FORUM PRAWNICZE

NUMER 1 (21)
2014

Spis treści

WYWIAD

3 **Niepewna przyszłość prawa? Wywiad z prof. Natalino Irtim**

ARTYKUŁY

Andrzej Dziadzio

6 **Zakaz uboju rytualnego jako naruszenie konstytucyjnej zasady wolności religijnej. Kontekst współczesny i historyczny**

Leszek Bosek

14 **Prawo osobiste do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem – na przykładzie lekarza**

Anna Kiełczawa

26 **Postępowanie ochronne we Francji jako przykład skutecznej regulacji**

Łukasz Kułaga

41 **Ochrona praw człowieka w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym**

ARTYKUŁY RECENZYJNE I POLEMIKI

Jerzy Krzynówek

60 **„Niezbyt wiele się z monografii dowiedziałem", czyli o skutkach braku „gimnastyki umysłowej". Odpowiedź na recenzję Franciszka Longchamps de Bérier**

GLOSA

Adam Karczmarek

68 **Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 kwietnia 2013 r., II GSK 92/12**

SPRAWOZDANIE

Joanna Kruszyńska

77 **Międzynarodowa Konferencja Komparatystyczna „Od *emptio venditio* do *Common European Sales Law* – w poszukiwaniu dobrego prawa sprzedaży". Poznań, 25–26 kwietnia 2013 r.**

ORZECZNICTWO

Marcin Stębelski

80 **Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne**

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski

86 **Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu**

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski, Jacek Ronowicz

92 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

Mariusz Stanik

98 **Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne**

Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu 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 1 (21) | 2014
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.

Niepewna przyszłość prawa?

Wywiad z prof. Natalino Irtim

Natalino Irti

Urodzony w 1936 r. w Avezzano profesor nauk prawnych, specjalista w zakresie prawa cywilnego i teorii prawa oraz włoski adwokat. Swoje pierwsze szlify jako prawnik zdobywał u boku romanisty Emilio Bettiego, zasłużonego zwłaszcza dla teorii interpretacji prawa. Profesorem zwykłym został w 1968 r. i początkowo nauczał prawa cywilnego na uniwersytetach w Sassari, Parmie, Perugii i Turynie. Natomiast od 1975 r. wykładał w Rzymie na uniwersytecie „La Sapienza", z którym pozostał związany do dnia dzisiejszego. Jest członkiem włoskiej akademii nauk (Accademia dei Lincei), przewodniczącym włoskiego instytutu studiów historycznych (Istituto italiano per gli studi storici). Pełnił również ważne funkcje ekonomiczne i polityczne, m.in. jako prezydent banku Credito Italiano, wiceprezydent koncernu energetycznego Enel, a w latach 1985–1987 był radnym Rzymu z listy Partii Liberalnej (Partito Liberale).

W swoich pracach opisuje problemy i zmiany zachodzące w prawie cywilnym, co służy mu do analizowania podstaw i źródeł prawa. Największą sławę zyskał za sprawą monografii z 1979 r. L'età della decodificazione *(„Wiek dekodyfikacji"), która stała się przedmiotem szerokiej dyskusji, a sama książka została czterokrotnie wznowiona oraz przetłumaczona na język hiszpański i chiński.*

Ostatnio analizuje również wpływ, jaki na prawo mają zjawiska globalizacji i rozwijających się technologii komunikacji. Po procesie dekodyfikacji centralne obecnie miejsce w jego myśli zajmuje pojęcie formy i procedur, które N. Irti uznaje za sposób działania dzisiejszego prawa. Nazywa to nihilizmem prawnym, który prowadzi do radykalnego formalizmu, pozbawionego jakiejkolwiek podstawy ontologicznej[1].

Spośród książek N. Irti ukazały się: Del salire in politica. Il problema tecnocrazia *(2014),* L'uso giuridico della natura *(2013),* Diritto senza verità *(2011),* La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica *(2008),* Il salvagente della forma *(2007),* Norma e luogi. Problemi di geo-diritto *(2006),* Codice civile e società politica *(2005),* Nichilismo giuridico *(2005),* L'ordine giuridico del mercato *(2004),* Dialogo su diritto e tecnica *(z E. Severino, 2001),* L'età della decodificazione *(1999 – czwarte wydanie),* Studi sul formalismo negoziale *(1997),* Testo e contesto *(1996),* La cultura del diritto civile *(1990).*

G.B.: Szanowny Panie Profesorze, jest Pan uznanym autorytetem w zakresie prawa prywatnego, filozofii prawa i teorii prawa cywilnego, ekspertem prawa włoskiego oraz znawcą praktyki prawnej. Jako pierwszy użył Pan pojęcia „dekodyfikacja" w odniesieniu do prawa. W tym roku mija 35 lat od publikacji Pańskiej książki „Wiek dekodyfikacji". W Polsce dyskusja o procesie dekodyfikacji właśnie zbliża się do punktu kulminacyjnego. Dlaczego posłużył się Pan pojęciem „dekodyfikacja" na określenie procesów zachodzących w prawie?

N.I.: Pojęcie to zostało zaczerpnięte z nauk zajmujących się językiem. Tam oznacza ono ponowne odtworzenie wiadomości z kodu[2], ale w taki sposób, że niesie ze sobą inne znaczenie. W moim artykule z 1978 r., po-

1 C. Magris, N.Irti, *La legge e il nulla*, „Corriere della Sera" z 6 kwietnia 2007 r., s. 47.

2 W języku włoskim słowo *codice* oznacza zarówno „kod", jak i „kodeks".

Wywiad przeprowadził w maju 2014 r. w Rzymie Grzegorz Blicharz

wstałym pod wpływem konferencji, która odbyła się w Salamance, użyłem sformułowania „dekodyfikacja", aby wskazać na zanik podstawowego charakteru kodeksu cywilnego, zarówno jako całościowego zbioru prawa cywilnego, jak i „stróża" kategorii logiczno-interpretacyjnych tej dziedziny prawa.

G.B.: Czy można uznać, iż dekodyfikacja jeszcze trwa, czy przeszła już do historii? W jakim momencie rozwoju prawa prywatnego się znajdujemy?

N.I.: Proces dekodyfikacji cały czas trwa i przejawia się w wielości kodeksów sektorowych. A przecież ośrodki systemu nie są multiplikowalne.

G.B.: W Polsce mamy kodeks spółek handlowych, kodeks cywilny, ustawy szczególne (np. o sprzedaży konsumenckiej) czy ostatnio projekt kodeksu prawa budowlanego, a we Włoszech kodeks cywilny, kodeks konsumencki, kodeks handlowy. Czy ta wielość kodeksów w dziedzinie prawa cywilnego jest czymś zaskakującym?

N.I.: Nie, jeśli wziąć pod uwagę powiększanie się dziedziny prawa prywatnego i jej specyfikę. Jest to po prostu inne oblicze technicznej „specjalizacji".

G.B.: Czy może ona stwarzać problemy w stosowaniu wykładni prawa?

N.I.: Trudności w wykładni prawa powinny być rozwiązywane przez ustalenie ścisłej hierarchii jego źródeł.

G.B.: Czy należy uznawać to za zjawisko pozostające w modelu pozytywistycznym? Jakie jest źródło zmian zachodzących we współczesnym prawie? Czy inflacja ustaw, kodeksów, różnorodność źródeł prawa, decentralizacja władzy ustawodawczej, problemy z uzgodnieniem zachodzących na siebie regulacji, spowodowały ucieczkę od metody pozytywistycznej? Czy doprowadziły do preferowania prawa sędziowskiego, wykładni opartej na wartościach i zasadach, czy też wykładni funkcjonalnej, jak jest to widoczne w przypadku regulacji wewnątrz Unii Europejskiej?

N.I.: Pozytywizm oznacza, że norma prawna jest „umieszczona", a nie „znaleziona". „Wieczny" pozytywizm pozostaje nieustannym humanizmem i historycznością prawa. Nie unosi oczu ponad ziemię ani nie naśladuje natury. Może zmieniać się w czasie konkretny autor tego „umieszczania" normy, lecz jakiś autor – narodowy, europejski czy światowy – zawsze jednak jest konieczny. Jeśli chodzi o wykładnię opartą na wartościach, to przecież również one – wartości – są „umieszczane". Umieszczane są przez wolę ludzi, którzy ich pragną i czynią je wiążącymi w konfliktach z innymi ludźmi.

G.B.: W ostatnich latach zajmował się Pan problematyką nihilizmu prawnego, prawa globalnego, relacją między prawem a naturą, a ostatnio kryzysem „stanów faktycznych". Czy fenomeny analizowane przez Pana pozwalają wnosić, że dotychczasowy model prawa pisanego, logicznego, dedukowalnego jest w stanie radzić sobie w obliczu kryzysów ekonomicznych, wyzwań ze strony idei politycznych, np. idei Unii Europejskiej, czy zmian technologicznych, szczególnie biotechnologicznych? Skąd bierze się w takich przypadkach stabilność i pewność prawa? Czy może zostać zagwarantowana przez tego autora norm? – legislatora, sądy. Jakie doświadczenia stabilności i pewności prawa posiada Pan jako profesor i adwokat? Co oznacza ta stabilność i pewność dla prawnika? Jasność norm, przewidywalność wyroków sądowych?

N.I.: Weberiański wymóg „obliczalności", to jest wymóg dotyczący przewidywalności decyzji sądowych, jest nieosiągalny. Niestabilność samych ustaw oraz subiektywne odwoływanie się do wartości sprawiają, że przyszłość prawna jest trudna do przewidzenia.

G.B.: W jednym z ostatnich artykułów – dotyczącym kryzysu „stanów faktycznych" – analizuje Pan dwa zjawiska w prawie współczesnym: pierwszym jest „przesunięcie kryteriów decyzji prawnej na płaszczyznę ponadprawną", a drugim „skok od dyskursu prawnego do dyskursu wartości"[3]. Jednak-

3 N. Irti, *La crisi della fattispecie*, „Rivista di Diritto Processuale", vol. LXIX, nr 1 (2014), s. 36–44.

że, jak podsumowuje Pan, przywiązywanie mniejszej wagi do stanu faktycznego, a skupianie się na istotnych dla danego kazusu wartościach, nie oznacza „kryzysu decyzji sędziowskiej". Jak można zapewnić stabilność i przewidywalność prawa przy podejmowaniu decyzji, która przecież zawsze odnosi się do indywidualnej osoby?

N.I.: Nie istnieje jakaś recepta na stabilność i przewidywalność prawa. Zależą one od złożonej sytuacji historycznej, która nie jest domeną tylko jakiejś woli indywidualnej. Wręcz przeciwnie, zawsze rozważa się wymogi historyczne – i tak jak mogą zostać one spełnione, tak samo można z nimi przegrać.

G.B.: Tradycja i historia prawa prywatnego pozwalają wskazać, że argumentacja prawnicza opiera się przede wszystkim na wartościach: zasadach dobrej wiary, użyteczności, sprawiedliwości, dobrych zwyczajach czy racjonalności. Czy tego typu odwołanie do wartości, które może być dzisiaj uznawane za zbyt niejednoznaczne, nie do końca zdefiniowane, stanowi szansę na bardziej efektywny model myślenia prawniczego? – nieufundowany na metodologii nauk ścisłych, lecz na zdolności ludzkiej, jaką jest intuicja, w tym przypadku intuicja prawnicza?

N.I.: Mówi Pan wprost o intuicji. Tymczasem intuicja jest właściwa każdemu z nas i różni się – u Pana i u mnie. Często przekształca się ona w formę, którą Weber nazywał „profetyzmem prawniczym". Kiedy prawa są stabilne i pewne, nie ma miejsca dla intuicjonizmu wartości, lecz wykorzystuje się starą metodę abstrahowania pryncypiów i zasad z norm pozytywnych.

G.B.: Pana mistrzem był Emilio Betti, słynny profesor prawa rzymskiego. W jaki sposób rzymskie prawo prywatne wpłynęło na Pana badania naukowe? Czy nauczanie prawa rzymskiego może być dobrym sposobem na otworzenie przed studentami perspektywy elastycznego oraz różnorodnego w swojej formie i treści modelu argumentacji prawniczej? Innymi słowy, jaka jest rola prawnika dzisiaj, jaka jest rola doktryny prawa? – powinna być budowana zupełnie od nowa czy raczej powinna poszukiwać swoich korzeni w historii i tradycji prawnej?

N.I.: Zawsze powracam do mojego mistrza Emilio Bettiego z estymą i głębokim oddaniem. Prawo rzymskie, jak to się mówi, „odkryło" przede mną kategorie logiczne i schematy relacji, które wydają się nieodłączalne od jakiegokolwiek porządku prawnego. Nie chodzi tutaj o prawo naturalne, lecz raczej o pewną ramę historyczną, łączącą wczoraj i dziś. Dlatego wrażliwość historyczna jest konieczna dla prawnika, który nie powinien rozpłynąć się w teraźniejszości, w przypadkowości powszedniego „dzisiaj".

G.B.: Szanowny Panie Profesorze, bardzo dziękuję! Wielkim zaszczytem i przyjemnością była dla mnie rozmowa z Panem o zmianach zachodzących obecnie w prawie cywilnym oraz koncepcjach na przyszłość. Wierzę, że także polska nauka powróci do przedstawionych przez Pana opinii i prognoz.

Andrzej Dziadzio

Zakaz uboju rytualnego jako naruszenie konstytucyjnej zasady wolności religijnej. Kontekst współczesny i historyczny

Andrzej Dziadzio

Profesor doktor habilitowany, wykłada powszechną historię prawa, historię ustrojów państwowych oraz historię administracji na Uniwersytecie Jagiellońskim i w Krakowskiej Szkole Wyższej. Specjalizuje się w historii ustroju i prawa monarchii habsburskiej oraz w dziejach Galicji. Autor kilkudziesięciu artykułów opublikowanych w polskich i zagranicznych wydawnictwach. Zainteresowania naukowe obejmują także dzieje prawa sądowego w Europie.

The Prohibition of Ritual Slaughter as an Example of Infringement of the Constitution-guaranteed Freedom of Religion. Modern and Historical Context

In Poland, the current dispute flared up around the ritual slaughter, both Jewish (shechita) and Muslim (halal), as inhumane method of killing animals, thereby rendering them unnecessary suffering. The prohibition of ritual slaughter – as an example of unacceptable interference of the state in the Constitution-guaranteed freedom of religion – has a wider dimension. It turns out that modern European liberal and democratic state of law has some trouble with a clear definition of such concepts as "religious freedom" and "independence of churches and religious associations". This is due to the increasingly progressive ideologies of the modern state, which with reluctance, if not hostility, refer to the religious communities, that live according to the principles of revealed truth. Increasingly widespread belief becomes a fact that every religious community may make its own rules arising from religious orders, but only if they do not go beyond the principle of equality before the law, lifestyle choice or equality between women and men.

W Polsce rozgorzał obecnie spór wokół uboju rytualnego, zarówno żydowskiego (szechita), jak i muzułmańskiego (halal), jako niehumanitarnego sposobu uśmiercania zwierząt, narażającego je na niepotrzebne cierpienia. Polska ustawa o ochronie zwierząt[1] (dalej: u.o.z.) zezwoliła

1 Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (tekst ogłoszony Dz.U. 1997 nr 111 poz. 724; tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 856).

na zabijanie zwierząt kręgowych, ale po uprzednim pozbawieniu ich świadomości. W artykule 34 ust. 5 ustawa dopuściła tylko wyjątkowo możliwość przeprowadzania uboju rytualnego, podyktowanego względami religijnymi. Artykuł ten został zniesiony ustawą z dnia 6 czerwca 2002 roku o zmianie ustawy o ochronie zwierząt[2]. Po wejściu w życie tej nowelizacji, tj. od 28 września 2002 roku, dokonywanie uboju rytualnego zwierząt stało się w Polsce karalne.

Jednakże Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi na podstawie art. 35 ust. 6 u.o.z. wydał dnia 9 września 2004 rozporządzenie w sprawie kwalifikacji osób uprawnionych do zawodowego uboju oraz warunków i metod uboju i uśmiercania zwierząt[3] (dalej: rozporządzenie), które *de facto* przywracało stan prawny sprzed nowelizacji ustawy o ochronie zwierząt z 2002 roku. Zgodnie z § 8 ust. 2 rozporządzenia obowiązek uprzedniego ogłuszania zwierzęcia przed uśmierceniem nie dotyczył uboju przeprowadzanego zgodnie ze zwyczajami religijnymi zarejestrowanych związków wyznaniowych. Dnia 27 listopada 2012 roku Trybunał Konstytucyjny, prowadząc postępowanie na wniosek Prokuratora Generalnego, orzekł o niezgodności § 8 ust. 2 rozporządzenia z art. 34 ust. 1 i ust. 6 u.o.z. W ocenie TK wykraczało ono bowiem poza ustawowe upoważnienie dla Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi. Zakwestionowane przepisy utraciły moc obowiązującą z dniem 31 grudnia 2012 roku. Od 1 stycznia 2013 roku ubój rytualny zwierząt został tym samym w Polsce prawnie zakazany. Podjęta przez rząd inicjatywa nowelizacji ustawy o ochronie zwierząt – w celu przywrócenia możliwości przeprowadzania uboju rytualnego – została przez Sejm odrzucona w dniu 12 lipca 2013 roku. Wobec takiego stanu rzeczy Związek Gmin Wyznaniowych Żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej złożył do Trybunału Konstytucyjnego wniosek o stwierdzenie niezgodności przepisów ustawy o ochronie zwierząt, zakazujących uboju rytualnego, z przepisami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej gwarantującymi wolność sumienia i religii, i ochronę mniejszości narodowych (art. 53 ust. 1, ust. 2, ust. 5 oraz art. 35 ust. 1 konstytucji)[4].

Przed Trybunałem Konstytucyjnym postawiona została do rozstrzygnięcia kwestia, w jakim zakresie system wartości religijnych jest chroniony przez normy konstytucyjne i jak daleko sięga ta ochrona w przypadku sposobu sprawowania kultu religijnego, który spotyka się z dezaprobatą społeczeństwa z uwagi na – jak się uważa – jego niehumanitarny charakter. Trybunał Konstytucyjny musi zatem zastanowić się nad odpowiedzią na pytanie, czy współczesne państwo prawa, zakazując uboju rytualnego, zachowuje nakazaną przepisami konstytucji bezstronność w sprawach przekonań religijnych, czy wręcz przeciwnie – staje się stronnicze, ograniczając bezprawnie zakres autonomii i niezależność kościołów i związków wyznaniowych. Warto może więc przywołać niektóre historyczne przykłady orzeczeń, w których europejskie trybunały prawa publicznego traktowały zakazy uboju rytualnego jako naruszenie konstytucyjnej gwarancji wolności wyznania i sumienia. Wyrażają one standardy europejskiej kultury prawnej co do sposobu pojmowania istoty wolności religijnej oraz autonomii i niezależności kościołów i związków wyznaniowych.

Historia tego rodzaju wyroków sięga czasów monarchii austriackiej z początku XX wieku, zakaz żydowskiego rytualnego uboju zwierząt był bowiem

2 Ustawa z dnia z dnia 6 czerwca 2002 r. o zmianie ustawy o ochronie zwierząt (Dz.U. z 2002 r. nr 135, poz. 1141).

3 Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 9 września 2004 r. w sprawie kwalifikacji osób uprawnionych do zawodowego uboju oraz warunków i metod uboju i uśmiercania zwierząt (Dz.U. z 2004 r. nr 205, poz. 2102 z późn. zm.).

4 Związek Gmin Wyznaniowych Żydowskich w RP w złożonym do TK wniosku nie podniósł zarzutu o niezgodności przepisu art. 35 ust. 1 u.o.z. z art. 25 ust. 2 konstytucji, zgodnie z którym władze publiczne w RP „zachowują bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych". Podniósł natomiast, że wprowadzenie bezwzględnego zakazu uboju rytualnego narusza zagwarantowaną przez konstytucję autonomię i niezależność związków wyznaniowych w sprawach organizacji kultu religijnego oraz konstytucyjną zasadę bezstronności światopoglądowej państwa. Zakaz stanowi bowiem nieuprawnioną ingerencję państwa w przekonania religijne członków uznanego przez państwo związku wyznaniowego. Prawo gmin żydowskich do przeprowadzania uboju rytualnego zostało uznane przez państwo w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 42, poz. 251).

jednym z wyraźnych elementów składowych szerzącego się od II połowy XIX wieku europejskiego antysemityzmu[5]. Należy zaznaczyć, że próby wprowadzenie zakazu żydowskiego uboju rytualnego, mimo silnych nastrojów antysemickich nie powiodły się ani w Austrii, o czym poniżej, ani w Polsce międzywojennej[6]. Jedynym państwem, w którym wprowadzony został bezwzględny zakaz szechity o podłożu antysemickim była III Rzesza Niemiecka. Zakazy, z jakimi spotykamy się obecnie w wielu państwach europejskich (np. w Danii, Norwegii, Szwecji), nie mają już podtekstu antysemickiego, lecz są podyktowane przede wszystkim względami empatii w stosunku do zwierząt. Stanowią także wyraz sprzeciwu wobec uboju dokonywanego głównie dla celów komercyjnych.

Historia ta sięga czasów monarchii austriackiej z początku XX wieku, zakaz żydowskiego rytualnego uboju zwierząt był bowiem jednym z wyraźnych elementów składowych szerzącego się od II połowy XIX wieku europejskiego antysemityzmu.

Najnowszych przykładów orzeczeń dotykających problemu uboju rytualnego w kontekście wolności religijnej dostarcza niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny (FTK). W Niemczech bowiem, podobnie jak w Polsce, pojawiła się z czasem tendencja do prawnego ograniczania możliwości przeprowadzania tego rodzaju uboju zwierząt. Działania władz publicznych stały się też wkrótce przedmiotem skargi konstytucyjnej do FTK. Niemiecka ustawa o ochronie zwierząt z 1986 roku[7] w § 4a ust. 1 wprowadziła także co do zasady zakaz uśmiercania zwierząt bez uprzedniego pozbawienia ich świadomości. Natomiast przepis § 4a ust. 2 pkt 2 przewidywał możliwość wyjątkowego udzielenia zgody (*die Ausnahmgenehmigung*) na ubój rytualny, jeśli wynikało to z potrzeb członków określonej wspólnoty religijnej, której reguły wyznaniowe nakazywały przeprowadzanie takiego uboju i bezwzględnie zakazywały spożywania niekoszernego mięsa[8].

5 W 1887 roku na temat uboju rytualnego odbyła się debata w niemieckim Reichstagu, w której prezes katolickiej partii Centrum wypowiedział się przeciwko zakazowi, argumentując m.in. następująco: „skoro mowa o przepisach religijnych, uświęconych od setek i tysięcy lat (…), nie mogę pozwolić, aby władze do tych spraw się mieszały i nie jestem skłonny domagać się zmiany przepisów religijnych zależnie od nastrojów chwili i zwyczajów każdego pokolenia". Zob. N. Asz, *W obronie uboju rytualnego*, Częstochowa 1936.

6 Ubój rytualny zwierząt dopuszczała w Polsce międzywojennej ustawa z dnia 17 kwietnia 1936 roku o uboju zwierząt gospodarskich w rzeźniach (Dz.U. nr 29, poz. 237). Mimo że ogólnie zezwalała na ubój dopiero po całkowitej utracie przez zwierzę przytomności, to jednak w art. 5 ust. 1 upoważniła Ministra Rolnictwa i Reform Rolnych do wydania rozporządzenia o sposobach i warunkach uboju rytualnego. Minister został upoważniony do ilościowego ograniczenia uboju rytualnego, stosownie do faktycznych potrzeb ludności żydowskiej. Stosowne rozporządzenie zostało wydane 26 sierpnia 1936 roku (Dz.U. nr 70, poz. 504). Wprowadziło ono m.in. koncesje na prowadzenie uboju rytualnego. Ubój rytualny odbywał się zatem pod nadzorem i kontrolą władz publicznych. Oba akty prawne zostały uchylone dopiero w 1997 roku.

7 Tierschutzgesetz vom 12. August 1986 (BGBL I S. 1105).

8 Zob. także tekst ustawy ogłoszony 25 maja 1998 r., BGBL, I S.1106 z późn. zm. § 4a ust. 2 pkt 2 tej ustawy brzmi: „die

W 1995 roku Federalny Trybunał Administracyjny (FTA) przyjął jednak zwężającą wykładnię przepisu zezwalającego na koncesjonowany ubój rytualny. Stwierdził mianowicie, że przepis dopuszczający ubój rytualny wymaga jednoznacznego i obiektywnego ustalenia przepisów wyznaniowych, które członkom danej wspólnoty religijnej bezwzględnie nakazują spożywanie koszernego jedzenia. Trybunał Administracyjny uznał, że istnienie tego rodzaju przepisów religijnych podlega ocenie władz państwowych, które zależnie od ustaleń, opartych głównie na opinii biegłych, mogły udzielić lub odmówić zgody na ubój rytualny[9]. Innymi słowy, FTA w wydanym wyroku stwierdził, że indywidualne przekonania religijne członków grupy wyznaniowej nie stanowią wystarczającej podstawy do udzielenia takiej zgody. Powyższy wyrok stał się powodem zaostrzenia przez niemieckie władze publiczne polityki odnośnie do wydawania zezwoleń na ubój rytualny.

Na fali tej restrykcyjnej polityki heskie władze administracyjne odmówiły w 1997 roku islamskiemu (sunnickiemu) rzeźnikowi pochodzenia tureckiego, od 20 lat mieszkającemu w Niemczech, przedłużenia koncesji na ubój rytualny, którym zajmował się już od roku 1990, objąwszy stanowisko rzezaka po swoim ojcu. Odmowę zatwierdził ostatecznie heski sąd administracyjny, wyrokiem oddalającym skargę. Wobec tego ubiegający się o koncesję wniósł skargę konstytucyjną do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Skarżący zarzucił heskiemu sądowi administracyjnemu nieprawidłowe ustalenie stanu faktycznego sprawy. Mianowicie zakwestionował słuszność powołania się przy wydaniu decyzji na okoliczność, iż spożywanie koszernego mięsa nie jest uznawane przez miarodajnych i najwyższych przedstawicieli sunnickiego islamu za bezwzględnie obowiązujący nakaz religijny. Bezpośrednio skargę skierowano przeciwko nieprawidłowościom, jakimi dotknięte było postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne. Jednak pośrednio zarzuty dotyczyły naruszenia art. 2 ust. 1, art. 3 ust. 1 i 3 oraz art. 4 ust. 1 i 2 niemieckiej ustawy zasadniczej[10].

W pierwszej kolejności skarżący, wytykając wady postępowania, podniósł podstawowy argument, że w świeckim zsekularyzowanym państwie treść poglądów religijnych nie może być urzędowo stwierdzana przez organ administracji publicznej. Zdezawuowano zatem w skardze pogląd prawny FTA, że przy ustaleniu treści przekonań religijnych nie może decydować subiektywne przekonanie członków wspólnoty religijnej. Stwierdzono, że takie stanowisko godzi w zasadę neutralności światopoglądowej państwa. Od Federalnego Trybunału Konstytucyjnego skarżący domagał się więc uznania, że wykładnia przepisu § 4a ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie zwierząt występująca w orzecznictwie FTA była niezgodna z konstytucyjnymi gwarancjami wolności osobistej oraz wolności wyznania i sumienia. W skardze do FTK wyrażony został pogląd, że ubój rytual-

zuständige Behörde eine Ausnahmgenehmigung für ein Schlachten ohne Betäubung (Schächten) erteilt hat; sie darf die Ausnahmgenehmigung nur insoweit erteilen, als es erfordlich ist, den Bedürfnissen von Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu entsprechen, denen zwingende Vorschriften ihrer Religionsgemeinschaft das Schächten vorschreiben oder den Genus von Fleisch nicht geschächter Tiere untersagen".

9 W sprawie będącej przedmiotem orzeczenia FTA utrzymana została odmowa zgody na ubój rytualny, gdyż biegli wyrazili opinię, że dla sunnitów nakaz spożywania koszernego jedzenia nie jest bezwzględnie obowiązujący. Centralna Rada Muzułmańska w Niemczech dezawuowała opinie rzeczoznawców, np. z uniwersytetu Al-Azhar w Kairze, stanowiskiem, że muzułmanie są wprawdzie zwolnieni z obowiązku spożywania koszernego mięsa, ale wyłącznie w sytuacjach krańcowych i ekstremalnych (*Notsituationen*), a taka w Niemczech nie ma miejsca. Podkreśliła zatem, że ubój rytualny dla muzułmanów stanowi istotną część bezwzględnie ich wiążących praktyk religijnych. Zob. wyrok FTK z 15 stycznia 2002 r. wraz z uzasadnieniem, BVerfG, 1 BvR 1783/99.

10 Powołane przepisy niemieckiej ustawy zasadniczej mają brzmienie: „Art. 2 [Wolności osobiste] (1) Każdy ma prawo do swobodnego kształtowania swojej osobowości, o ile nie narusza to praw innych, nie wykracza przeciw ładowi konstytucyjnemu i nie uchybia dobrym obyczajom. (…) Art. 4 [Wolność wyznania i sumienia] (1) Wolność wyznania, sumienia i swoboda przekonań religijnych i światopoglądowych są nienaruszalne. (2) Zapewnia się swobodę praktyk religijnych". Skarga dotyczyła także naruszenia zasady równości wobec prawa i swobody wykonywania zawodu. Trybunał Konstytucyjny także w tym punkcie uznał skargę za zasadną.

ny i możliwość zaopatrywania się w koszerne mięso bez znacznych utrudnień są objęte ochroną artykułu 4 niemieckiej ustawy zasadniczej, zapewniającego wolność przekonań religijnych i światopoglądowych.

W wydanym w 2002 roku wyroku niemiecki FTK uwzględnił skargę jako uzasadnioną na podstawie art. 2 ust. 1 w związku z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy zasadniczej i uchylił zaskarżone orzeczenia[11]. Federalny Trybunał Konstytucyjny podzielił stanowisko wyrażone w skardze, że za podstawę wydania zgody na ubój rytualny wystarcza wykazanie, iż wnioskodawca należy do grupy współwyznawców podzielających wspólne przekonanie o religijnym nakazie spożywania koszernego mięsa. Uznał tym samym, że ubój rytualny – jako istotny składnik systemu wierzeń religijnych zarówno islamu, jak i judaizmu – korzysta w pełni z ochrony konstytucyjnej gwarancji wolności wyznania i sumienia. Każda zatem próba utrudniania wyznawcom obu religii zaopatrywania się we własnym zakresie w koszerną żywność dla potrzeb kultowych została przez FTK oceniona jako naruszenie zasady bezstronności państwa w sprawach przekonań religijnych obywateli. Administracyjny zakaz przeprowadzania uboju rytualnego przez osoby, które mają religijny obowiązek kultywowania tego zwyczaju, zdaniem niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego godzi w wolność wyznania i sumienia jednostki. Pośrednio FTK przyznał także, że bezwzględny ustawowy zakaz uboju rytualnego byłby tym bardziej nie do pogodzenia z wymaganiami państwa prawa, które wolność wyznania i sumienia traktuje jako emanację godności człowieka.

Ponad sto lat wcześniej problem oceny konstytucyjności decyzji o zakazie uboju rytualnego postawiony został przed austriackim Trybunałem Administracyjnym[12]. Także ówczesna próba pozbawienia wiedeńskich Żydów prawa do zaopatrywania się w koszerną żywność uzasadniana była koniecznością ochrony zwierząt przed ich okrutnym zabijaniem. W rzeczywistości miała jednak drugie, antysemickie dno: brak łatwego dostępu do koszernego jedzenia miał być jednym ze środków zniechęcających Żydów do osiedlanie się w Wiedniu. Wiedeń bowiem w przekonaniu jego wieloletniego burmistrza Karla Luegera (zm. w 1910 r.) miał być miastem niemieckim, uwolnionym nie tylko od żywiołu słowiańskiego, ale przede wszystkim żydowskiego. W kampanii wyborczej o urząd burmistrza w 1895 roku K. Lueger głosił: „Dziś jest pamiętny dzień oswobodzenia Wiednia od Turków i mamy nadzieję, że (…) zrzucimy większą dolegliwość niż turecka, mianowicie żydowską”[13].

Mimo że z dzisiejszej historycznej perspektywy nie budzą wątpliwości antysemickie powody wprowadzenia przez radę miasta Wiednia w 1905 roku zakazu dokonywania w miejskich rzeźniach uboju zwierząt bez uprzedniego ich ogłuszenia, to uzasadnieniem dla podjętego zakazu było odwołanie się, podobnie jak dzisiaj, do zasad humanitaryzmu i osiągnięć nauki. Rada wiedeńska zarzuciła bowiem organom administracji rządowej, że uchylając jej uchwałę w sprawie zakazu przeprowadzania uboju rytualnego, usankcjonowały tym samym niemoralne działania, którym ona starała się przeciwdziałać. Zdaniem rady w kulturze europejskiej powszechnie się już przyjęło, że dręczenie zwierząt jest zachowaniem niemoralnym i władza publiczna nie powinna

11 Zob. wyrok FTK z 15 stycznia 2002 r., cyt. wyżej.

12 W Austrii na mocy tzw. konstytucji grudniowej z 1867 r. powołano do życia Trybunał Państwa (*Reichsgericht*), który od czasu utworzenia go w 1869 r. stał na straży przestrzegania konstytucji przez administrację publiczną. Rozpoznawał bowiem skargi obywateli na decyzje administracyjne, które zdaniem odwołujących się stron naruszały ich prawa poręczone przez konstytucję, a dokładnie rzecz ujmując, ustawę zasadniczą o powszechnych prawach obywateli, będącą – obok m.in. ustawy o ustanowieniu Trybunału Państwa – jedną z pięciu ustaw zasadniczych składających się na konstytucję grudniową. W sprawie zakazu uboju rytualnego, jaki wprowadzony został uchwałą rady miejskiej Wiednia 28 kwietnia 1905 r., orzekał jednak Trybunał Administracyjny (działający w Austrii od 1876 r.), gdyż skargę wniosła rada miasta Wiednia na decyzję władz państwowych, które w trybie nadzoru uchyliły jej uchwałę. Na temat ustrojowej roli i orzecznictwa obu austriackich trybunałów zob. A. Dziadzio, *Monarchia konstytucyjna w Austrii 1867–1914. Władza. Obywatel. Prawo*, Kraków 2001, s. 59 in.

13 B. Hamann, *Wiedeń Hitlera. Lata nauki pewnego dyktatora*, Warszawa 1999, s. 302. Za K. Luegera w 148-osobowej radzie miejskiej Wiednia było 136 antysemitów.

się kierować etyką wypływającą z dawnej tradycji żydowskiej, ale współczesną publiczną moralnością[14].

Trybunał Administracyjny uznał jednak, że decyzja organów państwowych została wydana zgodnie z prawem i oddalił zażalenie wniesione przez samorządowe władze Wiednia. W uzasadnieniu wyroku położył nacisk na to, że uchwała rady miasta Wiednia naruszyła obowiązujące prawo. Skutkiem czego przyjął, że ingerencja rządowych organów nadzorczych w ustrojową samodzielność gminy miasta Wiednia była w pełni uzasadniona. Trybunał Administracyjny stwierdził, że zmuszanie wiedeńskich Izraelitów do sprowadzania koszernej żywności z innych, poza Wiedniem, ubojni było niezgodne z art. 14 i art. 15 ustawy zasadniczej o powszechnych prawach obywateli, które poręczają każdemu wolność wyznania i sumienia oraz autonomię i niezależność prawnie uznanym kościołom i związkom religijnym[15]. Z uwagi więc na konstytucyjną wolność wyznawania religii oraz zagwarantowane gminom żydowskim prawo do wspólnego sprawowania kultu religijnego, którego częścią jest bez wątpienia ubój rytualny, jego zakaz stanowił – zdaniem Trybunału – uszczuplenie przysługujących Izraelitom praw konstytucyjnych, gdyż utrudniał im przestrzeganie zasad religijnych.

Austriacki Trybunał Administracyjny w uzasadnieniu wyroku zawarł ciekawy wywód odnoszący się do relacji między przepisami konstytucji a postanowieniami austriackiej ustawy z 1890 roku o urządzeniu zewnętrznych stosunków prawnych izraelickiego związku religijnego[16]. Wyprowadził bowiem z tego porównania rozstrzygający argument za przyjęciem rażącej bezprawności uchwały rady miasta Wiednia. Zdaniem Trybunału § 1 tej ustawy, określając zadania izraelickiej gminy wyznaniowej jako „dbanie o zaspokojenie potrzeb religijnych jej członków w granicach określonych ustawami państwa", zawierał w istocie materialną treść, że prawo państwowe może przepisami administracyjnymi uregulować sposób przeprowadzania uboju rytualnego zwierząt, ale nie może go bezwzględnie zakazać[17].

14 Zob. *Erkenntnisse des k.k. Verwaltungsgerichtshofes, zusammengestellt auf dessen Veranlassung von Dr. Adam Freiherrn von Budwiński*, t. 1-41, 1876–1918, Erkenntnis vom 11 Juni 1907, Nr. 5284 (A).

15 Ustawa zasadnicza o powszechnych prawach obywateli z dnia 21 grudnia 1867 roku, jako integralna część tzw. konstytucji grudniowej, głosiła w art. 14 m.in., że „poręcza się każdemu zupełną swobodę wiary, wyznania i sumienia", a w art. 15 stanowiła: „Każdy prawnie uznany kościół i stowarzyszenie religijne posiada prawo wspólnego publicznego wykonywania nabożeństwa, reguluje i zarządza swe wewnętrzne sprawy samodzielnie", zob. S. Starzyński, *Kodeks prawa politycznego, czyli austriackie ustawy konstytucyjne 1848–1903*, Lwów 1903, s. 692.

16 Ustawa austriackiej Rady Państwa z dnia 21 marca 1890 r. o urządzeniu zewnętrznych stosunków prawnych izraelickiego społeczeństwa religijnego („Dziennik Ustaw Państwowych" nr 57). Zob. J. Piwocki, *Zbiór ustaw i rozporządzeń administracyjnych*, t. III, Lwów 1901, s. 235–242. W § 1 zdanie 2 ustawy znalazło się stwierdzenie, że „zadaniem gminy wyznaniowej jest dbać (*sorgen*) w granicach zakreślonych ustawami państwa o zaspokojenie potrzeb religijnych członków". Z kolei § 25 ustawy stanowił: „Nie wolno stawiać przeszkód swobodnemu objawianiu religijnego przekonania pod względem rytuału".

17 Analogicznie do austriackiego *casusu* przedstawia się obecny problem niekonstytucyjności zakazu uboju rytualnego w Polsce, gdyż, jak wskazał Sąd Rejonowy w Białymstoku III Wydział Karny w pytaniu prawnym do Trybunału Konstytucyjnego, należy rozważyć tezę o przyznaniu mocą przepisu art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 41, poz. 251 z późn. zm.) prawa do korzystania z rytualnej formy uboju zwierząt. Art. 9 ust. 2 tej ustawy brzmi: „W celu realizacji prawa do sprawowania obrzędów i czynności rytualnych związanych z kultem religijnym – gminy żydowskie dbają o zaopatrzenie w koszerną żywność, o stołówki i łaźnie rytualne oraz o ubój rytualny". Sąd Rejonowy w Białymstoku słusznie zauważa, jak niegdyś sąd austriacki, że poprzez przytoczoną treść art. 9 ust. 2 ustawodawca potwierdził prawo gmin żydowskich do dbania o zaopatrzenie w koszerną żywność, a także o ubój rytualny. Stanowisko Prokuratury Generalnej, że art. 9 ust. 2 jest regulacją kompetencyjną, a nie materialną, nie wydaje się poprawne – ani w ujęciu historycznym, ani dogmatycznym. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że art. 9 ust. 2 przywołanej ustawy w powiązaniu z konstytucyjną zasadę wolności wyznania i sumienia, a także gwarancją autonomii i niezależności kościołów i związków wyznaniowych, jak również zasadą neutralności światopoglądowej państwa, fundamentalną dla demokratycznego państwa prawa, oznaczał zgodę państwa na dokonywanie przez gminy żydowskie uboju rytualnego na potrzeby religijne swoich członków. Zakaz zatem wprowadzony ustawą o ochronie zwierząt jest niezgodny z przepisami konstytucji. Pogląd Prokuratury

W przekonaniu austriackiego Trybunału Administracyjnego zakaz uboju rytualnego, ustanowiony w drodze uchwały organu administracji publicznej, godził w istotę konstytucyjnej zasady wolności religijnej oraz autonomii i niezależności.

Austriacki Trybunał Administracyjny odniósł się także w wydanym wyroku do zarzutu rady miasta Wiednia, że decyzja organów rządowych o uchyleniu jej uchwały akceptuje niemoralne postępowanie części społeczeństwa. Podkreślił, że zwyczaje uznanego prawnie związku religijnego nie mogą być przez organy państwa uważane za niemoralne. Wskazał więc liczne regulacje prawne dotyczące Żydów, m.in. patent dla Galicji z 1789 roku, które nie pozostawiały cienia wątpliwości, że uznanie przez państwo ich religijnych zwyczajów obejmowało także specjalnie ubój rytualny. Rada miejska zatem nie była uprawniona do tego, aby w drodze własnych zarządzeń korygować stanowisko władzy państwowej. Trybunał uznał także za nietrafny zarzut, że decyzja ministerialna w niedopuszczalny sposób nałożyła na gminę obowiązek świadczenia na żydowskie cele kultowe, mimo że żaden Żyd nie miał prawa podmiotowego do żądania od gminy dostarczania mu koszernej żywności. Stwierdził, że władze rządowe jedynie uznały za niedopuszczalny zakaz przeprowadzania uboju rytualnego w miejskich rzeźniach.

Rada miasta Wiednia broniła swej uchwały także argumentem, że wykonywanie czynności religijnych podlega ograniczeniom ze względu na wymogi bezpieczeństwa, jak np. zakazy procesji. W odpowiedzi na to Trybunał Administracyjny w uzasadnieniu wyroku stwierdził, że w rozpoznawanej sprawie nie chodziło o zabronienie pojedynczego aktu religijnego, ale zasadniczo o wprowadzenie bezwzględnego zakazu przeprowadzania uboju rytualnego. Na zarzut, że Izraelici nie mają prawa do tego, aby domagać się pokrycia zapotrzebowania na mięso koszerne z miejskich rzeźni, Trybunał Administracyjny odpowiedział, że Żydom mieszkającym w Wiedniu nie może być zabronione przeprowadzanie uboju rytualnego w rzeźniach, gdzie dokonuje się w ogóle zabijania zwierząt. Trybunał nadto stwierdził, że gdyby także inne gminy wprowadziły podobny zakaz, to Żydzi nie mogliby żyć w Austrii zgodnie własnymi przekonaniami religijnymi, na co – tak jak innym obywatelom – pozwalała im konstytucja.

Współczesne europejskie liberalne i demokratyczne państwo prawa ma pewien kłopot z jasnym określeniem takich pojęć, jak „wolność religijna" oraz „niezależność kościołów i związków wyznaniowych".

Poruszony problem zakazu uboju rytualnego – jako przykładu niedopuszczalnej ingerencji państwa w poręczoną przez konstytucję wolność religijną – ma także wymiar szerszy. Okazuje się, że współczesne europejskie liberalne i demokratyczne państwo prawa ma pewien kłopot z jasnym określeniem takich pojęć, jak „wolność religijna" oraz „niezależność kościołów i związków wyznaniowych". Wynika to z coraz bardziej postępującej ideologizacji współczesnego państwa, które niechętnie, jeśli nie wrogo, odnosi się do wspólnot religijnych, żyjących według

Generalnej, iż nie do końca jest jasne, jaki jest stosunek sformułowania „dbają" – z art. 9 ust. 2 – do samego dokonywania uboju rytualnego w świetle przedstawionej tradycji prawnej i analizy obowiązującego prawa, jest trudny do obrony.

zasad prawdy objawionej. Coraz bardziej powszechne staje się bowiem przekonanie, że wprawdzie każda wspólnota wyznaniowa może kierować się własnymi zasadami wynikającym z nakazów religijnych, ale tylko wtedy, gdy nie wykraczają one poza zasadę równości wobec prawa, wyboru stylu życia czy równości kobiet i mężczyzn. Za symboliczną kwintesencję niech posłuży slogan, jaki towarzyszył dyskusji na temat dopuszczalności uboju rytualnego: „Prawa zwierząt są ważniejsze od religii".

Leszek Bosek

Prawo osobiste do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem – na przykładzie lekarza

Leszek Bosek

Doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Warszawskiego oraz w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, radca prawny i naczelnik Wydziału Analiz Legislacyjnych w Biurze Analiz Sejmowych, prezes Fundacji Academia Iuris, był asystentem sędziego Trybunału Konstytucyjnego i wicedyrektorem Departamentu Zastępstwa Procesowego II w Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa, stypendystą Fundacji na rzecz Nauki Polskiej.

The Right to Refuse to Act Against Own Conscience – Example of Medical Doctor

The subject of this paper is the analysis of the right to refuse to act against one's conscience in the light of the constitutional perspective. It will focus especially on the role and shape of the so-called conscience clause as a right of medical doctor. The author will start from general points and subsequently analyze the topic on normative level, taking into account the relations between statutory and constitutional norms.

Uwagi wprowadzające

Przedmiotem artykułu jest analiza prawa osobistego do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem z perspektywy konstytucyjnej. Zostanie ono omówione ze szczególnym uwzględnieniem stanowiska lekarza odmawiającego udzielenia świadczenia zdrowotnego sprzecznego z jego sumieniem, tzw. lekarskiej klauzuli sumienia, wyrażonej w art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty[1] (dalej: u.z.l.). Prawo lekarza do odmowy działania sprzecznego z jego sumieniem było wprawdzie przedmiotem znaczących wypowiedzi[2], ale z reguły nie

1 Tekst jedn. Dz.U. z 2011 r., nr 277, poz. 1634, nr 291, poz. 1707, z 2012 r. poz. 95, 1456, z 2013 r. poz. 1245, 1287, 1645, 1650.

2 A. Bagińska, *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej oraz prawnie dopuszczalne możliwości od jego odstąpienia* (w:) J. Haberko, R.D. Kocyłowski, B. Pawelczyk (red.), *Lege artis. Problemy prawa medycznego*, Poznań 2008, s. 73 i n.; L. Bosek, *Klauzula sumienia* (w:) M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, Warszawa 2011, s. 21–26; J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między*

koncentrowały się one na analizie konstytucyjnej. Przepis art. 39 u.z.l. budzi tymczasem poważne wątpliwości konstytucyjne[3].

Podjęcie tak zakreślonego tematu uzasadnia jego szczególna aktualność. Na temat charakteru i treści prawa osobistego do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem wypowiadają się ostatnio ciała o wyjątkowym autorytecie naukowym i zawodowym, kolejno: komitet bioetyczny przy prezydium Polskiej Akademii Nauk[4], prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej[5] i zespół ekspertów Konferencji Episkopatu Polski[6]. Na ten temat wypowie się również Trybunał Konstytucyjny w związku z postępowaniem zainicjowanym wnioskiem Naczelnej Rady Lekarskiej w sprawie zgodności z Konstytucją RP i prawem międzynarodowym części art. 39 u.z.l.[7]

Aktualność i doniosłość podjętego tematu potwierdza także obserwacja prawa europejskiego. Prawo do powstrzymania się od świadczeń sprzecznych z sumieniem jednostki wyraźnie uznaje Karta praw podstawowych Unii Europejskiej[8], która z chwilą wejścia w życie Traktatu z Lizbony uzyskała moc prawną równą traktatom. Zgodnie z art. 10 ust. 2 karty: „Uznaje się prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa". W oficjalnych wyjaśnieniach do art. 10 karty stwierdzono, że „[p]rawo zagwarantowane w ustępie 2 odpowiada krajowym tradycjom konstytucyjnym i rozwojowi ustawodawstwa krajowego w tym zakresie"[9]. Prawo lekarza do powstrzymania się od świadczeń sprzecznych z jego sumieniem potwierdza też wyraź-

Prawo lekarza do odmowy działania sprzecznego z jego sumieniem było wprawdzie przedmiotem znaczących wypowiedzi, ale z reguły nie koncentrowały się one na analizie konstytucyjnej.

autonomią a paternalizmem, Warszawa 2007; J. Haberko, *Sumienie medycyny i litera prawa w obronie życia i zdrowia ludzkiego* (w:) J. Haberko, R.D. Kocyłowski, B. Pawelczyk (red.), *Lege artis…*, dz. cyt., s. 27 i n.; L. Kubicki, *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, „Prawo i Medycyna" 1999, nr 4, s. 5; R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010; K. Szczucki, *Klauzula sumienia – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Studia Iuridica" 2009, t. 50, s. 167 i n.; E. Zielińska, *Klauzula sumienia*, „Prawo i Medycyna" 2003, nr 13, s. 25; A. Zoll, *Prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych i jego granice*, „Prawo i Medycyna" 2003, nr 13, s. 18; M. Żelichowski, *Klauzula sumienia – aspekt prawny*, „Medycyna Praktyczna – Ginekologia i Położnictwo" 2005, nr 6, s. 74 i n. Ogólnie: W. Janyga, *Przestępstwo obrazy uczuć religijnych w polskim prawie karnym w świetle współczesnego pojmowania wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2010.

