w sposób, który nie będzie stwarzał zagrożenia dla innych osób. Z drugiej strony – projektowane rozwiązania mają na celu także ochronę osadzonych, którzy kończą odbywanie kary pozbawienia wolności. Stwierdza się bowiem w uzasadnieniu, że: „[w] chwili obecnej są oni, po opuszczeniu zakładu karnego, narażeni na silnie negatywne, niekontrolowane reakcje innych osób. Ponieważ społeczeństwo ma mocne poczucie zagrożenia z ich strony, wywołuje to odpowiedź w postaci agresji wobec nich, mogącej prowadzić nie tylko do zagrożenia ich poczucia bezpieczeństwa, ale nawet do zagrożenia ich własnego życia i zdrowia. Po wejściu w życie projektowanych rozwiązań stosunek do tych sprawców powinien ulegać stopniowej zmianie, a ich stygmatyzacja społeczna powinna maleć, gdyż wykształci się społeczna świadomość, że powracając do społeczeństwa po odbyciu terapii, sprawcy tacy nie będą już stanowić zagrożenia”[7].

Przyjęcie tych założeń wskazuje, iż ustawa neguje dotychczasowy podział środków prawnych, wyrażonych w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego[8] (dalej: u.o.z.p.) oraz w kodeksie karnym[9] (dalej: k.k.), i dąży do stworzenia nowej podstawy prawnej do izolacji osób, łączącej w sobie elementy przymusowej detencji psychiatrycznej (art. 23 u.o.z.p.) i środka zabezpieczającego[10]. *A priori* budzi to wątpliwości. W obowiązującym systemie prawnym istnieją podstawy prawne, jeśli zachodzi taka konieczność, do izolacji osób, u których stwierdzono poważne dysfunkcje psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub zaburzenia preferencji seksualnych. Po pierwsze, zgodnie z przepisem art. 23 ust. 1 u.o.z.p. osoba chora psychicznie może być przyjęta do szpitala psychiatrycznego bez wymaganej zgody „tylko wtedy, gdy jej dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu tej choroby zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób”. Po drugie, na podstawie rozdziału X kodeksu karnego możliwe jest stosowanie środków zabezpieczających „związanych z umieszczeniem w zakładzie zamkniętym lub skierowaniem na leczenie ambulatoryjne tylko wtedy, gdy jest to niezbędne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego związanego z jego chorobą psychiczną, zaburzeniami preferencji seksualnych, upośledzeniem umysłowym lub uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego” (art. 93 k.k.). W przypadku zastosowania izolacji sprawcy nie jest ona zasadniczym celem wykonywania środków zabezpieczających[11]. W dysonansie do tak rozumianego celu orzekania i wykonania środków zabezpieczających pozostaje unormowanie zawarte w art. 95a k.k.[12] Przepis ten w § 1 stanowi, że „skazując sprawcę na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za prze-

C1257BAC004796F3 (dostęp 4 lutego 2014 r.), s. 2.

7 Tamże, s. 1–2.

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

9 Ustawa z dnia z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 88 poz. 553 z późn. zm.).

10 J.K. Gierowski, L.K. Paprzycki (w:) L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 7. Środki zabezpieczające*, Warszawa 2013, § 10.

11 Świadczy o tym chociażby fakt, że znaczna część środków zabezpieczających może być wykonywana w warunkach wolnościowych, zaś sąd w zależności od postępów w leczeniu, czy też wprost, widząc możliwość leczenia w takich warunkach, może orzec o leczeniu ambulatoryjnym sprawcy. W literaturze przedmiotu akcentuje się funkcję ochronną środków zabezpieczających. Joanna Długosz zauważa, że „środki zabezpieczające są elementem polityki kryminalnej i stosuje się je według kryterium stanu niebezpieczeństwa sprawcy”, wskazuje przy tym na cel ich stosowania, którym jest „zabezpieczenie społeczeństwa przed niebezpieczeństwem grożącym ze strony sprawcy czynu zabronionego poprzez zapobieżenie ponownemu popełnieniu przez tego sprawcę czynu związanego z jego stanem niezdolności psychicznej”, J. Długosz, *Objaśnienia do przepisów art. 93–100*, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2, *Komentarz do art. 32–116*, Warszawa 2011 r., s. 808.

12 Szerzej na ten temat K. Postulski, (w:) L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 7. Środki zabezpieczające*, Warszawa 2013, § 33.

stępstwo skierowane przeciwko wolności seksualnej, popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, sąd może orzec umieszczenie sprawcy, po odbyciu tej kary, w zakładzie zamkniętym albo skierowanie go na leczenie ambulatoryjne, w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej lub psychoterapii, zmierzających do zapobieżenia ponownemu popełnieniu takiego przestępstwa, w tym w szczególności poprzez obniżenie zaburzonego popędu seksualnego sprawcy". O wyjątkowości tego przepisu, łamiącego dwutorowość środków prawnych stosowanych wobec osób niebezpiecznych ze względu na zaburzenia psychiczne będzie jeszcze mowa.

III. Trudno zaprzeczyć, że zainteresowanie uchwaleniem omawianej regulacji było związane ze zwróceniem uwagi opinii publicznej na przypadki kilku najbardziej bezwzględnych sprawców, którzy skazani na gruncie kodeksu karnego z 1969 roku na karę śmierci, najpierw w wyniku moratorium, a następnie poprawki Senatu do ustawy amnestyjnej z 1989 roku nie zostali poddani wykonaniu kary zasadniczej. W konsekwencji, ze względu na brak kary dożywotniego pozbawienia wolności w momencie amnestii, orzeczona wobec nich kara śmierci została zamieniona na karę 25 lat pozbawienia wolności, której wykonanie kończy się w najbliższych miesiącach. Krytycy ustawy wskazują, że zadecydowało to o ściśle populistycznym uzasadnieniu podjęcia i sfinalizowania prac legislacyjnych. Bez wątpienia wątek odpowiedzialności za znalezienie skutecznego rozwiązania, zarówno moralnej jak i politycznej, był w trakcie tych prac podnoszony. Nie można chyba jednak redukować go do zarzutu o populizm penalny. Bo przecież problem jest realny, a społeczne obawy, jak również niebezpieczeństwo samosądu są faktem, którego raczej nie sposób lekceważyć. Podobnie zresztą jak nie można pominąć faktu, że wzrasta wrażliwość społeczna – i w konsekwencji prawodawcza – na przestępczość seksualną przeciwko dzieciom. I znowu chodzi nie tyle o modyfikację nastawienia emocjonalnego, co o zasadniczą zmianę dostępności treści pornograficznych i zaburzonych zachowań seksualnych, które wpływają na prawidłowy rozwój psychoseksualny małoletnich.

Nie można jednak poprzestać na tym poamnestyjnym uzasadnieniu celowości regulacji. Trzeba bowiem zwrócić uwagę na nie do końca chyba uświadomioną konsekwencję rozwiązań przyjętych w kodeksie karnym z 1997 roku – w zakresie zasad wymiaru kary i stosowania środków zabezpieczających. Wprowadzona w art. 53 § 1 k.k. zasada limitującej funkcji winy, która według *opinio communis* nie może prowadzić do orzeczenia kary powyżej stopnia winy, pozostaje w istotnym związku z instytucją ograniczonej poczytalności[13]. Osoby, których w założeniu ma dotyczyć ustawa, nie ujawniają objawów choroby psychicznej jako takiej, jednakże przejawiają inne zaburzenia psychiczne według międzynarodowej statystycznej klasyfikacji chorób i problemów zdrowotnych ICD-10 (od *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*), które obejmują następujące główne kategorie diagnostyczne: ograniczone zaburzenia psychiczne włącznie z zespołami objawowymi, zaburzenia psychiczne i zaburzenia behawioralne spowodowane używaniem substancji psychoaktywnych, schizofrenię, zaburzenia schizoidalne i urojeniowe. Osoby dotknięte tymi zaburzeniami nie mogą być poddane reżimowi ustawy o ochronie zdrowia psychicznego lub, jeżeli nie były niepoczytalne w czasie czynu, reżimowi izolacyjnych środków zabezpieczających. Jednocześnie, popełniając przestępstwo, zwykle działają one w warunkach ograniczenia poczytalności, które ze swej istoty modyfikuje zarzucalność czynu, a w konsekwencji obniża stopień winy, który choć oczywiście w rozumieniu art. 53 § 1 k.k. odwołuje się do kompleksowej treści bezprawia, pozostaje zależny od przesłanki oceny możliwości odmiennego zachowania przez sprawcę. W konsekwencji, dla przykładu, w podanym teoretycznym modelu zasad sądowego wymiaru kary, sprawca popełniający czyn w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych musi spotkać się z reakcją prawnokarną mniej intensywną, niż gdyby popełnił go w warunkach pełnej wolności od zaburzeń psychicznych[14]. Innymi słowy, w porównaniu do regulacji karnej z 1969 roku, trudno przyjąć, że w omawianym przypadku można byłoby orzec

13 Na ten temat szeroko M. Królikowski, S. Żółtek, uwagi do art. 53 (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2, dz. cyt.

14 M. Królikowski, uwagi do art. 31 (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–31*, Warszawa 2011, nlb 13 i n.

karę dożywotniego pozbawienia wolności, podczas gdy orzeczenie w analogicznej sytuacji kary śmierci nie stanowiło problemu na gruncie poprzedniej kodyfikacji. Jednocześnie obowiązujący kodeks karny nie przewiduje co do zasady możliwości orzeczenia w wyroku skazującym wobec sprawcy działającego w ograniczonej poczytalności kary pozbawienia wolności i po jej wykonaniu jakiegoś środka zabezpieczającego, niekoniecznie izolacyjnego.

Pewnym odstępstwem od omówionego modelu stał się przyjęty w 2009 roku środek orzekany na postawie art. 95a § 1a k.k. Umożliwia on umieszczenie sprawcy skazanego na bezwzględną karę pozbawienia wolności za przestępstwo określone w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k. (zgwałcenie małoletniego poniżej lat 15 albo zgwałcenie kazirodcze), po odbyciu kary, w zakładzie zamkniętym albo skierowanie go na leczenie ambulatoryjne. Czasu pobytu skazanego w zakładzie nie określa się z góry, zaś sąd orzeknie zwolnienie sprawcy, jeżeli jego dalsze pozostawanie w zakładzie nie jest konieczne (art. 95a § 3 w zw. z art. 94 § 2 k.k.). Jednocześnie należy zauważyć, że zawarta w wyroku decyzja sądu co do rodzaju leczenia (ambulatoryjne albo w zamkniętym zakładzie), jak też określająca sposób postępowania ze sprawcą (terapia farmakologiczna lub psychoterapia), nie jest ostateczna, nie ma zatem przymiotu prawomocności materialnej. Wskazuje na to regulacja art. 95a § 2 k.k., w myśl której w okresie 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub przed wykonaniem kary sąd ustala potrzebę i sposób wykonania środka, o którym mowa w art. 95a § 1 k.k., a w wypadku środka określonego w art. 95a § 1a k.k. (a więc gdy jest ono obligatoryjne) orzeka o sposobie jego wykonania. Sąd, orzekając na podstawie art. 95a § 2 k.k., ustala, czy – w wypadku, gdy orzeczenie środka zabezpieczającego było fakultatywne – nadal niezbędne jest jego stosowanie, a jeśli jest ono niezbędne lub obligatoryjne, to w jaki sposób będzie prowadzone (zakład zamknięty czy leczenie ambulatoryjne). Zatem, podejmując decyzję w tym przedmiocie, sąd kieruje się dyrektywą wynikającą z art. 93 k.k., a ustaleń, umożliwiających podjęcie racjonalnej decyzji, dokonuje w oparciu o ocenę opinii lekarzy psychiatrów, psychologa i lekarza seksuologa. Nie można przy tym wykluczyć, że upływ czasu, a przede wszystkim stosowane w zakładzie karnym, w ramach systemu terapeutycznego, środki oddziaływania na skazanego zminimalizują skalę zagrożenia ponownego popełnienia przez niego czynu przeciwko wolności seksualnej[15].

Nie sposób też nie zauważyć, że o zastosowaniu środka zabezpieczającego na podstawie art. 95a k.k. „decyduje nie stan zdrowia sprawcy i wynikająca z niego potrzeba leczenia, mającego na celu zapobieżenie ponownemu popełnieniu przestępstwa, ale rodzaj popełnionego przestępstwa. Taki środek ma wyraźnie cel represyjny i ogólnoprewencyjny, a nie leczniczy, bowiem nie każdy sprawca skazany na mocy tego przepisu wymaga leczenia jako warunku zapobieżenia ponownemu popełnieniu przestępstwa. We wspomnianym rozwiązaniu zatraca się istota środka zabezpieczającego", który staje się tzw. postpenalnym środkiem zabezpieczającym. Konstrukcja ta nie jest nowatorska, ponieważ nawiązuje do rozwiązań prawnych istniejących w wielu innych państwach europejskich (np. Niemczech, Belgii, Norwegii, Danii, Słowacji, Szwajcarii czy Włoszech).

IV. Co do zasady słuszne jest twierdzenie, że państwo – choćby działając w szczytnym celu – jest zobowiązane do końca przestrzegać praw człowieka[16]. Nie zawsze jednak naruszenie tych zasad pozostaje w sprzeczności z celem, dla jakiego system prawny wkomponował w swój system aksjologiczny regulacje gwarancyjne. I takie właśnie pytanie, o celowość regulacji, także w Radbruchowskim sensie tego określenia, należy sobie zadać w przypadku osoby, która pomimo odbycia kary 25 lat pozbawienia wolności nadal stwarza wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z występującymi u niej zaburzeniami psychicznymi w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub

15 K. Potulski, *Nowe zasady wykonywania przez sąd środka zabezpieczającego określonego w art. 95a kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo" 2010, nr 10, s. 87.

16 Jaskrawym przykładem tego twierdzenia w sytuacjach wyjątkowych są orzeczenia trybunałów –niemieckiego FTK z 15 lutego 2006 r., 1 BvR 357/05, i polskiego TK z dnia 30 września 2008 r., K 44/07 w sprawie samolotu Renegade oraz stosowania tortur przez policjanta w celu wymuszenia zeznań o miejscu ataku terrorystycznego.

zaburzenia preferencji seksualnych. Czy w takiej sytuacji państwo może podejmować działania legislacyjne zmierzające do minimalizacji występującego zagrożenia poprzez stosowanie środków prawnych, czy też dopiero uzewnętrznienie zamiaru przez taką osobą może stać się podstawą podjęcia kroków prawnych? Czy

Co do zasady słuszne jest twierdzenie, że państwo – choćby działając w szczytnym celu – jest zobowiązane do końca przestrzegać praw człowieka.

w tej konkretnej sytuacji nie zachodzi aby przypadek, gdy państwo obarczone jest pozytywnym obowiązkiem ochrony społeczeństw przed naruszeniem dóbr prawnych poszczególnych członków[17]. I oczywiście, czy jest w stanie to uczynić przy zachowaniu standardów wynikających z istoty państwa prawa, koncepcji praw człowieka, oraz z zagwarantowaniem właściwej równowagi pomiędzy przeciwstawnymi interesami jednostki i społeczeństwa jako całości.

Na te pytania, zanim powstała polska ustawa o postępowaniu z niebezpiecznymi sprawcami z zaburzeniami psychicznymi, starał się udzielić odpowiedzi ustawodawca niemiecki. Pierwsze próby rozwiązania podobnego problemu polegały na nowelizacji przepisów niemieckiego kodeksu karnego (*Strafgesetzbuch* – StgB), która zezwoliła na dłuższą izolację w ramach zastosowanego środka zabezpieczającego wobec sprawcy po odbyciu kary – niż dopuszczalna w momencie skazywania. Szybko, już w pierwszych kontrolach tej konstrukcji przez Federalny Trybunał Konstytucyjny (dalej: FTK) uznano, że wprowadzenie przepisu umożliwiającego taką zmianę narusza zakaz retroaktywności i podwójnego karania. Podobnie Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) w wyroku z 17 grudnia 2009 roku w sprawie *M. v. Niemcy* uznał przepisy te za niezgodne z Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC), formułując analogiczne, ale nowe wzorce kontroli decydujące o wadliwości ustawodawstwa niemieckiego. Po tych orzeczeniach uchwalono 22 grudnia 2010 roku ustawę o stosowaniu terapii i umieszczaniu w zakładach terapeutycznych cierpiących na zaburzenia psychiczne sprawców czynów popełnionych z użyciem przemocy (tzw. *Therapieunterbringungsgesetz* – ThUG). Umożliwiła ona umieszczanie określonej grupy sprawców w odpowiednich zakładach zamkniętych, jeżeli kompleksowa ocena ich osobowości oraz dotychczasowego życia wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo, że będą oni poważnie naruszać takie dobra jak życie, nietykalność cielesna, wolność osobista lub wolność seksualna innych osób. W treści aktu wprost stwierdzano, że zastosowanie tej ustawy ma miejsce w sytuacjach, gdy przedłużenie izolacji nie jest możliwe ze względu na ograniczenia związane z *ne bis in idem* i zakazem retroaktywności. W § 1 wspomnianej ustawy stwierdza się, że: „[j]eżeli na podstawie prawomocnej decyzji osoba skazana za przestępstwo rodzaju wymienionego w § 66 ust. 3 zdanie pierw-

17 Autorzy Clare Ovey i Robin White rozróżniają dwie sytuacje, kiedy zachodzi potrzeba odwołania się do obowiązku pozytywnego. Pierwsza występuje, kiedy państwo jest zobowiązane podjąć działania, by zabezpieczyć poszanowanie przestrzegania obowiązującego prawa – również przez jego zmianę w ten sposób, by właściwie wyważyć cel, jakim jest powstrzymanie społeczeństwa od danego typu zachowań – od ingerencji państwa w określone dobra prawne chronione na podstawie art. 8 EKPC. Natomiast druga sytuacja to zobowiązanie państwa do ochrony jednostki przed ingerencją w jej dobra przez inną jednostkę, jak na przykład zobowiązanie państwa do stworzenia skutecznych regulacji mogących zabezpieczyć jednostkę przed skierowaną przeciwko niej przemocą, C. Ovey, R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, New York 2006. Zob. również M. Królikowski, R. Zawłocki, *Wprowadzenie* (w:) tychże (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, dz. cyt., nlb 19 i n.

sze kodeksu karnego nie może być już umieszczona w ośrodku prewencyjnym, gdyż obowiązuje wymóg uwzględnienia zakazu zaostrzenia przepisów prawa o prewencyjnej izolacji postpenalnej z mocą wstecz, właściwy sąd może zarządzić umieszczenie tej osoby w odpowiednim, zamkniętym zakładzie, jeżeli (1) cierpi ona na zaburzenie psychiczne, a w wyniku całościowej oceny jej osobowości, przeszłości i sytuacji życiowej okaże się, że wskutek zaburzenia psychicznego istnieje duże prawdopodobieństwo, iż w znacznym stopniu będzie negatywnie oddziaływać na życie lub naruszać nienaruszalność fizyczną, wolność osobistą lub seksualną innych osób; (2) umieszczenie konieczne jest z powodów wymienionych w pkt 1 w celu zapewnienia społeczeństwu ochrony". Zasady te stosuje się niezależnie od tego, czy osoba skazana odbywa jeszcze prewencyjną izolację postpenalną, czy już została wypuszczona na wolność.

Również ta regulacja została poddana kontroli przez oba wspomniane już organy sądowe. Uprzedzając poniższe rozważania, trzeba powiedzieć, że w odniesieniu do opracowanych z uwzględnieniem wcześniej opisanych w orzecznictwie wzorców kontroli przepisów potwierdzono ich dopuszczalność w warunkach demokratycznego państwa prawa. Przede wszystkim potwierdzono możliwość legalnego pozbawienia wolności osoby „chorej umysłowo" (art. 5 ust. 1 lit. e) EKPC) i to w nawiązaniu do linii orzeczniczej zapoczątkowanej rozstrzygnięciem w sprawie *Winterwerp v. Niderlandy*[18] z 1979 r. Trybunał uznał wówczas, że stały postęp w zakresie nauk medycznych i zmieniające się kryteria ocen powodują brak możliwości jednoznacznego zdefiniowania tego pojęcia traktatowego. Ustalił przy tym, że osobą chorą psychicznie w rozumieniu tego przepisu jest także ten, kto nie jest dotknięty taką chorobą w ścisłym tego słowa znaczeniu, ale jedynie przejawia zaburzenia osobowości (zob. również późniejszy wyrok ETPC z dnia 28 października 2003 roku w sprawie *Rakevich v. Rosja*). W tym zakresie Trybunał uznał, że wobec osoby, o której mowa w art. 5 ust. 1 lit. e) konieczne jest potwierdzenie zaburzenia przez kompetentnego biegłego, stwierdzone zaburzenie musi być istotne i podlegać stałej kontroli w trakcie stosowania izolacji terapeutycznej. W wyroku ETPC z dnia 19 stycznia 2012 roku w sprawie *Kronfeldner v. Niemcy* Trybunał uznał, że regulacja krajowa powinna być w miarę elastyczna i umożliwiać państwu stosowanie izolacji wobec sprawców zaburzonych – na podstawie oceny konkretnego przypadku. Zdaniem Trybunału nie można nadmiernie związać państwa kryteriami, uniemożliwi to bowiem osiągnięcie celu tego środka. W tej samej sprawie, niejako ubocznie, Trybunał zbadał regulację niemiecką z 2010 roku i nie ocenił jej krytycznie. Ostatnia wypowiedź aprobująca w odniesieniu do tej regulacji miała miejsce w lipcu 2013 roku w wyroku FTK, który stwierdził, że umieszczenie niebezpiecznej jednostki w zakładzie terapeutycznym lub kontynuacja w nim jej pobytu są dopuszczalne jedynie w przypadku, kiedy zachodzi istotne niebezpieczeństwo popełnienia najpoważniejszych czynów z użyciem przemocy lub przestępstw seksualnych, wynikających z konkretnych okoliczności związanych z osobą lub postępowaniem osoby umieszczonej w zakładzie. Trybunał niemiecki podniósł także, że ustawa o stosowaniu terapii i umieszczaniu w zakładach terapeutycznych stwarza możliwość orzeczenia potencjalnie bezterminowego pozbawienia wolności, a tym samym przewiduje dotkliwą ingerencję w tak istotne prawo, jak prawo do wolności. Dalej zaś jednak wyjaśnił, że „ingerencja w podstawowe prawo do wolności (…) ma jedynie charakter umiarkowany, w przypadku jeśli zostanie zachowany odpowiedni dystans do kary". Natomiast odnosząc się do formułowanego zarzutu retroaktywności, FTK przesądził, że przedmiotowa regulacja nie ma charakteru ustanowienia mocy wstecznej skutków prawnych. Trybunał podniósł, że skutek w postaci umieszczenia w zakładzie terapeutycznym realizuje się wprawdzie dopiero po ogłoszeniu ustawy, lecz patrząc na zakres znamion określonego czynu, został on wywołany relewantnym prawnie zachowaniem, mającym miejsce przed ogłoszeniem regulacji. Odnosząc się do problemu definiowania pojęć, FTK stwierdził, że zaburzenie psychiczne w rozumieniu § 1 ust. 1 ThUG nie stoi w sprzeczności z kryteriami art. 5 ust. 1 zdanie 2 lit. e) EKPC, pomimo faktu, że ustawa o umieszczeniu w ośrodku terapeutycznym nie definiuje bliżej pojęcia zaburzenia psychicznego. Trybunał wskazuje

18 Wyrok ETPC z dnia 24 października 1979 r. w sprawie *Winterwerp v. Niderlandy*, skarga nr 6301/73.

jednak, że ustawodawca w uzasadnieniu nawiązuje do orzecznictwa ETPC odnośnie do art. 5 ust. 1 lit. e) EKPC, umożliwiającego pozbawienie wolności osób „chorych psychicznie" (*unsound mind*)[19]. Federalny Trybunał Konstytucyjny wyjaśnia, że omawiane pojęcie obejmuje również odbiegające od normalności cechy osobowościowe, które jednak nie przypominają choroby psychicznej. W kontekście omawianej regulacji Trybunał stwierdził, że za wystarczające uznać można trwałe nienormalne, agresywne i wysoce nieodpowiedzialne zachowanie skazanego sprawcy. FTK podkreślił także wymóg istnienia związku między wspomnianymi zaburzeniami a niebezpieczeństwem jednostek.

dotyczące postpenalnej izolacji. Po pierwsze Trybunał w Strasburgu uznał, że o dopuszczalności stosowania tego środka zabezpieczającego decydują przepisy obowiązujące w momencie popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego pod groźbą kary. Po drugie zauważył silne podobieństwo zachodzące pomiędzy tym środkiem zabezpieczającym a karą.

Tylko pozornie może być to rozumiane jako zakaz stosowania postpenalnej detencji wobec sprawców niebezpiecznych z zaburzeniami psychicznymi. Ostateczna odpowiedź zależy bowiem od tego, czy w kwestii izolacji osoby w formie postpenalnego środka zabezpieczającego znajdą zastosowanie wymogi art. 5 ust. 1 EKPC, a jeśli tak, to która z podrzędnych

Trybunał w Strasburgu wydał w ostatnich latach kilka rozstrzygnięć, w których przedstawił przesłanki stosowania postpenalnej izolacji sprawców ze względu na bezpieczeństwo społeczeństwa.

V. 1. Trybunał w Strasburgu wydał w ostatnich latach kilka rozstrzygnięć, w których przedstawił przesłanki stosowania postpenalnej izolacji sprawców ze względu na bezpieczeństwo społeczeństwa[20]. Zwłaszcza w orzeczeniu z 17 grudnia 2009 r. w sprawie *M. v. Niemcy*[21] ETPC poruszył dwie istotne kwestie jednostek redakcyjnych tego przepisu – w kontekście ustalenia. Innymi słowy mówiąc, czy jest to *de facto* środek karny łączący się z koniecznością przestrzegania gwarancji zasady *nullum crimen sine lege* i zakazu retroakcyjności, czy też środek autonomiczny, związany z innym, niezależnym od skazania, nawet uprzedniego, uzasadnieniem i celem. Otóż Trybunał przesądził, że do wyobrażenia – jako legalny – możliwy jest jedynie taki środek izolacyjny, który będzie uzasadniony przez spełnienie warunków albo z art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC (pozbawienie wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd), albo z art. 5 ust. 1 lit. e) EKPC (zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby umysłowo chorej)[22].

Zgodnie z linią orzeczniczą Trybunału, pozbawienie wolności na mocy art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC jest uspra-

19 Zob. orzeczenie ETPC z dnia 16 maja 2013 r. w sprawie *Radu v. Niemcy*, skarga nr 20084/07, http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home (dostęp 4 lutego 2014 r.), pkt 66 i n.

20 Zob. orzeczenia ETPC w sprawach: z dnia 20 maja 2003 r. *Hutchinson Reid v. Wielka Brytania*, skarga nr 50272/99; z dnia 13 stycznia 2011 r. *Haidn v. Niemcy*, skarga 6587/04; z dnia 19 stycznia 2012 r. *Kronfeldner v. Niemcy*, skarga nr 21906/09; z dnia 9 czerwca 2011 r. *Schmitz v. Niemcy*, skarga nr 30493/04.

21 Zob. analogiczne orzeczenia ETPC w sprawach: z dnia 28 czerwca 2012 r. *S. v. Niemcy*, skarga nr 3300/10; z dnia 7 czerwca 2012 r. *K. v. Niemcy*, skarga nr 61827/09; z dnia 19 kwietnia 2012 r. *B. v. Niemcy*, skarga nr 61272/09; z dnia 7 czerwca 2012 r. *G. v. Niemcy*, skarga nr 65210/09.

22 Zob. orzeczenie ETPC z dnia 9 stycznia 2012 r., w sprawie *Kronfeldner v. Niemcy*, skarga nr 21906/09.

wiedliwione, jeżeli następuje w wyniku skazania przez sąd na karę izolacyjną albo inny środek polegający na pozbawieniu wolności (np. prewencyjne środki zabezpieczające), czy też – wyjątkowo – na umieszczeniu sprawcy w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym[23]. Z treści przepisu art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC wynika, iż izolacja na tej podstawie prawnej musi nastąpić „w wyniku skazania" (choć w oryginalnym brzmieniu art. 5 ust. 1 lit. a) mówi o pozbawieniu wolności „po skazaniu"– ang. *after conviction*). Trafnie twierdzi się, że tak ukształtowana norma wskazuje na zamiar podkreślenia następstwa czasowego oraz przyczynowego pomiędzy chwilą wydania wyroku skazującego sądowego a chwilą pozbawienia wolności osoby, wobec której wyrok ten zapadł. Sformułowanie to należy interpretować jako wyrażające związek pomiędzy wyrokiem sądowym a pozbawieniem wolności[24]. Odpowiednio zasadę tę należy odnieść do charakteru owej izolacji, której sposób wykonywania ma mieć w tym wypadku rodzaj represyjny.

Po drugie, na podstawie art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC można usprawiedliwić pozbawienie wolności jedynie w wyniku skazania dokonanego przez sąd. Pod tą nazwą rozumie się organ niezależny od władzy wykonawczej i strony oraz zapewniający w postępowaniu odpowiednie gwarancje proceduralne[25].

Po trzecie, pozbawienie wolności, o którym mowa w art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC usprawiedliwione jest wówczas, gdy wyrok wydał sąd właściwy, co z punktu widzenia powyższego przepisu wymaga, by orzekał w tej sprawie organ bezstronny i niezawisły[26]. Właściwość sądu stanowi jednak element prawa do rzetelnego procesu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, i pod kątem ewentualnego naruszenia tego przepisu właściwość sądu może być przez Trybunał badana[27].

I wreszcie po czwarte, skazanie, które usprawiedliwia pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC ma być zgodne z prawem, a zatem nastąpić w wykonaniu wyroku sądowego. Trybunał nie ma kompetencji do kontrolowania wyroków sądowych pod względem prawnym i merytorycznym. Nie oznacza to oczywiście, że Trybunał nie może kontrolować prawidłowości procedury, w ramach której doszło do skazania z punktu widzenia standardów określonych w art. 6 i 7. Gdyby jednak doszło do wydania wyroku skazującego za czyn niebędący przestępstwem w chwili jego popełnienia albo też gdyby skazano oskarżonego na karę nieprzewidzianą w ustawie, z pewnością stwierdzono by nie tylko naruszenie art. 7, ale także art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC[28]. Tak też stało się w wyroku w sprawie *M. v. Niemcy*, w którym Trybunał stwierdził, że retroaktywne stosowanie przepisów o izolacji sprawcy niebezpiecznego dla społeczeństwa jest niezgodne z art. 7 ust. 1 i art. 5 EKPC[29].

Analizując sprawę, ETPC musiał zbadać, czy prawnie dopuszczalne było retroaktywne działanie prawa, polegające na zastosowaniu wobec skarżącego tzw. ośrodka prewencyjnego (ewentualne naruszenie art. 5 EKPC – prawo do wolności) na czas dłuższy niż pier-

23 Zob. wyrok ETPC z dnia 5 listopada 1981 r. w sprawie *X v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 7215/75, pkt 39.

24 Por. P. Hofmański, komentarz do art. 5 (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 165; wyrok ETPC z dnia 2 marca 1987 r. w sprawie *Monnell i Morris v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 9562/81 i 9818/82, pkt 36 i n. oraz z dnia 28 marca 1990 r. w sprawie *B. v. Austria*, skarga nr 11968/86, pkt 38.

25 Zob. wyrok ETPC z dnia 18 listopada 1971 r. w sprawie *De Wilde, Ooms i Versyp*, skarga nr 2832/66, 2835/66 i 2899/66, pkt 78.

26 Zob. tamże, pkt 77; wyrok ETPC z dnia 16 lipca 1971 r. w sprawie *Ringeisen v. Austria*, skarga nr 2614/65, pkt 95 oraz wyrok ETPC z dnia 8 czerwca 1976 r. w sprawie *Engel i inni*, skarga nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 i 5370/72, pkt 68.

27 Por. P. Hofmański, komentarz do art. 5 (w:) L. Garlicki (red.), *Konwencja*…, dz. cyt., s. 167 oraz podane tam orzecznictwo.

28 Tamże.

29 Warto wskazać, że w świetle stanu faktycznego tej sprawy skarżący został skazany na 5 lat pozbawienia wolności oraz na umieszczenie po odbyciu kary w tzw. ośrodku prewencyjnym (niem. *Sicherungsverwahrung*). Przepisy obowiązujące w czasie wyrokowania (w 1986 r.), w pierwotnym brzmieniu, określały, że maksymalny czas pobytu w takim ośrodku nie będzie dłuższy niż 10 lat. W 1998 r. doszło do nowelizacji prawa, uprawniającej do bezterminowego przetrzymywania w ośrodku sprawcy przestępstwa, wobec którego orzeczono środek poprawczy bądź zapobiegawczy (§ 67d ust. 3 StgB). W takiej sytuacji znajdował się skarżący. W jego przypadku stosowanie omawianego środka na okres dłuższy niż lat 10 nie zostało orzeczone przez sąd w wyroku z 1986 r., lecz stanowiło wyłącznie rezultat zmiany stanu normatywnego, dokładnie § 67 ust. 3 StgB, w wyniku ustawy nowelizującej z 26 stycznia 1998 r.

wotnie orzeczony (naruszenie art. 7 EKPC – zakaz stosowania surowszej kary niż obowiązująca w dniu popełnienia przestępstwa). Skarżący twierdził, iż zmiana prawa polegała na zastosowaniu wstecz surowszej kary, niż istniejąca w czasie popełnienia czynu. Natomiast niemieckie władze przekonywały, że środek zapobiegawczy nie stanowi kary, co powoduje, iż nie odnosi się do niego zakaz zawarty w art. 7 ust. 1 EKPC. biegawczy charakter. Za poglądem tym przemawia brak specyficznych działań, odmiennych od stosowanych wobec „zwykłych" więźniów, które miałyby na celu zapobieżenie przestępstwu (pkt 128). Po trzecie, cele kary i środka prewencyjnego są zbliżone: polegają na ochronie społeczeństwa i resocjalizacji przestępcy (pkt 130). Po czwarte, o wymierzeniu i wykonaniu kary oraz środka prewencyjnego decydują te same

Pozbawienie wolności, które pierwotnie było legalne, może z czasem utracić ten charakter i stać się arbitralne.

Europejski Trybunał Praw Człowieka jednogłośnie uznał, że retroaktywne stosowanie przepisów o izolacji sprawcy niebezpiecznego dla społeczeństwa jest niezgodne z art. 7 ust. 1 EKPC i art. 5 EKPC[30]. W ocenie ETPC za takim poglądem przemawia po pierwsze fakt, że osoby prewencyjnie uwięzione umieszczane są w wydzielonych oddziałach w jednostkach penitencjarnych, jednakże w zwykłych celach i nie ma istotnej różnicy między warunkami odbywania kary pozbawienia wolności a warunkami prewencyjnego więzienia. Stwierdzono również, że brak jest specjalnych środków, aktów prawnych, instrumentów czy instytucji regulujących ten typ uwięzienia, poza tymi, które odnoszą się do „zwykłej" kary długoterminowego pozbawienia wolności. Po drugie, pobyt w ośrodku prewencyjnym ma punitywny, a nie wyłącznie zapo- sądy karne (pkt 131). I wreszcie po piąte, osadzenie w ośrodku prewencyjnym należy do dotkliwych sankcji, jeżeli nie stanowi wręcz – ze względu na bezterminowość – sankcji najdotkliwszej (pkt 132). Trzeba także podnieść, że ETPC nie zgodził się ze stanowiskiem władz niemieckich, jakoby „przekształcenie" osadzenia w ośrodku prewencyjnym na okres maksymalnie 10 lat w pobyt bezterminowy dotyczyło wyłącznie sposobu egzekucji kary.

Nie sposób pominąć i tego, że ograniczenie dopuszczalności ingerencji w wolność człowieka wymaga także zachowania proporcjonalności. Wprawdzie o proporcjonalności mowa wyraźnie jedynie w art. 5 ust. 1 lit. c) EKPC, niemniej organy konwencji rozciągają tę przesłankę detencji także na inne przypadki pozbawieni wolności. Zostało to zaakcentowane w sprawie *M. v. Niemcy*, kiedy to Trybunał podkreślił, że w przypadku art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC w związku ze stosowaniem postpenalnego środka zabezpieczającego musi istnieć związek przyczynowy pomiędzy wyrokiem skazującym a prewencyjnym pozbawieniem wolności. Związek ten z upływem czasu ulega osłabieniu i na sądzie ciąży coraz trudniejszy wymóg udowodnienia jego istnienia. Pozbawienie wolności, które pierwotnie było legalne, może z czasem utracić ten charakter i stać się arbitralne.

Co więcej, uznanie, że postpenalna izolacja sprawcy stanowi karę w rozumieniu art. 7 EKPC, oznacza, że ingerencja w prawo do wolności na podstawie

30 Należy odnotować, iż 4 maja 2011 r. FTK uznał, że prewencyjne pozbawienie wolności jest niezgodne z niemiecką konstytucją. Choć wcześniej (w wyroku z 5 lutego 2004 r., 2 BvR 2020/01, BGBl. I, s. 1069) – przed omawianym wyrokiem ETPC – FTK nie dopatrzył się niezgodności z przepisami niemieckiej Ustawy Zasadniczej. Zob. szerzej E. Weigend, J. Długosz, *Stosowanie środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1a k.k. w świetle standardów europejskich*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2010, z. 4, s. 61, przypis 22; E. Weigend, J. Długosz, *Nowa postać postpenalnego środka zabezpieczającego o charakterze izolacyjnym w niemieckim prawie karnym* (w:) P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, s. 670–671.

art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC powinna także łączyć się z koniecznością przestrzegania gwarancji zasady *nullum crimen sine lege* i zakazu retroakcyjności. Teza ta znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału, w którym wskazuje się, że postpenalna izolacja spełnia wymogi art. 7 EKPC, gdy ustawa, na podstawie której postpenalna izolacja jest stosowana, obowiązuje w chwili skazania sprawcy. Oprócz tego wymagana relacja przyczynowa (pozbawienie wolności „w wyniku skazania") w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC zachodzi, gdy w czasie odbywania kary nie dojdzie do zmiany przepisu ustawy obowiązującej w chwili skazania i regulującej postpenalną izolację, zaś w wyroku skazującym sąd rozpatrujący sprawę co najmniej przewidział możliwość zastosowania postpenalnej izolacji sprawcy lub chociaż wspomniał o możliwości jej zastosowania[31]. Jeżeli wyrok skazujący nie zawiera odpowiedniej wzmianki, to nie spełnia on warunków art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC, gdyż nie można mówić o tym, że pozbawienie wolności sprawcy w ramach postpenalnej izolacji nastąpiło „w wyniku" danego orzeczenia.

2. Odmiennie przedstawia się możliwość izolacji czynów na podstawie art. 5 ust. 1 lit. e) EKPC. Pozbawienie wolności przewidziane w tym przepisie następuje ze względu na szczególne właściwości konkretnych osób i związaną z nimi potrzebę zabezpieczenia interesów innych osób przed ewentualnymi zagrożeniami, jakie niesie za sobą pozostawanie danej osoby na wolności. Dalej należy zauważyć, że przepis art. 5 ust.1 lit. e) EKPC wylicza kategorie osób, wobec których dozwolona jest detencja, a wśród nich umieszcza osoby chore umysłowo. Jak już podnosiliśmy uprzednio, Trybunał nigdzie nie wskazał, że osoba „umysłowo chora" to wyłącznie osoba chora psychicznie w ścisłym tego słowa znaczeniu, według klasyfikacji medycznych, a zatem kwestia okoliczności, czy spełniona zostanie przesłanka konwencyjna do stosowania detencji, może być określona wyłącznie *ad casum*[32]. Podkreślono także, że zaburzenie umysłowe może zostać uznane za stopień zaburzenia uzasadniający pozbawienie wolności, jeśli zostanie wykazane, że odosobnienie danej osoby jest niezbędne, ponieważ wymaga ona terapii, leczenia farmakologicznego lub innego leczenia klinicznego w celu wyleczenia lub złagodzenia swojego stanu, a także jeśli osoba ta wymaga kontroli lub nadzoru w celu zapobieżenia np. wyrządzeniu przez nią szkody sobie lub innej osobie[33].

Europejski Trybunał Praw Człowieka wyznaczył także warunki, które muszą być spełnione w celu uznania legalności danego przypadku przymusowej izolacji w rozumieniu art. 5 § 1 lit. e) EKPC. Tak więc pozbawienie wolności musi pozostawać w zgodności z prawem krajowym, co oznacza, że 1) prawo to musi przewidywać określony środek detencyjny, że 2) w konkretnym przypadku zostały wypełnione warunki, od jakich prawo krajowe uzależnia dopuszczalność jego zastosowania i w końcu, że 3) procedura, w ramach której doszło do zastosowania danego środka, była zgodna z wymogami określonymi przez ustawę.

W kolejnych wypowiedziach ETPC zakwestionowano możliwość stosowania dalszej izolacji po odbyciu kary wobec sprawców stwarzających wysokie ryzyko ponownego popełnienia brutalnego przestępstwa, jeżeli:

1. nie wykazano, że osoba ta nie jest w pełni poczytalna ze względu na występujące zaburzenia osobowości (np. preferencji seksualnych);
2. skierowania do zakładu zamkniętego dokonuje organ właściwy w sprawach karnych, zaś warunki izolacji przypominają sposób wykonania kary pozbawienia wolności;
3. brak jest specjalistycznego postępowania terapeutycznego, jakim objęci byliby wyłącznie sprawcy, w stosunku do których orzeczono izolację po odbyciu kary pozbawienia wolności, a które służyłoby wykluczeniu grożącego z ich strony niebezpieczeństwa dalszych naruszeń porządku prawnego, mogącego odróżnić ten środek od kary pozbawienia wolności.

Długość okresu pozbawienia wolności musi zależeć od dalszego utrzymywania się zaburzenia, a pozbawienie wolności winno być wykonywane zależnie

31 Por. wyrok ETPC z dnia 13 stycznia 2011 r. w sprawie *Haidn v. Niemcy*, skarga nr 6587/04, pkt 88.

32 Zob. wyrok ETPC z dnia 28 października 2003 r. w sprawie *Rakevich v. Rosja*, skarga nr 58973/00, pkt 26.

33 Por. np. wyrok ETPC z dnia 4 kwietnia 2000 r. w sprawie *Witold Litwa v. Poland*, skarga nr 26629/95, pkt 60; wyrok ETPC z dnia 20 lutego 2003 r. w sprawie *Hutchison Reid v. the United Kingdom*, skarga nr 50272/99, pkt 52, ECHR 2003-IV.

od przyczyny – w klinice psychiatrycznej albo innym zakładzie[34]. W tym układzie przepis art. 7 EKPC nie będzie miał zastosowania, bowiem dochodzi do zerwania związku przyczynowego pomiędzy ustaleniem sprawstwa a orzeczeniem odpowiedzialności karnej. Przy pozbawieniu wolności zgodnie z art. 5 ust. 1 zdanie 2 lit. e) EKPC w istocie nie chodzi, tak jak ma to miejsce w przypadku art. 7 i art. 5 ust. 1 zdanie 2 lit. a) EKPC, o pozbawienie wolności z powodu czynu dokonanego w przeszłości ani o związane z tym skazanie, lecz o pozbawienie wolności w związku ze stanem teraźniejszym, w którym występowanie określonych zaburzeń musi zostać odpowiednio wykazane[35]. Jednocześnie należy dodać, że przy podejmowaniu decyzji, czy jednostka powinna być pozbawiona wolności jako wykazująca zaburzenie umysłowe, władze mają pewną swobodę, zwłaszcza jeśli chodzi o treść diagnoz klinicznych, bo do władz krajowych należy w pierwszej kolejności ocena dowodów przedstawionych im w konkretnej sprawie[36].

Poza tym decyzja o umieszczeniu osoby w miejscu izolacji, jak i zasadność jej kontynuowania, powinny podlegać sądowej kontroli w związku z wymaganiem określonym w art. 5 ust. 4 EKPC. We wspomnianej już sprawie *Winterwerp v. Niderlandy*[37] Trybunał ustalił, że osoba izolowana na podstawie art. 5 ust. 1 lit. e) EKPC musi mieć prawo do domagania się zweryfikowania decyzji o dalszym pozbawieniu wolności i zwolnienia. Pozbawienie wolności musi więc podlegać cyklicznej kontroli sądu.

Długość okresu pozbawienia wolności musi zależeć od dalszego utrzymywania się zaburzenia, a pozbawienie wolności winno być wykonywane zależnie od przyczyny – w klinice psychiatrycznej albo innym zakładzie.

