FORUM PRAWNICZE

NUMER 6 (32)
2015

Spis treści

ARTYKUŁY

Oktawian Nawrot

3 **Naturalizacja prawa w kontekście rozwoju biologii i medycyny**

Franciszek Longchamps de Bérier

14 **Prawo a moralność i polityka – na przykładzie zagadnień bioetycznych**

Leszek Bosek, Bogusław Lackoroński

22 **Ustawowa waloryzacja zobowiązań. Uwagi na tle ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o pomocy tzw. frankowiczom**

Grzegorz Maroń

51 **Publiczna krytyka homoseksualizmu jako realizacja konstytucyjnej wolności słowa w świetle orzecznictwa sądów USA**

Maciej Kożuchowski, Bartłomiej Woźniak

70 **Umorzenie akcji własnych nabytych w wyniku połączenia odwrotnego**

Michał Krotoszyński

83 **Ustawodawstwo lustracyjne wobec upływu czasu**

ARTYKUŁ RECENZYJNY

Kazimierz Michał Ujazdowski

101 **Schmitt przegrywa z Monteskiuszem. Kilka refleksji o *Nauce o konstytucji* Carla Schmitta**

WSPOMNIENIE

Wojciech Dajczak

111 **Dyskretny urok dawnej Europy. Wspomnienie o profesorze Bertholdzie Kupischu**

ORZECZNICTWO

Anna Michalak

114 **Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski

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

Piotr Sitnik

131 **Przegląd orzecznictwa sądów brytyjskich**

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 składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, stanowiącej podstawę decyzji o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

Procedurze oceny wskazanej wyżej nie podlegają: polemiki z recenzjami, oświadczenia, sprawozdania, nekrologi. Nie recenzujemy również tekstów zamówionych przez redakcję, tj.: artykułów wstępnych, wywiadów oraz przeglądów orzecznictwa.

FORUM PRAWNICZE

Numer 6 (32) | 2015
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

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

RADA PROGRAMOWA
Przewodniczący: prof. Jerzy Stelmach – Uniwersytet Jagielloński
prof. Martin Avenarius – Uniwersytet w Kolonii (Niemcy)
prof. Petr Blaho – Uniwersytet Trnawski (Słowacja)
prof. Bartosz Brożek – Uniwersytet Jagielloński
prof. Zbigniew Cieślak – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Tomasz Giaro – Uniwersytet Warszawski
prof. Joseph Hoffmann – Uniwersytet Indiany (USA)
prof. Sang Yong Kim – Uniwersytet Koreański (Korea Południowa)
prof. Małgorzata Korzycka – Uniwersytet Warszawski
prof. Jarosław Majewski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Marek Michalski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Artur Nowak-Far – Szkoła Główna Handlowa
prof. Aurelia Nowicka – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Jerzy Pisuliński – Uniwersytet Jagielloński
prof. Michał Romanowski – Uniwersytet Warszawski
prof. Grażyna Skąpska – Uniwersytet Jagielloński
prof. Andrzej Skoczylas – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. Bogdan Szlachta – Uniwersytet Jagielloński
prof. Piotr Tuleja – Uniwersytet Jagielloński
prof. Daniil Tuzov – Uniwersytet Państwowy w St. Petersburgu
ks. prof. Krzysztof Warchałowski – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
prof. Paweł Wiliński – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ZESPÓŁ REDAKCYJNY
Redaktor naczelny: prof. Wojciech Dajczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza
Sekretarz redakcji: dr Krzysztof Szczucki – Uniwersytet Warszawski
mgr Kazimierz W. Ujazdowski
Redaktorzy tematyczni:
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérier – historia i filozofia prawa – Uniwersytet Jagielloński
prof. UW dr hab. Michał Królikowski – prawo karne – Uniwersytet Warszawski
dr Adam Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Warszawski
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Przekład streszczeń: Piotr Sitnik
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.

Nakład 100 egz.

Oktawian Nawrot

Naturalizacja prawa w kontekście rozwoju biologii i medycyny

Oktawian Nawrot

Profesor Uniwersytetu Gdańskiego, pracuje w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa; prodziekan ds. studenckich i nauki Wydziału Prawa i Administracji UG. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół filozofii prawa, prawa medycznego i bioprawa, w szczególności prawnych i etycznych implikacji rozwoju biomedycyny.