3 A. Zoll, *Charakter prawny klauzuli sumienia*, „Medycyna Praktyczna" 2014, nr 1, s. 99 i n.; L. Bosek, *Klauzula sumienia – czy ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty jest zgodna z konstytucją?*, „Medycyna Praktyczna" 2014, nr 1, s. 104 i n.

4 Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN nr 4/2013 z dnia 12 listopada 2013 roku w sprawie tzw. klauzuli sumienia, http://www.bioetyka.pan.pl/images/stories/Pliki/Stanowisko%20KB%20nr%204-2013.pdf (dostęp 24 lutego 2014 r.).

5 Stanowisko z 6 grudnia 2013 r., nr 74/13/P-VI, w sprawie korzystania z klauzuli sumienia w praktyce lekarskiej, http://www.nil.org.pl/aktualnosci/stanowiska-prezydium-nrl-z-dn.-6-grudnia-2013-r. (dostęp 24 lutego 2014 r.).

6 Stanowisko z 20 lutego 2014 r., http://ekai.pl/wydarzenia/temat_dnia/x75565/stanowisko-zespolu-ekspertow-kep-ds-bioetycznych-w-sprawie-klauzuli-sumienia/ (dostęp 24 lutego 2014 r.).

7 Uchwała nr 3/14/VI, http://www.nil.org.pl/__data/assets/pdf_file/0004/93685/ru003-14-VI.pdf (dostęp 3 marca 2014 r.).

8 Dz.Urz. UE C 83/02 z 30.3.2010, s. 389.

9 Tamże.

nie w szerokim zakresie rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 7 października 2010 r.[10] Mówi o nim ostatnio wyraźnie Europejski Trybunał Praw Człowieka[11].

Przedmiotem artykułu jest analiza prawa osobistego do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem. Jest to pojęcie z języka prawnego. Posługuje się nim, jak wspomniano, art. 10 ust. 2 karty. Bliższa analiza literatury przedmiotu wskazuje, że pojęcie to bywa utożsamiane z pojęciami „wolność sumienia", „sprzeciw sumienia" albo „klauzula sumienia". Pojęcia sprzeciwu i klauzuli sumienia mają zalety, nawiązując do języka filozofii, ale jednocześnie wady – kładąc nacisk na stronę przedmiotową zjawiska. Natomiast pojęcie wolności sumienia jest pojęciem wskazującym na dobro prawnie chronione, a nie na formę prawną tej ochrony.

Artykuł został podzielony na trzy części. W pierwszej omawiam konstrukcję prawa osobistego do omowy działania sprzecznego z własnym sumieniem, w drugiej – treść art. 39 u.z.l.; w części trzeciej dokonuję oceny tego przepisu z punktu widzenia Konstytucji RP.

Uwagi ogólne na temat prawa do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem

Prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem jest prawem podmiotowym. Przepisy prawa pozytywnego rozstrzygają, że jest to prawo, nie ma też wątpliwości, że odpowiada ono definicji prawa podmiotowego. Prawo podmiotowe jest wszak pojmowane jako wolność postępowania jednostki, będąca jej uprawnieniem lub kompetencją do dokonywania określonych czynności połączona z roszczeniem w sensie procesowym[12] albo jako złożona sytuacja prawna wyznaczona podmiotom prawa przez obowiązujące normy i chroniąca prawnie uznane interesy tych podmiotów[13].

Dobrem chronionym przez to prawo jest podstawowe dobro osobiste człowieka – swoboda sumienia. Zostało ono wskazane wprost w kodeksie cywilnym (art. 23 k.c.) i kodeksie karnym (rozdz. XXIV)[14], w prawie międzynarodowym (art. 18 paktu praw obywatelskich i politycznych[15], art. 9 konwencji o ochronie praw człowieka[16] i art. 10 karty praw podstawowych), a także w Konstytucji RP (art. 53) i innych porządkach konstytucyjnych państw demokratycznych[17]. Dobro to jest niewątpliwie chronione także przepisami prawa pracy, zarówno tymi o ochronie dóbr osobistych pracownika, jak i zabraniających dyskryminacji ze względu na religię i przekonania[18]. Stojąc na stanowisku odróżniającym przepis prawny od normy prawnej, należy stwierdzić, że

10 *Resolution 1763 (2010), The right to conscientious objection in lawful medical care*, http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta10/eres1763.htm (dostęp 24 lutego 2014 r.).

11 Wyroki ETPC: z dnia 7 lipca 2011 r., sprawa *Bukharatyan przeciwko Armenii*, skarga nr 23459/03; z dnia 18 marca 2008 r., sprawa *Blumberg przeciwko Niemcom*, skarga nr 14618/03, LEX nr 527598; z dnia 20 marca 2007 r., sprawa *Tysiąc przeciwko Polsce*, skarga nr 5410/03; z dnia 26 maja 2011 r., *R.R. przeciwko Polsce*, skarga nr 27617/04; z dnia 15 stycznia 2013 r., *Eweida i in. przeciwko Wielkiej Brytanii*, skargi nr 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, pkt 106–109.

12 S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 50.

13 Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 89.

14 Ogólnie N. Kłaczyńska, *Dyskryminacja religijna a prawnokarna ochrona wolności sumienia i wyznania*, Wrocław 2005.

15 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167).

16 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 z późn. zm.) – dalej: EKPC.

17 O. Nawrot, *Klauzula sumienia w zawodach medycznych w świetle standardów Rady Europy*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2012, nr 3 (35), s. 11–22; J. Waszczuk-Napiórkowska, *Opinia prawna dotycząca wolności sumienia w konstytucjach krajów Unii Europejskiej*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2012, nr 3 (35), s. 231–253; P. Kościelny, *Informacja prawna dotycząca klauzuli sumienia w zawodach medycznych w Niemczech*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2012, nr 3 (35), s. 254–256; J. Waszczuk-Napiórkowska, *Opinia prawna…*, dz. cyt., s. 257–268.

18 P. Stanisz, *Wspólnotowy zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na religię lub światopogląd*, „Przegląd Sejmowy" 2005, nr 1, s. 53–54; H. Szewczyk, *Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu*, Warszawa 2007, s. 507–519.

prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem jest prawem dekodowanym z przepisów ogólnych, które przypisują każdemu prawo do poszanowania jego sumienia, lub z przepisów szczególnych, gwarantujących swobodę sumienia określonej kategorii osób (np. art. 39 u.z.l.).

Analiza charakteru chronionego dobra prawnego oraz przepisów je gwarantujących prowadzi do wniosku, że prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem trzeba przyporządkować do praw osobistych bezwzględnych – skutecznych względem wszystkich (*erga omnes*)[19], gwarantowanych przepisami imperatywnymi. Prawo to zobowiązuje z mocy ustawy każdego do nieingerowania w sferę nim objętą.

Pojęcie sumienia należy do katalogu pojęć elementarnych, które nie wymagają definicji prawnej. Pod tym pojęciem kryje się indywidualny interes (dobro) w wartościowaniu moralnym czynów i postaw własnych oraz innych podmiotów prawa. Ma on charakter z natury rzeczy subiektywny, a nawet intymny, ponieważ wyznacza indywidualny rys osobowości każdego podmiotu. Jednostka ma prawo do budowania własnego systemu wartości bez wpływów z zewnątrz[20]. Swoboda sumienia to wolne, wynikające z własnego przekonania wyrażanie określonego światopoglądu[21].

Nie ulega wątpliwości, że kluczowe znaczenie dla rekonstrukcji treści prawa osobistego do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem ma art. 53 ust. 1 i 7 Konstytucji RP. Pierwszy z tych przepisów wyraża ogólną normę gwarantującą wolność sumienia i religii („Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii"), drugi – zakazuje zmuszania do ujawniania swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania („Nikt nie może być obowiązany przez organy władzy publicznej do ujawnienia swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania"). Z art. 53 konstytucji wynika ponadto, że wolność sumienia podlega ochronie nie tylko w aspekcie wewnętrznym, lecz także zewnętrznym – uzewnętrzniania ocen moralnych indywidualnie lub z innymi publicznie, lub prywatnie (analogia z ust. 2). Jak zauważono w orzecznictwie, „[w]olność sumienia nie oznacza jedynie prawa do reprezentowania określonego światopoglądu, ale przede wszystkim prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu. Tak rozumiana wolność sumienia znajduje potwierdzenie w ratyfikowanych przez Polskę w dniu 3 marca 1977 r. (Dz.U. Nr 38, poz. 167 i 168) Paktach Praw Obywatelskich i Politycznych uchwalonych przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 16 grudnia 1966 r. Artykuł 18 ust. 2 tych Paktów stanowi: »Nikt nie może podlegać przymusowi, który stanowiłby zamach na jego wolność posiadania lub przyjmowania wyznania albo przekonań według własnego wyboru«. Prawo lekarza do »uchylenia się« od wydania orzeczenia o dopuszczalności przerwania ciąży lub przeprowadzenia takiego zabiegu wynika bezpośrednio z zasady 7 Zasad etyczno-deontologicznych polskiego lekarza,

Prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem trzeba przyporządkować do praw osobistych bezwzględnych – skutecznych względem wszystkich (*erga omnes*), gwarantowanych przepisami imperatywnymi.

19 H. Szewczyk, tamże, s. 507.

20 A. Łopatka, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii*, Warszawa 1995, s. 35.

21 Wyrok SN z dnia 20 września 2013 r., II CSK 1/13.

stanowiącej: »lekarz powinien odmówić wykonania czynności, które według jego przekonania i sumienia mogą być szkodliwe lub nieetyczne«"[22].

Ochrona uzewnętrzniania ocen moralnych i postępowania zgodnie z własnym sumieniem jest konieczna dla rzeczywistej skutecznej ochrony swobody sumienia, ale także ochrony światopoglądu i integralności człowieka. Swoboda sumienia jest warunkiem koniecznym posiadania światopoglądu, będącego zbiorem przekonań, sądów i ocen aksjologicznych porządkujących postępowanie względem siebie i innych podmiotów. Zbiór ten nie może być utożsamiany z w pełni konsekwentnym systemem preferencji aksjologicznych. Jeżeli jednak światopogląd jednostki jest systemem – jest spójny – to efektywna ochrona wolności sumienia staje się koniecznym warunkiem ochrony integralności moralnej jednostki oraz jej godności. Nieprzypadkowo integralność została wprost zaliczona w art. 3 karty praw podstawowych Unii Europejskiej do elementów składających się na koncepcję godności człowieka (art. 3 zawarty jest w tytule I karty „Godność")[23]. Światopogląd można byłoby uznać za dobro osobiste człowieka w rozumieniu art. 23 k.c. oraz art. 53 konstytucji, ale sam tekst Konstytucji RP wskazuje albo na brak konsekwencji legislacyjnej, albo na nadawanie zbliżonych sensów określeniu „sumienie", „światopogląd" czy „przekonania moralne" lub „przekonania światopoglądowe" (art. 25 konstytucji). W orzecznictwie światopogląd utożsamiany jest zresztą ze swobodą sumienia albo uznawany za składową ogólniejszego dobra osobistego swobody sumienia[24]. W orzecznictwie zaznaczono, że swoboda sumienia to 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. Chroniąc swobodę sumienia, chroni się tym samym sferę pojęć, wyobrażeń i przekonań jednostki, w tym i takich, które wiążą się z odpowiedzią na podstawowe pytania egzystencjalne[25]. Przez wolność sumienia można rozumieć w ogóle ludzką aktywność światopoglądową, a więc dotyczącą zarówno wewnętrznych przekonań, jak i zewnętrznych praktyk religijnych i niereligijnych[26]. Zachowanie uniemożliwiające lub utrudniające wyznawanie lub praktykowanie wybranej religii stanowi naruszenie swobody sumienia[27]. Także w cytowanym orzeczeniu TK z dnia 15 stycznia 1991 r. wskazano, że prawo do wolności sumienia to przede wszystkim prawo do reprezentowania określonego światopoglądu.

> **Swoboda sumienia to wolne, wynikające z własnego przekonania wyrażanie określonego światopoglądu.**

O ile utożsamienie pojęcia swobody sumienia ze światopoglądem, jakkolwiek dyskusyjne, można tolerować, to nie należy utożsamiać swobody sumienia z integralnością moralną człowieka. Oczywiście, naruszenie integralności lub tożsamości moralnej człowieka, samego rdzenia jego osobowości, przesądza

22 Orzeczenie TK z dnia 15 stycznia 1991 r., U 8/90, a także A. Zoll, *Charakter prawny…*, dz. cyt., s. 100.

23 Na temat ochrony godności ludzkiej w prawie UE zob. L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012, s. 197 i n.

24 Wyrok SN z dnia 20 września 2013 r., II CSK 1/13; wyrok SN z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 618/00.

25 Wyrok SN z dnia 20 września 2013 r., II CSK 1/13.

26 K. Pycik, *Wolność sumienia i wyznania w Rzeczpospolitej Polskiej (założenia filozoficzno-prawne)* (w:) B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 438.

27 Wyrok SN z dnia 12 czerwca 2002 r., III CKN 618/00, Lex.

o naruszeniu wolności sumienia, jednak nie zawsze można mówić o relacji odwrotnej. Do naruszenia integralności moralnej człowieka dochodzi zawsze wtedy, gdy jest on zmuszany do czynów uznawanych przez niego w sposób przemyślany i głęboki za niemoralne. Zmuszanie człowieka do działania sprzecznego z jego sumieniem jest z reguły traktowaniem go przedmiotowym, rodzi urazy psychiczne i może prowadzić do prób samobójczych. Wprowadzenie przymusu aktywnego wykonywania czynności głęboko niemoralnej jest prostą instrumentalizacją osoby, jej uprzedmiotowieniem, rażącym naruszeniem jej godności chronionej bezwzględnie na podstawie art. 30 konstytucji. W związku z tym nie tylko wewnętrzną wolność wyboru dobra i zła, lecz przede wszystkim wolność postępowania zgodnie z własnym sumieniem trzeba uznać za dobro prawne w znacznym stopniu składające się na pojęcie integralności i godności osoby ludzkiej[28]. Można w konsekwencji uznać, że zobowiązywanie i egzekwowanie działania wbrew sumieniu i religii stanowi naruszenie istoty wolności sumienia i godności człowieka[29].

Szczególnym elementem ochrony integralności i godności osoby ludzkiej oraz rzeczywistej wolności sumienia jest zakaz ustalony w art. 53 ust. 7 konstytucji. Przepis ten został sformułowany w taki sposób, że wyrażony w nim interes i chroniące go prawo nie podlegają proporcjonalnym ograniczeniom na tej samej zasadzie co ogólne prawo wywodzone z art. 53 ust. 1 konstytucji. Został on sformułowany w art. 53 ust. 7, a więc w przepisie usytuowanym po przepisie określającym klauzulę limitacyjną w art. 53 ust. 5. Ten zabieg legislacyjny ustawodawcy konstytucyjnego wskazuje, że zakaz nakładania obowiązków przez organy władzy publicznej – w szczególności w formie ustawy – do ujawnienia swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania ma charakter przedmiotowy i bezwzględny. Zakaz ten wyklucza zarówno przepisy nakładające wprost obowiązek ujawnienia swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania, jak i przepisy pozornie neutralne, których zastosowanie dopiero prowadzi do osiągnięcia skutku zabronionego art. 53 ust. 7 konstytucji. Jednostka nie może być zmuszana do uzewnętrzniania swoich przekonań religijnych ani do manifestowania swojej wiary lub przekonań, albo podejmowania czynności, z których można byłoby wnioskować o takich przekonaniach lub ich braku[30]. Pogląd ten wyraźnie potwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka[31]. Zmuszanie do ujawnienia przekonań i inne formy naruszeń wolności sumie-

> **Wbrew wyrażanym niekiedy opiniom prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem nie przynależy *ex definitione* wyłącznie osobom fizycznym.**

28 B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Raport generalny: Constitutional jurisprudence in the area of freedom of religion and beliefs, XI[th] Conference of the European Constitutional Courts*, Warszawa 2000, s. 20; M. Safjan, *Wolność religijna w konstytucjach państw europejskich* (w:) J. Krukowski, O. Theisen (red.), *Materiały III Międzynarodowej Konferencji na temat „Religia i wolność religijna w Unii Europejskiej". Warszawa, 2–4 września 2002 r.*, Lublin 2003, s. 73.

29 Podobnie M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia w europejskim i krajowym systemie ochrony praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy" 2013, nr 6, s. 21.

30 M.A. Nowicki, *Komentarz do art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Lex.

31 Wyrok ETPC z dnia 15 czerwca 2010 r. w sprawie *Grzelak* przeciwko *Polsce*, w którym podkreślono, że sprzeczne z EKPC są

nia mogą skutkować stygmatyzacją i wykluczeniem części obywateli ze sfery życia publicznego i zawodowego, co w państwie demokratycznym nie może być tolerowane. Można stwierdzić, że nie istnieje dostatecznie uzasadniony interes publiczny, który by tłumaczył zmuszanie jednostek do ujawniania ich światopoglądu czy przekonań moralnych.

Wbrew wyrażanym niekiedy opiniom prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem nie przynależy *ex definitione* wyłącznie osobom fizycznym. Wydaje się, że osoby prawne, a nawet jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej mogą korzystać z ochrony konstytucyjnej tego prawa w zakresie, w jakim umożliwia ona indywidualne lub kolektywne uzewnętrznianie wolności religii lub sumienia przez jej członków, założycieli lub osoby trzecie[32]. Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreśla, że autonomiczne istnienie wspólnot religijnych jest nieodzowne dla istnienia pluralizmu w społeczeństwie demokratycznym[33]. Pogląd ten należy odnosić do osób i instytucji niereligijnych. Prezentowany kierunek wykładni znajduje potwierdzenie w treści art. 4 ust. 2 dyrektywy 2000/78/WE[34]. Przepis ten rozstrzyga, że nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu różnicowanie praw osób zatrudnionych, jeżeli w związku z rodzajem i charakterem działalności prowadzonej w ramach kościołów, związków wyznaniowych, a także organizacji i podmiotów, których działalność opiera się na określonych przekonaniach, cel działania pozostaje w związku z religią lub wyznaniem, lub „przekonaniem", stanowi ona istotne uzasadnione i usprawiedliwione wymaganie zawodowe. Innymi słowy dyrektywa ta wyraźnie chroni swobodę sumienia, religii i przekonań światopoglądowych nie tylko kościołów, lecz także innych podmiotów zbiorowych, których działalność opiera się na określonych przekonaniach[35].

Treść art. 39 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty

Zgodnie z art. 39 ustawy: „Lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30, z tym że ma obowiązek wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym oraz uzasadnić i odnotować

przepisy, które pośrednio umożliwiają ujawnienie światopoglądu jednostki.

32 Zob. choćby jednomyślny wyrok ETPC z dnia 10 czerwca 2010 r. w sprawie *Jehovah's Witnesses of Moscow przeciwko Rosji*, skarga 302/02; wyrok ETPC z dnia 6 listopada 2008 r. w sprawie *Leela Förderkreis e.v. i inni przeciwko Niemcom*, z powołaniem na podobne stanowisko Federalnego Sądu Konstytucyjnego RFN z 26 czerwca 2002 r., a także wyrok ETPC z dnia 18 marca 2011 r. w sprawie *Lautsi i inni przeciwko Włochom*, skarga 30814/06, LEX nr 784874; wyrok ETPC z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) i inni przeciwko Bułgarii*, nr 412/03, LEX nr 478330; J. Kokott, komentarz do art. 4 (w:) M. Sachs (ed.), *Sachs Grundgesetz Kommentar*, München 2009, s. 241; Ch. Starck (w:) tenże (ed.), Mangoldt-Klein-Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, München 2005, s. 473 oraz L. Bosek, *Klauzula sumienia* (w:) M. Safjan (red.), *Prawo…*, dz. cyt., s. 25; J. Waszczuk-Napiórkowska, *Opinia prawna…*, dz. cyt., s. 232; A. Zoll, *Charakter prawny…*, dz. cyt.,, s. 102. Zob. też L. Garlicki, komentarz do art. 9 (w:), tenże (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I, Warszawa 2010, s. 565 (podmioty zbiorowe o charakterze wyznaniowym). Podobnie rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1763 (2010) z dnia 7 października 2010 r. w sprawie prawa do sprzeciwu sumienia w opiece zdrowotnej wskazująca, że szpitale i inne instytucje (osoby prawne) nie mogą zostać przymuszone prawnie lub pociągnięte do odpowiedzialności prawnej ani być dyskryminowane ze względu na niewykonywanie lub niepomaganie w czynnościach eutanatycznych lub czynnościach powodujących śmierć płodu albo embrionu z jakiegokolwiek powodu.

33 Wyroki ETPC: z dnia 18 marca 2011 r. w sprawie *Lautsi i inni przeciwko Włochom*, skarga 30814/06; LEX nr 784874; z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) i inni przeciwko Bułgarii*, skarga 412/03, LEX nr 478330.

34 Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. WE L 303 z 02.12.2000, s. 16).

35 H. Szewczyk zauważa, że implementacja tej dyrektywy jest zbyt wąska w kodeksie pracy. H. Szewczyk, *Ochrona dóbr…*, dz. cyt., s. 515. Zob. też P. Stanisz, *Wspólnotowy zakaz…*, dz. cyt., s. 53–54.

ten fakt w dokumentacji medycznej. Lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby ma ponadto obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego".

Przepis ten w sposób generalny, niezależnie od charakteru stosunku prawnego łączącego lekarza z innymi podmiotami, poręcza każdemu lekarzowi – *implicite*: wykonującemu zawód – prawo do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem. Pojęcie świadczenia zdrowotnego jest pojęciem prawnym zdefiniowanym w ustawie i innych przepisach. W myśl art. 2 ust. 1 u.z.l. chodzi tu w szczególności o badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie i rehabilitację chorych, udzielanie porad lekarskich, a także wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich. Wyliczenie to ma charakter przykładowy, ale można z niego wnioskować, że świadczeniem zdrowotnym jest czynność dotycząca choćby pośrednio zdrowia pacjenta, zarówno lecznicza, jak i nielecznicza, podejmowana przez lekarza. Wniosek ten znajduje potwierdzenie w ustawie o działalności leczniczej[36], której art. 2 ust. 1 pkt 10 wskazuje, że świadczenie zdrowotne to działanie służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Otwartość tych definicji, cel art. 39 u.z.l. oraz zasada wykładni ustaw w zgodzie z Konstytucją RP i prawem międzynarodowym prowadzą do wniosku o celowości szerokiego odczytywania pojęcia „świadczenie zdrowotne". Nie ma w każdym razie podstaw, aby z hipotezy tego przepisu wykluczać tak typowe działania lekarskie jak choćby badanie stanu zdrowia czy wystawianie recept.

Przepis art. 39 u.z.l. formułuje negatywne i pozytywne przesłanki prawa lekarza do odmowy działania sprzecznego z jego sumieniem. Na plan pierwszy ustawodawca wysuwa przesłankę negatywną: „z zastrzeżeniem art. 30". Zastrzeżenie to oznacza, że lekarz nie może skutecznie powstrzymać się od spełnienia świadczenia sprzecznego z jego sumieniem w żadnej z sytuacji wskazanej w art. 30 ustawy. Zastrzeżenie to ma wymiar ogólny, obejmuje cały art. 30 ustawy. Jeśli uwzględnić, że art. 30 stanowi, iż „[l]ekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki", łatwo zauważyć, że katalog przypadków, w których skuteczna ochrona sumienia lekarza jest możliwa, został mocno ograniczony. Jest to dodatkowo istotne z dwóch zasadniczych powodów. Po pierwsze, art. 30 u.z.l. obliguje lekarza do działania niezależnie od jego woli i niezależnie od sytuacji, w której się znajduje. Lekarz jest zobowiązany udzielać pomocy z mocy samej ustawy – bez względu na jakiekolwiek zobowiązania umowne lub stosunki administracyjne. Na samodzielny i bezwzględny charakter tego obowiązku ustawowego wskazuje przede wszystkim utrwalone orzecznictwo sądowe[37]. Po drugie, ustawowy obowiązek udzielania pomocy został ujęty niezmiernie szeroko. Widać wyraźnie, że określenie „inne przypadki niecierpiące zwłoki" nie zostało w żaden sposób sprecyzowane, choćby przez ustalenie wymogu bezpośredniości zagrożenia albo wskazanie dóbr prawnych, którym realizacja obowiązku w tych sytuacjach ma służyć. Może tu więc chodzić o każdą sytuację, która wskazuje na potrzebę interwencji lekarskiej, przy czym jest to sytuacja, w której zwłoka w udzieleniu pomocy lekarskiej mogłaby spowodować niebezpieczeństwo nastąpienia skutków w przepisie tym wskazanych, bądź uwidacznia potrzebę bezzwłocznej pomocy, nawet wówczas, gdy niebezpieczeństwo nastąpienia skutków, o których mowa w tym przepisie, nie jest oczywiste[38]. W razie jakichkolwiek wątpliwości lekarz musi udzielać pomocy[39]. Dla podjęcia wyko-

36 Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 217 z późn. zm.).

37 Wyrok SN z dnia 29 marca 2006 r., IV CSK 158/05 i cytowane tam orzeczenia, a także glosa L. Boska do tego wyroku (w:) M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, Warszawa 2011, s. 460–463.

38 L. Kubicki, *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, „Prawo i Medycyna" 2003, nr 1, s. 5.

39 E. Zielińska, komentarz do art. 30 (w:) tejże (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 438.

nania ustawowego zobowiązania nie ma znaczenia to, czy ewentualne udzielenie pomocy miało, czy też nie miało szansy okazania się skutecznym[40]. W ustawie nie przewidziano wyraźnie żadnej okoliczności, która by wykonanie tego obowiązku wyłączała[41]. Tak szerokie ujęcie kategorycznego obowiązku udzielania pomocy lekarskiej rodzi szczególne wątpliwości w perspektywie wolności sumienia, jeżeli uwzględni się fakt, że literalne odczytanie przepisu nakazuje objąć tym obowiązkiem niecierpiące zwłoki czynności nielecznicze. Wykonywanie zawodu lekarza polega wszak także na wykonywaniu czynności nieleczniczych, co najmniej tych regulowanych szczególnymi przepisami, jak choćby eksperyment badawczy[42], przerywanie ciąży czy transplantacja[43].

Odnośnie do pozytywnych przesłanek prawa do powstrzymania się od świadczenia sprzecznego z sumieniem lekarza należy stwierdzić, że przepis na pierwszy plan wysuwa obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym (art. 39 zdanie 1 u.z.l.). Przepis ten zmusza lekarza do czynnej, konkretnej i realnej pomocy w uzyskaniu świadczenia niezgodnego z jego sumieniem „u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym". Z obowiązku tego lekarz nie może się zwolnić, kierując pacjenta choćby do punktów informacyjnych podmiotów odpowiedzialnych za organizację systemu ochrony zdrowia w Polsce. Jest to zaskakujące rozwiązanie, zważywszy, że Narodowy Fundusz Zdrowia dysponuje aktualnymi bazami danych o zakontraktowanych świadczeniach zdrowotnych, czuwa nad wykonywaniem umów ze świadczeniodawcami. Można uznać, że przepis art. 39 zdanie 1 ustawy nakazuje lekarzowi pełnienie funkcji pomocnika sprawcy czynu ocenianego jako niegodziwy[44]. Obowiązek lekarza dotyczy wszystkich świadczeń zdrowotnych, także nieleczniczych. Obowiązku wskazania realnej możliwości uzyskania świadczenia u innego lekarza nie można więc utożsamiać z obowiązkiem określonym w art. 38 ustawy. Przepis art. 38 u.z.l. dotyczy, po pierwsze, przerwania procesu leczenia, a więc czynności, których wykonania lekarz już się podjął, po drugie – dotyczy tylko czynności leczniczych. Zauważyć przy tym trzeba, że nawet sformułowanie art. 38 u.z.l. wskazuje na nałożenie dalej idących obowiązków niż to czynią ogólne przepisy o zobowiązaniach opartych na zaufaniu[45].

Ocena powstrzymania się przez lekarza od udzielenia świadczenia zdrowotnego została uzależniona także od obowiązku uzasadnienia i odnotowania tego faktu w dokumentacji medycznej (art. 39 zdanie 1 u.z.l.). Jest charakterystyczne, że na pierwszy plan w przepisie wysunięty został przez ustawodawcę obowiązek uzasadnienia przez lekarza faktu powołania się na przysługujące mu prawo, a dopiero na dalszym planie sformułowany jest obowiązek odnotowania tego faktu w dokumentacji medycznej. Przepis ten opiera się na kategorycznym i dyskusyjnym założeniu, że lekarz nie ma prawa wyznaczyć sobie zakresu udzielanych świadczeń zdrowotnych, a nawet nie przysługuje mu pełne prawo powstrzymania się od działań, które pozostają w sprzeczności z jego sumieniem. Lekarz zobowiązany jest bowiem zawsze wytworzyć dokumentację medyczną, w której ma obowiązek uzasadnić i odnotować swój wybór moralny – w sytuacji, gdy nie łączy go z inną osobą żaden stosunek prawny. Wydaje się, że przyjęte założenie jest dalej idące niż wymaga tego obowiązujące ustawodawstwo, w tym ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta[46] (dalej: u.p.p.). Z art. 12 u.p.p. wynika, że pacjent ma prawo do informacji o rodzaju i zakresie świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych, w tym o profilaktycznych programach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, realizowanych przez ten podmiot, a to z kolei oznacza, że rodzaj i zakres świadczeń zdrowotnych, których udziela podmiot

40 L. Kubicki, *Obowiązek…*, dz. cyt., s. 4.

41 Tamże, s. 9; E. Zielińska, komentarz do art. 30, dz. cyt., s. 446.

42 A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004, s. 27.

43 J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty karnoprawne*, Kraków 2004, s. 27.

44 A. Zoll, *Charakter prawny…*, dz. cyt., s. 101–102; O. Nawrot, *Sumienie lekarza a prawa człowieka w świetle standardów Rady Europy*, „Medycyna Praktyczna" 2014, nr 1, s. 116.

45 Zob. art. 746 § 2 w zw. z art. 740 k.c.

46 Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 159 z późn. zm.

leczniczy, zależy od tego podmiotu. Innymi słowy – w polskim porządku prawnym nie istnieje bezwzględny obowiązek udzielania wszelkich świadczeń zdrowotnych. Obowiązek taki nie ciąży ani na dużych publicznych podmiotach leczniczych, ani tym bardziej na lekarzu wykonującym zawód w formie indywidualnej praktyki lekarskiej. Prowadzi to do wniosku, że zbędny jest obowiązek dodatkowego uzasadnienia i odnotowywania w dokumentacji, iż pewne świadczenia nie są przez dany podmiot leczniczy oferowane.

Przede wszystkim jednak przepis art. 39 zdanie 1 u.z.l. nie precyzuje, na czym miałoby polegać uzasadnienie przez lekarza powstrzymania się od udzielenia świadczenia zdrowotnego. Wyrażono pogląd, że lekarz powinien wskazać szczegółową zasadę moralną, która wyklucza udzielenie świadczenia[47]. Pogląd ten może jednak budzić wątpliwości, ponieważ pojęcie uzasadnienia implikuje dalej idące skutki – w postaci omówienia okoliczności faktycznych i normatywnych, i dokonania subsumpcji[48]. Wydaje się jednak, że nawet ścisła interpretacja obowiązku uzasadnienia prowadzi do zbędnego ujawniania poglądów moralnych lekarza. Zbędne jest bowiem zmuszanie lekarza do ujawniania światopoglądu i to w formie pisemnej, a zwłaszcza uzasadnianie tego na piśmie. Można przypuszczać, że tak określony obowiązek lekarza ma spełniać funkcje dowodowe i potencjalnie ułatwiać dochodzenie przez pacjenta roszczeń względem lekarza. Nawet jednak z tego punktu widzenia widać, że jest to obowiązek nieproporcjonalny, naruszający zakaz art. 53 ust. 7 Konstytucji RP.

Lekarz pozostający w stosunku pracy albo w stosunku służby ma nadto obowiązek uprzedniego powiadomienia przełożonego – na piśmie (art. 39 zdanie 2 u.z.l.). Przepis ten wyraźnie ustanawia obowiązek lekarza uprzedniego pisemnego informowania pracodawcy o swoim światopoglądzie, a ściśle o zamiarze wyciągnięcia wniosków praktycznych z posiadanych przekonań moralnych. Wydaje się, że odmienne odczytanie tego przepisu nie jest możliwe, o czym przekonuje choćby użyte w tym przepisie słowo „ponadto", odnoszące się do obowiązku uzasadniania swojego stanowiska w sprawie sprzeciwu sumienia. Nakaz ujawniania pracodawcy – w formie pisemnej – poglądów moralnych lub religijnych o charakterze ściśle osobistym i intymnym, niezależnie od faktu odnotowania i uzasadnienia tego faktu w dokumentacji medycznej, ma zwiększać, jak można przypuszczać, możliwości pracodawcy dowolnego organizowania działalności podmiotu leczniczego. Na mocy obowiązku nałożonego przez art. 39 zdanie 2 u.z.l. zarówno podmioty lecznicze prywatne, jak i publiczne uzyskują pisemne oświadczenia pracowników o ich wyborach światopoglądowych.

Podsumowując, można stwierdzić, że przepis art. 39 u.z.l. nakłada na lekarza tak daleko idące ograniczenia przynależnego mu prawa do odmowy działania sprzecznego z jego sumieniem, że można odnieść wrażenie, iż przepis ten ustanawia „przywilej"[49]. Przepis ten gwarantuje podstawowe dobro osobiste lekarza, operacjonalizuje konstytucyjną gwarancję wolności sumienia.

Ocena konstytucyjna

Wydaje się, że art. 39 u.z.l. jest niezgodny z art. 53 ust. 1 i art. 30 Konstytucji RP przede wszystkim dlatego, że ustanawia bezwzględny i kategoryczny obowiązek udzielania świadczeń niezgodnych z sumieniem lekarza w każdym przypadku niecierpiącym zwłoki, w zakresie wykraczającym daleko poza konieczność udzielania pomocy w sytuacji zagrożenia życia lub poważnego zagrożenia zdrowia. Przepis ten bez dostatecznego podbudowania zasadami i wartościami konstytucyjnymi, pomijając uwarunkowania systemowe i historyczne, narusza zasadę proporcjonalnej ochrony konstytucyjnego prawa lekarza do działania zgodnie z własnym sumieniem oraz zasadami etyki zawodowej. Przepis art. 39 u.z.l. zobowiązuje do udzielania pomocy lekarskiej zarówno o charakterze leczniczym, jak i nieleczniczym. Bezwzględne ustawowe obowiązki lekarza nie powinny iść tak daleko, aby obejmowały czynności nielecznicze oraz wszelkie czynności lecznicze, kwalifikowa-

47 Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN nr 4/2013, cyt. wyżej.

48 Zob. choćby wymogi z art. 328 k.p.c.

49 Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN nr 4/2013, cyt. wyżej; o „przywileju" mówi także E. Zielińska, komentarz do art. 39 (w:) tejże (red.), *Ustawa…*, dz. cyt., s. 554.

ne tak tylko z uwagi na przeważający cel terapeutyczny i leczniczy. Dla porównania art. 12 ustawy z 1950 r. o zawodzie lekarza[50] stanowił, że lekarz posiadający prawo wykonywania zawodu ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzielaniu mogłaby spowodować utratę życia lub kalectwo. W systemie społecznej gospodarki rynkowej, opartej na wolności zawodowej i gospodarczej, pozaumowne obowiązki podmiotów leczniczych nie powinny wykraczać poza niezbędne minimum – przypadki bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia. Wydaje się, że ani art. 68 Konstytucji RP, ani żaden inny przepis konstytucyjny nie wymaga zagwarantowania dostępności świadczeń nieleczniczych, ani tym bardziej przyznania komukolwiek roszczeń skutecznych względem indywidualnych praktyk lekarskich do udzielania takich świadczeń. Tym bardziej Konstytucja RP nie nakłada obowiązku udzielania świadczeń nieleczniczych, które stoją w sprzeczności z sumieniem lekarza czy personelu pomocniczego. Obowiązki konstytucyjne ustawodawcy zostały silnie ograniczone i ściśle zakreślone w art. 68 ust. 2 konstytucji (*verba legis*). Przepis ten wyraźnie przypisuje ustawodawcy kompetencję ustalenia zakresu świadczeń finansowanych ze środków publicznych. Oznacza to, że świadczenia nielecznicze mogą być udzielane także w ramach publicznego systemu ochrony zdrowia, ale nigdy wbrew podstawowym dobrom osobistym pracowników służby zdrowia i na podstawach kontraktowych, zapewniających ich finansowanie. Nie ma żadnych powodów, aby w każdym przypadku „niecierpiącym zwłoki" lekarz zobowiązywany był do działania sprzecznego z jego sumieniem i to z mocy ustawy, np. w czasie wolnym. O wadliwości art. 39 u.z.l. świadczy to, że przepis ten nieprawidłowo identyfikuje i rozstrzyga możliwy konflikt interesów: życia i zdrowia człowieka – z wolnością sumienia lekarza. Przepis ten wprawdzie słusznie przyznaje pierwszeństwo obowiązkowi ustawodawcy ochrony życia i zdrowia człowieka przed obowiązkiem ochrony wolności sumienia personelu medycznego, ale idzie zdecydowanie za daleko, odsyłając ogólnie do art. 30 omawianej ustawy[51]. Skutek tego jest wszak taki, że lekarz musi działać wbrew swojemu sumieniu „w każdym innym przypadku niecierpiącym zwłoki". Tak sformułowany przepis przekreśla konstytucyjny obowiązek skutecznej ochrony sumienia lekarza, jego integralności moralnej, a w ostateczności także godności. Godzi tym samym w aktualny na gruncie obowiązującej Konstytucji RP pogląd Trybunału Konstytucyjnego na temat minimalnego poziomu ochrony swobody sumienia[52].

Na marginesie prowadzonych rozważań można odnotować, że przepis art. 39 u.z.l. budzi także wątpliwości z punktu widzenia gwarancji wolności wyboru i wykonywania zawodu przez lekarza. Etos tego zawodu wyraża się w trosce o dobro chorego, polegającej na ochronie jego życia i zdrowia. Więcej, jak wynika z art. 2 KEL[53], lekarz nie może posługiwać się wiedzą i umiejętnością lekarską w działaniach sprzecznych z powołaniem lekarskim. Pojawia się pytanie: czy przepis ustawy powinien lekarza zmuszać do podejmowania działań sprzecznych z powołaniem? Tego rodzaju przepis nie tylko zniekształca podstawowy kanon zawodowy, ale eliminuje z zawodu osoby o wrażliwości etycznej, kierujące się sumieniem. Godzi on więc w rzeczywistą wolność studentów medycyny do wyboru tego zawodu oraz wolność lekarza, gdyż zmusza go z powodów światopoglądowych, nie zaś profesjonalnych, do rezygnacji z wykonywania zawodu. Tym samym przepis tego rodzaju godzi w podstawy pluralistycznego i demokratycznego społeczeństwa.

Ponadto art. 39 ustawy jest niezgodny z art. 53 ust. 1 Konstytucji RP, wprowadza bowiem prawny obowiązek pomocnictwa w uzyskaniu świadczenia niegodziwego. Aby lekarz mógł chronić swoją integralność moralną przed przymusem działania sprzecznego z sumieniem, musi najpierw podjąć się

50 Ustawa z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1950 r., nr 50, poz. 458 z późn. zm.).

51 R. Kubiak, *Prawo…*, dz. cyt., s. 224–225.

52 Orzeczenie TK z dnia 15 stycznia 1991 r., U 8/90; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 323.

53 Kodeks etyki lekarskiej – uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z 14 grudnia 1991 (z późn. zm.), http://www.nil.org.pl/dokumenty/kodeks-etyki-lekarskiej (dostęp 3 marca 2014 r.).

pomocy i to „realnej" w uzyskaniu świadczenia niemoralnego. Tak sformułowany przepis chroni iluzorycznie wolność sumienia, a faktycznie zawsze uniemożliwia ochronę sumienia. Pomoc w czynie ocenianym nagannie ma dokładnie tę samą ujemną wartość moralną i prawną co czyn sprawcy, pomocnik zaś jest karany w tych samych granicach co bezpośredni sprawca[54]. Jak już wskazano, z obowiązku tego lekarz nigdy nie może się zwolnić, nie może bowiem skierować pacjenta choćby do Narodowego Funduszu Zdrowia (*verba legis:* „u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym"). Obowiązek ten dotyczy wszystkich świadczeń zdrowotnych, zarówno leczniczych, jak i nieleczniczych. W tym zakresie przepis art. 39 u.z.l. czyni z lekarza gwaranta („realne możliwości") osiągnięcia niegodziwego skutku i przekreśla istotę prawa do powstrzymania się od działania sprzecznego z własnym sumieniem[55], naruszając nie tylko art. 31 ust. 3 zdanie 2, lecz także art. 30 konstytucji oraz art. 2 konstytucji. Przepis ten, tworząc iluzję ochrony wolności sumienia, staje się pułapką dla lekarza, godzi w zasadę zaufania wywodzoną z art. 2 konstytucji.

Wątpliwości konstytucyjne budzi także art. 39 u.z.l., w zakresie, w jakim zobowiązuje lekarza do uzasadniania swojego rozstrzygnięcia światopoglądowego i odnotowywania tego faktu w dokumentacji medycznej oraz uprzedniego pisemnego informowania pracodawcy o zamiarze skorzystania z prawa do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem. Przepis ten wymusza ujawnienie względem pracodawcy i innych osób poglądów moralnych i religijnych, a nawet zmusza lekarza do uzasadnienia tych poglądów. Biorąc pod uwagę kontekst zastosowania tego przepisu, nie można uznać, że lekarz dobrowolnie ujawnia swój światopogląd, poglądy moralne czy religijne. Przeciwnie, treść art. 39 u.z.l. zmusza go do ujawnienia światopoglądu pod rygorem odpowiedzialności pracowniczej, cywilnej i zawodowej. Skutkuje to kolizją z zakazem ustalonym w art. 53 ust. 7 i art. 2 Konstytucji RP. Wydaje się, że nałożenie obowiązku pisemnego uzasadniania swojego rozstrzygnięcia światopoglądowego na piśmie oraz dodatkowo informowania na piśmie pracodawcy jest oczywiście zbędne, niekonieczne i nieproporcjonalne, gdyż albo zachodzi sytuacja bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta, i wówczas lekarz musi udzielić pomocy, albo uzasadnianie stanowiska światopoglądowego i informowanie o nim pracodawcy jest całkowicie zbędne, gdyż pacjent może uzyskać świadczenie u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym, a przede wszystkim lekarza z tym pacjentem nie łączy (nie powinien łączyć) żaden stosunek prawny. Tak sformułowany przepis może być zresztą przyczyną dyskryminacji lekarza z powodów światopoglądowych.

Wnioski

Podsumowując, prawo osobiste do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem jest prawem chronionym nie tylko przez prawo cywilne, prawo pracy i prawo karne, lecz także przez Konstytucję RP i prawo międzynarodowe.

Prawo to zostało naruszone przez normy zawarte w art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty: przez to, że nakładają na lekarza obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego, pomimo że zwłoka w udzieleniu tego świadczenia nie spowodowałaby niebezpieczeństwa utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia; przez to, że nakładają na lekarza obowiązek wskazania realnej możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym; przez to, że zmuszają lekarza do pisemnego ujawnienia pracodawcy i innym osobom własnego światopoglądu lub przekonań, zobowiązując go do uzasadniania swojego rozstrzygnięcia światopoglądowego w dokumentacji medycznej.

54 A. Zoll, *Charakter prawny…*, dz. cyt., s. 103.

55 L. Bosek, *Klauzula sumienia…*, dz. cyt., s. 108.

Anna Kiełczawa

Postępowanie ochronne we Francji jako przykład skutecznej regulacji

Anna Kiełczawa

Doktorantka III roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz aplikantka adwokacka w kancelarii WOLF THEISS P. Daszkowski Sp.k. Pracę doktorską pisze pod kierunkiem prof. Huberta Izdebskiego. Specjalizuje się w prawie korporacyjnym. Francuskim prawem upadłościowym zainteresowała się podczas studiów magisterskich w Centrum Prawa Francuskiego – Université de Poitiers.

Accelerated Safeguard Proceedings in France as an Example of an Efficient Regulation

The article presents the shortcomings of Polish restructuring proceedings compared to the so called accelerated safeguard proceedings *– a legal tool enabling French entrepreneurs to avoid bankruptcy. Polish regulations on restructuring proceedings are virtually a dead letter, as entrepreneurs are discouraged by complex, vague provisions of law, high costs of the proceedings as well as by the fact that they have very little time to prepare their restructuring proposals. Compared to Polish regulations, accelerated safeguard proceedings set forth by French law are faster and more efficient than the traditional restructuring proceedings. If similar legal provisions were adopted in Poland, they would likely revive the Polish restructuring proceedings, currently unpopular due to their inefficiency. The French* accelerated safeguard proceedings *are presented as a model of regulations which may become an inspiration for Polish legislators.*

I. Postępowanie naprawcze w ujęciu polskiego ustawodawcy

W postępowaniu upadłościowym nadrzędnym celem jest ochrona praw wierzycieli, natomiast ochrona interesów dłużnika ma charakter dopiero drugorzędny[1]. Odwrotnie w postępowaniu naprawczym – zachowanie przedsiębiorstwa jest głównym celem tego postępowania. Zgodnie z ustawą – Prawo upadłościowe i naprawcze[2] (dalej: p.u.n.) uprawnienie do wszczęcia postępowania naprawczego przysługuje wyłącznie przedsiębiorcy zagrożonemu niewypłacalnością.

Nowelizacja ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze[3], któ-

1 S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 1290.

2 Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1112 z późn. zm.).

3 Ustawa z dnia 6 marca 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Bankowym

ra weszła w życie 2 maja 2009 r., miała między innymi uczynić z procedury naprawczej powszechnie dostępne oraz skuteczniejsze niż dotychczas narzędzie zmierzające do poprawy sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa. Nowelizacja objęła przede wszystkim przepisy art. 12, 21 i 492 p.u.n. Rozszerzyła krąg osób mających legitymację do wszczęcia tego postępowania, co miało stanowić dla przedsiębiorców szansę na restrukturyzację zobowiązań i zachowanie konkurencyjności na rynku, mimo nieznacznych problemów finansowych.

Obecnie postępowanie naprawcze może być wszczynane w następujących trybach:

– art. 494 p.u.n. – na podstawie oświadczenia złożonego o wszczęciu postępowania naprawczego przez przedsiębiorcę zagrożonego niewypłacalnością;
– art. 21 p.u.n. – na wniosek dłużnika zawarty we wniosku o ogłoszenie upadłości, zawierający jednoczesny wniosek o zezwolenie na wszczęcie postępowania naprawczego, jeżeli opóźnienie przedsiębiorcy w wykonaniu zobowiązań nie ma charakteru trwałego, a suma niewykonanych zobowiązań nie przekracza 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa;
– art. 12 ust. 3 w zw. z art. 492 ust. 4 p.u.n. – na wniosek dłużnika, po oddaleniu wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, sąd może zezwolić na przeprowadzenie postępowania naprawczego. Na mocy tego przepisu przedsiębiorca może przeprowadzić postępowanie naprawcze także wtedy, gdy opóźnienie w wykonaniu zobowiązań nie przekracza trzech miesięcy, a suma niewykonanych zobowiązań nie przekracza 10% księgowej wartości majątku dłużnika. Przy zachowaniu zasad określonych w ustawie o rachunkowości wartość bilansową przedsiębiorstwa stanowić będzie różnica między wartością aktywów przedsiębiorstwa a wartością zobowiązań bilansowych[4]. Z kolei trzymiesięczny okres opóźnienia w wykonywaniu zobowiązań, o których mowa w art. 12 ust. 2, w przypadku gdy dłużnik nie wykonuje kilku zobowiązań, należy liczyć od dnia pierwszego opóźnienia, od tego dnia bowiem dłużnik był już niewypłacalny. Dla określenia samego stanu niewypłacalności nieistotne jest, czy dłużnik nie wykonuje wszystkich swoich zobowiązań, czy też tylko niektórych z nich, jak też, jaka jest przyczyna niewykonywania zobowiązań[5].

Oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości z przyczyn wskazanych w art. 12 p.u.n. (oraz ewentualne wszczęcie postępowania naprawczego na tej podstawie) nie może jednak być stosowane mechanicznie. Zgodnie z art. 12 ust. 2 sąd powinien zbadać, jakie są przyczyny niewykonywania zobowiązań. Przyczyny te nie mogą mieć trwałego charakteru. Mogą to więc być jedynie przyczyny przemijające, wynikające z przejściowych trudności, np. zatorów płatniczych. Jednakże nawet i wtedy sąd powinien rozważyć, czy oddalenie wniosku nie prowadzi do pokrzywdzenia wierzycieli[6].

Zgodnie z pierwotną koncepcją, o wszczęcie procedury naprawczej mógł wnosić tylko przedsiębiorca zagrożony niewypłacalnością, który jednakże jeszcze niewypłacalny nie był. W praktyce tacy przedsiębiorcy woleli samodzielnie podejmować kroki zmierzające do ratowania przedsiębiorstwa (np. zawierając kolejne umowy kredytu), zamiast wstępować na drogę sądową. Do art. 21 dodano więc ust. 4, umożliwiający wszczęcie postępowania naprawczego także dłużnikowi, którego „opóźnienie w wykonaniu zobowiązań nie ma charakteru trwałego, a suma niewykonanych zobowiązań nie przekracza 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika". Postępowanie naprawcze stało się odtąd dostępne nie tylko dla dłużników zagrożonych niewypłacalnością, ale także dla dłużników niewypłacalnych w nieznacznym stopniu. Niewypłacalność jest w dalszym ciągu wystarczającą podstawą do ogłoszenia upadłości dłużnika, jednak ustawa określa wyjątki od tej zasady, przewidując sytuacje, w których upadłości

Funduszu Gwarancyjnym oraz ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. nr 53, poz. 434).

4 H. Buk, komentarz do art. 12 (w:) A. Witosz (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 75.

5 Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 16 lutego 2011 r., I SA/Bk 646/10.

6 F. Zedler (w:) A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2010, s. 49–50.

dłużnika można nie orzec (art. 12 i 13 ust. 2 p.u.n.) albo nie orzeka się (art. 13 ust. 1 p.u.n.)[7].

Zgodę na przeprowadzenie postępowania naprawczego sąd może orzec wyłącznie na wniosek dłużnika. Powinien on być złożony już we wniosku o ogłoszenie upadłości. Jeżeli zaś wniosek o ogłoszenie upadłości złożony został przez wierzyciela, wniosek dłużnika o zezwolenie na przeprowadzenie postępowania naprawczego powinien być złożony niezwłocznie.

Zgodnie z ustawą przedsiębiorca składa w sądzie oświadczenie o wszczęciu postępowania. Powinno ono zawierać dane przedsiębiorcy (imię, nazwisko lub nazwę, adres zamieszkania albo siedziby, reprezentantów przedsiębiorcy, okoliczności uzasadniające wniosek i uprawdopodobniające niewypłacalność itp.). Do oświadczenia przedsiębiorca jest obowiązany dołączyć dokumenty obrazujące stan majątkowy przedsiębiorstwa i stan jego zobowiązań. Ponadto należy również złożyć pełny plan naprawczy, zawierający propozycje restrukturyzacji przedsiębiorstwa, w jaki sposób, w jakich terminach, kwotach i z jakich źródeł przedsiębiorca zamierza spłacać swoje zobowiązania. Plan naprawczy powinien określać restrukturyzację zobowiązań, majątku oraz zatrudnienia. Wymaga on akceptacji wierzycieli, udzielonej na zgromadzeniu wierzycieli, większością głosów wierzycieli posiadających co najmniej 2/3 ogólnej sumy wierzytelności uprawniających do głosowania. Następnie układ musi zostać zatwierdzony przez sąd i od tej chwili staje się wiążący dla uczestników postępowania naprawczego[8].

Restrukturyzacja zobowiązań w ramach postępowania naprawczego jest teoretycznie pod wieloma względami korzystna dla dłużnika. Podczas trwania tej procedury nie mogą być bowiem przeciwko przedsiębiorcy wszczynane postępowania zabezpieczające i egzekucyjne, a wszczęte podlegają z mocy prawa zawieszeniu, z wyjątkiem postępowań zabezpieczających i egzekucyjnych dotyczących wierzytelności nieobjętych układem (art. 498 ust.1 pkt 4 p.u.n.). Ponadto zawieszeniu ulega naliczanie odsetek należnych od przedsiębiorcy (art. 498 ust. 1 pkt 2) oraz wykonanie jego zobowiązań (art. 498 ust. 1 pkt 1) – spłata zobowiązań następuje dopiero w terminach i kwotach zaproponowanych przez przedsiębiorcę w układzie. Ograniczona jest także dopuszczalność dokonywania potrąceń wierzytelności przysługujących przedsiębiorcy (art. 498 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 89 p.u.n.). Procedura naprawcza zapewnia przedsiębiorcom ochronę przed działaniami wierzycieli, pozostawiając im jednocześnie swobodę działania – przedsiębiorca może zarządzać majątkiem i zbywać majątek w zakresie swojej działalności gospodarczej (art. 501 ust. 2 p.u.n.).

Jako że przedsiębiorca nie jest pozbawiony prawa zarządu majątkiem, a jedynie ograniczony w tym prawie, w postępowaniu naprawczym nie mają też zastosowania przepisy uprawniające nadzorcę sądowego do wyrażania zgody na dokonywanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu (art. 76 ust. 3). W związku z istotą postępowania naprawczego nie dokonuje się też spisu inwentarza[9]. Postępowanie naprawcze cechuje w odróżnieniu od postępowania upadłościowego mniejszy formalizm. Kontrola sądowa postępowania wprawdzie jest przewidziana ustawą, ale w bardzo ograniczonym zakresie. Przedsiębiorcy przysługuje okres czterech miesięcy na przygotowanie i wdrożenie planu naprawczego oraz wynegocjowanie propozycji układowych.

Pomimo tak licznych pozytywnych aspektów procedury naprawczej, przeszło trzy lata po uchwaleniu zmian postępowanie naprawcze jest nadal jednym z najrzadziej wszczynanych w Polsce postępowań.

Wskazuje się, iż postulaty i założenia nowelizacji były wprawdzie słuszne, ale w praktyce trudno oczekiwać, aby były skutecznie realizowane. Pozostaje szereg innych czynników natury formalnej, jak i ekonomicznej, które w praktyce uniemożliwiają sanację przedsiębiorców w trybie postępowania naprawczego, czy też zniechęcają ich do korzystania z tej instytucji[10]. U podstaw takiego stanu rzeczy leży przede wszystkim daleko idący rygoryzm wymogów stawianych przedsiębiorcom, którzy chcą z tego na-

7 M. Dehmel, M. Radzik, *O niektórych prawnokarnych aspektach stanu niewypłacalności. Teza nr 3*, LEX 98515/3.

8 F. Zedler (w:) A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe…*, dz. cyt., s. 51.

9 Tamże.

10 Tamże.

rzędzia skorzystać, a także znaczne koszty związane ze wszczęciem i prowadzeniem postępowania naprawczego. Zniechęca także skomplikowany charakter i nieprzejrzystość przepisów.

Problematyczny może się okazać zwłaszcza wymóg samodzielnego przygotowania pełnego, szczegółowego planu naprawczego. Sporządzenie należytego planu naprawczego jest czasochłonne. Nie jest możliwe w ciągu kilku, a nawet kilkunastu dni. W praktyce przedsiębiorca, który przewiduje, iż w niedługim czasie stanie się niewypłacalny, chcąc sporządzić plan naprawczy z wszelkimi elementami wymaganymi na mocy art. 280 p.u.n., może popaść w stan niewypłacalności w stopniu uniemożliwiającym skorzystanie z postępowania naprawczego[11]. Ponadto sąd może w ciągu 14 dni od wniesienia oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego zakazać jego wszczęcia, jeśli stwierdzi, że przedsiębiorca nie spełnił wymogów dotyczących oświadczenia.

Przedsiębiorca musi ponieść stosunkowo wysokie koszty takiego postępowania, obejmujące między innymi koszty sporządzenia planu naprawczego oraz wynagrodzenie nadzorcy sądowego.

Plan naprawczy stanowi podstawowy dokument, którego złożenie wymagane jest od przedsiębiorcy (art. 494 ust. 2 p.u.n.). Powinien się on składać między innymi z takich elementów jak np. analiza sektora rynku, z uwzględnieniem pozycji rynkowej konkurencji, analiza poziomu i struktury ryzyka (art. 280 p.u.n. w zw. z art. 502 p.u.n.). Koszty sporządzenia analiz mogą oscylować między kilkoma, a nawet kilkudziesięcioma tysiącami złotych, co może być dla drobnego przedsiębiorcy (mającego problemy finansowe) wydatkiem, którego nie będzie w stanie ponieść[12].

Ustawa wymaga, aby przedsiębiorca zawarł z nadzorcą sądowym umowę zlecenia oraz wypłacał mu miesięcznie wynagrodzenie w wysokości podwójnego przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw (bez wypłat nagród z zysku w czwartym kwartale roku poprzedniego), ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Miesięczne wynagrodzenie nadzorcy sądowego obowiązanego do rozliczenia podatku od towarów i usług podwyższa się o kwotę podatku od towarów i usług, określoną zgodnie z obowiązującą stawką tego podatku (art. 497 ust. 3 p.u.n.). W obwieszczeniu z dnia 18 stycznia 2012 r. Prezes GUS ogłosił, iż przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w czwartym kwartale 2011 r. wyniosło 3769,83 zł[13]. Zatem miesięczne wynagrodzenie nadzorcy sądowego wynosi 7539,66 zł + VAT, co dla małych i średnich przedsiębiorców może stanowić kwotę wygórowaną.

Do zatwierdzenia planu naprawczego albo umorzenia postępowania przedsiębiorca nie może też (z wyjątkiem działalności gospodarczej) zbywać ani obciążać swego majątku.

Pomimo tak licznych pozytywnych aspektów procedury naprawczej, przeszło trzy lata po uchwaleniu zmian postępowanie naprawcze jest nadal jednym z najrzadziej wszczynanych w Polsce postępowań.

11 Tamże.

12 Tamże.

13 Obwieszczenie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 18 stycznia 2012 r. w sprawie przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w czwartym kwartale 2011 r., Dz. Urz. GUS z 23 stycznia 2012 r., poz. 1.

Poza tym znaczna część zobowiązań ciążących na drobnych przedsiębiorcach, jak np. należności kredytowe, to należności zabezpieczone rzeczowo (hipoteką, zastawem lub zastawem rejestrowym), które ustawa wyłącza spod układu zawieranego w postępowaniu naprawczym (art. 272 ust. 2 w zw. z art. 498 ust. 3 p.u.n.). Te zobowiązania nie mogą być zatem zrestrukturyzowane w ramach procedury naprawczej[14]. Często zatem zawarcie układu okazuje się niecelowe, gdy największe wierzytelności nie mogą zostać nim objęte.

prawczego, jednak w porównaniu z liczbą 2221 wniosków o ogłoszenie upadłości to nadal niewiele[16].

Z pewnością wpływ na taki stan rzeczy ma również postawa polskich sędziów, którzy odnoszą się niechętnie do procedury naprawczej, wychodząc z założenia, że prostszym wyjściem jest likwidacja podmiotu, a następnie założenie nowej spółki, aniżeli inwestowanie czasu i środków w ratowanie przedsiębiorstwa, które i tak prawdopodobnie zakończy się niepowodzeniem. Tak pesymistyczne założenie nie zachęca przedsiębiorców do korzystania z procedury naprawczej. Przedstawiony pogląd jest jednak tylko częściowo zgodny z rzeczywistością. W przypadku małych przedsiębiorców faktycznie lepszym wyjściem może się okazać postępowanie upadłościowe, a następnie ewentualne rozpoczęcie działalności w ramach nowego podmiotu. Pogląd ten nie jest jednak trafny w przypadku dużych podmiotów, które dążą do zachowania marki, prestiżu, które chcą uniknąć konieczności zwolnienia dużej liczby pracowników.

Przedsiębiorca musi ponieść stosunkowo wysokie koszty postępowania naprawczego, obejmujące między innymi koszty sporządzenia planu naprawczego oraz wynagrodzenie nadzorcy sądowego.

Mankamenty regulacji sprawiają, że postępowanie naprawcze pozostaje nadal – wbrew intencjom ustawodawcy – procedurą praktycznie martwą, niewywierającą realnego wpływu na rzeczywistość ekonomiczną.

Z danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, że od dnia wejścia w życie prawa upadłościowego i naprawczego, czyli od 28 lutego 2003 r., do końca pierwszego półrocza 2009 r. przedsiębiorcy złożyli do sądu tylko 439 oświadczeń o wszczęciu postępowania naprawczego. W tym samym okresie nastąpiło zatwierdzenie układu w 16 sprawach toczących się w trybie tego postępowania[15]. W pierwszym półroczu 2012 r. wpłynęło do sądów 20 wniosków o wszczęcie postępowania na-

II. Postępowanie ochronne w ujęciu ustawodawcy francuskiego

Jako przykład może posłużyć polskiemu ustawodawcy regulacja francuska, która pozwala uniknąć wielu niekorzystnych dla przedsiębiorcy aspektów

14 A. Jakubecki (w:) A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe…*, dz. cyt., s. 777.

15 Odpowiedź sekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 11264 w sprawie nowelizacji ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze.

16 Ministerstwo Sprawiedliwości. Statystyki 2012, *Ewidencja spraw w sądach powszechnych wg działów prawa i instancyjności w I półroczu 2012 roku*, s. 16, http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2012/ (dostęp 15 stycznia 2014 r.).

cechujących prawo polskie. We francuskim prawie postępowań zbiorowych (*droit des procédures collectives*) występują zarówno pozasądowe procedury zapobiegawcze, takie jak mandat *ad hoc* (*le mandat ad hoc*) lub postępowanie koncyliacyjne (rozjemcze – *la procédure de conciliation*) z udziałem rozjemcy (*le conciliateur*), jak też sądowe postępowania zbiorowe, wśród których wyróżnia się: prewencyjne postępowanie naprawcze zwane postępowaniem ochronnym (*la procédure de sauvegarde*), przewidziane dla przedsiębiorców, którzy nie są jeszcze niewypłacalni; postępowanie naprawcze następcze dla przedsiębiorców już niewypłacalnych (*redressement judiciaire*), zbliżone do polskiej procedury upadłościowej z możliwością zawarcia układu, oraz postępowanie upadłościowe likwidacyjne (*liquidation judiciaire*). Procedury te reguluje francuski kodeks handlowy (dalej: k.h.f.)[17].

Prawo francuskie kładzie nacisk na prewencję niewypłacalności. Celem niniejszej pracy jest przedstawienie prewencyjnego postępowania naprawczego zwanego postępowaniem ochronnym, jako skutecznej regulacji zmierzającej do ratowania przedsiębiorstwa. Postępowanie ochronne uregulowane zostało w art. L.629-1 i nast. k.h.f. w brzmieniu ustawy nr 2005-845 z dnia 26 lipca 2005 r. Służyć ma przedsiębiorcom, którzy nie są niewypłacalni[18], ale mogą wykazać swoją trudną sytuację finansową, której nie są w stanie sami przezwyciężyć (L. 620-1 k.h.f.). Postępowanie rozpoczyna się po 6-miesięcznym okresie obserwacji (*période d'observation*), który można przedłużyć jednorazowo o kolejne 6 miesięcy. W klasycznym wariancie dopiero po wszczęciu postępowania ochronnego następuje opracowanie planu ochronnego, przewidującego środki zaradcze dla poprawy sytuacji przedsiębiorstwa (terminy spłaty, zwolnienie z długu). Podczas trwania okresu obserwacji postępowania egzekucyjne ulegają zawieszeniu, zaś nowe nie mogą być wszczęte przeciwko dłużnikowi. Zawieszeniu ulega także płatność wymagalnych długów.

Wbrew intencjom ustawodawcy, mankamenty regulacji sprawiają, że postępowanie naprawcze pozostaje nadal procedurą praktycznie martwą, niewywierającą realnego wpływu na rzeczywistość ekonomiczną.

Analiza postępowań ochronnych wszczętych w latach 2007–2009 wskazuje, że 50% postępowań prowadzi do przyjęcia planu ochronnego, 26% – do postępowania ochronnego dla dłużników niewypłacalnych (*redressement judiciaire*), a 20% kończy się upadłością likwidacyjną (*liquidation judiciaire*). Plan naprawczy często pozwala na zachowanie przedsiębiorstwa. Spośród planów naprawczych przyjętych w latach 2007–2009 (1513 planów) 79% nadal było re-

17 *Code de commerce. Partie législative*, rozporządzenie nr 2000-912 z 18 września 2000 r.

18 Francuskie prawo nie zna pojęcia niewypłacalności w rozumieniu art. 11 polskiego prawa upadłościowego i ochronnego (po nowelizacji z 2009 r.), który stanowi, że dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, a jeśli jest on osobą prawną lub ułomną osobą prawną, także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco je wykonuje. W prawie francuskim występuje termin „stan zaniechania płatności" (*l'état de cessation des paiements*) na określenie sytuacji, w której dłużnik nie jest w stanie pokryć swoich wymagalnych pasywów dostępnymi aktywami.

alizowane, podczas gdy 8% doprowadziło do upadłości z możliwością zawarcia układu, a 12% zakończyło się upadłością likwidacyjną. Procedura ochronna jest lepiej odbierana przez przedsiębiorców, ponieważ nie tracą oni wówczas kontroli nad spółką i sami wybierają swoich partnerów negocjacyjnych[19]. Liczba postępowań ochronnych w 2007 roku wynosiła 512, natomiast w 2011 prawie trzy razy więcej – 1419[20].

Artykuł R 621-1 k.h.f. przewiduje, jakie dokumenty dłużnik jest obowiązany dołączyć do wniosku o wszczęcie postępowania ochronnego. Znajdują się wśród nich między innymi: odpis z rejestru przedsiębiorców, informacja o liczbie zatrudnionych pracowników, zestawienie wierzytelności i długów wraz ze wskazaniem nazwy i siedziby poszczególnych wierzycieli, oświadczenie o braku mandatariusza *ad hoc* oraz braku postępowania koncyliacyjnego w ciągu ostatnich 18 miesięcy poprzedzających złożenie wniosku, spis inwentarza, zestawienie aktywów i pasywów itd. Jeśli dłużnik nie może dostarczyć któregoś z tych dokumentów lub któryś z tych dokumentów okaże się niekompletny, dłużnik musi we wniosku wskazać powody, dla których nie dostarczył wymaganego dokumentu (art. R. 621-1 k.h.f.). Zatem niekompletność wniosku nie wyklucza *a priori* szans przedsiębiorcy na wszczęcie procedury ochronnej, jak to ma miejsce w polskim postępowaniu naprawczym.

Zgodnie z art. L. 626-2 ust. 1 k.h.f. plan naprawczy co do zasady jest przygotowywany przez dłużnika, ale przy wsparciu administratora (*avec le concours de l'administrateur*), któremu sąd może zlecić nadzór lub asystę przy sporządzaniu planu. Jest to rozwiązanie odmienne od prawa polskiego, które formułuje wymóg samodzielnego przygotowania planu przez przedsiębiorcę.

Wierzytelności powstałe po wszczęciu postępowania ochronnego, zarazem powstałe dla celów prowadzenia postępowania lub okresu obserwacji, lub w zamian za świadczenie spełnione przez dłużnika podczas okresu obserwacji, należy spłacić w dniu wymagalności. Jeśli nie zostaną one spłacone w terminie wymagalności, to podlegają spłacie z pierwszeństwem przed innymi wierzytelnościami. Przywilej ten przysługuje (L.622-17 k.h.f.) tak zwanym wierzycielom użytecznym, uprzywilejowanym (*les créanciers utiles, privilégiés*).

Niech będzie inspiracją dla polskiego ustawodawcy regulacja francuska, która pozwala uniknąć wielu niekorzystnych dla przedsiębiorcy aspektów cechujących prawo polskie.

Niezgłoszenie wierzytelności w terminie wyklucza zarzut wobec dłużnika w trakcie wykonywania planu ochronnego i po jego wykonaniu, jeśli postanowienia planu zostały utrzymane w mocy przez sąd (L. 622-26 ust. 2 k.h.f.).

Po zatwierdzeniu planu ochronnego przez sąd, na postanowienia planu można się powoływać przed wszystkimi, z wyjątkiem osób prawnych, współzobowiązanych (*coobligés*) i osób, które dały zabezpieczenie osobiste albo przyjęły lub dały na zabezpieczenie jakieś dobro (L. 626-11 k.h.f.). Regulacja ta ma służyć ochronie gwaranta (osoby fizycznej), którym może być na przykład członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Nie można natomiast powoływać się na postanowienia planu w przypadku postępowania wobec dłużników niewypłacalnych

19 Zob. Raport Deloitte'a z marca 2012 r., Altares: *L'entreprise en difficulté en France. Dessiner la sortie de crise*, http://www.deloitterecrute.fr/sites/www.deloitterecrute.fr/files/etude/1088/l_entreprise_en_difficulte_en_france_mars_2012.pdf (dostęp 15 stycznia 2014 r.), s. 15.

20 Tamże, s. 26.

(*redressement judiciaire*) (L. 631-20 k.h.f.). Taką możliwość oferuje im tylko postępowanie ochronne. Ogólnie rzecz biorąc, procedura ochronna i postępowanie ochronne dla dłużników niewypłacalnych są uregulowane w sposób bardzo zbliżony, choć wydaje się, że nowelizacja francuskiego kodeksu handlowego z 2008 roku faworyzuje raczej postępowanie ochronne[21].

Administrator, z udziałem dłużnika i przy ewentualnej pomocy jednego lub większej liczby ekspertów, jest obowiązany sporządzić w formie raportu bilans ekonomiczny i socjalny przedsiębiorstwa. W bilansie tym ujmuje się przyczyny, istotę i naturę trudności finansowych, z jakimi zmaga się przedsiębiorca. Od 2008 roku nie ma konieczności sporządzenia bilansu, jeśli nie został powołany administrator, co również znacznie ułatwia dłużnikowi procedowanie.

Charakterystycznym wariantem klasycznego francuskiego postępowania ochronnego jest tzw. postępowanie ochronne finansowe przyspieszone (*la procédure de sauvegarde financière accélérée*), które zostało uregulowane we Francji art. 57 ustawy o regulacji bankowej i finansowej[22] oraz w art. L.628-1 do L.628-7 k.h.f., jako nowa procedura dla przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji ekonomicznej. W praktyce procedura dotyczy tylko dużych przedsiębiorstw i stanowi połączenie procedury koncyliacyjnej (*la procédure de conciliation*) z procedurą ochronną (*la procédure de sauvegarde*).

Ten szczególny rodzaj postępowania ochronnego podlega przepisom ogólnym, z zastrzeżeniem wyżej wymienionych przepisów szczególnych dla tej procedury. Postępowanie ochronne przyspieszone wszczyna się na wniosek dłużnika, przy spełnieniu trzech przesłanek. Po pierwsze, istnieje wymóg, aby wobec takiego dłużnika było już prowadzone postępowanie koncyliacyjne. Po drugie, postępowania nie wszczyna się wobec dłużnika niewypłacalnego, lecz wobec takiego dłużnika, który wykaże trudną sytuację finansową, której nie jest w stanie przezwyciężyć, a także zapewni zatwierdzenie kont przez niezależnego biegłego rewidenta lub przez biegłego księgowego. Wreszcie – dłużnik obowiązany jest przedstawić projekt planu naprawczego zapewniającego kontynuację działalności przedsiębiorstwa oraz uzyskać wsparcie wierzycieli, które pozwoli uprawdopodobnić przyjęcie planu naprawczego w terminie jednego miesiąca.

III. Postępowania polubowne – postępowanie koncyliacyjne, mandat ad hoc

Szerszego omówienia wymaga pierwsza z przesłanek wszczęcia postępowania ochronnego przyspieszonego, czyli postępowanie koncyliacyjne. Celem tego specyficznego dla francuskiego prawa postępowania jest przeprowadzenie, pod kontrolą sędziego, negocjacji z wierzycielami, które mają doprowadzić do zawarcia porozumienia zawierającego propozycje rozwiązania trudnej sytuacji ekonomicznej dłużnika.

Postępowanie koncyliacyjne może zostać wszczęte na wniosek dłużnika dotkniętego trudną sytuacją ekonomiczną, już powstałą lub przewidywaną na przyszłość, który znajduje się w stanie niewypłacalności poniżej 45 dni. Zatem dłużnik może wnioskować o wszczęcie procedury albo na bardzo wczesnym etapie prognozy problemów finansowych, albo dość późno, gdy znajduje się już w stanie niewypłacalności (art. L.611-4 k.h.f.). Przedsiębiorca jest niewypłacalny, gdy nie jest w stanie zaspokoić wymagalnych pasywów (wynagrodzenia za pracę, faktur, wymagalnych długów) za pomocą aktywów, którymi dysponuje (czyli wszelkich dóbr lub wierzytelności, które można natychmiast upłynnić, takimi jak wierzytelności wobec klientów, papiery wartościowe, weksle itp.).

W trakcie tych 45 dni dłużnik ma możliwość albo ogłosić swoją niewypłacalność i złożyć wniosek o wszczęcie postępowania upadłościowego, albo zawnioskować rozpoczęcie postępowania koncyliacyjnego. Podczas postępowania koncyliacyjnego żaden wierzyciel nie może wystąpić z wnioskiem o ogłoszenie upadłości dłużnika, co dla tego ostatniego jest bardzo korzystnym rozwiązaniem (art. L.631-4 k.h.f.). Postępowanie koncyliacyjne jest postępowaniem niespornym i bardzo elastycznym. Dłużnik kieruje do prezesa sądu wniosek, nieskomplikowany i mało kosztowny, w którym przedstawia prezesowi sądu swoją sytuację ekonomiczną, socjalną i finansową, swoje potrzeby w zakresie finansowania, a także posiadane środki. We wniosku przedsiębiorca może także zaproponować konkretną

21 Rozporządzenie nr 2008-1345 z 19 grudnia 2008 r.

22 Ustawa nr 2010-1249 z 22 października 2010 r.

osobę rozjemcy (art, L. 611-6 k.h.f.). Dłużnik będący pracodawcą ma obowiązek poinformować przedstawicieli pracowników o zamiarze wszczęcia postępowania koncyliacyjnego i przeprowadzić konsultacje z komitetem przedsiębiorstwa[23]. Prezes sądu wzywa następnie dłużnika w celu uzyskania wyjaśnień (art. R. 611-23 k.h.f.). Od postanowienia oddalającego wniosek o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego przedsiębiorca może się odwołać w terminie 10 dni, lecz tylko w przypadku powołania innego rozjemcy niż zaproponowany przez niego. Odwołanie może wnieść także prokurator. Wszczęcie procedury koncyliacyjnej nie jest ogłaszane, należy jedynie poinformować o nim biegłego rewidenta.

Co istotne, sąd uwzględnia opinię dłużnika odnośnie do powołania rozjemcy i ustalenia jego wynagrodzenia. Przyjęto więc rozwiązanie odmienne niż w polskim prawie, które reguluje wysokość wynagrodzenia na poziomie ustawowym. Należy podkreślić, że postępowanie koncyliacyjne jest postępowaniem dobrowolnym.

Misją rozjemcy jest doprowadzenie do porozumienia między dłużnikiem i jego głównymi wierzycielami w celu przezwyciężenia problemów finansowych przedsiębiorstwa. Rozjemca składać może również propozycje naprawy przedsiębiorstwa, kontynuacji działalności gospodarczej i utrzymania zatrudnienia. Rozjemca ma prawo uzyskać w tym celu wszelkie potrzebne informacje od dłużnika. Prezes sądu współpracuje z rozjemcą, przekazując mu wyjaśnienia dłużnika, a także ekspertyzę – w przypadku gdy prezes sądu powołał z urzędu biegłego celem sporządzenia sprawozdania na temat sytuacji ekonomicznej, socjalnej i finansowej dłużnika. W trakcie trwania swojej misji rozjemca na bieżąco informuje prezesa sądu o jej postępach i o poczynionych przez siebie obserwacjach. Jeśli w trakcie trwania procedury dłużnik zostanie wezwany do zapłaty lub toczy się przeciwko niemu postępowanie egzekucyjne, sędzia może na wniosek dłużnika zastosować przepisy art. 1244-1 i 1244-3 francuskiego kodeksu cywilnego[24], czyli zawiesić postępowania egzekucyjne na czas maksymalnie do dwóch lat lub wyznaczyć terminy spłaty. Prezes sądu nie może jednakże ustalać terminów spłaty z urzędu, a jedynie na wniosek dłużnika, wobec którego toczy się już postępowanie egzekucyjne. Wierzyciele mogą zwolnić dłużnika z długu lub wyznaczyć mu terminy spłaty, jednak na etapie postępowania koncyliacyjnego nie można im narzucić podjęcia czynności w tym zakresie. Dobrowolnego zwolnienia z długu lub wyznaczenia terminów spłaty mogą dokonać nawet wierzyciele – podmioty publiczne, takie jak administracja finansowa, organy opieki społecznej i instytucje ubezpieczenia na wypadek bezrobocia (art. L.611-7 k.h.f.).

Wymaga podkreślenia, że dłużnik ma wpływ na wysokość wynagrodzenia rozjemcy i mandatariusza *ad hoc*. Prezes sądu ustala przedmiotowe wynagrodzenie rozjemcy, mandatariusza, ewentualnie także biegłego, po uzyskaniu zgody dłużnika. Wynagrodzenie jest ustalane postanowieniem prezesa sądu, po zakończeniu postępowania.

Postępowanie koncyliacyjne trwa co najmniej 4 miesiące, jednak może być przedłużone o kolejny miesiąc przez prezesa sądu. Ustawodawca przewidział tak krótki okres, zakładając że uprzednio nastąpiło już powołanie mandatariusza *ad hoc* (*mandataire ad hoc*). Wszczęcie nowego postępowania koncyliacyjnego nie może nastąpić przed upływem trzech miesięcy od zakończenia poprzedniego postępowania (art. L.611-6 k.h.f.).

Procedura kończy się porozumieniem zwyczajnie stwierdzonym (*accord simplement constaté*) przez prezesa sądu lub porozumieniem zatwierdzonym przez pełen skład sądu (*accord homologué par le tribunal en son entier*). Porozumienie zwyczajnie stwierdzone ma tę zaletę, że jest tajne, jednak oferuje niewiele gwarancji wierzycielom będącym stroną porozumienia. Natomiast porozumienie zatwierdzone przez pełen skład sądu zostaje ogłoszone publicznie, co często jest niekorzystne dla dłużnika, przy czym zapewnia więcej gwarancji uczestniczącym w porozumieniu wierzycielom. Pierwszy rodzaj porozumienia stwierdzany jest na zgodny wniosek stron. Prezes sądu stwierdza wykonalność wniosku, zaś sekretarz

23 Francuski kodeks pracy – *Code de Travail*, art. L 2323-2, rozporządzenie 2007-329 z 13 marca 2007 r.; *Comité d'entreprise* jest we Francji jedną z instytucji reprezentujących pracowników przedsiębiorstwa.

24 Ustawa nr 91-650 z 9 lipca 1991 r. (*Code civil*).

sądu nadaje mu klauzulę wykonalności (art. R. 611-9 k.h.f.). Z kolei porozumienie zatwierdzone przez cały skład sądu następuje tylko na wniosek dłużnika, przy czym sąd wzywa do wyjaśnień stosowne osoby, według swego uznania: rozjemcę, prokuratora, zrzeszenia zawodowe itp. Przed zatwierdzeniem porozumienia sąd bada, czy dłużnik nie znajduje się już w stanie niewypłacalności, czy porozumienie zapewnia kontynuację działalności przedsiębiorstwa oraz czy porozumienie nie narusza interesów wierzycieli, którzy nie podpisali porozumienia. Postanowienie zatwierdzające nie przywołuje szczegółowo postanowień porozumienia celem zachowania poufności w znaczącym zakresie, natomiast wymienia gwarancje zapewniające wykonanie porozumienia (art. L.611-40 k.h.f.), w tym także przywilej koncyliacji z art. L.611-11 (*privilège d'argent frais, de new money*), przyznawany wierzycielom, którzy wniosą nowy kapitał w gotówce celem zapewnienia ciągłości działalności przedsiębiorstwa lub tym, którzy wniosą nowe dobra lub usługi w porozumieniu zatwierdzonym przez pełen skład sądu (*accord homologué*). Ten ogólny przywilej jest szczególnie istotny i korzystny, jeśli postępowanie koncyliacyjne prowadzi następnie do wszczęcia innej procedury: postępowania ochronnego, naprawczego lub postępowania upadłościowego likwidacyjnego. Niemniej z przywileju tego korzystają tylko wierzyciele, którzy wnieśli wkłady w ramach porozumienia, np. przyznanie nowych kredytów, rozłożenie spłaty długu na raty, wniesienie kapitału na rachunek bieżący. Przywilej nie obejmuje jednakże zwolnienia z długu ani podwyższenia kapitału zakładowego poprzez wniesienie wkładów przez wspólników lub akcjonariuszy dłużnika. W przypadku wszczęcia postępowania ochronnego, postępowania naprawczego lub postępowania upadłościowego likwidacyjnego osoby te mają pierwszeństwo spłaty przed innymi wierzycielami do wysokości wniesionego wkładu, zgodnie z hierarchią przewidzianą w artykułach L.622-17 i L.641-13 k.h.f.[25] Wierzyciele, którzy podpisali porozumienie, nie korzystają z przywileju *new money* w zakresie kapitału, dóbr i usług wniesionych przed rozpoczęciem procedury koncyliacyjnej.

Porozumienie zostaje złożone w kancelarii sądu. Publikacji podlega zatem samo istnienie porozumienia, a nie jego treść. Jeśli sąd w pełnym składzie nie zatwierdzi porozumienia, odwołanie od postanowienia w terminie 10 dni od doręczenia przysługuje prokuratorowi i stronom, czyli dłużnikowi lub wierzycielom, lecz tylko w przypadku zastrzeżeń odnośnie do określenia przywileju *d'argent frais*. Możliwe jest także złożenie sprzeciwu przez osobę trzecią, na przykład przez wierzyciela nieuczestniczącego w porozumieniu, w terminie 10 dni od publikacji w dzienniku urzędowym *BODACC*[26].

Oba rodzaje porozumień wywołują podobne skutki. Wobec wierzycieli, którzy porozumienia nie podpisali, sąd może zastosować środki przewidziane w art. 1244-1 kodeksu cywilnego – terminy sądowe[27]. Wierzyciele będący podmiotami publicznymi mogą odtąd zwolnić dłużnika z długu. Postępowania egzekucyjne wierzycieli, którzy uczestniczyli w porozumieniu, podlegają zawieszeniu na mocy samego porozumienia. Jednakże w przypadku, gdy dłużnik nie spłaca długów, porozumienie może być rozwiązane przez prezesa sądu lub przez sąd, co powoduje cofnięcie zwolnienia z długu oraz wydłużonych terminów spłaty (art. L. 611-10-3 k.h.f.).

Występują też pewne różnice między porozumieniem zwyczajnie stwierdzonym przez prezesa sądu a porozumieniem zatwierdzonym przez pełen skład sądu. Drugi z wymienionych rodzajów porozumienia ma tę zaletę, że powoduje uchylenie z mocy prawa zakazów wystawiania czeków przez dłużnika, jeśli takie zakazy zostały wobec niego zastosowane. Co do zasady, to sąd ustala datę zaistnienia niewypłacalności. W braku takiego ustalenia uznaje się, że niewypłacalność nastąpiła w dniu wszczęcia procedury, przy czym data ta nie może być wcześniejsza

25 Spłata następuje w kolejności : (1) wynagrodzenia pracowników, (2) pożyczki i wierzytelności wynikające z wykonania umów, (3) inne kwoty należne pracownikom z tytułu ubezpieczenia, odpraw itp.

26 *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC)*, czyli „Dziennik Urzędowy Ogłoszeń Cywilnych i Handlowych" wydawany przez Direction des Journaux officiels.

27 Przy uwzględnieniu sytuacji dłużnika i interesu wierzycieli sędzia może na okres 2 lat rozłożyć na raty spłatę wymagalnych kwot lub wydłużyć terminy płatności.

niż 18 miesięcy przed wszczęciem procedury. Porozumienie zatwierdzone przez pełen skład sądu stanowi korzystniejszy dla wierzycieli wyjątek od tej zasady, ponieważ zakazuje ustalenia daty niewypłacalności na dzień poprzedzający zatwierdzenie porozumienia, w przypadku wcześniejszego wszczęcia postępowania naprawczego lub likwidacyjnego. Zatem postanowienia porozumienia nie mogą być podważone przez przewidzianą prawem nieważność niektórych czynności od momentu zaistnienia stanu niewypłacalności. (art. L.631-8, ust. 1 i 2 k.h.f.)[28]. Wierzyciele mogą zatem uczestniczyć bez obaw w porozumieniu.

Obok postępowania koncyliacyjnego występuje w prawie francuskim także instytucja mandatu *ad hoc* (*le mandat ad hoc*). Artykuł L. 611-4 k.h.f. przewiduje, że prezes sądu może, na wniosek dłużnika, powołać mandatariusza *ad hoc*, któremu powierza misję sprawowania mandatu. We Francji tego rodzaju postępowanie cieszy się dużą popularnością. Dzięki swojej dużej elastyczności mandat *ad hoc* jest najczęściej występującą procedurą w postępowaniu polubownym – w ciągu ostatnich 5 lat wszczęto we Francji 1950 postępowań z zastosowaniem mandatu *ad hoc*, w stosunku do 1493 postępowań koncyliacyjnych[29]. Jest to procedura dobrowolna, bardzo elastyczna i poufna, powstała w drodze praktyki, a następnie uregulowana w ustawie. Długość trwania misji nie jest z góry narzucona. Osoba mandatariusza może być zaproponowana przez samego dłużnika i, co istotne, wynagrodzenie przedstawiciela *ad hoc* musi być zaakceptowane przez dłużnika, odmiennie niż w prawie polskim, które wynagrodzenie nadzorcy sądowego reguluje na poziomie ustawowym. Zadanie mandatariusza polega na próbie rozwiązania problemów ekonomicznych, prawnych i socjalnych przedsiębiorstwa. Prowadzi on negocjacje z różnymi partnerami przedsiębiorcy. Praktyka pokazuje, że we Francji na tego typu postępowanie decydują się przedsiębiorcy, którzy nie mają zbyt wielu wierzycieli. Jest ono często wstępem do postępowania ochronnego, przygotowanego na bardzo wczesnym etapie, mającego zatem większą szansę na powodzenie. Często to już mandatariusz przygotowuje propozycje planu ochronnego.

Mandatariuszem *ad hoc* ani rozjemcą nie może być osoba, która w ciągu 24 miesięcy poprzedzających wszczęcie postępowania otrzymała z jakiegokolwiek tytułu, bezpośrednio lub pośrednio, wynagrodzenie lub zapłatę od dłużnika, którego dotyczy postępowanie, od któregokolwiek z jego wierzycieli lub od osoby, która sprawuje kontrolę lub jest kontrolowana przez dłużnika, chyba że wynagrodzenie zostało pobrane z tytułu mandatu *ad hoc*, prowadzenia postępowania koncyliacyjnego lub postępowania polubownego (art. L. 611-13 k.h.f.). Każdy, kto został powołany do prowadzenia postępowania koncyliacyjnego lub procedury mandatu *ad hoc*, a także każdy, kto z racji pełnienia swych funkcji powziął wiadomość o takim postępowaniu, jest obowiązany do zachowania tajemnicy (art. L. 611-15 k.h.f.).

W ocenie francuskich ekspertów postępowania polubowne pozostają najskuteczniejszym narzędziem rozwiązywania problemów przedsiębiorstwa. W tym zakresie elastyczną postawę wykazują banki, które udzielają przedsiębiorcom istotnego wsparcia[30].

Przedsiębiorcy francuscy znacznie częściej decydowali się na postępowanie polubowne niż przed kryzysem – o 29% więcej niż w roku 2007. Ta ewolucja potwierdza istotną rolę, jaką w czasach kryzysu odgrywa antycypacja problemów finansowych, zwłaszcza poprzez renegocjację z partnerami finansowymi. W praktyce sukces postępowań polubownych zależy w dużej mierze od wysiłków podejmowanych w celu edukowania społeczeństwa. Dla przykładu, sąd gospodarczy w Aix-en-Provence w 2011 r. zorganizował liczne akcje informacyjne, dzięki czemu odbyło się ponad 300 spotkań zmierzających do restrukturyzacji zobowiązań. Informowanie przedsiębiorców i oferowanie im pomocy okazało się skuteczniejsze aniżeli nakładanie suro-

28 *Les nullités de la période suspecte* to nieważność czynności od momentu zaistnienia niewypłacalności dłużnika (termin ten nie występuje w kodeksie handlowym, natomiast jest używany w praktyce). Niektóre czynności wymienione w art. L.632-1 do L.632-4 k.h.f. są dotknięte nieważnością, jeśli zostały dokonane w tym okresie, m.in. czynności nieodpłatne, hipoteka ustanowiona przez sąd, weksle itd.

29 Raport Deloitte'a z marca 2012 r., Altares: *L'entreprise*..., dz. cyt., s. 4.

30 Tamże, s. 5.

wych kar. We Francji w ciągu 5 lat 1094 postępowania koncyliacyjne zakończyły się zatwierdzeniem porozumienia (*homologation d'accord*). W ostatnich kilku latach przedsiębiorcy coraz bardziej przekonywali się do skuteczności narzędzi prewencji[31].

Ustawodawca francuski dołożył starań, aby dłużnik chętniej zwracał się do prezesa sądu gospodarczego z wnioskiem o wyznaczenie mandatariusza *ad hoc* lub o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego dla uniknięcia trudniejszego dla dłużnika postępowania likwidacyjnego lub ochronnego. We Francji liczba przedstawicieli *ad hoc* oraz liczba postępowań koncyliacyjnych wykazuje stałą tendencję wzrostową. Postępowanie koncyliacyjne często jest rodzajem wstępu do procedury ochronnej, służącym jej przygotowaniu.

Nierzadko zdarza się, że mimo wszczęcia postępowania koncyliacyjnego nie dochodzi do podpisania porozumienia. W takiej sytuacji rozjemca sporządza sprawozdanie z przebiegu postępowania, które zwalnia go z powierzonej misji. W tym momencie dłużnik ma obowiązek złożyć wniosek o wszczęcie postępowania naprawczego lub likwidacyjnego, jeżeli jest niewypłacalny, lub może złożyć wniosek o wszczęcie postępowania ochronnego, jeśli niewypłacalny jeszcze nie jest.

VI. Postępowanie ochronne finansowe przyspieszone

Przedsiębiorca uczestniczący w postępowaniu koncyliacyjnym, które jednak nie doprowadziło do zawarcia porozumienia z wierzycielami, może złożyć wniosek o przekształcenie postępowania koncyliacyjnego w postępowanie ochronne, które w takim wypadku jest postępowaniem ochronnym finansowym przyspieszonym. Procedura ta została uregulowana w ustawie nr 2010-1249 z 22 października 2010 r., zreformowanej rozporządzeniem nr 2008-1345 z 19 grudnia 2008 r.

Jedną z korzyści postępowania ochronnego finansowego przyspieszonego jest, jak sama nazwa wskazuje, jego szybkość. Sąd zatwierdza plan naprawczy w terminie zaledwie jednego miesiąca od wszczęcia tego typu postępowania. Sąd może przedłużyć ten termin maksymalnie o jeden miesiąc. Jeśli plan nie zostanie zaakceptowany przez komitet wierzycieli większością dwóch trzecich wierzytelności (według ich wysokości) lub jeśli zostanie przyjęty w terminie jednego miesiąca, postępowanie zostaje zakończone. Przedsiębiorca musi zatem wykazać przez sądem, że posiada wystarczające poparcie wierzycieli, aby uprawdopodobnić, że projekt planu ochronnego zostanie przyjęty w terminie jednego miesiąca od otwarcia procedury, co pozwoli zachować ciągłość działalności przedsiębiorstwa. Zresztą, sąd postanawia o wszczęciu postępowania po otrzymaniu sprawozdania rozjemcy odnośnie do przebiegu koncyliacji i szans na przyjęcie planu ochronnego przez wierzycieli. W odróżnieniu od klasycznej wersji procedury ochronnej, postępowanie ochronne finansowe przyspieszone nie służy obserwacji przedsiębiorcy przez wyznaczony okres czasu. Owa faza analizy i negocjacji w założeniu miała bowiem już miejsce podczas postępowania koncyliacyjnego – w tym przypadku obowiązkowego wstępu do postępowania ochronnego. Procedura znajduje zastosowanie wobec przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w postępowaniu koncyliacyjnym wszczętym najwcześniej 1 marca 2011 roku[32].

Mechanizm procedury ochronnej finansowej przyspieszonej pozwala ominąć sprzeciw mniejszości wierzycieli i zapewnić kontynuację przedsiębiorstwa, jeśli tylko znajdzie ona poparcie większości wierzycieli finansowych.

Postępowanie ochronne finansowe przyspieszone zyskuje we Francji na popularności, zwłaszcza że rozporządzenie z 20 września 2012 r. rozszerzyło krąg przedsiębiorców, dla których procedura ta jest dostępna. Od 2012 r. z postępowania może korzystać przedsiębiorca, który spełnia przesłanki konieczne do ukonstytuowania komitetów wierzycieli, czyli przedsiębiorca, którego sprawozdanie finansowe zostało zatwierdzone przez biegłego rewidenta lub przez biegłego księgowego oraz:

- który zatrudnia co najmniej 150 pracowników lub
- którego całkowity bilans roczny przekracza 25 mln euro, lub

31 Tamże, s. 12–13.

32 Art. 57 ust. 2 ustawy o regulacji bankowej i finansowej, nr 2010-1249 z 22 października 2010 r.

– którego całkowity bilans roczny przekracza 10 mln euro, jeśli przedsiębiorca ma kontrolę nad inną spółką, która zatrudnia co najmniej 150 pracowników lub która uzyskała obrót powyżej 20 mln euro, lub której całkowity bilans roczny przekracza 25 mln euro.

Przedsiębiorca taki musi ponadto spełniać przesłanki wymagane do wszczęcia postępowania ochronnego w wariancie klasycznym, czyli nie może znajdować się w stanie niewypłacalności, a jedynie wykazać trudności, których nie jest w stanie przezwyciężyć. W związku z powyższym niektórzy przedsiębiorcy nie będą mogli skorzystać z tej procedury, mimo że mogą wnioskować o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego. Dotyczy to przedsiębiorców znajdujących się w stanie niewypłacalności krócej niż 45 dni.

Celem uniknięcia negatywnego wpływu na stosunki gospodarcze przedsiębiorstwa, otwarcie procedury ochronnej finansowej przyspieszonej jest skuteczne tylko wobec tzw. wierzycieli finansowych, takich jak banki czy instytucje kredytowe (*créanciers financiers*) oraz wobec wierzycieli obligatariuszy (*créanciers obligataires*). W związku z powyższym postępowanie ochronne przyspieszone ustawodawca określił mianem finansowego. Jest to pewne odstępstwo od klasycznej procedury ochronnej, która z kolei obejmuje wszystkich wierzycieli przedsiębiorcy. Zatem wierzyciele „finansowi" mogą uzyskać spłatę swoich wierzytelności dopiero po zakończeniu postępowania, podczas gdy pozostali wierzyciele, w tym wierzyciele publiczni, uzyskują spłatę zgodnie z przewidzianymi terminami (art. L.628-1 ust. 3 k.h.f.). Jest to rozwiązanie znacznie korzystniejsze dla przedsiębiorcy w porównaniu z polską procedurą naprawczą, która nie obejmuje wierzytelności zabezpieczonych rzeczowo (często są to wysokie wierzytelności banków i instytucji kredytowych).

Sąd postanawia o otwarciu postępowania po otrzymaniu sprawozdania rozjemcy (*conciliateur*) dotyczącego przebiegu koncyliacji oraz perspektyw przyjęcia projektu planu ochronnego przez wierzycieli (art. L.628-2 k.h.f.).

Mechanizm procedury ochronnej finansowej przyspieszonej pozwala ominąć sprzeciw mniejszości wierzycieli i zapewnić kontynuację przedsiębiorstwa, jeśli tylko znajdzie ona poparcie większości wierzycieli finansowych.

Po przeprowadzeniu rozmów z dłużnikiem i administratorem wyznaczonym przez sąd (zwykle jest nim rozjemca) komitety wypowiadają się na temat projektu, ewentualnie zmodyfikowanego, w terminie 20–30 dni po przekazaniu propozycji dłużnika. Na wniosek dłużnika lub administratora sędzia komisarz może wydłużyć lub skrócić ten termin – maksymalnie do nieprzekraczalnego terminu 8 dni (art. L.628-4 k.h.f.).