VI. Nie sposób jednoznacznie przesądzić, z perspektywy jakich wzorców konstytucyjnych można oceniać zgodność z Konstytucją RP przesłanki detencji postpenalnej stworzone przez omawianą ustawę. W grę wchodzą przede wszystkim następujące zasady:

1. zakaz retroaktywności i powtórnego karania (zasada *ne bis in idem*) (art. 2)[38],
2. zakaz traktowania represyjnego osoby bez związku z czynem zabronionym (art. 42)[39],
3. zakaz stosowania tortur lub nieludzkiego traktowania (art. 40)[40],

34 Zob. wyrok ETPC w sprawie *Winterwerp v. Niderlandy*, cyt. wyżej, pkt 39; wyrok ETPC z dnia 24 października 1997 r. w sprawie *Johnson v. Wielka Brytania*, skarga nr 22520/93, pkt 60; wyrok ETPC z dnia 5 października 2000 r. w sprawie *Varbanov v. Bułgaria*, skarga nr 31365/96, pkt 45; wyrok ETPC z dnia 20 lutego 2003 r. w sprawie *Hutchison Reid v. Wielka Brytania*, skarga nr 50272/99, pkt 48.

35 Wyrok ETPC z dnia 23 lutego 1984 r. w sprawie *Luberti v. Italy*, skarga nr 9019/80, pkt 28; wyrok ETPC z dnia 19 kwietnia 2012 r. w sprawie *B. v. Niemcy*, skarga nr 61272/09, pkt 68.

36 Zob. wyrok ETPC w sprawie *Winterwerp v. Niderlandy*, cyt. wyżej, pkt 40; wyrok ETPC z dnia 5 listopada w sprawie *X v. the United Kingdom*, skarga nr 7215/75, pkt 43; z dnia 5 października 2004 r. w sprawie *H.L. v. the United Kingdom*, skarga nr 45508/99, pkt 98; z dnia 24 marca 2009 w sprawie *Puttrus v. Germany*, skarga nr 1241/06.

37 Wyrok ETPC w sprawie *Winterwerp v. Niderlandy*, cyt. wyżej, pkt 55.

38 Zob. W. Sokolewicz, komentarz do art. 2 (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. V, Warszawa 2007, s. 17, 41–43.

39 Zob. P. Sarnecki, komentarz do art. 42 (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 1–3.

40 Zob. P. Sarnecki, komentarz do art. 40, tamże, s. 1–7.

4. zasada afirmacji wolności osobistej oraz traktowania osoby pozbawionej wolności w sposób humanitarny,
5. zasada proporcjonalności w stosowaniu ograniczeń wolności, o których mowa w pkt 2 i 4 (art. 31 ust. 3), bowiem zasada z punktu 3 nie może być w żaden sposób naruszana[41].

Część z nich, w szczególności te, o których mowa w pkt 1, podlega badaniu podobnemu do stosowanego w standardach konwencyjnych, omówionych wyżej. Do najważniejszych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, które mogą mieć znaczenie przy ocenie legalności przepisów ustawy, należy przesądzenie, że: „kontrola legalności pozbawienia wolności musi obejmować nie tylko legalność samej decyzji o pozbawieniu wolności, jej przesłanek i trybu podjęcia, ale również sposób jej realizacji, a w szczególności czas trwania pozbawienia wolności"[42] oraz że „[p]rawo do odwołania do sądu implikuje przyznanie sądowi odpowiednich uprawnień w zakresie prowadzenia postępowania dowodowego w celu wszechstronnego zbadania okoliczności pozbawienia wolności [gwarancja prawa do sądu] (…). Podstawowym celem analizowanego przepisu [art. 41 konstytucji] jest doprowadzenie do jak najszybszego uwolnienia osoby pozbawionej wolności"[43]. Jednocześnie też TK podkreślał w swoich wypowiedziach, że pozbawienie wolności określonego rodzaju, innego niż kara należy ścisłe odróżniać od kary pozbawienia wolności i nie można posługiwać się nim jako środkiem represji. Ma ono służyć celom, dla których środek ten zastosowano, i do tego muszą być dostosowane warunki jego stosowania[44]. W stosunkowo zbieżny sposób z omówionym wcześniej orzecznictwem ETPC istotne znaczenie Trybunał Konstytucyjny przywiązywał do związku przyczynowego racjonalizującego powód izolacji i warunki jej wykonywania.

Jak ma to miejsce w przypadku EKPC, także na gruncie regulacji krajowej dopuszczalne jest pozbawienie wolności człowieka ze względu na zaburzenia psychiczne, jednak przy uwzględnieniu ograniczeń płynących ze wskazanych wzorców. Konieczne jest zatem wprowadzenie:

1. czytelnej przesłanki ograniczającej grupę osób poddanych badaniu przesiewowemu na okoliczność stopnia niebezpieczeństwa tworzącego ryzyko popełnienia przestępstw określonego rodzaju;
2. wyraźne określenie leczniczego celu izolacji i stworzenie warunków realnie umożliwiających realizację tego celu, zasadniczo odmiennych od warunków odbywania kary pozbawienia wolności;
3. odpowiedniej gwarancji prawa do sądu.

Nie sposób jednoznacznie przesądzić, z perspektywy jakich wzorców konstytucyjnych można oceniać zgodność z Konstytucją RP przesłanki detencji postpenalnej stworzone przez omawianą ustawę.

VII. W trakcie prac legislacyjnych projektodawcy omawianej ustawy podnosili, że przygotowane rozwiązania powstały w kontekście sformułowa-

41 Zob. L. Garlicki, komentarz do art. 31, tamże, s. 12–36.

42 Wyrok TK z dnia 11 czerwca 2002, SK 5/02, OTK A 2002, nr 4, poz. 41.

43 Wyrok TK z dnia 6 grudnia 2004 r., SK 29/04, OTK A ZU 2004, nr 11, poz. 114.

44 Wyrok TK z dnia 22 lipca 2008 r. K 24/07, OTK A ZU 2008, nr 6, poz. 110; wyrok TK dnia z 6 października 2009 r., SK 46/07, OTK-A 2009, nr 9, poz. 132.

nych w dotychczasowym orzecznictwie standardów ochrony praw człowieka i odpowiednich wzorców kontroli. Dlatego też w wielu miejscach proponowana procedura zmierzająca do zastosowania postpenalnego środka zabezpieczającego jest odwróceniem tych rozwiązań, które zostały zakwestionowane przez

W wielu miejscach proponowana procedura zmierzająca do zastosowania postpenalnego środka zabezpieczającego jest odwróceniem tych rozwiązań, które zostały zakwestionowane przez Trybunał w Strasburgu lub Federalny Trybunał Konstytucyjny.

Trybunał w Strasburgu lub Federalny Trybunał Konstytucyjny. Należy zwrócić uwagę, że ustawa radykalnie odrywa uzasadnienie izolacji od samego skazania za popełnione przestępstwo (art. 1). Jednakże zarówno ze względu na metodologię sporządzania opinii biegłych psychiatrów, jak i potrzebę stworzenia racjonalnej przesłanki przesiewowej przyjęto, że badanie stopnia niebezpieczeństwa następuje tylko u sprawców odbywających karę pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym (art. 1 pkt 1). Zgodnie z art. 96 kodeksu karnego wykonawczego[45] w systemie terapeutycznym odbywają karę m.in. skazani z niepsychotycznymi zaburzeniami psychicznymi, w tym skazani za przestępstwo określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniami seksualnymi. Przed zakończeniem odbywania kary dyrektor zakładu karnego, jeżeli wydana w trakcie postępowania wykonawczego opinia psychiatryczna i psychologiczna o stanie zdrowia osoby skazanej wskazują, że osoba ta spełnia przesłanki związane z zaburzeniami psychicznymi i związanym z tym stanem subiektywnego niebezpieczeństwa sprawcy, występuje do właściwego sądu z wnioskiem o uznanie osoby, której dotyczy wniosek, za osobę stwarzającą zagrożenie (art. 9 u.p.o.z.p.). W praktyce warto, by dyrektor zakładu karnego wskazywał też środek zabezpieczający, który uważa za odpowiedni względem ustalonego stopnia niebezpieczeństwa sprawcy.

Do wniosku dołącza się opinię, a także informację o wynikach dotychczas stosowanych programów terapeutycznych i postępach w resocjalizacji (art. 9 u.p.o.z.p.). Orzekanie zostało powierzone sądowi właściwemu w sprawach cywilnych i opiekuńczych, przy czym w standardzie, że jest to sąd okręgowy (art. 2 u.p.o.z.p.) w składzie 3 sędziów zawodowych (art. 15 u.p.o.z.p.). Konieczne jest uprzednie uzyskanie co najmniej dwóch opinii biegłych (art. 11 u.p.o.z.p.) na okoliczność oceny występowania zaburzeń osobowości, ich charakteru i nasilenia, jak również stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przez nich czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

Zgodnie z zasadą proporcjonalności podstawowym środkiem przewidzianym w ustawie jest dozór w warunkach wolnościowych (art. 3). Zaś możliwość izolacji zachodzi tylko do tych osób, których konkretnie stwierdzone niebezpieczeństwo rodzi bardzo wysokie ryzyko popełnienia z użyciem przemocy najpoważniejszych występków lub zbrodni przeciwko życiu, zdrowiu, wolności seksualnej (art. 14). W formułowanych zastrzeżeniach do projektu przez środowiska

45 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997 r. nr 90 poz. 557 z późn. zm.).

psychiatrów podnoszono właśnie rzekome przerzucenie na biegłych kwalifikacji prawnej oraz niezdolność do określenia stopnia ryzyka, o którym mowa w ustawie. Zarzuty te wynikają z pewnego nieporozumienia. Po pierwsze, należy pamiętać, że ocena stopnia prawdopodobieństwa jest czynnością orzeczniczą sądu, a nie rozstrzygnięciem biegłych. Po drugie, przecież tożsama merytorycznie ocena jest dokonywana przez biegłych psychiatrów przy orzekaniu niepoczytalności, na podstawie art. 94 k.k., gdzie również jest mowa o zajściu wysokiego prawdopodobieństwa, że sprawca popełni określony czyn ponownie. Sąd, dokonując oceny, czy jest konieczne zastosowanie wobec osoby stwarzającej zagrożenie nadzoru prewencyjnego albo umieszczenie jej w Krajowym Ośrodku Zabardzo wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu o tej samej charakterystyce. Zwraca uwagę konwencjonalność i brak precyzji w ujęciu kwantyfikatora stopnia ryzyka, choć trudno sobie wyobrazić inny, bardziej operatywny sposób jego ujęcia (art. 14 pkt 3 u.p.o.z.p.).

Postępowanie przed sądem toczy się na podstawie omawianej ustawy (rozdz. 3 u.p.o.z.p.) i odpowiednio stosowanych przepisów kodeksu postępowania cywilnego (art. 2 pkt 3 u.p.o.z.p.). Pozwala to m.in. na wydanie w trakcie postępowania postanowień zabezpieczających, także tych, które polegają na czasowym umieszczeniu danej osoby w ośrodku. Ma to niewątpliwie związek z przedłużającym się procesem legislacyjnym, bowiem pierwotna wersja projektu

> **Zgodnie z zasadą proporcjonalności podstawowym środkiem przewidzianym w ustawie jest dozór w warunkach wolnościowych.**

pobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym, bierze pod uwagę całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, a w szczególności uzyskane opinie biegłych, a także wyniki prowadzonego dotychczas postępowania terapeutycznego oraz możliwość efektywnego poddania się przez tę osobę postępowaniu terapeutycznemu na wolności. Sąd orzeka o zastosowaniu nadzoru prewencyjnego wobec osoby stwarzającej zagrożenie, jeżeli charakter stwierdzonych zaburzeń psychicznych lub ich nasilenie wskazują, że zachodzi wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez tę osobę czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat (art. 14 pkt 2 u.p.o.z.p.). Co istotne, orzekając o zastosowaniu nadzoru prewencyjnego, sąd może nałożyć na osobę stwarzającą zagrożenie obowiązek poddania się odpowiedniemu postępowaniu terapeutycznemu (art. 16 pkt 1). O umieszczeniu w ośrodku orzeka się zaś wówczas, jeżeli jest to niezbędne ze względu na przewidywała wszczęcie postępowania co najmniej na sześć miesięcy przed planowanym zakończeniem wykonywania kary pozbawienia wolności. Ze względu na zidentyfikowane pierwsze osoby z grupy skazanych na karę śmierci poddanych amnestii – i na termin zakończenia wykonywania wobec nich kary – w trakcie procesu legislacyjnego zrezygnowano z tego warunku, którego celem było zagwarantowanie osiągnięcia prawomocnego rozstrzygnięcia w sprawie wniosku dyrektora zakładu przed opuszczeniem zakładu karnego przez skazanego. Jednocześnie, na podstawie art. 10 ustawy, zakończenie odbywania kary pozbawienia wolności po złożeniu wniosku nie stanowi przeszkody do wydania orzeczenia. Sąd z urzędu ustanawia pełnomocnika osoby, której dotyczy wniosek, jeżeli nie ma ona pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym ustanowionego z wyboru (art. 12 pkt 1 u.p.o.z.p.). Pełnomocnik może podejmować działania w trakcie postępowania uregulowanego w tym rozdziale oraz przez cały okres, kiedy reprezentowana przez niego osoba jest uznana za osobę stwarza-

jącą zagrożenie (art. 12 pkt 2). Po przeprowadzeniu rozprawy sąd wydaje postanowienie o uznaniu osoby za stwarzającą zagrożenie i zastosowaniu wobec niej nadzoru prewencyjnego albo o umieszczeniu jej w ośrodku albo postanowienie o uznaniu, że osoba, której dotyczy wniosek, nie jest osobą stwarzającą zagrożenie (art. 14 pkt 1). Sąd orzeka na rozprawie w składzie trzech sędziów zawodowych. Dodajmy, że udział prokuratora i pełnomocnika jest obowiązkowy (art. 15 pkt 1).

Przewidziana w przepisach ustawy izolacja polega na umieszczeniu osoby objętej wnioskiem, na podstawie orzeczenia sądu, w specjalnie utworzonym Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym, gdzie będzie stosowany kompleksowy program terapeutyczno-leczniczy. Ośrodek jest jednostką budżetową podległą ministrowi właściwemu do spraw zdrowia i jednocześnie podmiotem leczniczym, niebędącym przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy z o działalności leczniczej[46] (art. 5 u.p.o.z.p.). Osoba stwarzająca zagrożenie umieszczona w ośrodku zostaje objęta odpowiednim postępowaniem terapeutycznym, którego celem jest poprawa stanu jej zdrowia i zachowania w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób. Kierownik ośrodka sporządza indywidualny plan terapii dla każdej osoby stwarzającej zagrożenie umieszczonej w ośrodku (art. 25). W ośrodku zostaje powołana autonomiczna służba porządkowa, która ma spełniać wymagania związane z działalnością w zakresie ochrony osób i mienia (art. 6), zaś możliwe do stosowania środki przymusu odpowiadają uchwalonej niedawno ustawie o środkach przymusu. Względem tej osoby możliwe jest przeprowadzenie kontroli miejsca pobytu i przedmiotów będących w jej posiadaniu, zaś uprawnienia w zakresie kontaktu przypominają te, które obowiązują w zakładzie karnym. Niemniej celem tych wszystkich zabiegów było radykalne odróżnienie warunków wykonywania tej izolacji od osadzenia w zakładzie karnym i zapewnienie zdolności tego systemu do realizacji jej celu korekcyjnego. Jak podkreślaliśmy, badanie praktyki wykonywania tej detencji było często decydujące dla rozstrzygnięć podejmowanych przez ETPC.

Istotne jest stworzenie gwarancji kontroli sądowej zasadności dalszej izolacji. Osoba umieszczona w ośrodku może bowiem w każdym czasie złożyć do sądu wniosek o ustalenie przez sąd potrzeby jej dalszego pobytu w ośrodku. Na postanowienie oddalające wniosek przysługuje zażalenie, jeżeli od wydania orzeczenia w przedmiocie poprzedniego wniosku upłynęło co najmniej 6 miesięcy (art. 32 pkt 1 u.p.o.z.p.). Osoba ta ma prawo do pomocy w ochronie swoich praw, w tym do kierowania ustnych i pisemnych skarg dotyczących naruszenia jej praw oraz uzyskania informacji o rozstrzygnięciu zgłoszonej sprawy (art. 32 pkt 2). Oczywiście, ustawa przesądza o obowiązku zaprzestania izolowania osoby w ośrodku w przypadku zmniejszenia stopnia niebezpieczeństwa związanego z jej przyszłym zachowaniem.

VIII. W odniesieniu do tak wyjątkowej regulacji, zwłaszcza gdyby chcieć to uczynić *in genere*, trudno jest wyrokować o wyniku prawdopodobnej kontroli jej zgodności z Konstytucją RP lub konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Jakkolwiek nie można wykluczyć uznania w przyszłości projektowanych przepisów za niezgodne z konwencją lub konstytucją, to jednocześnie wydaje się, że ryzyko to zostało w sposób maksymalny z możliwych zmniejszone. Ujmując to warunkowo, jeżeli odpowiedni trybunał odtworzy w podobny jak dotychczas sposób wzorce kontroli, wówczas mało realne będzie prawdopodobieństwo ich naruszenia przez zawartą w uchwalonych przepisach konstrukcję. Do tej techniki badania zgodności jak dotąd włączono badanie związku przyczynowego między uzasadnieniem i celem izolacji a jej charakterem i praktyką jej wykonania. Podobnie wymagano obiektywizacji stwierdzanych zaburzeń osobowości i poważnego niebezpieczeństwa wyrządzenia istotnej szkody w dobrach prawnych innych osób. Ale jednocześnie akceptowano dopuszczalność izolacji o wymiarze korekcyjnym na podstawie prognozy ryzyka popełnienia poważnego przestępstwa. Jeszcze trudniej jest wnioskować o zakresowej kontroli, zwłaszcza w odniesieniu do wykładni konkretnych przesłanek czy fragmentów procedury.

Z pewnością jednak trudno oprzeć się wrażeniu, że podczas analizy omawianej problematyki docie-

46 Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. nr 112 poz. 654 z późn. zm.).

ramy do momentu, w którym klasyczne zasady prawa karnego i ochrony praw człowieka okazują się „za krótkie", by w jednoznaczny sposób objąć przypadki skrajne. W takim momencie pozostaje zwrócenie się ku istocie prawa i jego wartościom, takim jak cel istnienia systemu prawnego. Nie zgadzamy się z taką interpretacją, w której absolutyzm standardów ochrony praw człowieka i resocjalizacyjna wizja postępowania ze sprawcami niebezpiecznymi, o których mowa w analizowanej ustawie, w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności czyniłyby nas bezradnymi wobec realnego niebezpieczeństwa, jakie współobywatelom grozi ze strony tych osób – im zaś ze strony społeczeństwa. Nie wydaje się też racjonalne wyrzeczenie się pewnego paternalizmu prawnego, który pozwala na postrzeganie umieszczenia w ośrodku jako podejmowanego dla dobra osoby z zaburzeniami psychicznymi stwarzającej zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób. Nie zmienia to faktu, że przewidziana w ustawie regulacja z zakresu izolacji – w przeciwieństwie do wolnościowych środków postpenalnych – musi być poddana ścisłej interpretacji zawężającej (*in dubio pro libertate*), która jest w tym wypadku metodą wykładni przez kontekst wartości konstytucyjnych. Jej obowiązywanie musi też mieć kres, bowiem pożądane rozwiązanie sytuacji *pro futuro* wymaga wprowadzenia możliwości orzeczenia, obok kary za popełnione przestępstwo, środka zabezpieczającego, jeżeli sprawca przejawia zaburzenia osobowości uprawdopodabniające powrót do przestępstwa[47].

Podczas analizy omawianej problematyki docieramy do momentu, w którym klasyczne zasady prawa karnego i ochrony praw człowieka okazują się „za krótkie", by w jednoznaczny sposób objąć przypadki skrajne.

47 Zawiera ją projekt kompleksowej nowelizacji kodeksu karnego, opracowany w Ministerstwie Sprawiedliwości na podstawie projektu przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego w jej kadencji 2009–2013.

Zbigniew Strus

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2013 r. w sprawie II CSK 1/13

Zbigniew Strus

Sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku.

Wprowadzenie

Glosowany wyrok[1] jest kolejną wypowiedzią najwyższego organu polskiej władzy sądowniczej w sprawie o ochronę wolności sumienia i wyznania rozstrzyganej na podstawie przepisów o ochronie dóbr osobistych. W omawianym przypadku powód zarzucił szpitalowi naruszenie dobra osobistego, które określił jako „swoboda sumienia" (art. 23 k.c.[2]).

Istotne dla oceny prawnej w tej sprawie są stosowne artykuły Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[3] (dalej: konstytucja), art. 9 ust. 1 konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[4] (dalej: konwencja lub EKPC), ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania[5] (dalej: u.g.w.s.w.), ustawa o prawach pacjenta[6] (dalej: u.p.p.) oraz art. 23, 24 i 448 k.c.

Kodeksowe pojęcie „swobody" jako synonimu „wolności" – w odniesieniu do sumienia – w języku prawnym występuje niejednokrotnie (w konstytucji, w ustawie o gwarancjach oraz w konwencji) obok wolności wyznania. Byłoby jednak nadmiernym uproszczeniem przyjęcie jednakowej treści obydwu pojęć w procesie o ochronę dóbr osobistych. Odstąpienie doktryny i praktyki sądowej od teorii jednolitego prawa osobistości[7] na rzecz otwartego katalogu

1 Opublikowany na stronie SN, http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20CSK%201-13-1.pdf (dostęp 5 lutego 2014 r.), s. 1–18.

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

3 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

4 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona protokołem nr 2. (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284).

5 Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. nr 231, poz. 1965 z późn. zm.).

6 Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 159 z późn. zm.).

7 Różnice zapatrywań ze wskazaniem ich przedstawicieli wymienia J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975.

dóbr osobistych doprowadziło do postawienia powodom wymagań, określenia naruszonego dobra i postaci naruszenia. Oczekiwanie od powoda precyzji w tym zakresie uzasadniono względami pragmatycznymi, tj. wyborem środków przywracających skutki naruszenia oraz względami profilaktyki, tj. umożliwieniem przewidywania skutków naruszenia[8].

Uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego pozwala uznać, iż skład orzekający, rozpoznając skargę kasacyjną powoda, przyjął, że dobrem chronionym w tej sprawie jest swoboda sumienia wskazywana w pozwie oraz w skardze kasacyjnej. Niektóre części uzasadnienia dotyczące zapatrywania Sądu Najwyższego wskazują jednak na utożsamianie wolności religii (wyznania) i wolności sumienia, bądź łączą obydwa pojęcia w związek funkcjonalny zawarty w stwierdzeniu, że „[n]a swobodę sumienia (…) składa się wolność wyrażania swoich przekonań religijnych oraz wykonywania praktyk religijnych. Osoba, która deklaruje się jako niewierząca (…) może oczekiwać, że nie będzie poddawana praktykom religijnym wbrew swej woli, czy zmuszana do udziału w nich" (s. 12). W dalszej części argumentacji Sąd Najwyższy odnosi się do innego dobra osobistego, stwierdzając, iż „[n]aruszenie »swobody wyznania« jako dobra osobistego ma miejsce (…) w razie narzucenia (…) obowiązku wykonywania pewnych praktyk religijnych" (tamże), przy czym „tak samo należy potraktować poddanie kogoś wbrew jego woli czynnościom, które stanowią formę praktyki religijnej". Całość wywodu zdaje się przemawiać jednak za tym, że według oceny Sądu Najwyższego udzielenie powodowi sakramentu namaszczenia chorych w dniu 14 stycznia 2009 r. w pozwanym szpitalu[9] było zdarzeniem naruszającym wolność jego sumienia. Z uzasadnienia nie wynika jednoznacznie, czy formą działania było rozważane równolegle „narzucanie obowiązku" czy „poddanie powoda wbrew jego woli" praktyce religijnej, a może nawet „zmuszanie", ponieważ wszystkie te formuły pojawiają się w wyroku bez wyraźnej konkluzji.

Zdawałoby się, że nie ma to większego znaczenia, ponieważ przypadki naruszenia wolności sumienia i wolności religii mogą się kumulować bądź krzyżować oraz występować pojedynczo albo jako naruszenie dwóch dóbr osobistych. Z takim uproszczeniem nie można się zgodzić ze względu na obowiązki procesowe powoda wynikające z art. 187 § 1 pkt 1 i 2 k.p.c.[10], na zakres postępowania dowodowego (art. 227 k.p.c. i art. 236 k.p.c.) i rozkład ciężaru dowodu wynikający z art. 6 k.c.[11] Przestrzeganie reguł procesowych zwłaszcza w sprawach o ochronę dóbr osobistych, budzących emocje, pozwala uniknąć kolejnych przypadków naruszania w toku procesu godności stron i ewentualnie dóbr osób trzecich.

Sumienie rozumie się jako zdolność człowieka do moralnej oceny swoich czynów, słów i myśli – w kategorii dobra lub zła – będących jednak aktami wolnej woli. Sąd Najwyższy określił to pojęcie jako „wolne, wynikające z własnego przekonania wyrażanie określonego światopoglądu, w tym także wybór i praktykowanie określonej religii, wybór systemu wartości, według którego dokonuje się oceny swoich zachowań, czynów, myśli i uczuć" (pkt 2 uzasadnienia *in principio*, s. 10). Uprzedzając dalsze wywody, można wyrazić pogląd, że w omawianej sprawie nie sposób dostrzec, w jaki sposób mogłoby dojść do naruszenia prawidłowo ukształtowanego sumienia wskutek zdarzenia z 14 stycznia 2009 r., w którym powód uczestniczył, znajdując się w stadium pozbawienia jakiegokolwiek kontaktu z otoczeniem i możliwości wyrażenia swej woli[12], chyba że wolność rozumiano by jako czystą ideę, a nie obiektywny stan egzystencji objęty świa-

8 A. Kopff, *Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego (Zagadnienia konstrukcyjne)*, „Studia Cywilistyczne" 1972, t. XX.

9 Określenie powszechnie znane, nie ma potrzeby wyjaśniania, że oznacza „przedsiębiorstwo podmiotu leczniczego, w którym podmiot ten wykonuje działalność leczniczą w rodzaju świadczenia szpitalne" (art. 2 ust.1 pkt 9 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej; tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 217).

10 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.).

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

12 Pomijam nagłaśniany, gdy mowa o „wybudzaniu", problem działania podświadomości lub innych stanów w okresie śpiączki. Niejasność materii nie pozwoliłaby sądom cokolwiek mniemać w tym przedmiocie. Wiadomo natomiast (tu i teraz), że w takim stanie możliwość zwykłych sposobów porozumiewania się jest zniesiona.

domością podmiotu. Przedstawiona wątpliwość byłaby – jak się wydaje – wspólna postawie religijnej, jak i ateistycznej, ponieważ funkcjonowanie sumienia jest w pewnym stopniu niezależne od światopoglądu oraz konfesji. Istotne różnice między wspomnianymi postawami dotyczą źródła sumienia (zdolność nadana rodzajowi ludzkiemu przez Boga w akcie stworzenia czy też wykształcona poprzez przejmowanie wzorów albo internalizację utrwalonych norm postępowania)[13].

„poszanowania", bowiem nie można wykluczyć pojawienia się poglądów quasi-religijnych[14], których funkcjonowanie nie może być akceptowane. W sprawach o ochronę dóbr osobistych punktem wyjścia powinna być zasługująca na ochronę wrodzona godność osoby ludzkiej, a nie jej poglądy, które mogą być oceniane według kryterium prawdy[15]. Państwo i jego władze nie mają jednak kompetencji do orzekania o prawdziwości poglądu obywateli w sprawach religii, natomiast w ra-

Nie wszystkie poglądy wchodzące w wieloznaczne pojęcie światopoglądu wymagają „poszanowania", bowiem nie można wykluczyć pojawienia się poglądów quasi-religijnych, których funkcjonowanie nie może być akceptowane.

Rozdzielenie omawianych dóbr „zakodowanych" w przepisach kilku aktów prawnych wydaje się – jak wykazał Sąd Najwyższy – konieczne ze względu na ich odmienną naturę i funkcjonowanie, mające wpływ na charakter naruszenia, komplikowany dodatkowo stanem wielodniowej śpiączki farmakologicznej, obejmującej dzień udzielenia sakramentu namaszczenia chorych oraz uzyskaniem wiadomości o tym zdarzeniu w kilka miesięcy później, po zakończeniu hospitalizacji.

Sąd Najwyższy, relacjonując orzeczenie sądu apelacyjnego, przywołał jego stanowisko – zrównujące wolność sumienia osoby z prawem do poszanowania jej światopoglądu. Stanowisko to nie może być odczytywane poza kontekstem sprawy, w którym tylko jeden światopogląd (religia chrześcijańska wyznania rzymskokatolickiego) jest wyraźnie określony. O poglądach powoda wiemy niewiele, poza tym, że został ochrzczony i że nie dokonał aktu odłączenia (apostazji). W pozwie określał się jako niewierzący. Konieczna jest jednak uwaga, że nie wszystkie poglądy wchodzące w wieloznaczne pojęcie światopoglądu wymagają mach neutralności światopoglądowej mają obowiązek udzielać ochrony osobom przed m.in. bezprawnym naruszeniem wolności sumienia (art. 10 ust. 1 u.g.w.s.w.).

W tym miejscu dochodzimy do przedmiotu ochrony, którym ostatecznie jest godność człowieka. To jedno z pojęć podstawowych i wieloznacznych (jak np. „dobro" lub „zło"), a jednak zrozumiałe w razie naruszenia, przy czym stan naruszenia jest wyraźny, dający się zweryfikować w drodze wnioskowania indukcyjnego[16], oraz podobnie oceniany przez rozsądnych i uczciwie myślących ludzi[17]. Godność ta wyraża

13 Tak np. *Wielka Encyklopedia Powszechna PWN*, t. 11, Warszawa 1968, hasło *Sumienie*.

14 Znanych z historii lub ujawniających się obecnie *ad hoc*.

15 U podstaw ludobójstw XX w. leżały również indywidualne poglądy; przepis art. 13 obowiązującej konstytucji zakazujący działalności partii politycznych ze względu na program głoszący np. nienawiść rasową świadczy, że istnieją sytuacje wykluczające równouprawnienie światopoglądów.

16 K. Szaniawski, *Słowo wstępne* (w:) K. Ajdukiewicz, *Zagadnienia i kierunki filozofii*, Warszawa 1983, s. 11.

17 Zob. K. Ajdukiewicz, *Zagadnienie racjonalności zawodnych sposobów wnioskowania* (1958), (za:) K. Szaniawski, *Słowo wstępne…*, dz. cyt. W rozprawie tej autor wykazuje racjonalność myślenia opartego na prawdopodobieństwie.

się m.in. w wolności kierowania się głosem sumienia w sprawach podlegających osądowi moralnemu oraz w wolności wyznawania i praktykowania religii. Ponieważ sumienie jest zdolnością osądu swoich myśli, słów i czynów, posłuszeństwo temu głosowi podlega również ocenie rozumu. Sumienie ukształtowane nieprawidłowo albo stłumione nie stanowi dostatecznego kryterium działania.

ba podkreślić ograniczoną kognicję Sądu Najwyższego w zakresie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Zagadnienia te mają charakter rudymentarny, powszechnie bowiem wiadomo, iż granice rozpoznania skargi kasacyjnej zostały ustanowione w art. 398^{13} § 2 k.p.c. W myśl tego przepisu Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia i nie może ich korygować ani

Trzeba podkreślić ograniczoną kognicję Sądu Najwyższego w zakresie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia.

W rozpoznawanej sprawie sądy powszechne obu instancji oddaliły kolejno: powództwo oraz apelację powoda. Sąd Najwyższy uwzględnił natomiast skargę kasacyjną powoda zarzucającą naruszenie prawa materialnego (art. 23 w zw. z art. 24 k.c.) „poprzez błędną subsumpcję i uznanie, że poddanie niewierzącego powoda sakramentowi namaszczenia chorych uznawanemu przez kościół katolicki nie prowadziło do naruszenia jego wolności sumienia, podczas gdy w zakresie tego dobra osobistego mieści się też wolność od wykonywania praktyk religijnych" (s. 9). Uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego zawiera sformułowania wskazujące, że do treści prawa osobistego pod nazwą swobody sumienia należy oczekiwanie osoby niewierzącej, iż nie będzie poddawana praktykom religijnym wbrew swej woli, czy zmuszana do udziału w nich (s. 12).

Reguły procesowe

Pierwszym kryterium dla oceny glosowanego rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego jest poprawność stosowania reguł procesowych. Zgodnie z potocznym znaczeniem przyimek „wbrew" komunikuje czynność wykonywaną „na przekór", „niezgodnie z czymś", „przeciw komuś" itp., natomiast zmuszanie jest nie tylko działaniem wbrew, ale zawiera nadto element przymusu (fizycznego, psychicznego, ekonomicznego) w celu przełamania oporu.

Przekładając omawiane sformułowanie na reguły postępowania kasacyjnego w procesie cywilnym, trzeodrzucić; jest więc sądem prawa, a nie faktów. Należy zatem zwrócić uwagę na to, jakie zdarzenia i stany składające się na prawne pojęcie „ustaleń faktycznych" przyjmował Sąd Najwyższy. Moc wiążącą miało uzasadnienie wyroku sądu apelacyjnego, który jako ostatni orzekał o faktach, a w którego orzeczeniu nie ma wzmianki, aby powód po przyjęciu do szpitala wypowiadał się w kwestii przyjęcia sakramentu namaszczenia chorych lub swojego światopoglądu.

Relacja z przebiegu postępowania zawarta w uzasadnieniu wyroku przez Sąd Najwyższy wskazuje, że w pozwie znalazło się twierdzenie powoda o „poddaniu" go sakramentowi wbrew jego woli, gdyż jest niewierzący, i bez jego wiedzy – gdy był w stanie śpiączki farmakologicznej. Sens tej relacji, sporządzonej przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku, staje się lepiej zrozumiały po dojściu do sprawozdania z ustaleń faktycznych sądu okręgowego, który napisał: „W momencie przyjęcia do szpitala powód nie informował nikogo, że jest osobą niewierzącą, a gdy był już w stanie śpiączki po zabiegu, ksiądz nie mógł tego ustalić".

Element dotyczący woli pacjenta w zakresie posługi religijnej i jej naruszenia pojawia się jeszcze kilkakrotnie w części sprawozdawczej dotyczącej wyroku sądu apelacyjnego, ale nie w charakterze ustalonego stanu faktycznego, ponieważ sąd drugiej instancji przyjął ustalenia sądu okręgowego bez ich uzupełniania lub odmiennej oceny materiału (art. 382 k.p.c.), tj. przyjął je za własne. Dalsze wzmianki na temat woli pacjenta,

w uzasadnieniu wyroku sądu II instancji, zakładając jego logiczną i konsekwentną konstrukcję, dotyczą hipotezy interpretowanych i przytaczanych przepisów prawa, gwarantujących wolność sumienia i wolność religii, w których sąd apelacyjny wykazywał pierwszeństwo indywidualnego oświadczenia woli względem „formalnej" przynależności do jakiegokolwiek kościoła. Nie ma wątpliwości, że chodzi o wolę ujawnioną, w przeciwnym bowiem wypadku wzmianka: „wbrew swej woli" byłaby niedopuszczalna.

Konkludując, układ uzasadnienia wyroku sądu apelacyjnego wskazuje, że nie ma danych pozwalających uznać, by w toku postępowania przed sądami uprawnionymi do badania podstawy faktycznej zostało podważone ustalenie sądu pierwszej instancji, iż powód po przyjęciu do szpitala nie zgłaszał, że nie chce, by udzielano mu sakramentów Kościoła katolickiego. Można dodać, że sąd apelacyjny, rozstrzygając sprawę, zasadnicze znaczenie przypisał ocenie, czy ustalone zdarzenie należy uznać – według przeciętnej miary przyjmowanej w społeczeństwie – za wkroczenie w sferę dóbr osobistych powoda ze względu na: intencję udzielenia wsparcia duchowego osobie znajdującej się w stanie „ekstremalnego zagrożenia życia", brak negatywnych konsekwencji społecznych, nienaruszenie tożsamości światopoglądowej powoda, pozytywne przesłanie aktu namaszczenia w ocenie większości społeczeństwa, nienaruszenie swobód konstytucyjnych – potwierdzone nieskrępowanym odrzuceniem przez powoda symboliki religijnej aktu.

Niektóre z wątków podnoszonych w uzasadnieniu wyroku sądu apelacyjnego (stosowanie egzorcyzmów, naruszenie nietykalności cielesnej lub innych sfer wolności osobistej) wskazują na brak rzeczowości w argumentacji strony powodowej i stanowią dostateczny argument na rzecz obiektywnego kryterium rozsądku i uczciwości w badaniu, czy doszło do naruszenia dobra osobistego powoda. Sąd apelacyjny wyczerpująco ocenił wszystkie zarzuty podniesione przez powoda i uznał, że ustalone fakty, tj. forma i zakres aktu sakramentu, nie wyczerpują pojęcia naruszenia dobra w postaci negatywnie formułowanej wolności sumienia lub religii. Ocenę swą uzupełnił odwołaniem się do kontekstu sytuacyjnego (szpital, śpiączka farmakologiczna, zagrożenie życia) oraz kulturowego i psychologicznego (usprawiedliwionym okolicznościami brakiem świadomości odmiennej postawy światopoglądowej powoda)[18].

Ocena sądu apelacyjnego zawarta w wykładni i zastosowaniu prawa materialnego (dotycząca odmowy udzielenia ochrony naruszonego prawa) nie znalazła aprobaty Sądu Najwyższego, w którego uzasadnieniu jednak nie wskazano, w jakim zakresie przyjęto stan faktyczny, będący podstawą wyroku sądu apelacyjnego odnośnie do wyrażenia przez powoda woli przyjęcia sakramentu chorych. Należy dodać, że powód, wnoszący skargę opartą na tzw. pierwszej podstawie[19], związany był również podstawą faktyczną przyjętą przez sąd apelacyjny w zakresie ujawnienia woli przez powoda. Wyżej wskazano, że takich ustaleń nie było, dlatego skarga kasacyjna odwołująca się do stanu faktycznego w zakresie sprzeciwu wobec posługi religijnej – wyobrażanego przez powoda, a niebędącego stanem ustalonym przez sąd apelacyjny – podlegała oddaleniu (at. 398[14] k.p.c.).

Uchylenie przez Sąd Najwyższy zaskarżonego wyroku ma moc wiążącą w zakresie określonym przez art. 398[20] k.p.c., ale wobec nieprzyznania faktu działania „wbrew woli" i nieudowodnienia jej dotychczas przez powoda, ani wykazania jakichkolwiek form zmuszania lub przymusu – sąd powszechny znajduje się w punkcie wyjścia i nie może wyrokować przed skrupulatnym zbadaniem i zakończeniem fazy procesu, zależnej w znacznej mierze od inicjatywy dowodowej stron[20].

18 Podobne zagadnienia rozstrzygał Sąd Apelacyjny w Krakowie, wyrok z dnia 28 października 2010 r., I ACa 908/10, LEX nr 743278, z tezą, że nie każda dolegliwość w postaci doznania przykrości stanowi o naruszeniu dóbr osobistych, ale tylko taka, która wedle przeciętnych ocen przyjmowanych w społeczeństwie przekracza próg dozwolonych zachowań i nie jest małej wagi. Stopień doznawanej dolegliwości, jeśli przekracza dozwoloną skalę zachowań, ma wpływ na zakres środków ochrony. Z założenia tego wynika, że nie może być miarodajny wyłącznie stan uczuć oraz miara indywidualnej wrażliwości powoda, lecz także kontekst społeczny, a zwłaszcza odbiór przypisywanych zachowań w danym środowisku.

19 Art. 398[3] § 1 pkt 1 k.p.c.

20 Ponadto należy zwrócić uwagę na możliwość istnienia różnic odnośnie do kognicji między sądem pierwszej instancji i sądem odwoławczym, wynikających z granic zaskarżenia oraz podstawy orzeczenia sądu drugiej instancji.

Naruszenie dobra osobistego

Drugim kryterium oceny glosowanego wyroku jest sposób rozumienia tego, na czym polega naruszenie dobra osobistego. Powództwo o ochronę dobra osobistego wymaga wykazania naruszenia określonego dobra. Bezprawność czynu jest domniemywana, co nie wyłącza obowiązku sądu rozważenia zarzutów i uwzględnienia stanu prawnego.

Ustalenie, czy wolność sumienia powoda doznała uszczerbku, gdyż powód wyżej ceni postawę wyrażającą brak wiary w Boga i wartości nadprzyrodzone, a uznaje wyłącznie istnienie materii (przyrody)[21], wymaga, aby poddać analizie naruszenie prawa osobistego w postaci negatywnie pojmowanej wolności od religii.

Podniesiono już uwagi dotyczące niewykazania w procesie działania wbrew woli powoda[22], co Sąd Najwyższy uznał za element bezprawności naruszenia dobra osobistego, bowiem działanie zgodne z wolą człowieka zasadniczo nie może naruszyć jego wolności. Brak podstawy faktycznej nie pozwala ocenić odnośnych fragmentów wyroku Sądu Najwyższego inaczej niż jako wykładni prawa materialnego z pozostawieniem bez odpowiedzi pytania, dlaczego wyrok sądu apelacyjnego został uchylony, mimo że powód nie wykazał należycie podstawy skargi kasacyjnej.

Dobra osobiste są wartościami, dlatego punktem wyjścia do ustalenia, że zostały naruszone, są twierdzenia powoda dotyczące znaczenia, jakie przypisuje czynnościom, a w następnej kolejności wynik porównania z oceną zewnętrzną: rozsądną, uczciwą i powszechną. O ile dwie pierwsze cechy sąd może ustalić na podstawie doświadczenia życiowego, to cecha powszechności powinna wynikać również z dostępnych badań oraz doświadczenia zawodowego.

Wobec tego, że nie działano „wbrew woli”, a powód nie udowodnił takiego działania, ani nie wykazano jakichkolwiek form przymusu, sąd powszechny znajduje się w punkcie wyjścia.

Ocena Sądu Najwyższego dotycząca naruszenia dobra powoda rozpoczyna się od potwierdzenia wysokiego usytuowania sakramentu w hierarchii wartości (dla chrześcijan). W ten sposób Sąd Najwyższy wykazuje błąd sądów pierwszej i drugiej instancji, powołujących się – wyraźnie lub domyślnie – na paremię *minima non curat praetor*.

Z tą metodą wnioskowania nie można się zgodzić ze względu na sprzeczność z rzeczywistością. Zapewniając o swoim ateizmie, powód *implicite* odrzuca łaskę, tj. nadprzyrodzony skutek sakramentu. W żadnym fragmencie uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego nie wykazano, aby powód uznawał obiektywną wartość sakramentu namaszczenia. Zauważyły to sądy powszechne obydwu instancji, wysnuwając wniosek, że udzielenie sakramentu nie naruszyło sfery wolności sumienia powoda. Wzmianka sądu apelacyjnego do-

21 Brak szczegółowych ustaleń dotyczących treści światopoglądu powoda wymaga dokonywania kolejnych presupozycji. Niewiara, inaczej ateizm, łączy różne kierunki myśli i postaw egzystencjalnych, obejmując różne grupy: od animistów, agnostyków, sceptyków, osób indyferentnych, aż po bolszewików wyznających i wcielających w życie pod przymusem państwowym (także terrorem) idee materializmu dialektycznego. Glosator przyjmuje, że chodzi tu o typową postawę niewiary, mimo że nie można z góry wykluczyć postawy antyteistycznej. Ustalenie tych poglądów ułatwiłoby ocenę sfery wartości powoda i pozwoliłoby zrozumieć jego twierdzenia o naruszeniu któregoś z dóbr. Prawo do milczenia w tej kwestii (art. 53 ust. 7 konstytucji i art. 2 u.g.w.s.w.) nie uchyla obowiązków wynikających z rozkładu ciężaru dowodów w procesie.

22 Drugą postać, określoną w uzasadnieniu wyroku jako nałożenie obowiązku, można pominąć.

tycząca egzorcyzmu wskazuje, iż powód błędnie ocenił sakrament namaszczenia i poczuł się nim zaniepokojony; lęk wynikający z ignorancji nie może jednak uzasadniać twierdzenia o naruszeniu dobra osobistego. Wolno zatem uznać, że brak wiary w nadprzyrodzony skutek sakramentu powodował w oczach niewierzącego deprecjację obrzędu, sprowadzając go do kilku słów i gestu. Ocenę taką zdaje się potwierdzać odwoływanie się przez powoda do naruszenia jego nietykalności – jako postaci naruszenia dobra osobistego – wolność sumienia pełni tu jedynie rolę hasła. Bezpodstawność takiego rozumowania nie wymaga, jak się wydaje, szerszego uzasadnienia.