Naturalization of Law in the Context of the Development of Biology and Medicine

The world of man, including the world of legal institutions, directly depends on who a man is himself. A man, in large part, is a reflection of his biological nature. Consequently, modern legislatures, functioning in the reality of a democratic society and the rule of law, cannot turn a blind eye to this basic dimension of human existence. On the contrary, meticulously conceptualized anthropology should become a keystone in regulation, at least in the field of biolaw. If this is not the case, the legal system becomes inconsistent.

Wciąż pamiętam zaskoczenie, zmieszanie i niedowierzanie, jakie ogarnęło mnie, gdy przed laty podczas wykładu z filozofii przyrody – doskonale prowadzonego przez prof. Ludwika Kostro, pozostającego dla mnie wzorem naukowca, wykładowcy, a nade wszystko człowieka – po raz pierwszy usłyszałem i uzmysłowiłem sobie, iż świat, który nas otacza, jest z obiektywnego, fizycznego punktu widzenia światem bezdźwięcznym, bezbarwnym, bezzapachowym, pozbawionym niemalże wszystkiego, co stanowi przedmiot naszego codziennego doświadczenia. Wszak stwierdzenie to, tak jawnie, wręcz bezczelnie sprzeczne z elementarnym ludzkim doświadczeniem, nie mogło być prawdziwe. Naturalnie, odwołując się do Kartezjusza lub całych pokoleń sceptyków, od Ainesidemosa poczynając, można oddawać się rozrywce intelektualnej polegającej na negowaniu tego, co oczywiste. Wynik takiej „zabawy" przez niewielu będzie jednak brany serio i po jej zakończeniu większość funkcjonować będzie tak, jak funkcjonowała uprzednio – ufać w określonym zakresie świadectwu zmysłów, kierując się przy wybieraniu potrawy jej zapachem, smakiem, barwą, oddawać się rozkoszy estetycznej, podziwiając dzieło sztuki, zachód słońca lub innego człowieka.

Z drugiej strony wspomniana fizyka zdaje się faktycznie prze-

czyć realności wskazanych fenomenów. Zapytajmy bowiem, czym np. jest dźwięk, a rychło okaże się, że jest on odartą z piękna falą akustyczną rozchodzącą się w ośrodku sprężystym. Co więcej, abyśmy usłyszeli dźwięk, fala ta musi zwierać się w paśmie od ok. 16 Hz do ok. 20 kHz. Podobnie rzecz się ma z barwą, która w istocie jest rozchodzącym się w przestrzeni zaburzeniem pola elektromagnetycznego. Pola, fale, cząstki, wzajemne oddziaływania – to prawdziwy obraz rzeczywistości, świata takiego, jakim jest.

Skąd więc dźwięki i barwy? Ich wrażenia, bo z nimi mamy wszak do czynienia, pojawiają się w naszym umyśle dzięki temu, że posiadamy określone organy, zbudowane w taki, a nie inny sposób. Przykładowo barwa postrzegana jest przez nas za sprawą obecnych w siatkówce oka komórek światłoczułych. Dla jej zaistnienia w odbiorze jako barwy istotne znaczenie ma sama nasza konstrukcja, a dodatkowo także cechy osobnicze, ze zdrowiem i samopoczuciem na czele. Gdybyśmy więc byli inaczej skonstruowani, zapewne inaczej odbieralibyśmy wspomniane fale, a być może nie odbieralibyśmy ich wcale.

Do czego zmierza ten niezbyt typowy jak na opracowanie z zakresu nauk prawnych wywód? Na tym etapie do stwierdzenia, iż pomimo tego, że w świecie fizycznym, transcendentnym wobec nas, nie istnieją barwy, a jedynie określone drgania cząstek, nie możemy powiedzieć, że wspomniane wrażenia nie są realne. Są jak najbardziej realne, wszak – jak już podkreślono – postrzegamy świat jako kolorowy, przepełniony dźwiękami. To jest element naszego świata, istniejącego dlatego, że my istniejemy w pewien określony sposób. Innymi słowy, nasza natura współkonstytuuje otaczającą nas rzeczywistość. To, jak jesteśmy zbudowani, bezpośrednio przekłada się na obraz świata, w którym żyjemy i który – co ważniejsze – jest dla nas bardziej rzeczywisty aniżeli obraz świata prezentowany częstokroć przez nauki przyrodnicze.