Wierzyciele zgłaszają swoje wierzytelności przedstawicielowi interesów wierzycieli (jest nim *mandataire judiciaire* – odpowiednik polskiego nadzorcy finansowego). Dla wierzycieli, którzy uczestniczyli w procedurze koncyliacji, w dniu otwarcia postępowania ochronnego finansowego przyspieszonego dłużnik sporządza listę wierzytelności z datą wszczęcia postępowania ochronnego finansowego przyspieszonego, zatwierdzoną przez biegłego rewidenta lub przez biegłego księgowego. Lista wierzytelności jest składana w rejestrze sądowym. *Mandataire judiciaire* informuje każdego wierzyciela osobno o wie-

rzytelnościach figurujących na liście. W drodze odstępstwa od powyższego przepisu: wierzytelności uważa się za zgłoszone, pod warunkiem że zostaną zaktualizowane, jeśli wierzyciele nie zgłoszą swoich wierzytelności w sposób prawem przewidziany (art. L.628-5 k.h.f.). Zgłoszenie wierzytelności daje wierzycielom możliwość uzyskania ewentualnej spłaty długu. Pozwala także oszacować wartość pasywów przedsiębiorstwa w dacie wydania postanowienia o wszczęciu postępowania. W postępowaniu ochronnym finansowym przyspieszonym tylko wierzyciele finansowi, którzy nie uczestniczyli w postępowaniu koncyliacyjnym, mają obowiązek zgłoszenia swoich wierzytelności. Pozostali wierzyciele nie muszą ich zgłaszać, ponieważ w stosunku do nich to przedsiębiorca sporządza listę wierzytelności wierzycieli finansowych, którzy brali udział w postępowaniu koncyliacyjnym. Jeśli chodzi o wierzycieli innych niż wierzyciele finansowi, choć tekst ustawy milczy na ten temat, wydaje się logiczne, iż nie zgłaszają oni swoich wierzytelności, jako że postępowanie w ogóle ich nie dotyczy. Przeciwnie, ich relacje gospodarcze i umowne z przedsiębiorcą trwają nadal w niezmienionej postaci, tak jakby przedsiębiorca nie podlegał żadnej szczególnej procedurze. Postępowanie ochronne finansowe przyspieszone stanowi zatem odstępstwo od zasady równego traktowania wierzycieli.

W przeciągu miesiąca od momentu wszczęcia postępowania ochronnego finansowego przyspieszonego plan naprawczy musi zostać przegłosowany większością dwóch trzecich wierzytelności (według ich wysokości) przysługujących członkom komitetu wierzycieli, którzy brali udział w głosowaniu. Przyjęty w ten sposób plan naprawczy jest wiążący dla wszystkich wierzycieli finansowych. Oznacza to, że nawet niewielka mniejszość wierzycieli finansowych, którzy głosowali przeciwko planowi ochronnemu i zapewne także sprzeciwili się porozumieniu już w postępowaniu koncyliacyjnym, jest związana postanowieniami planu ochronnego, na przykład obowiązkiem zwolnienia z długu oraz terminami spłaty zaakceptowanymi przez większość wierzycieli finansowych (art. L.626-30-2 ust. 4 k.h.f.). Jeśli plan nie zostanie przyjęty w terminie jednego miesiąca, sąd postanawia o zakończeniu postępowania (art. L. 628-6 k.h.f.).

Dane statystyczne wyraźnie wskazują, iż wsparcie francuskiego ustawodawcy dla kontynuacji przedsiębiorstwa i zachowania miejsc pracy w przypadku wielu przedsiębiorców przyniosło wymierne efekty i skuteczne pokonanie trudności finansowych.

Coraz częściej wysiłki przedsiębiorców zmierzają do przedstawienia planu ochronnego na możliwie najwcześniejszym etapie procedowania, już w trakcie postępowania koncyliacyjnego lub przez mandatariusza *ad hoc*, natychmiast po wszczęciu postępowania ochronnego.

Liczba postępowań ochronnych we Francji stopniowo wzrasta – w roku 2011 wszczęto ich 1419, co stanowi wzrost o 14% w stosunku do roku 2010. Procedura ochronna znajdowała zastosowanie przede wszystkim w stosunku do małych przedsiębiorstw handlowych (23%) i usługowych (21%). Co do zasady postępowanie ochronne także we Francji stanowi-

ło tylko niewielki procent wszystkich postępowań (ok. 2%). Przeszkodami w jego popularyzacji wśród przedsiębiorców są obok nieznajomości przepisów także publiczne ogłoszenie otwarcia procedury oraz nieumiejętność zapobiegania trudnościom finansowym. Wymaga jednak podkreślenia, że powyższa konstatacja nie odnosi się do dużych przedsiębiorców, zatrudniających powyżej 50 pracowników. Zgodnie z raportem z 2012 r. postępowanie ochronne od kilku lat stanowi aż 20% wszystkich postępowań zbiorowych (*procédures collectives*). Spośród tych postępowań 50% kończy się przyjęciem planu ochronnego, co zazwyczaj pozwala na kontynuację przedsiębiorstwa. Aż 79% planów ochronnych przyjętych w latach 2007–2009 było nadal realizowane[33]. Procedura ochronna najczęściej znajduje zastosowanie w handlu (325 postępowań w 2011 r.), w usługach świadczonych przedsiębiorcom (304 postępowania), w usługach świadczonych osobom fizycznym (172 postępowania)[34]. Dane statystyczne wyraźnie wskazują, iż wsparcie francuskiego ustawodawcy dla kontynuacji przedsiębiorstwa i zachowania miejsc pracy w przypadku wielu przedsiębiorców przyniosło wymierne efekty w postaci skutecznego pokonania trudności finansowych.

33 Raport Deloitte'a z marca 2012 r., Altares: *L'entreprise…*, dz. cyt., s. 4.

34 Tamże, s. 14.

Łukasz Kułaga

Ochrona praw człowieka w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym

Łukasz Kułaga

Asystent w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, ekspert w Departamencie Prawno-Traktatowym Ministerstwa Spraw Zagranicznych.

Protection of Human Rights in International Investment Arbitration

Article describes significance of human rights norms in international investment arbitration. Firstly, two theoretical issues are analyzed: nature of investor rights in international investment law and methods of importing human rights norm to investment arbitration. As regards the latter three methods were singled – systemic interpretation, analogy and comparative argument. Importance of this part flows from the fact that on the one side investment tribunals seems to consider impossibility of taking into account human rights norm when adjudicating on the basis of investment treaty, and on the other side occasional invocation of human rights jurisprudence by these tribunal without any explanation whether such invocation is legally possible. Secondly, different kind of using human rights in investment arbitration are presented: as a sword when invoked by investor, as a shield when invoked by a host state and as a double shield when invoked by amicus curiae. In conclusion it is stated that there exist legal techniques of bringing before investment arbitral tribunal human rights norm as an applicable law nevertheless often they are not used appropriately by parties and in consequence they are rarely taken into account in jurisprudence.

Wstęp

Argumenty oparte na konieczności uwzględnienia norm międzynarodowego prawa praw człowieka w sprawach zawisłych przed trybunałami arbitrażowymi działającymi na podstawie traktatów inwestycyjnych są przywoływane przez wszystkie strony postępowania: skarżących, państwa przyjmujące oraz podmioty trzecie. Jest to o tyle zaskakujące, że traktaty inwestycyjne, zarówno dwustronne, jak i wielostronne, nie odwołują się *explicite* do praw człowieka[1].

1 C. Reiner, C. Schreuer, *Human Rights and International Investment Arbitration* (w:) P-M. Dupuy,

Być może z tego względu trybunały arbitrażowe jak dotąd prezentowały pewien sceptycyzm co do możliwości szerokiego wykorzystania norm z zakresu ochrony praw człowieka dla rozstrzyganych zawisłych przed nimi spraw[2]. Może wiązać się to również ze specyfiką arbitrażu, który z uwagi na swoją doraźność i ukierunkowanie na rozwiązanie konkretnego sporu powoduje, że trybunały w mniejszym stopniu są skłonne do uwzględniania innych niż prawo inwestycyjne dziedzin prawa międzynarodowego[3].

stawie traktatów inwestycyjnych. Stosowanie i interpretacja tych traktatów mogą bowiem prowadzić zarówno do zwiększenia ochrony praw człowieka, jak i do obniżenia zakresu tej ochrony. Artykuł podejmuje kwestię relacji międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka do międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Badanie tego zjawiska wydaje się interesujące z perspektywy naukowej, ponieważ działy te posiadają zarówno szereg cech wspólnych, jak i kilka kluczowych różnic. Do cech wspólnych

Poza orzecznictwem regionalnych trybunałów praw człowieka międzynarodowy arbitraż inwestycyjny jest najczęściej wykorzystywanym mechanizmem rozstrzygania sporów w prawie międzynarodowym.

Tego rodzaju praktyka rodzi pytanie odnośnie do zakresu, możliwości i skuteczności powoływania naruszeń norm z zakresu praw człowieka przed trybunałami arbitrażowymi funkcjonującymi na podzalicza się ukierunkowanie na ochronę uprawnień jednostki przed ingerencją państwa, trudność w rezygnacji ze zobowiązań traktatowych[4] oraz możliwość bezpośredniego zaskarżenia państwa przez jednostkę do organu międzynarodowego. Te podobieństwa znajdują konkretne odzwierciedlenie w międzynarodowej praktyce. Poza orzecznictwem regionalnych trybunałów praw człowieka, w szczególności europejskiego oraz międzyamerykańskiego, międzynarodowy arbitraż inwestycyjny jest najczęś-

E-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford 2009, s. 82.

2 M. Hirsch, *Human Rights & Investment Tribunals Jurisprudence Along The Private/Public Divide* (w:) T. Weiler, F. Baetens (eds.), *New directions in international economic law: in memoriam Thomas Wälde*, Leiden 2011, s. 8; J. Krommendijk, J. Morijn, *'Proportional' by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration* (w:) P-M. Dupuy, E-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law…*, dz. cyt., s. 446.

3 M. Hirsch, *Human Rights & Investment Tribunals…*, dz. cyt., s. 8; M. Hirsch, *The Interaction between International Investment Law & Human Rights Treaties: A Sociological Perspective* (w:) Y. Shany (ed.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Hart 2011, s. 224; zob. również *Glamis Gold, Ltd. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 8 czerwca 2009 r., http://www.italaw.com/ (dostęp 5 lipca 2014 r.), § 3.

4 Traktaty inwestycyjne bardzo często zawierają klauzulę przewidującą kontynuację ochrony inwestora przez określony okres czasu (nawet 20 lat). Odnośnie do traktatów dotyczących ochrony praw człowieka niezawierających klauzul wypowiedzenia istnieje pogląd, że z uwagi na ich szczególny charakter nie mogą być one wypowiadane, zob. np. komentarz nr 26 Komitetu Praw Człowieka z 8.12.1997 r. dotyczący specyfiki zobowiązań wynikających z Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, http://www.ccprcentre.org/iccpr-and-hr-committee/general-comments/ (dostęp 5 lipca 2014 r.).

ciej wykorzystywanym mechanizmem rozstrzygania sporów w prawie międzynarodowym[5]. Równocześnie nie można zapominać o istotnych odrębnościach charakteryzujących te działy prawa międzynarodowego. Zobowiązania dotyczące praw człowieka są postrzegane jako mające charakter *erga omnes partes*, podczas gdy normy inwestycyjne generują jedynie klasyczne dwustronne zobowiązania oparte na zasadzie wzajemności[6]. W aspekcie proceduralnym należy odnotować, że system inwestycyjny dochodzenia roszczeń nie przewiduje zazwyczaj wymogu wyczerpania drogi krajowej, co wydaje się zasadą w międzynarodowych organach ochrony praw człowieka[7]. Wreszcie w prawie ochrony praw człowieka obywatelstwo jednostki odgrywa poza kwestią praw politycznych niewielką rolę, odmiennie natomiast w arbitrażu inwestycyjnym, gdzie kwestia ta jest zazwyczaj kluczowa dla ustalenia jurysdykcji organu rozstrzygającego spory[8].

W celu przedstawienia pełnego obrazu tytułowego zagadnienia konieczna będzie nie tylko analiza orzecznictwa trybunałów arbitrażowych rozstrzygających spory inwestycyjne, ale również przedstawienie dwóch teoretycznoprawnych kwestii: charakteru uprawnień jednostki wynikających z międzynarodowego prawa inwestycyjnego oraz środków prawnych umożliwiających przywołanie norm z zakresu ochrony praw człowieka w arbitrażu inwestycyjnym. Dla celów tego artykułu przyjęta została szeroka definicja międzynarodowego prawa praw człowieka, obejmująca wszystkie trzy generacje tych praw, aczkolwiek autor ma świadomość ich zróżnicowanego znaczenia. Pod pojęciem międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego rozumie się proces rozstrzygania przez trybunały arbitrażowe sporów, pomiędzy państwem a inwestorem zagranicznym, powstałych w kontekście stosowania traktatów inwestycyjnych, tj. dwustronnych umów o ochronie i popieraniu inwestycji (tzw. BIT-ów – *Bilateral Investment Treaties*) oraz niektórych porozumień wielostronnych (przede wszystkim Traktatu karty energetycznej oraz porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu).

1. Charakter uprawnień jednostki wynikających z międzynarodowego prawa inwestycyjnego

Na podstawie poglądów doktrynalnych wyróżnić można przynajmniej trzy stanowiska dotyczące charakteru uprawnień jednostki wynikających z międzynarodowego prawa inwestycyjnego.

Pierwsze zakłada, że możliwość wnoszenia roszczeń do trybunału arbitrażowego przez jednostkę przeciwko państwu obcemu, w którym realizuje ona inwestycje, stanowi indywidualne prawo przyznane na podstawie traktatów inwestycyjnych. Taki pogląd znajduje oparcie w praktyce międzynarodowej dotyczącej traktatów z zakresu ochrony praw człowieka przyznających jednostkom bezpośrednie uprawnienie do wnoszenia skarg do organów międzynarodowych[9]. Podejście to znajduje również potwierdzenie

5 W 2012 r. na podstawie traktatów inwestycyjnych wszczęto 58 spraw przeciwko państwom, a trybunały arbitrażowe wydały 42 rozstrzygnięcia, zob. *Global Value Chains: Investment and Trade for Development – World Investment Report 2013*, UNCTAD/WIR/2013, http://unctad.org/ (dostęp 5 lipca 2014 r.), s. 110–111.

6 W zakresie specyfiki zobowiązań prawnomiędzynarodowych dotyczących ochrony praw człowieka zob. B. Simma, *From bilateralism to community interest*, „Recueil des Cours" 1994, s. 364; C. Mik, *On the Specific Character of State Obligations in the Field of Human Rights*, „Polish Yearbook of International Law" 1993, vol. 20, s. 113–136.

7 N. Klein, *Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right?*, „Goettingen Journal of International Law" 2012, vol. 4 nr 1, s. 207–208.

8 C. Reiner, C. Schreuer, *Human Rights…*, dz. cyt., s. 95; P.-M. Dupuy, *Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law* (w:) P-M. Dupuy, E-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law…*, dz. cyt., s. 47.

9 Prawo do kierowania skargi indywidualnej do organu międzynarodowego przewidują następujące instrumenty międzynarodowego prawa praw człowieka: Amerykańska deklaracja praw i obowiązków człowieka z kwietnia 1948 r.; europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (zmieniona protokołami nr 3, 5, 8 i 14); Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7 marca 1966 r.; Protokół fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich

w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, który uznał istnienie indywidualnych uprawnień jednostek nawet w sytuacji, w której norma prawna wprost się do nich nie odnosiła[10], oraz Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie interpretacji artykułu 36 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 1961 r.[11] Zwolennicy tego poglądu wskazują również, że fakt przyznania jednostkom bezpośrednich uprawnień przez traktaty inwestycyjne może wynikać z preambuł tych traktatów, które w wielu przypadkach *expressis verbis* wymieniają inwestorów stron jako podmioty uprawnione na podstawie traktatu[12].

Krytyka postrzegania praw inwestorów jako analogicznych do praw człowieka – w zakresie możliwości wnoszenia roszczeń – opiera się na argumencie, że przyznane im uprawnienia mają ściśle utylitarny charakter, ponieważ ich celem jest przede wszystkim zachęcanie do prowadzenia działalności gospodarczej na konkretnym terytorium. Z tego względu drugie stanowisko postuluje postrzeganie inwestorów jako beneficjentów traktatów inwestycyjnych, uzyskujących uprawnienia jako podmioty trzecie na podstawie wnioskowania *per analogiam* z odpowiednich postanowień Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.[13] (dalej: KWPT)[14]. Pogląd ten jest jednak stosunkowo słabo podbudowany teoretycznie.

Krytyka postrzegania praw inwestorów jako analogicznych do praw człowieka opiera się na argumencie, że przyznane im uprawnienia mają ściśle utylitarny charakter.

Trzecie stanowisko opiera się na założeniu, że wnosząc skargę do trybunału arbitrażowego jednostka robi to za zgodą państwa pochodzenia, korzystając z prawa, które w rzeczywistości należy do tego państwa. Według tej koncepcji, określanej jako teoria praw pochodnych (ang. *derivative theory*)[15] lub teoria agencji (praw delegowanych), traktaty inwestycyjne uzupełniają istniejące na gruncie prawa zwyczajowego zasady ochrony dyplomatycznej, poprzez przekazanie kompetencji państw w tym zakresie jednostkom[16]. W sprawie *Loewen przeciw-*

i Politycznych z 16 grudnia 1966 r.; Amerykańska konwencja praw człowieka z 22 listopada 1969 r.; Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania z 10 grudnia 1984 r.; Protokół do afrykańskiej karty praw człowieka i ludów z 9 czerwca 1998 r.; Protokół Fakultatywny do konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 6 października 1999 r.; Protokół Fakultatywny do konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z 13 grudnia 2006 r.; Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 10 grudnia 2008 r.; Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie procedury skargowej z 19 grudnia 2011 r.

10 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos przeciwko holenderskiej administracji celnej*, sprawa 26/62, wyrok z 5 lutego 1963 r.

11 Sprawa braci La Grand, ICJ Rep. 2001, § 42 oraz 77.

12 A. Diehl, *The core standard of international investment protection – fair and equitable treatment*, Wolters Kluwer 2012, s. 303.

13 Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990 r. nr 74, poz. 439).

14 M. Paparinskis, *Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility*, „European Journal of International Law" 2013, vol. 24, s. 624–625; M Paparinskis, *Analogies and Other Regimes of International Law*, http://papers.ssrn.com (dostęp 5 lipca 2014 r.), s. 10.

15 A. Diehl, *The core standard…*, dz. cyt., s. 302; Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, „British Yearbook of International Law" 2003, vol. 74, s. 163.

16 M. Paparinskis, *Investment Treaty Arbitration…*, dz. cyt., s. 625.

ko Stanom Zjednoczonym trybunał arbitrażowy zauważył, że „poprzez traktaty kompetencja państw wynikająca z prawa do podejmowania międzynarodowych środków w celu zadośćuczynienia naruszeniom uczynionym ich obywatelom została zastąpiona przez definicje *ad hoc* niektórych naruszeń połączone ze szczególnymi środkami kompensacyjnymi (…). Nie ma podstaw, aby wprowadzać reguły wynikające z prawa prywatnego do przestrzeni prawa międzynarodowego, w której skarżącym pozwolono dla ich wygody na egzekwowanie praw, które ze względu na ich pochodzenie należą do Państw-Stron”[17]. Argumentem przemawiającym za tym stanowiskiem jest zawierana niekiedy w traktatach inwestycyjnych klauzula odmowy korzyści, określająca uprawnienia inwestora jako „korzyści” oraz zakładająca, że ich zakres jest ściśle określony ramami prawnymi przekazanymi lub delegowanymi inwestorowi[18].

Praktyczne znaczenie przedstawionych teorii dotyczy przede wszystkim kwestii, czy inwestor może samodzielnie zrzec się uprawnień traktatowych do skorzystania z arbitrażu międzynarodowego, np. poprzez zawarcie kontraktu z państwem przyjmującym, w którym zastrzeżono dochodzenie wszelkich roszczeń dotyczących inwestycji dla sądów krajowych. W tym zakresie możliwe jest skorelowanie prawa do zrzeczenia się uprawnienia z oceną, czy podmiot zrzekający się może dokonać zmiany tego uprawnienia[19]. W przypadku traktatów inwestycyjnych, jak się wydaje, podobnie jak w przypadku reżimu ochrony praw człowieka, możliwość takiego skutecznego zrzeczenia się uprawnienia przez inwestora nie jest możliwa.

2. *Jurysdykcja trybunałów arbitrażowych a prawo właściwe*

Regułą jest, że strony sporów inwestycyjnych nie powołują się wprost na normy z zakresu praw człowieka. Takie podejście wydaje się naturalne, gdy mamy na względzie jurysdykcję trybunałów arbitrażowych, która jest ograniczona zazwyczaj do sporów dotyczących interpretacji i stosowania traktatów inwestycyjnych[20]. W sprawie *Biloune oraz Marine Drive Complex Ltd przeciwko Ghana Investments Centre oraz Rządowi Ghany* syryjski inwestor domagał się odszkodowania – za naruszenie praw człowieka – przed trybunałem arbitrażowym przewidzianym jako środek rozwiązywania sporów w umowie, którą skarżący jako inwestor zawarł z Ghaną. Naruszenia miały obejmować przetrzymywanie w areszcie bez oskarżenia przez 13 dni, a następnie deportowanie z Ghany do Togo. W rozstrzygnięciu trybunał potwierdził, że prawo międzynarodowe gwarantuje wszystkim jednostkom niezbywalne prawa człowieka. Niemniej zastrzegł, że nie jest właściwy do oceny tego typu naruszeń, powołując się

> **Regułą jest, że strony sporów inwestycyjnych nie powołują się wprost na normy z zakresu praw człowieka.**

17 *The Loewen Gropup Inc. And Raymond L. Loewen przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 26 lipca 2003 r., § 488.

18 M. Paparinskis, *Investment Treaty Arbitration…*, dz. cyt., s. 626–627.

19 B. L. Smit Duijzentkunst, *Of Rights and Powers: Waiving Investment Treaty Protection*, 9 grudnia 2013 r., www.ejiltalk.org/of-rights-and-powers-waiving-investment-treaty-protection/ (dostęp 5 lipca 2014 r.).

20 Zob. Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Finlandii o popieraniu i ochronie inwestycji, sporządzona w Helsinkach dnia 25 listopada 1996 r. (Dz.U. z 1998 r. nr 54 poz. 342), art. 8; Umowa między Rzecząpospolitą Polską i Królestwem Holandii o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 7 września 1992 r. (Dz.U. z 1994 r. nr 57 poz. 235), art. 12.

na klauzulę arbitrażową, która umożliwiała mu rozstrzyganie sporów dotyczących wyłącznie inwestycji. Na tej podstawie stwierdził, że nie posiada jurysdykcji w zakresie naruszeń praw człowieka[21].

Występowanie ograniczonych klauzul jurysdykcyjnych w traktatach nie oznacza zupełnego wykluczenia możliwości stosowania norm międzynarodowego prawa praw człowieka. Ocena, czy nastąpiło naruszenie traktatu lub kontraktu inwestycyjnego, jest formułowana bowiem na podstawie prawa właściwego, którym obok prawa państwa przyjmującego jest zazwyczaj również prawo międzynarodowe.

Warto odnotować, że w niewielkim zakresie w niektórych nowych dwustronnych traktatach inwestycyjnych pojawia się odniesienie do międzynarodowego prawa praw człowieka. Modelowe amerykańskie porozumienie inwestycyjne z 2012 r. przewiduje możliwość wprowadzenia ograniczeń przez państwo przyjmujące, w celu ochrony zdrowia ludzi, aczkolwiek odpowiednie postanowienia w tym zakresie znalazły się w przepisie zatytułowanym „inwestycje a środowisko" (sic!)[22]. Podobnie projekt norweskiego modelowego porozumienia inwestycyjnego z 2007 r. w preambule odwoływał się do konieczności podejmowania działalności inwestycyjnej w sposób spójny z ochroną zdrowia i uznanymi prawami pracowniczymi, jak również wprost odnosił się do zobowiązań państwa wynikających z międzynarodowego prawa praw człowieka, w tym do zasad Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Ponadto w projektowanym artykule 24, dotyczącym ogólnych wyjątków, wskazano, że postanowienia traktatu nie powinny być interpretowane jako uniemożliwiające państwu-stronie przyjęcie środków koniecznych do ochrony moralności publicznej, porządku publiczne oraz zdrowia[23].

Znaczenie tego wyjątkowego z perspektywy praw człowieka porozumienia inwestycyjnego pozostało jednak niewielkie, ponieważ Norwegia nie zdecydowała się negocjować jakiegokolwiek porozumienie w oparciu o ten projekt.

Nie sposób nie wspomnieć, że argumentem wzmacniającym możliwość przywoływania norm dotyczących ochrony praw człowieka w postępowaniu przed trybunałami arbitrażowymi jest ogólny charakter najważniejszych standardów inwestycyjnych, takich jak traktowanie narodowe, klauzula najwyższego uprzywilejowania, ochrona przed wywłaszczeniem, czy traktowanie sprawiedliwe i słuszne[24] oraz ochrona i bezpieczeństwo. Standardy te posiadają odpowiadające im treściowo normy w międzynarodowym prawie praw człowieka. Przykładowo traktowanie narodowe oraz klauzula najwyższego uprzywilejowania stanowią odzwierciedlenie zasady niedyskryminacji[25]. Ochrona przed wywłaszczeniem dotyczy prawa do poszanowania mienia. Traktowanie sprawiedliwe i słuszne (niekiedy utożsamiane z minimalnym standardem traktowania) obejmuje w szczególności prawo do słusznego procesu oraz zakaz arbitralnego działania państwa. Natomiast standard ochrony i bezpieczeństwa gwarantuje ochronę przed naruszeniem integralności fizycznej jednostki.

3. *Metody przywołania norm z zakresu ochrony praw człowieka w arbitrażu inwestycyjnym*

W sporach dotyczących naruszeń traktatów inwestycyjnych zarówno strony, jak i trybunały stosują różne techniki w celu przywołania norm międzynarodowego prawa praw człowieka. Do najbardziej podstawowych należą wykładnia systemowa na podstawie art. 31 ust. 3 lit. c) KWPT, rozumowanie przez analogię oraz komparatystyka. Bez wątpienia zakres i możliwość ich stosowania wpisują się w szer-

21 Wyrok z 27 października 1989 r., „International Law Reports" 1990, vol. 95, s. 184–231. Wyrok został wydany na podstawie kodeksu inwestycyjnego obowiązującego w Ghanie, który przewidywał analogiczny do traktatów inwestycyjnych mechanizm rozstrzygania sporów.

22 Zob. art 12 *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty*, www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf (dostęp 5 lipca 2014 r.).

23 Projekt porozumienia *Norway 2007 Draft Model BIT*, http://www.italaw.com/investment-treaties (dostęp 5 lipca 2014 r.).

24 I. Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms* (w:) P-M. Dupuy, E-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law…*, dz. cyt., s. 322–326 oraz 336–342.

25 Opinia indywidulana B. Schwartza w sprawie *S.D. Myers, Inc. przeciwko Kanadzie*, wyrok z 12. listopada 2000 r.

szą debatę dotyczącą fragmentacji prawa międzynarodowego. Jak wskazał Martti Koskenniemi, pojęcie fragmentacji oznacza „rozpad materii powszechnego prawa międzynarodowego na rzekomo autonomiczne, celowościowo zorientowane reżimy samowystarczalne (ang. *self contained regimes*)"[26].

Wspomniane techniki mają na celu pokazanie, że rozstrzyganie sporów inwestycyjnych nie musi z założenia ograniczać się do rozstrzygania na podstawie jednego, samowystarczalnego dla rozwiązania sporu traktatu, czy szerzej prawa inwestycyjnego, ale może uwzględniać również normy prawne z innych dziedzin prawa międzynarodowego[27]. Potwierdził to trybunał w sprawie *AAPL przeciwko Sri Lance*, stwierdzając, iż „należy odnotować, że Traktat o ochronie i popieraniu inwestycji nie jest samowystarczalnym, zamkniętym systemem prawnym ograniczonym do zapewnienia reguł materialnych dających się bezpośrednio zastosować, ale został on przewidziany w szerszym prawnym kontekście, w którym normy z innych źródeł są integrowane poprzez dorozumianą metodę inkorporacyjną lub przez bezpośrednie odniesienie do niektórych uzupełniających reguł krajowych lub międzynarodowych"[28]. Podobnie komitet unieważniający w sprawie *MTD Equity* zauważył, że „Trybunał powinien był stosować prawo międzynarodowe jako całość w stosunku do roszczenia, a nie tylko odizolowane postanowienia dwustronnego traktatu inwestycyjnego"[29].

Wykładnia systemowa

Artykuł 31 ust. 3 pkt c) KWPT przewiduje, że w procesie interpretacji umowy międzynarodowej „[ł]ącznie z kontekstem należy brać pod uwagę (…) wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami". Ta metoda interpretacji określana jest w doktrynie jako wykładnia systemowa[30]. Jej podstawowym założeniem jest uwzględnianie środowiska normatywnego, tj. „pozostałego prawa międzynarodowego", traktatu w procesie wykładni jego postanowień[31]. Zakłada ona wykorzystanie reguł (ang. *rules*) prawa międzynarodowego obowiązujących między stronami sporu, które mogą wynikać z różnych źródeł prawa międzynarodowego – nie tylko traktatów[32]. Według Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ: „Przyjąć, że trybunał może nie być upoważniony do stosowania powszechnego prawa międzynarodowego w interpretacji traktatu, to prezentować pogląd, że państwa zawierając traktat dwustronny

W sporach dotyczących naruszeń traktatów inwestycyjnych zarówno strony, jak i trybunały stosują różne techniki w celu przywołania norm międzynarodowego prawa praw człowieka.

26 M. Koskenniemi, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, „Theoretical Inquiries in Law" 2006, vol. 8, nr 1, s. 18.

27 C. McLachlan, *Investment Treaties and General International Law*, „International and Comparative Law Quarterly" 2008, vol. 57, s. 370.

28 *AAPL przeciwko Sri Lance*, wyrok z 27 czerwca 1990 r., International Centre for Settlement of Investment Disputes (dalej: ICSID), ARB/87/3, § 21.

29 Decyzja Komitetu unieważniającego w sprawie *MTD Equity Sdn Bhd przeciwko Chile*, ICSID, ARB/01/7, § 61.

30 *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, 13 kwietnia 2006 r., A/CN.4/L.682, pkt 413.

31 Tamże, pkt 419 i 423.

32 Tamże, pkt 426 oraz pkt 472.

tworzą próżnie (…). Przeciwnie, ogromna ilość materiałów potwierdza zastosowanie powszechnego prawa międzynarodowego w celu interpretowania jakiegokolwiek węzła prawnego, bez względu na to, czy jest on określony w traktacie dwustronnym, lokalnym zwyczaju, czy nieformalnej wymianie stanowisk, która uzyskała charakter wiążący poprzez *estoppel* lub *acquiescence*"[33].

nych oraz braku regulacji dotyczących podobnych stanów faktycznych (*analogia iuris*)[36]. W prawie międzynarodowym analogia jest postrzegana raczej w tym pierwszym znaczeniu, a zatem jako „zastosowanie reguł dotyczących jednego stanu faktycznego do podobnego, aczkolwiek nieuregulowanego stanu faktycznego"[37]. Rozumowanie przez analogię było stosowane przez Stały Trybunał Sprawiedliwo-

Analogia jest metodą wykorzystywaną niekiedy przez trybunały arbitrażowe – wobec trudności w rozstrzyganiu wszystkich wątpliwości interpretacyjnych jedynie na podstawie zasad zawartych w konwencji o prawie traktatów.

Kwestią otwartą pozostaje natomiast, co należy rozumieć poprzez sformułowanie „brać pod uwagę", o którym mowa w art. 31 ust. 3 KWPT. Według Komisji Prawa Międzynarodowego to, jakie konkretnie znaczenie normatywne przyznać tej wykładni, wymaga za każdym razem indywidualnego rozstrzygnięcia[34].

Analogia

Analogia jest metodą wykorzystywaną niekiedy przez trybunały arbitrażowe – wobec trudności w rozstrzyganiu wszystkich wątpliwości interpretacyjnych jedynie na podstawie zasad zawartych w konwencji o prawie traktatów[35].

W prawie polskim analogia jest rozumiana dwojako: jako stosowanie do stanu faktycznego norm prawnych, które odnoszą się do innego podobnego stanu (*analogia legis*), lub stosowanie norm prawnych wyprowadzanych z ogólnych zasad prawa, w sytuacji zaistnienia luki w uregulowaniach praw-

ści Międzynarodowej (STSM)[38], Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości[39] oraz Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej[40]. Niemniej istnieje również pogląd zakładający, że stosowanie analogii w prawie międzynarodowym jest niedopuszczalne, ponieważ może godzić ono w zakaz domniemania ograniczeń kompetencji państw sformułowany przez STSM w sprawie statku Lotus[41]. Wykorzystanie międzynarodowego prawa praw człowieka w orzeczni-

33 Tamże, pkt 460.

34 Tamże, pkt 474 oraz 479–480.

35 A. Roberts, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, „American Journal of International Law" 2013, vol. 107, s. 50–52.

36 T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1998 r., s. 94–95.

37 S. Vöneky, *Analogy in International Law* (w:) R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL (dostęp 5 lipca 2014 r.), § 1.

38 Sprawa statku *SS 'Wimbledon', Wielka Brytania, Francja, Włochy, Japonia przeciwko Niemcom* (interwencja Polski), wyrok z 17 sierpnia 1923 r., s. 24.

39 Sprawa militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui, *Nikaragua przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok w sprawie jurysdykcji, ICJ Rep. 1986, § 420.

40 *John Friedrich Krohn przeciwko Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, sprawa C-194/91, wyrok z 16 grudnia 1992 r., § 13–14; *Krings GmbH przeciwko Oberfinanzdirektion* Nürnberg, sprawa C-130/02, § 35–38.

41 S. Vöneky, *Analogy…*, dz. cyt., § 14.

ctwie inwestycyjnym przez analogię zaproponował Thomas Wälde w opinii indywidualnej w sprawie *Thunderbird*, odwołując się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) dla nakreślenia ram prawnych uzasadnionych oczekiwań, jako elementu standardu traktowania sprawiedliwego i słusznego[42]. Niemniej w orzecznictwie inwestycyjnym można odnaleźć również sceptyczne podejście do korzystania z tej metody rozumowania: „Argentyna odwołała się również przez analogię do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz do Porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu. Ponieważ zakres ochrony przyznanej przez traktat o ochronie inwestycji zależy każdorazowo od konkretnych określeń traktatu, o którym mowa, Komitet uznaje porównanie z odmiennie ukształtowanymi traktatami o niewielkim znaczeniu, w szczególności jeśli chodzi o traktaty spoza zakresu ochrony inwestycji"[43].

> **Publicznoprawna analiza komparatystyczna jest postrzegana jako narzędzie, które umożliwiałoby skonkretyzowanie ogólnych standardów inwestycyjnych.**

Komparatystyka

Podobnie jak rozumowanie przez analogię, publicznoprawna metoda komparatystyczna jest proponowana i niekiedy stosowana w międzynarodowym prawie inwestycyjnym z uwagi na ograniczone możliwości satysfakcjonującego wykorzystania zasad interpretacji zawartych w konwencji o prawie traktatów. Wiąże się to ze znaczącą lakonicznością postanowień traktatów inwestycyjnych. W tym kontekście publicznoprawna analiza komparatystyczna jest postrzegana jako narzędzie, które umożliwiałoby skonkretyzowanie ogólnych standardów inwestycyjnych, zapewniałoby równowagę pomiędzy interesami inwestycyjnymi a nieinwestycyjnymi, gwarantowałoby większą spójność orzecznictwa arbitrażowego oraz otwarcie na inne reżimy międzynarodowe, takie jak np. prawa człowieka czy prawo ochrony środowiska oraz prawo krajowe, w szczególności konstytucyjne i administracyjne[44]. Metoda ta umożliwia również wprowadzenie zasady proporcjonalności w celu równoważenia konkurujących interesów występujących w postępowaniu arbitrażowym[45]. W sprawie *Total przeciwko Argentynie* trybunał stwierdził: „Przy ocenie zakresu praw i obowiązków trybunały często uznawały za wzorzec międzynarodowe lub komparatystyczne standardy. W rzeczywistości, jak to

42 International Thunderbird Gaming Corporation przeciwko Meksykowi, wyrok z 26.1.2006 r., opinia indywidualna T. Walde, § 27.

43 Decyzja komitetu unieważniającego w sprawie *Azurix Corp przeciwko Argentynie*, wyrok z 1 września 2009 r., ICSID ARB/01/12, § 128.

44 S. Schill, *Comparative Public Law Methodology in International Investment Law*, 3 stycznia 2014 r., www.ejiltalk.org/comparative-public-law-methodology-in-international-investment-law/#more-10138 (dostęp 5 lipca 2014 r.); S. Schill, *W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law*, „European Journal of International Law" 2011, vol. 22 nr 3, s. 901–902 oraz 904–905.

45 B. Kingsbury, S. Schill, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, „New York University Public Law and Legal Theory Working Papers" 2009, s. 24–39; B. Kingsbury, S. Schill, *Public Law Concepts to Balance Investor's Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality* (w:) S. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford 2010, s. 88.

bywa w przypadku ogólnych standardów stosowanych w różnych systemach prawnych (jak np. prawo do słusznego procesu), analiza komparatystyczna tego, co jest powszechnie uznawane za postępowanie sprawiedliwe lub niesprawiedliwe przez krajowe władze publiczne w odniesieniu do prywatnych przedsiębiorstw lub inwestorów w prawie krajowym, może również być istotna dla zidentyfikowania standardów prawnych BIT-ów. Takie podejście jest usprawiedliwione, ponieważ w rzeczywistości sytuacje i zachowania, które mają być oceniane na podstawie BIT-u, mają miejsce w ramach systemu prawnego oraz uwarunkowań społecznych, gospodarczych i biznesowych państwa przyjmującego"[46].

Istotnym ograniczeniem i źródłem krytyki publicznoprawnej analizy komparatystycznej jest brak jasnej metodologii jej stosowania. Podkreśla się, że zakłada ona przede wszystkim analizę porównawczą rozwiązań zaakceptowanych przez państwa dominujące w Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), a zatem w zachodniej koncepcji rządów prawa, która niekoniecznie musi być podzielana przez wszystkie państwa zawierające traktaty inwestycyjne[47]. Jak wskazuje José Enrique Alvarez: „uderzające jest, jak niewielka część świata jest reprezentowana w próbach realizacji publicznoprawnej komparatystyki (…), w świecie, w którym jedna trzecia istniejących traktatów o ochronie inwestycji została zawarta pomiędzy państwami rozwijającymi się, a jednym z państw, które podpisało najwięcej BIT-ów, są Chiny, próba określenia publicznoprawnej komparatystki przez spoglądanie jedynie na garść zachodnich sojuszników jest śmieszna"[48].

4. Zakres jurysdykcji trybunałów arbitrażowych działających na podstawie traktatów inwestycyjnych a prawa człowieka – prawa człowieka jako miecz

Inwestorzy zagraniczni niezbyt często powołują się na argumenty oparte na normach dotyczących ochrony praw człowieka. Mogą na to wpływać przynajmniej trzy czynniki. Po pierwsze, wskazane już ograniczenie jurysdykcyjne orzekania trybunałów arbitrażowych tylko w zakresie spraw dotyczących interpretacji i stosowania traktatów inwestycyjnych. Po drugie, fakt, że znaczna część postępowań jest inicjowana przez osoby prawne, które w większości przypadków nie są podmiotami uprawnionymi do ochrony na podstawie prawa międzynarodowego praw człowieka[49]. Po trzecie, *de facto* precedensowy charakter orzecznictwa trybunałów rozstrzygają-

Inwestorzy zagraniczni niezbyt często powołują się na argumenty oparte na normach dotyczących ochrony praw człowieka.

46 *Total S.A. przeciwko Argentynie*, ICSID ARB/04/01, wyrok z 27 listopada 2013 r., niepublikowany, cytat za S. Schill, *The Public Law Approach in the Practice of Investment Treaty Arbitration*, http://www.ejiltalk.org/the-public-law-approach-in-the-practice-of-investment-treaty-arbitration (dostęp 5 lipca.2014 r.).

47 J.E. Alvarez, *Beware: Boundary Crossings*, www.law.yale.edu/intellectuallife/16664.htm (dostęp 5 lipca 2014 r.), s. 40–41.

48 Tamże; podobnie J. Hepburn, *Saar Papier v Poland*: Comparative Public Law and the Second-Ever Investment Treaty Award, 3 lutego 2014 r., www.ejiltalk.org/saar-papier-v-poland-comparative-public-law-and-the-second-ever-investment-treaty-award/ (dostęp 5 lipca 2014 r.).

49 Wyjątkowo Protokół nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. (Dz.U. z 1995 r. nr 36, poz. 175 z późn. zm.) stanowi: „Każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia" (art. 1).

cych spory inwestycyjne powoduje, że dotychczasowa wstrzemięźliwość tych organów w powoływaniu się na normy z zakresu praw człowieka implikuje prawdopodobieństwo podobnych sentencji w tym zakresie na przyszłość.

W sprawie kanału kolejowego pod tunelem La Manche, przeciwko Francji oraz Wielkiej Brytanii, wobec wielu przypadków wtargnięcia nielegalnych imigrantów do tunelu spółka zarządzająca tunelem domagała się stwierdzenia naruszenia porozumienia koncesyjnego, którego postanowienia powinny być interpretowane w powiązaniu z Europejską Konwencją Praw Człowieka (dalej: EKPC) oraz Protokołem nr 1 do EKPC, jako chroniącymi prawo do korzystania z posiadania. Działający na podstawie porozumienia trybunał stwierdził, że porozumienie koncesyjne nie przewiduje kontraktowego zobowiązania przez państwa strony do przestrzegana prawa europejskiego, a skargi tego rodzaju powinny być kierowane do odpowiedniego europejskiego organu[50].

W sprawie *Grand River Enterprises* rdzenni mieszkańcy Kanady domagali się uznania, że władze amerykańskie traktowały ich w sposób sprzeczny z minimalnym standardem traktowania – określonym w art. 1105 Porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańska Strefę Wolnego Handlu (*North American Free Trade Agreement* – NAFTA), ponieważ zawarły porozumienie z największymi krajowymi przedsiębiorstwami tytoniowymi, co negatywnie wpłynęło na działalność prowadzoną przez kanadyjskich autochtonów w tym zakresie[51]. Odpowiedni przepis stanowi:

> „Artykuł 1105: Minimalny Standard Traktowania. 1. Każda Strona przyzna inwestycjom inwestorów innej Strony traktowanie zgodnie z prawem międzynarodowym, w tym traktowanie sprawiedliwe i słuszne oraz pełną ochronę i bezpieczeństwo”[52].

Skarżący podkreślali, że minimalny standard traktowania powinien być interpretowany jako obejmujący również zwyczajowy obowiązek państwa do konsultowania z ludami tubylczymi, będącymi równocześnie inwestorami zagranicznymi decyzji, które mogą na nich istotnie oddziaływać[53].

W rozstrzygnięciu trybunał uznał, że nawet jeżeli istnieje norma zwyczajowa, na którą powołują się skarżący, „byłoby trudno uznać taką regułę jako element minimalnego standardu traktowania, który powinien być przyznany każdej zagranicznej inwestycji zgodnie z art. 1105. Kwestii szczególnych uprawnień proceduralnych niektórych tylko inwestorów nie można pogodzić ze zwyczajowym minimalnym standardem traktowania należnym wszystkim inwestycjom”[54]. W sentencji zaprezentowano zatem trafny pogląd, że prawa zwyczajowe dotyczące traktowania ludów tubylczych nie mieszczą się w zakresie minimalnego standardu traktowania, który mimo mało precyzyjnej redakcji jest rozumiany w określony sposób, ukształtowany przez prawo zwyczajowe oraz orzecznictwo arbitrażowe w tym zakresie[55].

50 *Channel Tunnel Group przeciwko Wielkiej Brytanii oraz Francji*, wyrok z 30 stycznia 2007 r., www.pca-cpa.org/upload/files/ET_PAen.pdf (dostęp 5 lipca 2014 r.), § 148–153.

51 *Claimants' Memorial on the Merits*, w sprawie *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et alii przeciwko Stanom Zjednoczonym*, 10 lipca 2008 r., www.naftaclaims.com (dostęp 5 lipca 2014 r.).

52 W 2001 r. Komisja ds. Wolnego Handlu NAFTA wydała notę interpretacyjną dotycząca art. 1105, która stanowi: „Minimalny standard traktowania zgodnie z prawem międzynarodowym. Artykuł 1105 ust. 1 nakazuje, aby zwyczajowy prawnomiędzynarodowy standard minimalny traktowania cudzoziemców został przyznany inwestycjom inwestorów innej Strony, jako minimalny standard traktowania. Pojęcia »sprawiedliwe i słuszne traktowanie« oraz »pełna ochrona i bezpieczeństwo« nie wymagają traktowania dodatkowego lub ponad to, co jest wymagane przez zwyczajowy prawnomiędzynarodowy minimalny standard traktowania cudzoziemców. Ustalenie, że nastąpiło naruszenie innego postanowienia Porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu lub oddzielnego międzynarodowego porozumienia nie oznacza, że nastąpiło naruszenie art. 1105 ust. 1”, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp (dostęp 5 lipca 2014 r.).

53 *Claimants' Memorial on the Merits*…, dz. cyt., pkt 178.

54 *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et alii przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 12 stycznia 2011 r., www.naftaclaims.com (dostęp 5 lipca 2014 r.), § 210.

55 Zob. sprawa *Mondev International Ltd. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 11 października 2002 r. (dalej: *Mondev*); sprawa *R. Loewen and Loewen Corp. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 26 marca 2003 r. (dalej: *Loewen*); *sprawa Waste Management Inc. przeciwko Meksykowi*, wyrok z 30 kwietnia

Wykorzystanie międzynarodowego prawa praw człowieka jako argumentu wzmacniającego naruszenie norm traktatu inwestycyjnego w postępowaniu arbitrażowym wiąże się z postrzeganiem ochrony inwestycji zagranicznych jako narzędzia do budowania rządów prawa w państwie przyjmującym. Mimo że traktaty wymagają przyznania uprawnień korespondujących z normami z zakresu praw człowieka jedynie inwestorom zagranicznym, podkreśla się, że istnienie tego rodzaju zobowiązań może poprzez efekt rozlania (ang. *spillover*) mieć korzystne skutki również dla podmiotów krajowych[56].

5. *Możliwość wykorzystania norm z zakresu ochrony praw człowieka jako prawa właściwego przez trybunały arbitrażowe – prawa człowieka jako tarcza*

Państwa wykorzystują niekiedy zobowiązania dotyczące ochrony praw człowieka jako argument defensywny[57]. Próbują w ten sposób wykazać, że działania, które inwestor zagraniczny uznaje za naruszenie traktatu, stanowiły konieczne środki dla wykonania zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa praw człowieka. Prekursorem w stosowaniu tego rodzaju argumentacji był Egipt, który w sprawie *SPP* nieskutecznie bronił swojego postępowania, powołując się na konieczność przestrzegania zobowiązań wynikających z Konwencji w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego z 1972 r.[58] Niemniej na szeroką skalę metoda ta została zastosowana przez Argentynę, postawioną wobec szeregu prowadzonych przeciwko niej postępowań na podstawie traktatów inwestycyjnych, w związku z środkami, które podjęła w ramach zmagania się z kryzysem finansowym.

Konieczność uwzględniania roli praw człowieka w kontekście zawieranych traktatów inwestycyjnych i handlowych jest w coraz większym stopniu podkreślana przez organy funkcjonujące na podstawie podstawowych traktatów z zakresu ochrony praw człowieka[59]. Odzwierciedleniem wzrastającej świadomości w tym zakresie jest raport specjalnego sprawozdawcy ds. prawa do żywności, Rady Gospodarczej i Społecznej ONZ, Oliviera de Schuttera, z grudnia 2011 r., zawierający „Kierunkowe wytyczne dotyczące oceny oddziaływania na prawa człowieka traktatów handlowych i inwestycyjnych"[60]. W opinii sprawozdawcy w przypadku, jeżeli zobowiąza-

2004 r. (dalej: *Waste Managment*); sprawa *Gami Investment Inc. przeciwko Meksykowi*, wyrok z 15 listopada 2004 r. (dalej: *Gami*); sprawa *Methanex Corporation przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 3 sierpnia 2005 r. (dalej: *Methanex*); sprawa *International Thunderbird Gaming Corporation przeciwko Meksykowi*, wyrok z 26 stycznia 2006 r. (dalej: *Thunderbird*); sprawa *Chemtura Corporation przeciwko Kanadzie*, wyrok z 2 sierpnia 2010 r. (dalej: *Chemtura*); sprawa *ADF Group Inc. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 4 stycznia 2003 r. (dalej: *ADF*); sprawa *Glamis Gold Ltd przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 14 maja 2009 r. (dalej: *Glamis Gold*) www.naftalaw.org/disputes.htm (dostęp 5 lipca 2014 r.); sprawa *Merrill & Ring Forestry L. P. przeciwko Kanadzie*, wyrok z 31 marca 2010 r., int. ita.law.uvic.ca/ (dostęp 5 lipca 2014 r.).