Słowna formuła modlitwy także nie pozwala przyjąć, że sakrament ten mógłby naruszać system wartości przyjęty przez rozsądnego człowieka, kierującego się rozumem, a nie uprzedzeniami. Wprawdzie naruszenie dobra osobistego odróżnia się od trwałych skutków wynikających z takiego zdarzenia[23], nie oznacza to jednak dopuszczalności przyjmowania nieograniczonego związku przyczynowego między faktem naruszenia a późniejszymi refleksami w sferze uczuć.

Subiektywizm twierdzeń powoda jest wyraźny, jeżeli uwzględni się okres między wyłączeniem śpiączki farmakologicznej a przełomem maja i czerwca 2009 r., kiedy powziął wiadomość o obrzędzie namaszczenia, i dalszy okres około dwóch lat, w którym dojrzewała decyzja o ochronie dobra poprzez zażądanie dochodzonej sumy. Według zawartych w pozwie twierdzeń powód dopiero po ujawnieniu notatki o udzieleniu sakramentu przeżywał stres, a nawet doznał rozstroju zdrowia. Sąd uznał te twierdzenia za przejaskrawione, ale wynikało z nich również, że w okresie czterech miesięcy (luty–czerwiec 2009 r.) powód nie odczuwał zaburzenia sfery swoich wartości. Tymczasem naruszenie wolności nie jest hasłem albo zwrotem poetyckim, lecz stanem realnym, dojmującym dla pokrzywdzonego, dającym się określić w sposób zrozumiały przez innych nieuprzedzonych ludzi. Jego powstanie wynika z działania przeciwnego wolności i zależy od rodzaju tych działań. Naruszenie to nadal manifestuje się w sferze wolności. Wystarczy przypomnieć sprawę o naruszenie wolności sumienia i wyznania przez wizualne oddziaływanie w przestrzeni publicznej plakatów reklamowych o treści bluźnierczej na osoby wierzące. Sąd Najwyższy, powołując się na przepisy art. 9 i 10 EKPC, wyraził tam pogląd[24], że rozpowszechnienie plakatu stanowiącego w przekonaniu powoda profanację Krzyża Chrystusowego nie wyeliminowało możliwości uzewnętrzniania przez powoda przekonań religijnych i tym samym nie naruszyło jego wolności. Odmienna wykładnia pojęcia naruszenia wolności sumienia i wyznania, sprowadzona do gestu poznanego pośrednio z opisu, przyjęta w sprawie komentowanej obecnie, rodzi obawę o istnienie praktyki *a casu ad casum* zagrażającej zasadzie neutralności światopoglądowej.

Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że naruszenie „swobody wyznania" jako dobra osobistego ma miejsce w razie uniemożliwienia lub utrudnienia wyrażania komukolwiek jego przekonań religijnych oraz ich praktykowania, w razie podjęcia działań będących formą szykany w różnych sferach życia społecznego lub zawodowego ze względu na przekonania religijne, ale także w razie narzucania obowiązku przyjęcia określonej religii czy obowiązku wykonywania pewnych praktyk religijnych, ponadto dodał, że tak samo należy potraktować poddanie kogoś wbrew jego woli czynnościom, które stanowią formę praktyki religijnej.

Wyrażenie „poddanie sakramentowi", zawierające pejoratywną kwalifikację przez nawiązanie do toposu „pana, władcy i poddanego", powód wprowadził do swej frazeologii w celu wykazania własnej krzywdy jako podstawy żądania jej wyrównania odpowiednim zadośćuczynieniem pieniężnym. W Kodeksie prawa kanonicznego używane są jednak, gdy mowa o sakramentach, odmienne terminy, tj. udzielenia i przyjęcia. Osobę udzielającą sakramentu określa się mianem szafarza, podkreślając w ten sposób również godność osoby przyjmującej dar sakramentu i jej wolność.

Namaszczenie osoby bez udziału jej świadomości nie powinno być tłumaczone rozszerzająco jako postać „zmuszania" – mającego odmienny sens. Również przepisy konstytucji dotyczące praw i wolności obywatelskich powinny być tłumaczone ściśle, a nie dowolnie, ponieważ gwarancje wolności zostały ustanowione, by zgodnie z preambułą mogli z nich korzystać „zarówno wierzący w Boga (…), jak i nie podzielający

23 Wyrok SN z dnia 17 kwietnia 2013 r., I CSK 485/12, Lex nr 1353046.

24 Wyrok SN z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 618/00, OSNC 2003/6/84.

tej wiary". Pozareligijna obiektywna ocena sakramentu namaszczenia chorych, dokonana według reguły dobrej wiary, powinna prowadzić do oceny tych czynności jako „posługi samarytańskiej"[25].

rzeczywistości funkcjonowania szpitala, w którym kilkuset pacjentów oczekuje na zindywidualizowane działania medyczne wykonywane przez personel przy pomocy skomplikowanych urządzeń. Zróżnico-

Nie ma natomiast podstawy do oczekiwania – w ramach wolności od – że duchowny określonego wyznania będzie wypytywał każdego po kolei, czy nie chce korzystać z posługi religijnej, bowiem takie działanie mogłoby zostać potraktowane przez osoby niechętne lub wrogie religii jako forma prozelityzmu.

Trudno uznać, aby powód przywiązywał istotne znaczenie do wolności religijnej (wolności „od"), skoro, udając się do szpitala, nie interesował się kwestią istniejącej w szpitalach pomocy duszpasterskiej i nie złożył oświadczenia, iż nie należy do Kościoła katolickiego, mimo że był ochrzczony.

Konstrukcja prawna (naruszenia wolności sumienia) nie wytrzymuje zatem testu obiektywnego i nie uwzględnia postawy powoda, którą Sąd Najwyższy określił mianem oczekiwania wolności od – „poddawania" lub „zmuszania". Nie zwrócono jednak uwagi na realne cechy działań medycznych, zwłaszcza w oddziałach zabiegowych wymagające współpracy pacjenta z personelem. Wyłuskiwanie pojedynczych momentów z hospitalizacji w dniu 11 stycznia 2009 r. i części dnia następnego (do chwili wyprowadzenia do bloku operacyjnego) nie oddaje skomplikowanej wane, nawet w ramach jednego wyznania, potrzeby duchowe i postawy światopoglądowe są w sposób naturalny pozostawione wrażliwości pacjentów. Obowiązkiem szpitala jest stworzenie możliwości skorzystania z opieki duszpasterskiej osobom wierzącym, a niewierzący i wyznający inne religie mają równie skuteczne prawo rezygnacji z jakiejkolwiek opieki duszpasterskiej. Forma rezygnacji zależy od konkretnej sytuacji. Wspomniano już, że może to być dowolny znak w razie kontaktu przypadkowego, osobista wypowiedź w razie spotkania albo informacja przekazana przez osoby bliskie lub personel pomocniczy. Nie ma natomiast podstawy do oczekiwania – w ramach wolności od – że duchowny określonego wyznania będzie wypytywał każdego po kolei, czy nie chce korzystać z posługi religijnej, bowiem takie działanie mogłoby zostać potraktowane przez osoby niechętne lub wrogie religii jako forma prozelityzmu. Dlatego bierność powoda – bez okazania jakiegokolwiek znaku przeczącego: werbalnego lub innego (gest ciała, dłoni, głowy lub mimiczny) w chwili skrzyżowania się wzroku powoda i kapelana[26] – mogła być odczytana w pierwszym dniu jego pobytu w szpitalu jako wyraz

25 Wyrażenie „dobry Samarytanin" i pochodne należą do kodu kultury Europy i Polski, a oznaczają miłosierne zajęcie się kimś obcym, a nawet nieprzyjacielem. Możemy zastanawiać się, czy osoby spontanicznie grzebiące poległych „innego światopoglądu" podczas II wojny światowej w grobach oznaczonych krzyżem, naruszały dobra osobiste. Można też stawiać pytania bardziej dramatyczne.

26 Sąd powszechny ustalił, że kapelan widział pacjenta – i odwrotnie.

postawy neutralnej, a w trzy dni później stała się podstawą domniemania, że pacjent ochrzczony w Kościele katolickim, któremu zgodnie z doktryną i prawem tego Kościoła udziela się sakramentu chorych w razie niebezpiecznej choroby, tego oczekuje. Powód musiał mieć świadomość tego, że część chorych stanowili katolicy, uznający przyjmowanie sakramentów za element swego życia duchowego, był bowiem doświadczony życiowo w kwestii opieki zdrowotnej, choćby ze względu na zły stan zdrowia[27]. W przeddzień operacji powinien być i zapewne został poinformowany o możliwości wystąpienia tzw. niepożądanych zdarzeń i możliwości zastosowania śpiączki farmakologicznej jako sposobu ochrony życia. Jeżeli wówczas nie zastrzegł sprzeciwu wobec zbliżenia się w takiej sytuacji kapelana, to twierdzenia o naruszeniu wolności sumienia, zgłoszone w pozwie po upływie dwóch lat, nie znajdują pokrycia w rzeczywistości[28]. Pojawienie się wątku egzorcyzmów w uzasadnieniu wyroku sądu II instancji prawdopodobnie nie jest przypadkowe. Niewykluczone, że twierdzenia nie są wynikiem rozsądnej oceny, lecz wynikiem niezidentyfikowanego lęku albo innych negatywnych uczuć wobec kapelana lub posługi duszpasterskiej Kościoła katolickiego w ogóle. Może to jednak ocenić tylko sąd dysponujący całym zebranym dotychczas materiałem w sprawie.

W związku z uwagami Sądu Najwyższego dotyczącymi wagi omawianego sakramentu należy zauważyć, że znaczenie sakramentu nie zwalnia kapelana szpitala od uwzględniania harmonogramu terapii. Wynika to z art. 17 ust. 1 i 2 konkordatu, gwarantującego korzystanie z indywidualnej posługi religijnej kapelanów – w zgodzie z celem pobytu osób przebywających w danym zakładzie. Sformułowanie to zawiera dyrektywę interpretacyjną, wymagającą uwzględniania procedur terapeutycznych i harmonogramu pracy szpitala również przez kapelana sprawującego posługę duchową na rzecz wiernych.

Wypada również zauważyć, że zarówno personel medyczny, jak i kapelan szpitalny w przeddzień operacji byli obowiązani do okazywania delikatności w kontaktach z pacjentem, w celu oszczędzania jego stanu psychicznego, odgrywającego pozytywną rolę w przebiegu leczenia[29]. Nie wiadomo, czy zbliżenie się nieznanego kapłana do chorego, w pierwszym dniu jego pobytu, nacechowanym ostatnimi czynnościami przygotowawczymi, informacjami itp. nie mogłoby wywołać dodatkowego niepokoju o stan swego zdrowia, dlatego z faktu poprzestania tylko na „widzeniu się" nie można wyciągać żadnych wniosków dotyczących powinności kapelana szpitala w rozpoznawanej sprawie i pozostawić jego doświadczeniu wybór chwili właściwej do nawiązana kontaktu z pacjentem.

Posługa duszpasterska jako znak

Wobec rozważań dotyczących obiektywnego rozumienia sakramentu przez niewierzącego – jako czynnika istotnego w ocenie, czy nastąpiło naruszenie dobra niemajątkowego – należy zauważyć, że materia i forma sakramentu bez uwzględnienia istoty religijnej w odbiorze niewierzącego, konsekwentnego w swoich poglądach, jest znakiem kulturowym o wartości neutralnej[30]. Kody i formy znaków od najdawniejszych czasów składały się na systemy komunikacji międzyludzkiej służące spotkaniu się, poznawaniu, tworzeniu wspólnot. Współcześnie rola pozawerbalnych środków nie maleje: postawa, strój, mimika, kwiaty, upominki etc. niejednokrotnie przenoszą informacje skuteczniej niż słowa. Jednocześnie rozwijają kulturę i stopniowo tworzą tożsamość rodzinną, terytorialną, religijną, narodową.

Znaczenie i trwałość zjawisk kulturowych opartych w znacznej mierze na znakach, w tym religijnych (krzyż w izbie szkolnej), uznał Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w uzasadnieniu wyroku

27 Ustalenie sądu powszechnego: jest schorowany.

28 Obserwacje przypadkowe w szpitalach pozwalają obserwować zachowania wyznawców innych religii: świadków Jehowy przygotowujących się do pobytu w szpitalu pod kątem działań nieakceptowanych ze względów religijnych, np. podawania krwi jako środka leczniczego; pytań o dietę ze strony wyznawców religii zabraniających spożywania niektórych pokarmów itd.

29 Tak przynajmniej twierdzą zwolennicy medycyny holistycznej w jej warstwie podlegającej naukowej weryfikacji.

30 Środki masowego przekazu pokazują spotkania przedstawicieli Kościoła katolickiego lub innych kościołów i religii z osobami reprezentującymi odmienne światopoglądy (także laickie) ze sfer polityki i kultury oraz obdarowywanie się przedmiotami pamiątkowymi o jednoznacznie religijnej wymowie, przyjmowanymi w duchu przyjaźni, bez okazywania wrogości i lęku o wolność sumienia.

orzeczonego w składzie Wielkiej Izby[31] z dnia 18 marca 2011 r. w sprawie 30814/06 *Lautsi i inni przeciwko Republice Włoch*[32].

Znaki niewerbalne również kodują przesłanie rozpoznawalne przez odbiorców. Wobec powszechności tej formy komunikacji tym bardziej można przyjąć, że zachowania, w których wyraża się znaki stosowane od wieków, są znane ludziom dorosłym zamieszkałym w tym samym kręgu kulturowym.

rujących się wiarą przyjmuje ten sakrament w pełni jego treści. Z przytoczonych wyżej względów również osoby przyjmujące uczciwe postawy laickie, kierując się domniemaniem dobrej wiary, mogą uznać zainteresowanie ich trudną sytuacją wynikającą ze stanu zdrowia za dowód szacunku i prawdziwego niesentymentalnego współczucia. Zauważył to sąd apelacyjny w akapicie dotyczącym intencji. Sąd Najwyższy odrzucił wartość intencji w zdaniu, iż „[s]twierdzenie

Sąd Najwyższy odrzucił wartość intencji, z czym nie można się zgodzić.

Słowa i gesty składające się na sakrament namaszczenia w swej warstwie naturalnej świadczą o dostrzeganiu osoby chorej, trosce o nią i woli obdarowania pokojem, odwagą, wybaczeniem ewentualnych win. Namaszczanie olejem nawiązuje do znaków pradawnych (starotestamentalnych) i wskazuje, że cierpiąca osoba nie jest osamotniona w wędrówce przez życie, w jakiej uczestniczyło przed nią wiele pokoleń. Jest to przesłanie ważne dla osób w podeszłym wieku i chorych. Człowiek w takiej sytuacji często odczuwa osłabienie sił duchowych i deficyt miłości lub przyjaźni.

Sakrament ten nie narusza również „tożsamości psychicznej" osób mniej skłonnych do nadziei, ponieważ nie zawiera łatwej obietnicy odzyskania zdrowia fizycznego, lecz koncentruje się na nadziei zbawienia, które to pojęcie jest zasadnicze dla wierzących oraz zrozumiałe (przynajmniej w przybliżeniu) dla osób żyjących „tu i teraz", i powinno budzić pozytywne uczucia.

Posługa ta może być wprawdzie uznana za wrogą i nieznośną przez osoby z głębokimi urazami emocjonalnymi, jednak zdecydowana większość ludzi kie-

(…) naruszenia swobody sumienia nie zależy (…) od intencji sprawcy, ale od skutku, który jego działanie mogło spowodować lub spowodowało" (s. 12).

Z poglądem takim nie można się zgodzić. Owszem, działania zupełnie nieużyteczne przez samą dobroć intencji mogą nie odnieść skutku najbardziej oczekiwanego przez adresata, ale też samego cierpienia i całej sytuacji człowieka w stanie ciężkiej choroby nie sposób zmierzyć i oddać przy pomocy jednostek fizycznych, dlatego każdy szczery gest solidarności jest zazwyczaj przyjmowany życzliwie, a nawet z wdzięcznością, bez względu na światopogląd. Nie można natomiast pominąć powszechnie znanego faktu, iż ocena intencji drugiego człowieka towarzyszyła ludzkości od zarania dziejów i stanowiła zawsze ważny czynnik tworzenia się wspólnot oraz rozwoju kultury obszaru nazwanego później Europą. Przypadki kamuflowania rzeczywistych intencji (historyczne albo literackie, jak np. koń trojański) należą do jej dziedzictwa.

Do dnia dzisiejszego „zamiar" (*dolus*) – pojęcie blisko związane z intencją (motywem działania) pełni doniosłe funkcje kwalifikujące zarówno w prawie cywilnym, jak i w prawie karnym. Odrzucenie intencji w sprawie o nieuchwytnym materialnie skutku, dotyczącej naruszenia wolności sumienia lub religii nie może być akceptowane – jako czynnik sprzyjający atomizacji społeczeństw i dehumanizacji.

W rozpoznawanej sprawie, poddając „znak" racjonalnej ocenie, należało przyjąć prawną doniosłość intencji „czyniącego", ponieważ stanowi ona również

31 Diametralna różnica w treści orzeczenia między wyrokami pierwszej i drugiej instancji wskazuje, jak trudna i nieustabilizowana jest praktyka prawna dotycząca podstawowych praw człowieka. Nie bez przyczyny więc SN w uzasadnieniu powołanego wyroku III CKN 618/00 podkreślał rolę rozsądku.

32 Tłumaczenie wyroku na jęz. polski, http://laickie.pl/wielka-izba-sprawa-lautsi-i-inni-p-wlochom-skarga-nr-3081406/ (dostęp 12 lutego 2014 r.).

sprawdzian, czy powód doznał krzywdy będącej podstawą sankcji w postaci zadośćuczynienia (art. 24 § 1 zdanie trzecie oraz art. 448 k.c.).

Świadomość otrzymania sakramentu namaszczenia, ocenianego zgodnie z jego treścią religijną, nie powinna wywoływać niepokoju także u osoby określającej się jako niewierząca, jeżeli w ocenie spokojnej, rozsądnej i obiektywnej uzna go za wyraz współczucia w chorobie, a nie próbę „poddania" lub „narzucenia" światopoglądu albo zwierzchności religijnej. Przyjęcie tego sakramentu nie rodzi po stronie przyjmującego dodatkowych obowiązków wobec Kościoła. Również odmowa jego przyjęcia[33] nie stanowi przyczyny dyskomfortu, gdyż nie może być utożsamiana z wyznaniem światopoglądu. Akceptacja twierdzeń powoda, iż doszło do naruszenia określonej wolności, jest zatem niezrozumiała i raczej odpowiada sytuacji naruszenia „tabu", w którym przekroczenie zakazu normującego jakieś zachowanie niezawodnie skutkuje nieszczęściem. Jest to jednak dalekie od kryterium oceny przyjętego współcześnie, odwołującego się od opinii rozsądnych i uczciwych ludzi.

Bezprawność

W dotychczasowym postępowaniu zarzut dotyczący braku bezprawności działania pozwanego szpitala klinicznego, skonkretyzowanego w zachowaniu zatrudnionego tam kapelana, podniesiony został w odpowiedzi na pozew. Sąd apelacyjny uznał jego bezzasadność, jednak bez analizy stanu prawnego. Problem ten nie był przedmiotem bezpośredniego rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego ze względu na podstawę i zarzuty skargi kasacyjnej, lecz stał się aktualny jako przesłanka odpowiedzialności wobec uchylenia zaskarżonego wyroku.

Skrócone przedstawienie stanu prawnego obowiązującego na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej rozpocząć wypada od ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, która w art. 2 zapewnia korzystanie z wolności sumienia i wyznania przez uczestniczenie w czynnościach i obrzędach religijnych oraz wypełnianie obowiązków religijnych, a także prawo do zachowywania milczenia w sprawach swojej religii lub przekonań. Prawo wynikające z art. 2 ust. 2 u.g.w.s.w. konkretyzuje art. 4. ust. 1, stanowiący, że prawo do uczestniczenia w czynnościach i obrzędach religijnych przysługuje osobom przebywającym w zakładach służby zdrowia i opieki społecznej. Odnośnie do pacjentów przebywających w szpitalach stan prawny uzupełniła ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (art. 36 i 37) w brzmieniu nadanym przepisami nowelizacji z dnia 24 kwietnia 2009 r.[34], a zatem po zdarzeniu stanowiącym podstawę dochodzonego roszczenia, co nie ma wpływu na stan prawny obowiązujący w sprawie. Konstytucja zapewnia bowiem – i zapewniała wówczas – „prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują" (art. 53 ust. 2).

Rozpoznawana sprawa wskazuje, że również przy posłudze religijnej wobec rzeszy pacjentów mogą się zdarzyć sytuacje kolizyjne. Prawdopodobnie ustawodawca zdawał sobie sprawę z tego i wykorzystując zasadę pomocniczości państwa, określił tylko podstawową konstrukcję prawną, pozostawiając szczegóły wspólnotom wyznaniowym i samym pacjentom.

Kościół katolicki instytucjonalny jest podmiotem prawa międzynarodowego i w zakresie struktury oraz działalności kieruje się swoim prawem. Wymienione cechy pozwoliły uregulować stosunki bilateralne w formie konkordatu jako umowy międzynarodowej, podpisanej w 1993 r. i ratyfikowanej w 1998 r.[35] Motywy jej zawarcia wyjaśnia obszerna preambuła ułatwiająca wykładnię kolejnych postanowień. Przedmiotu sprawy, w której wydany został wyrok Sądu Najwyższego, dotyczą przepisy konkordatu, gdzie obie strony „potwierdzają, że „Państwo i Kościół Katolicki są – każde w swej dziedzinie – niezależne i autonomiczne" (art. 1), gdzie „Państwo zapewnia Kościołowi Katolickiemu (…) pełnienie jego misji, łącznie z wykonywaniem jurysdykcji oraz zarządzaniem i administrowaniem jego sprawami na podstawie prawa kanonicznego" (art. 5) i gdzie „Rzeczpospolita Polska

33 Np. ze względu na pozytywną ocenę stanu swojego zdrowia i kondycji fizycznej albo przyjęcie wcześniej takiego sakramentu.

34 Ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, ustawę o akredytacji w ochronie zdrowia oraz ustawę o konsultantach w ochronie zdrowia (Dz.U. z 2009 r., nr 76, poz. 641).

35 Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzecząpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r. (Dz.U. z 1998 r., nr 51, poz. 318).

zapewnia Kościołowi Katolickiemu wolność sprawowania kultu zgodnie z artykułem 5" (art. 8 ust. 1).

W świetle prawa Kościoła obowiązek przestrzegania wolności religijnej nie może podlegać dyskusji; był i jest praktykowany od dawna (mimo że gdzie indziej obowiązywał nakaz *cuius regio eius religio*). Zasadę wolności wyraża także Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, apelując: „Wszystkich, którzy dla dobra Trzeciej Rzeczypospolitej tę Konstytucję będą stosowali, bie umów, a na forum wewnętrznym uznające hierarchię aktów prawnych, oraz art. 91 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 konstytucji – przepisy Konstytucji RP, pod której rządem konkordat po wyczerpujących analizach był ratyfikowany – to staje się pewne, iż szczegółowy tryb udzielania sakramentu wiernym tego Kościoła określa prawo kanoniczne, a nie ustawy Rzeczypospolitej. Konkordat nie daje podstawy do mniemania, iż regulując stosunki między Stolicą Apostolską a Rze-

Szczegółowy tryb udzielania sakramentu wiernym Kościoła określa prawo kanoniczne, a nie ustawy Rzeczypospolitej.

wzywamy, aby czynili to, dbając o zachowanie przyrodzonej godności człowieka, jego prawa do wolności i obowiązku solidarności z innymi" (preambuła). Również przepisy ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania stanowią, iż „[k]ościoły i inne związki wyznaniowe są niezależne od państwa przy wykonywaniu swoich funkcji religijnych" (art. 11 ust. 1 u.g.w.s.w.).

Kościół i państwo świeckie w wielu dokumentach odwołują się do godności człowieka jako źródła wolności, w tym wolności sumienia i wolności wyznania. Można zatem wyrazić przekonanie, że istota sprawy odnośnie do kwestii legalności albo bezprawności udzielenia sakramentu tkwi w wykładni pojęć „autonomia" i „niezależność" oraz zakresu spraw, będących „jego sprawami", tj. każdej ze stron zawierających umowę.

W religioznawstwie pod pojęciem „kult" – w szerokim znaczeniu – rozumie się całokształt praktyk i czynności będących wyrazem przeżyć religijnych[36]. Bez ryzyka błędu można twierdzić, że jest to powszechnie przyjmowana (a przez to znana) treść tego wyrazu.

Jeżeli uwzględni się art. 2 konstytucji, określający Rzeczpospolitą Polską jako demokratyczne państwo prawne, uznające wiążącą moc podpisanych przez sie-

czącpospolitą, strony umowy przyjęły model tzw. józefiński, który „upaństwawiał to, co mogło uchodzić za najbardziej wewnętrzne sprawy Kościoła"[37].

Sąd Najwyższy nie dostrzegł poruszonego tu problemu, mimo jego bezpośredniego wpływu na bezprawność jako przesłankę ochrony dobra osobistego oraz wymaganie pełnej analizy stanu prawnego i gotowości jego zastosowania wynikające z art. 398[14] k.p.c., a sąd apelacyjny nie dokonał chyba także pełnej oceny prawnej, ponieważ uznał za wystarczający zarzut drobiazgowości postaci naruszenia dobra osobistego.

Powołane skrótowo przepisy prawa Rzeczypospolitej, łącznie z Konstytucją RP, wskazują jednak wyraźnie, że czynności religijne, w tym udzielanie sakramentów w Kościele katolickim, odbywają się według jego prawa, a nie prawa państwa[38]. Odmienne podejście czyniłoby iluzoryczną autonomię tych dwóch podmio-

36 *Wielka Encyklopedia Powszechna PWN*, Warszawa 1965, hasło *Kult*.

37 G. Bedouelle, *Wielka Ilustrowana Historia Kościoła*, Kraków, 2008, s.166.

38 Wydaje się, że system życzliwej separacji (rozdziału) jest optymalnym rozwiązaniem, wszakże pod warunkiem wykonywania praw zgodnie z ich duchem, który nie akceptuje „państwa wyznaniowego", ale sprzeciwia się też ingerencji państwa w sprawy Kościoła uregulowane w jego ustawodawstwie („józefinizm" i inne modele „zawłaszczana terytorium"), ponieważ deklarowane cele są wspólne.

tów i nie sprzyjało harmonijnej współpracy układających się stron[39], dlatego należy uznać, iż zapatrywanie sądu drugiej instancji dotyczące znaczenia prawa kanonicznego nie było prawidłowe. Jest to jednak zagadnienie prawa materialnego i zależnie od ustalonego stanu faktycznego może ono zaktualizować się ponownie w postępowaniu przed sądem apelacyjnym.

godziwie udzielony tylko wiernym katolikom przez szafarza katolickiego.

Według komentarza KPK do kan. 1006: „Aby sakrament wywarł skutek, chory powinien, choćby pośrednio, wyrazić zamiar jego przyjęcia. Tę intencję należy zawsze domniemywać u ochrzczonego katolika, chyba że stwierdzi się coś innego, zgodnie z przyjętą inter-

Obowiązek sądów badania treści norm prawa kanonicznego wynikał z art. 91 Konstytucji RP.

Konkluzja dotychczasowych wywodów jest następująca: obowiązek sądów badania treści norm prawa kanonicznego wynikał z art. 91 Konstytucji RP, ponieważ stały się one częścią prawa krajowego – wraz z obowiązkiem interpretacji w dobrej wierze[40].

Następną kwestią jest zakres stosowania prawa kanonicznego[41]. Prawo Kościoła katolickiego dotyczące udzielania sakramentu namaszczenia chorych opiera się w zasadzie na dwóch aktach: konstytucji apostolskiej Pawła VI z 30 listopada 1972 r. *Sacram unctionem infirmorum* i na odpowiednich przepisach kodeksu prawa kanonicznego z 1983 r. (dalej: KPK) – aktu jawnego i dostępnego, którego podstawowe jednostki redakcyjne określa się mianem kanonów, w skrócie kan. Wyjaśnienia na temat istoty i warunków udzielania tego sakramentu zawarte są w *Katechizmie Kościoła Katolickiego* (dalej: KKK) i w komentarzu do KPK[42]. Kanon 844 KPK określa zasadę, iż sakrament może być pretacją kan. 943 CIC1917"[43]. W późniejszym (z 1990 r.) kodeksie kanonów Kościołów wschodnich[44] (kan. 740) przyjęto już ogólne domniemanie istnienia dorozumianej prośby wiernego o sakrament. Uwzględniając zmiany normatywne, należy też pamiętać o doniosłości zwyczaju w rozwoju prawa kanonicznego. Bezskuteczność sakramentu w razie udzielenia go po śmierci chorego nie dopuszcza praktyk udzielania pod warunkiem „jeżeli żyjesz"[45], przy czym natura i okoliczności obrzędu wymagają pozostawienia kapłanowi decyzji o dopuszczalności udzielenia sakramentu namaszczenia chorych. Wiara i pragnienie otrzymania sakramentu są warunkami prawnymi, a nie warunkami w znaczeniu prawa cywilnego obowiązującego w państwie.

Konieczna „materia i forma" sakramentu namaszczenia chorych składa się z gestu i namaszczenia oliwą czoła i dłoni osoby chorej, a z ważnej przyczyny tylko

39 Groźne społecznie zjawisko wykluczenia.

40 Por. Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990 r., nr 74, poz. 439) – „Traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu" (art. 31 ust. 1).

41 Intencją glosatora nie jest wyjaśnianie szczegółów prawa kanonicznego, lecz uzasadnienie tezy, iż posługa kapelana była dokonana w ramach autonomii Kościoła katolickiego i porządku prawnego przyjętego przez Rzeczpospolitą Polską w konkordacie.

42 *Codex iuris canonici = Kodeks prawa kanonicznego. Komentarz. Powszechne i partykularne ustawodawstwo Kościoła katolickiego, podstawowe akty polskiego prawa wyznaniowego*, red. nauk. Piotr Majer, edycja pol. na podst. wyd. hiszp., Kraków 2011.

43 *Codex iuris canonici* z 1917 r. poprzedzający obecny *Kodeks prawa kanonicznego* z 1983 r. Szczegółowe informacje ks. Cz. Krakowiak, *Z praktyki pastoralnej sakramentu namaszczenia chorych*, http://www.kkbids.episkopat.pl/uploaded/a48/Anamnesis48-5a.pdf (dostęp 10 lutego 2014 r.), artykuł omawia zmiany wynikające z konstytucji apostolskiej Pawła VI z 30 listopada 1972 r. *Sacram unctionem infirmorum*.

44 *Codex canonum Ecclesiarum Orientalium = Kodeks kanonów Kościołów Wschodnich*, skrót: CCEE, http://diecezja.lublin.pl/kkkw/cprght.html (dostęp 10 lutego 2014 r.).

45 Zastrzeganie takiego warunku było dopuszczane przed wejściem w życie KPK z 1983 r.

czoła, oraz odmówienia krótkiej modlitwy. Czynności te są dokonywane w skupieniu i w powadze odpowiadającej sytuacji.

Celebrację, treść i cel sakramentu namaszczenia chorych wyjaśnia opracowany po soborze powszechnym watykańskim II *Katechizm Kościoła Katolickiego*, podkreślając wstawiennictwo całego Kościoła za osobami chorymi – z prośbą, aby Pan ich „podźwignął i zbawił" (cz. 2, dz. 2, rozdz. 2, art. 5). Kolejne części art. 5 KKK dotyczącego sakramentu namaszczenia z troską, współczuciem i znajomością problemów wyłaniających się w czasie poważnej choroby przedstawiają sakrament jako źródło łaski, duchowego umocnienia, pokoju i odwagi w trudnym etapie życia ludzkiego.

Udzielenie sakramentu namaszczenia, niezależnie od powagi samej celebracji, jest posługą zdominowaną uczuciem opiekuńczej troski: łacińska *caritas*, angielskie *care*.

Konkluzje

Udzielenie sakramentu namaszczenia, niezależnie od powagi samej celebracji, jest posługą zdominowaną uczuciem opiekuńczej troski: łacińska *caritas*, angielskie *care*. Sąd apelacyjny użył wyrazu „empatia". Z przepisów KPK wynikają również prawne ograniczenia kręgu dopuszczonych do sakramentu. Przemawia to za traktowaniem tej posługi jako przywileju miłosierdzia, a nie jako drogi do prozelityzmu.

Odnosząc przytoczone uwagi do okoliczności sprawy, należy uznać, iż reguły określania, kto jest wiernym (kryterium sakramentu chrztu w tym Kościele), sposób udzielania sakramentów, domniemanie pragnienia u wiernych nieprzytomnych należą do kompetencji Kościoła, a odmienne poglądy na tę kwestię, deprecjonujące znaczenie umowy międzynarodowej, jaką jest konkordat, nie odpowiadają konstytucyjnej treści państwa prawnego. Podnoszone obawy o możliwość naruszania konstytucyjnych praw obywatelskich, zwłaszcza wolności sumienia i wyznania, nie są uzasadnione. Artykuł 53 ust. 6 konstytucji, zabraniający przymuszania do praktykowania wybranej religii, harmonizuje z koniecznością wyrażenia woli jej przyjęcia przez wiernego (rodziców) w sakramencie chrztu. Chodzi o akt woli świadomy i podjęty bez przymusu. Sakrament namaszczenia chorych z natury udzielany bywa osobom poważnie (niebezpiecznie) chorym, a nieraz nieprzytomnym. Odmowa stosowania domniemania „prośby" prowadziłaby do pokrzywdzenia wiernych pragnących tego sakramentu, jeżeli nie oświadczyli woli swego odłączenia od Kościoła (woli apostazji), lub nie zachodzą inne przyczyny wykluczające korzystanie z przywilejów należnych wiernym.

Przeciwne stanowisko pozostawałoby w sprzeczności z art. 25 ust. 2–4 konstytucji, w zakresie swobody wyrażania przekonań religijnych w życiu publicznym, poszanowania wzajemnej autonomii i niezależności państwa i Kościoła katolickiego oraz poszanowania umowy międzynarodowej zawartej ze Stolicą Apostolską.

Prawo kanoniczne oraz doświadczenie życiowe nie dają podstawy do przeciwnego z kolei domniemania – iż wierny nieproszący w okresie przytomności o udzielenie jakiegokolwiek sakramentu wyraża swój sprzeciw względem praktyk religijnych – a formalne pozostawanie wśród wiernych uprawdopodabnia również wolę korzystania z dóbr duchowych rozdzielanych przez Kościół.

Kompetencja w zakresie oceny, czy należy udzielić sakramentu namaszczenia chorych w razie utraty przytomności, należy do szafarza (kapłana), co ma bezpośredni wpływ na przesłankę bezprawności wymaganą przy ustalaniu odpowiedzialności za naruszenie dobra osobistego, stosownie do art. 24 k.c. Granice dopuszczalności udzielenia tego sakramentu wiernemu Kościoła katolickiego zakreśla śmierć chorego albo

jego oświadczenie wyrażone na piśmie, werbalnie lub innym znakiem danym szafarzowi sakramentu.

Prostota i logika wymagań Kościoła wobec wiernych ochrzczonych nie może być uznana za nakładanie nadmiernych wymagań. Funkcjonowanie w jakiejkolwiek grupie społecznej wymaga zaakceptowania przyjętych w niej zasad zgodnych z prawem i słusznością. Korzystanie natomiast z wolności bez odpowiedzialności prowadzi do anarchii. Konstytucja Rzeczypospolitej, ustanawiając prawa – w tym wolności – uwzględnia zróżnicowanie postaw obywateli, a zawarcie przez państwo umowy międzynarodowej z Kościołem katolickim nie pozbawia nikogo prawa do wyboru światopoglądu lub religii, i życia według przyjętych zasad. Jednak adaptacja tych wolności w odniesieniu do okoliczności rozpoznawanej sprawy wymaga uwzględnienia także praw innych pacjentów oczekujących na spotkanie z kapelanem szpitala i wyrażających w rozmaity sposób wolę spotkania, bez nadmiernego angażowania personelu szpitalnego obciążonego czynnościami medycznymi.

Wyrażenie przez powoda „woli negatywnej" przed zabiegiem chirurgicznym uwolniłoby go od niechcianego spotkania, ponieważ jednak takiego znaku nie dał, a wcześniej nie uporządkował swoich osobistych stosunków z Kościołem katolickim – został w sytuacji krytycznej potraktowany jako katolik, z intencją udzielenia mu dobra.

Rozstrzyganie w sprawie skargi związanej z udzieleniem sakramentu namaszczenia osobie, która w swoim mniemaniu nie powinna go otrzymać ze względu na brak prośby o udzielenie i ujawnianej później niechęci przyjęcia, skłoniło Sąd Najwyższy do wypowiedzi w kwestii organizacji czynności szpitala, aby zapobiec powtarzaniu się takich zdarzeń. W przekonaniu glosatora rzecz należałoby pozostawić specjalistom od organizacji opieki zdrowotnej.

Lakoniczne przepisy art. 36 i art. 37 ustawy o prawach pacjenta nie zawierają rozwiązań organizacyjnych. Stan faktyczny w indywidualnej (nietypowej) sprawie jest znany tylko w zarysie i nie daje podstawy do uogólnień, natomiast znane są ogromne rozmiary zadań instytucji opieki zdrowotnej. Według dostępnych danych w roku 2009 hospitalizowano 7,2 mln pacjentów, a stan posiadania łóżek szpitalnych wynosił około 185 000. W 2012 r. liczba łóżek wzrosła do około 213 000[46] i prawdopodobnie wzrosła też liczba pacjentów. Jeżeli przy takim przepływie chorych zdarzył się w 2009 r. jeden niepożądany incydent, to można uznać, że obecna organizacja tej posługi działa dobrze – przy oszczędnym zaangażowaniu środków publicznych. Ingerencja legislacyjna w istniejący stan nie gwarantuje powodzenia ze względu na trzystopniowy poziom aktów prawnych, tj. konstytucji, konkordatu, kilku ustaw zwykłych oraz aktów podustawowych. Poza tym postawa bierności jednej lub kilku osób nie może stać się pretekstem do narzucenia wszystkim wierzącym dodatkowych obowiązków biurokratycznych utrudniających procedury lecznicze i – co najważniejsze – sprzecznych z zasadą proporcjonalności, przyjmowaną jednoznacznie przez Trybunał Konstytucyjny.

Postawa bierności jednej lub kilku osób nie może stać się pretekstem do narzucenia wszystkim wierzącym dodatkowych obowiązków biurokratycznych utrudniających procedury lecznicze i sprzecznych z zasadą proporcjonalności.

46 Zob. http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/hsw_basic_data_on_health_care_in_2009.pdf (dostęp 10 lutego 2014 r.), s. 56; http://wartowiedziec.org/index.php/zdrowie/aktualnosci/8813--czna-liczba-ozek-szpitalnych-w-polsce (dostęp 10 lutego 2014 r.).

Maciej Kawecki

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2013 r., w sprawie I OSK 597/12

Maciej Kawecki

Absolwent prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, Uniwersytetu w Sztokholmie oraz Uniwersytetu J.W. Goethego we Frankfurcie nad Menem. Stypendysta Fundacji im. K. Pułaskiego. Doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

I. Opis stanu faktycznego

W glosowanym orzeczeniu obok zagadnień czysto proceduralnych, niemających większego znaczenia ze względu na przedmiot niniejszej glosy, NSA wypowiedział się w kwestii dopuszczalności wydawania przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (dalej: GIODO lub Generalny Inspektor) decyzji administracyjnych oraz prowadzenia postępowania kontrolnego w związku z przetwarzaniem danych przez kościoły oraz związki wyznaniowe o uregulowanej sytuacji prawnej. Sąd rozstrzygnął tym samym toczący się od dawna w literaturze przedmiotu oraz orzecznictwie spór na temat objęcia właściwością GIODO danych osobowych przetwarzanych przez kościoły[1]. W myśl art. 43 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych[2] (dalej: u.o.d.o.) organowi ochrony danych osobowych w stosunku do danych dotyczących osób należących do kościoła lub innego związku wyznaniowego nie przysługują uprawnienia do wydawania decyzji administracyjnych, rozpatrywania skarg oraz przeprowadzania postępowania kontrolnego w sprawach wykonania przepisów o ochronie danych osobowych. W związku z takim brzmieniem przepisu – NSA przyjął, że wyłączeniu nie podlegają dane osobowe osób, które wystąpiły z Kościoła katolickiego (tzw. apostatów), gdyż od takiego momentu nie są to dane osób należących do kościoła. W ocenie sądu państwo ma prawo i obo-

1 Dotychczasowa praktyka orzecznicza sądów jedynie ogólnie wypowiadała się w kontekście wyłączenia spod jurysdykcji GIODO przetwarzania danych osobowych przez kościoły, obejmując takim wyłączeniem również dane tzw. apostatów, np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 października 2012 r. II SA/WA 900/12.

2 Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r., nr 101, poz. 926 z późn. zm.).

wiązek chronić dane osób nienależących do kościoła, jeżeli są one przetwarzane niezgodnie z przepisami u.o.d.o. Działanie takie stanowi dodatkową gwarancję ochrony przez państwo danych osobowych osób niebędących członkami kościoła. Na uwagę zasługuje też fakt, że mimo iż od daty wydania glosowanego orzeczenia minął niespełna rok, NSA zdążył już potwierdzić swoje stanowisko wyrażone w przedmiotowym orzeczeniu – w co najmniej kilku późniejszych wydanych przez siebie wyrokach[3]. Dowodzi to bardzo dużej liczby skarg, które trafiły do Generalnego Inspektora, zawierających zarzut niezgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych przez kościoły i związki wyznaniowe[4].

Sąd rozstrzygnął tym samym toczący się od dawna w literaturze przedmiotu oraz orzecznictwie spór na temat objęcia właściwością GIODO danych osobowych przetwarzanych przez kościoły.

II. Zastosowane metody wykładni

Dokonując oceny rozważań podjętych przez NSA w glosowanym wyroku, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na sposób dokonanej wykładni powołanego art. 43 u.o.d.o. Sąd, oceniając dopuszczalność wyłączenia spod prowadzonej przez GIODO działalności kontrolnej przetwarzania danych przez kościoły i związki wyznaniowe, odniósł się do literalnej treści art. 43 ust. 2 u.o.d.o., wskazującego, że wyłączenie obejmuje „dane osób należących do kościoła lub innego związku wyznaniowego". Dokonując wykładni językowej powołanej normy, doszedł on do wniosku, że skoro ustawodawca objął wyjątkiem dane osób należących do kościoła, nie można rozszerzać tego wyjątku na dane osób, które z kościoła wystąpiły. Naczelny Sąd Administracyjny w glosowanym wyroku nie odniósł się więc do jakiejkolwiek wykładni celowościowej ani systemowej, nakazujących w pierwszej kolejności zbadanie celu przyświecającego ustawodawcy w konstruowaniu przedmiotowej normy oraz jej relacji względem innych norm. Wydaje się, że dokonanie takiej wykładni powinno nastąpić, zwłaszcza że sądy oraz literatura przedmiotu wielokrotnie poszerzały zakres stosowania przepisów zawartych w u.o.d.o., odnosząc je do przypadków nieobjętych literalnie treścią ustawy. Przykładowo, jako że ustawodawca w art. 27 u.o.d.o. zaliczył do kategorii tzw. danych osobowych wrażliwych dane dotyczące „skazań, orzeczeń o ukaraniu i mandatów karnych, a także innych orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym", w literaturze przedmiotu utrwaliło się już stanowisko opowiadające się za uznaniem zaświadczeń o niekaralności za takie dane[5]. Z przedstawionym stanowiskiem można by polemizować w takim zakresie, że zaświadczenie o niekaralności może dotyczyć braku skazań, a powołany przepis mówi wyraźnie o „danych dotyczących skazań (…) wydanych w postępowaniu sądowym". W tym przypadku doszło więc do poszerzenia zakresu zastosowania normy – do przypadków nieobjętych literalnie jej treścią. Wykładnia obu norm, tj. zawartej w art. 27 i zawartej w art. 43 u.o.d.o., zmierza jednak do realizacji tego samego celu, jakim jest zwiększenie

3 Wyrok NSA z dnia 27 marca 2013 r., I OSK 1060/12; wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2013 r., I OSK 897/12.

4 Sprawozdanie GIODO za rok 2012, zob. http://www.giodo.gov.pl/data/filemanager_pl/sprawozdaniaroczne/2012.pdf (dostęp 22 stycznia 2014 r.).