Z perspektywy filozofii prawa powyższe stwierdzenie ma daleko idące konsekwencje. Konstrukcja człowieka, nie tylko ujmowanego jako wysublimowana kartezjańskia *res cogitans*, ale także, a nawet paradoksalnie przede wszystkim jako *res extensa* determinuje zarazem jego istnienie, sposób istnienia w świecie, jak i świat, w którym istnieje. Determinacja ta dokonuje się ponadto na wielu płaszczyznach.

To, jak jesteśmy zbudowani, bezpośrednio przekłada się na obraz świata, w którym żyjemy i który – co ważniejsze – jest dla nas bardziej rzeczywisty aniżeli obraz świata prezentowany częstokroć przez nauki przyrodnicze.

Najbardziej podstawową jest zarysowana już płaszczyzna ontologiczna – konstrukcja biologiczna człowieka wyznacza możliwości, a zarazem granice jego istnienia, które przekładają się na funkcjonowanie w transcendentnym wobec niego świecie, a także na kształt tego świata. Mamy więc tu do czynienia ze sprzężeniem zwrotnym. Natura wyznacza ramy człowieka, ten zaś odpowiada naturze tym samym, przy czym odpowiedź ta jest czymś więcej aniżeli określonym sposobem ujęcia rzeczywistości – jest faktycznym jej kreowaniem/modyfikowaniem. W podejściu tym rozbrzmiewają echa słynnego powiedzenia Protagorasa „miarą wszystkich rzeczy jest człowiek; istniejących, że są, i nieistniejących, że nie są”[1]. Jeśli

1 Platon, *Teajtet*, 152 a; Platon, *Parmenides. Teajtet*, przeł. W. Witwicki, Kęty 2002, s. 106.

bowiem słów tych nie ograniczymy do jednostki i jej subiektywnego punktu widzenia, jak czynił to np. Platon[2], zaś odniesiemy do gatunku *homo sapiens* jako takiego, wówczas człowiek w ujęciu gatunkowym stanie się sędzią, a nawet współtwórcą rzeczywistości – wyznacznikiem ludzkiego świata. Analogicznie ekstrapolacja sądów epistemologicznych na sferę wartości spowoduje, iż rzeczywistość aksjologiczna stanie się nie mniej realna, niż przyrodnicza.

Z perspektywy normatywnej – najbardziej, zdaje się, interesującej dla prawnika – podkreślić należy tę samą zależność: status normatywny jednostki przekłada się na sposób jej istnienia w świecie, który w tym wypadku jest rzeczywistością wyznaczoną przez normy prawne, jak i sam świat – czyli określony porządek prawny. Pozycja jednostki nakłada określone ramy na porządek prawny, w którym jednostka ta funkcjonuje. Innymi słowy: z jednej strony jednostka jest swoistym owocem określonego systemu prawnego, z drugiej zaś system prawny jest odpowiedzią na istnienie jednostek. Wspomniane przy porządku ontologicznym sprzężenie zwrotne przybiera w tym miejscu formę dialogu pomiędzy jednostką a systemem prawnym, w którym nieustannie aktualizuje się natura jednego i drugiego. Z całą jaskrawością proces ten daje się zauważyć w odniesieniu do sfery podstawowych praw i wolności człowieka. Z jednej strony prawa i wolności człowieka wyznaczają jego wyjątkową pozycję, z drugiej zaś – wyjątkowa pozycja człowieka nadaje treść jego prawom i wolnościom. W wizję tę doskonale wpisuje się wypracowana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka zasada „żywotności konwencji", zgodnie z którą Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności należy interpretować w świetle aktualnych okoliczności, a nie ograniczać się do tych, które były relewantne na etapie tworzenia traktatu[3]. W ten sposób pomimo wielu znaczących zmian społecznych, gospodarczych, kulturowych i politycznych konwencja ta po prawie 60 latach istnienia pozostaje efektywnym instrumentem w zakresie ochrony praw człowieka.