56 C. Schreuer, U. Kriebaum, *From Individual to Community Interest in International Investment Law* (w:) U. Fastenrath, R. Geiger, D.-E. Khan, A. Paulus, S. von Schorlemer, C. Vedder (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford 2011, s. 1088.

57 L.E. Peterson, K.R. Gray, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, April 2003, www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf (dostęp 5 lipca 2014 r.), s. 30.

58 Sprawa *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited przeciwko Arabskiej Republice Egiptu*, wyrok z 20 maja 1992 r., ICSID ARB/84/3; trybunał uznał argumentację Egiptu za nietrafną z uwagi na fakt, że większość zarzutów inwestora nie dotyczyła bezpośrednio Konwencji lub dotyczyła stanu faktycznego sprzed wejścia w życie Konwencji w stosunku do Egiptu, § 190–191; zob. również R. Pavonis, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law: A Critical Appraisal* (w:) P-M. Dupuy, E-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law…*, dz. cyt., s. 535–537.

59 Komitet ds. Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, uwagi dotyczące Ekwadoru (E/C.12/1/Add.100), § 56; Komitet Praw Dziecka, uwagi dotyczące El Salwadoru (CRC/C/15/Add.232), § 48; Komitet ds. Eliminacji Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet, uwagi dotyczące Kolumbii (CEDAW/C/COL/CO/6), § 29, Filipin (CEDAW/C/PHI/CO/6), § 26, oraz Gwatemali (CEDAW/C/GUA/CO/6), § 32.

60 O. de Schutter, *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, Report of the

nia państwa wynikające z międzynarodowego prawa praw człowieka okażą się sprzeczne z zawartym traktatem inwestycyjnym, który wszedł w życie, to te pierwsze mają pierwszeństwo, co wynika z „obowiązku wszystkich państw do współpracy w celu pełnej realizacji praw człowieka na podstawie Karty Narodów Zjednoczonych oraz ze szczególnej natury

W sprawie *CMS* Argentyna dowodziła, że społeczny i gospodarczy kryzys miał negatywny wpływ na ochronę praw człowieka i w tym kontekście „żaden traktat inwestycyjny nie może przeważać, ponieważ stanowiłoby to naruszenie praw gwarantowanych w konstytucji”[63]. W rozstrzygnięciu trybunał uznał, że w sporze „nie ma zagadnienia dotykające-

Państwa wykorzystują niekiedy zobowiązania dotyczące ochrony praw człowieka jako argument defensywny.

traktatów dotyczących ochrony praw człowieka, które generują prawa jednostek i nie są zależne od zasady wzajemności między państwami”. Ponadto pierwszeństwo norm dotyczących ochrony praw człowieka w opinii specjalnego sprawozdawcy wynika z faktu, że „prawa człowieka są normami *ius cogens*”[61]. Pogląd ten nie znajduje zasadniczo potwierdzenia w sentencjach arbitrażowych, a trybunały inwestycyjne, nie dostrzegając bezpośredniego konfliktu normatywnego, nie uważają za konieczne rozstrzyganie o pierwszeństwie zobowiązań państwa przyjmującego.

Z kolei Bruno Simma i Theodore Kill podkreślają, że wykorzystując wykładnię systemową, trybunały inwestycyjne mogłyby zastosować ogólne domniemanie, że traktaty inwestycyjne powinny być interpretowane w sposób spójny z zasadami międzynarodowego prawa praw człowieka. Równocześnie jednak autorzy ci trafnie zauważają, że „będzie niezwykle trudne, jeżeli nie niemożliwe, udowodnić, że prawa gospodarcze, społeczne oraz kulturalne są częścią międzynarodowego prawa zwyczajowego”[62].

go fundamentalnych praw człowieka”[64]. W sprawie *Siemens* Argentyna dowodziła, że w konkretnych uwarunkowaniach gospodarczych i społecznych, w których się znalazła, uznanie praw własności skarżącego prowadziłoby do naruszenia konstytucyjnych praw człowieka[65]. Trybunał odrzucił jednak ten argument, uznając, że nie został wystarczająco rozwinięty i z tego względu *prima facie* nie dotyczy on meritum sporu[66]. Podobny pogląd został przyjęty w sentencji w sprawie *Azurix*, w której trybunał nie zgodził się z argumentem Argentyny zakładającym istnienie konfliktu między zobowiązaniami inwestycyjnymi a obowiązkiem do zapewniania wody pitnej mieszkańcom, wynikającym z międzynarodowego prawa praw człowieka, który powinien być rozstrzygnięty na korzyść tego ostatniego[67]. W sprawie *Sempra* sąd arbitrażowy nie uznał argumentu o konieczności ochrony praw człowieka wobec możliwości ich znaczących naruszeń w razie upadku porządku konstytucyjnego Argentyny, wskazując na brak wystarczających dowodów o nieuchronności

Special Rapporteur on the right to food, Addendum, 19 grudnia 2011 r., A/HRC/19/59/Add.5.

61 Tamże, § 1.3.

62 B. Simma, T. Kill, *Harmonizing investment protection and international human rights: First steps towards methodology* (w:) C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century- Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford 2009, s. 698.

63 *CMS Gas Transmission Company przeciwko Argentynie*, wyrok z 12.5.2005 r., ICSID ARB/01/8, § 114.

64 Tamże, § 121.

65 *Simens A.G. przeciwko Argentynie*, wyrok z 6 lutego 2007 r., ICSID ARB/02/8, § 75.

66 Tamże, § 79.

67 *Azurix Corp przeciwko Argentynie*, wyrok z 14 lipca 2006 r., ICSID ARB/01/12, § 311–312.

upadku oraz na możliwość ochrony porządku również innymi środkami, aniżeli takie, które naruszają uprawnienia inwestora[68]. W sprawie *Vivendi* trybunał nie uznał obrony Argentyny, powołującej się na wynikający z międzynarodowego prawa praw człowieka obowiązek zapewnienia swojej ludności prawa do wody, stwierdzając, że „w świetle okoliczności tej sprawy zobowiązania Argentyny w zakresie praw człowieka oraz zobowiązania wynikające z traktatu inwestycyjnego nie są niespójne, sprzeczne lub wzajemnie wykluczające. Zatem, jak wskazano wcześniej, Argentyna mogła przestrzegać obu rodzajów zobowiązań"[69].

Podobnie jak Argentyna w sprawie *Vivendi*, Tanzania w sprawie *Biwater* prezentowała pogląd, że przejęcie usług w zakresie dostarczania wody przez państwo od podmiotu prywatnego było uzasadnione koniecznością zapewniania ochrony prawa do wody, powołując się m.in. na doktrynę marginesu uznania wypracowaną przez ETPC[70]. Trybunał nie odniósł się do tych argumentów, stwierdzając jedynie, że działania Tanzanii były „nieuzasadnione, arbitralne, nieusprawiedliwione przez jakikolwiek cel publiczny (…) naruszały prawa wynikające z Traktatu, bez odpowiedniego usprawiedliwienia"[71].

Wyjątkowo odmienne stanowisko przyjął sąd arbitrażowy w sprawie *Continental Casualty*, uznając możliwość wykorzystania doktryny marginesu uznania przy ocenie działań państwa przez zastosowanie art. XI argentyńsko-amerykańskiego BIT-u dotyczącego ochrony ważnych interesów państwa[72]. Trybunał podzielił tym samym argument defensywny Argentyny, która powoływała się m. in. na orzeczenie ETPC w sprawie *Jahn i inni przeciwko RFN*, nie wskazując jednakże, jaki środek prawny stosuje dla wykorzystania orzecznictwa sądu strasburskiego do interpretacji argentyńsko-amerykańskiego traktatu inwestycyjnego.

Warto również w tym kontekście odnotować nierozstrzygniętą ostatecznie poprzez arbitraż, z powodu zawarcia ugody, sprawę *Piero Foresti przeciwko RPA*. Włoscy inwestorzy skarżyli się na wymagania stawiane ich inwestycji w sektorze górniczym spowodowane polityką wspierania ludności czarnej przez władze RPA. Działania RPA w kontekście tego sporu były szeroko komentowane w doktrynie, jako dające się obronić, poprzez przywołanie zobowiązań wynikających z Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (z 1965 r.), umożliwiającej stosowanie środków wspierających, korzystnych dla grup wcześniej dyskryminowanych[73].

6. *Prawa człowieka w opiniach* amicus curiae – *wzmocniona tarcza*

Wraz ze wzrostem ilości spraw rozstrzyganych na podstawie traktatów inwestycyjnych zwiększyło się zainteresowanie społeczeństwa obywatelskiego postępowaniami arbitrażowymi w tym zakresie. W rezultacie w coraz większej ilości sporów inwestycyjnych organizacje pozarządowe domagały się możliwości przedstawiania stanowiska w postępowaniu arbitrażowym opartym na traktatach inwestycyjnych. Początkowo kwestia możliwości dopuszczania tego rodzaju opinii była przedmiotem kontrowersji. Niemniej już w 2006 r. nastąpiła zmiana reguł arbitrażowych Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych, m.in. przez wprowadzenie nowego artykułu 37 ust. 2, który wyraźnie umożliwia trybunałowi wzięcie pod uwagę opinii *amicus curiae*. Podobne rozwiązanie przewidują „Reguły przejrzystości w arbitrażu inwestor–państwo wynikającym z traktatów inwestycyjnych", dotyczą-

68 Tamże, § 332.

69 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. i Vivendi Universal S.A. przeciwko Argentynie*, wyrok z 30 lipca 2010 r., ICSID ARB/03/19, § 262.

70 *Biwater Gauff przeciwko Tanzanii*, ICSID ARB/05/22, wyrok z 24 lipca 2008 r., § 434–436.

71 Tamże, § 503.

72 *Continental Casualty przeciwko Argentynie*, ICSID ARB/03/9, wyrok z 5 sierpnia 2008 r., § 181.

73 B. Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place For Human Rights*, „International and Comparative Law Quarterly" 2011, vol. 60 nr 3, s. 585–586. Autor wskazuje również na możliwość analogicznego zastosowania Paktu Praw Ekonomicznych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r., zob. s. 586–591. Podobnie A. Wythes, *Investor–State Arbitrations: Can the 'Fair and Equitable Treatment' Clause Consider International Human Rights Obligations?*, „Leiden Journal of International Law" 2010, vol. 23, s. 242–255.

ce postępowania arbitrażowego na podstawie regulaminu Komisji ONZ ds. międzynarodowego prawa handlowego (*United Nation Commission on International Trade Law* – UNCITRAL), przyjęte w formie rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ dnia 16 grudnia 2013 r.[74]

Wraz ze wzrostem ilości spraw rozstrzyganych na podstawie traktatów inwestycyjnych zwiększyło się zainteresowanie społeczeństwa obywatelskiego postępowaniami arbitrażowymi w tym zakresie.

W sprawie *Glamis Gold* w opinii *amicus curiae* zaprezentowano pogląd, że zaskarżone przez inwestora zagranicznego działania, podejmowane przez stan Kalifornia, powinny być postrzegane z perspektywy konwencji nr 169 Międzynarodowej Organizacji Pracy, wymagającej zapewnienia ochrony praw i terytoriów społeczności tubylczych. Sprawa dotyczyła zawieszenia przez stan Kalifornia możliwości prowadzenia działalności kanadyjskiej spółki górniczej z uwagi na jej negatywny wpływ na kulturę Indian Quecha. Trybunał odnotował istnienie takiego zagadnienia, aby lakonicznie stwierdzić, że „[n]ie jest konieczne, aby trybunał rozstrzygał wszystkie kontrowersyjne zagadnienia podniesione w trakcie postępowania”[75].

74 Zob. art. 4 tego dokumentu: „Article 4. Submission by a third person 1. After consultation with the disputing parties, the arbitral tribunal may allow a person that is not a disputing party, and not a non-disputing Party to the treaty (“third person(s)”), to file a written submission with the arbitral tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. 2. A third person wishing to make a submission shall apply to the arbitral tribunal, and shall, in a concise written statement, which is in a language of the arbitration and complies with any page limits set by the arbitral tribunal: (a) Describe the third person, including, where relevant, its membership and legal status (e.g., trade association or other non-governmental organization), its general objectives, the nature of its activities and any parent organization including any organization that directly or indirectly controls the third person); (b) Disclose any connection, direct or indirect, which the third person has with any disputing party; (c) Provide information on any government, person or organization that has provided to the third person (i) any financial or other assistance in preparing the submission; or (ii) substantial assistance in either of the two years preceding the application by the third person under this article (e.g. funding around 20 per cent of its overall operations annually); (d) Describe the nature of the interest that the third person has in the arbitration; and (e) Identify the specific issues of fact or law in the arbitration that the third person wishes to address in its written submission. 3. In determining whether to allow such a submission, the arbitral tribunal shall take into consideration, among other factors it determines to be relevant: (a) Whether the third person has a significant interest in the arbitral proceedings; and (b) The extent to which the submission would assist the arbitral tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the arbitral proceedings by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties. 4. The submission filed by the third person shall: (a) Be dated and signed by the person filing the submission on behalf of the third person; (b) Be concise, and in no case longer than as authorized by the arbitral tribunal; (c) Set out a precise statement of the third person’s position on issues; and (d) Address only matters within the scope of the dispute. 5. The arbitral tribunal shall ensure that any submission does not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings, or unfairly prejudice any disputing party. 6. The arbitral tribunal shall ensure that the disputing parties are given a reasonable opportunity to present their observations on any submission by the third person”, www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf (dostęp 5 lipca 2014 r.).

75 Sprawa *Glamis Gold Ltd*, cyt. wyżej, § 8.

W zarządzeniu proceduralnym w sprawie *Pezold* trybunał odmówił prawa do przedstawienia stanowiska przez Europejskie Centrum Praw Konstytucyjnych i Człowieka (*The European Center for Constitutional and Human Rights*) oraz czterem grupom społeczności tubylczej Zimbabwe[76]. Społeczności tubylcze uzasadniały prawo do przedstawienia stanowiska potencjalnym wpływem rozstrzygnięcia na zamieszkiwany przez nie obszar oraz możliwość ingerencji w uprawnienia tej grupy wynikające z prawa międzynarodowego. Centrum podkreśliło swoje zainteresowanie ochroną praw ludów tubylczych oraz koniecznością uwzględnienia w zawisłej przed trybunałem sprawie inwestycyjnych uregulowań i praktyki prawnomiędzynarodowej w tym zakresie. Wnioskodawcy twierdzili, że obie strony postępowania ponoszą dzieloną odpowiedzialność względem społeczności tubylczej – na podstawie prawa międzynarodowego, które znajduje zastosowanie równolegle do dwustronnego traktatu inwestycyjnego[77]. Podkreślili również, że współzależność międzynarodowego prawa inwestycyjnego oraz międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka powoduje, iż jakiekolwiek rozstrzygnięcie trybunału, które nie weźmie pod uwagę tej ostatniej dziedziny, będzie prawnie niekompletne[78]. Krytyczny pogląd wobec stanowiska wnioskodawców przyjął skarżący, zauważając, że nie są oni niezależni od państwa przyjmującego, a prawo właściwe nie obejmuje prawa ludów tubylczych. Podkreślił, że „trybunał działający na podstawie traktatu inwestycyjnego nie powinien rozstrzygać, kto jest ludem tubylczym, jakie przysługują mu prawa oraz jakie posiada zobowiązania. Państwa powinny być pierwszorzędnymi decydentami w tym zakresie"[79].

W wydanym zarządzeniu trybunał uznał, że wnioskujący nie spełniają kryterium niezależności – w oparciu o dowody potwierdzające, że popierają oni politykę władz Zimbabwe – oraz stwierdził, że nie realizują oni funkcji *amicus curiae*, ponieważ nie informują o prawnych lub faktycznych zagadnieniach dotyczących postępowania. W szczególności – w ocenie trybunału – odniesienie w traktacie inwestycyjnym do „takich reguł powszechnego prawa międzynarodowego, jakie mogą mieć zastosowanie, nie włącza całego prawa międzynarodowego do traktatu inwestycyjnego lub sporu wynikającego z tego traktatu", a wnioskujący nie przedstawili żadnego dowodu dla tezy, że „międzynarodowe prawo inwestycyjne oraz międzynarodowe prawo praw człowieka są współzależne tak, że jakakolwiek decyzja tego trybunału arbitrażowego, która nie uwzględni treści międzynarodowych norm dotyczących praw człowieka, będzie prawnie niekompletna"[80]. Trybunał zwrócił również uwagę, że państwo goszczące nigdy nie podniosło – jako argumentu defensywnego – swoich zobowiązań względem społeczności tubylczych na podstawie prawa międzynarodowego, a merytoryczne ustosunkowanie się do stanowiska wnioskujących wymagałoby oceny, czy są oni ludem tubylczym, co znajduje się poza zakresem kompetencji trybunału[81].

7. *Inne sposoby wykorzystania praw człowieka w orzecznictwie arbitrażowym – uzupełniające środki interpretacji*

Trybunały arbitrażowe odwoływały się do międzynarodowego prawa praw człowieka również *propriu moto*, próbując w tym dziale prawa międzynarodowego znaleźć wskazówki dla interpretacji ogólnych standardów zawartych w traktatach inwestycyjnych. Cechą charakterystyczną tego odwołania było zazwyczaj sięganie do wybranego orzecznictwa ETPC – co ciekawe, nawet przez organy arbitrażowe rozstrzygające spory na podstawie Porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu – oraz brak określenia metod prawnych, na podstawie których to odwołanie następowało.

76 Zarządzenie proceduralne nr 2 z 26 czerwca 2012 r. w sprawie *Bernhard von Pezold i inni przeciwko Zimbabwe*, ICSID ARB/10/15 i *Border Timbers Limited, Border Timbers International (private) limited* oraz *Hangani Development co. (private) limited przeciwko Zimbabwe*, ICSID ARB/10/25.

77 Tamże, § 21–25.

78 Tamże, § 27–28, wnioskodawcy dla uzasadnienia swojej tezy powołali się na deklarację praw ludów tubylczych przyjętą w 2007 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ oraz na praktykę OECD i Banku Światowego.

79 Tamże, § 29.

80 Tamże, § 57–58.

81 Tamże, § 59–60.

W sprawie *Mondev* sąd arbitrażowy uznał, że relacja między krajowym immunitetem rządowej agencji a prawem do sądu powinna być oceniana w świetle analogicznego zagadnienia dotyczącego relacji między immunitetem państwa a prawem do sądu podejmowanego w orzecznictwie ETPC[82]. W sprawie *Tecmed* trybunał, analizując, czy działanie państwa przyjmującego było proporcjonalne w stosunku do realizowanego interesu publicznego w kontekście wywłaszczenia, powołał się na orzecznictwo ETPC i cytował z aprobatą *in extenso* rozstrzygnięcie w sprawie *James i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*[83]. Co istotne, trybunał nie wskazał podstawy odwołania się do wyroku strasburskiego sądu. Na tym rozstrzygnięciu wzorował się sąd arbitrażowy w sprawie *Azurix*, stwierdzając, że weźmie pod uwagę orzecznictwo ETPC jako „pożyteczne wytyczne dla określenia, czy działania regulacyjne mają charakter wywłaszczeniowy i stają się podstawą do odszkodowania"[84]. W sprawie *Lauder* trybunał, odnosząc się do zarzutu dotyczącego wywłaszczenia, przywołał wyrok ETPC w sprawie *Mellacher przeciwko Austrii*, by na tej podstawie stwierdzić, że Czechy nie dokonały wywłaszczenia inwestora zagranicznego[85]. Co ciekawe, rozpatrujący ten sam stan faktyczny inny trybunał arbitrażowy w sprawie *CME* stwierdził wywłaszczenie, przy czym w dochodzeniu do tej konkluzji nie odwoływał się do międzynarodowego prawa praw człowieka[86]. Jednym

Trybunały arbitrażowe odwoływały się do międzynarodowego prawa praw człowieka również *propriu moto*, próbując w tym dziale prawa międzynarodowego znaleźć wskazówki dla interpretacji ogólnych standardów zawartych w traktatach inwestycyjnych.

82 Sprawa *Mondev*, cyt. wyżej, § 143–144; zob. również F. Francioni, *Access to Justice, Denial of Justice, and International Investment Law* (w:) P-M. Dupuy, E-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law…*, dz. cyt., s.70.

83 „Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim »in the public interest«, but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised (…). The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear »an individual and excessive burden« (…). The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto. (…) non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals", zob. *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA przeciwko Meksykowi*, wyrok z 29 maja 2003 r., ICSID ARB(AF)/00/2, (2004), § 122 oraz *James i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 21 lutego 1986 r., nr 8793/79, § 19–24.

84 *Azurix Corp. przeciwko Argentynie*, wyrok z 14 lipca 2006 r., ICSID ARB/01/12, § 311–312; zob. również w kontekście oceny, czy wyrok sądu może stanowić wywłaszczenie, *Saipem SpA przeciwko Bangladeszowi*, ICSID. ARB/05/07, decyzja dotycząca jurysdykcji z 21 marca 2007 r., § 130–132.

85 *R.S. Lauder przeciwko Czechom*, wyrok z 3 września 2001 r., UNCITRAL, § 200–202.

86 *CME przeciwko Czechom*, wyrok częściowy z 14 marca 2001 r., UNCITRAL, § 591–624.

ze źródeł zróżnicowania w ocenie prawnej tego samego stanu faktycznego mógł być fakt odwołania się do międzynarodowego prawa praw człowieka w procesie interpretacji pojęcia wywłaszczenie tylko przez jeden z sądów arbitrażowych[87]. W sprawie *Loewen* trybunał powołał się na orzeczenie Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie *Nielsen* dla potwierdzenia swojego poglądu, że skarżący powinien wyczerpać wszystkie możliwe oraz skuteczne środki[88].

Wyjątkowo można spotkać się z poglądem w ramach *obiter dictum* sentencji arbitrażowej o konieczności przyznania pierwszorzędnego charakteru normom międzynarodowego prawa praw człowieka w przypadku, jeżeli mają one charakter *ius cogens*. W sprawie *Phoenix* trybunał zauważył, że ochrona „nie powinna być przyznana inwestycjom, które naruszają podstawowe normy chronione przez międzynarodowe prawo praw człowieka, takim jak inwestycje poczynione przy udziale tortur lub ludobójstwa, lub przy wykorzystaniu niewolnictwa, czy handlu ludzkimi organami"[89]. Podobnie komitet unieważniający w sprawie *Azurix*, zauważając, że „poza *normami ius cogens* traktat inwestycyjny może zmienić istniejące między jego stronami międzynarodowe prawo zwyczajowe"[90].

8. Zakończenie

Trybunały arbitrażowe stosunkowo rzadko odwoływały się do norm z zakresu ochrony praw człowieka, w szczególności nie uznawały, że mogą one być powoływane jako tarcza, tj. jako normy, które mając z urzędu pierwszeństwo, zastępują traktatowe normy inwestycyjne. Przy czym dostrzegalny jest brak zaangażowania trybunałów do analizy stanu faktycznego z szerszej, systemowej perspektywy, uwzględniającej normy dotyczące ochrony praw człowieka przy wykorzystaniu dostępnych narzędzi prawnych, takich jak wykładnia systemowa, analogia czy komparatystyka. Nietrafne jednak wydaje się przerzucanie odpowiedzialności za nienależyty brak uwzględnienia praw człowieka w międzynarodowym prawie inwestycyjnym wyłącznie na trybunały arbitrażowe. Tej „dezintegracyjnej skłonności"[91] służyła niekiedy postawa stron, które w wielu sprawach, nawet powołując się na zobowiązania z zakresu praw człowieka, czyniły to w mało spójny sposób, przedstawiając chaotyczne argumenty, tak jakby samo odwołanie do wzniosłych idei praw człowieka miało spowodować, że wszystkie inne uwarunkowania prawne muszą z założenia być im podporządkowane[92]. Należy również pamiętać, że sądy arbitrażowe działają na podstawie konkretnych ram prawnych – wynegocjowanych przez państwa traktatów, które nie pozwalają w łatwy sposób na uwzględnienie norm dotyczących praw człowieka. Takie rozwiązanie wydaje się w znacznym stopniu wynikać z woli samych państw, które mimo braku wyraźnych dowodów wiążących istnienie traktatu inwestycyjnego ze wzrostem gospodarczym, w sposób wręcz masowy zawierały tego

> **Trybunały arbitrażowe stosunkowo rzadko odwoływały się do norm z zakresu ochrony praw człowieka.**

87 J.D. Fry, *International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity*, „Duke Journal Of Comparative and International Law" 2007, vol. 18, s. 84.

88 Sprawa *Loewen*, cyt. wyżej, § 165.

89 *Phoenix Action Ltd. przeciwko Czechom*, ICSID ARB/06/5, wyrok z 15 kwietnia 2009, § 78.

90 Decyzja komitetu unieważniającego w sprawie *Azurix Corp. przeciwko Argentynie*, wyrok z 1 września 2009 r., ICSID ARB/01/12, § 90.

91 B. Simma, T. Kill, *Harmonizing investment*…, dz. cyt., s. 679.

92 J. Krommendijk, J. Morijn, *'Proportional'*…, dz. cyt., s. 446–448.

rodzaju porozumienia, szczególnie w ostatniej dekadzie XX wieku. Celem tych traktatów był i jest przede wszystkim rozwój współpracy gospodarczej, inne wartości są w nich najczęściej przemilczane, ponieważ uznawano, że potencjalnie mogą szkodzić celowi podstawowemu przez tworzenie niepotrzebnych obciążeń dla inwestorów. Choć zatem istnieją techniki prawne umożliwiające większe zrównoważenie praw i obowiązków wynikających z tych traktatów inwestycyjnych, w tym przez uwzględnienie praw człowieka, ich stosowanie wobec takiego, a nie innego charakteru traktatów inwestycyjnych nie jest oczywiste. Co ciekawe, można dostrzec jednak ograniczoną tendencję do wykorzystania niektórych koncepcji międzynarodowego prawa praw człowieka przez sądy arbitrażowe *motu proprio*[93].

Omawiana problematyka wpisuje się w szersze zagadnienie dotyczące charakteru arbitrażu inwestycyjnego, w związku z tym, że łączy on cechy prywatnej i publicznej metody rozstrzygania sporów. W opinii autora trafny jest pogląd zakładający, że inwestycyjny trybunał arbitrażowy powinien być otwarty na uwzględnienie szeregu różnych czynników, interesów i zobowiązań, a nie postrzegać swojej roli jedynie jako tymczasowego organu mającego na celu rozstrzygnięcie jednej konkretnej sprawy opartej na jednym akcie prawnym.

Warto również odnotować, że prawa człowieka nie były powoływane przez trybunały arbitrażowe w sprawach dotyczących Polski[94], z tym że konstatacja ta dotyczy wyłącznie rozstrzygnięć, które są publicznie dostępne[95].

Artykuł stanowi realizację projektu: „Ochrona praw człowieka przez międzynarodowe prawo inwestycyjne. Zarys problematyki" finansowanego przez Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

93 S.L. Karamanian, *Human Rights Dimensions of Investment Law* (w:) E. de Wet, J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford 2012, s. 269.

94 Eureko; *Nordzucker przeciwko Polsce*, UNCITRAL, wyroki z 28.1.2009 r. oraz 23.11.2009 r.; *Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. przeciwko Polsce*, UNCITRAL, wyrok 14.2.2014 r.

95 Szereg rozstrzygnięć przeciwko Polsce nie jest dostępnych, zob. np. *Cargill przeciwko Polsce*, UNCITRAL, wyrok z 1.3.2008 r.; *Crespo i inni przeciwko Polsce*, wyrok z 1.1.2005 r.; *East Cement for Investment Company przeciwko Polsce*, wyrok z 26.8.2011 r.

Jerzy Krzynówek

„Niezbyt wiele się z monografii dowiedziałem", czyli o skutkach braku „gimnastyki umysłowej"

Odpowiedź na recenzję Franciszka Longchamps de Bérier

Jerzy Krzynówek

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, kierownik Katedry Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji UWM w Olsztynie.

Pliniusz Starszy powiadał, że nie ma książki tak złej, żeby nie można się było z niej czegoś nauczyć. Recenzent w mojej pracy nie dostrzegł jednak niczego wartościowego[1]. Krytykuje wybór dziedziny i zagadnienia badawczego, strukturę pracy, ocenę stanu badań, aż po stawianą hipotezę i argumentację na jej rzecz. Trudno polemizować z całkowitą negacją. Można się jedynie zdziwić, że recenzent w tym stanie rzeczy postanowił wypowiedzieć swoją opinię, przecież lepiej czytelnikom przedstawiać prace wartościowe, po które warto sięgnąć, niż marnować papier na pisanie o książkach nieudanych. Tomasz Giaro w rozmowie z Aleksandrem Stępkowskim domagał się zachowania zasady życzliwości w polemikach i recenzjach[2]. Tej odrobiny życzliwości, która służy dyskusji, zabrakło wobec mnie. Od początku recenzent sygnalizuje, że jest „zawiedziony", że praca była niesłusznie reklamowana, że rezultat badawczy był nieosiągalny, itp. Ton tych wypowiedzi wskazuje, że recenzent jest nieprzychylnie nastawiony – zarówno do pracy, jak i jej autora. Mam nadzieję, że bezstronny czytelnik dostrzeże

1 F. Longchamps de Bérier, *Prawo rodzinne archaicznego Rzymu „bez zbędnej gimnastyki umysłowej"* (recenzja książki J. Krzynówka, *Od 'ius vendendi' do 'emancipatio'. Prawne i społeczne aspekty 'emancipatio' dzieci w prawie rzymskim w okresie republiki i pryncypatu*, Warszawa 2012, 236 s.), „Forum Prawnicze" 2013, nr 6 (20), s. 44–50.

2 T. Giaro, *Rzymski zakaz nadużycia praw podmiotowych w świetle nowej jurysprudencji pojęciowej*, „Zeszyty Prawnicze UKSW" 2006, nr 6.1, s. 280: „Każe ona (tzn. zasada życzliwości) domniemywać, że oceniany uczony nie jest zatwardziałym ignorantem, lecz inteligentną osobą starającą się wraz z nami o doskonalsze opanowanie danej dziedziny wiedzy".

wartość mojej pracy ponad tym polemicznym zacietrzewieniem. Pozostaje rozważyć, czy wszystkie uwagi recenzenta mają związek z moją pracą i przedstawioną w niej argumentacją oraz czy są one zasadne.

Odniosłem wrażenie, że przy okazji negatywnej oceny mojej rozprawy recenzent zmierza do zakwestionowania zasadności badań nad prawem rzymskim

> **Trudno polemizować z całkowitą negacją.**

okresu archaicznego w ogóle. Wskazuje na to już sam tytuł recenzji. W tym zakresie zarzuty i uwagi nie dotyczą konkretnie mojej pracy, lecz sensu prowadzenia badań nad określoną tematyką. Prawo archaiczne przyciąga uwagę badaczy i wcale nie stanowi, jak sądzi recenzent, zapomnianego „skansenu”[3]. Dyskusja dotycząca tego, czym powinna zajmować się dana dyscyplina badawcza, jakie obszary badań i tematy faworyzować, jest oczywiście ważna, ale stawianie zarzutu napisania pracy, która zajmuje się tematyką nieinteresującą recenzenta, nie może stanowić poważnej oceny tej pracy. Badania nad prawem archaicznym są intensywnie uprawiane od stuleci, a okres ten zawsze fascynował badaczy o zacięciu historycznym, społecznym i antropologicznym. Dlatego odmienne spojrzenie recenzenta na to, czym warto się zajmować w badaniach naukowych, jest tylko jego subiektywną opinią, którą warto się zainteresować na spotkaniach, seminariach czy konferencjach poświęconych kondycji dyscypliny naukowej. O pomieszaniu krytyki pracy z kwestionowaniem zasadności badań nad prawem archaicznym niech świadczy wypowiedź recenzenta: „Pierwsze dwa rozdziały zajmuje sporo podręcznikowej wiedzy opatrzonej przypisami. Materia ta jest przedstawiana przez książki dydaktyczne w węższym zakresie. Dodajmy: nie bez powodu”. Z jednej strony padają słowa o „podręcznikowej wiedzy”. Jest to jeden z tych argumentów, którymi można zbyć oponenta, nie wkładając wysiłku w konkretyzację zarzutu. Dostrzegam tu niespójność, gdyż albo jest to wiedza wykładana w podręcznikach, albo jest jej sporo, a więc wychodzi poza zakres podręczników, w związku z tym nie jest już „podręcznikowa”. Zwykle w pierwszych rozdziałach przedstawia się stan wiedzy na dany temat. Czy zarzut polega na braku oryginalności, prostocie wykładu czy samym fakcie zajmowania się zagadnieniami, które w podręcznikach są nieuwzględniane? – trudno rozstrzygnąć. Brzmi zagadkowo stwierdzenie, że podręczniki pomijają zagadnienia poruszone w pierwszych rozdziałach książki. Recenzent zdaje się sugerować, że istnieje jakiś, oczywisty dla wszystkich poza mną, powód takiego nieuwzględnienia. Przy czym przyczyna nieuwzględnienia nie wynikałaby z syntetycznego charakteru podręcznikowej narracji lub upodobania autora podręcznika. Być może chodzi tu o „niechodliwość tematyki”, ale to już zarzut nie do samej pracy. Wprawdzie podręcznik[4], którego recen-

3 Zob. F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. I Einleitung, Quellenkunde, Frühzet und Republik*, München 1988, tom ten poświęcony jest, poza ogólnymi zagadnieniami metodologicznymi, prawu archaicznemu i przedklasycznemu wraz z bogatą literaturą. Także polska romanistyka intensywnie zajmowała się i zajmuje zagadnieniami prawa archaicznego, zob. E. Gintowt, *Rzymskie prawo prywatne w epoce postępowania legisakcyjnego (od decemwiratu do lex Aebutia)*, Warszawa 1960, przedruk w opracowaniu W. Wołodkiewicza, Warszawa 2005; także prace wykazane w opracowaniach bibliograficznych M. Zabłockiej, *Romanistyka polska po II wojnie światowej*, Warszawa 2002 oraz *Romanistyka polska w pierwszym dziesięcioleciu XXI wieku*, Warszawa 2013; również rozprawa recenzenta, *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*, wyd. 2, Wrocław 2007, bez zagadnień i wątków archaicznych nie mogła się obejść, wszakże jej ważnym wątkiem jest nadużycie władzy ojcowskiej, owej archaicznej *patria potestas*, a także równie archaiczny zakaz dysponowania majątkiem dotykający marnotrawców.

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

zent jest współautorem, w części poświeconej historii źródeł prawa rzymskiego, rzeczywiście właściwie pomija powstanie i znaczenie ustawy XII tablic, chociaż uwzględnia inne zagadnienia prawa archaicznego. Nie ustanawia jeszcze przez to normy podręcznikowej. Większość autorów podręczników akademickich przyznaje tej ustawie ważne miejsce w rozwoju prawa rzymskiego[5]. Wychodzą bowiem ze słusznego założenia, że ustawa XII tablic oddziaływała na rozwój prawa rzymskiego i w sposób istotny wpłynęła na kształt późniejszych rozwiązań. Z ustawy XII tablic wywodzi się przecież porządek dziedziczenia, zarówno ustawowy, jak i testamentowy. Recenzent nie zauważa, że w moich rozważaniach wokół tab. 4.2 wiele miejsca zajmuje problematyka prawa spadkowego; jest to materia interesująca również mojego recenzenta, czemu dał wielokrotnie wyraz w swoich publikacjach[6], a przecież autorzy współczesnych podręczników systematycznie ograniczają ten dział prawa, redukując go do podstawowych pojęć.

Recenzent kwestionuje fakt, że ustawa XII tablic jest dziełem komisji decemwirów działających w V. w. p.n.e. Przyjmuje za swoją opinię, że jest ona zbiorem maksym prawnych powstałym około III w. n.e. Jednak w swojej monografii *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*[7] przywołuje autorów, z których żaden nie kwestionuje ani historycznego faktu powstania ustawy, ani jej tradycyjnego datowania. Być może zmienił zdanie pod wpływem lektury prac M.-T. Fögen[8]. Jest to o tyle dziwne, że autorka ogłosiła je po raz pierwszy jeszcze przed publikacją pierwszego wydania książki recenzenta. Jej poglądy na ustawę XII tablic nie należą do głównego nurtu badań nad prawem rzymskim. Można je uznać za rodzaj „prowokacji intelektualnej", której celem jest demaskowanie negatywnych stereotypów zakodowanych w tradycyjnej rzymskiej narracji o ważnych momentach, w których następowały istotne zmiany ustroju i prawa. Autorka wykorzystuje do podważenia wiarygodności przekazu o powstaniu ustawy fakt, że przekaz ten został spisany w dużo późniejszym okresie w stosunku do powstania ustawy, że towarzyszą mu opowieści, których historyczność jest nieweryfikowalna, jak dążenie Appiusa Claudiusa do tyranii oraz śmierć Werginii[9]. Wyciąga wniosek, iż także

> **Odniosłem wrażenie, że przy okazji negatywnej oceny mojej rozprawy recenzent zmierza do zakwestionowania zasadności badań nad prawem rzymskim okresu archaicznego w ogóle.**

5 Zob. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, (wyd. 5) Warszawa 2009, s. 24 i 48.

6 Ostatnio obszerny rozdział w podręczniku *Prawo rzymskie…*, dz. cyt. (współaut., wyd. 2, Warszawa 2014) oraz monografię *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011.

7 F. Longchamps de Bérier, *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*, (wyd. 1) Wrocław 2004, s. 77, przyp. 130.

8 M.-T. Fögen, *Das römische Zwölftafelgesetz. Eine imaginierte Wirklichkeit* (w:) M. Witte, M.-T. Fögen (eds.), *Kodifizierung und Legitimierung des Rechts in der Antike*, Wiesbaden 2005, s. 45–70; podobnie taż, *Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*, Göttingen 2002, s. 61–124.

9 Zob. J.F. Gardner, *Mity rzymskie*, przeł. R.A. Sucharski, Warszawa 2000, s. 74 i n.

powstanie ustawy XII tablic w V w. p.n.e. jest dużo późniejszą legendą. Argumenty te nie uzasadnią jednak, jak czyni to M.-T. Fögen[10], zakwestionowania historyczności powstania ustawy. Naturalnie należy zachować ostrożność i krytycyzm w stosunku do przekazów rzymskiej tradycji dotyczących wczesnej historii Rzymu, gdyż mieszają się w nich wątki legendarne z faktami historycznymi, jednak stosowanie zasady, że skoro część tradycji składa się z przekazów legendarnych, to wynika z tego, że wszystkie jej elementy są nieprawdziwe… – taka teza idzie zbyt daleko i nie jest podzielana w metodologii badań historycznych[11]. Przeciwnie, wiele legend rodziło się w związku z historycznymi wydarzeniami. W mojej pracy przyjąłem, za dominującą współcześnie opinią[12], podobnie jak czynił to w swoich badaniach jeszcze niedawno recenzent, że ustawa jest pomnikiem prawa z V w. p.n.e.

W recenzji pojawia się opinia, że jestem uprzedzony do „nadużycia prawa". Według słownikowego znaczenia „uprzedzenie" to „nieuzasadniona niechęć". W swojej pracy nie feruję ogólnych opinii na temat nadużycia prawa bez podania przyczyn, dlatego nie sądzę, aby ta opinia była trafna. Nadużycie prawa nie jest w mojej pracy centralnym zagadnieniem. Zajmuję się jedynie zgaśnięciem władzy ojcowskiej, w tym zakresie uznaję, że przy jej wykonywaniu trudno przypisać źródłom jakkolwiek rozumianą intencję poskromienia nieprawidłowego wykonywania władzy ojcowskiej, która mogłaby zostać potraktowana jako jej „nadużycie". Rozumiem, że można się z tym nie zgadzać, uznać argumenty za niezasadne, ale skoro są argumenty, to nie jest już „nieuzasadniona niechęć". Posługuję się w pracy terminem „teoria nadużycia", ale używam tego terminu jako zbiorczej nazwy pewnego nurtu w poszukiwaniach rozwiązania problemu trzykrotnej sprzedaży syna. W badaniach nad zagadnieniem „sprzedaży synów" dotychczas wychodzono z założenia, że skoro ojcu odbiera się władztwo nad synem w określonej sytuacji, to musi to być nagana za sposób korzystania z niego. Wyciągano więc jedynie wniosek pośredni, że ustawa jest przejawem ograniczania władzy ojcowskiej ze względu na niewłaściwe z niej korzystanie. Rzeczywisty problem pojawia się wówczas, gdy pytamy o postępowanie *pater familias*, które byłoby *in concreto* dla mentalności archaicznej tak rażące, aby dokonać ustawowej ingerencji w *potestas* ojca. Nazywanie tego nadużywaniem prawa jest zależne od przyjętych definicji – zarówno prawa, jak i jego nadużycia. Nie to było przedmiotem moich badań. Badacze, którzy wyszli z założenia, że ustawa ograni-

10 Konstruowanie i zachowywanie w pamięci wydarzeń założycielskich danej wspólnoty jest dziś bogatym nurtem badawczym socjologii. Ważne z punktu widzenia wspólnoty wydarzenia mogą być przez wieki przechowywane w tradycji ustnej bez większego uszczerbku, a często są wiązane z opowieścią, która konkretyzuje miejsca i wiąże je z „drastycznym" wydarzeniem, które pozwala słuchaczom łatwo zapamiętać owo wydarzenie, ma więc walor mnemotechniczny, zob. J. Assmann, *Pamięć kulturowa. Pismo, zapamiętywanie i polityczna tożsamość w cywilizacjach starożytnych*, przeł. A. Kryczyńska-Pham, Warszawa 2008, w szczególności s. 76–101.

11 O rozumieniu historii przez starożytnych i współczesnej postawie metodologicznej w odniesieniu do pisarzy rzymskich zob. E. Wipszycka (red.), *Vademecum historyka starożytnej Grecji i Rzymu. Źródłoznawstwo starożytności klasycznej*, t. I/II, Warszawa 2001, szczególnie s. 28 i n.

12 F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*…, dz. cyt., s. 287–307; w dawniejszej literaturze na przełomie XIX i XX w. pojawił się nurt krytyczny, który poddawał rewizji narrację historyków starożytnych, przesuwając na późniejsze wieki wydarzenia, które tradycja datowała na okres archaiczny, w tej rewizjonistycznej chronologii ustawa XII tablic miała być zbiorem powstałym pod koniec III w. p.n.e. Tezy takie głosili historyk E. Pais, *Storia di Roma*, t. I, Torino 1898, który uważał, że ustawa powstała, ale 150 lat później, oraz E. Lambert, *La Question de l'authenticité des Tables et le annales maximi*, „Nouvelle revue historique de droit français et étranger" 1902, vol. 26, który uważał, że to, co uchodzi za ustawę, jest późną kompilacją starych maksym. Poglądy te od dawna należą do historii historiografii, a współcześni historycy zasadniczo uznają chronologię wydarzeń podawaną przez rzymską tradycję; w sprawie ustawy XII tab., zob. A. Ziółkowski, *Historia Rzymu*, Poznań 2008, s. 111–112. Wśród badaczy prawa rzymskiego panuje zasadniczo jednomyślność w kwestii powstania i datowania ustawy XII tablic i nie tylko, jak sugeruje recenzent, w zapóźnionych podręcznikach, lecz w całej naukowej literaturze, dla przykładu: G. Poma, *Tra legislatori e tiranni: problemi storici e storiografici sull'età delle Dodici tavole*, Bologna 1984.

czała władzę ojca, dążyli do wykazania, że trzykrotne oddanie syna, a następnie jego uwolnienie spod władzy innego *pater familias* było społecznie i prawnie możliwe. Założenie to trudno pogodzić z naturą *mancipatio*, która prowadzi do trwałego przeniesienia prawa na nabywcę, a więc musiała powodować zgaśnięcie władzy ojcowskiej na skutek *capitis deminutio*. Przyjmuje się przecież, że *mancipatio fiduciaria*, nawet jeśli istniała w owym czasie, nie była jeszcze zaskarżalna, gdyż *actio fiduciae* powstała dużo później. Jeśli jednak przyjąć, że nabywca zachował się zgodnie z treścią *pactum fiduciae*, dlaczego zamiast remancypować syna, dokonywał uwolnienia za pomocą *manumissio*? Wyjaśnienie społeczno-prawnej możliwości wielokrotnej „sprzedaży" syna stało się dla badaczy *crux interpretationis*. W tym kierunku szły wysiłki badawcze poszukujące wyjaśnienia funkcji i treści normy z tab. 4.2. Oczywiście sięgano do wzorów orientalnych czy greckich, lecz dowodziły one jedynie podkreślenia odmienności rozwiązania rzymskiego. Recenzent tymczasem próbuje zbagatelizować ten problem badawczy jako nieistotny dla współczesności i zajmować się historią prawa rzymskiego pod hasłem „już starożytni Rzymianie".

W mojej pracy przeprowadziłem krytykę dotychczasowych poglądów w materii sprzedaży dzieci w okresie archaicznym, starałem się wykazać ich słabe punkty i niespójności. Nie biorąc tych krytyk poważnie, recenzent powtórzył dotychczasowe opinie na temat okoliczności społecznych i gospodarczych, które mogły prowadzić do trzykrotnej „sprzedaży" syna, oraz że syn uwolniony spod władzy ojca „miał lepiej" niż pod nią pozostający. Rozumiem, że moje krytyki poglądów doktryny nie przekonały recenzenta – zasłania się on brakiem nowych źródeł, nie podważa jednak moich ustaleń, jakby w sprawie tych, które są, powiedziano już ostanie słowo.

Propozycja rozwiązania zagadnienia celu normy zawartej w tab. 4.2, którą przedstawiłem w pracy, pozwala uniknąć spekulacji dotyczących gospodarczego znaczenia oddawania członków rodziny zbywcy pod władzę nabywcy. Uważam, że rozwiązanie kryje się w strukturze i instytucjach prawa archaicznego. Pozwala ono wyjaśnić, na czym polegała nowość w interpretacji normy wprowadzona przez pontyfików, a prowadząca do ukształtowania się *emancipatio*. Jeśli przyjmiemy, że ustawa nakazywała wygaśnięcie władzy po trzeciej sprzedaży, to twórczy wkład pontyfików w interpretację zmierzającą do ukształtowania *emancipatio* nie byłby wart wspominania przez tradycję. Sądziłem, że moja zasługa będzie polegała na spójnym wyjaśnieniu funkcji normy i zabiegów interpretacyjnych oraz okoliczności społeczno-gospodarczych, które doprowadziły do powstania *emancipatio*; naturalnie na podstawie poszlak i fragmentarycznych informacji zawartych w źródłach. Recenzent mnie łaje i uważa, że jak było dawniej, jest lepiej. Rozumiem, że nie przekonały go moje argumenty, ale strategia nieprzyjmowania ich do wiadomości nie może stanowić esencji polemiki. Wiem, że nie jest łatwo znaleźć miejsce dla nowych propozycji, ale przyganianie, że ich zgłaszanie nie ma sensu, to krytyka zbyt daleko odbiegająca od rzetelności.