5 Tak też J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2011 (Lex nr 106664); P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 277.

ochrony podmiotów, których dane osobowe dotyczą W pierwszej (art. 27) chodzi bowiem o objęcie szczególnymi wymogami, stawianymi przetwarzaniu danych wrażliwych, jak najszerszego katalogu danych, w drugiej (art. 43) objęcie kompetencją kontrolną GIODO jak największej liczby przypadków. Z rozwiązaniem takim należy się zgodzić choćby z uwagi na fakt, że wszystkie normy zawarte w komentowanej ustawie powinny być interpretowane zgodnie z celem wskazanym w art. 1 u.o.d.o., którym jest ochrona autonomii informacyjnej jednostki[6]. Cel taki należy przypisać wszystkim normom zawartym w u.o.d.o., mającym zapewniać w świetle przepisów dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady[7] (dalej: dyrektywa 95/46) ochronę „szczególnie prawa do prywatności, w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych" (preambuła, akapit 7). Bardziej złożonej wykładni normy zawartej w art. 43 u.o.d.o. dokonał jednak WSA w wyroku z dnia 9 października 2013 r.[8] We wskazanym orzeczeniu sąd ten, zestawiając brzmienie art. 43 u.o.d.o. z prawem unijnym wskazał, że „z art. 1 ust. 1 dyrektywy [w sprawie ochrony danych osobowych] w związku z art. 8 ust. 2 lit. d nie wynika, aby państwa członkowskie mogły, bez naruszenia podstawowego celu dyrektywy, zrezygnować z możliwości władczej ingerencji w przypadku przetwarzania przez kościoły danych osobowych osób niebędących członkami kościołów, bez zgody tych osób". Z tak wyrażonym stanowiskiem również warto się zgodzić, szczególnie że żadne z postanowień dyrektywy nie nakłada na państwo członkowskie obowiązku wyłączenia stosowania krajowych przepisów ochrony danych osobowych wobec danych przetwarzanych przez kościoły oraz związki wyznaniowe. Wyłączenia takiego nie zawierają również krajowe przepisy sektorowe innych państw członkowskich UE[9].

III. Prawo wewnętrzne kościoła

Dokonując wykładni normy zawartej w art. 43 ust. 2 u.o.d.o., NSA w żaden sposób nie zwrócił jednak uwagi na jej międzysystemowy charakter. Kwestia taka nie została również jednoznacznie przesądzona w jakichkolwiek innych, późniejszych wyrokach wydawanych przez sądy administracyjne, obejmujących swoim zakresem przedmiot niniejszej glosy[10]. Skoro bowiem przepis wskazuje jedynie na osoby należące do kościołów i innych związków wyznaniowych, organ, stosując taką normę, musi dysponować podstawą pozwalającą mu na ocenę, czy dana osoba należy do kościoła, czy nie. W systemie źródeł powszechnie obowiązującego prawa na terytorium RP brak jest natomiast jakichkolwiek przepisów regulujących takie zagadnienie. Zgodnie z art. 2 pkt 2a ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania[11] (dalej: u.g.w.s.w.) obywatele mają jedynie prawo „należeć lub nie należeć" do kościoła. W stosunku do Kościoła Katolickiego, którego dotyczy glosowany wyrok, procedura wystąpienia z Kościoła regulowana jest *Zasadami postępowania w sprawie formalnego aktu wystąpienia z Kościoła*, przyjętymi na podstawie kodeksu prawa kanonicznego przez Konferencję Episkopatu Polski w dniu 27 września 2008 r.[12] Osoba, która żąda zaprzestania przetwarzania swoich danych osobowych w związku z odstępstwem od wiary (akt apostazji) lub zamiarem zaniechania wykonywania praktyk religijnych, powinna osobiście, wyraźnie przedstawiać swoją wolę „w formie pisemnej, w obecności proboszcza swego kanonicznego miejsca zamieszkania (stałego lub tymczasowego) i dwóch pełnoletnich świadków". Oświadczenie powinno zawierać także dane personalne tej osoby i świadków, motywację oraz dane dotyczące daty i parafii chrztu – z załączeniem

6 P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa…*, dz. cyt., s. 8–9.

7 Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.Urz. WE L 281 z 23.11.1995, s. 31).

8 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 października 2013 r., II SA/Wa 101/13.

9 Ocena na podstawie ustawy szwedzkiej, niemieckiej, słowackiej, holenderskiej oraz belgijskiej.

10 NSA w wydawanych przez siebie orzeczeniach, w przeciwieństwie do SN, opowiada się w sposób bardziej zdecydowany za niemożnością działania organów administracji publicznej na podstawie norm prawa kościelnego. Por. B. Rakoczy, *Prawo kanoniczne w orzecznictwie sądów polskich* (w:) D. Walencik (red.) *Prawo wyznaniowe w Polsce (1989–2009). Analizy – dyskusje – postulaty*, Katowice, Bielsko-Biała 2009, s.280.

11 Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz.U. z 1989 r., nr 29, poz. 155 z późn. zm.).

12 Zob. http://episkopat.pl/dokumenty/pozostale/5075.1,Zasady_postepowania_w_sprawie_formalnego_aktu_wystapienia_z_Kosciola.html (dostęp 22 stycznia 2014 r.).

świadectwa chrztu. W omawianym stanie faktycznym mamy więc do czynienia z sytuacją, w której norma powszechnie obowiązującego prawa odwołuje się do wewnętrznego prawa kościoła. W związku z takim stanem rzeczy NSA obowiązany był w pierwszej kolejności dokonać oceny, czy odwołanie takie jest skuteczne, a tym samym, czy organ administracji publicznej, jakim jest GIODO, może opierać swoje władcze działanie na normach wewnętrznego prawa kościelnego oraz czy kościół bądź związek wyznaniowy jest związany wydanymi przez organy krajowe decyzjami administracyjnymi. W glosowanym wyroku sąd w ogóle odstąpił od rozważenia takich kwestii. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 18 października 2013 r.[13] wskazał z kolei, że GIODO „nie podjął wystarczających ustaleń, czy w chwili rozstrzygania przez organ, skarżący należał do Kościoła Katolickiego, a więc, czy można mu przypisać status członka tej wspólnoty", bez jednoczesnego wskazania, jak organ miał tego dokonać. Na powyższy problem zwracał też uwagę GIODO, w którego ocenie „[t]worzenie reguł rządzących występowaniem przez osoby fizyczne z kościoła lub związku wyznaniowego nie mieści się w zakresie zadań organu do spraw ochrony danych osobowych, pozostaje domeną ustrojodawcy i ustawodawcy [kościelnego]"[14]. Na posiedzeniu sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka wskazał ponadto, że w ocenie NSA „GIODO powinien wyciągać wnioski z faktu, że ktoś wystąpił bądź nie z kościoła lub związku wyznaniowego, co nakłada (…) [na Generalnego Inspektora] obowiązek tak naprawdę rozpoznawania, czy ktoś jest członkiem kościoła bądź związku wyznaniowego, bądź nie. To rodzi całą serię problemów"[15].

Poszukując odpowiedzi na postawione powyżej pytania dotyczące dopuszczalności stosowania przez GIODO wewnętrznego prawa kościoła, należy w pierwszej kolejności wskazać, że Generalny Inspektor jest organem administracji publicznej[16]. W państwie demokratycznym, w którym rządzi prawo, organy władzy publicznej mogą działać tylko na podstawie prawa, a normy prawne muszą określać ich kompetencje, zadania i tryb postępowania[17]. Kompetencji do działania takich organów nie można domniemywać, szczególnie stosować dla ustalenia zakresu ich upoważnienia wykładni celowościowej[18]. „Wobec tego, że ogólne postępowanie administracyjne jest procesem stosowania prawa, rzeczą organu administracji publicznej w tym postępowaniu jest ustalić, jaka norma prawna obowiązuje, jakie jest jej rozumienie, a następnie normę tę zastosować. Oczywiście chodzi o normę powszechnie obowiązującego prawa w dacie orzekania"[19]. Zgodnie z orzecznictwem WSA kodeks prawa kanonicznego, na którego podstawie wydane zostały *Zasady postępowania w sprawie formalne-*

> **W omawianym stanie faktycznym mamy więc do czynienia z sytuacją, w której norma powszechnie obowiązującego prawa odwołuje się do wewnętrznego prawa kościoła.**

13 Wyrok NSA z dnia 18 października 2013 r., I OSK 1487/12.

14 Posiedzenie Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka (nr 138) z dnia 19 listopada 2013 r., http://orka.sejm.gov.pl/zapisy7.nsf/0/58EA64AC4599C1D9C1257C30003CFDDD/$File/0261507.pdf (dostęp 22 stycznia 2014 r.), s. 7.

15 Tamże.

16 M. Kawecki, *Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych jako centralny organ administracji państwowej*, „Przegląd Prawa Technologii Informacyjnych. ICT Law Review" 2013, s. 38.

17 W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. VII, Warszawa 2013 (Lex nr 144753).

18 Uchwała nr 71/13 Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach z dnia 15 maja 2013 r., 71/13.

19 Wyrok NSA z dnia 22 lipca 2009 r., I OSK 1454/08.

go aktu wystąpienia z Kościoła, jest „autonomicznym prawodawstwem Kościoła rzymskokatolickiego (…), który to akt nie mieści się w katalogu powszechnie obowiązującego prawa w Rzeczypospolitej Polskiej, co wynika jednoznacznie z art. 2 i art. 87 Konstytucji RP”[20]. Podmioty publiczne nie tylko nie muszą wykazywać się znajomością prawa kościelnego, ale wręcz nie wolno im go stosować, bowiem podstawą ich jakichkolwiek działań mogą być tylko i wyłącznie przepisy mieszczące się w katalogu konstytucyjnie określonych źródeł prawa[21]. Część przedstawicieli doktryny wskazuje wręcz, że z treści przepisów zawartych w ustawie o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej[22], nie sposób upatrywać jakiejkolwiek podstawy recypowania prawa kanonicznego do polskiego porządku prawnego[23]. Opowiedzieć należy się jednak za stanowiskiem, że przepisy prawa polskiego stosuje się wobec podmiotów kościelnych w dwóch przypadkach, pierwszym z nich jest sytuacja, gdy działalność tych podmiotów wkracza w sferę regulowaną przez to prawo[24]. Regulacja taka służy zapewnieniu autonomii Kościoła jedynie w obrębie jego własnych spraw, a jako takie należy traktować kompetencje do kształtowania struktury organizacyjnej, obsadzania stanowisk kościelnych, określania form kultu religijnego i ich sprawowania, udzielania sakramentów, sankcji wobec wiernych[25] – i zakresem tym należałoby objąć również kształtowanie procedur występowania z Kościoła. W przypadku, którego dotyczy niniejsza glosa, omawiana przesłanka nie może znaleźć zastosowania – i kwestia ta wydaje się niepodważalna. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, odejście od powołanej powyżej zasady możliwe jest jedynie wówczas, gdy dopuszcza to prawo państwowe, oraz gdy jest to zgodne z zasadą współdziałania państwa i Kościoła[26]. Powyższe prowadzi do wniosku, że żaden przepis prawa wewnętrznego kościoła lub związku wyznaniowego nie obowiązuje automatycznie w państwowym porządku prawnym. Jednak wyjątkowo – gdy państwo wyrazi taką wolę w ustawie lub umowie międzynarodowej – prawo wewnętrzne kościołów i związków wyznaniowych może wywoływać skutki w określonych sferach państwowego porządku prawnego[27]. Skuteczność takich norm w krajowym porządku prawnym jest więc uzależniona od ich wyraźnego uznania przez państwo[28]. Żadna z norm

Wyjątkowo – gdy państwo wyrazi taką wolę w ustawie lub umowie międzynarodowej – prawo wewnętrzne kościołów i związków wyznaniowych może wywoływać skutki w określonych sferach państwowego porządku prawnego.

20 Postanowienie WSA w Opolu z dnia 21 stycznia 2013 r., II SAB/Op 59/12.

21 J. Kuźmicka-Sulikowska, P. Machnikowski, *Glosa do uchwały SN sygn. akt 122/08*, OSP 2010, nr 2, s. 123.

22 Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1989 r. nr 29, poz. 154 z późn. zm.).

23 G. Radecki, *Glosa do wyroku SN, IV CK 108/03*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 1, s. 134.

24 Por. L. Garlicki, *Komentarz do art. 25 Konstytucji RP* (w:) tenże (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 17.

25 J. Kuźmicka-Sulikowska, P. Machnikowski, *Glosa…*, dz. cyt., s. 122.

26 A. Pawluk, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2008 r.*, III CZP 122/08, „Rejent” 2010, nr 7–8, s. 140.

27 A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2011, s. 65.

28 Uchwała SN z 19 grudnia 2008 r., III CZP 122/08.

prawa kanonicznego nie może stać się więc normą powszechnie obowiązującego prawa, do momentu, w którym nie zostanie ona wyraźnie przeniesiona do krajowego porządku prawnego w sposób, który nie naruszy zasady autonomii Kościoła. Przykładem takiego uznania jest art. 19 konkordatu[29], wskazujący wyraźnie, że „Rzeczpospolita Polska uznaje prawo wiernych do zrzeszania się zgodnie z prawem kanonicznym i w celach określonych w tym prawie" (art. 19 konkordatu)[30]. W przypadku art. 43 u.o.d.o. w stosunku do Kościoła Katolickiego przesłanka taka nie została jednak spełniona. Treść powołanego artykułu nie odwołuje się wyraźnie do norm prawa kościelnego – ich zastosowanie jest jedynie konieczne w związku z dyspozycją przepisu. Warte wskazania jest również, że polski konkordat nie zawiera generalnej klauzuli przewidującej rządzenie się przez Kościół własnym prawem w granicach ogólnie obowiązujących ustaw, a której konsekwencją jest przewaga prawa państwowego, gdy dochodzi do sprzeczności norm[31]. Twórcy konkordatu przyjęli zasadę szczegółowego wyliczenia sytuacji, w których mają zastosowanie przepisy prawa państwowego, co powoduje konieczność enumeratywnego wskazania wszystkich możliwych sytuacji[32]. Brak jest w owym wyliczeniu jakichkolwiek przepisów dotyczących danych osobowych oraz zasad wystąpienia z Kościoła.

Powyższe w ocenie autora niniejszej glosy prowadzi do wniosku, że wobec Kościoła Katolickiego nie jest możliwe zastosowanie normy zawartej w art. 32 ust. 1 pkt 6 u.o.d.o., uprawniającej każdego do żądania usunięcia danych osobowych, gdy ich zebranie jest zbędne dla realizacji celu, dla którego zostały zebrane. W takiej sytuacji zwykłe oświadczenie o wystąpieniu z Kościoła Katolickiego byłoby wystarczające i proboszcz zobowiązany byłby usunąć owe dane. Z punktu widzenia prawa kanonicznego dane te cały czas byłyby jednak danymi członka Kościoła wskutek niedopełnienia określonej w prawie wewnętrznym procedury, co wyłącza jakąkolwiek władczą ingerencję państwa. Konsekwencją powyższych uwag jest uznanie, że stosowanie prawa kanonicznego, przy poszanowaniu jego autonomicznego charakteru, nakazuje czynności podejmowane przez proboszcza względem wyznawcy oraz czynności wyznawcy względem proboszcza i Kościoła (w tym związane z wystąpieniem z Kościoła) oceniać przez pryzmat prawa kanonicznego[33]. W świetle wskazanych rozważań GIODO nie jest jednak do dokonania takiej oceny uprawniony. Przyjęcie stanowiska zaprezentowanego przez NSA w glosowanym wyroku, prowadzi więc do niedopuszczalnego, hybrydalnego zrównania ze sobą obu porządków prawnych, tj. państwowego oraz kanonicznego.

Stosowanie norm prawa kościelnego na potrzeby oceny przez GIODO spełnienia przesłanek zawartych w art. 43 u.o.d.o. napotyka na jeszcze jeden problem. W Polsce istnieją kościoły, z których (mimo że jest to niezgodne z art. 2 u.g.w.s.w.) wystąpienie jest w ogóle niemożliwe. Problem w stosunku do Kościoła Katolickiego następuje natomiast na kanwie mnogości reżimów prawnych regulujących proceduralne kwestie wystąpienia z Kościoła. Powołane w niniejszej glosie regulacje ogólne zawarte w *Zasadach postępowania w sprawie formalnego aktu wystąpienia z Kościoła* mogą podlegać bowiem modyfikacji poprzez ustawodawstwo biskupów diecezjalnych. Jak zostało to już wskazane uprzednio, organ państwowy, jakim jest GIODO, nie musi jednakże znać prawa kościelnego, w tym określać, jaka norma wewnętrznego prawa Kościoła Katolickiego będzie miała w danym przypadku zastosowanie. Pojawia się więc pytanie, co w sytuacji, gdy GIODO odmówi przeprowadzenia kontroli oraz wydania decyzji wskutek błędnej wykładni norm prawa kościelnego oraz uznania, że nie zostały spełnione przesłanki do

29 Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzecząpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r. (Dz.U. 1998 r. nr 51, poz. 318).

30 W literaturze przedmiotu obowiązywanie norm prawa państwowego w prawie kościelnym określa się mianem tzw. kanonizacji prawa. Przez kanonizację prawa rozumie się dopuszczenie przez poszczególne kanony kodeksu prawa kanonicznego stosowania w kościelnym porządku prawnym norm prawa państwowego. Definicja odwołuje się więc jedynie do sytuacji, gdy kodeks prawa kanonicznego przewiduje taką możliwość.

31 E. Kulesza, *Ochrona danych osobowych a wolność sumienia i wyznania w prawodawstwie polskim* (w:) P. Majer (red.), *Ochrona danych osobowych i prawo do prywatności w kościele*, Kraków 2002, s. 20.

32 Tamże, s. 21.

33 A. Januchowski, *Glosa do uchwały SN z dnia 19 grudnia 2008 r., III CZP 122/08*, OSP 2010, nr 2, s. 131.

wystąpienia z kościoła, mimo że zostały one spełnione. Wskutek wskazanych powyżej uwag podmiot danych nie będzie mógł skorzystać ze środków prawnych przysługujących mu w przypadku błędnej wykładni przez organ norm powszechnie obowiązującego prawa.

Powyższe argumenty, zupełnie pominięte przez NSA w glosowanym wyroku, stawiają pod dużym znakiem zapytania możliwość badania przez Generalnego Inspektora, czy w danym przypadku faktycznie doszło do wystąpienia z kościoła, czy nie. Działanie organu może sprowadzić się jedynie do zadania pytania proboszczowi, jako administratorowi danych, oraz dania wiary udzielonym przez niego informacjom, co z kolei naraża się na postawiony przez NSA zarzut nieprzeprowadzenia wystarczających dowodów. Udzielenie przez proboszcza informacji o przetwarzaniu danych, mimo spełnienia przez skarżącego przesłanek koniecznych do ich wykreślenia, uprawniałoby GIODO do jego władczej ingerencji. Biorąc pod uwagę, że proboszcz po skutecznym podjęciu przez byłego parafianina czynności wystąpienia z Kościoła zobowiązany jest usunąć wszelkie dane takiej osoby, udzielenie Generalnemu Inspektorowi informacji, kiedy osoba ta wystąpiła (co ma bardzo często miejsce), już jest dowodem na bezprawne przetwarzanie danych byłego członka Kościoła. Proboszcz na podstawie posiadanych informacji może bowiem zestawić imię i nazwisko byłego parafianina z datą owego wystąpienia, tym samym przetwarza dane osobowe. Proboszcz byłby w takim przypadku związany treścią wydanej decyzji, gdyż dane nie są przetwarzane w związku z wykonywaniem władzy kościelnej. Problem pojawia się, gdy proboszcz wskaże, że mimo podjęcia czynności zmierzających do wystąpienia, w jego ocenie było ono nieskuteczne – wskutek niespełnienia pewnych przesłanek. W świetle przedstawionej analizy Generalny Inspektor nie dysponuje środkami uprawniającymi go do kontroli podjętej przez proboszcza oceny czynności wystąpienia z Kościoła. Jedynym w pełni skutecznym rozwiązaniem wydaje się więc wprowadzenie stosownych zmian w ustawie oraz umowie regulującej relacje Rzeczypospolitej Polskiej i Kościoła Katolickiego, doprecyzowujących kompetencje organu ochrony danych osobowych w tym zakresie.

Na marginesie niniejszych rozważań warto wskazać, że w projekcie nowego rozporządzenia unijnego regulującego zagadnienie ochrony danych osobowych i mającego na celu zastąpienie aktualnie obowiązującej ustawy brak jest postanowienia analogicznego do zawartego w art. 43 u.o.d.o. Zgodnie z treścią art. 85 ust. 1 projektu nowej u.o.d.o. „w przypadku, gdy państwo członkowskie, kościoły i związki lub wspólnoty wyznaniowe stosują, w momencie wejścia w życie niniejszego rozporządzenia, kompleksowe regulacje dotyczące ochrony jednostek w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych, regulacje takie mogą być nadal stosowane, pod warunkiem że są dostosowane do przepisów niniejszego rozporządzenia". Nasuwa się jednakże pytanie, na jakiej podstawie rozporządzenie może nakazywać stosowanie jego treści do kościołów i związków wyznaniowych, które nie zawierają szczególnych regulacji dotyczących ochrony danych osobowych.

IV. Inne kościoły i związki wyznaniowe

Ze względu na praktyczny walor niniejszej glosy – w ocenie jej autora konieczne jest odniesienie wskazanych w pkt III uwag także do innych kościołów oraz związków wyznaniowych, o uregulowanej sytuacji prawnej, mimo że wykracza to poza zakres rozważań podjętych przez NSA w komentowanym orzeczeniu. Już na wstępie należy wskazać, że bez wątpienia podjęte rozważania będą w pełni odnosiły się do tych z kościołów oraz związków wyznaniowych, w stosunku do których treść ustawy regulującej ich stosunki z Rzecząpospolitą Polską odpowiada treści konkordatu. Odnieść się tutaj należy przykładowo do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego[34] bądź Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego[35]. W stosunku do tych kościołów ustawy w sposób niezwykle wyraźny podkreślają ich autonomię, jednocześnie nie wprowadzając klauzuli pozwalającej na stosowanie źródeł powszechnie obowiązującego prawa, w sprawach w nich nieuregulowanych. W sposób odmienny będzie przedstawiała się jednak sytuacja kościołów, w stosunku do których ustawa regulująca ich stosunek

34 Ustawa z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (Dz.U. z 1991 r. nr 66, poz. 287 z późn. zm.).

35 Ustawa z dnia 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1994 r. nr 73, poz. 323 z późn. zm.).

do państwa wprowadza taką klauzulę. Warunkiem jest tutaj brak przepisu, który w sprawach wystąpienia z kościoła lub związku wyznaniowego odwołuje się do regulacji wewnętrznych tego kościoła lub związku. Z sytuacją taką mamy do czynienia przykładowo w sytuacji Kościoła Chrześcijan Baptystów[36] czy Kościoła Ewangelicko-Reformowanego[37]. W stosunku do tych kościołów, wskutek braku regulacji dotyczących zasad wystąpienia z kościoła w ustawie oraz wskutek odwołania się we wszystkich nieuregulowanych w niej sprawach do prawa państwowego, można uznać dopuszczalność stosowania ogólnych zasad wykreślenia danych określonych w u.o.d.o. Nawet w takich sytuacjach możliwa byłaby jednak wykładnia odmawiająca zastosowania tych przepisów, wskutek istniejącego w ustawach postanowienia o autonomii kościoła w sprawach wewnętrznych, za które, jak zostało to już uprzednio wskazane, można uznać zagadnienia wystąpienia z kościoła.

> **W komentowanym wyroku Naczelny Sąd Administracyjny w ogóle nie wskazał na konsekwencje prawne skutecznego wystąpienia z Kościoła Katolickiego.**

V. Skutki wystąpienia z kościoła

Abstrahując od rozważań podjętych powyżej, w komentowanym wyroku Naczelny Sąd Administracyjny w ogóle nie wskazał na konsekwencje prawne skutecznego wystąpienia z Kościoła Katolickiego. W świetle zaaprobowanej przez autora, a zastosowanej przez sąd literalnej wykładni treści art. 43 ust. 1 pkt 3 u.o.d.o. kompetencjom kontrolnym GIODO nie podlegają jedynie dane członków kościoła lub związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej. W stosunku do danych pozostałych osób, które wystąpiły z kościoła, kontrola taka jest możliwa, a GIODO uprawniony jest do kontroli, czy dane osobowe zostały zupełnie usunięte. Warty podkreślenia jest bowiem fakt, że w polskim porządku prawnym, w razie braku wyraźnej zgody podmiotu danych osobowych proboszcz (w przypadku Kościoła Katolickiego) w ogóle nie będzie uprawniony do dalszego ich przetwarzania, choćby ze względu na prawnie usprawiedliwiony cel administratora danych, tj. przykładowo dla ochrony przed ewentualnymi przyszłymi roszczeniami takich osób. Przesłanka prawnie usprawiedliwionego celu nie może być podstawą przetwarzania danych osobowych wrażliwych, którymi w świetle art. 27 ust. 1 u.o.d.o. (i na co zwrócił uwagę NSA w glosowanym wyroku) są dane ujawniające m.in. przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność wyznaniową. Tym samym, z punktu widzenia prawa polskiego, skuteczne wystąpienie z Kościoła Katolickiego musi wiązać się z całkowitym zaprzestaniem przetwarzania danych.

VI. Zagadnienie wstępne

Jak zostało to już uprzednio wskazane, z wydanego przez NSA wyroku wprost wynika, że GIODO, badając w każdym przypadku przysługujący mu zakres kompetencji względem danych osobowych przetwarzanych przez Kościół Katolicki, powinien w pierwszej kolejności ocenić, czy dana osoba jest członkiem tego Kościoła. Procedura i skuteczność takiego wystąpienia regulowane są z kolei normami wewnętrznymi Kościoła, do których stosowania, jak zostało to już uprzednio wskazane, uprawnione są wyłącznie władze kościelne. Bez wątpienia zastosowanie w prowadzonym przez GIODO postępowaniu kontrolnym znajdą na-

36 Ustawa z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1995 r. nr 97, poz. 480 z późn. zm.).

37 Art. 1 ust. 2 przywołanej ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Reformowanego.

tomiast normy zawarte w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego[38] (dalej: k.p.a). Jak się słusznie podkreśla, przepisy k.p.a ustanawiają standard procesowy czynności oraz gwarancji służących stronom postępowania prowadzonego przed GIODO, a także obowiązków organu prowadzącego to postępowanie[39]. W świetle art. 22 u.o.d.o. w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Ma to szczególne znaczenie zwłaszcza z tego względu, że u.o.d.o wprowadza bardzo niewiele własnych uregulowań proceduralnych[40]. Jedną z norm, do stosowania której GIODO jest zobowiązany, stanowi art. 97 k.p.a., w świetle którego organ administracji publicznej zawiesza postępowanie, gdy rozpatrzenie sprawy i wydanie decyzji zależy od uprzedniego rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego przez inny organ lub sąd. W literaturze przedmiotu utrwaliło się już stanowisko, że zagadnieniem wstępnym w rozumieniu powyższego przepisu może być tylko zagadnienie prawne, którego rozstrzygnięcie należy do właściwości innego organu lub sądu i zagadnienie to może być odrębnym przedmiotem postępowania przed takim organem lub sądem[41]. Nie chodzi tu zatem o wyjaśnienie nawet poważnych wątpliwości dotyczących aspektów prawnych sprawy będącej przedmiotem postępowania administracyjnego, lecz o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego przez inny organ lub sąd[42]. Z uwagi na to, że procedura wystąpienia z Kościoła Katolickiego jest wewnętrzną procedurą tego Kościoła regulowaną jego własnymi normami, do których zastosowania nie jest uprawniony GIODO, organem kompetentnym do rozstrzygnięcia takiego zagadnienia jest wyłącznie właściwy organ kościelny. Co istotne, GIODO nie tylko jest uprawniony, ale również zobowiązany do wystąpienia z takim pytaniem, co skutkuje zawieszeniem postępowania (art. 97 ust. 1 k.p.a.). Organ może sam rozstrzygnąć takie zagadnienie wyłącznie w przypadku, gdy zawieszenie postępowania mogłoby spowodować niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia ludzkiego albo poważną szkodę dla interesu społecznego. Żadna z powołanych przesłanek nie występuje jednak w stanie faktycznym poddanym ocenie w głosowanym wyroku NSA. Naruszenie powołanej zasady powinno zostać zakwalifikowane jako naruszające art. 7 oraz 8 k.p.a., tj. obowiązek podejmowania przez organ wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz prowadzenie postępowania w sposób budzący zaufanie jego uczestników. Naruszenie zasady zaufania obywateli do organów państwa, wyrażonej w art. 8 k.p.a., nie stanowi podstawy do wznowienia postępowania administracyjnego, może natomiast w sytuacji rażącego naruszenia art. 8 stać się przyczyną stwierdzenia nieważności takiej decyzji, na podstawie art. 154 § 1 pkt 2 k.p.a[43]. Biorąc pod uwagę powyższe, nie sposób zgodzić się też ze stanowiskiem wyrażonym przez NSA we wspomnianym już wyroku z 18 października 2013 r., I OSK 1487/12, że GIODO, uchylając się od próby oceny skuteczności złożonego oświadczenia o wystąpieniu z Kościoła Katolickiego, narusza art. 7 i 77 § 1 k.p.a.

Podsumowując podjęte rozważania, należy podkreślić, że NSA w glosowanym wyroku ograniczył się wyłącznie do literalnej wykładni art. 43 u.o.d.o., a w ogóle nie rozważył kwestii, czy przepisy polskiego prawa pozwalają Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych na pełne zastosowanie powołanego przepisu. Należy też wskazać, że wskutek ściśle uregulowanych relacji łączących Kościół Katolicki i Rzeczpospolitą Polską, w ocenie autora niniejszej glosy nie sposób wyobrazić sobie argumentacji, na podstawie której, bez dokonania zmian legislacyjnych, Generalnemu Inspektorowi przyznano by możliwość oceny skuteczności wystąpienia członków z Kościoła Katolickiego. Ocena taka jest z kolei konieczna dla pełnego zastosowania normy zawartej w art. 43 u.o.d.o., w tym postępowania przez GIODO zgodnie z sentencją glosowanego wyroku.

38 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 1960 nr 30, poz. 168 z późn. zm.).

39 B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 47–48.

40 G. Sibiga, *Postępowanie w sprawach ochrony danych osobowych*, Warszawa 2003, s. 110.

41 M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2013 (Lex nr 157095).

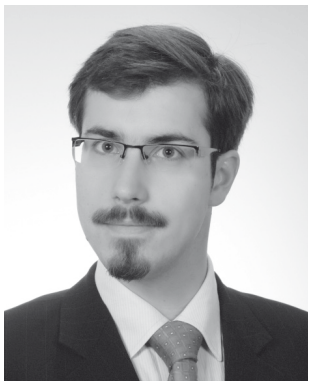
42 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 stycznia 2012 r., II SA/Wa 2247/11.

43 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 grudnia 2005 r., VII SA/Wa 859/05.

Aleksander Grebieniow

Bogactwo wspólnych doświadczeń

Recenzja książki Willema J. Zwalve i Boudewijna Sirksa *Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht*



Aleksander Grebieniow

Asystent na Uniwersytecie w Bernie, w Instytucie Prawa Rzymskiego. Ukończył prawo na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, pisze pracę doktorską na Uniwersytecie we Fryburgu o skutkach prawnych wyzysku w perspektywie prawnoporównawczej. Swoje zainteresowania lokuje na obszarze prawa prywatnego w aspekcie historycznoprawnym i prawnoporównawczym.

W roku 2012 nakładem oficyny Böhlau Verlag ukazała się niemiecka wersja książki[1] prof. W.J. Zwalve z Uniwersytetu w Lejdzie (*Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese Privaatrecht. I. Inleiding en zakenrecht*, Groningen 1993), tłumaczenie wyczekiwane[2], sporządzone we współpracy z prof. B. Sirksem z Oksfordu.

Jest to przeznaczony przede wszystkim dla studentów – lecz nie tylko – podręcznik z zakresu prawa rzeczowego, gałęzi wywodzącej się ze wspólnego dla narodów Europy prawa powszechnego (*ius commune*), poszerzony o obszerny wstęp ukazujący historię kształtowania się *ius commune*. Zarys europejskiej historii prawa prywatnego, bo takie byłoby polskie tłumaczenie tytułu, odnosi się do średniowiecznej i nowożytnej interpretacji i rozwoju prawa rzymskiego, znanego jurystom epoki w kształcie otrzymanym w kompilacji justyniańskiej, które nie tak dawno jeszcze stanowiło obowiązujący porządek prawny i przedmiot prawniczych dociekań w niektórych krajach Europy (zob. s. 21 recenzowanej książki). Autorzy wyrażają pogląd, że dla zrozumienia różnic i podobieństw pomiędzy obecnymi porządkami prawnymi Europy przedmiotem nauczania prawa rzymskiego powinna stać się właśnie kompilacja justyniańska, tzn. prawo rzymskie, które znali prawnicy *ius commune*, i które stanowiło wówczas przedmiot nauczania, nie zaś klasyczne prawo rzymskie (por. s. 90 i n.), tak samo jak rozumował Paul Koschaker[3].

1 W.J. Zwalve/B. Sirks, *Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht*, Wien–Köln–Weimar 2012, 537 stron.

2 Tamże, s. 7 oraz w szczególności R. Zimmermann, *Review of: W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, Inleiding en Zakenrecht*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis" 1994, vol. 62, s. 420.

3 Zob. P. Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische*

Pierwszy rozdział (s. 21–92) odnosi się do pojęć *ius commune* oraz *ius proprium*, ukazując skomplikowany obraz mozaiki systemów prawnych, w której prawo powszechne odegrało niepoślednią rolę unifikującą. Rozmiar jego recepcji autorzy przedstawili według kryterium geograficznego, omawiając doświadczenia wybranych krajów Europy Zachodniej oraz części składowe systemu, np. prawo kanoniczne, lenne czy idee prawa natury. Autorzy publikacji zwracają uwagę, że kodyfikacje prawa natury nie położyły kresu prawu powszechnemu, petryfikując jedynie zastane instytucje i schematy systematyzacyjne. Kodyfikacje początku XIX wieku postrzegać należy, ich zdaniem, jako tryumf nauki prawa rzymskiego nad jego wielowiekowymi rywalami w postaci prawa kanonicznego i lennego. I to pomimo tego, że jego autorytet umarł wraz z wejściem w życie nowożytnych kodeksów (s. 80)[4].

Dalszą część książki autorzy porządkują według kryterium dogmatycznego, przedstawiając kluczowe dla prawa rzeczowego instytucje prawne.

Drugi rozdział (s. 93–263) poświęcony został pojęciom własności i posiadania. Zawiera w szczególności bardzo obszerny i klarowny wykład na temat pojęcia własności w prawie anglosaskim, rodzajów rzeczy, genezy trustu i typowo anglosaskiego, genetycznego rozróżnienia rzeczy ruchomych i nieruchomości.

Trzeci rozdział (s. 265–397) dotyczy przeniesienia własności. Współczesne europejskie prawo prywatne jest w tej mierze wyjątkowo niejednorodne, co spowodowane zostało przede wszystkim sprzecznościami (tzw. *productive misunderstanding*)[5] w obrębie kompilacji justyniańskiej[6]. Zagadnienie to ukazuje w pełnym zakresie, jak bardzo dla wyjaśnienia owej niejednorodności pomocny może stać się wgląd w przeszłość[7]. Rozdział ten wyjątkowo dobitnie podkreśla celowość poznawania innych rozwiązań prawnych przez pryzmat ich historycznego rozwoju.

Przedstawiony materiał daleki jest od zupełności, ale książka ta nie pretenduje do całościowego ujęcia problematyki własności i innych praw rzeczowych.

W czwartym rozdziale (s. 399–519) autorzy przedstawiają problematykę rzeczowego zabezpieczenia wierzytelności na rzeczach ruchomych. Wyłania się stąd obraz dominacji rzymskiego aparatu pojęciowego na przestrzeni wieków, aż do dnia dzisiejszego. Dotyczy to w równym stopniu praw państw kontynentalnych, jak i Anglii.

Tematy rozdziałów zostały przez autorów wybrane w sposób arbitralny. Tym samym zaakcentowali oni najistotniejsze obszary zainteresowań współczesnej dogmatyki prawa. Przedstawiony materiał daleki jest od zupełności, ale książka ta nie pretenduje do całościowego ujęcia problematyki własności i innych praw rzeczowych. Jej celem – jak się wydaje – jest ukazanie

Rechtswissenschaft, München–Berlin 1938, s. 17 i n., 37. Por. T. Giaro, *Roman law always dies with the codification* (w:) A. Dębiński, M. Jońca (red.), *Roman Law and European Legal Culture*, Lublin 2008, s. 21 i n.; T. Giaro, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Main 2007, s. 560; K. Luig, *The History of Roman Private Law and the Unification of European Law*, „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht" 1997, vol. 5, s. 411 i n.

4 Por. T. Giaro, *Roman law…*, dz. cyt., s. 20 i n.

5 H.R. Hoetink, *Les notions anachroniques dans l'historiographie du droit* (w:) J.A. Ankum, G.C.J.J. van den Bergh (ed.), *Opera Selecta*, Zutphen 1986, s. 216 (także „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis" 1955, vol. 23, s. 1 i n.).

6 Por. C. 2.3.20 (293); D. 41.1.31 pr., Paul. 31 *ad ed.*

7 P. Gröschler, *I modelli di trasferimento della proprietà dal diritto romano al diritto moderno*, „Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law" 2012, vol. 1, s. 321 i n.

bogactwa wspólnych doświadczeń prawnych, stanowiących punkt wyjścia i inspirację dla analizy współczesnego prawa prywatnego w Europie[8].

Autorzy postawili sobie również za zadanie zestawić prawnorzeczowe koncepcje prawa powszechnego i *common law*, aby poprzez historyczną analizę instytucji móc lepiej poznać i zrozumieć istotę anglosaskiego prawa prywatnego. Wydaje się, szczególnie w odniesieniu do instytucji *common law*, że próba wytłumaczenia jego odmienności poprzez ukazanie historycznych źródeł i rozwoju współczesnych instytucji prawnych jest postępowaniem jak najbardziej celowym. „Historycznoprawna i prawnoporównawcza refleksja nad prawem jest źródłem nowych inspiracji i sposobem na przezwyciężenie bezkrytycznej wierności tradycji czy przyzwyczajenia do myśli, że »tak zawsze postępowaliśmy«" – jak słusznie zauważa David Johnston[9]. Pokrewieństwo obu dziedzin skłania do tego, by nie traktować ich osobno[10]. Książka W.J. Zwalve i B. Sirksa stanowi w tym znaczeniu dobry przykład syntezy metody prawnoporównawczej i historyczno-porównawczej.

Największą zaletą publikacji jest klarowność wykładu i elegancja stylu. Każdy z trzech rozdziałów rozpoczyna się wykładem o treści instytucji w prawie powszechnym, następnie autorzy przybliżają ich kształt w głównych europejskich porządkach prawnych – francuskim, niemieckim i anglosaskim – nie stroniąc od licznych odniesień do praw prywatnych innych narodów. Struktura wywodu nie pozostawia wątpliwości, że w prawie powszechnym należy szukać odpowiedzi na pytania o różnice i podobieństwa między współczesnymi kodyfikacjami europejskimi.

Styl wykładu sprawia, iż mamy do czynienia z dziełem wyjątkowym, i zachęca do częstej lektury. Mając na uwadze znikomą znajomość łaciny wśród studentów, autorzy posługują się niemieckimi tłumaczeniami źródeł, pozostawiając oryginalnemu brzmieniu miejsce w przypisach. Nie znajdziemy w nich natomiast wyczerpujących odniesień do współczesnej literatury przedmiotu, której podstawowe dzieła zostały umieszczone na końcu każdej sekcji. Pozbawia to książkę naukowej precyzji, ale i pozwala na zaspokojenie dociekliwości i własne poszukiwania we wskazanych publikacjach. Brak nadmiernej bibliografii z pewnością upraszcza przekaz i czyni lekturę bardziej przyjemną.

Książka opatrzona została wykazem omówionych źródeł oraz indeksem rzeczowym.

8 J. Smits, *The Making of European Private Law. Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp–Oxford–New York 2002, s. 43 i n.

9 „[T]he historical and comparative approaches to law each supply a fund of ideas and a way out of simple unthinking reliance on tradition or sentiment or »the way we have always done things«". Por. D. Johnston, *Roman Law, Comparative Law and Legal History*, „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht" 1999, vol. 7, s. 568.

10 H. Kötz, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte*, „Juristenzeitung" 1992, vol. 1, s. 20 i n.

Bartłomiej Woźniak

W kierunku europejskiego prawa rzeczowego

Recenzja książki Eveline Ramaekers *European Union Property Law. From Fragments to a System*

Bartłomiej Woźniak

*Doktorant w Zakładzie Europejskiej Tradycji Prawnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Absolwent prawa na Uniwersytecie Warszawskim (*summa cum laude*) oraz finansów i rachunkowości w Szkole Głównej Handlowej. Ukończył także kurs prawa amerykańskiego w Centrum Prawa Amerykańskiego WPiA UW. Zainteresowania naukowe: prawo cywilne, prawo rzymskie, harmonizacja prawa prywatnego.*

Harmonizacja prawa prywatnego w Unii Europejskiej jest jednym z najważniejszych wyzwań stojących przed europejskimi prawnikami i znajdującym odzwierciedlenie w licznych publikacjach[1]. Przez dłuższy czas wysiłki, zmierzające do ujednolicenia prawa, skupiały się na prawie zobowiązań, ze szczególnym uwzględnieniem prawa konsumenckiego. Coraz wyraźniej dostrzega się potrzebę wypracowania wspólnych rozwiązań także w innych działach prawa prywatnego. Właśnie w tym kierunku podąża w recenzowanej pracy E. Ramaekers[2], badając zagadnienie harmonizacji prawa rzeczowego.

Już sam tytuł trafnie oddaje zarówno treść pracy, jak i przyjętą metodę badawczą. *Property law* oznacza w tym wypadku prawo rzeczowe, a nie jedynie prawo własności[3]. Autorka podkreśla także, że przedmiotem jej badań jest prawo Unii Europejskiej rozumiane jako *acquis communautaire*, a nie prawo poszczególnych państw członkowskich (s. 3). Elementy prawnoporównawcze pojawiają się w pracy wyłącznie tam, gdzie jest to niezbędne dla opisu istniejącego stanu prawnego UE i proponowanych rozwiązań. Druga część tytułu wskazuje na koncepcję, która legła u podstaw recenzowanej pracy. Propozycja całościowych rozwiązań poprzedzona została analizą poszczególnych regulacji unijnych dotyczących prawa rzeczowego.

W rozdziale pierwszym (s. 1–41) przedstawiono przyczyny, dla których konieczne jest ujednolicenie

1 Zob. W. Dajczak, *Niepokoje i szanse związane z ujednolicaniem prawa cywilnego* (w:) „Forum Prawnicze" 2011, nr 1(3), s. 3–6.

2 E. Ramaekers, *European Union Property Law. From Fragments to a System*, Wydawnictwo Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2013, 337 stron.

3 Różne możliwości rozumienia słowa *property*: K. Osajda, *Ustanowienie spadkobiercy w testamencie w systemach prawnych common law i civil law*, Warszawa 2009, s. 249–251.

prawa rzeczowego UE. Z jednej strony wskazuje się na związek prawa rzeczowego z innymi działami prawa prywatnego, które stanowią przedmiot działań harmonizacyjnych, przede wszystkim z prawem zobowiązań. Zdaniem autorki skupienie się wyłącznie na stosunkach obligacyjnych, z pominięciem aspektów prawnorzeczowych, w istotny sposób ogranicza skuteczność działań na rzecz wspólnego prawa. Poza tym dostrzegalny jest negatywny wpływ różnic w prawie rzeczowym państw członkowskich na realizację stojących u podstaw UE czterech swobód: swobody przepływu towarów, kapitału, usług i osób. Druga część tego rozdziału została poświęcona opisowi zaproponowanej przez autorkę metody badania prawa rzeczowego w postaci „kostki systemowej" (*System-Cube*). Metoda ta polega na przedstawieniu systemu prawa rzeczowego za pomocą sześcianu przypominającego kostkę Rubika. Każdy z wymiarów dotyczy jednej z kluczowych cech prawa rzeczowego: długość odnosi się do przedmiotu prawa (są nim ruchomości, nieruchomości i przedmioty niematerialne), szerokość oznacza treść prawa, a wysokość – czas jego trwania. Poszczególne prawa przedstawione są za pomocą trójwymiarowych modeli składających się z małych sześcianów. Kształt kompletnej kostki Rubika ma prawo najpełniejsze w danym systemie prawnym, nieograniczone w czasie i znajdujące zastosowanie do wszelkiego rodzaju przedmiotów, zarówno materialnych, jak i niematerialnych. Model prawa o węższym charakterze, czy to ze względu na uprawnienia podmiotu, przedmiot, czy czas trwania, uzyskuje się przez eliminację małych sześcianów reprezentujących wskazane powyżej cechy prawa rzeczowego. *System-Cube* ma umożliwić sprowadzenie różnorodnych praw rzeczowych, występujących w UE, do wspólnego mianownika. Eliminuje on problem różnic językowych i pozwala dostrzec punkty wspólne między instytucjami wywodzącymi się z różnych systemów.