Rozwój biologii i medycyny, a ściślej zagrożenia z nim związane wymuszają powrót do doskonale znanej już optyki natury i prawa natury, gdzie określony porządek przyrodniczy determinował porządek prawny. Jak zauważyła Rada Europy w sprawozdaniu wyjaśniającym do Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie (dalej: europejska konwencja biomedyczna), adekwatna do potencjalnych zagrożeń ochrona jednostki wymaga spojrzenia na człowieka nie tylko jako na konkretne indywiduum, nie tylko jako na członka określonej wspólnoty politycznej, ale także – a może nawet przede wszystkim – jako na istotę gatunkową. „Znaczna część aktualnych oraz spodziewanych osiągnięć wiąże się z genetyką. Rozwija się znajomość genomu, a w rezultacie rozwijają się też środki oddziaływania i wywierania wpływu na genom ludzki. Ta wiedza już pozwoliła na znaczny postęp w diagnostyce, jak również w zapobieganiu coraz większej ilości chorób;

> **Z jednej strony jednostka jest swoistym owocem określonego systemu prawnego, z drugiej zaś system prawny jest odpowiedzią na istnienie jednostek.**

2 Tamże, 152 a–152 b.

3 Wyrok ETPC z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie *Tyrer v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 5856/72, pkt 31.

istnieją podstawy, by mieć nadzieję, że pozwoli to też na postęp w dziedzinie terapii. Nie można jednak wykluczyć ryzyka, jakie wiąże się z wiedzą tego rodzaju. To ryzyko będzie się potęgowało. To już nie wieka z 19 października 2005 roku dodaje: „Należy mieć na względzie oddziaływanie nauk o życiu na przyszłe pokolenia, włączając w to ich dziedzictwo genetyczne”[6].

Adekwatna do potencjalnych zagrożeń ochrona jednostki wymaga spojrzenia na człowieka nie tylko jako na konkretne indywiduum, nie tylko jako na członka określonej wspólnoty politycznej, ale także – a może nawet przede wszystkim – jako na istotę gatunkową.

tylko jednostka i społeczeństwo mogą podlegać zagrożeniu, lecz gatunek ludzki jako taki. Konwencja daje temu wyraz w swej preambule, przede wszystkim poprzez wskazanie na dobro przyszłych pokoleń oraz ludzkości jako całości, a w całym swoim tekście — poprzez gwarancje, jakie prawo powinno przyznać tożsamości istoty ludzkiej”[4].

W podobnym do opisanego powyżej tonie wypowiada się od lat Organizacja Narodów Zjednoczonych. Przykładowo art. 1 Powszechnej deklaracji w sprawie genomu ludzkiego i praw człowieka z 11 listopada 1997 roku stanowi „Genom ludzki leży u podłoża jedności wszystkich członków rodziny ludzkiej, jak również uznania ich przyrodzonej godności i różnorodności. W sensie symbolicznym stanowi on dziedzictwo ludzkości”[5], zaś art. 16 Powszechnej deklaracji w sprawie bioetyki i praw człowieka z 19 października 2005 roku dodaje: „Należy mieć na względzie oddziaływanie nauk o życiu na przyszłe pokolenia, włączając w to ich dziedzictwo genetyczne”[6].

Przytoczone powyżej regulacje przyjmują więc następujący paradygmat: korzenie człowieczeństwa tkwią w tym, co gatunkowo wspólne dla wszystkich przedstawicieli *homo sapiens* – charakterystycznej konstrukcji biologicznej, uwarunkowanej przez ludzki genom[7]. Zabieg ten uznać należy za tyleż znaczący, co i ryzykowny. Ryzyko, jakie się z nim wiąże, to naturalnie niebezpieczeństwo redukcjonizmu biologicznego – sprowadzenie jednostek wyłącznie do rzeczywistości przyrodniczej. Człowiek w tej perspektywie staje się, jak mawiał Julien Offray de La Mettrie, maszyną – *l'homme machine* – realizującą określony program, różniącą się od reszty świata zwierzęcego jedynie stopniem złożoności[8]. W ten sposób jego istota zrównana zostać może z istotą gatunków niższych i sama przez się nie pociągać za sobą żadnych obowiązków moralnych. Podobnie też człowiek może podlegać instrumentalizacji, co niejednokrotnie miało miejsce w historii.