> **Rykoszetem oberwało się również Gaiusowi.**

Rykoszetem oberwało się również Gaiusowi. Zdaniem recenzenta zbytnio zaufałem temu „prowincjonalnemu nauczycielowi prawa", przytacza on opinie autorów nawołujących do ostrożnego korzystania z tekstu *Instytucji*. Te ostatnie były już wielokrotnie przedmiotem krytyki filologicznej i merytorycznej. Trwają badania nad rekonstrukcją rękopisu, rozszyfrowaniem treści, zgłaszano interpolacje, dostrzeżono już chyba wszystkie niedostatki Gaiusowego tekstu, a jednak pozostaje dla nas najważniejszym tekstem z epoki. Może recenzent chciał powiedzieć, że korzystałem z tekstów Giusa w sposób bezkrytyczny. Mnie się wydawało, że przeprowadziłem wszystkie niezbędne czynności związane z krytyką teks-

tu. Teraz pozostaje już dyskutować merytorycznie, o konkretnych tekstach *Instytucji* analizowanych w mojej pracy, zamiast wzywać do metodologicznej „ostrożności". Recenzent nie wyjaśnia, gdzie z braku owej metodologicznej ostrożności błędnie interpretuję teksty Gaiusa. Tradycyjnie Gaius obok Pomponiusza uchodzi za jednego z „historycznie wrażliwych" autorów. Ta wrażliwość wyraża się w pragnieniu przedstawienia tradycyjnych instytucji sięgających czasami dalekiej przeszłości, nawet jeśli utraciły odgrywa niepoślednią rolę. Jesteśmy tego uczeni od wczesnych lat szkolnych za wzorem antycznych tradycji retorycznych. Nie jestem przeciwnikiem przejrzystej struktury pracy. Owe dwa podsumowania w rozdziale III, które tak ubodły recenzenta, to poświęcenie symetryczności układu pracy na rzecz lepszego zaprezentowania dotychczasowych stanowisk. Dążyłem do tego, aby precyzyjnie przedstawić główne argumenty spotykane w literaturze w analizowanej kwestii. Przy okazji spotyka mnie zarzut,

> **Dążyłem do tego, aby precyzyjnie przedstawić główne argumenty spotykane w literaturze w analizowanej kwestii.**

w ich czasach aktualność. Już dawno ustalono, że nie chodzi tu o historycyzm w naszym dzisiejszym rozumieniu. Wiarygodność tradycji to osobne zagadnienie, wymagające krytycznego podejścia. Nie jest dla mnie jasne, czy recenzent w związku z tym zarzuca mi brak takiego krytycznego i metodologicznie uzasadnionego podejścia. Nie wskazuje on jednak, w którym miejscu przy odczytaniu Gaiusa sprzeniewierzyłem się współczesnej nauce prawa rzymskiego w materii krytycznej lektury źródeł.

Recenzentowi moje wywody wydają się czasami dziwne. Nie mogę traktować jako zarzutu tego subiektywnego odczucia. Pozwolę sobie jedynie zaznaczyć, że materia jest niezwykle trudna do wyłożenia, ze względu na wielorakość zachodzących na siebie wątków. Praca przedstawia relacje i struktury rodzinne, które nie mają współczesnych odpowiedników, dlatego łatwo popaść w pozorne podobieństwa i pośpieszne analogie, stąd potrzeba precyzji i konieczność „nadużywania" zwrotów źródłowych. Wielu uczonych zabierających głos w dyskusji prowadziło zawiłe rozważania oparte na subtelnych rozróżnieniach, nie zawsze łatwych do odtworzenia, co musiało przełożyć się na język i sposób prowadzenia wywodu. Rozumiem zamiłowanie recenzenta do klarownego układu tekstu, w którym symetria że zwolenników „teorii nadużycia" potraktowałem bezosobowo. Nie wiem, co recenzent mi zarzuca. Wszystkich, których stanowiska były oparte na argumentach, przywołałem, a ich poglądy analizowałem. Pominąłem tych, którzy powołując się na opinie innych, ograniczyli się do stwierdzenia, że ustawa ograniczała władzę ojcowską. Poglądy te oparte są na założeniu, które jest z kolei samo wnioskiem z normy tab. 4.2, że władza ojcowska jest wieczysta i nie gaśnie w związku z dysponowaniem nią przez czynność prawną, a więc stanowi ewenement w porównaniu z pozostałymi przejawami władztwa (później własności). Powstaje wówczas taki schemat prawny: pewne prawo jest niezbywalne, kto próbuje je zbyć, dopuszcza się nadużycia prawa, zatem spotka go „kara" w postaci utraty tego prawa. Czy nie przypomina to recenzentowi schematu *reductio ad absurdum*? Do uznania zarzutu „konstruowania sobie przeciwnika", należałoby wykazać, że rozmyślnie poprzekręcałem wywody i argumenty innych, że byłem nierzetelny. Recenzent nie przytacza jednak żadnego konkretnego przykładu umyślnego lub nawet nieumyślnego przekręcenia opinii analizowanych autorów. Wszystkie tezy przedstawiam tak, jak je w najlepszej wierze zrozumiałem. Przy tym nie zgłaszam pretensji, że wszystko zrozumiałem zgodnie z intencją auto-

rów przytaczanych hipotez. Przy okazji recenzent przypisuje mi opinię o „prostytuowaniu syna". Jest to pogląd Bena Stoopa i w pracy analizuję tę opinię dokładnie i poddaję krytyce. Przypisanie mi tej opinii wynika być może z nadmiernej koncentracji recenzenta na potknięciach redakcyjnych.

Recenzent dostrzega palący brak kontekstu prawnoporównawczego w perspektywie praw orientalnych. Wydaje mi się, że w pracy uczyniłem zadość problematyce porównania z prawami Bliskiego Wschodu, przytaczając opinię R. Westbrooka. Przy okazji uzasadniam, że rzymskie rozwiązania nie wykazują żadnych podobieństw do innych znanych porządków prawnych świata starożytnego. Doktryna stoi zresztą na stanowisku, że nie ma podstaw do przeprowadzania mniej lub bardziej pouczających analogii między tymi porządkami, poza oczywiście samym faktem, że spotykamy w nich praktykę udostępniania innym pracy domowników „pana domu" jako formę zabezpieczenia lub spłaty długu.

Recenzent uznaje mnie za niepoprawnego uparciucha, który z przekory (wobec kogo?) pisze niepotrzebną rozprawę. W jego opinii „hipoteza z trudnością coś rozwiąże". Jeśli jednak stanowi alternatywę i na coś naprowadza, to mogę uznać moje zadanie za wykonane. Nawet jeśli „z trudnością", to jednak oznacza, że moja propozycja jest alternatywą dla dotychczasowych poglądów. Jako autor nie mam prawa wymagać więcej. Czy moja propozycja zyska uznanie w nauce, to już jest poza moim zasięgiem. Doświadczenie z recenzją F. Longchamps de Bérier nie jest zachęcające, ale może inni czytelnicy i recenzenci przynajmniej docenią pracę włożoną przez autora w rozwijanie nowych hipotez. Moja rozprawa spotkała się z przychylną opinią recenzentów w przewodzie habilitacyjnym, więc może nie jest tak „beznadziejna", jak sugeruje recenzent. Uważa on, że trudziłem się niepotrzebnie, gdyż żądanych przez niego „twardych wniosków" nie wyciągam. Czym są owe twarde wnioski, niekwestionowane prawdy, czy tworzy je *opinio communis*? Nauka, jak mi się zdawało, rozwija się przez stawianie i testowanie hipotez. W badaniach nad prawem rzymskim z trudem można znaleźć „ostateczne rezultaty", opinie, które nie są lub nie były kwestionowane, poddawane krytyce, przeformułowane. Dowodu na to dostarcza postawa samego recenzenta w sprawie historyczności ustawy XII tablic.

Recenzent wyraża przekonanie, że zaprezentowana w książce rekonstrukcja niewiele wnosi do badań nad prawem rzymskim. Myślę, iż zgodziłby się z tezą, że koncepcja władzy ojcowskiej (*patria potestas*) jest centralnym punktem, wokół którego toczy się większość dziejów prawa w Rzymie. Zrozumienie jej dynamiki daje nam ważny element ewolucji całego porządku prawnego w antycznym Rzymie. Przesunięcie w tym obrazie punktu ciężkości z uprawnień, głównie negatywnych, niezwykle zresztą ważnych, na funkcję rozumianą jako czynnik zapewniający rzymskiej *familia* autonomię, spoistość oraz ciągłość, czyniąc z niej podstawowy element porządku społecznego i publicznego, pozwala nam zrozumieć nie tylko negatywną, ale i pozytywną rolę władzy ojcowskiej. Prezentowane w książce wyjaśnienie znaczenia frazy umieszczonej w tab. 4.2 oraz rekonstrukcja późniejszego procesu jej interpretacji, prowadzącej do powstania *emancipatio*, nie dają się pogodzić z dotychczasowymi poglądami wyrażanymi w literaturze przedmiotu, z tego powodu, że dla „teorii nadużycia" konieczna jest wieczysta i niezbywalna władza ojcowska, a to założenie zostało w pracy zakwestionowane. W takim stanie rzeczy już pierwsza dyspozycja władzą prowadziła do jej wygaśnięcia, nie było więc czego „nadużywać". Ustawa nie tyle nie chciała, co nie mogła „karać" ojca utratą władzy, skoro przy pierwszym rozporządzeniu przepadała ona bezpowrotnie. Wskazuje na to pochodzący z ustaw królewskich zakaz „sprzedawania" syna, któremu ojciec pozwolił się ożenić. Zakaz ten wyszedł z użycia po ustawie XII tablic, gdyż pomimo rozporządzenia władzą na jej podstawie zachowywała się więź uprawniająca do dziedziczenia, do zaliczenia takiego syna w poczet *sui heredes*. Wielu autorów, którzy rozważali kwestię archaicznej *patria potestas*, zastanawiało się, dlaczego ustawa ogranicza prawo „sprzedawania" syna, nie ingerując w o wiele surowszy jej przejaw, mianowicie prawo zabicia syna. Jeśli przyjmiemy jednak, że jej celem było zachowanie ciągłości władzy ojcowskiej, zagrożonej oddaniem władztwa nad synem, a nie doprowadzenie do jej utraty, zyskujemy spoisty obraz władzy ojcowskiej. Już z tego wynika, że celem tab. 4.2. nie mogła być

korekta przejawów „nadużycia" władzy ojcowskiej. W końcu sam recenzent przyznaje: „prawo preferuje syna jako domniemanego dziedzica, utrudniając zerwanie jego więzi rodzinnych i nadziei spadkowych". Ale i to jest ujęcie za wąskie, prawo rzymskie nie preferuje ani ojca, ani syna, oczekuje natomiast trwania poszczególnych *familiae*, tworzy takie rozwiązania, które pozwalają zachować im „tożsamość" nawet w sytuacjach, gdy osoby do nich należące nie chcą zachowywać się zgodnie z przyjętym kodem społecznym. Czy nie tu leży *ratio* ograniczenia marnotrawcy w swobodzie rozporządzania majątkiem odziedziczonym po przodkach?

Tekst recenzji otrzymałem od wydawnictwa z zastrzeżeniem krótkiego terminu na przygotowanie odpowiedzi. Tych kilka uwag niech będzie zaczątkiem polemiki, wyklarowaniem mojego stanowiska i celu badawczego. Wiele uwag krytycznych opiera recenzent na swoich wrażeniach i odczuciach, np. że pracę *Ancient Law* napisaną przez H. Sumner Maine'go cytuję z drugiej ręki, i inne podobne. Trudno polemizować z takimi uwagami. Germanizmy czy makaronizmy, jeśli są obecne w pracy, być może są wyrazem zbytniego wrośnięcia w żargon naukowy, choć nie wydają się występować w nasileniu wyraźnie wyższym niż jest to przyjęte w pracach tego typu. Papirus Lipski jednak jest w wykazie źródeł. Potknięcia językowe i inne niedoskonałości redakcyjne, które się niestety zdarzają mimo pilnej pracy wielu osób, obciążają autora, który może jedynie wyrazić ubolewanie z powodu ich zaistnienia.

Adam Karczmarek

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 kwietnia 2013 r., II GSK 92/12

Adam Karczmarek

Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, doktorant w Zakładzie Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego WPiA UW, ekspert do spraw legislacji w Biurze Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, zastępca dyrektora biura zarządu w PKP CARGO S.A., założyciel stowarzyszenia ConsuLex Law IT Consulting.

Jakkolwiek kontrolę wykonania obowiązku rejestracji odbiorników radiowo-telewizyjnych przeprowadzono w lokalu użytkowym zajmowanym przez D.K., to należy zgodzić się z wnoszącym skargę kasacyjną, że nie była to kontrola jego działalności gospodarczej, o jakiej mowa w art. 77 ust. 1 w zw. z art. 2 u.s.d.g. Kontrola ta dotyczyła bowiem przestrzegania obowiązku rejestracji odbiorników RTV, który jest nałożony na każdego, kto użytkuje taki odbiornik, niezależnie od tego, czy jest on wykorzystywany w działalności gospodarczej, czy też służy do użytku osobistego.

Wprowadzenie

Glosowany wyrok dotyczy kwestii niezwykle istotnej z punktu widzenia przedsiębiorcy, a mianowicie zakresu stosowania przepisów rozdziału 5 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[1] (dalej: u.s.d.g.) zatytułowanego „Kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy". Uwzględniając fakt, że przepisy rozdz. 5 u.s.d.g. zorientowane są na łagodzenie uciążliwości kontroli prowadzonych przez organy administracji publicznej[2], w interesie przedsiębiorcy jest, aby znajdowały one jak najszersze za-

1 Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 672 z późn. zm.

2 Taką funkcję należy przypisywać przepisom u.s.d.g. przewidującym obowiązek: zawiadamiania przedsiębiorcy o zamiarze wszczęcia kontroli (art. 79 ust. 1), dokonywania czynności kontrolnych w obecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej (art. 80 ust. 1), przeprowadzania kontroli w siedzibie kontrolowanego lub w miejscu wykonywania działalności gospodarczej oraz w godzinach pracy lub w czasie faktycznego wykonywania działalności gospodarczej przez kontrolowanego (art. 80a ust. 1), w sposób sprawny i możliwie niezakłócający funkcjonowania kontrolowanego przedsiębiorcy (art. 80b). Przepisy u.s.d.g. zakazują też podejmowania i prowadzenia równocześnie więcej niż jednej kontroli działalności przedsiębiorcy (art. 82 ust. 1) oraz limitują czas trwania wszystkich kontroli organu kontroli u przedsiębiorcy w jednym roku kalendarzowym (art. 83 ust. 1).

stosowanie. Niekiedy jednak ustalenie, czy standardy określone przepisami u.s.d.g. wyznaczają zasady postępowania organów administracji kontrolujących przedsiębiorcę w konkretnym stanie faktycznym, nastręcza trudności. Trudności te nie dotyczą zresztą jedynie kontroli wykonania obowiązku rejestracji odbiorników radiowych i telewizyjnych, jak w przypadku glosowanego wyroku, ale także i kontroli prowadzonych np. przez organy Państwowej Inspekcji Pracy. Stan ten utrzymuje się od dnia wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz o zmianie niektórych innych ustaw[3] (dalej: nowelizacja z 19 grudnia 2008 r.).

Od kilku lat kwestia zakresu stosowania przepisów rozdz. 5 u.s.d.g. stanowi przedmiot sporów pomiędzy przedsiębiorcami a organami administracji publicznej. W tym kontekście na uwagę zasługują wszelkie wypowiedzi przedstawicieli organów wymiaru sprawiedliwości, przyczyniające się do ustalenia katalogu kontroli, których podmiotem może stać się przedsiębiorca, a które nie są prowadzone przy uwzględnieniu postanowień ustawy. Wydaje się, że obecnie możemy już mówić o kształtowaniu wyraźnej linii orzeczniczej, w który to nurt wpisuje się glosowany wyrok[4]. Wymaga on tym bardziej odnotowania i komentarza, że w przedmiotowej kwestii miał okazję wypowiedzieć się Naczelny Sąd Administracyjny.

Stan faktyczny

W wyniku kontroli wykonania obowiązku rejestracji odbiorników radiofonicznych i telewizyjnych, przeprowadzonej w lokalu zajmowanym przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą w zakresie świadczenia usług hotelarskich, stwierdzono fakt używania dwudziestu dwóch odbiorników telewizyjnych – w pokojach hotelowych. Okoliczność ta stanowiła podstawę do wydania decyzji nakazującej rejestrację używanych odbiorników oraz nałożenia opłaty za ich używanie. Kontrola została przeprowadzona w trybie art. 7 ustawy z dnia 21 kwietnia 2005 r. o opłatach abonamentowych[5] (dalej: u.o.a.).

Działając na podstawie art. 2, art. 5 ust. 1 i 3, art. 7 ust. 7 u.o.a. oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego[6], po rozpatrzeniu odwołania przedsiębiorcy, Minister Infrastruktury utrzymał w mocy wydaną decyzję, wobec czego przedsiębiorca wniósł skargę do sądu administracyjnego.

Wojewódzki sąd administracyjny uznał, że sposób kontroli obowiązku rejestracji odbiorników telewizyjnych przeprowadzonej na podstawie art. 7 ust. 1 u.o.a. był niezgodny z ogólnymi zasadami kontroli zawartymi w przepisach u.s.d.g. Jak wskazał WSA, w przepisach rozdz. 5 u.s.d.g. uregulowano *sui generis* zasady oraz tryb przeprowadzania kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorców. Zgodnie natomiast z art. 79 ust. 1 u.s.d.g. organy kontroli mają obowiązek zawiadomienia przedsiębiorcy o zamiarze wszczęcia kontroli. Zawiadomienia nie dokonuje się tylko w ściśle określonych przypadkach, wskazanych w art. 79 ust. 2 i 3 u.s.d.g. W ocenie sądu organ kontroli uchybił wymienionym przepisom prawa. W sprawie nie wystąpiła żadna z przesłanek uzasadniających odstąpienie od obowiązku zawiadamiania przedsiębiorcy o planowanej kontroli, a przynajmniej organ ów przyczyny braku zawiadomienia nie uzasadnił. Ponadto – zdaniem WSA – uchybienie zasadzie zawiadomienia przedsiębiorcy o zamiarze wszczęcia kontroli skutkowało naruszeniem art. 80 ust. 1 u.s.d.g. (dotyczącego obowiązku dokonywania czynności kontrolnych w obecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej). Sąd uznał, że naruszenia te miały charakter istotny, tym samym, zgodnie z treścią art. 77 ust. 6 u.s.d.g., dowody przeprowadzone w toku kontroli przez organ kontroli nie mogły stanowić dowodu w przedmiotowym postępowaniu.

Minister Infrastruktury złożył od powyższego wyroku skargę kasacyjną, w której podniósł m.in. zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zasto-

3 Dz.U. z 2009 r. nr 18, poz. 97 z późn. zm.

4 Zob. wyrok WSA w Krakowie z dnia 11 marca 2010 r., III SA/Kr 1002/09; wyrok WSA w Opolu z dnia 18 listopada 2010 r., II SA/Op 481/10; postanowienie NSA z dnia 17 grudnia 2010 r., I OSK 1030/10; wyrok NSA z dnia 8 lipca 2011 r., I OSK 289/11.

5 Dz.U. z 2005 r. nr 85, poz. 728 z późn. zm.

6 Dz.U. z 2000 r. nr 98, poz. 1071 z późn. zm.

sowanie, powołując się na art. 174 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[7]. Zdaniem ministra naruszenie to polegało na błędnym przyjęciu, iż art. 77 ust. 2, art. 79 ust. 1 oraz art. 80 ust. 1 u.s.d.g. mają zastosowanie w odniesieniu do kontroli wykonania obowiązku rejestracji odbiorników radiofonicznych i telewizyjnych przeprowadzanej na podstawie art. 7 ust. 1 u.o.a.

podmiotów, które posiadają odbiorniki radiofoniczne lub telewizyjne i ich używają.

Naczelny Sąd Administracyjny przychylił się do stanowiska zaprezentowanego w skardze kasacyjnej. W uzasadnieniu wyroku wskazał, że jakkolwiek w przedmiotowym stanie faktycznym kontrolę wykonania obowiązku rejestracji odbiorników radiowo-telewizyjnych przeprowadzono w lokalu zajmowanym przez przedsiębiorcę, to należy zgodzić się, iż

> **W uzasadnieniu skargi wskazano, że do ustawowych znamion działalności gospodarczej przedsiębiorcy nie należy posiadanie i użytkowanie przez niego odbiorników radiofonicznych i telewizyjnych, albowiem odbiorniki te nie służą do prowadzenia działalności gospodarczej, lecz do odbioru programów radiowych i telewizyjnych.**

W uzasadnieniu skargi wskazano, że do ustawowych znamion działalności gospodarczej przedsiębiorcy nie należy posiadanie i użytkowanie przez niego odbiorników radiofonicznych i telewizyjnych, albowiem odbiorniki te nie służą do prowadzenia działalności gospodarczej, lecz do odbioru programów radiowych i telewizyjnych. Ustawa o opłatach abonamentowych nie należy ponadto do kategorii aktów prawnych, o których mowa w art. 77 ust. 3 u.s.d.g. Nie jest aktem szczególnym w rozumieniu tego przepisu, ponieważ nie dotyczy działalności gospodarczej przedsiębiorcy. Fakt posiadania odbiorników przez przedsiębiorcę nie wchodzi w zakres jego działalności gospodarczej, a ustawa o opłatach abonamentowych nie jest adresowana do osób prowadzących działalność gospodarczą, lecz do wszystkich nie była to kontrola jego działalności gospodarczej, o jakiej mowa w art. 77 ust. 1 w zw. z art. 2 u.s.d.g. Kontrola ta dotyczyła przestrzegania obowiązku rejestracji odbiorników RTV, który jest nałożony na każdego, kto użytkuje taki odbiornik, niezależnie od tego, czy jest on wykorzystywany w działalności gospodarczej, czy też służy do użytku osobistego. Ustawa o opłatach abonamentowych jest adresowana do wszystkich podmiotów, które posiadają odbiorniki telewizyjne lub radiofoniczne i ich używają, a obowiązek rejestracji odbiorników, który ma umożliwić zidentyfikowanie zobowiązanych do wnoszenia opłaty abonamentowej, tak samo jak opłata abonamentowa, ma charakter powszechny i dotyczy wszystkich obywateli.

Zdaniem NSA dodatkowym argumentem świadczącym o tym, że do kontroli przestrzegania obowiązków wynikających z ustawy o opłatach abona-

7 Dz.U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm.

mentowych nie mają zastosowania przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jest treść nowelizacji z 19 grudnia 2008 r. Poza ukonstytuowaniem obowiązujących obecnie standardów kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy, nowelizacja ta wprowadziła do 52 aktów prawnych, regulujących konkretne procedury kontrolne, przepisy odsyłające wprost do postanowień rozdz. 5 u.s.d.g. Innymi słowy, kontrole prowadzone na podstawie któregoś z tych 52 aktów prawnych powinny być dokonywane z uwzględnieniem przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, określających zasady kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy.

Nie było zamiarem ustawodawcy, aby kontrola rejestracji odbiorników, nawet użytkowanych w działalności gospodarczej, odbywała się w trybie określonym w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.

Pośród wskazanych w nowelizacji aktów prawnych nie znalazła się jednak ustawa o opłatach abonamentowych. Należy więc uznać, że nie było zamiarem ustawodawcy, aby kontrola rejestracji odbiorników, nawet użytkowanych w działalności gospodarczej, odbywała się w trybie określonym w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.

Stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego

Stanowisko zaprezentowane w wyroku NSA jest słuszne i zasługuje na uznanie. Autor niniejszej glosy dostrzega jednak pewne mankamenty przedstawionej przez sąd argumentacji, w zakresie dotyczącym rangi, jaką przypisał on poszczególnym stwierdzeniom zawartym w uzasadnieniu wyroku. Otóż wydaje się, że nie sposób absolutyzować poglądu, jakoby kontrola wykonania obowiązku rejestracji odbiorników radiowych i telewizyjnych nie mogła zostać zakwalifikowana jako „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy" z tego względu, że obowiązek rejestracji odbiorników ma charakter powszechny i nie dotyczy wyłącznie podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Przeciwnie, należy przyjąć, że nie może ona zostać uznana za „kontrolę działalności gospodarczej przedsiębiorcy" w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej właśnie ze względu na wyraźne wskazanie prawodawcy, tj. brak w ustawie o opłatach abonamentowych przepisu odsyłającego do postanowień rozdz. 5 u.s.d.g. Nie jest przy tym wykluczone, że prawodawca rozszerzy w przyszłości zakres stosowania przepisów rozdz. 5 u.s.d.g. także na procedury kontrolne określone w ustawie o opłatach abonamentowych i tym samym zakwalifikuje kontrolę prowadzoną na podstawie jej przepisów jako kontrolę działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Co więcej, kwalifikacja taka będzie semantycznie jak najbardziej poprawna. Przyjmuję, że argument zaprezentowany przez NSA jako dodatkowy (brak w ustawie o opłatach abonamentowych przepisu odsyłającego do postanowień rozdz. 5 u.s.d.g.) miał w istocie kluczowe znaczenie dla rozwiązania problemu, nad którym sąd się pochylał.

Pojęcie kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy

W kontekście twierdzeń zawartych w uzasadnieniu glosowanego wyroku warto poświęcić zainteresowanie sformułowaniu „kontrola działalności go-

spodarczej przedsiębiorcy", którym prawodawca posługuje się na gruncie przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej[8]. Zwrot ten został użyty m.in. w tytule rozdz. 5 u.s.d.g. oraz – co ważniejsze – w art. 77 ust. 1 u.s.d.g., który stanowi, że kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorców przeprowadzana jest na zasadach określonych w niniejszej ustawie, chyba że zasady i tryb kontroli wynikają z bezpośrednio stosowanych przepisów powszechnie obowiązującego prawa wspólnotowego albo z ratyfikowanych umów międzynarodowych. Przepis ten wyznacza zakres stosowania norm dekodowanych z treści rozdz. 5 u.s.d.g. Dotyczą one sytuacji określanej jako: „[k]ontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy". Tylko takiej sytuacji dotyczy przywołana przez WSA norma wyrażona w art. 79 ust. 1 u.s.d.g., która obliguje organy kontroli do zawiadamiania o zamiarze wszczęcia kontroli, jak również norma wyrażona w art. 80 ust. 1 u.s.d.g. nakładająca obowiązek dokonywania czynności kontrolnych w obecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej. Zakres stosowania przepisów rozdz. 5 u.s.d.g. wyznaczają więc desygnaty pojęcia „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy".

Ustalenie treści sformułowania „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy" ma istotne znaczenie dla oceny argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu wyroku NSA. Ponieważ sformułowanie to nie posiada definicji legalnej, warto poświęcić uwagę poszczególnym składającym się na nie pojęciom.

Pojęcie „działalność gospodarcza" jest używane w rozmaitych kontekstach normatywnych i posiada wiele definicji legalnych[9]. Najszersze zastosowanie ma z pewnością definicja zawarta w art. 2 u.s.d.g. Jak wskazuje Marek Szydło, „zawarta w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej definicja działalności gospodarczej ma charakter zdecydowanie uniwersalny, jej znaczenie zaś daleko wykracza poza potrzeby tego konkretnego aktu prawnego. Oznacza to, że powinna być ona stosowana wszędzie tam, gdzie odrębne przepisy odwołują się do pojęcia działalności gospodarczej i nie zawierają równocześnie własnej definicji tego pojęcia"[10]. Bez wątpienia definicja działalności gospodarczej zawarta w u.s.d.g. jest właściwym punktem odniesienia przy ustalaniu treści sformułowania „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy", jako że prawodawca posługuje się nim na gruncie tego samego aktu prawnego.

Działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 2 u.s.d.g. jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Jak wskazuje Tadeusz Kocowski, „zarobkowy charakter (…) jest niezbędną przesłanką warunkującą uznanie danej działalności za działalność gospodarczą i związany jest z jej odpłatnością"[11]. Brak podporządkowania ludzkiej aktywności kategorii zysku uniemożliwia zakwalifikowanie jej jako działalności gospodarczej[12]. Kryterium zarobkowości nie odnosi się przy tym do rezultatu aktywności, ale do oczekiwań podejmującego ją podmiotu. Jak wskazuje Adam Szafrański, zamiar nie jest tu jedynie przeżyciem psychicznym, lecz wolą podmiotu ujawnianą na zewnątrz poprzez wpis do ewidencji lub rejestru przedsiębiorców[13].

8 Zob. A. Karczmarek, *Glosa do wyroku WSA w Krakowie z dnia 11 marca 2010 r. sygn. akt III SA/Kr 1002/09*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego" 2012, nr 4.

9 Zob. ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2012 r. poz. 361 z późn. zm.); ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2012 r. poz. 749 z późn. zm.); ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1442 z późn. zm.); ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011 r. nr 177, poz. 1054 z późn. zm.).

10 M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 25. Zob. także T. Kocowski, *Przedsiębiorcy* (w:) L. Kieres (red.), *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 73–74.

11 T. Kocowski, *Przedsiębiorcy…*, dz. cyt., s. 77.

12 A. Walaszek-Pyzioł, *Swoboda działalności gospodarczej. Studium prawne*, Kraków 1994, s. 26.

13 A. Szafrański, *Przedsiębiorca publiczny wobec wolności gospodarczej*, Warszawa 2008, s. 50 i n. Więcej na temat cechy zarobkowości M. Szydło, *Swoboda działalności…*, dz. cyt., s. 36 i n.; M. Szydło, *Pojęcie działalności gospodarczej na gruncie nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Sądowy" 2005, nr 2, s. 29; A. Wasilewski, *Pojęcie działalności gospodarczej na gruncie prawa polskiego. Dylemat*

Zgodnie ze wskazaniem *Słownika języka polskiego PWN* pod pojęciem „działalność" należy rozumieć „zespół czynności, działań, podejmowanych w jakimś celu"[14]. W tym kontekście działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów u.s.d.g. jest zespół czynności podejmowanych w celach zarobkowych. Jak wskazał w wyroku z dnia 25 listopada 2005 r. Sąd Najwyższy, wykonywanie działalności gospodarczej obejmuje nie tylko faktyczne wykonywanie czynności należących do zakresu tej działalności, lecz także czynności zmierzające do zaistnienia takich czynności gospodarczych[15]. Z kolei WSA w Warszawie w wyroku z dnia 7 kwietnia 2008 r. wskazał, że działalność gospodarcza obejmuje nawet dokonywanie czynności czysto faktycznych, takich jak poszukiwanie nowych klientów, zamieszczanie ogłoszeń w prasie, załatwianie spraw urzędowych, zmierzających do stworzenia właściwych warunków jej wykonywania[16]. Bardziej czytelne i jednoznaczne stanowisko WSA w Warszawie sformułował w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 stycznia 2009 r., stwierdzając, iż „[n]ieuprawnione jest twierdzenie, że działalność gospodarcza wykonywana jest wyłącznie wówczas, gdy przedsiębiorca świadczy konkretną usługę. Prowadzenie działalności gospodarczej polega tak na stworzeniu odpowiednich warunków do jej wykonywania, oczekiwaniu na zamówienie, jak i na faktycznym wykonywaniu zleconej pracy"[17].

Wykonywanie działalności gospodarczej nie polega więc wyłącznie na dokonywaniu czynności prawnych, których bezpośrednim skutkiem jest przysporzenie zysku dokonującemu ich podmiotowi. Wiąże się ono także z nawiązywaniem stosunków prawnych z dostawcami, bankami oraz innymi podmiotami, także z organami administracji publicznej. W szerokim znaczeniu działalność gospodarcza obejmuje „obok działań z odpłatnym świadczeniem dóbr i usług (co uważamy za istotę przedsiębiorstwa) także procesy techniczne związane z wytwarzaniem tych dóbr i usług, jeśli są one swoiste lub typowe dla działalności gospodarczej"[18]. W ramach wykonywania działalności gospodarczej podejmowane są nie tylko czynności prawne, ale i faktyczne, które pozostają podporządkowane celom zarobkowym[19]. Powyższe ustalenia celnie puentuje konstatacja Anny Walaszek-Pyzioł: „działania, które podmiot gospodarczy podejmuje »w ramach działalności gospodarczej«, nie różnią się od działań »niegospodarczych« swoją treścią, a jedynie kontekstem sytuacyjnym"[20].

Wykonywanie działalności gospodarczej nie polega wyłącznie na dokonywaniu czynności prawnych, których bezpośrednim skutkiem jest przysporzenie zysku dokonującemu ich podmiotowi.

interpretacyjny, „Gospodarka–Administracja–Samorząd", Poznań 1997, s. 542–543.

14 M. Szymczak (red.), *Słownik* języka *polskiego PWN. A–K*, Warszawa 2002, s. 464.

15 Sygn. I UK 80/05.

16 Sygn. VI SA/Wa 1893/07.

17 Sygn. VII SA/Wa 1374/08.

18 A. Chełmoński, *Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym* (w:) L. Kieres (red.), *Administracyjne prawo…*, dz. cyt., s. 516; M. Waligórski, *Administracyjna regulacja działalności gospodarczej. Problemy prawnej reglamentacji*, Poznań 1998, s. 19 i n.

19 Zob. uchwała SN z dnia 16 maja 1991 r., III CZP 39/91; wyrok NSA z dnia 24 maja 1991 r., SA/Wr 294/91.

20 A. Walaszek-Pyzioł, *Swoboda…*, dz. cyt., s. 46.

Pojęcie „przedsiębiorca", podobnie jak pojęcie „działalność gospodarcza", nie posiada w polskim systemie prawnym jednej tylko definicji legalnej[21]. Również w tym przypadku przy ustalaniu treści sformułowania „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy" należy odwołać się do definicji przedsiębiorcy zawartej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. W rozumieniu art. 4 ust. 1 u.s.d.g. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. W świetle tej definicji przypisywanie określonemu podmiotowi statusu przedsiębiorcy możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy wykonuje on we własnym imieniu działalność gospodarczą[22]. W ten sposób pojęcia przedsiębiorcy i działalności gospodarczej wzajemnie się uzupełniają i opisują to samo zjawisko społeczne, obserwowane na dwóch płaszczyznach, odpowiednio: podmiotowej i przedmiotowej[23].

Pojęcie „kontrola" nie zostało zdefiniowane w prawie. Niemniej identyfikacja jego treści nie jest przedmiotem poważniejszych sporów w doktrynie[24]. Na ogół przyjmuje się, że pod pojęciem kontroli rozumieć należy: „1) badanie zgodności stanu istniejącego ze stanem postulowanym, 2) ustalenie zasięgu i przyczyn rozbieżności, 3) przekazanie wyników tego ustalenia, a czasem i wynikających stąd dyspozycji"[25]. Zwięzłą definicję kontroli zaprezentował Cezary Kosikowski, którego zdaniem istota kontroli sprowadza się przede wszystkim do zarejestrowania stanu faktycznego dotyczącego przedmiotu kontroli oraz porównania go ze stanem wyznaczonym przez prawo[26].

W świetle zaprezentowanych ustaleń, dotyczących poszczególnych pojęć składających się na sformułowanie „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy", termin ten powinien być odnoszony do działań mających na celu weryfikację, czy przedsiębiorca nie narusza w toku wykonywania działalności gospodarczej obowiązków nałożonych na niego zgodnie z prawem. Przedmiotem takiej kontroli są nie tylko czynności związane bezpośrednio z wykonywaną działalnością gospodarczą, czyli prowadzące do przysporzenia zysku, ale także i te, które mają na celu stworzenie ku temu warunków.

W świetle powyższych uwag nie jest już wcale oczywiste i jednoznaczne, że kontrola wykonania obowiązku rejestracji odbiorników telewizyjnych przez przedsiębiorcę świadczącego usługi hotelarskie nie może być kwalifikowana jako „kontrola działalności gospodarczej". Nie sposób nie zauważać, że w przedmiotowym stanie faktycznym przedsiębiorca wyposażył w odbiorniki telewizyjne wyłącznie pokoje hotelowe. Oczywistym celem tego działania było zwiększenie atrakcyjności jego oferty dla klientów. Innymi słowy, odbiorniki telewizyjne stanowiły narzędzie wykorzystywane przez przedsiębiorcę przy wykonywaniu przez niego działalności zarobkowej.

Zwiększenie atrakcyjności oferty może znajdować bezpośrednie przełożenie na wzrost popytu na oferowane usługi. Może także stanowić uzasadnienie dla podniesienia przez przedsiębiorcę cen tych usług. Tak więc wyposażenie pokoi hotelowych w odbiorniki telewizyjne pozostaje w funkcjonalnym związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Domniemaną funkcją wyposażenia pokoi hotelowych w odbiorniki telewizyjne jest zwiększenie zysku przedsiębiorcy.

Podkreślić warto, że bez wątpienia, o ile odbiorniki telewizyjne stanowią własność przedsiębiorcy w stanie faktycznym analogicznym do analizowa-

21 Definicję pojęcia przedsiębiorcy odnaleźć można w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. nr 50, poz. 331 z późn. zm.); ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.); ustawie z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. z 2013 r. poz. 385 z późn. zm.); ustawie z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. z 2011 r. nr 163, poz. 981) oraz ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

22 M. Szydło, *Swoboda działalności…*, dz. cyt., s. 88 i n.

23 K. Jaroszyński, *Przedsiębiorca* (w:) H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2009, s. 214.

24 Zob. jednak J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2007, s. 11 i n.

25 J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 1998, s. 346.

26 C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 411.

nego przez NSA, o tyle kwalifikować je należy jako składniki przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55[1] k.c. Zbywając swoje przedsiębiorstwo, rozumiane jako zorganizowany zespół składników niematerialnych darczej w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Przekonuje o tym nie tyle analiza treści sformułowania „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy", co przepis art. 23a

> **Odbiorniki telewizyjne stanowiły narzędzie wykorzystywane przez przedsiębiorcę przy wykonywaniu przez niego działalności zarobkowej.**

i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej, przedsiębiorca mógłby jednocześnie w drodze tej samej czynności dokonać zbycia odbiorników. Okoliczność ta podkreśla ścisły związek zachodzący pomiędzy wyposażeniem pokoi hotelowych w odbiorniki telewizyjne a wykonywaną przez przedsiębiorcę działalnością gospodarczą.

Ocena uzasadnienia wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego

Nie przeprowadzając rozważań w powyższym zakresie, NSA odmówił uznania, że o możliwości kwalifikacji konkretnej kontroli jako kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej decydować może fakt funkcjonalnego powiązania jej przedmiotu z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością gospodarczą. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał natomiast w uzasadnieniu wyroku, że kontrola wykonania obowiązku rejestracji odbiorników RTV nie jest kontrolą działalności gospodarczej przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przedmiotowy obowiązek ma bowiem charakter powszechny i nie dotyczy wyłącznie przedsiębiorców.

Argument powyższy wydaje się chybiony. Polemicznie podnieść należy, że nie tylko przedsiębiorcy są adresatami przepisów przeciwpożarowych. Niemniej jednak w sytuacji, gdy Państwowa Straż Pożarna prowadzi kontrolę przestrzegania przepisów przeciwpożarowych przez przedsiębiorcę, to kontrola taka jest już kontrolą działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Przekonuje o tym nie tyle analiza treści sformułowania „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy", co przepis art. 23a ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej[27], który nakazuje organom Państwowej Straży Pożarnej stosowanie przepisów rozdz. 5 u.s.d.g. w sytuacji, gdy podmiotem przez nie kontrolowanym jest przedsiębiorca. Prawodawca wprost wskazuje więc, że kontrola przestrzegania przepisów przeciwpożarowych jest w istocie kontrolą działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, o ile tylko dotyczy przedsiębiorcy.

W glosowanym wyroku NSA zaprezentowana została jednak czytelna i obiektywna reguła, która umożliwia rozstrzygnięcie wszelkich problemów związanych z ustaleniem zakresu stosowania przepisów rozdz. 5 u.s.d.g. i z tego względu wyrok ten zasługuje na uznanie. Otóż przepisy rozdz. 5 u.s.d.g. powinny być stosowane wyłącznie w sytuacjach, gdy przepisy ustaw odrębnych to przewidują. Konstatacja taka nie skutkuje znaczącym ograniczeniem zakresu ochrony sfery interesów przedsiębiorcy, bowiem zasadnicza część aktów prawnych określających procedury kontrolne, których podmiotem jest przedsiębiorca, zawiera bezpośrednie odesłanie do przepisów rozdz. 5 u.s.d.g.

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej ostatecznie sama nakazuje poszukiwać odesłania do przepisów jej rozdz. 5 w ustawach odrębnych, w celu ustalenia desygnatów pojęcia „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy". Zwrócić trzeba uwagę na treść art. 77 ust. 3 u.s.d.g., który wskazuje wyraźnie, że organy uprawnione do

27 Dz.U. z 2013 r. poz. 1340 z późn. zm.

prowadzenia kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy i zakres przedmiotowy tych kontroli określają odrębne ustawy. Tym samym ustalenie zakresu stosowania przepisów rozdz. 5 u.s.d.g. i wypełnienie treścią sformułowania „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy" nie są możliwe do przeprowadzenia wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i każdorazowo wymagają odwołania się do przepisów szczególnych.

W stanie prawnym poprzedzającym wejście w życie nowelizacji z 19 grudnia 2008 r. przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej posługiwały się sformułowaniem „kontrola przedsiębiorcy", które było zdecydowanie bardziej klarowne i jednoznaczne. Sformułowanie to sugerowało, że przepisy rozdz. 5 u.s.d.g. miały generalne zastosowanie w przypadku każdej kontroli przedsiębiorcy, o ile tylko ich stosowanie w konkretnym przypadku nie było wyłączone przez przepis szczególny. Nowelizacja z 19 grudnia 2008 r. dokonała w tej dziedzinie przewrotu. Naczelny Sąd Administracyjny słusznie zwrócił uwagę w głosowanym wyroku, że nie sposób pomijać okoliczności, iż wskazana nowelizacja dodała do 52 aktów prawnych regulujących procedury kontrolne przepisy odsyłające wprost do postanowień rozdz. 5 u.s.d.g. w zakresie kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorcy. Nie sposób zakładać w tym kontekście, że stosowanie przepisów rozdz. 5 u.s.d.g. jest obecnie dopuszczalne w przypadku kontroli prowadzonej na podstawie aktu prawnego niezawierającego wskazanego odesłania. Przyjąć należy, że racjonalnie działający prawodawca nie dodał przepisu nakazującego stosowanie przepisów rozdz. 5 u.s.d.g. w przypadku kontroli wykonania obowiązku rejestracji odbiorników radiowych i telewizyjnych z tego względu, że jego wolą było, aby przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie znajdowały w tym przypadku zastosowania. Zasadzie racjonalności działania prawodawcy przeczyłoby natomiast uznanie, że pominięcie to miało jedynie charakter przypadkowy.

Podsumowanie

Konkludując rozważania zawarte w niniejszej glosie – analiza treści ustawowego pojęcia „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy" przez pryzmat definicji legalnych terminów „działalność gospodarcza" i „przedsiębiorca" nie dostarcza w obowiązującym stanie prawnym odpowiedzi na pytanie o zakres stosowania przepisów rozdz. 5 u.s.d.g. Przeciwnie, uwzględniając szerokie znaczenie pierwszego terminu, zabieg ten prowadzić będzie niejednokrotnie do błędnych rezultatów, co widać m.in. na tle stanu faktycznego analizowanego przez NSA.

Ustalenie desygnatów pojęcia „kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy" wymaga obecnie odwołania się do przepisów szczególnych. Aby stosowanie przepisów rozdz. 5 u.s.d.g. było dopuszczalne w ramach konkretnej procedury kontrolnej, akt prawny przypisujący konkretnemu organowi prawo do kontrolowania przedsiębiorcy musi na to wyraźnie wskazywać.

Oceniając tezy zawarte w głosowanym wyroku przez pryzmat powyższych ustaleń, stwierdzić trzeba, że NSA ma rację, twierdząc, iż kontrola wykonania obowiązku rejestracji odbiorników telewizyjnych nie jest „kontrolą działalności gospodarczej przedsiębiorcy" w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Wniosek taki nie jest jednak w żadnej mierze warunkowany wykładnią literalną przedmiotowego sformułowania, lecz wynika z analizy systemowej.

Na koniec podkreślenia wymaga, że mimo iż przedmiotowy wyrok dotyczył kontroli prowadzonej na podstawie przepisów ustawy o opłacie abonamentowej, to jednak wnioski przedstawione przez NSA znajdą także odpowiednie zastosowanie w analogicznych sytuacjach dotyczących innych kontroli, m.in. kontroli prowadzonych przez organy Państwowej Inspekcji Pracy, prowadzonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy[28].

28 Dz.U. z 2012 r. poz. 404 z późn. zm.

Joanna Kruszyńska

Międzynarodowa Konferencja Komparatystyczna „Od *emptio venditio* do *Common European Sales Law* – w poszukiwaniu dobrego prawa sprzedaży”

Poznań, 25–26 kwietnia 2013 r.

Joanna Kruszyńska

Doktorantka w Katedrze Prawa Rzymskiego i Historii Prawa Sądowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza. Laureatka I nagrody w konkursie im. prof. K. Kolańczyka na najlepszą pracę magisterską na WPiA UAM (2012/2013), za pracę pt.: „Altruizm w prawie zobowiązań: prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia”.

W dniach 25–26 kwietnia 2013 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu odbyła się konferencja naukowa zatytułowana „Od *emptio venditio* do *Common European Sales Law* – w poszukiwaniu dobrego prawa sprzedaży”.

Impulsem do podjęcia tego tematu była tocząca się dyskusja na temat projektu rozporządzenia Komisji Europejskiej w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży (*Common European Sales Law* – CESL), będącego próbą ujednolicenia w tym zakresie prawa w obrębie Unii Europejskiej[1]. Konferencja była lokalnym, niezależnym forum, na którym poza analizą i oceną zaproponowanych rozwiązań zwrócono uwagę na argumenty historyczne i porównawcze, mające istotne znaczenie dla ewentualnej unifikacji.

Pierwszego dnia konferencji w imieniu Dziekana WPiA UAM zebranych powitała prodziekan prof. dr hab. Joanna Haberko, która zwróciła uwagę na doniosłość umowy sprzedaży w życiu codziennym oraz na fakt, iż pomimo powszechności tego mechanizmu wymiany dóbr, w różnych zakątkach świata spotkamy różnorodne rozwiązania prawne.

Niemal cały pierwszy dzień, i część drugiego, poświęcono wystąpieniom studenckim. W konferencji udział wzięli przedstawiciele uniwersytetów: Jagiellońskiego, Warszawskiego, Wrocławskiego, im. Adama

1 Kolejnym głosem we wspomnianej dyskusji jest negatywna opinia Komitetu Parlamentu Europejskiego ds. Rynku Wewnętrznego i Ochrony Konsumentów z lipca 2013 r.

Mickiewicza w Poznaniu, Beni Suef University i Universidad de Córdoba, w tym studenci ze współpracujących ze sobą kół naukowych prawa rzymskiego i porównawczego – „Utriusque Iuris" oraz „Bona Fides". Referaty zostały podzielone na panele poświęcone kolejno: zawarciu umowy sprzedaży i odstąpieniu od niej; istocie, treści i charakterowi umowy sprzedaży; środkom ochrony stron (np. konsumentów) oraz przedmiotowi i szczególnym formom umowy sprzedaży w różnych porządkach prawnych, a także administracyjnoprawnej problematyce związanej z tą umową. W ramach wymienionych części zaprezentowane zostały m.in. szczegółowe zagadnienia z zakresu prawa rzymskiego, współczesnego prawa egipskiego, hiszpańskiego, niemieckiego, japońskiego, chińskiego, *common law* i prawa unijnego, a także wybrane problemy dotyczące obrotu dziełami sztuki oraz klauzul abuzywnych. Wielu referatom towarzyszyła ożywiona dyskusja z zebraną publicznością. Na zakończenie pierwszego dnia obrad odbyła się prelekcja radcy prawnego Mariusza Korpalskiego, dotycząca minimalnej treści umowy określającej sposób ustalania ceny.

Zwieńczeniem konferencji był tzw. panel profesorsko-ekspercki, który zgromadził zarówno przedstawicieli świata nauki, jak i praktyków, spotykających się z problematyką sprzedaży w ramach swej aktywności zawodowej. Rozpoczynając, moderator dyskusji, prof. Wojciech Dajczak przypomniał ewolucję poglądów Ernsta Rabla na temat możliwości i metody budowania jednolitego prawa. Zwrócił uwagę, że współcześnie warto więcej uwagi zwrócić na Rablowską ideę budowania jednolitości ponadnarodowego rozumienia pojęć prawnych, które stanowią element różnych regulacji lokalnych. Podsumowując wystąpienia studenckie, prof. Dajczak wskazał, jako trzy kluczowe dla dyskusji w tym przedmiocie, pytania o aktualność typologii umów i wyodrębnienia umów konsumenckich, a także o granice swobody umów w ramach umowy sprzedaży.