Rozdział drugi poświęcony jest szczegółowemu opisowi wpływu różnic w prawie rzeczowym państw członkowskich UE na realizację czterech wspomnianych powyżej swobód. Istotne w tym kontekście jest także powszechne stosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym państw członkowskich, w stosunku do praw rzeczowych, zasady *lex rei sitae*. Przy analizie swobody przepływu towarów autorka poddała krytyce orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) w sprawie *Krantz*[4], w której TSUE uznał, że różnice w prawie rzeczowym poszczególnych państw nie mają odczuwalnego wpływu na handel pomiędzy państwami członkowskimi. Również realizacja pozostałych trzech swobód jest zdaniem autorki utrudniona z uwagi na istnienie różnic w prawie rzeczowym, choć w tym wypadku wpływ tych rozbieżności nie jest tak wyraźnie dostrzegalny.

Harmonizacja prawa prywatnego w Unii Europejskiej jest jednym z najważniejszych wyzwań stojących przed europejskimi prawnikami.

Rozdział trzeci (s. 101–142) zawiera analizę uwarunkowań traktatowych harmonizacji prawa rzeczowego w UE. Większość rozważań poświęcona została art. 345 TFUE[5] i poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, czy przepis ten wyłącza prawo rzeczowe spod kompetencji UE. Z kolei badając postanowienia, które mogłyby służyć za podstawę prawną przyszłych regulacji, jako najbardziej prawdopodobny wskazano art. 352 TFUE.

W rozdziale czwartym (s. 143–198) przedstawiono istniejące regulacje unijne dotyczące prawa rzeczowego oraz występującą w nich terminologię. Wniosek płynący z tej części pracy jest taki, że przepisy dotyczące praw o charakterze rzeczowym są zazwyczaj umieszczane w aktach prawnych regulujących zupełnie inne kwestie. Oddziaływanie postanowień prawno-

4 Sprawa C-69/88, *H. Krantz GmbH & Co.* v *Ontvanger der Directe Belastingen and Netherlands State*, ECR I-583.

5 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 326/47 z 26.10.2012.

rzeczowych ogranicza się do zakresu przedmiotowego danego aktu prawnego (np. kwestii podatkowych, ochrony środowiska, postępowania upadłościowego, zwrotu skradzionych dzieł sztuki), w związku z czym nie tworzą one spójnego systemu. Podobnie przedstawia się kwestia terminologii. Pojęcia takie jak: własność, posiadanie, zastaw, hipoteka czy trust używane są w prawie UE bez wcześniejszego zdefiniowania. Sposób ich rozumienia zależy więc od definicji funkcjonujących w ustawodawstwach narodowych.

Rozdział piąty (s. 199–244) zawiera opis możliwych metod wprowadzenia wspólnej regulacji prawa rzeczowego. W zasadniczej części opiera się on na propozycjach przedstawionych w zielonej księdze Komisji w sprawie możliwości politycznych w zakresie postępów w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorstw[6]. Poza tym autorka przedstawia dodatkowe opcje w postaci np. zmiany funkcjonującej w prawie prywatnym międzynarodowym zasady *lex rei sitae* na *lex registrationis*, wprowadzenia zharmonizowanych rozwiązań za pomocą formuły wzmocnionej współpracy, czy wypracowania jednolitych reguł poprzez orzecznictwo TSUE. Najodpowiedniejsze wydaje się jednak przyjęcie rozporządzenia wprowadzającego instrument opcjonalny. Stworzyłoby to dwudziesty dziewiąty system prawny w ramach UE, który mógłby zostać wybrany jako wiążący przez wszystkie rodzaje podmiotów prawa cywilnego, zarówno w obrocie profesjonalnym, jak i konsumenckim. Za zbędne uznano także ograniczenie wyboru tylko do stosunków z elementem zagranicznym. Wskazanie instrumentu opcjonalnego jako optymalnego narzędzia wprowadzania wspólnych rozwiązań wpisuje się w szerszy proces dekodyfikacji, czyli utraty przez kodeksy cywilne ich centralnej pozycji[7]. Trudno stwierdzić, na ile autorka, opowiadając się za harmonizacją przy wykorzystaniu instrumentu opcjonalnego, świadomie odwołała się do współczesnych trendów dekodyfikacyjnych. Podkreślała ona raczej pragmatyczną stronę wyboru tej metody. Nie wpływając bezpośrednio na krajowe regulacje, instrument opcjonalny pozostawia podmiotom prawa dużą swobodę działania. Jego przyjęcie pozwalałoby na wyłączanie stosowania postanowień kodeksowych i stanowiłoby kolejny symptom procesu dekodyfikacji[8].

Ostatni rozdział (s. 245–292) zawiera propozycje wprowadzenia wspólnych europejskich praw rzeczowych, niezależnych od dotychczas istniejących praw krajowych. Przyjmując za punkt wyjścia funkcje praw o charakterze rzeczowym, autorka zaproponowała powołanie trzech rodzajów tych praw: europejskiego prawa głównego (*European Primary Right*), europejskiego prawa zastawniczego (*European Security Right*) i europejskiego prawa używania (*European Use Right*). Zdaniem autorki konieczne jest przyjęcie nazw pozbawionych związku z którymkolwiek z praw dotychczas funkcjonujących, by zapewnić ich autonomiczną wykładnię europejską. Do ich funkcjonowania konieczne byłoby powołanie europejskiego rejestru, w którym prawa te byłyby ujawnione. System ten miałby funkcjonować jako instrument opcjonalny, dostępny dla wszystkich obywateli UE. Przekształcenie krajowego prawa rzeczowego w odpowiednie prawo europejskie odbywałoby się poprzez jego rejestrację. Dopuszczalna byłaby także zmiana w przeciwnym kierunku.

Pojęcia takie jak: własność, posiadanie, zastaw, hipoteka czy trust używane są w prawie UE bez wcześniejszego zdefiniowania.

6 KOM(2010)348 z 1.7.2008.

7 Szerzej na ten temat: W. Dajczak, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 2(10), s. 8–22.

8 W. Dajczak, *Wywiad z Christianem von Barem*, „Forum Prawnicze" 2011, nr 3 (5), s. 5.

Recenzowaną pracę E. Ramaekers należy uznać za wartościowe opracowanie istniejących w Unii Europejskiej regulacji prawnorzeczowych. Jest to także istotny głos w dyskusji nad zakresem harmonizacji prawa prywatnego i koniecznością uwzględnienia w tych pracach prawa rzeczowego[9]. Interesujące jest przedstawienie obecnego stanu rozwoju prawa rzeczowego w Unii Europejskiej i wskazanie punktu wyjścia do działań harmonizacyjnych. Konieczne wydaje się jednak również przedstawienie kilku uwag krytycznych na temat publikacji.

prawnej. Najdobitniej świadczy o tym stwierdzenie, że skoro ustawodawstwo unijne tylko w nieznacznym stopniu reguluje problematykę prawnorzeczową, nie ma potrzeby uwzględnienia dorobku przeszłości. Tym samym możliwe będzie zbudowanie *ex nihilo* zupełnie nowego, spójnego systemu (s. 267).

Pogląd ten wywodzi się z błędnego założenia, iż w sytuacji braku wspólnej regulacji można przyjąć jakiekolwiek normy, bez oglądania się na dotychczasowy dorobek narodowy. Wydaje się jednak, że tworzenie wspólnych rozwiązań wymaga raczej zdwojonych

Tworzenie wspólnych rozwiązań wymaga zdwojonych wysiłków dla zbadania tradycji prawnych poszczególnych państw.

Przede wszystkim autorka w swych badaniach całkowicie pomija wpływ historii i tradycji prawnej na proces harmonizacji prawa. Oczywiście autorka podkreśla, że praca dotyczy wyłącznie prawa UE i nie ma charakteru prawnoporównawczego. Podejście takie może być do pewnego stopnia uzasadnione. Umożliwia ono uwzględnienie w projektowanych regulacjach istniejących dotychczas norm unijnych. Błąd pominięcia funkcjonującego stanu prawnego już raz popełniono przy tworzeniu Zasad Europejskiego Prawa Umów (*Principles of European Contract Law* – w skrócie PECL), gdzie nie zawarto bezwzględnie wiążących norm, dotyczących ochrony konsumentów[10]. Wydaje się jednak, że proponując określone rozwiązania prawne, zwłaszcza w prawie rzeczowym, konieczne jest odwołanie się do historycznego rozwoju poszczególnych prawodawstw. Eveline Ramaekers zdaje się mimo to nie dostrzegać istnienia europejskiej tradycji wysiłków dla zbadania tradycji prawnych poszczególnych państw. By stworzyć wspólne rozwiązania, należy znaleźć dla nich wspólną podstawę. Zapewnić ją mogą tylko dogłębne badania nad rozwojem europejskiej tradycji prawnej, w której niekwestionowaną rolę odgrywa prawo rzymskie. Potrzeba taka dostrzegana jest zarówno w pracach nad wspólnym prawem zobowiązań, jak i nad prawem rzeczowym[11]. Przedstawianie propozycji nowych rozwiązań winno być poprzedzone badaniem istniejącej tradycji prawnej i próbą odnalezienia wspólnej podstawy historycznej. Wspólne tradycje, na których opierają się krajowe systemy prawne, mają duży potencjał jednoczący i każdy, kto chciałby zbudować jednolite prawo europejskie, powinien czerpać z nich wzorce[12].

Fakt iż UE istnieje stosunkowo krótko i w tym czasie nie wypracowała zasad prawa rzeczowego, nie oznacza, że nie ma uwarunkowań historycznych dla pro-

9 Poglądy na temat potrzeby harmonizacji prawa rzeczowego i zakresu tych działań: K. Osajda, *Ustanowienie spadkobiercy…*, dz. cyt., s. 288–300 i powołana tam literatura.

10 R. Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, „American Journal of Comparative Law" 2009, vol. 57 nr 2, s. 484.

11 S. van Erp, *From 'Classical' to Modern European Property Law?*, „Maastricht University Faculty of Law Working Paper" 2009, nr 4.

12 R. Zimmermann, *Prawo rzymskie a harmonizacja prawa prywatnego w Europie*, „Nowa Europa. Przegląd Natoliński" 2008, nr 2 (7), s. 188.

cesu harmonizacji. Konieczne jest podkreślenie rozróżnienia pomiędzy historycznym dorobkiem krajów europejskich (*acquis commun*) a obowiązującym dorobkiem prawnym UE (*acquis communautaire*). Proces integracji europejskiej okazał się możliwy m.in. dzięki podobieństwu prawa krajów europejskich: „zjawisko kolektywne prawa europejskiego istniałoby więc również wtedy, gdyby Unia nigdy nie powstała”[13]. Dzięki istnieniu UE pojawiło się oczywiście więcej możliwości przyjęcia wspólnych rozwiązań prawnych, ale *acquis communautaire* nie może stanowić wyłącznego przedmiotu badań nad tradycją prawną. Prawdziwym fundamentem europejskiego prawa prywatnego, który pozwala na rozwój prawa unijnego, jest *acquis commun*. Wzorem Filippo Ranieriego[14] należałoby przedmiotem analiz uczynić także prawo państw niebędących członkami UE, ale w trwały sposób wpisanych w europejską tradycję prawną, np. Szwajcarii.

Drugą kwestią, budzącą wątpliwości w recenzowanej pracy, jest nieuwzględnienie najważniejszego podziału europejskich systemów prawnych, czyli istnienia *civil law* i *common law*. Oczywiście różnice wewnątrz kontynentalnego systemu prawnego są od dawna znane. Jednakże wyzwaniem dla harmonizatorów nie jest ujednolicenie dwudziestu ośmiu systemów prawnych, ale wypracowanie rozwiązania, które byłoby do zaakceptowania zarówno w prawie kontynentalnym, jak i anglosaskim. Autorka sprowadza jednak różnice pomiędzy tymi dwoma systemami do odmiennych nazw instytucji prawnych i związanych z tym rozbieżności w szczegółowych regulacjach. Zdaje się ona nie zauważać całkowicie innego charakteru i „ducha” *civil law* i *common law*.

Prawo kontynentalne, historycznie zależne od prawa rzymskiego, ma charakter wtórny – w przeciwieństwie do prawa anglosaskiego, rozwijającego się przede wszystkim przez proces[15]. W dziedzinie praw rzeczowych, a zwłaszcza prawa własności, różnice te są wyjątkowo wyraźne[16]. Podział na *civil law* i *common law* jest powszechnie traktowany jako podstawowy, zarówno w ogólnych rozważaniach na temat prawa[17], w opracowaniach dotyczących harmonizacji prawa[18], jak i w pracach dotyczących ekonomicznej analizy prawa[19]. Co prawda Reinhard Zimmermann stara się ukazywać, że różnice pomiędzy oboma systemami nie są tak duże, jak uważano dotychczas[20]. Jednak w żaden sposób nie kwestionuje on faktu, że

Wyzwaniem dla harmonizatorów nie jest ujednolicenie dwudziestu ośmiu systemów prawnych, ale wypracowanie rozwiązania, które byłoby do zaakceptowania zarówno w prawie kontynentalnym, jak i anglosaskim.

13 T. Giaro, *Czy w przewidywalnej przyszłości powstanie europejskie prawo zobowiązań*, „Forum Prawnicze” 2010, nr 1, s. 68.

14 Zob. F. Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materilien*, Wien–New York 2009.

15 W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier. *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 37.

16 Tamże, s. 371.

17 M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warszawa 2011, s. 9.

18 C. Von Bar, E. Clive (red.), *Principles Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 5*, Munich 2009, s. 4248 i n.

19 Por. R. La Porta, F. Lopez-De-Silanes, A. Schleifer, R.W. Vishny, *Law and finance*, „Journal of Political Economy” 1999 i inne prace tych autorów.

20 R. Zimmermann, *Dziedzictwo Savigny'ego. Historia prawa, prawoznawstwo porównawcze i kształtowanie się europejskiej nauki prawa*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 1, s. 25.

wyodrębnienie prawa kontynentalnego i anglosaskiego jest zagadnieniem kluczowym w dyskusjach nad harmonizacją prawa prywatnego. Tym bardziej dziwi fakt, że E. Ramaekers potraktowała systemy prawne wszystkich państw członkowskich jednakowo, nie dostrzegając fundamentalnego znaczenia podziału na *common law* i *civil law*.

jakie mogą powstać po wyborze przez jednego z właścicieli systemu europejskiego? Czy wybór tego systemu przez jeden z podmiotów będzie mógł wiążąco oddziaływać na prawa sąsiada, czy też pozostaną one bez zmian i uprawnienia „właściciela europejskiego" będzie trzeba modyfikować w zależności od istniejącego w danym państwie prawa sąsiedzkiego? W tym

Należy podać w wątpliwość efektywność metody zastosowania instrumentu opcjonalnego jako sposobu harmonizowania prawa rzeczowego.

Ostatnie zagadnienie, jakie chciałbym poruszyć, dotyczy propozycji wprowadzenia europejskich praw rzeczowych. Nie odnosząc się do kwestii, czy ich przedstawienie jest działaniem przedwczesnym, należy zwrócić uwagę na niewątpliwe luki w ich opisie. Eveline Ramaekers skupiła się na „systemie operacyjnym" (*operating system*), czyli na zasadach powstawania, przenoszenia, rejestracji i wygasania praw oraz na stosunku do osób trzecich. Nie odniosła się ona natomiast do treści proponowanych praw rzeczowych, a zwłaszcza europejskiego prawa głównego, oraz skutków funkcjonowania tych praw w sytuacji wprowadzenia ich za pomocą instrumentu opcjonalnego. Obie te kwestie są ze sobą związane, gdyż od konkretnych uprawnień, wynikających z autonomicznych europejskich praw rzeczowych, będzie zależała kwestia ewentualnego konfliktu z prawem krajowym. Zaznaczyć należy, że sytuacja konfliktu dotyczy przede wszystkim nieruchomości. Podczas projektowania konkretnych rozwiązań prawnych konieczne będzie udzielenie odpowiedzi na pytania wykraczające poza „system operacyjny". Co w sytuacji, gdy prawa, które w systemie krajowym związane są z własnością nieruchomości, nie będą uznawane przez autonomiczne prawo europejskie? Czy wygasną one zgodnie z paremią *venire contra factum proprium nemini licet*, jeśli właściciel zdecyduje się na przejście na system europejski, czy też zostaną utrzymane zgodnie z ochroną praw nabytych? Co z różnicami w prawie sąsiedzkim, drugim przypadku naruszałoby to ideę niezależności regulacji, wynikających z instrumentu opcjonalnego, od praw krajowych. Powrócilibyśmy tym samym do punktu wyjścia, czyli do konieczności analizy krajowych porządków prawnych. Tych wątpliwości autorka recenzowanej pracy nie wyjaśnia.

W świetle powyższego należy podać w wątpliwość efektywność metody zastosowania instrumentu opcjonalnego jako sposobu harmonizowania prawa rzeczowego. Metoda ta, która w stosunku do prawa zobowiązań wydaje się najodpowiedniejsza, w przypadku prawa rzeczowego rodzi poważne wątpliwości. W takiej sytuacji rozwiązaniem mogłoby być ograniczenie harmonizacji za pośrednictwem instrumentu opcjonalnego – do regulacji rzeczowych zabezpieczeń wierzytelności. Potrzeba unormowania w tym zakresie wydaje się najsilniejsza i w przeszłości propozycje takie już przedstawiano[21].

Podsumowując, mimo wskazanych zastrzeżeń recenzowana praca stanowi interesujący głos w debacie na temat harmonizacji prawa prywatnego w UE.

21 Omówienie wcześniejszych propozycji ujednoliconych praw zastawniczych znajduje się zresztą w recenzowanej pracy (s. 275–280), np. omówienie projektu dyrektywy o uznawaniu zabezpieczeń niewymagających przeniesienia posiadania na rzeczach ruchomych i warunkach przeniesienia własności (DG Internal Market, Document XI/466/73-E), Eurohipoteka (COM(2005) 327), czy księgi IX DCFR.

Analiza istniejących regulacji prawnorzeczowych i podstaw prawnych ujednolicania tej dziedziny prawa cywilnego może być punktem wyjścia do dalszej dyskusji nad poszerzeniem zakresu działań harmonizacyjnych. Niezbędne jest jednak uwzględnienie w tych rozważaniach europejskiej tradycji prawnej. O ile jeszcze w 1924 r. w Niemczech, niedługo po wejściu w życie kodeksu cywilnego Niemiec można było powiedzieć: „Po prostu nie wierzę, by prawo współczesne naprawdę wyrosło z dawnego prawa, ale uważam je za coś nowego, stworzonego przez potrzebę dnia dzisiejszego i przez suwerenną wolę współczesnej władzy ustawodawczej”[22], o tyle w obecnych czasach dekodyfikacji stwierdzenie takie jest niedopuszczalne. Propozycje harmonizacji prawa prywatnego nie mogą się ograniczać do analizy regulacji współczesnych. Muszą się one opierać się na europejskiej tradycji prawnej w stopniu wykraczającym poza *mos geometricus*, któremu autorka złożyła hołd swoją kostką systemową.

Propozycje harmonizacji prawa prywatnego nie mogą się ograniczać do analizy regulacji.

22 K. Cosack, *Selbstdarstellung* (w:) H. Planitz (ed.), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, t. 1, przeł. R. Mańko, Leipzig 1924, s. 16.

Paweł Grzegorczyk

Zabezpieczenie zwrotu kosztów procesu cywilnego w Niemczech i w Anglii

Recenzja książki Markusa Altenkircha *Die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten. Ein Vergleich des deutschen und englischen Zivilprozessrechts und ein Vorschlag für das Schiedsverfahrensrecht*

Paweł Grzegorczyk

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor w Zakładzie Postępowania Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, wykładowca Europejskiego Uniwersytetu Viadrina we Frankfurcie nad Odrą, członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, członek zespołu procesowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości.

I

Książka Markusa Altenkircha[1], oparta na rozprawie doktorskiej obronionej przez autora na Uniwersytecie w Meinz, poświęcona jest znanej wielu ustawodawstwom procesowym instytucji zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu w postępowaniu cywilnym (kaucja aktoryczna)[2]. W Polsce unormowanie kaucji aktorycznej oparte na regulacjach państwowych umieszczono pierwotnie w art. 126–135 k.p.c. z 1930 r.[3] Regulacje te recypowano następnie, z pewnymi zmianami, do części czwartej obowiązującego kodeksu, obejmującej przepisy z zakresu międzynarodowego prawa procesowego cywilnego (art. 1119–1128 k.p.c.). Instytucja ta, mimo swojej popularności i głębokiego osadzenia w tradycji prawa procesowego[4], budzi od

1 Markus Altenkirch, *Die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten. Ein Vergleich des deutschen und englischen Zivilprozessrechts und ein Vorschlag für das Schiedsverfahrensrecht*, sellier european law publishers GmbH, München 2013, 284 + XX stron.

2 Kaucję tę, zarówno w piśmiennictwie polskim, jak i niemieckim, określa się często przez nawiązanie do łacińskiej nazwy *cautio iudicatum solvi*, co jednak nie w pełni koresponduje z jej funkcją. Trafnie zwrócono na to uwagę w recenzowanej książce (s. 15).

3 Co do genezy ówczesnych rozwiązań i ich charakterystyki, zob. S. Gołąb, *Projekt rozdziału polskiej procedury cywilnej o kaucji aktorycznej z motywami* (w:) *Polska procedura cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem*, Kraków 1921, s. 113 i n.; M. Allerhand, *Zabezpieczenie kosztów procesowych według projektu polskiej procedury cywilnej*, Lwów 1927, *passim*.

4 Zob. szeroko powoływany także w recenzowanej książce W. Danelzik, *Sicherheitsleistung für die Prozesskosten. Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Betrachtung*, Bonn 1976.

dawna szerokie kontrowersje[5]. Jej skutkiem jest bowiem utrudnienie dostępu do sądu potencjalnemu powodowi, na którego zostaje nałożony obowiązek złożenia zabezpieczenia[6]. Ów charakterystyczny dla kaucji aktorycznej konflikt wartości między otwarciem dostępu do sądu a dążeniem do zabezpieczenia interesów pozwanego[7] przyczynił się zresztą do znaczącej ewolucji regulacji prawnej kaucji, a w niektórych państwach doprowadził do jej całościowego wyeliminowania z systemu prawnego[8].

Jako materiał do badań autor wybrał rodzime dla niego ustawodawstwo niemieckie (§ 110–113 niemieckiej *Zivilprozessordnung* – dalej: ZPO) oraz angielskie prawo procesowe cywilne (25.13 i 25.14 *Civil Procedure Rules* – dalej: CPR). Przedstawienie obu systemów prawnych i wyciągnięcie wniosków nie wyczerpuje jednak celu pracy. Za zadanie autor postawił sobie także, co uwidoczniono w tytule opracowania, skonstruowanie na bazie porównania systemu niemieckiego i angielskiego propozycji modelowego rozwiązania problemu zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu w postępowaniu przed sądem polubownym. Jak wskazuje autor, pod względem wysokości kosztów procesu sądownictwo polubowne porównywalne jest z sądownictwem angielskim[9], a zarazem – zarówno w Niemczech, jak i w Anglii – zabezpieczenie zwrotu kosztów procesu arbitrażowego nie jest przedmiotem wyraźnej regulacji normatywnej.

II

Rozważania zostały podzielone na sześć zwartych i napisanych wartkim językiem rozdziałów, zajmujących łącznie blisko 300 stron. Struktura pracy jest logiczna i przejrzysta. Po zwięzłym wprowadzeniu autor podjął dogmatyczną analizę zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu na tle § 110 ZPO oraz w świetle angielskich *Civil Procedure Rules*. Rozważania te zajmują nieco ponad 30% tekstu. Następnie zestawił ze sobą wyniki analizy stanu prawnego w Niemczech i w Anglii, wskazując podobieństwa i różnice. W ostatniej partii rozprawy rezultaty tej analizy zostały przełożone na płaszczyznę postępowania przed sądem polubownym. Całość wieńczy przydatne podsumowanie wyników badań, zaprezentowane w postaci 50 zwięzłych tez, odnoszących się kolejno do poszczególnych części pracy. Orientację w tekście ułatwia szczegółowy spis treści, w kategoriach uchybienia warsztatowego należy natomiast traktować pominięcie spisu wykorzystanego piśmiennictwa oraz wykazu skrótów, co z pewnością nie ułatwi lektury czytelnikom mniej obeznanym z niemieckim piśmiennictwem prawniczym.

III

Elementarnym założeniem zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu jest zdaniem M. Altenkircha oparcie rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu na zasadzie *costs follow the event* (przegrywający płaci). Rozwiązanie to, typowe dla państw europejskich, autor preferuje w zestawieniu z konkurencyjną zasadą samodzielnego pokrywania własnych kosztów (*American rule*), trafnie wskazując na jego stymulacyjne oddziaływanie na liczbę pochopnie wszczynanych postępowań i potrzebę ochrony pozwanego (s. 4). Celu zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu w książce upatruje się, po pierwsze, w postawieniu tamy przed wytaczaniem bezzasadnych powództw, po drugie zaś w ochronie pozwanego przed obciążeniem

5 W Polsce do krytyków kaucji aktorycznej należeli M. Allerhand, *Zabezpieczenie kosztów*…, dz. cyt., s. 1 i J. Fabian, *Stanowisko prawne cudzoziemca w procesie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne" 1961, nr 1, s. 271.

6 Zob. F. Meili, *Das internationale Civilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich 1906, s. 101; L. von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. Band II*, Hannover 1889, s. 394.

7 Por. R.A. Schütze, *Die Ausländersicherheit im internationalen Zivilprozessrecht* (w:) R.A. Schütze, *Ausgewählte Probleme des internationalen Zivilprozessrechts*, Berlin 2006, s. 77, który pisze o poszukiwaniu drogi między przysłowiową Scyllą a Charybdą.

8 Przykładem jest prawo francuskie, które statuowało obowiązek zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu w dawnym art. 16 francuskiego k.c. i w art. 166 i 167 francuskiego k.p.c. z 1806 r. – zob. F. Meili, *Das internationale*…, dz. cyt., s. 97 i R.A. Schütze, *Ausgewählte*…, dz. cyt., s. 79.

9 Autor relacjonuje w tej mierze przypadki, w których kwota żądanego zabezpieczenia zwrotu kosztów postępowania przed sądem polubownym *ad hoc* z siedzibą w Genewie wynosiła 2 206 000 CHF, lub w których wysokość roszczenia o zwrot kosztów procesu przed sądem polubownym wyniosła 21 mln USD. Wielomilionowe kwoty kosztów procesu cechują zwłaszcza arbitraż inwestycyjny – zob. w recenzowanej książce s. 8.

finansowym w sytuacji, w której egzekucja orzeczenia nakazującego zwrot kosztów procesu trafia w próżnię, co może mieć miejsce w braku majątku po stronie powoda, w razie niemożności wyegzekwowania orzeczenia o kosztach w państwie, w którym powód dysponuje majątkiem, a także w razie podejmowania przez powoda podstępnych działań mających na celu uniknięcie obowiązku zapłaty kosztów procesu. Co istotne, funkcja kaucji aktorycznej polega zdaniem M. Altenkircha także na zabezpieczeniu procesowej zasady równości stron, która zakłada równomierny rozkład ryzyka procesowego. Jeżeliby egzekucja nakazu zwrotu kosztów pozwanemu była niemożliwa, powód – w braku zabezpieczenia – nie ponosiłby w istocie ryzyka związanego z wynikiem procesu, pozwany zaś – pod rygorem uniknięcia wyroku zaocznego – musiałby podjąć obronę, licząc się z obawą utraty kosztów (s. 10). Rozumowanie to przekonuje[10], wątpliwe jest natomiast wyeksponowanie jako głównego celu kaucji aktorycznej ograniczenia liczby bezpodstawnych powództw. Jakkolwiek – czego dowodzą badania autora – sądy angielskie, inaczej niż niemieckie, biorą niekiedy pod uwagę przy orzekaniu w przedmiocie zabezpieczenia zwrotu kosztów także prawdopodobieństwo zasadności powództwa (s. 106–107), to jednak redukcja liczby pochopnie wszczynanych postępowań jest wyłącznie ubocznym refleksem realizacji zasadniczej funkcji kaucji rozumianej jako ochrona przymusowo uwikłanego w postępowanie sądowe pozwanego przed trudnościami związanymi z prowadzeniem egzekucji za granicą, czy też szerzej – jak chce autor – ochrona pozwanego przed bezskutecznością egzekucji orzeczenia o kosztach w ogólności.

Rozważania na temat aktualnej regulacji niemieckiej podjęto z uwzględnieniem jej ewolucji i odejścia od pierwotnie stosowanego kryterium obcego obywatelstwa powoda – jako rozstrzygającego o konieczności złożenia kaucji – na rzecz miejsca zamieszkania powoda za granicą[11]. Markus Altenkirch przekonująco wykazuje w tym kontekście nieadekwatność czynnika obywatelstwa i przewidzianego w pierwotnym tekście § 110 ZPO zwolnienia od kaucji na zasadzie wzajemności, w zestawieniu z zasadniczym celem tej instytucji (s. 18–19)[12]. Podziela także stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) wskazujące na sprzeczność kryterium obywatelstwa z prawem unijnym, w szczególności z zakazem dyskryminacji ze względu na obywatelstwo (obecnie – art. 18 TFUE)[13]. Przechodząc do obowiązującego stanu prawnego, autor rozpatruje w pierwszej kolejności rodzaje postępowań, w których dopuszczalne jest żądanie kaucji – w tym problem kaucji w postępowaniu zabezpieczającym, postępowaniu o zabezpieczenie dowodu, a także w postępowaniu o stwierdzenie wykonalności zagranicznego orzeczenia sądowego, orzeczenia sądu polubownego i w postępowaniu ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego (s. 27–33). Prawidłowo neguje w tym zakresie mechaniczne odwoływanie się do użytego w § 110 ust. 1 ZPO słowa *Kläger* (powód), co miałoby stać na przeszkodzie stosowaniu przepisów o kaucji w postępowaniach inicjowanych w drodze wniosku (*Antrag*), proponując w to miejsce każdorazową analizę stanowiska procesowego podmiotu wszczynającego postępowanie z uwzględnieniem racji przemawiających za i przeciwko obciążeniu go zabezpieczeniem. Następnie podejmuje analizę pojęcia „zwykły pobyt w państwie niebędącym państwem członkowskim Unii Europejskiej lub niebędącym stroną porozumienia o utworzeniu Europejskiego Obszaru Gospodarczego" (§ 110 ZPO *in principio*), zwracając uwagę na ryzyko dyskryminacji pośredniej jako uzasadnienie ogólnego wyłączenia obowiązku składania kaucji przez osoby mające zwykły pobyt na terytorium

10 Odmiennie J. Fabian, *Stanowisko prawne*…, dz. cyt., s. 272.

11 Zmiany tej dokonano z dniem 1 października 1998 r. – zob. R.A. Schütze, *Zur Neuregelung der cautio iudicatum solvi in Deutschland* (w:) R.A. Schütze, *Ausgewählte*…, dz. cyt., s. 92 i n.

12 Por. w tym punkcie analogiczne regulacje zawarte w pierwotnym brzmieniu art. 1119 i 1120 pkt 1 k.p.c.

13 Por. wyrok TSUE z 20 marca 1997 r., C-323/95, *David Charles Hayes i Jeannette Karen Hayes przeciwko Kronenberger GmbH*, Zb.Orz. 1997, I-1711 (w recenzowanej pozycji (s. 20) omyłkowo podano odmienną sygnaturę tego wyroku); zob. również wcześniejszy wyrok TSUE z 1 lipca 1993 r., C-20/92, *Anthony Hubbard (wykonawca testamentu) przeciwko Peter Hamburger*, Zb.Orz. 1993, I-3777. W literaturze polskiej na ten temat J. Ciszewski (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2012, s. 354–356; W. Sadowski, *Kaucja aktoryczna – potrzeba nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2006, nr 10, s. 19–20.

Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego (s. 38)[14]. Obszerne rozważania poświęcono ponadto wysokości żądanego zabezpieczenia oraz katalogowi zwolnień od obowiązku złożenia kaucji (§ 110 ust. 2 ZPO).

Równie biegle, jak z analizą stanu prawnego na tle prawa niemieckiego, recenzowana publikacja radzi sobie z systematyzowaniem kazuistycznego orzecznictwa sądów angielskich. Uwagi dotyczące poszczególnych elementów regulacji zawartych w CPR 25.13 i 25.14 są w większości czytelne i klarowne, przy czym autor zajmuje własne stanowisko w licznych kontrowersyjnych w judykaturze przypadkach, co dotyczy przykładowo uwzględniania przy ocenie wysokości zabezpieczenia trudności i kosztów przyszłego postępowania egzekucyjnego za granicą (s. 97–106) lub dopuszczalności żądania kaucji w razie wytoczenia powództwa wzajemnego (s. 115–118). Na uwagę zasługują także rozważania dotyczące uznaniowego zwolnienia z obowiązku zapłaty kaucji, jeżeli byłby on dla powoda niemożliwy do zrealizowania ze względu na stan majątkowy (s. 77–92), szansy uwzględnienia powództwa jako czynnika wpływającego na konieczność złożenia zabezpieczenia (s. 106–108), a także nałożenia obowiązku złożenia zabezpieczenia na osobę trzecią (s. 122–127).

Z perspektywy kształtu i sposobu funkcjonowania kaucji aktorycznej w postępowaniu cywilnym za najbardziej wartościowy należy jednak uznać rozdział 4 książki, w którym skonfrontowano rezultaty analizy obu systemów prawnych i dokonano ich oceny. Ocena ta w większości rozpatrywanych kwestii wypada na rzecz bardziej elastycznych i zniuansowanych rozwiązań prawa angielskiego, z którymi M. Altenkirch wyraźnie sympatyzuje, wspierając z reguły tę skłonność gruntowną argumentacją.

W szczególności autor postuluje m.in. przejęcie z prawa angielskiego rozwiązania łączącego obowiązek zabezpieczenia zwrotu kosztów z brakiem majątku po stronie powoda, także wówczas, gdy ma on siedzibę w państwie *fori* (s. 139–144)[15]. Jednakże powód nie powinien być zobowiązany do złożenia kaucji, jeżeli byłaby ona niemożliwa do zapłacenia (*unbezahlbar*), przy czym stan ten zakłada nie tylko brak stosownego majątku, lecz również niemożność pozyskania środków finansowych od osób gospodarczo zaangażowanych w proces, w szczególności wspólników lub członków organów osoby prawnej (s. 146–147)[16]. W ślad za CPR 25.13 (2) (c) obowiązek złożenia kaucji w razie braku majątku niezbędnego na pokrycie kosztów procesu nie miałby ponadto dotyczyć powodów będących osobami fizycznymi, w przypadku których – ze względu na zasadniczą niemożność uzyskania finansowania od osób trzecich, gospodarczo zaangażowanych

Równie biegle, jak z analizą stanu prawnego na tle prawa niemieckiego, recenzowana publikacja radzi sobie z systematyzowaniem kazuistycznego orzecznictwa sądów angielskich.

14 Ryzykiem tym zapewne należy tłumaczyć także zbliżone rozwiązanie przyjęte w art. 1119 k.p.c.

15 Idące w tym kierunku postulaty zgłaszane są także w literaturze polskiej – zob. W. Sadowski, *Kaucja…*, dz. cyt., s. 28; pogląd ten podzielił T. Demendecki, *Realizacja zasady równouprawnienia cudzoziemca w polskim międzynarodowym postępowaniu cywilnym. Uwagi na tle regulacji kodeksowej zabezpieczenia kosztów procesu*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Ekonomii i Innowacji w Lublinie" 2011, nr 1, s. 27.

16 Autor nawiązuje w tym zakresie do § 116 ZPO, który umożliwia uzyskanie przez osobę prawną lub związek mający zdolność sądową zwolnienia od kosztów sądowych, jeżeli koszty te nie mogą zostać pokryte przez nią samą lub przez osoby gospodarczo zaangażowane w przedmiot procesu (*am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten*).

w proces – brak majątku jest równoznaczny z niemożnością uiszczenia kaucji. W sytuacji, w której zapłata kaucji jest niemożliwa, interesowi powoda w uzyskaniu dostępu do sądu należy natomiast przyznać pierwszeństwo przed interesem pozwanego w zabezpieczeniu roszczenia o zwrot kosztów procesu, co musi przejawiać się w uchyleniu obowiązku złożenia kaucji (s. 145–151; por. też art. 1120 pkt 2 k.p.c.). Od tej reguły, także w nawiązaniu do rozwiązań angielskich (CPR 25.13 (2) (f)), autor czyni jednak wyjątek, jeżeli pozbawiony majątku powód wytacza powództwo w interesie osoby trzeciej (*nominal claimant*)[17]. Zaprezentowanej koncepcji nie można odmówić spójności, jeżeli jednak wziąć pod uwagę, że M. Altenkirch traktuje kaucję aktoryczną jako konieczny element procesowej zasady równości stron, szerszego rozwinięcia wymagałaby w tym kontekście sygnalizowana w książce możliwość przejęcia ciężaru zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu przez państwo (s. 91). Spostrzeżenie, że stanowiłoby to zbyt duże obciążenie dla budżetu (s. 91) pozostawia w tym zakresie pewien niedosyt. Przy proponowanym znaczącym rozszerzeniu kręgu podmiotów zobowiązanych do złożenia kaucji, większą uwagę należałoby poświęcić także problemowi przeciwdziałania nadużywaniu wniosku o złożenie zabezpieczenia jako instrumentu obstrukcji procesowej ze strony pozwanego.

17 Jako przykład M. Altenkirch wskazuje przypadki cesji do inkasa lub umownego podstawienia procesowego (*Prozessstandschaft*), s. 152.

Wracając do wywodów autora, M. Altenkirch aprobuje również angielskie rozwiązanie zezwalające na żądanie zabezpieczenia zwrotu kosztów, jeżeli powód podejmuje działania mające na celu udaremnienie egzekucji orzeczenia w przedmiocie kosztów (CPR 25.13 (2) (g))[18], neguje zaś przewidziane w § 110 ust. 2 pkt 4 ZPO zasadnicze zwolnienie od kaucji powoda wzajemnego, uzależniając tę koncesję od tego, czy powództwo wzajemne *in casu* służy obronie pozwanego (s. 163–164). Nakłada także – znów w nawiązaniu do rozwiązań zawartych w *Civil Procedure Rules* – obowiązek wpłacenia kaucji na stronę składającą środek zaskarżenia, mimo że według ugruntowanego stanowiska doktryny niemieckiej powód jest obowiązany do złożenia zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu także w drugiej instancji, chociażby zajmował w niej pozycję bierną jako przeciwnik środka zaskarżenia (s. 164–166)[19]. O ile ostatnia teza budzi wątpliwości, zważywszy że to powód – także w drugiej instancji – jest stroną kwe-

Trafna jest przedstawiona w książce krytyka stanowiska judykatury niemieckiej wymagającego od powoda zabezpieczenia obejmującego *a priori* koszty postępowania za wszystkie instancje, jako stanowiącego nieproporcjonalną ingerencję w prawo dostępu do sądu.

18 Za niewystarczające uznaje natomiast dopuszczane w doktrynie niemieckiej rozwiązanie pozwalające na zabezpieczenie roszczenia o zwrot kosztów procesu w ramach postępowania zabezpieczającego na podstawie § 916 ZPO (*Arrest*) – zob. M. Vollkommer (w:) R. Zöller (red.), *Zivilprozessordnung. Kommentar*, Köln 2012, s. 2167; K. Pörnbacher, S. Thiel, *Kostensicherheit in Schiedsverfahren*, „SchiedsVZ" 2010, z. 1, s. 17 i powołana tam dalsza literatura niemiecka.

19 Zamiast wielu zob. A. Schultz (w:) W. Krüger. T. Rauscher (red.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band 1.* §§ 1–354, München 2013, uwaga 11 do § 110 ZPO (Beck-online).

stionującą *status quo*, o tyle trafna jest przedstawiona w książce krytyka stanowiska judykatury niemieckiej wymagającego od powoda zabezpieczenia obejmującego *a priori* koszty postępowania za wszystkie instancje, jako stanowiącego nieproporcjonalną ingerencję w prawo dostępu do sądu (s. 46 i s. 166)[20].

W rozdziale 4 autor dokonuje ponadto negatywnej oceny przewidzianego w prawie niemieckim ograniczenia zwolnienia od kaucji do sytuacji, w której powód posiada wystarczający majątek w Niemczech (§ 110 ust. 2 pkt 3 ZPO; por. art. 1120 pkt 1 k.p.c.), podczas gdy dostatecznym warunkiem uchylenia obowiązku złożenia zabezpieczenia powinno być jego zdaniem posiadanie majątku w państwie członkowskim Unii Europejskiej (s. 178). Zapatrywanie to nie jest jednak do końca konsekwentne, albowiem w innym miejscu autor trafnie podnosi, że traktowanie egzekucji w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej na równi z egzekucją w kraju nie ma wciąż dostatecznych podstaw, a generalne zwolnienie podmiotów mających miejsce zwykłego pobytu na terytorium Unii Europejskiej z obowiązku złożenia zabezpieczenia jest z teoretycznego punktu widzenia nieusprawiedliwione (s. 137).

Przy analizie zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu w postępowaniu przed sądem polubownym zasadnicze zagadnienie, z jakim przyszło się zmierzyć autorowi, sprowadzało się do tego, czy i na jakiej podstawie sąd polubowny może zarządzić zabezpieczenie zwrotu kosztów, jeżeli stosownych postanowień brak w regulaminie postępowania[21], a zarazem strony nie określiły reguł zabezpieczenia w treści zapisu. Markus Altenkirch udziela w tej mierze odpowiedzi twierdzącej, opierając ją nie tyle na ogólnej swobodzie sądu arbitrażowego do określania właściwych reguł postępowania (por. art. 1184 § 2 k.p.c.)[22], lecz na przysługującej sądom polubownym zgodnie z ustawą modelową UNICTRAL[23] samodzielnej kompetencji do orzekania w przedmiocie środków tymczasowych i zabezpieczających (por. art. 1181 k.p.c.), traktując kaucję – zgodnie z dominującym stanowiskiem doktryny – jako postać zabezpieczenia orzekanego przez sąd polubowny (s. 213–217)[24]. Taka kwalifikacja kaucji aktorycznej implikuje pytanie o przemienny charakter kompetencji sądu polubownego i sądu powszechnego do orzeczenia zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu w postępowaniu arbitrażowym (por. art. 1166 § 1 k.p.c.). Autor preferuje w tym zakresie wyłączną kompetencję sądu polubownego, choć przyznaje, że *de lege lata* na tle większości krajowych rozwiązań recypujących postanowienie art. 17 J. ustawy modelowej UNCITRAL[25]

20 W doktrynie polskiej tak również P. Rylski (w:) H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. Artykuły 1096–1217*, Warszawa 2013, s. 248; odmiennie K. Piasecki (w:) K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom IV. Komentarz do artykułów 1097–1217*, Warszawa 2013, uwaga 2 do art. 1123 (Legalis); J. Ciszewski (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks…*, dz. cyt., s. 396.

21 Postanowienia zezwalające sądowi polubownemu na zarządzenie zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu mają wyjątkowy charakter – zob. np. art. 25.2 regulaminu London Court of International Arbitration (LCIA) lub art. 24.1 (k) Singapore International Arbitration Centre (SIAC Rules); por. też P. Pietkiewicz (w:) A. Szumański (red.), *System prawa handlowego. Tom 8. Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010, s. 557.

22 Tak przykładowo w literaturze austriackiej N. Schoibl (w:) H.W. Fasching, A. Konecny (red.), *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen. 2. Band/1. Teilband. EGZPO, §§ 1 bis 73 ZPO*, Wien 2002, s. 814; Ch. Hausmaninger (w:) H.W. Fasching, A Konecny (red.), *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen. 4. Band/2. Teilband.* §§ 577 bis 618 ZPO, Wien 2007, s. 697.

23 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (dostęp 17 stycznia 2014 r.), art. 17.