Zagrożenia płynące ze strony redukcjonizmu biologicznego w systemach ochrony praw człowieka –

4 Sprawozdanie wyjaśniające do Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie (dalej sEKB), pkt 14. Polski przekład w: T. Jasudowicz, J. Czepek, J. Kapelańska-Pręgowska, *Międzynarodowe standardy bioetyczne. Dokumenty i orzecznictwo*, Warszawa 2014, s. 24–55.

5 Tamże, s. 90–96.

6 Tamże, s. 108–117.

7 Pkt 14 i 15 sEKB.

8 Por. W. Tatarkiewicz, *Historia filozofii*, t. 2, *Filozofia nowożytna do roku 1830*, Warszawa 2001, s. 133–137.

z systemem Rady Europy, a zwłaszcza europejską konwencją biomedyczną na czele – odparte zostają poprzez zwrot w stronę godności ludzkiej, która ma bezpośrednio wypływać lub – w wersji słabszej – trwale być związana z biologiczną strukturą *homo sapiens*. Innymi słowy, ludzki genotyp, który wyznacza przynależność gatunkową istot ludzkich, jak i ich cechy indywidualne, uznany został za wartość autoteliczną i to od pierwszych chwil jego zaistnienia. Dobitnie myśl tę wyraził Jan Paweł II, który w przemówieniu do uczestników IV Zgromadzenia Plenarnego Papieskiej Akademii „Pro Vita" stwierdził, że „ludzki genom ma nie tylko wymiar biologiczny, ale jest wyposażony w godność antropologiczną"[9].

Tożsamość biologiczna istoty ludzkiej i jej godność stanowią nierozerwalną jedność.

Warto zauważyć, że fundament antropologiczny, wraz z wpisaną weń godnością, o czym mówił Jan Paweł II, mimo iż wyrasta bezpośrednio z nauczania Kościoła katolickiego i związanej z nim wizji człowieka podkreślającej istotową jedność ducha i ciała, w praktyce doskonale oddaje sens antropologii przyjętej we wspomnianych powyżej regulacjach biomedycznych. Tożsamość biologiczna istoty ludzkiej i jej godność stanowią nierozerwalną jedność. Podstawą metafizyki – czyli konstrukcji godności ludzkiej – jest struktura biologiczna istoty ludzkiej, ta zaś nigdy nie istnieje w oderwaniu od składnika metafizycznego. Konsekwentnie wszelkie interwencje podejmowane względem istoty ludzkiej, zwłaszcza dotyczące jej genomu, uwzględniać muszą jej dobro. Z tego też względu wszelkie formy dyskryminacji na podstawie dziedzictwa genetycznego objęte muszą zostać zakazem.

O antropologicznej godności genomu ludzkiego mówili wprost również Francis Fukuyama i Jürgen Habermas. Pierwszy ze wskazanych myślicieli, poszukując źródeł tego, co stanowi podstawę równego uznania lub szacunku przedstawicieli gatunku *homo sapiens*, wprowadził do dyskursu pojęcie tzw. czynnika X. „Czynnik X to esencja człowieczeństwa, najbardziej podstawowy sens bycia człowiekiem. Jeżeli wszystkie istoty ludzkie są obdarzone równą godnością, czynnik X musi być ich wspólną, powszechną cechą"[10]. Dla chrześcijan czynnik X miał wynikać z faktu stworzenia człowieka na obraz i podobieństwo Boga, dla Kanta wywodzić się zaś miał z powszechnej wśród ludzi zdolności do dokonywania wyborów moralnych[11]. Dla Fukuyamy czynnik X wynika „z naszej złożoności oraz skomplikowanych interakcji między wyłącznie ludzkimi cechami, takimi jak wybór moralny, rozum oraz szeroka gama emocji"[12]. Pomimo iż autor ten, wskazując specyficznie ludzkie cechy, odwołuje się do wyższych funkcji psychicznych i intelektualnych, natura ludzka pozostaje dla niego „sumą zachowań oraz cech typowych dla gatunku ludzkiego, wynikających z czynników genetycznych, nie zaś środowiskowych"[13]. Posiadanie ludzkiego genotypu stanowi więc naturalny punkt wyjścia dla określenia tego, czym jest człowieczeństwo, czy też czym/kim jest człowiek. Fukuyama przy tym bynajmniej nie stwierdza, że organizm wyposażony w ludzki genotyp automatycznie jest człowiekiem, ale przyjęta przez niego definicja kładzie nacisk na zachowania i cechy typowe dla gatunku *homo sapiens*, takie jak świadomość, emocje, skłonność do życia społecznego czy język. Autor podkreśla jednak zdecydowanie fakt, iż już

9 Jan Paweł II, *Badania nad genomem ludzkim* (w:) J. Brusiło (red.), *W trosce o życie. Wybrane dokumenty Stolicy Apostolskiej*, Tarnów 1998, s. 297, pkt 4.