Problemy te pojawiły się już w wystąpieniu pierwszego prelegenta. Prof. dr hab. Fryderyk Zoll (UJ, Uniwersytet w Osnabrück) przedstawił zgromadzonym swój pogląd na temat potrzeby fundamentalnych zmian w podejściu do prawa majątkowego, a w konsekwencji do prawa sprzedaży. Profesor zauważył, iż wobec rosnącej roli usług i zmieniających się strategii oferowania dóbr, należy zerwać z metodą budowania prawa zobowiązań w oparciu o paradygmat sprzedaży i wypracować nowy model – być może oparty np. o umowy o świadczenie usług. Z kolei w obliczu powstania systemu mającego w centrum umowę o świadczenie usług należałoby zadać pytanie o aktualność sposobu budowania prawa rzeczowego wokół prawa własności. Dalej, można mówić o zanikaniu potrzeby regulacji sprzedaży, z uwagi na to, że jest ona punktem wyjścia dla formułowania reguł ogólnych, powielanych następnie w normach dotyczących sprzedaży. Z uwagi na dominację czynności masowych ustawodawca powinien także zrewidować swe widzenie przez pryzmat regulacji indywidualnych stosunków cywilnoprawnych. Wraz z pojawianiem się nowych dóbr pojawia się również problem z uchwyceniem samego przedmiotu umowy. Ostatecznie zmiana układu sił pomiędzy przedsiębiorcami i konsumentami, z których ci ostatni stają się coraz silniejsi (np. dzięki możliwości skutecznego wywierania nacisku wskutek porozumienia się za pomocą nowych technologii), pociąga za sobą zmiany w prawie konsumenckim. Na koniec profesor wskazał, iż projekt CESL jest jeszcze aktem wypływającym z tradycyjnego myślenia o prawie opartym o sprzedaż, natomiast niesie ze sobą nowość w postaci osłabienia zasady *pacta sunt servanda*.

Kolejny prelegent, prof. dr hab. Jacek Napierała (UAM), poświęcił swoją wypowiedź Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzonej w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r., koncentrując się na omówieniu zakresu jej zastosowania. Jak skonkludował, obojętnie w jakim kierunku pójdzie prawo, klasyczne reguły i rozwiązania wypracowane na gruncie konwencji nie stracą na aktualności.

Następnie prof. dr hab. Aurelia Nowicka (UAM) wyjaśniła, jakie znaczenie z kolizyjnoprawnego punktu widzenia miałoby wprowadzenie CESL. Zdaniem prelegentki nie uwolni nas ono – m.in. – od poszukiwania prawa właściwego dla skutku rozporządzającego.

Rozpoczynając wystąpienia praktyków, radca prawny Aleksandra Wędrychowska-Karpińska (z kancelarii Wierciński, Kwieciński, Baehr sp.k.)

przybliżyła problemy, z jakimi borykają się na co dzień przedsiębiorcy zawierający transgraniczne umowy sprzedaży. Wskazała, iż zgłaszają oni potrzebę wspólnej, jednolitej regulacji oraz wspólnej i jasnej wykładni prawa sprzedaży. Z kolei adwokat Wojciech Celichowski, Prezes Sądu Arbitrażowego Izb i Organizacji Gospodarczych Wielkopolski, poprzez konkretne przykłady (m.in. przygotowania oprogramowania do zarządzania przedsiębiorstwem) ukazał trudności w ustaleniu przedmiotu umowy sprzedaży.

Po dyskusji zamykającej panel Mikołaj Labijak, wiceprezes Koła Naukowego Prawa Rzymskiego „Bona Fides" – będącego organizatorem konferencji – podsumował dwudniowe spotkanie i podziękował wszystkim, którzy przyczynili się do zorganizowania tego wydarzenia.

Konferencja została objęta honorowym patronatem: Przedstawicielstwa Komisji Europejskiej w Polsce, Ministra Sprawiedliwości dr. Jarosława Gowina, JM Rektora UAM prof. dr. hab. Bronisława Marciniaka, Dziekana WPiA prof. dr. hab. Romana Budzinowskiego, Okręgowej Rady Adwokackiej w Poznaniu, Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan oraz Europejskiego Centrum Konsumenckiego w Polsce[2]. Patronat medialny sprawowało m.in. „Forum Prawnicze".

2 W nawiązaniu do konferencji koło „Bona Fides" wydało pracę zbiorową pt.: „Umowa sprzedaży: wspólnota tradycji prawnej, idea unifikacji, uniwersalne problemy praktyczne", napisaną pod kierunkiem prof. Wojciecha Dajczaka oraz pod redakcją Adama Dassuja i Mikołaja Labijaka (ISBN 978-83-935694-1-0). Od stycznia 2014 r. w Katedrze Prawa Rzymskiego i Historii Prawa Sądowego WPiA UAM dostępny będzie zapis wideo z konferencji.

Marcin Stębelski

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Wyrok TK z dnia 28 listopada 2013 r., K 17/12, OTK 2013 nr 8A, poz. 125

Gospodarowanie odpadami

I

1. **Art. 6d ust. 1 i art. 6e ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach** (Dz.U. z 2012 r. poz. 391 i 951 oraz z 2013 r. poz. 21, 228 i 888) **są zgodne z art. 2 oraz z art. 16 ust. 2 zdanie drugie w związku z art. 166 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

2. **Art. 6h i art. 6m ust. 1 w związku z art. 6c ustawy powołanej w punkcie 1 są zgodne z art. 2 Konstytucji.**

3. **Art. 6h i art. 6m ust. 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy powołanej w punkcie 1 są zgodne z art. 2 Konstytucji.**

4. **Art. 6h i art. 6m ust. 1 w związku z art. 2 ust. 3 ustawy powołanej w punkcie 1 są zgodne z art. 2 Konstytucji.**

5. **Art. 6k ust. 1 i 2 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim nie przewiduje maksymalnej wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, jest niezgodny z art. 84 i art. 217 Konstytucji.**

6. **Art. 6k ust. 3 i art. 6j ust. 2a ustawy powołanej w punkcie 1, są zgodne z art. 168 w związku z art. 217 Konstytucji.**

7. **Art. 6k ust. 4 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim upoważnia radę gminy do wprowadzenia zwolnienia przedmiotowego, jest niezgodny z art. 168 w związku z art. 217 Konstytucji.**

8. **Art. 6k ust. 4 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim upoważnia radę gminy do ustanowienia dopłat dla właścicieli nieruchomości, jest niezgodny z art. 168 w związku z art. 217 Konstytucji.**

9. **Art. 6l ust. 1 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z art. 168 w związku z art. 217 Konstytucji.**

II

Przepisy wymienione w części I w punktach 7 i 8, w zakresach tam wskazanych, tracą moc obowiązującą z upływem 18 (osiemnastu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Trybunał rozpatrywał połączone wnioski – Rady Miasta Świdnika oraz dwóch grup posłów – o uznanie za niekonstytucyjne przepisów ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, dotyczących gospodarowania odpadami komunalnymi przez gminy. Wnioskodawcy podnieśli kilka problemów konstytucyjnych. Wątpliwości budziły niektóre pojęcia ustawowe (m.in. „właściciel nieruchomości"), które zdaniem wnioskodawców nie były dostatecznie precyzyjne, a przez to sprzeczne z zasadami poprawnej legislacji. Zakwestionowane zostało również nałożenie na wójta, burmistrza lub prezydenta miasta obowiązku organizacji przetargu na odbiór odpadów komunalnych połączone z zakazem udziału w tym przetargu gminnych zakładów budżetowych. Rozwiązanie to miało stanowić naruszenie zasady samodzielności samorządu terytorialnego. Podstawowy zarzut dotyczył możliwości decydowania przez gminy – w drodze aktów prawa miejscowego – o metodach, stawkach, terminie, częstotliwości i trybie uiszczania opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi (art. 217 w zw. z art. 168 konstytucji).

Zasada samodzielności jednostek samorządu terytorialnego wymaga, by samorządy wykonywały określone zadania własne

samodzielnie i na własną odpowiedzialność. Ingerencja władzy ustawodawczej w zakres tych zadań może następować jedynie w formie ustawy, w sposób proporcjonalny (adekwatny), i musi być uzasadniona w świetle wartości konstytucyjnych. Trybunał uznał, że nałożenie na gminy obowiązku organizacji przetargu na odbiór odpadów oraz wprowadzenie zakazu udziału w tym przetargu gminnym zakładom budżetowym stanowi ograniczenie samodzielności gmin. Ograniczenie to jest jednak uzasadnione. Przemawia za tym „wzgląd na ochronę społecznej gospodarki rynkowej i wolności działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji)", który to nakazuje chronić konstytucyjnie uzasadnione oczekiwania podmiotów mających prowadzić taką działalność. Przetarg miałby najlepiej realizować te potrzeby. Wspomniane ograniczenie jest ponadto adekwatne. Nie pozbawia ono gmin możliwości wykonywania zadania własnego. Co prawda, narzucono pewien sposób jego realizacji, jednak gmina w dalszym ciągu jest za nie odpowiedzialna. Co więcej, ustawa dopuszcza do udziału w przetargu również spółki z udziałem gminy. Zatem ustawowe ograniczenie samodzielności gminy nie jest nadmierne i znajduje uzasadnienie w Konstytucji RP.

Zgodnie z art. 217 konstytucji nakładanie podatków i innych danin publicznych, a także określanie podmiotów, przedmiotów i stawek tych danin następowało jedynie w ustawie. Artykuł 168 konstytucji daje jednak samorządom uprawnienia do ustalania wysokości podatków i opłat lokalnych w zakresie określonym w ustawie. Ustawodawca ma zatem obowiązek upoważnić w ustawie samorząd terytorialny do uregulowania pewnych kwestii związanych z daninami lokalnymi w akcie prawa miejscowego. Opłata za odbiór odpadów należy bez wątpienia do danin publicznych o charakterze lokalnym. Jest jednostronna, przymusowa i bezzwrotna. Powstaje zatem pytanie o zakres swobody gmin w sferze określania danin lokalnych, jak również problem umieszczenia w ustawie wszystkich koniecznych elementów regulacji stanowiącej podstawę do wydania aktu prawa miejscowego.

Sposób ustawowego upoważnienia gmin do określania opłaty został uznany przez Trybunał w dużej mierze za niekonstytucyjny. Po pierwsze, ustawodawca zezwolił na wprowadzanie zwolnień przedmiotowych od opłaty, nie określił jednak „ogólnych zasad w tym zakresie i [nie] udzielił wystarczająco precyzyjnych wskazówek co do sposobu ich uregulowania w akcie wykonawczym", co zawsze musi znaleźć się w ustawie. Po drugie, ustawodawca nie określił maksymalnej stawki opłaty. Stawka opłaty nie musi być precyzyjnie ustalona kwotowo w ustawie. Jako podstawa może służyć algorytm zawierający pewne obiektywne zmienne, które umożliwiają określenie stawki w zależności od warunków społeczno-ekonomicznych. To ustawodawca powinien jednak określić minimalną i maksymalną stawkę opłaty, co pozwoli gminie na zachowanie pewnej elastyczności w tej materii. W przeciwnym razie może to prowadzić do arbitralnego ustalania stawek opłat. Po trzecie, zezwolenie gminom na wprowadzanie dopłat otwiera możliwość swobodnego modyfikowania i tak niekonstytucyjnych zasad. W związku z powyższym upoważnienie gmin do swobodnej regulacji zwolnień przedmiotowych, stawek opłat i wprowadzania dopłat jest niezgodne z konstytucją.

Trybunał usunął z systemu prawnego przepisy zezwalające samorządom na zbyt dużą swobodę przy ustalaniu opłaty. Samorządy powinny mieć możliwość współdecydowania o pozyskiwaniu przez nie środków, szczególnie jeśli daniny lokalne mają charakter odpłatny. Niemniej jednak działalność prawotwórcza samorządu w tym zakresie powinna podlegać ograniczeniom przez wzgląd na zasadę pewności prawa i sprawiedliwości społecznej. Jest to konieczne również po to, aby uniknąć arbitralności i nadużyć odnoszących się tak do problematyki ochrony środowiska, jak i sfery ponoszenia ciężarów publicznych przez obywateli.

Wyrok TK z dnia 12 lutego 2014 r., K 23/10, OTK 2014 nr 2A, poz. 10

Zatrzymanie prawa jazdy dłużnika alimentacyjnego

Art. 5 ust. 3b ustawy z dnia 7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do ali-

mentów (Dz.U. z 2012 r. poz. 1228 i 1548) **w zakresie, w jakim stanowi, że organ właściwy dłużnika kieruje wniosek do starosty o zatrzymanie prawa jazdy dłużnika alimentacyjnego, jest zgodny z wywodzoną z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasadą proporcjonalności.**

Prokurator Generalny wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o uznanie niekonstytucyjności instytucji zatrzymania prawa jazdy dłużnika alimentacyjnego. Ustawowa regulacja nakazuje wystąpienie o zatrzymanie prawa jazdy dłużnikowi uchylającemu się od zobowiązań alimentacyjnych. W ocenie wnioskodawcy rozwiązanie to narusza zasadę proporcjonalności wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP. Prokurator uznał, że zatrzymanie prawa jazdy jest nieadekwatne i nie realizuje właściwych celów. W praktyce bowiem regulacja ustawowa nie pomaga osobom uprawnionym do alimentów w uzyskaniu należnych im środków, znacznie utrudnia natomiast dłużnikom znalezienie pracy i funkcjonowanie w społeczeństwie.

Trybunał Konstytucyjny nawiązał do wielokrotnie formułowanego testu proporcjonalności prawa, wskazując, że w demokratycznym państwie prawnym ustawowe ograniczenia nakładane na jednostki muszą być efektywne. Muszą prowadzić do zamierzonych rezultatów oraz być niezbędne do ochrony interesu publicznego. Ograniczenia te nie mogą się także wiązać z nakładaniem na jednostki zbyt dotkliwych, a przez to nieproporcjonalnych ciężarów.

Wykorzystanie testu proporcjonalności wiąże się – w pierwszej kolejności – z określeniem celu przyświecającego ustawodawcy wprowadzającemu dane rozwiązanie. Następnie polega na zestawieniu owego celu z efektami wywołanymi zastosowaniem określonego unormowania. Celem nowelizacji nadającej kształt kwestionowanym regulacjom było dążenie do ochrony wierzycieli alimentacyjnych oraz zwiększenie skuteczności egzekwowania świadczeń alimentacyjnych od dłużników. Przed zmianą ustawy znacząca część świadczeń na rzecz osób uprawnionych do alimentów pochodziła od państwa. *Ratio legis* nowelizacji był więc zamiar oparcia pomocy osobom uprawnionym do alimentów na świadczeniach dłużników. W tym celu ustawodawca wprowadził instytucję zatrzymania prawa jazdy – jako instrument mający wpłynąć na stopień wywiązywania się dłużników z ustalonych przez sąd zobowiązań alimentacyjnych.

Trybunał Konstytucyjny dokonał analizy zaskarżonych przepisów na tle ustawodawstwa dotyczącego stosunków rodzinnych. W tym kontekście stwierdził, że podstawą określania tych stosunków jest współpraca i wzajemna pomoc. Również w świetle Konstytucji RP na rodzicach spoczywa obowiązek współdziałania w wychowaniu dziecka. Świadczenia na rzecz dzieci od państwa powinny mieć charakter ostateczny. W pierwszej kolejności państwo powinno poszukiwać „alternatywnych środków prawnych aktywizujących dłużnika w celu znalezienie źródeł umożliwiających alimentację", a następnie – „uruchamiać środki dolegliwości" w postaci np. zatrzymania prawa jazdy.

Mając na uwadze powyższe spostrzeżenia, TK uznał, że instytucja zatrzymania prawa jazdy dłużnika alimentacyjnego spełnia wymogi stawiane przez zasadę proporcjonalności z art. 2 konstytucji. Po pierwsze, wskazuje się, że racjonalny ustawodawca, wprowadzając odpowiedzialność za niepłacenie alimentów, stworzył również skuteczne metody egzekucji takich świadczeń. Zgodnie z danymi statystycznymi powołanymi w uzasadnieniu wyroku skuteczność ściągalności alimentów wzrosła od momentu wprowadzenia zaskarżonej instytucji. Należy ją zatem – w myśl stanowiska TK – uznać za skuteczną. Po drugie, kwestionowany środek prawny dotyczy tylko tych dłużników, którzy w sposób szczególnie uporczywy uchylają się od wykonania ciążących na nich obowiązków. Alimenty ustalane są w wysokości adekwatnej do możliwości zarobkowych dłużnika. Zaniechanie ze strony dłużnika skutkujące zatrzymaniem prawa jazdy może polegać na niewykonaniu obowiązków pozwalających na ustalenie odpowiedzialności alimentacyjnej, jak np. zgoda na przeprowadzenie wywiadu alimentacyjnego. Zastosowanie sankcji za niewykonanie takich obowiązków wydaje się zatem usprawiedliwione. W ocenie TK instytucja zatrzymania prawa

jazdy nie jest nadmiernie dotkliwa w stosunku do celu, jakiemu na służyć, czyli do ochrony praw osoby, której alimenty przysługują. Często może być jedynym skutecznym instrumentem wymuszenia odpowiedniego zachowania ze strony dłużnika, który w sposób uporczywy uchyla się od ponoszenia ciężarów alimentacyjnych.

W konkluzji uzasadnienia TK wspomniał również o negatywnej ocenie społecznej zachowań dłużników alimentacyjnych. W tym kontekście środek w postacie zatrzymania takim osobom prawa jazdy nie jest nadmiernym ograniczeniem ich praw.

Wyrok TK z dnia 12 marca 2014 r., P 27/13, OTK 2014 nr 3A, poz. 30

Wskazanie sprawcy wykroczenia drogowego

Art. 96 § 3 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2013 r. poz. 482, ze zm.) **jest zgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji.**

Pytanie prawne sądu rejonowego skierowano w toku rozpoznania wniosku o ukaranie obwinionego za odmowę wskazania użytkownika pojazdu zarejestrowanego przez urządzenie do pomiaru prędkości. Zgodnie z zakwestionowanym przepisem właściciel lub posiadacz pojazdu ma obowiązek zadenuncjować na żądanie właściwych organów, kto w danym miejscu i czasie prowadził jego pojazd. Brak spełnienia tego obowiązku skutkuje nałożeniem sankcji karnej w postaci grzywny. W ocenie pytającego sądu art. 96 § 3 kodeksu wykroczeń (dalej: k.w.) jest nieproporcjonalnie restrykcyjny dla potencjalnych sprawców. Sąd wskazywał również, że brak możliwości wykonania obowiązku wynikającego z kwestionowanego przepisu (np. w sytuacji kradzieży pojazdu) nie pozwala właścicielowi na uniknięcie odpowiedzialności realizowanej w toku postępowania o charakterze represyjnym.

Trybunał Konstytucyjny nawiązał do założeń, jakie w 2010 r. przyjął ustawodawca, dokonując zmian w ustawie – Prawo o ruchu drogowym. Podstawowym celem było ograniczenie liczby wypadków drogowych oraz ich ofiar, w związku z uruchomieniem systemu automatycznej kontroli prędkości pojazdów. Wskazano przy tym, że niezmiennie główną przyczyną wszystkich wypadków jest niedostosowanie prędkości jazdy do warunków ruchu. Dokonana przy tej okazji nowelizacja kodeksu wykroczeń, polegająca m.in. na wprowadzeniu do niej art. 96 § 3, służyć miała – w ocenie ustawodawcy – uporządkowaniu dotychczas obowiązującego katalogu wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji.

Trybunał nie podzielił stanowiska pytającego sądu, zgodnie z którym kwestionowany przepis ma charakter bezwzględny, a więc nie przewiduje żadnych wyjątków. W sytuacji użycia pojazdu przez osobę nieznaną, wbrew woli i wiedzy właściciela lub posiadacza pojazdu, nie dochodzi w ogóle do spełnienia znamion wykroczenia określonego w art. 96 § 3 k.w. Nie można wówczas mówić o ich zachowaniu „wbrew obowiązkowi". Trybunał nie odniósł się natomiast do zarzutu, zgodnie z którym brak jest wyłączenia odpowiedzialności za wykroczenie przewidziane w art. 96 § 3 k.w. w sytuacji, w której przekazanie informacji o osobie kierującej pojazdem mogłoby narazić osobę najbliższą właścicielowi lub posiadaczowi pojazdu na odpowiedzialność za wykroczenie. Rozpatrzenie tego zarzutu musiałoby się bowiem wiązać z przekroczeniem granic pytania prawnego, którego przedmiotem uczyniono sam art. 96 § 3 k.w.

Zdaniem Trybunału działanie ustawodawcy polegające na wprowadzeniu art. 96 § 3 k.w. oznaczało jedynie doprecyzowanie podstawy karania za naruszenie art. 78 ust. 4 ustawy – Prawo o ruchu drogowym. Działanie to korespondowało z *ratio legis* nowelizacji tej ustawy, jakim było ograniczenie liczby wypadków drogowych oraz liczby ich ofiar. Osiągnięcie tego celu wymagało wprowadzenia przepisów umożliwiających skuteczniejsze egzekwowanie przestrzegania prawa przez kierujących pojazdami. Ustawowy obowiązek wskazania, komu został powierzony pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, byłby całkowicie ignorowany bez jego zabezpieczenia przy użyciu sankcji karnej. W rezultacie system au-

tomatycznej kontroli prędkości pojazdów pozostałby nieefektywny. Nie byłoby bowiem możliwości skutecznego wymuszania na kierowcach przestrzegania ograniczeń prędkości, co w konsekwencji miałoby swoje odzwierciedlenie w liczbie wypadków drogowych i ich ofiar. Trybunał uznał przy tym, że sankcja przewidziana w art. 96 § 3 k.w. nie jest zbyt restrykcyjna. Nie ma ona charakteru sankcji karnej. Jednocześnie w ramach wprowadzonej odpowiedzialności za wykroczenie ustawodawca posłużył się wyłącznie karą grzywny, rezygnując z surowszych kar: aresztu czy ograniczenia wolności.

Pytający sąd dowodził istnienia pułapki prawnej związanej ze stosowaniem kwestionowanego przepisu. W ocenie sądu właściciel lub posiadacz pojazdu wezwany przez właściwy organ do wskazania, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, albo przyjmie mandat za popełnione wykroczenie, albo poniesie odpowiedzialność za niewskazanie osoby, która kierowała tym pojazdem. Trybunał nie podzielił tego stanowiska, nawiązując do obowiązujących podstaw prawnych postępowania mandatowego. Wskazał, że podjęcie czynności zmierzających do ujawnienia innego sprawcy wykroczenia polegającego na przekroczeniu dopuszczalnej prędkości możliwe jest wyłącznie wówczas, kiedy organ ma wątpliwości co do tożsamości sprawcy. Nie jest przy tym dopuszczalne domniemanie, że właściciel, który nie wskazał osoby kierującej jego pojazdem, jest sprawcą wykroczenia drogowego.

Do wyroku zgłoszono trzy zdania odrębne, wskazując na niezgodność kwestionowanego przepisu z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Wskazano, że sposób regulacji obowiązku wynikającego z art. 96 § 3 k.w. prowadzi do przerzucenia na obywatela ciężaru odpowiedzialności za niesprawność systemu ścigania sprawców wykroczeń drogowych. Ustawodawca stawia adresata tego przepisu przed dylematem – wskazania osoby, która kierowała pojazdem, także jeżeli jest to osoba dla niego najbliższa, albo obwinienia samego siebie o popełnione wykroczenie.

Wyrok TK z dnia 8 maja 2014 r., U 9/13, OTK 2014 nr 5A, poz. 51

Żądanie akt spraw sądowych

§ 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie nadzoru administracyjnego nad działalnością administracyjną sądów powszechnych (Dz.U. z 2013 r. poz. 69), **w części obejmującej słowa, „a w uzasadnionych przypadkach – także akt spraw sądowych", jest niezgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

Przepis zakwestionowany we wniosku Prokuratora Generalnego określa tryb przeprowadzania zewnętrznej kontroli administracyjnej przez Ministra Sprawiedliwości nad działalnością administracyjną sądów powszechnych. Przepis ten przyznaje ministrowi kompetencję do żądania od prezesa sądu apelacyjnego – wykonującego nadzór wewnętrzny – przedstawienia, w określonym terminie, informacji lub dokumentów dotyczących wykonywania tych obowiązków, a w uzasadnionych przypadkach również akt sądowych. Prokurator stwierdził, że kwestionowany przepis narusza zasadę podziału i równowagi władz. Odrębność władzy sądowniczej wymaga, aby pozostawała ona strukturą niezależną i autonomiczną względem innych organów państwa. Żądanie akt sprawy sądowej od prezesa sądu apelacyjnego narusza również zasadę niezawisłości sędziowskiej. Dotyczy bowiem czynności, które są ściśle związane ze sferą orzekania przez sądy.

Trybunał nawiązał do obowiązujących form i zasad sprawowania nadzoru nad działalnością administracyjną sądów, zastrzegając przy tym, że działalność ta ma zawsze charakter służebny względem podstawowej funkcji sądów, jaką jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości oraz wykonywanie zadań z zakresu ochrony prawnej. Nadzór może polegać na zapewnieniu odpowiednich warunków techniczno-organizacyjnych oraz majątkowych funkcjonowania sądu i wykonywania jego podstawowych zadań. Może również polegać na zapewnieniu właściwego toku wewnętrznego urzędowania sądu, bezpośrednio związanego z wykonywaniem

zadań wymiaru sprawiedliwości. W tym drugim zakresie kompetencje nadzorcze zostały podzielone między prezesów sądów sprawujących nadzór wewnętrzny oraz Ministra Sprawiedliwości, realizującego zadania nadzoru zewnętrznego za pomocą służby nadzoru, którą tworzą sędziowie delegowani do ministerstwa. Podstawową zasadą sprawowania nadzoru jest zakaz wkraczania w dziedzinę, w której sędziowie są niezawiśli, co ma swoje bezpośrednie odniesienie do art. 173 konstytucji. Sam nadzór należy interpretować jako wpływanie na bieg spraw administracyjnych sądu bez ingerencji w sprawowanie przez niego wymiaru sprawiedliwości. Działalność administracyjna obejmuje przy tym kwestie toku i sprawności postępowania, choć pozostają one w bardzo ścisłym związku z działalnością orzeczniczą sądów.

Rozpatrywane problemy dotyczyły – w pierwszej kolejności – relacji przepisu rozporządzenia względem normy ustawowej, w świetle wymogów określonych w art. 92 ust. 1 konstytucji. Oprócz tego TK badał, czy mechanizm żądania akt sprawy sądowej nie narusza zasady odrębności władzy sądowniczej oraz czy obowiązek sprawowania nadzoru zewnętrznego wymaga powierzenia Ministrowi Sprawiedliwości kompetencji do żądania akt sprawy sądowej na każdym etapie jej rozpatrywania przez sąd.

Konstytucyjne wymagania dotyczące relacji rozporządzenia względem ustawy były wielokrotnie formułowane w orzecznictwie TK. Jednym z podstawowych założeń w tym zakresie jest utrzymanie zasady wyłączności regulacji ustawowej w sferze wolności i praw konstytucyjnych. Podobnie też przekazanie pewnych spraw do unormowania w rozporządzeniu nie może doprowadzić do nadania ustawie charakteru blankietowego. Funkcją rozporządzenia jest wykonanie, nie zaś modyfikowanie ustawy. Zakres swobody podmiotu wydającego rozporządzenie jest zatem zawsze determinowany wolą ustawodawcy. Rozporządzenie, jako akt wykonawczy, nie może normować materii w ogóle nieuregulowanych w ustawie – nawet wówczas, jeżeli wydawałoby się to celowe lub pożądane.

Nawiązując szczegółowo do wcześniejszych wypowiedzi orzeczniczych, TK stwierdził, że rozwiązanie wyrażone w § 20 badanego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości wykracza poza przedmiotowy zakres upoważnienia do jego wydania. Ustawodawca nie przewidział – w ramach sprawowania nadzoru nad działalnością sądów – żadnych elementów proceduralnych umożliwiających żądanie przez Ministra Sprawiedliwości akt spraw sądowych. Zastosowanie zwrotu „szczegółowy tryb" nie może stanowić podstawy do wprowadzenia nowych, nieobjętych ustawą, kompetencji organów państwa czy wydawania regulacji o charakterze materialnoprawnym. Trybunał zaznaczył, że normowanie nadzoru nad działalnością administracyjną sądów wymaga określenia przez ustawodawcę przedmiotowego i podmiotowego zakresu, środków nadzoru oraz trybu jego wykonywania. Kwestie te zostały jednak uregulowane w ustawie w sposób niezwykle lakoniczny. Kompetencja do żądania akt sądowych, o której nie wspomina ustawodawca, nie może być przy tym traktowana jako element trybu sprawowania nadzoru, ale jako środek nadzorczy. Określenie w ustawie podmiotu sprawującego nadzór zewnętrzny nie może być utożsamione ze wskazaniem środków, jakie w ramach nadzoru pozostają w jego kompetencji.

Trybunał zaznaczył również, że kwestia dostępu Ministra Sprawiedliwości do akt spraw sądowych jest materią ustawową. Oddziałuje na sprawowanie wymiaru sprawiedliwości i wykonywanie innych zadań z zakresu ochrony prawnej przez sąd. Może wywoływać efekt mrożący dla sędziego, a co za tym idzie wywierać choćby pośrednio wpływ na kierunek rozstrzygnięcia rozpoznawanej przez niego sprawy. Samo obowiązywanie przepisów pozwalających na udostępnianie akt spraw sądowych może zatem podważać zasadę odrębności władzy sądowniczej. Trybunał nie wykluczył kategorycznie potrzeby wglądu w akta sądowe w ramach nadzoru zewnętrznego. Kreowanie tego rodzaju kompetencji musi jednak uwzględniać etap rozpatrywania sprawy. Ustawodawca ma zdecydowanie węższy margines swobody regulacyjnej, przyznając kompetencję żądania akt sprawy w toku jej rozpatrywania przez sąd.

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski[1]

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (druga izba) z dnia 7 stycznia 2014 r. w sprawie *Cuzan i Fazzo przeciwko Włochom*, skarga nr 77/07 – zakaz dyskryminacji w związku z prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego

Stan faktyczny

W kwietniu 1999 r. włoskiej parze małżeńskiej – Alessandrze Cusan i Luigiemu Fazzo urodziła się córka. Ojciec wystąpił do urzędu stanu cywilnego z wnioskiem o zarejestrowanie córki pod nazwiskiem rodowym matki, ale wniosek ten odrzucono, a dziewczynkę zarejestrowano pod nazwiskiem ojca. Małżeństwo zaskarżyło tę decyzję do sądu w Mediolanie, argumentując, że w prawie włoskim nie ma przepisu wykluczającego możliwość zarejestrowania dziecka pod nazwiskiem rodowym matki. Wyrokiem z czerwca 2001 r. sąd odrzucił wniesiony środek zaskarżenia i wyraźnie zaznaczył, że chociaż nie ma przepisu prawa nakładającego obowiązek rejestracji dziecka pochodzącego ze związku małżeńskiego pod nazwiskiem ojca, to jednak jest to reguła zakorzeniona w świadomości społecznej i historii Włoch.

Sąd apelacyjny w Mediolanie w maju 2002 r. utrzymał w mocy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji, odwołując się do stanowiska Sądu Konstytucyjnego, który kilkakrotnie podnosił, że brak możliwości nadania ślubnemu dziecku nazwiska matki nie narusza ani moralnej i prawnej równości małżonków, ani równości obywateli chronionej i gwarantowanej przez konstytucję. Jak wynikało z orzecznictwa Sądu Konstytucyjnego, to do parlamentu należy decyzja o zasadności wprowadzenia innego systemu nadawania nazwisk. Rodzice zaskarżyli wyrok sądu apelacyjnego.

Sąd kasacyjny uznał, że reguła nadawania ślubnemu dziecku nazwiska ojca budzi uzasadnione wątpliwości co do zgodności z konstytucją, zawiesił postępowanie i w lipcu 2004 r. wystąpił z pytaniem prawnym do Sądu Konstytucyjnego. W wyroku z 16 lutego 2006 r. Sąd Konstytucyjny orzekł o niedopuszczalności pytania prawnego. Stwierdził, że obowiązujący system nadawania nazwisk dzieciom narodzonym w małżeństwie opiera się na patriarchalnym rozumieniu rodziny i pozycji męża, co ma swoje korzenie w prawie rzymskim i nie jest zgodne z konstytucyjną zasadą równości kobiet i mężczyzn. Jednakże – jak zaznaczył – tylko parlament może zadecydować o tym, które z różnych możliwych rozwiązań powinno zostać przyjęte. W maju 2006 r. sąd kasacyjny, biorąc pod uwagę orzeczenie Sądu Konstytucyjnego, oddalił apelację skarżących.

W marcu 2011 r. skarżący wystąpili do ministra spraw wewnętrznych o pozwolenie na

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.

dodanie nazwiska matki do nazwiska dzieci narodzonych w ich związku małżeńskim. Jednak dopiero w grudniu 2012 r. prefekt Mediolanu zezwolił małżonkom na zmianę nazwiska ich ślubnych dzieci na „Fazzo Cusan".

Stanowisko ETPC – zakaz dyskryminacji w związku z prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 14 i art. 8 EKPC[2])

Trybunał, powołując się na art. 14 EKPC, stwierdził, że dyskryminacja zachodzi wówczas, gdy osoby znajdujące się w analogicznej sytuacji traktowane są w różny sposób bez obiektywnego i rozsądnego uzasadnienia. Takie uzasadnienie musi być oceniane w kontekście zasad przyjętych w demokratycznym społeczeństwie. Jak podniósł ETPC, reguła, zgodnie z którą ślubne dziecko po urodzeniu przyjmuje nazwisko ojca, wynika *implicite* z wielu odczytywanych łącznie przepisów włoskiego kodeksu cywilnego. Ustawodawstwo krajowe nie przewiduje żadnych odstępstw od tej reguły. Ponadto prefekt Mediolanu zezwolił skarżącym na dodanie dziecku nazwiska matki. Jednakże zmiana ta nie była równoznaczna z przypisaniem dziecku wyłącznie nazwiska matki, jak wnioskował ojciec. Dlatego zdaniem ETPC w kontekście nadania nazwiska rodowego ojciec i matka dziecka byli traktowani w odmienny sposób. W przeciwieństwie do ojca, mimo porozumienia między małżonkami matka nie była w stanie uzyskać zezwolenia na nadanie dziecku jej nazwiska rodowego.

Trybunał potwierdził jednocześnie, jak ważne w zakresie wyboru nazwiska jest zapewnienie równości płci i zwalczanie wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć. Podniósł, że tradycja przypisywania nazwiska ojca wszystkim członkom rodziny nie może uzasadniać dyskryminacji kobiet w tym zakresie. W rozpatrywanej sprawie wybór nazwiska dziecka opierał się wyłącznie na przesłance płci rodziców, zgodnie z przyjętą regułą przypisywania nazwiska ojca, bez wyjątku i niezależnie od wyboru małżonków. Trybunał powołał się przy tym na stanowisko włoskiego Sądu Konstytucyjnego, że obowiązujący system nadawania nazwisk opiera się na patriarchalnej koncepcji rodziny, niezgodnej z konstytucyjną zasadą równości mężczyzn i kobiet. Nie wykluczył, że reguła nadawania ślubnemu dziecku nazwiska ojca była niezbędna w praktyce i niekoniecznie niezgodna z przyjętą konwencją, ale brak możliwości odstąpienia od tej reguły, praktycznie niewzruszalnej, był dyskryminujący dla kobiet.

Na tej podstawie ETPC orzekł, że doszło do naruszenia art. 14 w związku z art. 8 EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

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.

Wyrok ETPC (druga izba) z dnia 4 marca 2014 r. w sprawie *Fazli Aslaner przeciwko Turcji*, skarga nr 36073/04 – prawo do rzetelnego procesu sądowego

Stan faktyczny

Fazli Aslaner pracował jako urzędnik w sekretariacie sądu podatkowego w Ankarze. W 1993 r. wziął udział w konkursie na stanowisko głównego urzędnika w sądzie bezpieczeństwa państwowego w Ankarze, zorganizowanym przez właściwą miejscowo komisję sądownictwa. Zajął w nim 15 miejsce, co nie pozwoliło mu objąć stanowiska, na które aplikował. Został ostatecznie wpisany na listę rezerwową.

W sierpniu 1997 r. skarżący wystąpił do ministra sprawiedliwości o powołanie go na stanowisko głównego urzędnika w sądzie administracyjnym w Eskişehir. Uzyskał decyzję odmowną, którą zaskarżył do sądu administracyjnego w Ankarze. We wrześniu 1998 r. sąd administracyjny w Ankarze wydał wyrok uwzględniający skargę F. Aslanera, w którym stwierdził, że odmowa powołania nie miała podstaw prawnych. Zaznaczył również, że sześciu uczestników konkursu uplasowanych na liście powyżej i jedenastu poniżej skarżącego zostało powołanych na stanowiska głównych urzędników. Wyrok ten został zaskarżony przez ministra sprawiedliwości do Rady Stanu Turcji – najwyższego organu sądownictwa administracyjnego.

W grudniu 2000 r. Rada Stanu (piąta sekcja sporów administracyjnych) uchyliła ten wyrok. W wydanym orzeczeniu zaznaczono, że konkurs na stanowisko głównego urzędnika w sądzie bezpieczeństwa państwowego w Ankarze został zorganizowany przez komisję sądownictwa Ankary i wpis na listę rezerwową nie uprawnia do objęcia tego stanowiska w sądzie podlegającym jurysdykcji innej komisji sądownictwa. Byłoby to możliwe tylko na wniosek zainteresowanej komisji lub na podstawie decyzji ministra sprawiedliwości, który w tej materii dysponuje władzą dyskrecjonalną.

W lipcu 2002 r. sąd administracyjny w Ankarze utrzymał stanowisko przyjęte w wyroku z września 1998 r., przeciwstawiając się tym samym stanowisku Rady Stanu. Minister sprawiedliwości zaskarżył ten wyrok. Z uwagi na przeciwne względem Rady Stanu stanowisko sądu pierwszej instancji, co do meritum sprawy, skarga została przekazana zgromadzeniu sądowemu, tj. zgromadzeniu ogólnemu sekcji sporów administracyjnych Rady Stanu. Wyrok sądu administracyjnego został uchylony w styczniu 2003 r. W składzie zgromadzenia sądowego zasiadali trzej sędziowie, którzy uprzednio wchodzili w skład sekcji Rady Stanu orzekającej w tej sprawie.

Stanowisko ETPC – prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 ust. 1 EKPC)

Trybunał odniósł się do zarzutu braku bezstronności zgromadzenia sądowego Rady Stanu. Zdaniem skarżącego fakt, że trzej sędziowie zasiadali zarówno w sekcji sporów administracyjnych Rady Stanu, która w grudniu 2000 r. wydała wyrok w jego sprawie, jak i w zgromadzeniu sądowym rozpatrującym drugą skargę w sprawie, pozwala uznać, iż nie mogli być oni bezstronni. Trybunał przypomniał, że przy ocenie bezstronności sądu kluczowe jest pytanie, czy – niezależnie od osobistej postawy członków składu orzekającego – istnieją fakty (nawet pozorne) pozwalające zakwestionować bezstronność tego sądu. Wynika stąd, że w celu ustalenia, czy w danym przypadku zachodzą uzasadnione obawy o brak bezstronności orzekającego sądu, uwzględnić należy punkt widzenia osoby zainteresowanej, nie ma on jednak charakteru decydującego. Czynnikiem decydującym jest to, czy obawy skarżącego mają obiektywne uzasadnienie. W związku z tym fakt, że sędzia podjął już decyzję przed rozprawą, nie może sam w sobie uzasadniać wątpliwości co do jego bezstronności; znaczenie ma zakres działań (środków) podjętych przez sędziego przed rozprawą. Podobnie jak dogłębna znajomość akt sprawy – nie wyklucza jego bezstronności w momencie wydania wyroku co do istoty sporu. Również wstępna ocena dostępnych informacji nie przesądza o ocenie ostatecznej.

Odnosząc się do meritum sprawy, ETPC zauważył, że w przypadku pierwszej skargi sekcja Rady Stanu badała zgodność z prawem wyroku sądu administracyjnego z września 1998 r., rozstrzygającego, czy władze miały obowiązek przestrzegania kolejności, w jakiej zostały umieszczone nazwiska kandydatów na liście rezerwowej w przypadku powoływania na stanowiska głównego urzędnika w sądach, których nie dotyczyło postępowanie konkursowe. Z kolei w przypadku wyroku sądu administracyjnego z lipca 2002 r., w którym podtrzymał on swoje pierwotne stanowisko i przeciwstawił się stanowisku przyjętemu przez piątą sekcję Rady Stanu, sprawa – na skutek skargi ministra sprawiedliwości – została przekazana na posiedzenie zgromadzenia sądowego Rady Stanu. Jak zauważył ETPC, na tym etapie przedmiotem sporu nie była kwestia tego, czy sąd miał prawo przeciwstawić się stanowisku Rady Stanu, ponieważ w rzeczywistości przedmiotem oceny legalności przez zgromadzenie sądowe nie był drugi wyrok z lipca 2002 r., ale rozstrzygnięcie z września 1998 r., gdy sąd uznał, że administracja była związana kolejnością nazwisk na liście rankingowej nawet przy mianowaniu na stanowiska urzędnicze w innych sądach.

Ponadto ETPC zgodził się ze skarżącym, że trzech spośród trzydziestu jeden sędziów zgromadzenia sądowego Rady Stanu zasiadało wcześniej w piątej sekcji sporów administracyjnych Rady Stanu i brało udział – w tej samej sprawie – w wydaniu orzeczenia, które następnie podlegało ich kontroli. Uznał jednak, że wcześniejsze stanowisko niektórych sędziów nie jest wystarczające do podważenia bezstronności zgromadzenia sądowego. Zgodnie z dotychczaso-

wym orzecznictwem ETPC w tego rodzaju sytuacjach należy wziąć pod uwagę również inne okoliczności, jak liczba sędziów (w takim położeniu) oraz ich rola w składzie orzekającym (w tworzeniu wyroku). Trybunał stwierdził przy tym, że w rozpatrywanej sprawie liczba lub procent sędziów, których dotyczy problem bezstronności, nie ma decydującego znaczenia, ponieważ nie było żadnych istotnych podstaw, by uznać obecność tych trzech sędziów w składzie orzekającym za absolutnie niezbędną. Z drugiej strony ETPC zauważył, że jedna sędzia przewodniczyła zgromadzeniu sądowemu jako wiceprzewodnicząca Rady Stanu i z tego tytułu kierowała dyskusją podczas obrad, co jest dodatkową okolicznością mogącą wpływać na bezstronność składu orzekającego. Te dwa elementy uzasadniają wątpliwości skarżącego co do bezstronności zgromadzenia sądowego w przedmiotowej sprawie. W związku z tym – zdaniem ETPC – doszło do naruszenia art. 6 EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (czwarta izba) z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie *Paulet przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 6219/08 – ochrona własności

Stan faktyczny

Skarżący, obywatel Wybrzeża Kości Słoniowej, przybył do Wielkiej Brytanii w 2001 r. – w kraju tym przebywał jednak nielegalnie. W latach 2003–2007 dzięki pomocy agencji zatrudnienia uzyskał trzy oferty pracy. W tym czasie posługiwał się fałszywym paszportem i z tego powodu w 2007 r. właściwe służby wszczęły przeciwko niemu stosowne postępowanie. Skarżący przyznał się do winy, w następstwie czego sąd skazał go m.in. za uzyskanie korzyści majątkowej w wyniku oszustwa i wymierzył mu karę 17 miesięcy pozbawienia wolności, a nadto zarządził konfiskatę ponad 20 000 funtów szterlingów (GBP). W apelacji od tego wyroku skarżący podniósł, że konfiskata była przykładem nadużycia procesowego i dotyczyła wszystkich jego oszczędności zgromadzonych w wyniku świadczenia pracy. Podkreślił, że pozbawienie go środków pieniężnych może być uznane za zbyt uciążliwe, ponieważ nie miało na celu zapobieżenia popełnieniu przestępstwa. Sąd II instancji oddalił apelację. Zdaniem sądu konfiskata była uzasadniona, gdyż środki pieniężne pochodziły z przestępstwa, a ponadto za jej zarządzeniem przemawiał ważny interes publiczny – była reakcją na obchodzenie przepisów dotyczących podejmowania pracy przez obcokrajowców.

Stanowisko ETPC – ochrona własności (art. 1 protokołu nr 1)[3]

Zdaniem ETPC nie ulega wątpliwości, że konfiskata środków pieniężnych była ingerencją w prawo do poszanowania posiadanego mienia i była dozwolona na podstawie art. 1 protokołu nr 1. Służyła także kontrolowaniu sposobu korzystania z własności w celu uiszczenia nałożonej kary. Trybunał musiał rozważyć jednak, czy postępowanie w sprawie skarżącego umożliwiało zastosowanie względem niego proporcjonalnego środka, który wymagał zrównoważenia dwóch interesów: ogólnego i ochrony własności skarżącego.

Trybunał ustalił więc, że skarżący mógł w postępowaniu go dotyczącym sformułować zarzut, że konfiskata była nadmiernie uciążliwa lub stanowiła nadużycie procesowe. Jednak dopiero od 2012 r. Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa w sprawie *R v. Waya* uznał, że w prawie brytyjskim konfiskatę należy oceniać z punktu widzenia konwencyjnego standardu proporcjonalności. I droga ta jest właściwsza od stawiania zarzutu nadużycia procesowego. W czasie, gdy prowadzone było postępowanie względem skarżącego, sądy nie korzystały z możliwości wskazanej we wspomnianym wyroku Sądu Najwyższego. Ocena, czy konfiskata była uciążliwa, albo czy nie stanowiła przypadku nadużycia procesowego, była zbyt wąska i nie mogła być porównywana do badania proporcjonalności ograniczenia własności, zgodnie z postanowieniami konwencji.

Z tych względów ETPC stosunkiem głosów 6:1 uznał, że Wielka Brytania naruszyła art. 1 protokołu nr 1.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

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

Wyrok ETPC (czwarta izba) z dnia 20 maja 2014 r. w sprawie *Häkkä przeciwko Finlandii* skarga nr 758/11 – zakaz ponownego sądzenia lub karania

Stan faktyczny

Skarżącym jest obywatel Finlandii. W związku z kontrolą podatkową przeprowadzoną w dwóch firmach na skarżącego nałożone zostały podatkowe sankcje pieniężne. Skarżący nie kwestionował jednak decyzji organów podatkowych. Równolegle w 2008 r. zostało wszczęte przeciwko niemu postępowanie karne. Oskarżenie dotyczyło czynów ujawnionych w toku kontrolnego postępowania podatkowego. Skarżącemu zarzucono defraudację, sąd uznał go winnym, wymierzył karę pozbawienia wolności i nałożył karę pieniężną. Orzeczenie to zostało podtrzymane przez sąd II instancji, a następnie przez Sąd Najwyższy.

Stanowisko ETPC – zakaz ponownego sądzenia lub karania (naruszenie art. 4 protokołu nr 7)[4]

Trybunał przypomniał, że procedury przewidziane w prawie krajowym nie mogą być jedynym kryterium dla ewentualnego stosowania zasady *ne bis in idem* na podstawie art. 4 ust. 1 protokołu nr 7. Mogłoby to bowiem skutkować ustaleniem tak szerokiego zakresu swobody umawiających się państw, że doprowadziłby do rezultatów sprzecznych z przedmiotem i celem konwencji. Trybunał odwołał się do orzeczenia *Engel i inni przeciwko Holandii* i przywołanych w nim kryteriów uznania określonego postępowania za oskarżenie w postępowaniu karnym. Przypomniano więc, że do kryteriów tych należy: (a) klasyfikacja prawna przestępstwa w prawie krajowym, (b) istota przestępstwa oraz (c) stopień dolegliwości kary – przy czym dwa ostatnie kryteria nie muszą być spełnione kumulatywnie.

W dotychczasowym orzecznictwie ETPC uznał, że sankcje podatkowe mają naturę dolegliwości karnej w rozumieniu art. 6 EKPC. W sprawie *Jussila przeciwko Finlandii* Trybunał stwierdził, że sankcje podatkowe były częścią reżimu podatkowego (a nie karnego) i w oparciu o drugie ze wspomnianych powyżej kryteriów zakwalifikował te sankcje jako reakcję o charakterze odstraszającym i represyjnym. Dlatego postępowanie obejmujące sankcje podatkowe mają charakter karny dla celów art. 4 protokołu nr 7.

Z kolei nawiązując do sprawy *Sergey Zolotukhin przeciwko Rosji*, ETPC przypomniał, że zakaz ścigania lub karania za to samo przestępstwo w rozumieniu art. 4 protokołu nr 7 należy odnieść do czynów powstałych identycznych lub tożsamościowo podobnych faktów. Dlatego też istotne jest, aby odnosić się do faktów i konkretnych okoliczności faktycznych z udziałem tego samego oskarżonego, nierozerwalnie związanych ze sobą w czasie i przestrzeni, istnienie których warunkowało wszczęcie postępowania karnego. W rozpatrywanej sprawie oba postępowania – podatkowe i karne –wynikały z nieprawidłowej deklaracji dochodów.