24 Co do problemów związanych z zastosowaniem tej koncepcji w ramach regulacji postępowania arbitrażowego zawartej w części V k.p.c., zob. W. Sadowski, *Zabezpieczenie kosztów postępowania w arbitrażu handlowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2005, z. 4, s. 1141–1142. Zważyć też trzeba, że odmiennie aniżeli w prawie niemieckim, według tradycyjnego stanowiska polskiej literatury i orzecznictwa zabezpieczenie roszczenia o zwrot kosztów procesu w ramach postępowania zabezpieczającego prowadzonego przez sąd powszechny jest wykluczone – zob. postanowienie SN z 3 czerwca 1971 r., I CZ 57/71, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych" 1972, nr 6, poz. 105 z aprobującą glosą W. Broniewicza. W nowszej literaturze stanowisko to bywa jednak w całości lub częściowo kwestionowane.

25 „A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power

zabezpieczenie kosztów procesu arbitrażowego lub środek o zbliżonej funkcji mogą zostać orzeczone także przez sąd państwowy (s. 224–228).

Wreszcie, gdy chodzi o problem podstaw zarządzenia kaucji, w książce odrzucono szeroko aprobowaną koncepcję zakładającą zasadność żądania zabezpieczenia zwrotu kosztów tylko wówczas, gdy między dokonaniem zapisu a wytoczeniem powództwa dojdzie do zmiany stosunków zmniejszającej prawdopodobieństwo powodzenia egzekucji orzeczenia o kosztach[26]. W to miejsce zaproponowano, aby wystarczającą podstawą zabezpieczenia było ryzyko niewykonania rozstrzygnięcia zasądzającego zwrot kosztów procesu, co nawiązuje do poglądów piśmiennictwa angielskiego i tamtejszej praktyki (s. 234–240). Kaucja obciążałaby także powodów mających siedzibę i dysponujących majątkiem w państwach będących stronami konwencji nowojorskiej[27], jeżeli szanse na przeprowadzenie skutecznej egzekucji w tych państwach są niewielkie (s. 248–250). Na obszar sądownictwa polubownego autor przenosi także zaaprobowane przez niego uprzednio na tle regulacji krajowych odstępstwa od kaucji w razie niemożności jej zapłaty (*Ausnahme der Unbezahlbarkeit*) i co do powództwa wzajemnego, pod warunkiem że stanowi ono *in casu* środek obrony pozwanego. Rozważania kończy sugestią, aby z racji zróżnicowanych stanowisk praktyki i literatury międzynarodowej, strony zamierzające zagwarantować sobie możliwość skorzystania z zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu w postępowaniu przed sądem polubownym umieszczały stosowne postanowienia w treści zapisu lub dokonywały zapisu na rzecz instytucji, której regulamin dopuszcza wprost możliwość żądania kaucji aktorycznej. Z tą praktyczną wskazówką trudno się nie zgodzić.

in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration".

26 Zob. np. M. Roth, *Tendenzen im Internationalen Kostenrecht – erläutert am Beispiel des Entwurfs eines neuen österreichischen Schiedsverfahrensrechts*, „SchiedsVZ" 2004, z. 2, s. 69. W literaturze polskiej o koncepcji tej wspomina W. Sadowski, *Zabezpieczenie*…, dz. cyt., s. 1138.

27 Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r. (Dz.U. z 1962 r., nr 9, poz. 41).

IV

Książka M. Altenkircha stanowi udaną próbę syntetycznej prezentacji niemieckiego i angielskiego podejścia do zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu oraz ukazania na tym tle specyfiki postępowania arbitrażowego. Niniejsza recenzja, choć celowo przyjęto w niej opisową formułę, jedynie w części może przybliżyć spektrum wątków podejmowanych przez autora. Z punktu widzenia polskiego czytelnika na podkreślenie zasługuje, że szereg tez wyrażonych w recenzowanej pozycji może służyć jako wskazówka do rozstrzygania analogicznych problemów pojawiających się na tle przepisów art. 1119 i n. k.p.c. lub jako inspiracja do dyskusji nad pożądanym kształtem tych przepisów w przyszłości. Należą do nich zwłaszcza uwagi na temat rodzajów postępowań, w których aktualne jest zabezpieczenie zwrotu kosztów procesu[28], obowiązku złożenia kaucji w przypadku współuczestnictwa procesowego lub interwencji ubocznej po stronie powodowej (s. 26–27), znaczenia umów międzynarodowych jako podstawy uchylenia obowiązku złożenia kaucji (s. 47–56), czy też – *de lege ferenda* – katalogu podmiotów obowiązanych do zabezpieczenia zwrotu kosztów postępowania. Ze względu na brak w części V k.p.c. szczególnych przepisów dotyczących zabezpieczenia zwrotu kosztów procesu arbitrażowego, w arbitrażach podlegających tym przepisom (art. 1154 k.p.c.) są w pełni aktualne także rozważania autora dotyczące sygnalizowanej jak dotąd jedynie w polskim piśmiennictwie, acz ważkiej problematyki zabezpieczenia zwrotu kosztów w postępowaniu przed sądem polubownym.

Recenzowaną książkę można z przekonaniem polecić wszystkim osobom zajmującym się naukowo i praktycznie szeroko rozumianym międzynarodowym prawem procesowym cywilnym oraz problematyką sądownictwa polubownego.

28 Przyjmowane w polskiej doktrynie stanowisko, uznające dopuszczalność żądania kaucji w postępowaniu ze skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego (art. 1205 i n. k.p.c.), a także w postępowaniu o ustalenie uznania i o zezwolenie na wykonanie zagranicznego orzeczenia (art. 1148 i 1151 k.p.c.) odpowiada wnioskom M. Altenkircha (s. 190–192).

Marcin Stębelski

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Wyrok TK z dnia 15 października 2013 r., P 26/11, OTK 2013, nr 7A, poz. 99

Administracyjne kary pieniężne

1. Art. 79c ust. 3 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz.U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 i Nr 203, poz. 1351, z 2011 r. Nr 106, poz. 622, Nr 117, poz. 678, Nr 138, poz. 809, Nr 152, poz. 897 i Nr 171, poz. 1016 oraz z 2012 r. poz. 951 i 1513), **w brzmieniu obowiązującym od 12 marca 2010 r. do 19 lipca 2011 r., przez to, że przewiduje niepodlegającą miarkowaniu karę pieniężną w wysokości 10 000 zł za nieterminowe przekazanie zbiorczego zestawienia danych o odpadach, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

2. Art. 79c ust. 3 w związku z art. 79d ust. 3 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z:

a) art. 2 w związku z art. 184 Konstytucji,

b) art. 2 w związku z art. 42 ust. 2 i 3 Konstytucji.

Pytanie prawne skierowane do Trybunału Konstytucyjnego dotyczyło odpowiedzialności administracyjnej małego przedsiębiorcy, który nie dopełnił obowiązku terminowego złożenia rocznego zestawienia obejmującego m.in. dane na temat rodzaju i ilości odpadów oraz o sposobach gospodarowania nimi. Obwiniony przedsiębiorca został ukarany karą administracyjną w ustalonej ustawą wysokości 10 000 zł. W toku postępowania administracyjnego nie uwzględniono wyjaśnień przedsiębiorcy, który starał się wykazać brak winy w nieterminowym złożeniu wymaganego zestawienia. Wskazywał również, że nałożona na niego kara jest wygórowana i rażąco niewspółmierna do rodzaju uchybienia.

Wątpliwości pytającego sądu dotyczyły w głównej mierze adekwatności rodzaju sankcji przewidzianej przez ustawodawcę oraz zakresu jej dolegliwości względem dobra chronionego, jakim jest zachowanie zasobów środowiska naturalnego. Zdaniem sądu ustawodawca posłużył się administracyjną karą pieniężną, która miała w istocie rzeczy charakter represyjny. Odnosiła się w równym stopniu do zachowań odmiennych, o negatywnych skutkach dla środowiska, bez możliwości jej miarkowania. Była przez to nieproporcjonalna (nadmiernie dolegliwa), co świadczyło o jej niezgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 konstytucji).

Ustawa o odpadach z 2001 r., będąca przedmiotem pytania prawnego, została uchylona w 2012 r. Trybunał Konstytucyjny uznał jednak dopuszczalność orzekania o nieobowiązującym art. 79c ust. 3 tej ustawy, ponieważ przepis ten stanowił podstawę oceny legalności decyzji wydanej w sprawie ukaranego przedsiębiorcy. Trybunał Konstytucyjny zwrócił również uwagę na zmianę charakteru sankcji przewidzianych w ustawie z 2001 r. za naruszenie obowiązków sprawozdawczych. Pierwotnie sankcję taką stanowiła grzywna orzekana przez sąd karny (od 20 do 5000 zł), zastąpiona – w 2010 r. karą pieniężną o stałej wysokości (10 000 zł).

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego administracyjne kary pieniężne zaliczane są do szerszej kategorii prawa represyjnego, któremu odpowiada pojęcie „postępowanie karne", zastosowane w art. 42 konstytucji. Pojęcie to należy rozumieć autonomicznie, odnosząc je w ogólniejszy sposób do różnych typów odpowiedzialności karno-represyjnej. Nie oznacza to bynajmniej możliwości automatycznego przypisywania karom

administracyjnym cech podobnych do kar orzekanych w postępowaniu karnym. Trybunał wyróżnił kilka funkcji kar administracyjnych. Stanowią one – w pierwszej kolejności – przejaw władczej ingerencji państwa w sferę praw majątkowych jednostek stojących na zewnątrz administracji. Oprócz tego mają być odpłatą za naruszenie lub niewykonanie obowiązków ustawowych (funkcja represyjna). Stopień represyjności sankcji, a więc nadanie jej odpowiedniego wymiaru, wiąże się również z funkcją dyscyplinująco-przymuszającą. Ustawowa groźba nałożenia dolegliwej kary pieniężnej przyczynia się do realizacji celów przewidzianych przez ustawodawcę. Kary administracyjne pełnią wreszcie funkcję redystrybucyjną, polegającą na wydatkowaniu kwot uzyskanych z tytułu nałożonych kar – na cele zbliżone do tych, których nie osiągnięto z uwagi na działania niezgodne z prawem.

Kara przewidziana na podstawie kwestionowanego przepisu ustawy stanowiła formę administracyjnego zabezpieczenia wykonania przez przedsiębiorcę spoczywającego na nim obowiązku sprawozdawczego. Trybunał poddał tę karę testowi proporcjonalności, wskazując jednocześnie, że sam argument o represyjności sankcji administracyjnej, która nie jest tak dolegliwa, aby stanowić karę *sensu stricto*, nie może przesądzać o jej niekonstytucyjności. Niewątpliwie obowiązek sprawozdawczy, w tym ujawnienie administracji zestawienia o odpadach, stanowi element systemu ochrony środowiska. W tym sensie kwestionowane rozwiązanie uznano nie tylko za przydatne, ale wręcz za konieczne do realizacji celów legitymowanych konstytucyjnie. Trybunał uznał również, że kwestionowana kara pieniężna jest rozwiązaniem efektywnym. Przywołano na tym tle dane statystyczne świadczące o znacznym zmniejszeniu liczby naruszeń obowiązków sprawozdawczych, w tym o spadku (niekiedy nawet o 112%) liczby sprawozdań składanych po terminie. W tym kontekście o niezgodności badanego rozwiązania z Konstytucją RP przesądziła nie tyle sama wysokość nakładanej kary, co stwierdzona kumulacja kilku elementów sankcji: jej bezwzględnej wysokości w stosunku do czynu, automatyzmu jej wymierzania oraz braku występowania w praktyce możliwości miarkowania jej wysokości. Te trzy cechy analizowanej sankcji administracyjnej przesądziły łącznie o uznaniu jej za niezgodną z art. 2 konstytucji.

Trybunał odmówił uznania karnego charakteru kwestionowanej kary. Mimo to stwierdził adekwatność art. 42 ust. 1–3 konstytucji jako wzorców kontroli w odniesieniu do badanej sankcji administracyjnej. Na tym tle raz jeszcze potwierdzono pogląd o konieczności autonomicznego rozumienia pojęcia „odpowiedzialność karna", użytego w powołanym przepisie Konstytucji RP, rozciągając jego zakres znaczeniowy również na inne rodzaje odpowiedzialności represyjnej, niezwiązane z wymierzaniem kar jednostkom. W ślad za tym stanowiskiem Trybunał odniósł się do okoliczności wynikających z badanej kary. Zaznaczył, że w postępowaniu administracyjnym w sprawie nałożenia sankcji pieniężnej nie dochodzi do stwierdzenia winy sprawcy. Oznacza to, że prawo do obrony ma tutaj mniejsze znaczenie niż w postępowaniu karnym *sensu stricto*. Prawo do obrony może być zatem przyznane na późniejszym etapie, a więc wówczas, kiedy dochodzi do zakwestionowania legalności nałożonej sankcji. Trybunał podkreślił brak możliwości uznania kwestionowanej kary administracyjnej za niezgodną z art. 42 ust. 2 konstytucji. Podobne stanowisko zajęto w odniesieniu do art. 42 ust. 3 konstytucji, uznając, że zasada domniemania niewinności nie może być stosowana do sankcji administracyjnych, skoro z punktu widzenia ładu gospodarczego główne znaczenie ma przede wszystkim przestrzeganie lub nieprzestrzeganie prawa.

Wyrok TK z dnia 5 listopada 2013 r., K 40/12, niepublikowany

Stypendia naukowe dla studentów

1. Art. 184 ust. 4 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. z 2012 r. poz. 572, 742 i 1544 oraz z 2013 r. poz. 675 i 829) **w zakresie, w jakim wyłącza prawo studentów studiujących równocześnie na kilku kierunkach studiów do otrzymywania stypendiów, o których mowa w art. 173 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, jest zgodny z art. 32 ust. 1 w związku z art. 2**

i art. 70 ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Art. 184 ust. 5 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym w zakresie, w jakim wyłącza prawo studentów kontynuujących naukę na drugim kierunku po ukończeniu jednego kierunku studiów do otrzymywania stypendiów, o których mowa w art. 173 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, jest zgodny z art. 32 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 70 ust. 4 Konstytucji.

Wątpliwości wnioskodawcy – Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO) – budziły dwa unormowania zawarte w ustawie – Prawo o szkolnictwie wyższym, regulujące zasady przyznawania studentom środków pomocy materialnej finansowanej z budżetu państwa. W myśl zakwestionowanych rozwiązań student studiujący na kilku kierunkach studiów może uzyskać pomoc stypendialną tylko na jednym kierunku; student, który po ukończeniu jednego kierunku i uzyskaniu tytułu zawodowego magistra (lub równorzędnego) kontynuuje naukę na innym kierunku, nie ma prawa do uzyskania pomocy stypendialnej.

Zarzut sformułowany przez RPO odnosił się do naruszenia zasady równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 konstytucji). W ocenie RPO celem pomocy realizowanej w formie analizowanego rodzaju stypendium ma być finansowe wynagradzanie ponadprzeciętnych osiągnięć edukacyjnych najlepszych studentów oraz motywacja ich do nauki. Cel ten nie jest uzależniony od liczby kierunków realizowanych przez studenta. Cechę relewantną mającą stanowić kryterium zróżnicowania jest wyłącznie status studenta oraz osiąganie wyróżniających się wyników w nauce. Na tej podstawie RPO uznał, że w obrębie kategorii studentów studiujących na więcej niż jednym kierunku dochodzi do nierównego traktowania tych studentów, którzy uzyskują dobre wyniki w nauce na więcej niż jednym kierunku. Działanie zgodne z zasadą równości powinno – w ocenie wnioskodawcy – polegać na przyznaniu świadczeń stypendialnych każdemu studentowi mającemu wysoką średnią ocen oraz wyróżniającemu się w nauce, niezależnie od liczby studiowanych kierunków. Kwestionowane przepisy nie mają bezpośredniego związku z celem regulacji oraz wprowadzają nieproporcjonalne zróżnicowanie, które nie ma charakteru relewantnego.

Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na znaczne zmiany legislacyjne dotyczące form pomocy materialnej dla studentów, jakie wprowadzono w 2011 r. Posłużył się także rozróżnieniem stypendiów stanowiących pomoc materialną o charakterze motywacyjnym (objęte wnioskiem RPO stypendium rektora dla najlepszych studentów oraz stypendium ministra za wybitne osiągnięcia) oraz tych, które realizują ściśle rozumianą funkcję socjalną (stypendium socjalne, stypendium specjalne dla osób niepełnosprawnych, zapomogi). Następnie Trybunał stwierdził, że art. 70 ust. 4 konstytucji może stanowić adekwatny wzorzec kontroli zakwestionowanych unormowań. Przepis ten ma nie tylko charakter programowy albo gwarancyjny wobec ogólnego prawa do nauki (art. 70 ust. 1 konstytucji). Jest też źródłem prawa podmiotowego do równego dostępu do pomocy finansowej mającej na celu wyrównywanie przez państwo szans edukacyjnych. W ocenie Trybunału stypendia wspomniane we wniosku RPO, uzyskiwane za wyniki w nauce oraz szczególne osiągnięcia, służą także wyrównywaniu szans edukacyjnych, a ich przyznawanie wiąże się przez to z celem wyrażonym w art. 70 ust. 4 konstytucji. Osiągnięcie tego celu polega nie tylko na stworzeniu możliwości studiowania w szkole wyższej. Oznacza również zapewnienie możliwości zdobywania wiedzy na odpowiednim poziomie. Motywacyjna funkcja stypendium naukowego nie dyskwalifikuje tego rodzaju pomocy jako instrumentu zapewniającego powszechny dostęp do wykształcenia. Ustawodawca posiada jednak znacznie większą swobodę w określaniu kształtu normatywnego tego rodzaju stypendiów w stosunku do innych form pomocy materialnej dla studentów. Decydując się na wprowadzenie stypendiów mających w głównej mierze znaczenie motywacyjne, musi mieć na uwadze nakaz powszechnego i równego dostępu do nauki postrzegany jako uszczegółowienie ogólnej zasady równości.

Zarzut naruszenia tej zasady miał kluczowe znaczenie z punktu widzenia przedmiotu wniosku RPO. Przystępując do analizy tego zarzutu, Trybunał podzielił pogląd

wnioskodawcy, zgodnie z którym oba kwestionowane przepisy ustawy prowadzą do nierównego traktowania podmiotów podobnych. Grupę taką stanowią bowiem wszystkie osoby mające status studenta oraz osiągające wysoką średnią ocen na danym kierunku studiów. W przeciwieństwie jednak do wnioskodawcy Trybunał uznał zaistniałe zróżnicowanie za usprawiedliwione, odwołując się do utrwalonego w swoim orzecznictwie testu oceny naruszenia zasady równości, obejmującego badanie racjonalności, proporcjonalności i powiązania danego zróżnicowania z innymi normami, zasadami lub wartościami konstytucyjnymi.

Na wstępie Trybunał wyraził ogólniejsze stanowisko, zgodnie z którym ustawodawca ma znaczną swobodę w sferze polityki ekonomiczno-społecznej państwa. Przekłada się to także na większe możliwości posługiwania się wyjątkami od zasady równości. Badane zróżnicowanie uznano za relewantne z punktu widzenia celu i treści ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym. Sprzyja bowiem realizacji nałożonego na władze publiczne obowiązku tworzenia i wspierania systemu indywidualnej pomocy finansowej. Jednocześnie fakt upowszechnienia i urealnienia pomocy socjalnej dla najuboższych studentów, przy niezmienności poziomu dotacji państwowej na pomoc materialną, spowodował konieczność ograniczenia wydatków m.in. na stypendia naukowe. Z tego względu wprowadzone zróżnicowanie było proporcjonalne, biorąc pod uwagę ograniczone środki finansowe przeznaczone na finansowanie wszystkich stypendiów oraz konieczność wyboru między wsparciem socjalnym a motywacyjnym. Ustawodawca mógł, co prawda, nie posługiwać się odstępstwem od zasady równości, przewidując np. zmniejszenie wysokości stypendiów za wyniki w nauce oraz wypłacać je na więcej niż jednym kierunku studiów. Podjął jednak inną decyzję, do czego był uprawniony. Trybunał Konstytucyjny stwierdził przy tym, że rozpatrywane zróżnicowanie było zgodne z zasadą sprawiedliwości społecznej. Zrównanie dostępu studentów do pomocy materialnej, bez względu na formę świadczenia, urzeczywistnia bowiem podstawowy cel systemu wsparcia finansowego, jakim jest umożliwienie uzyskania wykształcenia wyższego osobom w trudnej sytuacji materialnej. Uzasadnione jest modyfikowanie zasad przyznawania stypendiów o charakterze motywacyjnym („każdemu według zasług") z uwagi na postulat upowszechnienia dostępu do kształcenia wyższego („każdemu według potrzeb"). Z podobnego powodu uzasadnione jest także – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – wyłączenie prawa do uzyskiwania stypendiów w stosunku do osób, które legitymują się tytułem naukowym magistra. Okoliczność ukończenia jednego kierunku studiów zwalnia władze publiczne z obowiązku dalszego wspierania lub nagradzania za szczególne osiągnięcia osób, które zdecydowały się na kontynuowanie edukacji na kolejnym kierunku studiów.

Wyrok TK z dnia 26 listopada 2013 r., P 33/12, niepublikowany

Zaprzeczenie ojcostwa

1) art. 71 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2012 r. poz. 788, ze zm.),

2) art. 456 § 3 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, ze zm.) **w zakresie, w jakim odnosi się do sprawy zaprzeczenia ojcostwa,**

– są niezgodne z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz w związku z art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z 1995 r. Nr 36, poz. 175, 176 i 177, z 1998 r. Nr 147, poz. 962, z 2001 r. Nr 23, poz. 266, z 2003 r. Nr 42, poz. 364 oraz z 2010 r. Nr 90, poz. 587).

Z pytaniami prawnymi do Trybunału Konstytucyjnego zwróciły się sądy rozpatrujące sprawy o zaprzeczenie ojcostwa. W toku postępowania w każdej ze spraw zastosowanie miał art. 71 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej: k.r.o.), wyłączający możliwość zaprzeczenia ojcostwa po śmierci dziecka. W ocenie pytających sądów brak możliwości ustalenia więzi rodzinnej zgodnie z pochodzeniem biologicznym dziecka stoi w sprzeczności z kon-

stytucyjnym prawem do ochrony rodzicielstwa. Zaprzeczenie ojcostwa po śmierci dziecka może odpowiadać wewnętrznej potrzebie określenia tożsamości zmarłego dziecka oraz umożliwić jego biologicznemu ojcu potwierdzenie faktu ojcostwa. Dotyczy zatem bezpośrednio sfery życia rodzinnego i prywatnego. Rozwiązanie przyjęte w art. 71 k.r.o. wprowadza – zdaniem pytających sądów – niedopuszczalne ograniczenie prawa jednostki do samodzielnego kształtowania tej właśnie sfery.

Unormowania ustawowe dotyczące filiacji, rozpatrywane w odniesieniu do art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz w związku z art. 18 konstytucji, były już przedmiotem oceny Trybunału Konstytucyjnego w wyroku SK 61/06 (OTK ZU nr 7/A/2007, poz. 77). Poczynione wówczas ustalenia stały się istotnym punktem odniesienia dla omawianego wyroku. Trybunał Konstytucyjny podtrzymał stanowisko, zgodnie z którym gwarancje przewidziane w art. 47 konstytucji należy odczytywać w ścisłym związku z art. 18 konstytucji oraz w jego kontekście. Przepis ten jest podstawą konstytucyjnego prawa do prawnej ochrony życia rodzinnego, obejmującego w szczególności odpowiednią ochronę małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa jako wartości o szczególnym znaczeniu dla społeczeństwa. Prawo do ochrony rodzicielstwa wpisuje się w szerszy kontekst prawa do ochrony życia rodzinnego i zakłada ochronę całej rodziny oraz dobra wszystkich jej członków. Tym niemniej prawo to nie jest ściśle powiązane z pozostałymi elementami art. 18 konstytucji. Przysługuje ono zatem nie tylko rodzicom pozostającym w małżeństwie, ale także rodzicom dzieci pozamałżeńskich. Wyjściowym warunkiem zapewnienia prawnej ochrony tego prawa jest ustalenie faktu rodzicielstwa.

Istotą problemu konstytucyjnego w badanej sprawie było ustalenie, czy ograniczenie prawa do ochrony rodzicielstwa obejmującego prawo ustalenia rzeczywistych więzów pokrewieństwa jest uzasadnione ochroną innych wartości konstytucyjnych oraz czy mieści się w granicach wyznaczonych przez zasadę proporcjonalności. Trybunał Konstytucyjny dokonał porównania racji przemawiających za wprowadzeniem kwestionowanej regulacji (doprowadzenie do zgodności stanu prawnego z biologicznym w kontekście stosunków rodzicielstwa) z treścią praw chronionych konstytucyjnie oraz tych, które podlegają ochronie na podstawie art. 8 konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Na tym tle stwierdził, że rozwiązanie ustawowe nie służy ochronie żadnego z konstytucyjnych dóbr (art. 31 ust. 3 konstytucji). Nie służy w szczególności ochronie dobra zmarłego dziecka. Z tego względu stwierdzenie niekonstytucyjności art. 71 k.r.o. wynikało z braku uzasadnienia dla posłużenia się przez ustawodawcę ograniczeniem praw podmiotowych ukształtowanych na podstawie art. 47 w związku z art. 18 konstytucji. Trybunał zaznaczył, że wobec stwierdzenia braku konieczności wprowadzenia ograniczeń rozważanie zagadnienia proporcjonalności było bezprzedmiotowe. Tym niemniej w uzasadnieniu omawianego wyroku znalazło się również stwierdzenie, zgodnie z którym dążenie do realizacji ustawowej zasady niezmienności stanu cywilnego po śmierci człowieka jest niewspółmierne w stosunku do ingerencji w prawo do ochrony życia rodzinnego oraz prawo mężczyzny do ochrony rodzicielstwa. Uczucia rodziców oraz ich potrzeba ustalenia rodzicielstwa dziecka uznane zostały przez to za donioślejsze od wartości, które przyświecały ustawodawcy posługującemu się kwestionowanym rozwiązaniem.

Nawiązanie do wyroku SK 61/06 miało – na gruncie rozpatrywanej sprawy – znaczenie nie tylko w kontekście wypowiedzi Trybunału na temat wzorców kontroli (art. 47 w związku z art. 18 konstytucji). Dotyczyło także skutków tamtego rozstrzygnięcia w kontekście obowiązujących unormowań ustawowych. Po wyroku w sprawie SK 61/06 ustawodawca zdecydował się na zmianę zasad uznania ojcostwa, które – w obecnym stanie prawnym – może nastąpić również po śmierci dziecka (art. 76 § 2 k.r.o.). Z tego względu analizowana tutaj wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego odnosząca się do zasad zaprzeczenia ojcostwa, a więc czynności poprzedzającej ustalenie ojcostwa, umożliwia dodatkowo realizację ustaleń poczynionych we wcześniejszym wyroku Trybunału.

Do wyroku zgłoszono jedno zdanie odrębne. Wskazano w nim, że kwestionowany przepis miał na celu ochronę praw nieżyjącego dziecka. Zapobiegał posługiwa-

niu się instytucją uznania dziecka w zamiarze uzyskania korzyści majątkowych, co należało uznać za rozwiązanie odpowiadające zasadzie sprawiedliwości społecznej.

Wyrok TK z dnia 3 grudnia 2013 r., P 40/12, niepublikowany

Wpis małżonków do ewidencji rolników

I. Art. 12 ust. 4 ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o krajowym systemie ewidencji producentów, ewidencji gospodarstw rolnych oraz ewidencji wniosków o przyznanie płatności (Dz.U. z 2012 r. poz. 86) **w zakresie, w jakim nie przewiduje dopuszczalności nadania osobnych numerów identyfikacyjnych każdemu z małżonków, w sytuacji gdy istnieje między nimi rozdzielność majątkowa i posiadają odrębne gospodarstwa rolne:**

– nie jest niezgodny z wynikającymi z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasadami zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz poprawnej legislacji,

– jest niezgodny z art. 32 ust. 1 w związku z art. 18 Konstytucji.

II

Przepis wymieniony w części I, w zakresie tam wskazanym, traci moc obowiązującą z upływem 18 (osiemnastu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Sprawa zainicjowana pytaniem prawnym Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) dotyczyła małżeństwa rolników pozostających w ustroju rozdzielności majątkowej, prowadzących odrębne gospodarstwa rolne. Właściwy organ (Kierownik Biura Powiatowego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa) odmówił wpisu do ewidencji producentów rolnych i nadania numeru identyfikacyjnego jednemu z małżonków, powołując się na brzmienie art. 12 ust. 4 ustawy o krajowym systemie ewidencji producentów, ewidencji gospodarstw rolnych oraz ewidencji wniosków o przyznanie płatności (dalej: ustawa). Zgodnie z tym przepisem w przypadku małżonków oraz podmiotów będących współposiadaczami gospodarstwa rolnego nadaje się jeden numer identyfikacyjny. Przypada on osobie, względem której współmałżonek wyraził pisemną zgodę. Tak jednoznacznie sformułowany przepis nie uwzględnia – zdaniem NSA – sytuacji faktycznej, w której małżonkowie posiadają i prowadzą odrębne gospodarstwa rolne niewchodzące w skład majątku wspólnego.

Zarzuty sformułowane przez NSA względem kwestionowanego przepisu ustawy dotyczyły z jednej strony naruszenia zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 konstytucji), z drugiej zaś odnosiły się do treści art. 18 konstytucji w związku z zasadą równości i zakazem dyskryminacji. Sąd wskazywał na wprowadzenie do systemu prawa przepisów, które nie realizują żadnego celu ustawodawcy. Brak takiego celu powiązano z zakazem przyznania osobnych numerów identyfikacyjnych rolnikom posiadającym odrębne gospodarstwa rolne – wyłącznie z powodu pozostawania przez nich w związku małżeńskim. W efekcie istniejące unormowanie może zniechęcać do zawarcia małżeństwa bądź też zachęcać małżonków do jego rozwiązania, skoro pozostawanie poza takim związkiem jest – z przyczyn majątkowych – bardziej korzystne. Kwestionowany przepis prowadził – w ocenie NSA – do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji podmiotów podobnych (posiadaczy gospodarstw rolnych), a jednocześnie powodował pogorszenie sytuacji rolników pozostających w związku małżeńskim.

Rozstrzygnięcie problemu konstytucyjnego poprzedziła dokładna analiza obowiązujących uregulowań ustawowych dotyczących systemu zarządzania i kontroli w związku z reformą wspólnej polityki rolnej. Wprowadzony w Polsce krajowy system ewidencji rolników służyć ma realizacji wymagań wynikających bezpośrednio z unormowań prawa Unii Europejskiej. Jego podstawowym celem jest zapewnienie prawidłowości podczas przyznawania wsparcia finansowego dla producentów rolnych. Wpisanie do ewidencji i nadanie numeru identyfikacyjnego jest natomiast warunkiem uzyskania pomocy w ramach działań skierowanych bezpośrednio do rolników.

Trybunał Konstytucyjny nie podzielił zarzutu NSA dotyczącego naruszenia zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. W ocenie Trybunału zasada ta może być adekwatnym wzorcem

kontroli jedynie w odniesieniu do takich przepisów, które podlegały zmianom po ich ustanowieniu. Kwestionowany przepis nie był zaś nowelizowany od momentu jego wejścia w życie. Naruszenie zasady poprawnej legislacji nie może się przy tym opierać na zarzucie dotyczącym braku możliwości zidentyfikowania celu przepisu ustawy wskazanego w pytaniu prawnym. Trybunał nie uwzględnił również argumentu odnoszącego się do niespójności kwestionowanej regulacji z przepisami określającymi zasady kształtowania stosunków majątkowych między małżonkami. W tym zakresie kontrola miałaby bowiem charakter poziomy, co leży poza kompetencjami Trybunału.

W ocenie Trybunału art. 18 konstytucji zawiera normę nakazującą podejmowanie przez państwo działań umacniających więzi między osobami tworzącymi rodzinę, zwłaszcza więzi między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami. Zarzut naruszenia tej normy rozpatrywany był w związku z zasadą równości. W badanej sprawie cechą relewantną służącą do wyznaczenia grupy podmiotów podobnych było posiadanie gospodarstwa rolnego. Z tego względu nakaz równego traktowania odniesiono do osób pozostających w związku małżeńskim, prowadzących gospodarstwo odrębne od gospodarstwa drugiego małżonka, jak również osób prowadzących takie gospodarstwo i niepozostających w związku małżeńskim. Istniejące zróżnicowanie obu rodzajów podmiotów posiadających tę samą cechę wspólną uznane zostało za nieusprawiedliwione. Zróżnicowanie to nie pozostaje w bezpośrednim związku z celem przepisów, w których zawarta jest kwestionowana norma. Brak możliwości dokonywania osobnych wpisów do ewidencji oraz przyznawania różnych numerów identyfikacyjnych służyć miał wykluczeniu nadużyć polegających m.in. na składaniu podwójnych aplikacji o dofinansowanie – w odniesieniu do jednego gospodarstwa rolnego. Tymczasem stosowanie kwestionowanego przepisu może prowadzić do pozbawienia wsparcia finansowego tej kategorii rolników pozostających w związku małżeńskim, którzy posiadają odrębne gospodarstwa. Świadczy to także o nieproporcjonalności badanej regulacji. Wprowadzenie zróżnicowania nie tylko nie służyło realizacji wartości konstytucyjnej, ale – co podkreślił Trybunał – naruszało te wartości, które wyraża art. 18 konstytucji.

Anna Michalak

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE (druga izba) z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie C-78/12 *„Ewita-K" EOOD przeciwko Direktor na direkcija „Obżałwane i uprawlenie na izpyłnenieto", Sofija, pri Centralno uprawlenie na Nacionałnata agencija za prichodite* – zasada neutralności VAT a wymóg rzeczywistego dokonania transakcji opodatkowanej

Stan faktyczny

Wyrok zapadł na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i dotyczy wykładni art. 14 ust. 1, art. 178 lit. a), art. 185 ust. 1, art. 226 pkt 6 i art. 242 dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz. L 347, s. 1) – dalej: dyrektywa 2006/112.

„Ewita-K" (dalej: podatnik, spółka) to spółka prawa bułgarskiego prowadząca działalność przede wszystkim w zakresie obrotu żywymi zwierzętami. Przedstawiła ona dziewięć faktur w celu odliczenia w formie zaliczki wykazanego na nich podatku VAT. Faktury, wystawione we wrześniu i październiku 2007 r. przez „Ekspertis-7" EOOD (dalej: kontrahent), dotyczyły dostawy cieląt rzeźnych. Spółka zadeklarowała dokonanie w tym samym okresie wywozu żywych cieląt do Albanii. Potwierdziła ich zakup tymi samymi fakturami i przedstawiła zgłoszenia celne, zaświadczenia weterynaryjne wskazujące kody z pasków informacyjnych tych zwierząt oraz zaświadczenia weterynaryjne umożliwiające transport zwierząt na terytorium kraju.

W spółce przeprowadzono kontrolę podatkową, w trakcie której służby podatkowe wezwały kontrahenta do przedstawienia informacji dotyczących dostaw wykazanych na fakturach wystawionych spółce. Odpowiedź udzielona przez kontrahenta wykazała – w ocenie służb podatkowych – luki w rachunkowości tej spółki oraz niedopełnienie formalności weterynaryjnych dotyczących między innymi tytułów własności zwierząt i ich pasków informacyjnych. W związku z powyższym służby te uznały omawiane dostawy za niepotwierdzone i w konsekwencji odmówiły podatnikowi prawa do odliczenia podatku VAT od tych dostaw.

W toku postępowania odwoławczego sąd krajowy zwrócił się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym, czy przepisy dyrektywy 2006/112 należy interpretować w ten sposób, że w odniesieniu do prawa do odliczenia podatku VAT pojęcie „dostawa towarów" oraz dowód rzeczywistego dokonania takiej transakcji wymagają formalnego udowodnienia prawa własności dostawcy do dostarczanych towarów, czy też wystarczające jest nabycie prawa własności do owych towarów poprzez wejście w ich posiadanie w dobrej wierze.

Stanowisko TSUE

Trybunał zwrócił uwagę na swoje dotychczasowe orzecznictwo, w którym wyraźnie wskazuje się, że pojęcie „dostawa towarów" zdefiniowane w art. 14 ust. 1 dyrektywy 2006/112 nie odnosi się do przeniesienia własności w formie przewidzianej we właściwych przepisach krajowych, lecz obejmuje każdą transakcję przekazania rzeczy przez stronę, która upoważnia drugą stronę do rozporządzania tą rzeczą, jakby była ona jej właścicielem (zob. wyroki TSUE: z dnia 8 lutego 1990 r. w sprawie C-320/88 oraz z dnia 14 lipca 2005 r. w sprawie C-435/03 i z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-237/09).

Trybunał podkreślił, że to zadaniem sądów krajowych jest ustalić w każdym przypadku, w świetle

okoliczności faktycznych sprawy, czy strona nabyła prawo do rozporządzania rzeczą jak właściciel.

Jednocześnie ciężar udowodnienia spełnienia warunków powstania prawa do odliczenia spoczywa na podmiocie wnioskującym o odliczenie (zob. wyrok TSUE z dnia 26 września 1996 r. w sprawie C-230/94), a zadaniem sądu odsyłającego jest przeprowadzenie zgodnie z krajowymi zasadami dowodowymi całościowej oceny okoliczności faktycznych sporu w sprawie głównej, w celu ustalenia, czy spółce przysługuje prawo do odliczenia z tytułu spornych dostaw (podobnie wyroki TSUE: z dnia 6 września 2012 r. w sprawie C-273/11 oraz z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie C-285/11 i z dnia 31 stycznia 2013 r. w sprawie C-643/11 LVK – 56). W ramach takiej całościowej oceny sąd ten może wziąć pod uwagę informacje dotyczące transakcji wcześniejszych lub późniejszych od tych rozpatrywanych w postępowaniu głównym, a także związane z nimi dokumenty, jak zaświadczenia lub świadectwa wystawione w związku z transportem lub wywozem zwierząt.

W konsekwencji krajowe organy administracyjne i sądowe powinny odmówić prawa do odliczenia, jeżeli zostanie udowodnione na podstawie obiektywnych przesłanek, że prawo to podnoszone jest w celach wiążących się z przestępstwem lub nadużyciem (zob. wyroki TSUE z dnia 6 lipca 2006 r. w sprawach połączonych C-439/04 i C-440/04 i z dnia 21 czerwca 2012 r. w sprawach połączonych C-80/11 i C-142/11). Powyższe ma miejsce w sytuacji przestępstwa podatkowego popełnionego przez samego podatnika albo w sytuacji, gdy wiedział on lub powinien był wiedzieć, że nabywając towary, uczestniczy w transakcji związanej z przestępstwem w zakresie podatku VAT.

Byłoby natomiast – w ocenie TSUE – niezgodne z zasadami rządzącymi prawem do odliczenia przewidzianym w dyrektywie 2006/112 sankcjonowanie odmową tego prawa podatnika, który nie wiedział i nie mógł wiedzieć, że transakcja miała związek z przestępstwem popełnionym przez dostawcę lub że inna transakcja, na wcześniejszym lub późniejszym etapie obrotu niż transakcja dokonana przez owego podatnika, wiązała się z przestępstwem w zakresie podatku VAT (zob. wyrok TSUE z dnia 12 stycznia 2006 r. w sprawach połączonych C-354/03, C-355/03 i C-484/03).

Ponadto Trybunał przypomniał, że organ podatkowy nie może w sposób generalny wymagać, by podatnik zamierzający skorzystać z prawa do odliczenia podatku VAT, po pierwsze, w celu upewnienia się, że podmioty działające na wcześniejszych etapach obrotu nie dopuszczają się nieprawidłowości lub przestępstw podatkowych, badał, czy wystawca faktury za towary lub usługi, z tytułu których ubiega się on o odliczenie, ma status podatnika, czy dysponuje odpowiednimi towarami i czy jest w stanie je dostarczyć, oraz czy wywiązał się z obowiązku złożenia deklaracji i zapłaty podatku VAT, a po drugie – posiadał odpowiednie dokumenty.

Wobec powyższego Trybunał orzekł, iż dyrektywę 2006/112 należy interpretować w ten sposób, że w odniesieniu do prawa do odliczenia podatku VAT dostawa towarów w rozumieniu tej dyrektywy oraz dowód rzeczywistego dokonania takiej transakcji są niezależne od sposobu nabycia prawa własności dostarczanych towarów. Zadaniem sądu odsyłającego jest przeprowadzenie zgodnie z krajowymi zasadami dowodowymi całościowej oceny okoliczności faktycznych rozpatrywanej sprawy, w celu ustalenia, czy sporna w postępowaniu głównym dostawa towarów rzeczywiście miała miejsce, oraz (ewentualnie) czy z jej tytułu przysługuje prawo do odliczenia.

Wyrok TSUE (druga izba) z dnia 8 maja 2013 r. w sprawie C-271/12 *Petroma Transports SA i inni przeciwko państwu belgijskiemu* – prawo do odliczenia podatku naliczonego wynikającego z nieprawidłowych lub niedokładnych faktur

Stan faktyczny

Wyrok zapadł na skutek wniesienia pytania prejudycjalnego i dotyczy wykładni szóstej dyrektywy Rady 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (Dz.Urz. L 145, s. 1), zmienionej dyrektywą Rady 94/5/WE z dnia 14 lutego 1994 r. (Dz.Urz. L 60, s. 16) – dalej: szósta dyrektywa – oraz zasady neutralności. Wniosek ten zo-

stał przedstawiony w ramach sporu pomiędzy Petroma Transports SA i pozostałymi podmiotami tworzącymi grupę Martens (dalej: grupa Martens, podatnicy), a État belge (państwem belgijskim) w przedmiocie odmowy przyznania im prawa do odliczenia podatku od wartości dodanej za usługi świadczone w ramach grupy Martens.

Grupę Martens tworzą spółki prowadzące różne rodzaje działalności, takie jak kupno, sprzedaż i transport produktów ropopochodnych, a także usługi w zakresie robót budowlanych. Petroma Transports SA była główną spółką grupy Martens w zakresie zatrudniania personelu i na podstawie zawieranych umów świadczyła liczne usługi na rzecz innych spółek tej grupy. Wskazane umowy przewidywały wynagrodzenie za te usługi na podstawie godzin świadczonych przez personel Petroma Transports SA.

W wyniku kontroli przeprowadzanych od 1997 r. belgijska administracja podatkowa zakwestionowała – zarówno w odniesieniu do podatków bezpośrednich, jak i do podatku VAT – faktury wystawiane przez spółki wewnątrz grupy i wynikające z nich odliczenia, począwszy od roku podatkowego 1994, głównie na tej podstawie, że zawierały braki i nie można było ustalić, czy odpowiadały one faktycznym świadczeniom. Większość przedmiotowych faktur zawierała łączną kwotę bez wskazania ceny jednostkowej i liczby godzin świadczonych przez członków personelu spółek świadczących usługi, co uniemożliwiało wszelką kontrolę prawidłowego poboru podatku przez administrację podatkową.

W toku postępowania odwoławczego sąd krajowy zwrócił się do TSUE z pytaniem, czy przepisy szóstej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniom krajowym, takim jak będące przedmiotem postępowania głównego, na mocy których można odmówić prawa do odliczenia podatku VAT wobec podatników będących usługobiorcami, którzy posiadają faktury zawierające braki, jeżeli zostają one następnie uzupełnione poprzez przedstawienie informacji mających na celu wykazanie prawdziwości, charakteru i kwoty zafakturowanych transakcji. Ponadto sąd ten miał wątpliwości, czy zasadę neutralności podatkowej należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się ona temu, aby administracja podatkowa odmówiła zwrotu podatku VAT zapłaconego przez spółkę będącą usługodawcą, podczas gdy odmówiono wykonania prawa do odliczenia podatku VAT obciążającego usługi spółkom będącym usługobiorcami – ze względu na nieprawidłowości stwierdzone na fakturach wystawionych przez spółkę będącą usługodawcą.

Stanowisko TSUE

Trybunał przypomniał, że prawo do odliczenia stanowi podstawową zasadę wspólnego systemu podatku VAT, która co do zasady nie może być ograniczona i która przysługuje natychmiast w stosunku do całego podatku obciążającego transakcje powodujące naliczenie podatku (podobnie TSUE orzekł w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie C-285/11). Tak ustanowiony system odliczeń ma bowiem na celu całkowite uwolnienie przedsiębiorcy od ciężaru podatku VAT podlegającego zapłacie lub uiszczonego w ramach jego całej działalności gospodarczej. Wspólny system podatku VAT gwarantuje w ten sposób w zakresie ciężaru podatkowego neutralność wszystkich rodzajów działalności gospodarczej – niezależnie od jej celu lub wyników – pod warunkiem że co do zasady ona sama podlega opodatkowaniu podatkiem VAT (zob. wyroki TSUE: z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-137/02 i z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-438/09).