10 F. Fukuyama, *Koniec człowieka. Konsekwencje rewolucji biotechnologicznej*, Kraków 2004, s. 199.

11 Tamże.

12 Tamże, s. 227.

13 Tamże, s. 174.

w embrionie tkwi potencjał do „przekształcenia się w pełnowartościową istotę ludzką”[14]. Przyjąć można, że potencjał ten to właśnie charakterystyczna dla *homo sapiens* struktura genetyczna, „to, co zaczyna swoje istnienie jako łańcuch cząstek organicznych, nabywa świadomość, rozum, zdolność wyboru moralnego oraz subiektywne emocje”[15].

Zwrócenie uwagi na to, co gatunkowe oraz oparcie na tym etyki, a w ślad za nią i regulacji prawnych, charakterystyczne jest również dla myśli wspomnianego już J. Habermasa. Zdaniem Habermasa specyfika problemów bioetycznych, a zwłaszcza biogenetycznych wymusza odejście od modeli rozwiązywania dylematów etycznych bazujących na perspektywie jednostkowej. Tak podkreślany przez postmodernizm indywidualizm nie jest w stanie uporać się z dylematami, jakie niesie ze sobą rozwój biomedycyny. Konsekwentnie subiektywna wizja moralności w dużej mierze z uwagi na to, co miało stanowić jej siłę – niemalże całkowitą autonomię jednostki – nie jest zdolna stworzyć koherentnego systemu normatywnego, który mógłby uchronić jednostki przed ich instrumentalizacją. Ochrona jednostki wymaga zdaniem niemieckiego filozofa odwołania się do tego, co ponadjednostkowe, wspólne poszczególnym autonomicznym jednostkom, do ich „intuicyjnych samoopisów, za pomocą których identyfikujemy się *jako ludzie* i odróżniamy od innych istot żywych (…) – naszej samowiedzy jako istot gatunkowych. Nie chodzi o kulturę, która przybiera różne postaci, lecz o ogólny antropologiczny obraz człowieka »jako takiego«, identycznego w różnych kulturach”[16].

Celem Habermasa, podobnie jak i Fukuyamy, jest zachowanie obecnego *status quo* – zabezpieczenie nowoczesnego społeczeństwa takim, jakie ono jest, w granicach, które samo sobie wyznaczyło[17]. Jeśli więc jednym z fundamentów cywilizacji zachodniej jest wzajemne uznanie autonomii tworzących ją jednostek, przejawiającej się m.in. w możliwości kreowania własnych biografii, to wówczas to, co stanowi podstawę tej autonomii, musi być wyłączone z ram tego, co rozporządzalne. Tym czymś staje się ponownie struktura genetyczna jednostki przynależącej do gatunku *homo sapiens* i to zarówno w wymiarze gatunkowym, jak i jednostkowym. Jej zabezpieczenie stanowi zatem warunek *sine qua non* nie tylko uszanowania, ale i istnienia bytu, przynajmniej w sensie społeczno-prawnym, który zwykliśmy nazywać człowiekiem. Habermas stwierdza wprost: „naturalna geneza stanowi niezbędny warunek, abyśmy mogli pojmować się jako

Subiektywna wizja moralności w dużej mierze z uwagi na to, co miało stanowić jej siłę – niemalże całkowitą autonomię jednostki – nie jest zdolna stworzyć koherentnego systemu normatywnego, który mógłby uchronić jednostki przed ich instrumentalizacją.

14 Tamże, s. 231.

15 Tamże, s. 232.

16 J. Habermas, *Przyszłość natury ludzkiej. Czy zmierzamy do eugeniki liberalnej?*, przeł. M. Łukasiewicz, Warszawa 2010, s. 47.