Celem art. 4 protokołu nr 7, jak podkreślił ETPC, jest zakaz ponownego prowadzenia postępowania karnego zakończonego już ostatecznym orzeczeniem. Ostateczne jest rozstrzygnięcie, które korzysta z powagi rzeczy osądzonej, czyli jest nieodwołalne, co znaczy, że nie istnieją już zwykłe środki odwoławcze, albo że zostały wykorzystane przez strony, bądź że minął termin na skorzystanie z tych środków. Dokonując wykładni art. 4 protokołu nr 7, ETPC zwrócił uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, przepis ten ogranicza możliwość dwukrotnego oskarżenia, jak i sądzenia za ten sam czyn. Po drugie, zawiera on trzy gwarancje: nikt nie powinien być (1) oskarżany, (2) sądzony i (3) karany za to samo przestępstwo. Protokół zakazuje więc prowadzenia kolejnego postępowania w sytuacji, gdy poprzednie zostało zakończone. Artykuł 4 protokołu nr 7 nie zabrania natomiast prowadzenia kilku postępowań równolegle. Wtedy też nie można uznać, że dochodzi do ścigania za przestępstwo, za które sprawca został już prawomocnie uniewinniony lub skazany. Z punktu widzenia EKPC dopuszczalne jest przerwanie jedne-

4 Protokół Nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony dnia 22 listopada 1984 r. w Strasburgu, zmieniony Protokołem Nr 11 (Dz.U. z 2003 r. nr 42, poz. 364), dalej: protokół nr 7.

go z tych postępowań w związku z zakończeniem drugiego, co oznacza, że kontynuowanie postępowania należy ocenić jako naruszenie konwencji.

Odnosząc się do rozpatrywanej sprawy, Trybunał zauważył, że chociaż oba postępowania – podatkowe i karne – miały związek z niewłaściwym wypełnieniem obowiązku podatkowego, to jednak w prawie fińskim sankcje karne oraz administracyjne są stosowane przez różne organy, postępowania karne i administracyjne nie są w jakikolwiek sposób powiązane, a orzeczenia w nich wydane stają się ostateczne niezależnie od siebie. Ponadto sankcje nałożone w jednym postępowaniu nie mają wpływu na przebieg drugiego postępowania, a odpowiedzialność podatkowa nie pozostaje w związku z odpowiedzialnością karną. Sprawa dotyczyła więc dwóch równoległych i odrębnych postępowań. Trybunał zwrócił również uwagę, że wnioskodawca miał prawną możliwość wzruszenia decyzji wydanych w kontrolnym postępowaniu podatkowym i mógł w ten sposób podjąć próbę uniknięcia nałożenia na niego dodatkowych sankcji.

Z powyższych względów ETPC uznał, że nie doszło do naruszenia art. 4 protokołu nr 7.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wojciech Piątek (red.), Jan Olszanowski, Jacek Ronowicz

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała NSA z dnia 9 grudnia 2013 r., I OPS 3/13

Szkoły i placówki szkolno-wychowawcze

Obowiązek zapewnienia bezpłatnego transportu i opieki w czasie przewozu uczniów, o którym mowa w art. 17 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 ze zm.), gmina może wykonywać w ten sposób, że wyznaczy miejsca, z których uczniowie są przewożeni do szkoły, z tym że miejsca te nie mogą być w odległości od domu ucznia przekraczającej odległości określone w art. 17 ust. 2 tej ustawy.

Stan faktyczny

Omawianą uchwałą Naczelny Sąd Administracyjny odpowiedział na pytanie Rzecznika Praw Dziecka, który wystąpił z wnioskiem o podjęcie w składzie siedmiu sędziów uchwały wyjaśniającej treść art. 14a oraz art. 17 ustawy o systemie oświaty. Zdaniem Rzecznika ich stosowanie wywołało rozbieżność w orzecznictwie sądów administracyjnych, w związku z czym przedstawił NSA następujące zagadnienie prawne: „Czy przepisy ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty, regulujące obowiązek gminy zapewnienia dzieciom dojazdu do szkoły i przedszkola, zezwalają na realizację tego obowiązku przez wyznaczenie punktów zbiorczych oddalonych od miejsca zamieszkania tych dzieci, a w szczególności jak należy interpretować zawarte w przepisach art. 14a i 17 przywołanej ustawy określenia »droga dziecka z domu do szkoły«"?

Zgodnie z art. 14a ust. 3 ustawy o systemie oświaty, jeżeli droga dziecka pięcioletniego z domu do najbliższego publicznego przedszkola, oddziału przedszkolnego w szkole podstawowej lub publicznej innej formy wychowania przedszkolnego przekracza 3 km, obowiązkiem gminy jest zapewnienie dziecku bezpłatnego transportu i opieki w czasie przewozu lub zwrot kosztów przejazdu dziecka i opiekuna środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie zapewniają rodzice. Natomiast art. 17 ust. 2 pkt 1 i 2 stanowi, że droga dziecka z domu do szkoły nie może przekraczać 3 km – w przypadku uczniów klas I do IV szkół podstawowych lub 4 km – w przypadku uczniów klas V i VI szkół podstawowych oraz uczniów gimnazjów. Następnie art. 17 ust. 3 pkt 1 określa, że jeżeli droga dziecka z domu do szkoły, w której obwodzie dziecko mieszka, przekracza te odległości, obowiązkiem gminy jest zapewnienie bezpłatnego transportu i opieki w czasie przewozu dziecka albo zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie zapewniają rodzice, a do ukończenia przez dziecko 7 lat – także zwrot kosztów przejazdu opiekuna dziecka środkami komunikacji publicznej.

Rzecznik Praw Dziecka wskazywał, że na gruncie wymienionych przepisów ustawy o systemie oświaty nastąpiły znaczące rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych. Według jednego ze stanowisk dzieci powinny być dowożone do szkoły spod domu. Realizacja obowiązku zapewnienia bezpłatnego transportu dziecka do szkoły nie może natomiast polegać na organizowaniu przez gminę punktów zbiorczych, znajdujących się od miejsca zamieszkania dziecka w odległości nie większej niż określone w art. 17 ust. 2 ustawy o systemie oświaty[1]. Zgodnie z in-

1 Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 15 lipca 2008 r., II SA/Ol 149/08, CBOSA;

nym stanowiskiem gmina realizuje swój obowiązek poprzez wyznaczenie punktów zbiórki, jeżeli droga, jaką pokonuje dziecko do punktu zbiórki, nie przekracza określonych w ustawie odległości[2]. Rzecznik podkreślił, że odwoływanie się przez gminy do tego poglądu, wyrażonego przez NSA, jest mniej korzystne dla małoletnich, którzy często muszą pokonywać znaczne odległości z miejsca zamieszkania do punktu zbiórki. Rzecznik wskazał jednocześnie na dobro dziecka jako pierwszoplanową wartość.

Rzecznik Praw Obywatelskich, który zgłosił udział w postępowaniu, stwierdził, że przepisy ustawy o systemie oświaty pozwalają na realizację obowiązku zapewnienia dzieciom dojazdu do szkoły poprzez organizację punktów zbiorczych, jeśli nie są one oddalone od miejsca zamieszkania dziecka na odległość dalszą niż odległość maksymalna wynikająca z art. 14a ust. 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy. Prokurator Prokuratury Generalnej wniósł o podjęcie przez NSA uchwały o treści: „W świetle art. 17 ust. 2 i 3 ustawy o systemie oświaty gmina, zapewniająca bezpłatny transport i opiekę w czasie przewozu dziecka z domu do szkoły, jest uprawniona do organizacji punktów zbiorczych uprawnionych do skorzystania z przewozu dzieci, o ile ich droga z domu do tego miejsca nie przekracza odległości, o których mowa w art. 17 ust. 2 tej ustawy". Jednocześnie Prokurator Prokuratury Generalnej wskazał na konieczność odmowy podjęcia uchwały w pozostałym zakresie, gdyż wnioskodawca nie wskazał na rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych, które dotyczyłyby art. 14a ustawy o systemie oświaty.

Stanowisko NSA

Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że problem należy rozpatrywać w kontekście wyrażonego w art. 70 ust. 4 Konstytucji RP prawa do nauki. Podkreślił, że zakładanie i prowadzenie publicznych przedszkoli, szkół podstawowych i gimnazjów należy do zadań własnych gminy. Powinno ono być realizowane przez stworzenie odpowiednio gęstej sieci przedszkoli, szkół podstawowych oraz szkół ponadpodstawowych, tak aby droga dziecka do przedszkola lub szkoły nie przekraczała odległości maksymalnych wskazanych w ustawie. Zdaniem NSA w przypadku zbyt małej liczby placówek oświatowych aktualizuje się obowiązek gminy „bezpłatnego transportu dzieci mieszkających w odległości od szkół przekraczającej odległość określoną w ustawie, z jednoczesnym zapewnieniem im opieki albo ewentualnie zwrotu kosztów przejazdu dziecka i opiekuna środkami komunikacji publicznej".

Według NSA art. 17 ust. 3 nie określa w sposób jednoznaczny, czy bezpłatny transport zapewniony przez gminę powinien być realizowany na całej trasie z domu do szkoły. Zarazem NSA wyraził pogląd, że „wykonanie nałożonych na gminy obowiązków musi uwzględniać rzeczywiste możliwości tych gmin i istniejące warunki społeczno-gospodarcze". Jednocześnie zauważył, że w obecnych warunkach wiejskich dzieci są często zmuszone pokonywać dość znaczne – nieprzekraczające jednak określonych w ustawie o systemie oświaty – odległości z miejsca zamieszkania do szkoły. W ocenie NSA nie istnieją przyczyny, dla których dzieci uprawnione do bezpłatnego transportu zapewnionego przez gminę nie mogłyby dotrzeć we własnym zakresie do miejsca zbiórki. Zdaniem NSA „przyjęcie, że uprawnieni do bezpłatnego transportu muszą być odbierani spod domów i gmina nie może wyznaczyć im odpowiednich miejsc zbiórki nadmiernie faworyzowałoby ich w stosunku do dzieci, które muszą dochodzić do szkoły niejednokrotnie na odległość zbliżoną do 3 lub 4 km. Dochodziłoby więc do takich sytuacji, jak wskazana w stanie faktycznym sprawy III SA/Gd 470/11, w której przyjęto, że uczeń gimnazjum oddalonego 7 km od miejsca zamieszkania nie ma obowiązku dojść do punktu zbiórki wyznaczonego w odległości 2,6 km od domu, gdy dzieci w wieku poniżej 10 lat muszą dochodzić do szkoły znajdującej się w podobnej odległości".

Naczelny Sąd Administracyjny zaaprobował stanowisko wyrażone w wyroku NSA z dnia 20 czerwca 2012 r. (I OSK 699/12), że gmina może realizować obowiązek bezpłatnego transportu dzieci do szkoły poprzez wyznaczenie

wyrok NSA z dnia 5 marca 2009 r., I OSK 1218/08, CBOSA; wyrok WSA w Gdańsku z dnia 19 stycznia 2012 r., III SA/Gd 470/11.

2 Wyrok NSA z dnia 20 czerwca 2012 r., I OSK 699/12, CBOSA.

miejsc zbiórek, byleby znajdowały się one w odległości mniejszej niż 3 lub 4 km od domu. Nie do przyjęcia byłoby bowiem założenie, że gminy nie mogą wyznaczyć miejsc zbiórki znajdujących się – odpowiednio – poniżej 3 lub 4 km od miejsca zamieszkania, w sytuacji gdy nie muszą zapewnić bezpłatnego transportu w przypadku zachowania tych odległości pomiędzy miejscem zamieszkania a szkołą. Zarazem NSA wskazał, że za takim rozwiązaniem przemawia również fakt, iż uczniowie korzystający ze zwrotu kosztów przejazdu środkami komunikacji publicznej muszą również samodzielnie dotrzeć do przystanków.

Podsumowując uzasadnienie uchwały, NSA stwierdził że „gminy mogą realizować swój obowiązek dowożenia dzieci do szkół podstawowych i gimnazjów, określony w art. 17 ust. 3 ustawy, w ten sposób, iż zorganizują miejsca zbiórek, z których dzieci są przewożone do szkoły, pod warunkiem że miejsca te nie będą znajdowały się w większej odległości od ich domów, niż określone w art. 17 ust. 2 ustawy".

Jednocześnie NSA odmówił podjęcia uchwały w pozostałym zakresie. Wnioskodawca nie przedstawił bowiem orzecznictwa dotyczącego art. 14a ustawy o systemie oświaty (regulującego kwestię dowozu dzieci do przedszkoli i oddziałów przedszkolnych w szkołach) wskazującego na istnienie rozbieżności.

Znaczenie uchwały

Omawiana uchwała NSA bez wątpienia wpłynie na ujednolicenie i usprawnienie przez gminy bezpłatnego transportu dzieci do szkół poprzez organizację punktów zbiorczych, z uwzględnieniem określonych przez ustawę odległości. Niezwykle ważne jest podkreślenie przez NSA, że zapewnienie części uczniów bezpłatnego transportu i opieki nie może się odbywać z uprzywilejowaniem uczniów korzystających ze zwrotu kosztów przejazdu środkami komunikacji publicznej, a także uczniów, którym z uwagi na miejsce zamieszkania nie przysługuje żadna z tych form pomocy. Wydaje się, że stanowisko NSA może być pewną wskazówką dla gmin, także jeżeli chodzi o realizację obowiązku bezpłatnego transportu dzieci do przedszkoli oraz oddziałów przedszkolnych w szkołach. Co prawda, NSA odmówił podjęcia uchwały w odniesieniu do art. 14a ustawy o systemie oświaty, jednak zaznaczył przy tym, że obowiązek ten regulowany jest analogicznie jak obowiązek dowożenia uczniów.

Opracował *Jacek Ronowicz*

Uchwała NSA z dnia 9 grudnia 2013 r., I OPS 5/13

Świadczenie pielęgnacyjne – obowiązek alimentacyjny – wykładnia prokonstytucyjna

Osobie, którą nie obciąża obowiązek alimentacyjny względem pełnoletniego członka rodziny, legitymującego się orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu znacznym i która nie podejmuje lub rezygnuje z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej w celu sprawowania opieki nad tym niepełnosprawnym członkiem rodziny, nie przysługuje świadczenie pielęgnacyjne na podstawie art. 17 ust. 1 i ust. 1a ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych.

Stan faktyczny

Uprawnienia socjalne odgrywają istotną rolę społeczną, zapewniając pomoc finansową osobom, które z różnych powodów nie mogą podjąć zatrudnienia. Mają one zróżnicowany charakter. Należy do nich m.in. świadczenie pielęgnacyjne, jako jeden z rodzajów świadczenia opiekuńczego, przyznawane osobie niepodejmującej zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej – albo z nich rezygnującej – w celu sprawowania opieki nad osobą legitymującą się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności lub orzeczeniem o niepełnosprawności, łącznie ze wskazaniami do konieczności stałej lub długotrwałej opieki bądź pomocy innej osoby w związku ze znacznie ograniczoną możliwością samodzielnej egzystencji oraz konieczności stałego współudziału na co dzień opiekuna dziecka w procesie jego leczenia, rehabilitacji i edukacji. Katalog podmiotów, którym świadczenie to przysługuje, uregulowany został w art. 17 ust. 1 i 1a ustawy o świadczeniach rodzinnych[3] (dalej: u.ś.r.). Obejmu-

3 Ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (tekst

je on osoby spokrewnione z tymi, którzy wymagają opieki.

Wątpliwości prawne, które stanęły u podstaw podjęcia przez NSA zaprezentowanej uchwały, polegały na rozstrzygnięciu kwestii dopuszczalności przyznania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego na podstawie art. 17 ust. 1 i art. 17 ust. 1a u.ś.r. osobom nieobciążonych obowiązkiem alimentacyjnym względem pełnoletniego członka rodziny legitymującego się orzeczeniem o niepełnosprawności w stopniu znacznym, które nie podejmują zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej, lub z nich rezygnują – celem sprawowania opieki nad niepełnosprawnym członkiem rodziny.

Problem powstał na tle konkretnej sprawy rozpoznawanej przez NSA ze skargi kasacyjnej od wyroku wojewódzkiego sądu administracyjnego, w którym doszło do uchylenia decyzji organów obu instancji odmawiających przyznania skarżącej świadczenia pielęgnacyjnego. Sąd I instancji, opierając się na wykładni prokonstytucyjnej przepisów u.ś.r., zaprezentował stanowisko, że zstępna rodzeństwa (także przyrodniego) jest członkiem rodziny należącym do kręgu spadkobierców ustawowych. Alimentacja nie może być postrzegana wyłącznie jako realizacja ustawowego obowiązku alimentacji.

Stanowisko NSA

Podejmując uchwałę, NSA podkreślił, że w art. 17 ust. 1 i art. 17 ust. 1a u.ś.r. jednoznacznie wskazuje krąg osób uprawnionych do świadczenia pielęgnacyjnego w związku z opieką nad niepełnosprawnym członkiem rodziny, ograniczając go do osób zobowiązanych do alimentacji. W ocenie NSA ustawa o świadczeniach rodzinnych nie może zostać uzupełniona przez inne rozumienie zakresu podmiotowego obowiązku alimentacyjnego, aniżeli to wynika z ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

Odwołując się do wyroków TK z dnia 15 listopada 2006 r., P 23/05 (OTK ZU-A 2006, nr 10, poz. 151) i z dnia 18 lipca 2008 r., P 27/07 (OTK-A 2008, nr 6, poz. 107) oraz z dnia 22 lipca 2008 r P 41/07 (OTK-A 2008, nr 6, poz. 109), NSA podkreślił, że Trybunał Konstytucyjny nie zakwestionował, jako niekonstytucyjnego, wymogu istnienia obowiązku alimentacyjnego pomiędzy osobą sprawującą opiekę i podopiecznym. Nie jest intencją ustawodawcy wspieranie wszystkich osób, które dobrowolnie podejmują się opieki nad niepełnosprawnym członkiem szeroko rozumianej rodziny.

W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego wykładnia nie może prowadzić do skutków oczywiście sprzecznych z wyraźnym brzmieniem przepisu albo też do odmowy zastosowania przepisu w brzmieniu ustalonym przez prawodawcę – przez wykreowanie niewynikającej z jego brzmienia normy prawnej. Z tego powodu niedopuszczalne pozostaje sądowe uzupełnianie ustawowego katalogu uprawnień socjalnych, ponieważ art. 32 ust. 1 i art. 67 Konstytucji RP nie mogą być samoistnymi źródłami roszczeń. Nie można z powołaniem się na wykładnię prokonstytucyjną nadawać znaczenia przepisom ustawy, które byłoby sprzeczne z jej brzmieniem, uzasadniając takie działanie zasadą niezawisłości sędziowskiej.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Podjęta przez NSA uchwała oprócz znaczenia *stricte* prawnego, polegającego na ujednoliceniu praktyki orzeczniczej sądów administracyjnych, będzie odgrywała duże znaczenie społeczne, mając wpływ na działanie organów administracji publicznej przyznających świadczenia pielęgnacyjne. Zakreślenie kręgu osób legitymowanych do otrzymania tego świadczenia jedynie do podmiotów powiązanych stosunkiem pokrewieństwa z osobami, które wymagają stałej opieki, może przyczyniać się do osłabienia więzi rodzinnych. Tym niemniej wobec jednoznacznego brzmienia art. 17 ust. 1 i 1a u.ś.r. wydaje się, że NSA nie mógł podjąć uchwały o odmiennej treści. Rozstrzygnięcie takie miałoby prawotwórczy charakter. Natomiast, jak zauważył NSA, stosowanie prawa przez sądy nie powinno wypełniać istniejących instytucji prawnych treściami wbrew jasno wyrażonej woli ustawodawcy.

Opracował *Wojciech Piątek*

jedn. Dz.U. z 2006 r. nr 139, poz. 992 z późn. zm.).

Uchwała składu siedmiu sędziów NSA z dnia 9 grudnia 2013 r., sygn. akt I OPS 7/13

Dostęp do informacji publicznej – akta postępowania przygotowawczego jako informacja publiczna

Żądanie udostępnienia przez prokuratora akt sprawy jako zbioru materiałów zakończonego postępowania przygotowawczego nie jest wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, o którym mowa w art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

Stan faktyczny

W toku rozpoznania skargi kasacyjnej prokuratora okręgowego, na podstawie art. 187 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[4], NSA postanowił przedstawić składowi siedmiu sędziów NSA do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne dotyczące tego, czy akta zakończonego postępowania przygotowawczego jako zbiór dokumentów stanowią informację publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej[5] (dalej: u.d.i.p.).

Sprawa dotyczyła przypadku, w którym osoba fizyczna skierowała do prokuratora rejonowego wniosek o udostępnienie informacji publicznej w postaci „wszystkich dokumentów znajdujących się w aktach sprawy prowadzonej przez Prokuraturę Rejonową (...), w której umorzono dochodzenie". Prokurator rejonowy odmówił udostępnienia akt, wskazując, że wprawdzie prokuratura jest organem władzy publicznej w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.d.i.p., jednak akta sprawy jako zbiór różnego rodzaju informacji, tak będących informacją publiczną, jak i takich, które jej nie stanowią, w całości nie są informacją publiczną. Wobec tego w takiej postaci nie mogą podlegać udostępnieniu. Ustawa o dostępie do informacji publicznej nie przewiduje bowiem prawa dostępu do akt prowadzonych spraw, gdyż prawo takie przysługuje stronom na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego[6]. Wobec stanowiska prokuratora złożona została skarga na bezczynność organu, która została uwzględniona przez wojewódzki sąd administracyjny, w następstwie czego złożona została skarga kasacyjna do NSA.

Stanowisko NSA

Dokonując wstępnych rozważań, NSA wskazał na treść art. 1 ust. 1 u.d.i.p., zgodnie z którym każda informacja o sprawach publicznych jest informacją publiczną w rozumieniu ustawy. Podlega udostępnieniu oraz ponownemu wykorzystaniu na zasadach i w trybie określonych w przywołanym akcie prawnym. Choć pojęcie „sprawa publiczna" nie jest definiowane przepisami ustawy, to art. 6 u.d.i.p. zawiera wyliczenie rodzajów informacji będących sprawami publicznymi. Jednocześnie NSA zwrócił uwagę, że uzyskanie dostępu do informacji publicznej może, poza walorem informacyjnym, mieć także wpływ na funkcjonowanie organów władzy, a w konsekwencji funkcjonowanie państwa prawnego.

Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że niewątpliwie akta sprawy powstałe w wyniku przeprowadzenia postępowania przygotowawczego zawierają dane, które stanowią informację publiczną. Jednak dotyczą one konkretnej sprawy indywidualnej i ich udostępnianie nie zawsze służy celom, które legły u podstaw przepisów u.d.i.p. Zdaniem NSA akta (sądowe, administracyjne, bądź też akta karnego postępowania przygotowawczego) są zbiorem różnorodnych materiałów wytworzonych przez organ władzy publicznej lub przez inne podmioty. Zawierają informacje, które były lub mogły być istotne przy rozpatrywaniu danej sprawy. Organ, który się tym zbiorem posługuje, nie wytworzył go w całości, a jedynie uporządkował gromadzone materiały i nadał całości określony kształt. Sprawa rozpoznawana przed danym organem jest więc sprawą indywidualną dotyczącą określonego podmiotu, jego praw lub obowiązków, lub penalizacji niezgodnego z prawem zachowania.

Artykuł 10 u.d.i.p. nie określa żadnej formy ani też ram wniosku

4 Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm.

5 Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. nr 112, poz. 1198 z późn. zm.).

6 Dz.U. nr 89, poz. 555 z późn. zm.

o udostępnienie informacji publicznej. Zdaniem NSA nie oznacza to jednocześnie, że do postępowania dotyczącego informacji publicznej nie stosuje się pewnych ogólnych zasad odnoszących się do postępowań administracyjnych. Wniosek musi spełniać, choćby minimalne, wymogi formalne umożliwiające określenie przedmiotu i zakresu żądania, co pozwala na jego prawidłowe odczytanie i załatwienie.

Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że żądanie udostępnienia akt sprawy jako całości, także akt zakończonego postępowania przygotowawczego, nie jest wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, ale żądaniem udostępnienia określonego zbioru materiałów. Tak sformułowany wniosek nie wskazuje na informacje publiczne, których udostępnienia domaga się wnioskodawca. Należy przy tym mieć na uwadze, że prawo do informacji dotyczy informacji o sprawie publicznej, a więc informacji o czymś, a nie udostępnienia zbioru materiałów jako takich. Sposób sformułowania wniosku nie zawiera zatem jednego z elementów niezbędnych do jego rozpoznania i nie może być załatwiony w oparciu o przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Zdaniem NSA przedmiotowy akt prawny ma poddać działanie organów władzy publicznej, osób i jednostek organizacyjnych wykonujących zadania publiczne lub gospodarujących mieniem publicznym kontroli społecznej, czynić je bardziej transparentnymi, a tym samym zapewnić prawidłowe funkcjonowanie społeczeństwa obywatelskiego w państwie prawa. Celem omawianych unormowań nie jest natomiast narażenie obywateli na utratę prywatności i poddanie ich działań i zachowań osądowi „każdego", kto zechce zapoznać się z aktami sprawy, w której występował jako strona czy uczestnik postępowania.

W aktach sądowych i aktach postępowań przygotowawczych znajduje się szereg dokumentów i informacji, które udostępnione, nawet po uniemożliwieniu zapoznania się wnioskodawcy z danymi osobowymi, mogą zagrozić naruszeniem praw strony do ochrony jej godności, prawa do prywatności i dobrego imienia. Zwłaszcza iż z praktyki orzeczniczej wynika, że w przeważającej liczbie spraw wnioskodawca, podając sygnaturę sprawy, zna dane osobowe strony, której akta tej sprawy dotyczą. Anonimizowanie akt nie chroni podmiotów biorących udział w postępowaniu przed ujawnieniem informacji na ich temat, podlegających ochronie w świetle norm konstytucyjnych, takich jak prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym.

Ostatecznie NSA podkreślił, że udostępnieniu podlegają określonego rodzaju informacje, a nie akta czy znajdujące się w nich dokumenty. Domaganie się dostępu do akt sprawy, które jako całość tworzą zbiór materiałów, jest w istocie żądaniem dostępu do tego zbioru, a nie żądaniem udzielenia informacji publicznej.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Obowiązujące w Polsce regulacje zapewniają szeroki dostęp do informacji publicznej. Zasadą jest, że każda informacja publiczna podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonym w przywołanej wyżej ustawie. Prawo to przysługuje każdemu, przy czym podmiot ubiegający się o uzyskanie informacji publicznej nie musi wykazywać interesu prawnego ani faktycznego. Należy jednak pamiętać, że prawo do informacji publicznej nie jest prawem bezwzględnym i podlega ograniczeniom z uwagi na konieczność ochrony konstytucyjnych praw innych jednostek. Słusznie więc NSA wskazał, że domaganie się wglądu w akta sprawy nie jest wnioskiem o udzielenie informacji publicznej. Nie oznacza to jednocześnie, że we wniosku należy wskazać konkretne dokumenty, których udostępnienia dotyczy żądanie. Takie stanowisko prowadziłoby do sytuacji, że nie mogąc zapoznać się z aktami sprawy, żądający udzielenia informacji nie miałby możliwości wskazania, o jakie dokumenty chodzi. Istotne jest natomiast określenie zakresu żądanych informacji objętych wnioskiem. Ostatecznie więc decyzja w przedmiocie tego, jakie informacje i dokumenty powinny zostać udostępnione, spoczywać będzie na organie administracji, który władny jest do rozstrzygnięcia wniosku.

Opracował *Jan Olszanowski*

Mariusz Stanik

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

Uchwała SN z dnia 12 grudnia 2013 r., III CZP 74/13

W sprawie o zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę doznaną wskutek śmierci najbliższego członka rodziny (art. 446 § 4 k.c.) ma zastosowanie art. 445 § 3 k.c.

Stan faktyczny

Powodowie – osoby fizyczne – wystąpili przeciwko spółce akcyjnej o zapłatę odszkodowania oraz zadośćuczynienie w związku ze śmiercią w wypadku samochodowym w dniu 11 września 2011 r. ich syna i brata. W toku postępowania jeden z powodów zmarł, a jako następcy prawni zgłosili się jego spadkobiercy. Sąd I instancji umorzył postępowanie z powództwa zmarłego powoda co do kwoty dochodzonego przez niego zadośćuczynienia, wskazując, że roszczenie o zadośćuczynienie wynikające z art. 446 § 4 k.c. ma charakter osobisty i jest ściśle związane z dochodzącą go osobą. Z tego względu, zgodnie z art. 922 § 2 k.c., nie podlega ono dziedziczeniu na zasadach ogólnych, a brak jest przepisu szczególnego, podobnego do art. 445 § 3 lub art. 448 k.c., który przewidywałby wyjątek od tej zasady. Roszczenie to zatem wygasło na skutek śmierci osoby uprawnionej, wobec czego postępowanie w sprawie w tym zakresie należało umorzyć na podstawie art. 355 § 1 k.p.c. Powodowie wnieśli zażalenie na postanowienie o umorzeniu postępowania. Przy rozpoznawaniu zażalenia sąd II instancji powziął poważną wątpliwość prawną, którą przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia, a która sprowadzała się do pytania, czy art. 445 § 3 k.c. ma zastosowanie do roszczeń o zadośćuczynienie za śmierć osoby najbliższej.

Stanowisko Sądu Najwyższego

W uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy wskazał na wstępie na ewolucję przepisów prawa regulujących dochodzenie zadośćuczynienia za krzywdę doznaną wskutek śmierci osoby najbliższej, spowodowanej czynem niedozwolonym, oraz ewolucję stanowiska judykatury w tym zakresie. W obecnym stanie prawnym dochodzenie przedmiotowego roszczenia uregulowane jest w art. 446 § 4 k.c., który został wprowadzony do polskiego porządku prawnego 3 sierpnia 2008 r. na mocy ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 116, poz. 731). Pierwowzorem tego przepisu był art. 166 kodeksu zobowiązań[1] (dalej: k.z.), na gruncie którego prawo do zadośćuczynienia miało ściśle osobisty charakter i było niezbywalne (art. 167 k.z.). Jak zauważył Sąd Najwyższy, „po wejściu w życie kodeksu cywilnego i uchyleniu kodeksu zobowiązań roszczenia przysługujące osobom najbliższym z powodu śmierci bezpośrednio poszkodowanego regulował art. 446 k.c., który w § 3 przewidywał dla nich uprawnienie do stosownego odszkodowania, jeżeli na skutek śmierci nastąpiło znaczne pogorszenie ich sytuacji życiowej". Stanowisko Sądu Najwyższego w kwestii charakteru szkody określonej w art. 446 § 3 k.c. oraz wynikającego z niej roszczenia wyraźnie ewoluowało. Początkowo Sąd Najwyższy ujmował ją jako szkodę o charakterze wyłącznie majątkowym, a następnie pojawił się i utrwalił pogląd, że odszkodowanie, o którym mowa w art. 446 § 3 k.c., obejmuje nie

1 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. nr 82 poz. 598).

tylko niewymierne szkody majątkowe, ale i niemajątkowe, a roszczenie przewidziane w przedmiotowym przepisie przechodzi na spadkobierców uprawnionego. W ocenie Sądu Najwyższego „kolejne nowelizacje stanu prawnego oraz przedstawiona ewolucja stanowiska Sądu Najwyższego nie mogą pozostawać bez wpływu na uznanie, że w sprawie o zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę doznaną wskutek śmierci najbliższego członka rodziny (art. 446 § 4 k.c.) zastosowanie znajduje art. 445 § 3 k.c."

W dalszej części uzasadnienia analizowanej uchwały Sąd Najwyższy podniósł, po pierwsze, że tezy o dziedziczności roszczenia z art. 446 § 4 k.c. nie może podważyć odwołanie się do art. 167 k.z., jako że kodeks zobowiązań „nie zawierał odpowiednika obecnego art. 448 k.c., nie przewidywał więc zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych, poza pozbawieniem życia, wolności, wywołaniem rozstroju zdrowia i obrazą czci".

Po drugie, w ocenie Sądu Najwyższego tezy o dziedziczności roszczenia z art. 446 § 4 k.c. nie podważa również okoliczność, że zadośćuczynienie za krzywdę doznaną wskutek śmierci osoby najbliższej ma ściśle osobisty charakter. Zgodnie bowiem z art. 922 § 1 i 2 k.c. w skład spadku wchodzą prawa i obowiązki majątkowe zmarłego, nie należą natomiast do spadku prawa i obowiązki zmarłego ściśle związane z jego osobą, jak również prawa, które z chwilą jego śmierci przechodzą na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami. Sąd Najwyższy wskazał, że „prawa osobiste, a więc ściśle związane z osobą zmarłego, mogą zatem przejść na spadkobierców tylko wtedy, jeśli takie dziedziczenie dopuszcza ustawa". W ocenie Sądu Najwyższego „brak takiej regulacji w art. 446 § 4 k.c. nie oznacza jednak, że określone w nim roszczenie nie jest dziedziczne. Nie może obecnie ulegać wątpliwości, że przepis art. 446 § 4 k.c. nie kreuje nowego dobra osobistego, które podlegać ma odmiennej regulacji niż wszystkie inne dobra osobiste. Celem wprowadzenia tego przepisu do kodeksu cywilnego było zwiększenie ochrony ofiar wypadków komunikacyjnych przez ułatwienie najbliższym członkom rodziny zmarłego dochodzenia roszczeń o zadośćuczynienie pieniężne rekompensujące im ból, cierpienie, rozpacz po stracie osoby bliskiej. Nie ma zatem uzasadnienia twierdzenie, że roszczenie o zadośćuczynienie za naruszenie każdego dobra osobistego (…) może przechodzić na spadkobierców na podstawie art. 448 w związku z art. 445 § 3 k.c., a nie jest to możliwe w wypadku zadośćuczynienia określonego w art. 446 § 4 k.c. dlatego, że przepis ten, w przeciwieństwie do art. 448, nie odwołuje się do art. 445 § 3 k.c."

Po trzecie, Sąd Najwyższy podniósł także, że tezy o niedziedziczności roszczenia z art. 446 § 4 k.c. nie uzasadnia twierdzenie, iż „przepisy art. 445 i 448 k.c. obejmują bezpośrednio pokrzywdzonych, a art. 446 § 4 k.c. dotyczy osoby pokrzywdzonej pośrednio, skoro bezpośrednio pokrzywdzonym jest zmarły wskutek uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia". W ocenie Sądu Najwyższego „osoba dochodząca zadośćuczynienia za krzywdę nie jest poszkodowana jedynie pośrednio, ale również może być pokrzywdzona bezpośrednio, bowiem to właśnie najbliższym członkom rodziny zmarłego została wyrządzona samoistna krzywda, polegająca na zerwaniu tej szczególnej, bliskiej więzi emocjonalnej łączącej ich z osobą zmarłą".

Konkludując, Sąd Najwyższy stwierdził, że „art. 446 § 4 k.c. zawiera normę szczególną w stosunku do ogólnej regulacji dotyczącej zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych, zawartej w art. 448 k.c. Skoro zatem przepis art. 446 § 4 k.c. nie reguluje dziedziczności roszczenia, zastosowanie znajduje art. 448 w związku z art. 445 § 3 k.c."

Znaczenie rozstrzygnięcia

Zawarte w analizowanej uchwale stanowisko Sądu Najwyższego należy w pełni podzielić. Omawiana uchwała ma duże znaczenie teoretyczne i praktyczne, tym większe, jeśli wziąć pod uwagę rodzaj naruszonego dobra osobistego oraz skutki jego naruszenia. Potwierdza ona przy tym słuszność kierunku, w którym ewoluował dotychczasowy dorobek judykatury w omawianym zakresie.

Uchwała SN z dnia 13 grudnia 2013 r. III CZP 81/13

Użytkownik wieczysty, który nie może zrzec się przysługującego mu prawa na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (jedn. tekst: Dz.U. z 2012 r. poz. 1187 ze zm.), może wyzbyć się tego prawa zgodnie z art. 902[1] k.c. stosowanym w drodze analogii.

Stan faktyczny

Notariusz odmówił spółce jawnej dokonania czynności prawnej polegającej na zrzeczeniu się prawa użytkowania wieczystego niezabudowanej nieruchomości gruntowej stanowiącej własność Skarbu Państwa. Jego zdaniem w aktualnym stanie prawnym ustawodawca umożliwia zrzeczenie się użytkowania wieczystego w ściśle określonych przypadkach, a mianowicie zgodnie z uregulowaniem art. 17b ust. 3 ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa, czyli wyłącznie w przypadku użytkowania nieruchomości rolnych będących własnością Skarbu Państwa, oraz zgodnie z uregulowaniem art. 16 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami – zezwalającym na tę czynność państwowym oraz samorządowym osobom prawnym. Przepisy te należy traktować jako *leges speciales* względem ogólnej zasady braku możliwości zrzeczenia się użytkowania wieczystego. Rozpoznając zażalenie wnioskodawcy na decyzję notariusza, sąd okręgowy wskazał, że rozważane zagadnienie jest źródłem kontrowersji zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i w piśmiennictwie.

Stanowisko Sądu Najwyższego

W uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy podkreślił na wstępie, że możliwość wyzbycia się prawa rzeczowego nie jest w aktualnym stanie prawnym uregulowana w sposób jednolity. Ustawodawca nie przewidział bowiem ogólnej możliwości wyzbycia się prawa użytkowania wieczystego – inaczej niż w przypadku innych praw rzeczowych dotyczących nieruchomości. Na podstawie wskazanych powyżej przepisów szczególnych ustawodawca dopuścił możliwość zrzeczenia się tego prawa, ale tylko przez określone osoby i w odniesieniu do określonych nieruchomości. Regulacja taka, a w szczególności brak ogólnego przepisu zezwalającego na wyzbycie się prawa użytkowania wieczystego stały się podstawą rozbieżnych poglądów co do tego, czy wyzbycie się tego prawa jest – poza wyraźnie uregulowanymi w ustawie przypadkami – w ogóle możliwe, a jeśli tak, to na jakiej podstawie prawnej.

W dalszej części uzasadnienia analizowanej uchwały Sąd Najwyższy wskazał jednak, że „użytkowanie wieczyste jest prawem zbliżonym w swej treści do prawa własności, a art. 233 k.c. wyraźnie stanowi, że użytkownik wieczysty może rozporządzać swoim prawem. Oznacza to, że jeżeli brak przepisu, który ograniczałby to uprawnienie, użytkownik wieczysty może wyzbyć się przysługującego mu prawa. Istnienie regulacji dotyczącej niektórych użytkowników wieczystych jest więc tylko wyraźnym potwierdzeniem tego, że każdy uprawniony z tego prawa może się go wyzbyć, a w żadnym razie regulacja taka nie może być postrzegana jako wyłączenie uprawnienia każdego użytkownika wieczystego do wyzbycia się przysługującego mu prawa skoro zgodnie z art. 233 k.c. może on rozporządzać przysługującym mu prawem".

Jeśli chodzi o podstawę prawną wyzbycia się prawa użytkowania wieczystego, Sąd Najwyższy wskazał, że przy braku regulacji wprost odnoszącej się do takiej sytuacji, konieczne jest znalezienie podstawy prawnej „w drodze *analogii legis*, czyli poprzez zastosowanie przepisów, które regulują sytuacje najbliższe tej, dla której stwierdzamy istnienie luki". Po pierwsze, w ocenie Sądu Najwyższego podstawy prawnej wyzbycia się prawa użytkowania wieczystego nie będą stanowiły stosowane w drodze analogii przepisy regulujące zrzeczenie się użytkowania wieczystego, jako że przepisy te odnoszą się jedynie do określonych osób i określonych nieruchomości, a zatem regulują tylko część sytuacji związanych z wyzbyciem się prawa użytkowania wieczystego. Po drugie, Sąd Najwyższy wskazał, że co prawda użytkowanie wieczyste wykazuje podobieństwo do ograniczonych praw rzeczowych (gdyż jest również prawem na rzeczy cudzej),

ale odrzucić należy stosowanie w analizowanym zakresie przepisów o ograniczonych prawach rzeczowych, a to z uwagi na fakt, że treść prawa użytkowania wieczystego przypomina prawo własności. W konsekwencji Sąd Najwyższy podniósł, że „użytkowanie wieczyste jest prawem, z którym związany jest obowiązek uprawnionego do zapłaty stałych opłat na rzecz właściciela nieruchomości obciążonej. Jest to także prawo, z którym z reguły związane jest prawo własności do budynków wzniesionych na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste. Z kolei art. 237 k.c. przewiduje, że do zbycia użytkowania wieczystego należy stosować odpowiednio przepisy o przeniesieniu własności. Wszystkie te argumenty wskazują, że do wyzbycia się prawa użytkowania wieczystego odpowiedniejsze wydają się przepisy dotyczące wyzbycia się prawa własności. Aktualnie, zgodnie z art. 902^1 k.c., może to nastąpić w drodze umowy o bezpłatne przekazanie prawa do nieruchomości pomiędzy uprawnionym a gminą lub Skarbem Państwa. Tryb wyzbywania się prawa poprzez umowę z gminą lub Skarbem Państwa o wiele lepiej nadaje się dla uregulowania złożonej sytuacji prawnej, jaka wiąże się z wyzbyciem się użytkowania wieczystego, niż jednostronne zrzeczenie się tego prawa na podstawie analogicznie stosowanego art. 246 k.c."

Konkludując, Sąd Najwyższy stwierdził, że „dla wyzbycia się prawa użytkownika wieczystego w innych sytuacjach niż szczegółowo uregulowanych w ustawie należy uznać, że (...) podstawę prawną dla takiej czynności stanowią stosowane na zasadzie analogii przepisy art. 902^1–902^2 k.c."

Znaczenie rozstrzygnięcia

Pogląd Sądu Najwyższego zawarty w przedmiotowej uchwale zasługuje na aprobatę. Analizowana uchwała rozstrzyga podnoszone przez przedstawicieli doktryny prawa wątpliwości co do ogólnej możliwości wyzbycia się prawa użytkowania wieczystego, jak też rozstrzyga wątpliwości judykatury co do podstaw prawnych takiego wyzbycia się. Biorąc pod uwagę powszechność stosowania instytucji użytkowania wieczystego, omawiana uchwała ma przy tym niebagatelne znaczenie dla praktyki obrotu.

Uchwała SN z dnia 13 grudnia 2013 r., III CZP 79/13

Dopuszczalne jest zawarcie umowy darowizny na wypadek śmierci, jeżeli jej przedmiotem są konkretne rzeczy lub prawa, a umowa nie jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Stan faktyczny

Rozpoznający sprawę sąd I instancji ustalił, że pomiędzy spadkodawcą powoda a pozwanym zawarte zostały dwie umowy pożyczki, które zawierały klauzule, że w razie śmierci pożyczkodawcy pożyczki ulegają umorzeniu. Powód, będący spadkobiercą pożyczkodawcy, twierdził, że zawarte w umowach klauzule co do umorzenia pożyczek na wypadek śmierci pożyczkodawcy są bezwzględnie nieważne jako sprzeczne z prawem. Sąd I instancji zgodził się z twierdzeniami powoda, ale oddalił powództwo, uznając, że dochodzenie roszczeń przez spadkobiercę stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.). Powód wniósł apelację od wyroku sądu I instancji. Rozpoznający apelację sąd II instancji przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne, czy dopuszczalne jest zawarcie umowy darowizny na wypadek śmierci, a w razie uznania dopuszczalności zawarcia takiej umowy, czy umowa taka jest ważna, gdy prowadzi do rozporządzenia całym lub prawie całym majątkiem darczyńcy.

Stanowisko Sądu Najwyższego

W uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy stwierdził na wstępie, że w obecnym stanie prawnym brak jest regulacji normatywnej dotyczącej umowy darowizny na wypadek śmierci. „Przepisy o umowie darowizny (art. 888 i nast. k.c.) oraz inne przepisy kodeksu cywilnego ani wyraźnie nie dozwalają darowizny *mortis causa*, ani jednoznacznie nie uznają jej za niedopuszczalną". W uzasadnieniu analizowanej uchwały przywołano szereg argumentów, spośród których poniżej przywołano syntetycznie jedynie te najbardziej istotne.

Po pierwsze, Sąd Najwyższy stwierdził, że darowizna na wypadek śmierci nie pozostaje w sprzeczności z art. 941 k.c., zakazującym rozrządzania mająt-

kiem na wypadek śmierci w drodze innej czynności prawnej niż testament. Umowa taka jest czynnością z zakresu prawa zobowiązań, która wywołuje skutki już w chwili jej zawarcia (w tym znaczeniu, że wiąże strony i nie może być swobodnie odwołana), natomiast niektóre skutki (głównie rzeczowe) wywołuje na wypadek śmierci. W konsekwencji darowizna na wypadek śmierci nie jest czynnością prawną *mortis causa*, ale *inter vivos*, a przepis art. 941 k.c. znajduje zastosowanie jedynie do czynności prawnych *mortis causa*.

Po drugie, Sąd Najwyższy stwierdził, że darowizna na wypadek śmierci nie pozostaje w sprzeczności z art. 1047 k.c., który przewiduje nieważność umowy o spadek po osobie żyjącej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Zdaniem Sądu Najwyższego taka sprzeczność zachodziłaby jedynie w przypadku, gdyby przedmiotem darowizny był cały spadek lub jego ułamkowa część. Jeżeli przedmiotem darowizny są określone rzeczy lub prawa, to umowa taka nie stanowi umowy o spadek, nawet jeśli będące jej przedmiotem rzeczy lub prawa wyczerpują cały albo prawie cały majątek darczyńcy.

Po trzecie, Sąd Najwyższy stwierdził, że „uznanie darowizny *mortis causa* za dopuszczalną nie oznacza zbędności przepisów dopuszczających dysponowanie poszczególnymi składnikami majątku poza reżimem dziedziczenia". Darowizna taka wzbogaca jedynie wachlarz środków prawnych, z których można skorzystać.

Po czwarte, Sąd Najwyższy stwierdził, że uznanie zawarcia darowizny na wypadek śmierci za dopuszczalną nie narusza zasady swobody testowania, jako że zasada ta jest właściwa dla prawa spadkowego, a umowa darowizny należy do instytucji prawa zobowiązań.

Po piąte, Sąd Najwyższy wskazał, że „dopuszczalność zawarcia umowy darowizny *mortis causa* jest zgodna z zasadą swobody umów (art. 353^1 k.c.)".

Po szóste, Sąd Najwyższy wskazał, że dopuszczenie zawarcia darowizny na wypadek śmierci nie jest zbędne w kontekście możliwości skorzystania z innych instytucji prawa, w szczególności z zapisu windykacyjnego. Jak słusznie wskazał bowiem Sąd Najwyższy, „między zapisem windykacyjnym a darowizną *mortis causa* istnieje jednak istotna różnica – zapis nie jest wiążący w chwili sporządzenia testamentu. Tymczasem zawarcie umowy darowizny powoduje, że obdarowany ma większą pewność, że przedmiot darowizny w przyszłości otrzyma".

Po siódme, Sąd Najwyższy wskazał, że ważna będzie umowa darowizny na wypadek śmierci, wyczerpująca cały albo prawie cały majątek darczyńcy, pod warunkiem że przedmiotem tej umowy są konkretne rzeczy lub prawa. Przepisy kodeksu cywilnego o umowie darowizny wymagają bowiem, aby przedmiot darowizny został precyzyjnie określony i mógł być przedmiotem obrotu prawnego. Niedopuszczalne byłoby zatem „uczynienie przedmiotem umowy darowizny całego majątku darczyńcy".

Po ósme, Sąd Najwyższy wskazał, że w przypadku rozdysponowania całym majątkiem w drodze darowizny *mortis causa* spadkobiercy oraz wierzyciele spadku mają możliwość skorzystania z instrumentów prawnych pozwalających chronić ich majątek (np. odrzucenie spadku czy skarga pauliańska).

Po dziewiąte, Sąd Najwyższy wskazał, że rozdysponowanie całym majątkiem w drodze darowizny na wypadek śmierci nie stanowi obejścia przepisu art. 961 k.c. Przepis ten nie ma bowiem charakteru bezwzględnego; przewiduje wyjątek, a zatem niedopuszczalne jest stosowanie go w drodze analogii; a ponadto należy on do prawa spadkowego, a nie do prawa zobowiązań.

Znaczenie rozstrzygnięcia

Stanowisko Sądu Najwyższego, zawarte w analizowanej uchwale, może być uznane za co najmniej dyskusyjne. W mojej ocenie omawiana uchwała zasługuje jednak na pełną aprobatę. Kwestia dopuszczalności zawierania umów darowizny na wypadek śmierci od dawna stanowiła przedmiot dyskusji w doktrynie prawa. Przedmiotowa uchwała, przede wszystkim wobec wszechstronnego i szczegółowego uzasadnienia, nabiera zatem dużego znaczenia nie tylko teoretycznego (kończąc niejako trwającą dotąd polemikę odnośnie do analizowanej kwestii), ale także praktycznego. Uznanie dopuszczalności zawierania umów darowizny na wypadek śmierci może bowiem mieć istotne konsekwencje na gruncie prawa spadkowego.