Każdy podatnik ma zatem prawo do odliczenia kwot zafakturowanych mu tytułem podatku VAT od świadczonych mu usług, jeśli owe usługi są wykorzystywane dla potrzeb jego transakcji podlegających opodatkowaniu (podobnie TSUE orzekł w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-74/08).

W myśl art. 22 ust. 3 lit. b) szóstej dyrektywy faktura winna określać cenę bez podatku, jak również należny od niej podatek według każdej stawki, jak też jakiekolwiek zwolnienia. Ten sam art. 22 ust. 3 lit. c) uprawnia państwa członkowskie do ustanowienia kryteriów określających, czy dokument może być uznany za fakturę. Ponadto zezwala państwom członkowskim na nałożenie innych zobowiązań, które państwa te uznają za niezbędne do prawidłowego poboru podatków i aby zapobiec oszustwom podatkowym.

Trybunał jednocześnie powołał się na orzeczenie z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-368/09, w którym wskazał, że państwa członkowskie nie mogą według swoje-

go uznania powiązać wykonania prawa do odliczenia podatku VAT z przestrzeganiem warunków dotyczących treści faktury, jeśli nie zostały one wyraźnie przewidziane w przepisach dyrektywy 2006/112. Z postanowienia odsyłającego wynika, że podatnikom będącym usługobiorcami odmówiono wykonania prawa do odliczenia podatku VAT na tej podstawie, iż faktury będące przedmiotem postępowania głównego nie były dostatecznie dokładne i kompletne. W szczególności sąd odsyłający twierdzi, że większość tych faktur nie wykazywała ceny jednostkowej i liczby godzin świadczonych przez członków personelu spółek świadczących usługi, co uniemożliwiło wszelką kontrolę prawidłowości poboru podatku przez administrację podatkową.

Trybunał wskazał, że skarżący podnoszą, iż brak na fakturach niektórych wzmianek wymaganych przez przepisy krajowe nie może podważać wykonania prawa do odliczenia podatku VAT, skoro prawdziwość, charakter i zakres czynności zostały później wykazane wobec administracji podatkowej. Przypomniał, że wspólny system podatku VAT nie zakazuje dokonywania korekty błędnych faktur. Jeżeli bowiem zostały spełnione wszystkie przesłanki materialne konieczne do skorzystania z prawa do odliczenia podatku VAT i jeżeli przed podjęciem decyzji przez dany organ podatnik dostarczył mu skorygowaną fakturę, co do zasady nie można mu odmówić skorzystania z owego prawa na tej podstawie, że pierwotna faktura zawierała błąd. Trybunał stwierdził jednak, że w odniesieniu do sporu w postępowaniu głównym niezbędne informacje mające na celu uzupełnienie i korektę faktur zostały przedstawione po wydaniu przez administrację podatkową decyzji o odmowie prawa do odliczenia podatku VAT, tak iż przed wydaniem owej decyzji faktury dostarczone administracji nie zostały jeszcze skorygowane, aby umożliwić jej zapewnienie prawidłowego poboru podatku VAT i jego kontroli.

W konsekwencji Trybunał stwierdził, iż przepisy szóstej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniom krajowym, takim jak będące przedmiotem postępowania głównego, na mocy których można odmówić prawa do odliczenia podatku VAT podatnikom będącym usługobiorcami, którzy posiadają faktury zawierające braki, nawet jeśli zostają one uzupełnione poprzez przedstawienie informacji mających na celu wykazanie prawdziwości, charakteru i kwoty zafakturowanych transakcji po wydaniu takiej decyzji odmownej.

Odpowiadając na drugie pytanie, Trybunał zbadał, czy w celu zapewnienia zasady neutralności podatkowej wymagalność podatku VAT po stronie usługodawcy może być uzależniona od skutecznego wykonania odliczenia podatku VAT po stronie usługobiorcy. W konsekwencji TSUE stwierdził, że z przepisów szóstej dyrektywy (art. 2 pkt 1 i art. 10 ust. 2) wynika, iż wspólny system podatku VAT nie uzależnia jego wymagalności po stronie podatnika będącego usługodawcą od skutecznego wykonania prawa do odliczenia podatku VAT po stronie podatnika będącego usługobiorcą.

Komentarz

Prawo do odliczenia podatku naliczonego jest podstawowym prawem podatnika. Jest ono także fundamentalnym elementem systemu VAT, który umożliwia zachowanie zasady neutralności tego podatku. Wprowadzanie wyłączeń od prawa do odliczenia musi odbywać się z poszanowaniem zasady proporcjonalności. Brak prawa do odliczenia w konkretnym przypadku (gdy zaistnieją tego przesłanki) powinien więc być kwestią oceną, szczególne okoliczności mogą bowiem przemawiać za tym, aby podatnikowi to prawo przysługiwało.

Jak wynika z art. 88 ust. 3a pkt 4 lit. a) ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011 r. nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) – dalej: ustawa o VAT – nie stanowią podstawy do obniżenia podatku należnego oraz zwrotu różnicy podatku lub zwrotu podatku naliczonego faktury stwierdzające czynności, które nie zostały dokonane.

Dokonując wykładni tego przepisu, polskie organy podatkowe i sądy administracyjne konsekwentnie (nie uwzględniając przy tym orzecznictwa TSUE) odmawiały prawa do odliczenia podatku naliczonego wynikającego z faktur wystawionych przez: podatników niezarejestrowanych oraz podmioty nieuprawnione do wystawiania faktur (wyrok NSA z dnia 6 grudnia 2006 r., I FSK 274/06), wystawionych przez podmiot, wobec którego zastosowano środek karny w postaci zakazu prowadzenia wszelkiej działalności gospodarczej (wyrok WSA w Kielcach z dnia 17 października 2006 r., I SA/Ke

219/06), faktur obarczonych błędami formalnymi czy tzw. pustych faktur (tj. niedokumentujących rzeczywistego obrotu, zob. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 3 lutego 2010 r., I SA/Wr 1198/09).

Wątpliwości interpretacyjne dotyczące prawa do odliczenia podatku wynikającego z faktur wystawionych przez podatników niezarejestrowanych rozstrzygnięto po wystąpieniu z pytaniem prejudycjalnym do TSUE, który stwierdził, że sprzeczne z prawem wspólnotowym są przepisy krajowe, na mocy których podatnikowi nie przysługuje prawo do odliczenia podatku od wartości dodanej zapłaconego innemu podatnikowi będącemu usługodawcą niezarejestrowanym dla celów tego podatku (zob. wyrok TSUE z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-438/09).

Natomiast od wielu lat budzi wątpliwości konsekwentne odmawianie przez organy podatkowe i sądy administracyjne prawa do odliczenia w przypadku faktur, które stwierdzają czynności niezgodne z rzeczywiście dokonanymi (np. wyrok NSA z dnia 3 grudnia 2010 r., I FSK 2079/09). Powyższa praktyka przeczy stanowisku TSUE (potwierdzonemu również w komentowanym wyroku), że przepisy dyrektywy 2006/112 stoją na przeszkodzie praktyce krajowej, w myśl której organ podatkowy odmawia podatnikowi prawa do odliczenia, od kwoty należnego podatku od wartości dodanej, kwoty tego podatku należnego lub zapłaconego z tytułu świadczonych mu usług, z tego powodu, iż wystawca faktur dotyczących owych usług, lub jeden z jego usługodawców, dopuścił się nieprawidłowości, bez udowodnienia przez organ podatkowy na podstawie obiektywnych przesłanek, iż podatnik wiedział lub powinien był wiedzieć, że transakcja mająca stanowić podstawę prawa do odliczenia wiązała się z przestępstwem popełnionym przez wystawcę faktury lub inny podmiot działający na wcześniejszym etapie obrotu (zob. także, przykładowo, wyroki TSUE z dnia 21 czerwca 2012 r. w połączonych sprawach C-80/11 oraz C-142/11).

W szczególności należy podkreślić, że w wyroku NSA z dnia 2 sierpnia 2012 r., I FSK 1784/11, wyrażony został pogląd, iż nie jest sprzeczne z prawem Unii Europejskiej wymaganie, by podmiot przedsięwziął wszystkie działania, jakich można od niego racjonalnie oczekiwać, w celu upewnienia się, że dokonywana przez niego transakcja nie prowadzi do udziału w przestępstwie podatkowym. Powyższe stanowisko było szczególnie niekorzystne dla podatników, którzy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej natknęli się na działalność tzw. mafii paliwowej. W większości przypadków, ze względu na popełnione przez sprzedawców paliwa przestępstwo firmanctwa, odmawiano im prawa do odliczenia podatku naliczonego (zob. wyroki NSA: z dnia 27 września 201 r., I FSK 1223/10; z dnia 25 października 2012 r., I FSK 2043/11; z dnia 27 lutego 2013 r., II FSK 1393/11).

Szansą na zmianę poglądów w tym zakresie miał być wyrok WSA w Łodzi z dnia 7 listopada 2012 r., I SA/Łd 713/12, w którym – powołując się na orzecznictwo TSUE – wskazano, że to organ podatkowy, kwestionując prawo do odliczenia podatku naliczonego, powinien dokonać oceny, czy podatnik wiedział lub powinien był wiedzieć, iż transakcje mające stanowić podstawę prawa do odliczenia wiązały się z przestępstwem popełnionym przez wystawcę faktury lub inny podmiot działający na wcześniejszym etapie obrotu, ewentualnie czy zaistniały jakieś przesłanki, aby podatnik mógł podejrzewać, iż wystawca faktury dopuścił się nieprawidłowości lub przestępstwa. Wyrok ten został jednak uchylony przez NSA wyrokiem z dnia 13 listopada 2013 r., I FSK 1698/12.

Na tym większą aprobatę zasługuje decyzja WSA w Łodzi, który 22 stycznia 2013 r. wystąpił do TSUE z pytaniem prejudycjalnym zmierzającym do stwierdzenia, czy przepisy szóstej dyrektywy sprzeciwiają się uznaniu za dostawę towarów sprzedaży dokonanej przez podmiot, który za zgodą innej osoby, w celu zatajenia własnej działalności gospodarczej, posłużył się firmą tej osoby oraz czy sprzeciwiają się odliczeniu podatku z faktury wystawionej przez osobę, która jedynie firmowała sprzedaż towaru dokonaną przez inny podmiot, bez wykazania, że nabywca wiedział lub na podstawie obiektywnych okoliczności mógł przewidzieć, że transakcja, w której uczestniczy, wiąże się z przestępstwem lub innymi nieprawidłowościami, jakich dopuścił się wystawca faktury lub podmiot z nim współdziałający. Sprawa ta została zarejestrowana w TSUE jako C-33/13, *Marcin Jagiełło przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Łodzi.*

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski[1]

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 9 lipca 2013 r. w sprawie *Sindicatul „Păstorul cel Bun" przeciwko Rumunii*, skarga nr 2330/09 – wolność zgromadzania się i stowarzyszania

Stan faktyczny

Związek zawodowy „Păstorul cel Bun" został założony w kwietniu 2008 r. przez 32 ortodoksyjnych księży rumuńskich, w większości podlegających pod jurysdykcję archidiecezji w Krajowej, oraz 3 pracowników świeckich. Koniecznym warunkiem uzyskania osobowości prawnej, pozwalającym na rozpoczęcie działalności zgodnie z przepisami ustawy o związkach zawodowych, było uzyskanie wpisu w rejestrze prowadzonym przez sąd pierwszej instancji w Krajowej. Wniosek o wpis związku do rejestru nie uzyskał jednak aprobaty archidiecezji w Krajowej, gdyż statut Rumuńskiego Kościoła Prawosławnego zakazywał ustanawiania związku bez zgody i błogosławieństwa arcybiskupa. W maju 2008 r. związek uzyskał korzystny dla siebie wyrok sądowy, nakazujący wpis do rejestru. Archidiecezja zaskarżyła wyrok, powołując się na art. 29 konstytucji, który gwarantuje wolność religijną i autonomię wspólnot religijnych, i twierdząc, że zasada wolności religijnej nie może ustępować pierwszeństwa innym zasadom konstytucyjnym, jak wolność zrzeszania się, włączając wolność związkową. Sąd odwoławczy uwzględnił apelację archidiecezji w Krajowej w lipcu 2008 r. i unieważnił rejestrację związku zawodowego.

Stanowisko ETPC – art. 11 EKPC[2] (wolność zgromadzania się i stowarzyszania)

Trybunał rozważył, czy związek – z uwagi na szczególny status członków, którymi są duchowni – mógł powołać się na art. 11 EKPC oraz czy odmowa rejestracji związku naruszyła istotę przysługującej jego członkom wolności zrzeszania się.

Trybunał zauważył, że obowiązki wykonywane przez członków związku wykazywały wiele cech charakterystycznych stosunku pracy. Pod kierownictwem i nadzorem biskupa wykonywali powierzone im zadania, jak przeprowadzanie obrzędów liturgicznych, utrzymywanie kontaktów z parafianami, nauczanie, zarządzanie aktywami parafialnymi i sprzedaż przedmiotów liturgicznych. Prawo krajowe przewidywało konkretną liczbę stanowisk etatowych dla duchownych i świeckich, finansowanych w znacznym stopniu z budżetu państwa i budżetów samorządowych, a wynagrodzenia były ustalane z uwzględnieniem wynagrodzeń pracowników ministerstwa edukacji. Rumuński Kościół Prawosławny opłacał składki od wy-

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.

nagrodzeń wypłacanych duchownym, księża uiszczali podatek dochodowy, odprowadzali składki do krajowego systemu ubezpieczeń społecznych i byli uprawnieni do świadczeń socjalnych dostępnych dla zwykłych pracowników (ubezpieczenia zdrowotnego, emerytalnego, od bezrobocia). Z drugiej strony szczególną cechą prac członków duchowieństwa była realizacja celu duchownego i fakt, że działali w kościele korzystającym z pewnego stopnia autonomii, co mogłoby uzasadnić wyłączenie relacji między duchownymi a kościołem z zakresu art. 11 EKPC.

Biorąc pod uwagę te okoliczności, ETPC uznał jednak, że członkowie duchowieństwa realizują swoją misję w ramach stosunku pracy pozostającego w zakresie art. 11 EKPC. W związku z tym odmowa rejestracji związku była równoznaczna z ingerencją państwa w korzystanie z praw gwarantowanych w tym przepisie. Taka ingerencja musi być „określona przez prawo", realizować jeden lub więcej uzasadnionych celów i być „konieczna w społeczeństwie demokratycznym". Trybunał stwierdził, że ingerencja miała podstawę w przepisach statutu Rumuńskiego Kościoła Prawosławnego i była uzasadniona – stosownie do art. 11 ust. 2 EKPC – ze względu na ochronę praw innych osób, w szczególności należących do Kościoła Prawosławnego.

Ponadto ETPC uznał zasadność stanowiska krajowego sądu odwoławczego, że pozwolenie na rejestrację związku stworzyłoby realne zagrożenie dla autonomii Kościoła. Zasada autonomii wspólnot religijnych w Rumunii stanowi podstawę stosunków między państwem a uznanymi wspólnotami religijnymi. Duchowni prawosławni wykonywali obowiązki z racji swojej posługi i zobowiązań wobec biskupa. Dlatego w ocenie ETPC decyzja sądu o odmowie rejestracji związku z uwagi na poszanowanie autonomii wspólnot religijnych, nie była nieracjonalna, zwłaszcza przez wzgląd na rolę państwa w zabezpieczeniu tej autonomii.

Trybunał stwierdził, że rola państwa jako neutralnego i bezstronnego organizatora praktyk w zakresie religii, wyznań i przekonań sprzyja utrzymaniu porządku publicznego, harmonii religijnej i tolerancji w społeczeństwie demokratycznym, szczególnie pomiędzy opozycyjnymi grupami. Szacunek dla autonomii uznanych wspólnot religijnych oznacza, że państwo powinno akceptować prawo takich wspólnot do rządzenia się zgodnie z własnymi zasadami i interesami. Zadaniem władz krajowych nie jest natomiast występowanie w roli arbitra między wspólnotami religijnymi i różnymi ugrupowaniami opozycyjnymi. Odmowa rejestracji związku „Pãstorul cel Bun" stanowiła przejaw nieangażowania się państwa w organizację i działania Kościoła Prawosławnego, a tym samym przestrzegania obowiązku zachowania neutralności wyznaniowej zgodnie z art. 9 EKPC.

Jednocześnie ETPC zauważył, że samo twierdzenie przez wspólnotę religijną, iż istniało realne lub potencjalne zagrożenie dla jej niezależności, nie wystarcza, aby uznać jakąkolwiek ingerencję w prawa związkowe członków takiej wspólnoty za zgodną z art. 11 EKPC. Poza tym – zdaniem Trybunału – obowiązkiem sądów krajowych było wykazanie, że w okolicznościach danej sprawy zagrożenie było realne i poważne, a ingerencja w wolność zrzeszania się nie wykraczała poza to, co konieczne do wyeliminowania tego zagrożenia i nie służyła celom niezwiązanym z wykonywaniem autonomii religijnej wspólnoty.

Trybunał nie zgodził się ze stanowiskiem trzeciej izby ETPC z 31 stycznia 2012 r., która większością głosów uznała, że odmowa rejestracji związku nie była konieczna w społeczeństwie demokratycznym, a sąd odwoławczy nie wziął pod uwagę wszystkich istotnych argumentów, uzasadniając swoją decyzję względami czysto religijnymi na podstawie przepisów statutu Rumuńskiego Kościoła Prawosławnego. Jak zaznaczył ETPC, sąd krajowy odmówił rejestracji związku po stwierdzeniu, że wniosek o wpis do rejestru nie spełniał wymogów przewidzianych w statucie Kościoła Prawosławnego, gdyż członkowie związku nie zastosowali się do szczególnej procedury tworzenia zrzeszeń. Odmowa rejestracji związku z powodu niedopełnienia obowiązku uzyskania pozwolenia arcybiskupa była bezpośrednią konsekwencją prawa danej wspólnoty religijnej do ustalenia własnych rozwiązań organizacyjnych i działania zgodnie z jej prawem. Związek nie przedstawił przy tym żadnych powodów, które uzasadniałyby pominięcie niezbędnego pozwolenia arcybiskupa. Sąd

krajowy doszedł z kolei do wniosku, że zezwolenie na utworzenie związku zawodowego doprowadziłoby do tego, że organy konsultacyjne i decyzyjne przewidziane w statucie Rumuńskiego Kościoła Prawosławnego byłyby zobowiązane do współpracy z ciałem niezwiązanym z tradycją Kościoła i przepisami prawa kanonicznego.

Trybunał zauważył, że statut Rumuńskiego Kościoła Prawosławnego nie przewidywał dla duchownych bezwzględnego zakazu tworzenia związków zawodowych, których celem byłaby ochrona ich praw i interesów. Nie było przeszkód, by skarżący utworzyli związek tego rodzaju, który realizowałby cele zgodne ze statutem Kościoła, nie podważając tradycyjnej struktury hierarchicznej Kościoła i przyjętych procedur decyzyjnych. Mogli oni również swobodnie przystępować do różnych zrzeszeń istniejących w Kościele Prawosławnym.

Państwo – w ocenie ETPC – ma szeroki margines swobody w zakresie regulacji jego stosunków ze wspólnotami religijnymi, obejmujący prawo do decydowania o uznaniu związków zawodowych działających w ramach wspólnot religijnych i realizujących cele, które mogą utrudniać korzystanie takich wspólnot z autonomii. Zdaniem ETPC w rozpoznawanej sprawie nie doszło do naruszenia art. 11 EKPC, gdyż odmowa rejestracji związku nie wykroczyła poza margines swobody przyznanej władzom państwa i nie było to działanie nieproporcjonalne.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (wielka izba) z dnia 12 listopada 2013 r. w sprawie *Söderman przeciwko Szwecji*, skarga nr 5786/08 – prawo do ochrony życia prywatnego

Stan faktyczny

Eliza Söderman, obywatelka Szwecji, w wieku 14 lat (2002 r.) odkryła, że jej ojczym filmował ją nagą w łazience za pomocą zamontowanej potajemnie kamery, ustawionej w taki sposób, by możliwe było nagrywanie przed wejściem pod prysznic. W 2004 r. ojczym został oskarżony o molestowanie seksualne, a dodatkowo E. Söderman złożyła w postępowaniu karnym pozew o odszkodowanie za naruszenie integralności osobistej. W 2006 r. sąd pierwszej instancji, po przyznaniu się oskarżonego do próby sfilmowania nagiej pasierbicy, mimo że dowód w sprawie został wcześniej zniszczony, wydał wyrok skazujący i zasądził odszkodowanie. Wyrokiem sądu apelacyjnego z 2007 r. ojczym E. Söderman został jednak uniewinniony od zarzutu molestowania seksualnego. Sąd wprawdzie uznał, że kamera została zamontowana w łazience dla celów seksualnych, ale ojczym nie chciał, aby pasierbica dowiedziała się o filmowaniu. Zgodnie z linią orzeczniczą szwedzkiego Sądu Najwyższego stworzenie filmu dla celów seksualnych bez wiedzy osoby zainteresowanej nie stanowiło molestowania seksualnego. Ponadto sąd apelacyjny wskazał na brak w prawie szwedzkim ogólnego zakazu nagrywania (filmowania) osoby bez jej zgody. Sąd zauważył również, że teoretycznie działanie ojczyma można byłoby uznać za próbę pornografii dziecięcej, ale ten zarzut nie został sformułowany w akcie oskarżenia. Sąd Najwyższy oddalił kasację E. Söderman w grudniu 2007 r.

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

Trybunał rozważył, czy biorąc pod uwagę obowiązki państwa wynikające z art. 8 EKPC, prawo szwedzkie gwarantowało skarżącej odpowiednią ochronę w przedstawionych okolicznościach sprawy. Nie zgodził się z argumentacją sądu apelacyjnego, że działania ojczyma można było zakwalifikować jako przestępstwo usiłowania pornografii dziecięcej. Rząd szwedzki wymienił z kolei powody, które zadecydowały o niepodjęciu przez prokuraturę dochodzenia w przedmiocie tego przestępstwa, w szczególności brak wystarczających dowodów na istnienie zdjęć „pornograficznych". Trybunał stwierdził, że szwedzki kodeks karny nie definiuje pojęcia „zdjęcie pornograficzne", a jak wynika z rejestru przebiegu prac nad przepisem dotyczącym pornografii dziecięcej, jego celem nie jest kryminalizacja wszystkich zdjęć nagich dzieci.

Następnie ETPC odniósł się do tego, czy przepis karny dotyczący molestowania seksualnego, penalizujący w szczególności nieprzyzwoite zachowanie słowem i czynem w sposób rażąco naruszający poczucie przyzwoitości, zapewnił E. Söderman ochronę wymaganą

przez art. 8 EKPC. Trybunał zwrócił uwagę, że w ocenie sądu apelacyjnego ojczym skarżącej nie mógł ponosić odpowiedzialności karnej za filmowanie z ukrycia bez jej wiedzy, gdyż takie działanie nie jest penalizowane.

Zgodnie z prawem szwedzkim obowiązującym w dacie popełnienia czynu, z uwzględnieniem wykładni przyjętej w orzecznictwie sądowym, warunek popełnienia przestępstwa molestowania seksualnego jest spełniony, gdy sprawca chce, by ofiara się o tym dowiedziała lub jest obojętny wobec ryzyka, że ofiara się dowie. Warunek ten – zdaniem ETPC – nie został spełniony w rozpatrywanej sprawie i nakręcenie filmu dla celów seksualnych bez wiedzy osoby zainteresowanej nie mogło być zakwalifikowane jako molestowanie seksualne. Wprawdzie przepis o molestowaniu został zmieniony w kwietniu 2005 r. przez objęcie jego zakresem czynów dokonywanych w sposób mogący naruszyć integralność seksualną danej osoby, ale nie rozwiązało to problemu penalizacji ukrytego filmowania. W ocenie ETPC przepis o molestowaniu seksualnym w brzmieniu sprzed jego zmiany w kwietniu 2005 r. nie obejmował swym zakresem czynu polegającego na ukrytym filmowaniu i tym samym nie gwarantował E. Söderman ochrony przed brakiem poszanowania jej życia prywatnego. Brak odrębnego przepisu penalizującego filmowanie z ukrycia lub bez zgody osoby filmowanej można uznać za lukę w przedmiocie ochrony praw gwarantowanych w art. 8 EKPC. Dopiero w lipcu 2013 r. w Szwecji weszła w życie regulacja penalizująca filmowanie z ukrycia lub bez wiedzy osoby filmowanej.

Odnosząc się do przysługujących E. Söderman środków cywilnoprawnych, ETPC zauważył, że sąd apelacyjny w wyroku uniewinniającym ojczyma skarżącej oddalił jej roszczenie o odszkodowanie, ponieważ zgodnie z obowiązującym prawem procesowym orzeczenie sądu w przedmiocie odpowiedzialności karnej jest wiążące w zakresie roszczeń cywilnoprawnych dołączonych do oskarżenia. Nie istniały przy tym żadne inne, poza wskazanym w akcie oskarżenia, powody, na które mogła powołać się skarżąca, uzasadniając swoje roszczenie o odszkodowanie; w szczególności przyznanie się ojczyma do popełnienia czynu w sposób umyślny, choć impulsywny, uczyniło bezzasadnym powołanie się na naruszenie integralności osobistej przez zaniedbanie. W związku z tym Trybunał wyraził wątpliwość, czy w tej konkretnej sprawie, gdzie sporny czyn nie był objęty przepisem dotyczącym molestowania seksualnego i ukryte filmowanie w ogóle nie stanowiło przestępstwa, skarżąca rzeczywiście miała zagwarantowane odpowiednie środki cywilnoprawne.

Podsumowując, ETPC stwierdził, że przepisy prawa szwedzkiego nie zapewniły ochrony prawa E. Söderman do poszanowania jej życia prywatnego w sposób zgodny ze zobowiązaniami państwa wynikającymi z art. 8 EKPC. Czyn popełniony przez ojczyma naruszył integralność osobistą skarżącej i był spotęgowany tym, że dotyczył osoby małoletniej, zdarzenie miało miejsce w jej domu, a sprawcą była osoba, którą miała prawo darzyć zaufaniem. W związku z tym ETPC orzekł o naruszeniu art. 8 EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (pierwsza izba) z dnia 5 grudnia 2013 r. w sprawie *Vilnes i inni przeciwko Norwegii*, skarga nr 52806/09 – ochrona prywatności i życia rodzinnego, prawo do życia

Stan faktyczny

Skarżącymi jest pięciu obywateli Norwegii, jeden Szwed i jeden Islandczyk, pracujący w latach 1965–1990 (w tzw. okresie pionierskim) dla przemysłu paliwowego jako nurkowie głębinowi na Morzu Północnym. Skarżący cierpią na przewlekłą chorobę płuc encefalopatię oraz zespół stresu pourazowego. Choroby te – ich zdaniem – są następstwem nurkowania, a przede wszystkim niedostatecznych warunków bezpieczeństwa i higieny pracy. W szczególności choroby te wynikają z wydłużenia okresów nurkowania, a tym samym nadmiernego wchłaniania przez nich gazowych mieszanek oddechowych. Ponadto, zdaniem skarżących, do 1990 r. tabele dekompresyjne nie zostały zestandaryzowane, co pozwalało firmom przemysłu paliwowego dowolnie redukować czas dekompresji (wynurzania). W konsekwencji większość skarżących cierpiała na choroby dekompresyjne.

Podjęte badania medyczne wykazały, że istnieje związek między chorobami i zakłóceniami centralnego układu nerwowego a nurkowaniem. Opublikowany w 2002 r. tzw. raport Lossiusa sugeruje, że państwo powinno ponosić prawne i finansowe konsekwencje chorób, jakich doznali nurkowie pracujący na Morzu Północnym. Rząd norweski, choć nie podzielił poglądu o swej odpowiedzialności prawnej, uznał, że jest moralnie i politycznie zobowiązany do zadośćuczynienia krzywdom nurków i ustanowił specjalny program ze świadczeniami kompensacyjnymi. Skarżący uzyskali takie świadczenia, jednak w 2007 r. wystąpili o zwiększenie ich wysokości. Sąd apelacyjny i Sąd Najwyższy oddaliły żądania skarżących, twierdząc, że nie istnieje jednoznaczny i przekonujący związek między złym stanem zdrowia skarżących a nurkowaniem, zwłaszcza że reguły prawa pracy (w tym środki kontrolne nad pracodawcami) gwarantowały przestrzeganie zasad bezpieczeństwa i higieny pracy.

Stanowisko ETPC – prawo do życia i ochrona prywatności i życia rodzinnego (art. 2 i art. 8 EKPC)

Trybunał podzielił stanowisko sądów norweskich i uznał, że regulacje prawne Norwegii zapewniały nurkom należyte warunki pracy. W czasach, kiedy skarżący pracowali na Morzu Północnym, były informacje o ryzyku, jakie niesie ze sobą nurkowanie. Testy dla nurków, autoryzowane przez właściwe władze państwowe, bazowały na dostępnej wówczas wiedzy medycznej. Trybunał wziął również pod uwagę program świadczeń kompensacyjnych państwa oraz firmy Statoil, oraz to, że skarżący z niego skorzystali. Z tych względów ETPC nie stwierdził naruszenia prawa do życia i prawa do ochrony prywatności w zakresie skutków zdrowotnych nurkowania.

Zdaniem Trybunału nie można jednak zaprzeczyć, że poważne problemy zdrowotne skarżących wynikały z negatywnych skutków nagłej dekompresji i polityki firm paliwowych skracania czasu wynurzania. Trybunał przypomniał zatem, że z art. 8 EKPC wynika obowiązek państwa dostarczania informacji umożliwiających osobom fizycznym dokonanie oceny co do zagrożenia ich życia lub zdrowia. Jednak ani państwowa inspekcja pracy, ani organy państwa nadzorujące przemysł paliwowy nie zobowiązały firm paliwowych do opracowania tabel dekompresyjnych, które pozwoliłyby ocenić ryzyko przy poszczególnych operacjach głębinowych. Tabele takie nie były ujawniane, a firmy paliwowe, kierując się zyskiem ekonomicznym, skracały czas dekompresji. Wprawdzie w latach 1965–1990 nie było konsensu naukowego co do długofalowych skutków nurkowania, jednak było powszechnie wiadome, że tabele dekompresyjne zawierają istotne informacje dla oceny tych skutków. Na przykład organy nadzorujące przemysł paliwowy w liście z czerwca 1984 r. do międzynarodowego Medycznego Komitetu Doradczego ds. Nurkowania (*Diving Medical Advisory Committee* – DMAC) wyraziły obawy co do różnic między używanymi na Morzu Północnym tabelami dekompresyjnymi dotyczącymi najszybszego i najwolniejszego wynurzania. Skarżący nie zostali poinformowani o obawach władz państwowych dotyczących skutków dekompresji. Zdaniem Trybunału władze norweskie potrzebowały zbyt dużo czasu, żeby zapewnić pełną jawność tabel dekompresyjnych. Gdyby więc działały sprawniej i wcześniej ujawniły informacje dotyczące skutków nagłej dekompresji, zapobiegłyby procederowi skracania czasu wynurzania, który miał na celu jedynie poprawę wyników ekonomicznych firm paliwowych. Niespełnienie tego obowiązku skutkowało – zdaniem ETPC – naruszeniem art. 8 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (czwarta izba) z dnia 28 listopada 2013 r. w sprawie *Glien przeciwko Niemcom*, skarga nr 7345/12 – prawo do wolności osobistej i zakaz karania bez ustawy

Stan faktyczny

Skarżący został w 1997 r. skazany za seksualne wykorzystywanie dzieci na karę czterech lat pozbawienia wolności. Sąd zastosował względem niego również zatrzymanie prewencyjne ze względu na ryzyko recydywy. Okres izolacji rozpoczął się w 2001 r. i był odnawiany w regularnych odstępach czasu. W maju 2011 r. niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny (FTK) wydał wyrok, w którym orzekł, że retrospektywne działa-

nie przepisów o izolacji prewencyjnej jest niezgodne z konstytucją. Trybunał stwierdził ponadto, że wszystkie postanowienia uznane za niezgodne z ustawą zasadniczą pozostają w mocy do dnia uchwalenia nowych przepisów, jednak nie później niż do 31 maja 2013 r. Odnosząc się do sytuacji prawnej osób zatrzymanych, których izolacja prewencyjna została przedłużona lub zastosowana z mocą wsteczną, Trybunał nakazał, by sądy krajowe ustaliły, czy ze względu na szczególne okoliczności dotyczące osoby zatrzymanej lub postępowania w jej sprawie, zatrzymani są zdolni do popełnienia poważnych przestępstw, w tym przestępstw seksualnych; zatrzymani, w stosunku do których nie zachodzą warunki izolacji, powinni zgodnie z wyrokiem FTK zostać zwolnieni nie później niż do 31 grudnia 2011 r.

Na koniec maksymalnego dziesięcioletniego okresu izolacji skarżący, powołując się na wyrok FTK, wniósł o natychmiastowe uwolnienie. Wniosek ten został odrzucony przez niemieckie sądy we wrześniu 2011 r. z uzasadnieniem, że skarżący cierpi na zaburzenia osobowości i pedofilię, które, choć niepatologiczne, zakwalifikowano jako zaburzenia psychiczne w rozumieniu ustawy o izolacji, z zastrzeżeniem, iż stwarzają one duże prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przestępstw przez oskarżonego.

Stanowisko ETPC – art. 5 EKPC – prawo do wolności osobistej

Trybunał zwrócił uwagę, że w orzecznictwie nie wypracowano definicji pojęcia „osoba chora umysłowo"; podkreślił jednocześnie, że dopuszczalne powody pozbawienia wolności na podstawie art. 5 EKPC muszą być interpretowane wąsko. Nie ulega przy tym wątpliwości, że jedynie poważne zakłócenie stanu psychicznego może być – na podstawie art. 5 ust. 1 lit. e) EKPC – podstawą pozbawienia wolności. Trybunał zastrzegł także, że zgodne z tą konwencją jest jedynie odizolowanie osoby umysłowo chorej w szpitalu, klinice lub innej właściwej placówce ochrony zdrowia.

Zdaniem Trybunału pojęcie osoby umysłowo chorej, jakim posługuje się EKPC, jest bardziej restrykcyjne niż zawarte w niemieckiej ustawie o izolacji pojęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi. Choć ETPC nie miał dostatecznych danych pozwalających na uznanie skarżącego za osobę chorą umysłową, to w rozpoznawanej sprawie nie ulegało wątpliwości, że jego izolacja nie odbywała się w szpitalu, klinice lub innej właściwej placówce ochrony zdrowia. Wprawdzie rząd argumentował, że izolacja skarżącego odbywała się w osobnym skrzydle zakładu karnego, dla osób izolowanych prewencyjnie, i że warunki tam panujące istotnie różnią się od warunków odbywania kary pozbawienia wolności (przebywający tam mieli większą swobodę ruchu i więcej możliwości spędzania wolnego czasu), to jednak Trybunał nie stwierdził, by skarżącemu zapewniono opiekę medyczną i terapeutyczną odpowiednią dla pacjentów cierpiących na zaburzenia psychiczne.

Trybunał potwierdził, że państwo niemieckie podjęło liczne działania dla zapewnienia konstytucyjnych warunków odbywania izolacji. Proces ten oczywiście wymaga czasu, co jednak nie usprawiedliwia bierności sądów krajowych wobec obowiązku wymagania warunków izolacji adekwatnych do potrzeb osoby umysłowo chorej. Mogły one (sądy krajowe) np. nakazać umieszczenie zatrzymanego, o którym mowa, w szpitalu psychiatrycznym, na co zezwalała niemiecka ustawa o izolacji. Pozbawienie skarżącego wolności i umieszczenie go w oddzielnej części zakładu karnego nie było jedyną, alternatywną możliwością wobec uwolnienia skarżącego, dlatego należało uznać, że zatrzymanie narusza art. 5 ust. 1 lit. e) EKPC. Samo już izolowanie skarżącego z przekroczeniem maksymalnego, 10-letniego terminu odosobnienia należało zakwalifikować jako naruszenie konwencji europejskiej, gdyż nie było to pozbawienie wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. a) EKPC.

Stanowisko ETPC – art. 7 EKPC – zakaz karania bez ustawy

Trybunał przypomniał, że w sprawie *M. przeciwko Niemcom* stwierdził naruszenie art. 7 EKPC, gdyż okres izolacji został retrospektywnie wydłużony i to ponad maksymalny czas określony w dniu popełnienia przestępstwa. W rozpoznawanej sprawie należało przede wszystkim zbadać, czy izolacja w okresie przejściowym (między wyrokiem sądu konstytucyjnego a wejściem w życie nowych przepisów o stosowa-

niu tego środka) był równoznaczny z pojęciem kary w rozumieniu art. 7 ust. 1 EKPC. Dla tej oceny zasadnicze znaczenie miał fakt zastosowania izolacji prewencyjnej po skazaniu za przestępstwo. Izolacja ta była pozbawieniem wolności, a okoliczności towarzyszące izolacji nie pozwalały odróżnić jej od odbywania kary pozbawienia wolności. Skarżącemu nie dano możliwości skorzystania z tworzonych w Niemczech ośrodków leczenia przestępców chorych psychicznie, a o wykonaniu izolacji orzekały te same sądy, które decydują o wykonywaniu kary pozbawienia wolności. Zdaniem ETPC prawo niemieckie dopuszcza stosowanie izolacji bez ograniczeń czasowych i bez możliwości jej zakończenia, chyba że sąd ustaliłby, iż nie zachodzi prawdopodobieństwo popełnienia przez izolowanego poważnego przestępstwa albo nie cierpi on na zaburzenia psychiczne. Skarżący był izolowany przez okres trzykrotnie dłuższy niż okres odbywania kary pozbawienia wolności. W związku z tym ETPC orzekł o naruszeniu art. 7 ust. 1 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski, Maciej Kiełbowski

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała składu siedmiu sędziów NSA z dnia 3 września 2013 r., I OPS 2/13

Pozostawienie podania bez rozpoznania. Skarga na bezczynność organu administracji

Na pozostawienie podania bez rozpoznania (art. 64 § 2 k.p.a.[1]) przysługuje skarga na bezczynność organu, stosownie do art. 3 § 2 pkt 8 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[2] (...).

Stan faktyczny

Komentowaną uchwałą Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) rozważał zagadnienie możliwości zaskarżenia pozostawienia podania bez rozpoznania. Jeśli wniesione do organu administracji publicznej podanie, w którym strona domaga się załatwienia określonej sprawy, jest dotknięte jakimiś brakami (nie został dołączony wymagany dokument – np. pełnomocnictwo, które w postępowaniu administracyjnym powinno być udzielone w formie pisemnej – albo nie została uiszczona wymagana opłata skarbowa, która jest wymagana w sprawie tego rodzaju), organ administracji wezwie stronę do ich usunięcia. Powyższe wynika z art. 64 § 2 k.p.a.: „jeżeli podanie nie czyni zadość innym wymaganiom ustalonym w przepisach prawa, należy wezwać wnoszącego do usunięcia braków w terminie siedmiu dni z pouczeniem, że nieusunięcie tych braków spowoduje pozostawienie podania bez rozpoznania". Skutkiem nieuzupełnienia powstałych braków w ustawowym terminie jest pozostawienie podania bez rozpoznania, co z kolei oznacza, że organ administracji nie rozpozna już takiej sprawy merytorycznie.

Strona jednak może nie zgadzać się z takim sposobem załatwienia (a właściwie – niezałatwienia) swojej sprawy. Odnośnie do sposobu zwalczania pozostawienia podania bez rozpoznania powstały w orzecznictwie sądów administracyjnych istotne rozbieżności.

Właśnie z uwagi na rozbieżności w poglądach judykatury (na podstawie art. 264 § 2 p.p.s.a. w zw. z art. 15 § 1 pkt 2 p.p.s.a.) o podjęcie omawianej uchwały zawnioskował do NSA Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO). Zdaniem RPO dotychczasowe orzecznictwo sądowoadministracyjne wykazuje istotne różnice w ocenie spraw tego rodzaju, które powodują wątpliwość, czy strona, chcąca bronić swoich interesów w postępowaniu administracyjnym, w przypadku pozostawienia podania bez rozpoznania powinna skarżyć bezczynność organu administracji (tj. w pierwszej kolejności złożyć zażalenie do organu wyższego stopnia, zgodnie z art. 37 § 1 k.p.a.), a w przypadku nieuwzględnienia tego zażalenia – wnieść skargę do sądu administracyjnego, czy też powinna skarżyć takie działanie organu administracji na innej podstawie – traktując pozostawienie wniosku bez rozpoznania jako inny akt lub czynność z zakresu administracji publicznej (zgodnie z art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a.).

Stanowisko NSA

Podjęcie omawianej uchwały było w ocenie NSA uzasadnione, jako że NSA stwierdził rozbieżność w orzecznictwie sądowym na tle analizowanych przepisów. Szczegółowo rozważywszy przedstawione linie orzecznicze, NSA ostatecznie podzielił poglądy zaprezentowane we wniosku RPO.

1 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r., poz. 267).

2 Dalej: p.p.s.a (Dz.U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm.).

Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że czynności wymienione w art. 64 § 2 k.p.a. (zatem wezwanie wnoszącego podanie do usunięcia braków tego podania w terminie siedmiu dni i pouczenie go o skutkach nieusunięcia tychże, albo pozostawienie podania bez rozpoznania) – z uwagi na chwilę wszczęcia postępowania administracyjnego – organ podejmuje już w toku postępowania, a właściwość sądów administracyjnych obejmuje także niepodejmowanie przez organy administracji w terminie nakazanych prawem aktów lub czynności w rozstrzyganych sprawach.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia NSA wskazał dalej, że „z bezczynnością organu mamy do czynienia nie tylko w przypadku, gdy mimo upływu terminu sprawa nie jest załatwiona, ale również w przypadkach, gdy organ odmawia jej rozpoznania lub załatwienia, bo mylnie sądzi, że zachodzą okoliczności, które uwalniają go od obowiązku prowadzenia postępowania w konkretnej sprawie i zakończenia go wydaniem decyzji administracyjnej”[3], przy czym dodał, że najnowsze poglądy doktryny nie pozostawiają wątpliwości co do charakteru czynności, jaką jest pozostawienie podania bez rozpoznania w trybie art. 64 § 2 k.p.a., zatem czynności materialno-technicznej, o której należy powiadomić wnioskodawcę.

Naczelny Sąd Administracyjny rozważył także możliwą kwalifikację pozostawienia podania bez rozpoznania – jako innego aktu lub czynności z zakresu administracji publicznej (zatem w świetle art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a.), jednak wskazał na niemożność zakwalifikowania pozostawienia bez rozpoznania w ten sposób, jako że czynność taka nie dotyczy uprawnienia lub obowiązku wynikającego z przepisów prawa, jako że nie potwierdza ani też nie zaprzecza uprawnienia lub obowiązku wynikających wprost z ustawy.

Sąd nie zgodził się zatem z przedstawionymi poglądami w tym zakresie, a konkludując rozważania uchwały, nadmienił, że „pozostawienie podania bez rozpoznania jest formą zakończenia postępowania administracyjnego w sytuacji, gdy strona nie usunęła braków podania w terminie, mimo prawidłowego wezwania i pouczenia. Jeżeli więc organ prowadzący postępowanie pozostawia podanie bez rozpoznania, mimo że nie zachodzą przesłanki warunkujące podjęcie tej czynności materialno-technicznej (np. wezwanie organu wystosowane na podstawie art. 64 § 2 k.p.a. było wadliwe (wyrok NSA z dnia 22 lutego 2012 r., II GSK 3/11), to pozostaje on w bezczynności, bo odmawia rozpatrzenia sprawy i wydania decyzji. Już w 1983 r. w orzecznictwie NSA zaakceptowano pogląd, że wniesienie skargi na „milczenie władzy” jest uzasadnione nie tylko w przypadku niedotrzymania terminu załatwienia sprawy, ale także w przypadku odmowy wydania aktu mimo istnienia w tym względzie ustawowego obowiązku, choćby organ mylnie sądził, że załatwienie sprawy nie wymaga wydania danego aktu (wyrok NSA z dnia 14 czerwca 1983 r., SA/Wr 6/83, GP 1983, nr 24)”[4].

Przedstawione i omówione argumenty spowodowały zatem ostatecznie przyjęcie przez skład siedmiu sędziów NSA, że pozostawienie podania bez rozpoznania stanowi bezczynność organu administracji w rozumieniu art. 3 § 2 pkt 8 p.p.s.a., zatem konsekwentnie powinno być kontrolowane w trybie właściwym dla badania bezczynności.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Jakkolwiek opisywana uchwała ma tzw. charakter abstrakcyjny (nie została podjęta w konkretnej sprawie), jej znaczenie dla organów administracji i sądów administracyjnych jest bez wątpienia istotne.

Podjęcie uchwały przez rozszerzony skład NSA w danej sprawie oznacza bowiem, że jeżeli jakikolwiek skład sądu administracyjnego rozpoznający sprawę nie podziela stanowiska zajętego w uchwale składu siedmiu sędziów, uchwale całego składu izby NSA albo w uchwale pełnego składu Naczelnego Sądu Administracyjnego, przedstawia powstałe zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia odpowiedniemu składowi (art. 269 § 1 p.p.s.a.). Uchwały NSA nie pozostają niezmienne, niemniej aż do momentu zmiany stanowiska przez NSA w tym zakresie pozostałe sądy administracyjne będą daną uchwałą w wyżej zaprezentowany sposób związane.

Do momentu ewentualnej zmiany uchwały sądy administracyjne nie powinny zatem kwestionować

3 W uzasadnieniu uchwały I OPS 2/13.

4 W uzasadnieniu uchwały I OPS 2/13.

dopuszczalności skarg na podstawie art. 3 § 2 pkt 8 p.p.s.a. na bezczynność organów administracji publicznej, które pozostawiły dany wniosek bez rozpoznania.

Z podjętą uchwałą zapoznać się mogą również (lub zapoznały się już) organy administracji publicznej, co powinno przełożyć się na pośredni skutek komentowanej uchwały – w postaci uważnego traktowania możliwości pozostawiania podania bez rozpoznania, z uwagi na możliwość skutecznego wniesienia skargi i zainicjowania kontroli sądu administracyjnego wobec takiego działania.

Opracował *Maciej Kiełbowski*

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

Zarząd nieruchomością wspólną – spółdzielnie mieszkaniowe – prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane

Wykonywany przez spółdzielnię mieszkaniową, na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych[5], zarząd nieruchomością wspólną stanowiącą współwłasność spółdzielni uprawnia ją do samodzielnego dysponowania nieruchomością wspólną na cele budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 11 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane[6], bez potrzeby uzyskania zgody właścicieli lokali mieszkalnych stanowiących odrębny przedmiot własności, wyłącznie w zakresie eksploatacji i utrzymania zarządzanej nieruchomości wspólnej.

Stan faktyczny

Przedstawiona powyżej uchwała została podjęta z inicjatywny Prezesa NSA, który zwrócił się do NSA o wyjaśnienie, czy sprawowany przez spółdzielnię mieszkaniową zarząd nieruchomościami wspólnymi stanowiącymi współwłasność spółdzielni, o którym mowa w art. 27 ust. 2 u.s.m., uprawnia ją do samodzielnego dysponowania nieruchomością wspólną na cele budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 11 pr. bud., bez potrzeby uzyskania przez zarządcę zgody właścicieli lokali mieszkalnych stanowiących odrębny przedmiot własności. Uzasadniając konieczność podjęcia uchwały, Prezes NSA zwrócił uwagę na rozbieżność występującą w orzecznictwie sądowym co do oceny istnienia uprawnienia spółdzielni mieszkaniowej do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, jeżeli z wnioskiem o wydanie pozwolenia na budowę występuje spółdzielnia na podstawie art. 27 ust. 2 u.s.m. jako jednostka zarządzająca nieruchomością wspólną. Niektóre składy orzekające przyjmują, że spółdzielnia mieszkaniowa w zakresie sprawowanego zarządu powierzonego uprawniona jest do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. W orzecznictwie sądowym prezentowane jest również odmienne stanowisko, zgodnie z którym uprawnienie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane przysługuje tylko podmiotowi upoważnionemu do podejmowania czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu. W ujęciu tym art. 27 ust. 2 u.s.m. nie daje spółdzielni podstaw do sprawowania niczym nieograniczonego zarządu nieruchomością wspólną.

Rozstrzygnięcie NSA

W uzasadnieniu podjętej uchwały NSA dokonał szerokiej wykładni znajdujących zastosowanie przepisów prawa, akcentując konieczność uwzględnienia tzw. prokonstytucyjnej metody wykładni dotyczącej prawa własności, w oparciu o art. 31 ust. 3 i art. 64 ust. 3 Konstytucji RP. Zdaniem NSA spółdzielnia mieszkaniowa nie została upoważniona do dokonywania czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu bez uzyskania zgody wszystkich współwłaścicieli nieruchomości wspólnej.

Podstawowe znaczenie w kształtowaniu systemu zarządzania nieruchomością wspólną, której współwłaścicielem jest spółdzielnia mieszkaniowa, ma art. 27 ust. 2 u.s.m. Odesłanie w tym przepisie do art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali[7] (dalej: u.w.l.) oznacza, że właściciele lokali mogą w umowie o ustanowieniu odrębnej własności lokali albo w umowie zawartej

5 Dalej: u.s.m. (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., nr 119, poz. 1116 z późn. zm.).

6 Dalej: pr. bud. (tekst. jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).

7 Tekst. jedn. Dz.U. z 2000 r., nr 80, poz. 903 z późn. zm.

w formie aktu notarialnego określić sposób zarządu nieruchomością wspólną. Z uwagi jednak na brzmienie art. 27 ust. 2 u.s.m. realizacja przez spółdzielnię mieszkaniową zarządu w formie powierzonej następuje nie na podstawie umowy, lecz wynika z ustawy. W art. 27 ust. 2 u.s.m. prawodawca zaniechał określenia zakresu przedmiotowego zarządu wykonywanego przez spółdzielnię mieszkaniową z mocy ustawy w odniesieniu do nieruchomości wspólnej. W dalszej części uzasadnienia NSA poddał analizie rozróżnienie pomiędzy czynnościami zwykłego zarządu a czynnościami przekraczającymi zakres zwykłego zarządu, które zostały uregulowane w ustawie o własności lokali i w kodeksie cywilnym, zwracając uwagę, że w art. 27 ust. 2 u.s.m. brakuje wyraźnego umocowania zakresu zarządu nieruchomością wspólną wykonywanego przez spółdzielnię mieszkaniową jako zarząd powierzony. Nie wiadomo dokładnie, czy pojęcie tego zarządu obejmuje zarówno czynności zwykłego zarządu, jak i przekraczające zakres zwykłego zarządu.

Rozstrzygając zarysowaną wątpliwość, NSA wskazał, że pojęcie zarządu, o którym stanowi art. 3 pkt 11 pr. bud., nie obejmuje zarządu sprawowanego przez spółdzielnie mieszkaniowe na podstawie art. 27 ust. 2 u.s.m. Spółdzielnia mieszkaniowa, realizując prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, powinna powołać się na tytuł prawny w postaci własności danej nieruchomości. Z uwagi na to, że z art. 27 ust. 2 u.s.m. nie wynika zakres powierzonego spółdzielni zarządu w odniesieniu do nieruchomości wspólnej, a jednocześnie w przepisie tym wyłączono możliwość zastosowania ustawy o własności lokali poza art. 18 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 1a, które dotyczą umownego zarządu nieruchomością wspólną, rozwiązania przedstawionego zagadnienia należy szukać w kodeksie cywilnym. Jeżeli realizacja danego zamierzenia budowlanego może być zakwalifikowana jako czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu, to prawo spółdzielni mieszkaniowej do dysponowania nieruchomością wspólną na cele budowlane, o którym stanowi art. 3 pkt 11 pr. bud., powstaje pod warunkiem uzyskania uprzedniej zgody wszystkich współwłaścicieli tej nieruchomości, zgodnie z art. 199 k.c. Jeżeli natomiast realizacja zamierzenia budowlanego nie stanowi czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu, wówczas spółdzielnia mieszkaniowa ma uprawnienie do dysponowania nieruchomością wspólną na cele budowlane bez konieczności uzyskania zgody wszystkich współwłaścicieli.

Zdaniem NSA – w stosunku do czynności związanych z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości wspólnych spółdzielnia mieszkaniowa, wykonując zarząd nieruchomością wspólną, nie ma obowiązku uzyskania zgody wszystkich współwłaścicieli, by wykazać prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Podjęta uchwała będzie niewątpliwie odgrywała istotną rolę w ramach procesu inwestycyjno-budowlanego prowadzonego przez spółdzielnie mieszkaniowe, z punktu widzenia art. 30 ust. 2 oraz art. 32 ust. 4 pkt 2 pr. bud. Zakres uprawnień spółdzielni do dysponowania nieruchomością na cele budowlane każdorazowo zależy od tego, czy konkretne zamierzenie budowlane będzie powiązane ze spoczywającymi na niej obowiązkami w zakresie eksploatacji oraz remontu budynków mieszkalnych. Istotnym punktem odniesienia w tym zakresie są postanowienia art. 4 ust. 2 i art. 4 ust. 4 u.s.m. Poza tym, poddając analizie powyższą uchwałę, należy zwrócić uwagę na szerszy kontekst zawartych w niej rozważań, dotyczących prokonstytucyjnej wykładni ustaw oraz sposobu zarządu nieruchomością wspólną. Poczynione w tym zakresie uwagi sprawiają, że zapadła uchwała ma nie tylko istotne znaczenie praktyczne z punktu widzenia ogólnej mocy wiążącej wszystkich sądów administracyjnych, lecz również z teoretycznoprawnego punktu widzenia zasługuje ona na uwagę.

Opracował *Wojciech Piątek*

Uchwała składu siedmiu sędziów NSA z dnia 11 czerwca 2013 r., I OPS 1/13

Od decyzji ostatecznej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wydanej na podstawie art. 83a ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych[8] w przedmiocie nie-

8 Dalej: u.s.u.s (Dz.U. z 2009 r. nr 205, poz. 1585 z późn. zm.).

ważności decyzji, w tym odmawiającej wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności, nie przysługuje skarga do sądu administracyjnego.

Stan faktyczny

Z wnioskiem o podjęcie przez NSA uchwały wyjaśniającej zagadnienie prawne wystąpił Prokurator Generalny. We wniosku wskazano, że wątpliwość dotyczy tego, czy od decyzji ostatecznej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (ZUS) wydanej na podstawie art. 83a ust. 2 u.s.u.s. w przedmiocie nieważności decyzji, w tym odmawiającej wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności, przysługuje skarga do właściwego wojewódzkiego sądu administracyjnego. Przywołany przepis stanowi, iż decyzje ostateczne ZUS, od których nie zostało wniesione odwołanie do właściwego sądu, mogą być z urzędu przez Zakład uchylone, zmienione lub unieważnione, na zasadach określonych w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania administracyjnego[9] (dalej: k.p.a). Problem dotyczy określenia właściwego trybu zaskarżenia decyzji ostatecznej organu rentowego wydanej w postępowaniu nieważnościowym na podstawie art. 83a ust. 2 u.s.u.s. oraz związanej z tym kognicji sądów administracyjnych. W judykaturze wyrażono bowiem sprzeczne stanowiska w tym zakresie. Pierwszy pogląd wskazuje na to, że do rozpatrzenia skargi na akt administracyjny, o jakim mowa w art. 83a ust. 2 u.s.u.s., wydany w następstwie przeprowadzenia postępowania nieważnościowego właściwy jest sąd administracyjny. W orzecznictwie wyrażono jednak także pogląd, że to sąd powszechny jest właściwy do rozpoznawania odwołań od decyzji wymienionych w art. 83a ust. 2 u.s.u.s., w tym decyzji wydanych w postępowaniu nieważnościowym.

Stanowisko NSA

W pierwszej kolejności NSA wskazał, że występująca w orzecznictwie rozbieżność dotycząca wątpliwości zawartej w pytaniu wnioskodawcy dotyczyła zasadniczo okresu przed wydaniem przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia 23 marca 2011 roku[10], której nadano moc zasady prawnej stanowiącej, że od decyzji ZUS (organu rentowego) wydanej na podstawie art. 83a ust. 2 u.s.u.s. w przedmiocie nieważności decyzji przysługuje odwołanie do właściwego sądu pracy i ubezpieczeń społecznych.

Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że to, iż ZUS stosuje przepisy k.p.a., nie zmienia zasady, według której decyzje wydawane na podstawie art. 83a ust. 2 u.s.u.s. są decyzjami z zakresu ubezpieczeń społecznych. Wskazał przy tym, że zmiana lub uchylenie decyzji ostatecznej, od której nie zostało wniesione odwołanie do sądu powszechnego, to nic innego jak wydanie nowego rozstrzygnięcia w sprawie dotyczącej tego samego stosunku prawnego. Nie jest uprawniona taka wykładnia przepisu art. 83a ust. 2 w zw. z art. 83 ust. 2 u.s.u.s., która prowadziłaby do wniosku, że w sprawach dotyczących tego samego stosunku prawnego byłby właściwy sąd powszechny lub sąd administracyjny, w zależności od tego, w jakim trybie została wydana decyzja ZUS. Sąd zwrócił też uwagę, że rozróżnienie spraw cywilnych w znaczeniu materialnym i formalnym oznacza, że nie każda sprawa dotycząca działalności administracji publicznej w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[11] może być rozpoznawana przez sąd administracyjny. Jeżeli bowiem istnieje przepis szczególny, w myśl którego właściwy jest sąd powszechny, to charakter sprawy (cywilny, administracyjny) ma drugorzędne znaczenie.

Analizując treść art. 180 § 1 k.p.a., art. 181 k.p.a. i art. 123 u.s.u.s., NSA stwierdził, że przepisy u.s.u.s. mają pierwszeństwo przed przepisami k.p.a. o tyle, o ile zawierają odrębności w stosunku do uregulowań zamieszczonych w kodeksie (zasada posiłkowego stosowania k.p.a.). Niewątpliwie przepisem szczególnym wobec regulacji kodeksowej jest art. 83 ust. 2 u.s.u.s., który przewiduje, że od decyzji w indywidualnych sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych przysługuje odwołanie do właściwego sądu w terminie i według zasad określonych w przepisach k.p.c.

Ustanowiony w sprawach ubezpieczeń społecznych tryb odwoławczy skutkuje tym, że wskutek

9 Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 267.

10 Uchwała SN z dnia 23 marca 2011 r., I UZP 3/10,

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

złożenia odwołania od decyzji organu rentowego rozpoznanie sprawy przeniesione zostaje na drogę postępowania sądowego. Przyjmuje się, że od momentu wniesienia odwołania do sądu powszechnego sprawa ubezpieczeń społecznych staje się zgodnie z art. 1 k.p.c. sprawą cywilną (w znaczeniu formalnym).

Treść normatywna art. 83a ust. 1 i ust. 2 u.s.u.s. pozwala przyjąć, że decyzje organów rentowych przewidziane w tych przepisach odnoszą się w swej istocie do praw i obowiązków stron tego samego stosunku prawnego, którego dotyczy weryfikowana decyzja ostateczna. Zależność pomiędzy decyzjami wydawanymi w trybie zwykłym i nadzwyczajnym przemawia za przyjęciem jednolitego sposobu ich zaskarżania, adekwatnego do charakteru spraw z zakresu ubezpieczeń społecznych. Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że w sprawach rozstrzygniętych wskutek ponownego ustalenia praw lub obowiązków (art. 83a ust. 1 u.s.u.s.) stronie przysługiwałoby odwołanie do sądu powszechnego, natomiast w sprawach rozpoznanych w trybie uchylenia, zmiany lub unieważnienia decyzji ostatecznej (art. 83a ust. 2 u.s.u.s.) – zastosowanie miałyby środki odwoławcze przewidziane w przepisach k.p.a. W ramach przyznanych ustawowo kompetencji sądy powszechne w postępowaniu odwoławczym rozstrzygają o prawidłowości decyzji organów rentowych rozstrzygających sprawy z zakresu ubezpieczeń społecznych, zarówno w sposób merytoryczny, jak również formalny. Stąd też NSA wskazał, że to sądy powszechne władne są również do rozpatrzenia odwołania od decyzji odmawiającej wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Przepis art. 83 ust. 1 i 2 u.s.u.s. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 3 § 2 p.p.s.a. i wyłącza kognicję sądów administracyjnych w sprawach decyzji dotyczących indywidualnych spraw z zakresu ubezpieczeń społecznych. Naczelny Sąd Administracyjny słusznie wskazał, że brak jest podstaw do warunkowania tego, jaki sąd właściwy jest do rozpatrzenia odwołania od decyzji organu rentowego w zależności od tego, w jakim trybie została ona wydana. Sprawą „dotyczącą" ubezpieczeń społecznych jest każda decyzja ZUS w zakresie indywidualnych spraw (art. 83 ust. 1 u.s.u.s.), każda decyzja w tym zakresie, chociażby jej wydanie poprzedzała inna decyzja (art. 83a ust. 1 i ust. 2). Komentowana uchwała zbieżna jest ze stanowiskiem SN, który wskazał, że właściwość sądów ubezpieczeń społecznych w sprawach z odwołań od decyzji ZUS odpowiada ustawowo ukształtowanym zasadom trybu odwoławczego w tego rodzaju postępowaniach. Wyjątki powinny być ściśle określone, a ich rozszerzenie w drodze wykładni właściwości sądów administracyjnych byłoby niezgodne z Konstytucją RP.

Opracował *Jan Olszanowski*

Mariusz Stanik

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Uchwała SN z dnia 11 września 2013 r., III CZP 39/13

Akcjonariusz tworzący oddzielną grupę w celu wyboru jednego członka rady nadzorczej nie uczestniczy w wyborze członków rady co do mandatów nieobsadzonych w drodze głosowania oddzielnymi grupami (art. 385 § 5 i 6 k.s.h.[1]).

Stan faktyczny

Na wniosek powódki zostało zwołane nadzwyczajne walne zgromadzenie akcjonariuszy w celu wyboru rady nadzorczej w drodze głosowania oddzielnymi grupami. Pełnomocnik powódki, która posiada 33% akcji, na podstawie przepisu art. 385 § 5 k.s.h. wniósł o utworzenie jednej grupy z 20% przysługujących jej akcji (celem wyboru jednego członka rady nadzorczej) oraz umożliwienie głosowania z pozostałych 13% posiadanych akcji w zakresie wyboru członków (członka) rady nadzorczej, którzy nie zostaną wybrani w drodze głosowania oddzielnymi grupami. Przewodniczący zgromadzenia stwierdził jednak, że podział akcji do głosowania w tym wypadku nie jest możliwy, gdyż akcjonariusz tworzący grupę i głosujący w grupie nie może głosować w sprawie wyboru pozostałych członków rady nadzorczej razem z akcjonariuszami, którzy grup nie utworzyli. Powódka zaskarżyła uchwałę w przedmiocie uzupełnienia składu rady nadzorczej w zakresie mandatów nieobsadzonych w drodze głosowania oddzielnymi grupami, tj. uchwałę w przedmiocie powołania jednej osoby do rady nadzorczej, zgłaszając wcześniej do protokołu sprzeciw i oświadczenie, że nie głosowała nad uchwałą, bowiem bezzasadnie nie została dopuszczona do udziału w głosowaniu. Sąd okręgowy stwierdził nieważność zaskarżonej uchwały. Pozwana wniosła apelację od wyroku sądu okręgowego. Rozpoznający sprawę sąd apelacyjny przedstawił opisane powyżej zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu.

Stanowisko Sądu Najwyższego

Przedstawione do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne powstało w związku z wykładnią przepisów art. 385 § 3, 5 i 6 k.s.h., zgodnie z którymi: 1) „Na wniosek akcjonariuszy, reprezentujących co najmniej jedną piątą kapitału zakładowego, wybór rady nadzorczej powinien być dokonany przez najbliższe walne zgromadzenie w drodze głosowania oddzielnymi grupami, nawet gdy statut przewiduje inny sposób powołania rady nadzorczej" (art. 385 § 3 k.s.h.), 2) „Osoby reprezentujące na walnym zgromadzeniu tę część akcji, która przypada z podziału ogólnej liczby reprezentowanych akcji przez liczbę członków rady, mogą utworzyć oddzielną grupę celem wyboru jednego członka rady, nie biorą jednak udziału w wyborze pozostałych członków" (art. 385 § 5 k.s.h.) oraz 3) „Mandaty w radzie nadzorczej nieobsadzone przez odpowiednią grupę akcjonariuszy, utworzoną zgodnie z § 5, obsadza się w drodze głosowania, w którym uczestniczą wszyscy akcjonariusze, których głosy nie zostały oddane przy wyborze członków rady nadzorczej, wybieranych w drodze głosowania oddzielnymi grupami" (art. 385 § 6 k.s.h.).

Dokonując analizy przedmiotowego zagadnienia prawnego, Sąd Najwyższy po pierwsze wskazał na wyrok z dnia 31 marca 2004 r., III CK 392/02 (niepubl.), zgodnie z którym w razie dokonania w dro-

1 Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r. nr 94, poz. 1037 z późn. zm.)

dze głosowania grupami wyboru choćby jednego członka rady nadzorczej, dochodzi do powołania (chociaż w niepełnym składzie) rady nadzorczej. Nieutworzenie pozostałych grup, mających wybrać dalszych członków rady, nie pozbawia walnego zgromadzenia możliwości ich wyboru, który może być dokonany w drodze zwykłego głosowania, już bez udziału akcjonariuszy, którzy utworzyli grupę.

Wskazany powyżej wyrok został wydany przed datą wejścia w życie ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz ustawy o obrocie instrumentami finansowymi[2], która wprowadziła do kodeksu spółek handlowych przepis art. 4^{1^3}, zgodnie z którym „[a]kcjonariusz może głosować odmiennie z każdej z posiadanych akcji". Sąd Najwyższy stwierdził jednak w analizowanej uchwale, że „[o]dwoływanie się do art. 4^{1^3} k.s.h. jako przepisu, który wpływa na wykładnię art. 385 § 6 k.s.h., nie jest trafne przede wszystkim ze względu na odmienne hipotezy norm zamieszczonych w tych przepisach". W ocenie Sądu Najwyższego „[a]rtykuł 4^{1^3} k.s.h. określa sposób wykonania prawa głosu w spółce akcyjnej, wskazując, że akcjonariusz może odmiennie wykonywać prawo głosu z każdej z posiadanych akcji. Natomiast art. 385 § 6 k.s.h. reguluje szczególny tryb wyborów członków rady nadzorczej w spółce akcyjnej. Przepis ten nie dotyczy natomiast sposobu wykonywania prawa głosu przez akcjonariusza (dopuszczalności niejednolitego głosowania z akcji)".

Ponadto Sąd Najwyższy wskazał, że „[w]ykładnia językowa art. 385 § 6 k.s.h. (…) nie prowadzi do jednoznacznego rezultatu i w konsekwencji nie może stanowić wyłącznej podstawy rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego". W związku z powyższym Sąd Najwyższy skonstatował, że skoro przepis art. 385 § 5 *in fine* k.s.h. stanowi, że akcjonariusz tworzący grupę nie może brać udziału w wyborach innych członków rady nadzorczej, to użyte w art. 385 § 6 k.s.h. sformułowanie „akcjonariusz, którego głosy nie zostały oddane przy wyborze członków rady nadzorczej wybieranych w głosowaniu oddzielnymi grupami" należy odnosić do tych akcjonariuszy, którzy nie utworzyli grupy.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Zawarte w analizowanej uchwale stanowisko Sądu Najwyższego ma z pewnością duże znaczenie teoretyczne i praktyczne. Niemniej jednak uznać je należy za co najmniej dyskusyjne. Wydaje się bowiem, że istnieją argumenty za przyjęciem, że przywołany powyżej przepis art. 4^{1^3} k.s.h. wpływa na wykładnię przepisu art. 385 § 6 k.s.h. W szczególności jeśli wziąć pod uwagę fakt, iż przepis art. 385 § 6 *in fine* k.s.h. stanowi o akcjonariuszach, których głosy nie zostały oddane przy wyborze członków rady nadzorczej, wybieranych w drodze głosowania oddzielnymi grupami, a nie o akcjonariuszach, którzy nie brali udziału w głosowaniu oddzielnymi grupami. W konsekwencji dopuszczalna wydaje się także taka interpretacja przepisów art. 385 § 3, 5 i 6 k.s.h., zgodnie z którą możliwe jest utworzenie grupy przy wykorzystaniu jedynie części posiadanych przez danego akcjonariusza akcji, który ma prawo brać udział w głosowaniu nad mandatami nieobsadzonymi w rozumieniu art. 385 § 6 k.s.h. – z pozostałych akcji. Przyjęcie powyższej, sprzecznej ze stanowiskiem Sądu Najwyższego interpretacji zmierzałoby do zapewnienia ochrony praw korporacyjnych akcjonariuszy większościowych.

Uchwała SN z dnia 11 września 2013 r., III CZP 47/13

Wykreślenie z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego spółki akcyjnej będącej dłużnikiem nie wyłącza ochrony jej wierzycieli na podstawie art. 527 i nast. k.c.

Przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne nie było dotychczas przedmiotem wypowiedzi orzecznictwa ani piśmiennictwa. W uzasadnieniu analizowanej uchwały wskazano, że w piśmiennictwie podnosi się, iż „wierzytelność podlegająca ochronie na podstawie art. 527 i nast. k.c. musi istnieć i być zaskarżalna. Są to jedyne przesłanki dotyczące wierzytelności, które wynikają z natury rozważanej skargi". Zarówno piśmiennictwo, jak i judykatura zajmowały się natomiast problemem wpływu wykreślenia handlowej spółki kapitałowej z rejestru na stosunki prawne pochodne wobec stosun-

2 (Dz.U. z 2009 r. nr 13, poz. 69).

ku prawnego, w którym spółka jest dłużnikiem. W kwestii tej Sąd Najwyższy zajmował dotychczas rozbieżne stanowiska. I tak np. w wyroku SN z dnia 7 października 2008 r., III CSK 112/08 (niepubl.) wskazano, że „utrata bytu prawnego przez dłużnika osobistego i brak po jego stronie następstwa prawnego oznacza wygaśnięcie wierzytelności. Wskutek wygaśnięcia wierzytelności wygasają zabezpieczające ją hipoteki" (podobnie wyrok SN z dnia 10 lutego 2012 r., II CSK 325/11, niepubl.). Odmienny natomiast pogląd zaprezentowano m.in. w postanowieniu SN z dnia 10 maja 2012 r., IV CSK 369/11 (niepubl.), uznając, że „wierzytelność, w której dłużnikiem osobistym jest osoba prawna, nie wygasa z chwilą wykreślenia dłużnika z rejestru na skutek zakończenia postępowania upadłościowego, jeżeli charakter tej wierzytelności jest tego rodzaju, że możliwe jest jej zaspokojenie z substratu majątkowego pozostałego po osobie prawnej np. w razie złożenia odpowiednich kwot do depozytu sądowego, czy też z zabezpieczeń tej wierzytelności na przedmiotach majątkowych osób trzecich".

W uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy wskazał, że „[w] wypadku śmierci osoby fizycznej jej długi i wierzytelności przechodzą na spadkobierców (…) albo na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami (…). Tylko wyjątkowo zobowiązanie wygasa wskutek śmierci jednej ze stron (…), a odpowiedzialność za długi należące do spadku może być ograniczona (…)". Z drugiej strony natomiast Sąd Najwyższy wskazał, że osoba prawna „ustaje z reguły bez następstwa prawnego". W konsekwencji Sąd Najwyższy słusznie skonstatował, iż „[p]rzyjęcie, że długi spółki kapitałowej wygasają z chwilą ustania jej bytu prawnego, mogłoby oznaczać drastyczną różnicę w sytuacji prawnej obu rodzajów podmiotów prawa cywilnego. Mogłoby w szczególności naruszać sytuację prawną wierzycieli osoby prawnej, których prawa majątkowe zasługują na ochronę ze względu na sformułowaną w art. 64 Konstytucji RP zasadę ochrony własności".

Biorąc powyższe pod uwagę, w uzasadnieniu analizowanej uchwały słusznie stwierdzono, że „realizacja żądania określonego w art. 527 i nast. k.c. prowadzi *ex lege* do powstania zobowiązania osoby trzeciej, która uzyskała korzyść majątkową wskutek czynności prawnej dłużnika dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli. Jest to zobowiązanie samodzielne. Jego powstanie łączy się z istnieniem wierzytelności po stronie wierzyciela, ale ta zależność nie jest ścisła. Wierzytelność niewątpliwie musi istnieć w chwili dokonywania czynności prawnej i w chwili wytoczenia powództwa". W konsekwencji, w ocenie Sądu Najwyższego, niezasadnym byłoby przyjęcie, że skarga pauliańska ma charakter akcesoryjny do wierzytelności wobec dłużnika: „Celem skargi pauliańskiej nie jest zabezpieczenie konkretnej wierzytelności, lecz wprowadzenie regulacji chroniącej wierzycieli przed nieuczciwym zachowaniem dłużnika. Osiągnięcie tego celu byłoby wątpliwe w razie przyjęcia, że żądanie określone w art. 527 i nast. k.c. wygasa z chwilą wykreślenia będącej dłużnikiem spółki akcyjnej z rejestru".

Pogląd Sądu Najwyższego zawarty w przedmiotowej uchwale zasługuje na pełną aprobatę. Powyższe podyktowane jest przede wszystkim zasadnym w mojej ocenie uznaniem, iż skarga pauliańska nie ma charakteru akcesoryjnego (jak w przypadku odpowiedzialności poręczyciela czy dłużnika hipotecznego), ale jest zobowiązaniem samodzielnym, a celem przedmiotowej skargi jest ochrona wierzycieli, a nie zabezpieczenie konkretnej wierzytelności. Przyjęcie stanowiska odmiennego od wyrażonego w analizowanej uchwale prowadziłoby w zasadzie do uniemożliwienia osiągnięcia tego celu w przypadku utraty bytu prawnego przez dłużnika będącego osobą prawną.

Uchwała SN z dnia 10 października 2013 r., III CZP 54/13

Nie jest nieważny weksel własny wystawiony przez osobę prawną oznaczoną z pominięciem określenia jej formy prawnej, ale z podaniem numeru w Krajowym Rejestrze Sądowym, a także weksel własny wskazujący przedmiot działalności gospodarczej wystawcy, niebędący częścią jego firmy.

Stan faktyczny

Sąd pierwszej instancji utrzymał w mocy nakaz zapłaty, uwzględniając tym samym powództwo o zapłatę dochodzone przez po-

wodową spółkę na podstawie weksla własnego *in blanco*, w którym na pierwszej stronie na miejscu przeznaczonym dla wystawcy jest odcisk dwóch pieczęci: „Eksport Import Logistyka I. M. ul. R. […] W. […] (…) KRS […] NIP […]" oraz „Prezes Zarządu A. C." Pozwana wniosła apelację. Sąd odwoławczy powziął poważne wątpliwości i przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne, sprowadzające się do oceny konsekwencji prawnych wystawienia weksla własnego przez osobę prawną, gdzie w miejscu przeznaczonym dla wystawcy weksla oznaczono osobę prawną bez wskazania formy organizacyjnej wystawcy weksla przy jednoczesnym wskazaniu numeru KRS wystawcy oraz przy wskazaniu w tym miejscu ogólnego przedmiotu działalności wystawcy weksla.

Stanowisko SN

W uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy po pierwsze wskazał na prawo wekslowe[3] i stwierdził, że „niezbędne cechy weksla własnego określa art. 101 pkt. 1–7 Pr. weksl., przy czym brak w dokumencie jednej ze wskazanych w tym artykule cech skutkuje z mocy art. 102 Pr. weksl. tym, że dokument taki nie będzie uważany za weksel własny, wyjąwszy brak oznaczenia terminu płatności lub miejsca wystawienia". Tym samym do niezbędnych elementów dokumentu, przesądzających o traktowaniu dokumentu jako weksla, należy m.in. podpis wystawcy weksla.

Po drugie Sąd Najwyższy wskazał, że ustawodawca znacznie ostrzej określa wymogi dotyczące oznaczenia w wekslu własnym remitenta oraz daty wystawienia weksla niż wymogi dotyczące podpisu wystawcy weksla. W ocenie Sądu Najwyższego „[p]odpis wystawcy weksla będącego osobą prawną wymaga uprzednio takiego jej oznaczenia, aby możliwe było dokonanie oceny, że osoba prawna wystawiła weksel z zachowaniem przewidzianych dla niej reguł reprezentacji, których kształt może być uzależniony od formy prawnej osoby prawnej. Konkretyzacja więc formy prawnej osoby prawnej, będącej wystawcą weksla, jako obligatoryjnego elementu jej firmy (art. 43^5 § 2 k.c.), jest więc niezbędna, ale sposób spełnienia tego celu nie musi się wyłącznie realizować bezpośrednio w brzmieniu tekstu weksla". W ocenie Sądu Najwyższego podanie w tekście weksla numeru KRS wystawcy weksla pozwala ustalić formę prawną podmiotu, będącego wystawcą weksla, jako że forma ta wskazana jest w rejestrze przedsiębiorców KRS, w konsekwencji zaś „[u]sunięcie tego braku niezbędnego elementu firmy wystawcy weksla własnego, będącego osobą prawną, przez ustalenie jego formy prawnej w drodze wykładni tekstu weksla, jest dopuszczalne w świetle uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 29 czerwca 1995 r. III CZP 66/95 (OSNC 1995/12/168)".

Po trzecie, odnosząc się do kwestii wskazania w tekście weksla ogólnego przedmiotu działalności wystawcy weksla, Sąd Najwyższy słusznie wskazał, że „z mocy art. 43^5 § 2 k.c. wskazanie na przedmiot działalności będącej przedsiębiorcą osoby prawnej stanowi jedynie fakultatywny, a nie obligatoryjny element składowy jej firmy. W konsekwencji użycie w tekście weksla określenia przedmiotu działalności niebędącego elementem firmy wystawcy weksla, będącego osobą prawną, w brzmieniu wpisanym w KRS, nie wywołuje negatywnego skutku, a w szczególności nieważności weksla własnego".

Znaczenie rozstrzygnięcia

Stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w analizowanej uchwale należy w pełni podzielić. Kwestie te nie były jak dotąd przedmiotem rozstrzygnięć judykatury, a wobec masowości wykorzystania instrumentu weksla w obrocie, znaczenie analizowanej uchwały jest istotne zarówno dla teoretyków, jak i praktyków prawa.

Zobacz też następujące tezy orzeczeń Sądu Najwyższego:

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 18 września 2013 r., III CZP 13/13

1. Wyrok sądu stwierdzający nieważność sprzecznej z ustawą uchwały wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub uchwały walnego zgromadzenia spółki akcyjnej ma charakter konstytutywny.

2. Uchwały zarządu, rady nadzorczej i komisji rewizyjnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz uchwały zarządu i rady nadzorczej spółki akcyjnej podlegają zaskarżeniu

3 Ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe (Dz.U. nr 37, poz. 282 z późn. zm.).

w drodze powództwa o ustalenie (art. 189 k.p.c. w związku z art. 58 k.c.).

Uchwała SN z dnia 24 lipca 2013 r., III CZP 45/13

Prokurent może udzielić pełnomocnictwa procesowego – także dalszego – osobom wymienionym w art. 87 § 2 k.p.c.

Uchwała SN z dnia 10 października 2013 r., III CZP 53/13

Złożenie przez uprawnionego do zachowku wniosku o stwierdzenie nabycia spadku na podstawie ustawy przerywa bieg terminu przedawnienia jego roszczenia o zachowek należny od spadkobiercy ustawowego

Uchwała SN z dnia 10 października 2013 r., III CZP 56/13

W razie wniesienia sprzeciwu od nakazu zapłaty wydanego w elektronicznym postępowaniu upominawczym opłata sądowa od pozwu nie podlega uzupełnieniu

Paweł Wiliński, Piotr Karlik[1]

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Wyrok SN z dnia 16 maja 2013 r., V KK 390/12

Z przepisu art. 451 k.p.k. nie sposób wyprowadzić tezy, że wniosek o sprowadzenie na rozprawę odwoławczą musi być złożony w jakimkolwiek terminie przed terminem rozprawy odwoławczej. Oczywiste jest, że powinien on zostać złożony w takim czasie, aby mógł zostać rozstrzygnięty przez sąd II instancji zanim rozprawa odwoławcza zostanie zamknięta.

W prezentowanym wyroku Sąd Najwyższy uznał za zasadną kasację zarzucającą rażące naruszenie przepisów postępowania mogące mieć wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 451 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. poprzez odmowę sprowadzenia skazanego na rozprawę apelacyjną przed sądem apelacyjnym, pomimo prawidłowo złożonego wniosku skazanego o doprowadzenie go na rozprawę odwoławczą, co pozbawiło skazanego prawa do obrony, w tym przedstawienia na rozprawie apelacyjnej argumentów przemawiających za uwzględnieniem wniesionej na jego rzecz apelacji.

Podkreślił, że w sytuacji gdy przedmiotem zaskarżenia apelacją są dokonane ustalenia faktyczne czy też, co oczywiste, będąca ich podstawą ocena dowodów, to regułą winno być uwzględnienie złożonego przez oskarżonego pozbawionego wolności wniosku o doprowadzenie na rozprawę odwoławczą, albowiem jego uczestnictwo w rozprawie odwoławczej jest elementem materialnego prawa do obrony, co z kolei stanowi wyznacznik rzetelnego procesu (por. wyroki SN: z dnia 13 maja 2008 r., IV KK 3/08, LEX nr 393941; z dnia 2 kwietnia 2008 r., III KK 476/07, LEX nr 388587; z dnia 5 marca 2008 r., V KK 356/07, LEX nr 359269; z dnia 2 października 2006 r., V KK 236/06, LEX nr 198107; z dnia 28 października 2004 r., III KK 50/04, LEX nr 146316; z dnia 6 stycznia 2004 r., V KK 323/03, LEX nr 147314; z dnia 6 listopada 2002 r., II KKN 871/01, LEX nr 74397; z dnia 25 maja 2001 r., IV KKN 591/00, LEX nr 51404; z dnia 27 lutego 2001 r., III KKN 383/99, LEX nr 51992; uchwała SN z dnia 18 października 2001 r., I KZP 25/01, OSNKW 2001, z. 11–12, poz. 88). Stanowisko to jest zresztą wynikiem zaakceptowania poglądu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka co do tego, że na gruncie art. 6 ust. 1 i ust. 3 lit. c) europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności standard rzetelnego procesu odwoławczego wiąże się z koniecznością umożliwienia oskarżonemu pozbawionemu wolności wzięcia udziału w rozprawie apelacyjnej co najmniej wówczas, gdy podnoszone są zarzuty odnoszące się do ustaleń faktycznych.

Odnosząc się do ustaleń faktycznych sprawy, SN zauważył, że wniosek pozbawionego wolności oskarżonego o doprowadzenie go na rozprawę odwoławczą wpłynął do sądu odwoławczego na 3 dni przed rozprawą odwoławczą. Wniosek ten został oddalony w trakcie rozprawy odwoławczej z uwagi na to, że oskarżony nie przedstawił w nim żadnych argumentów merytorycznych świadczących o potrzebie jego doprowadzenia, a ponadto z uwagi na to, iż wniosek ten wpłynął dopiero we wskazanym terminie. W ocenie SN – pomijając już to, że gdy oskarżonego pouczano o prawie do złożenia wniosku o doprowa-

1 Autor jest stypendystą Fundacji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu dla doktorantów UAM.

dzenie na rozprawę, to nie informowano go, że wniosek musi być złożony w określonym terminie oraz że powinien zawierać argumentację – podkreślić stanowczo należy, iż kwestia ta, jako leżąca poza unormowaniem określonym w art. 451 k.p.k., nie mogła skutkować odmową uwzględnienia wniosku. Z przepisu art. 451 k.p.k. nie sposób wyprowadzić tezy, że wniosek o sprowadzenie na rozprawę odwoławczą musi być złożony w jakimkolwiek terminie przed terminem rozprawy odwoławczej. Oczywiste jest, że powinien on zostać złożony w takim czasie, aby mógł zostać rozstrzygnięty przez sąd II instancji zanim rozprawa odwoławcza zostanie zamknięta.

Opracował *Paweł Wiliński*

Wyrok SN z dnia 9 maja 2013 r., IV KK 380/12

Zadaniem sądu odwoławczego jest zazwyczaj sprawdzenie prawidłowości rozumowania (oceny dowodów) przedstawionego przez sąd I instancji, nie zaś „samodzielne argumentowanie". Podzielenie argumentacji sądu *meriti* nie jest równoznaczne z naruszeniem art. 457 § 3 k.p.k.

Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu po raz kolejny zwrócił uwagę na niezwykle istotny problem zakresu kontroli dokonywanej w postępowaniu odwoławczym. Pełnomocnik oskarżyciela prywatnego we wniesionej kasacji zarzucił sądowi odwoławczemu nienależyte ustosunkowanie się do zarzutów podniesionych w apelacji, polegające na ograniczeniu się przez sąd *ad quem* jedynie do podzielenia argumentacji sądu I instancji.

Skład orzekający Sądu Najwyższego zasadnie zwrócił uwagę, że w przedmiotowej sprawie należy rozdzielić dwa całkowicie różne jej aspekty. W ocenie Sądu Najwyższego nie może budzić wątpliwości, że zadaniem sądu odwoławczego jest zazwyczaj sprawdzenie prawidłowości rozumowania (oceny dowodów) przedstawionego przez sąd I instancji, nie zaś „samodzielne argumentowanie". Wobec powyższego podzielenie argumentacji sądu *meriti* nie może być traktowane jako naruszenie normy wyrażonej w przepisie art. 457 § 3 k.p.k. Niemniej jednak Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że podzielenie stanowiska sądu I instancji nie może prowadzić do nieprzeprowadzenia wszechstronnej analizy wniosków i zarzutów podniesionych w apelacji. Zwłaszcza że we wniesionym środku odwoławczym pełnomocnik oskarżyciela prywatnego zwrócił uwagę na błędy w ustaleniach faktycznych.

W związku z powyższym Sąd Najwyższy uznał, że doszło do naruszenia przepisu art. 433 § 2 k.p.k., które mogło mieć istotny wpływ na treść wydanego orzeczenia. W ocenie Sądu Najwyższego skutkiem tego rażącego naruszenia przepisów postępowania karnego musi być uchylenie orzeczenia sądu odwoławczego. Jednakże uchybienia popełnione przez sąd I instancji przemawiały za uchyleniem również wyroku tego sądu i przekazaniem mu sprawy do ponownego rozpoznania.

Warto odnotować, że w przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy po raz kolejny przypomniał, że nie wchodzi w grę naruszenie przez sąd odwoławczy normy zawartej w art. 7 k.p.k. – w sytuacji, gdy poprzestaje on jedynie na kontroli orzeczenia sądu I instancji, w kontekście zarzutów i wniosków zawartych w apelacji, a sam nie przeprowadza dowodów i nie czyni ustaleń faktycznych, jak też w zaskarżonym orzeczeniu nie dokonuje żadnych korekt.

Opracował *Piotr Karlik*

Wyrok SN z dnia 7 maja 2013 r., II KK 268/12

Zakaz wynikający z dyspozycji art. 415 § 5 zd. 2 k.p.k. odnosi się do każdego określonego w ustawie wypadku orzekania karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody i to niezależnie od tego, czy roszczenie zasądzone w postępowaniu cywilnym zostało skutecznie wyegzekwowane.

W przedmiotowym orzeczeniu wydanym na skutek wniesienia kasacji przez Rzecznika Praw Obywatelskich, Sąd Najwyższy zajął się kwestią tzw. klauzuli antykumulacyjnej. Skład orzekający stanowczo stwierdził, że niedopuszczalne jest orzeczenie obowiązku naprawienia szkody, jeżeli roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania albo już o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono.

Sąd Najwyższy podkreślił, że zakaz, o którym mowa w art. 415 § 5 zdanie 2 k.p.k., uaktywnia się, jeżeli zostanie stwierdzona tożsamość podmiotowa i przedmiotowa

danego roszczenia. W ocenie Sądu Najwyższego zakaz ten odnosi się do każdego określonego w ustawie wypadku orzekania karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody i to niezależnie od tego, czy roszczenie zasądzone w postępowaniu cywilnym zostało skutecznie wyegzekwowane.

Analizując przedmiotową sprawę, Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że związanie instytucji warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności z obowiązkiem, którego zakres jest sprzeczny z klauzulą antykumulacyjną, stanowi rażące naruszenie przepisów prawa, które to naruszenie wywarło istotny wpływ na treść orzeczenia sądu *meriti*. Zwłaszcza że, jak podkreślił Sąd Najwyższy, w następstwie tego uchybienia doszło do wszczęcia postępowania w przedmiocie zarządzenia wykonania warunkowo zawieszonej kary pozbawienia wolności na podstawie art. 75 § 2 k.k. – w ocenie Sądu Najwyższego.

Wobec powyższego Sąd Najwyższy zdecydował się uchylić wyrok w zaskarżonej części i skierować sprawę do ponownego rozstrzygnięcia. Jednocześnie skład orzekający zwrócił uwagę na konieczność prawidłowego rozpoznania zarzutów apelacyjnych przez sąd okręgowy w zakresie właściwego zastosowania dyrektywy wynikającej z dyspozycji przepisu art. 415 § 5 k.p.k.

Opracował *Piotr Karlik*