17 Tamże, s. 33–34.

autorzy własnego życia i jako równoprawni członkowie moralnej wspólnoty"[18].

Odwołanie do fundamentu biologicznego oraz genetycznego istoty ludzkiej, jako podstawy relewantnego prawnie modelu antropologicznego, pomimo zagrożeń, jakie ze sobą niesie, uznać więc należy za trafne. Jak wspomniano, zagrożenia te wiążą się przede wszystkim z redukcją jednostki do czysto biologicznych aspektów jej istnienia. W ten bowiem sposób, czyli sprowadzając jednostkę do określonych cech biologicznych, niezwykle łatwo jest znaleźć mocne racje dla różnicowania poszczególnych istot ludzkich. Przykładowo, zawężając rozważania do prenatalnego okresu rozwoju, wskazywać można charakterystyczne cechy istoty ludzkiej pojawiające się, ewentualnie zanikające, w trakcie określonych faz embriogenezy i uzależniać od nich status moralny istoty ludzkiej, a w konsekwencji także i prawny. Cechą taką może być osiągnięcie stadium smugi pierwotnej, pojawienie się bioelektrycznej aktywności mózgu, osiągnięcie zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki etc[19]. Uznanie za relewantną prawnie, a także moralnie, jakiejkolwiek ze wspomnianych właściwości prowadzi niemalże automatycznie do podziału zakresu nazwy „istota ludzka w prenatalnych stadiach rozwoju" na dwie kategorie, różniące się swym statusem. Wprowadzanie dalszych „stopni" człowieczeństwa, wspartych na biologicznym fundamencie, umożliwia zaś skonstruowanie swoistych tabel klasyfikacyjnych obejmujących cały okres egzystencji istoty ludzkiej i przyznających jej, stosownie do fazy rozwoju, określony status prawny.

Słabością wsparcia konstrukcji normatywnej na fundamencie biologicznym może być ponadto nieuprawnione pomieszanie nie tylko niezależnych od siebie, ale wręcz nieprzystających do siebie porządków. Już David Hume, a w ślad za nim George Moore zauważyli, że pomiędzy sferą faktów a sferą powinności nie ma bezpośredniego przejścia tetycznego. Rzeczywistość biologiczna nie tworzy sama z siebie rzeczywistości normatywnej. Fakt posiadania przez embrion ludzki określonej tożsamości genetycznej nie daje tym samym żadnych podstaw do sformułowania jakichkolwiek zobowiązań względem niego. Zwolennicy tego punktu widzenia podkreślają konsekwentnie, że przyznanie jednostce szczególnego statusu moralnego lub prawnego wiąże się w istocie z posiadaniem określonych przymiotów, które uznane zostały za godne ochrony. Jako warunek konieczny podają przy tym istnienie choćby minimalnej formy subiektywności. „Subiektywne prawa moralne, szczególnie prawo do ochrony życia może mieć (…) jedynie istota, która może być aktualnie zraniona. Subiektywnie można kogoś zranić jedynie wtedy, gdy to, jak się go traktuje, jest dla niego sprawą istotną. Stąd wynika wniosek, że istota, która nie jest zdolna do żadnych przeżyć, nawet jeżeli byłaby, biologiczne rzecz biorąc, istotą żywą, nie może być subiektywnie zraniona w jej prawach"[20].

18 Tamże, s. 50. Szerzej na temat odpowiedzi Habermasa na zagrożenia, jakie niesie ze sobą rozwój biotechnologii, a zwłaszcza inżynierii genetycznej zob. O. Nawrot, *Na krętych ścieżkach bioetyki – „etyka gatunku" Jürgena Habermasa* (w:) J. Zajadło (red.), *Dziedzictwo i przyszłość. Problemy współczesnej niemieckiej filozofii prawa*, Gdańsk 2010, s. 109–129.

19 Szerzej zob. np. C. Casini, *5 dowodów na istnienie człowieka*, przeł. R. Zajączkowski, Kraków 2007, s. 13–33; N.M. Ford, *Kiedy powstałem? Problem początku jednostki ludzkiej w historii, filozofii i w nauce*, przeł. W.J. Popowski, Warszawa 1995, 94–231; A.J. Katolo, *Embrion ludzki – osoba czy rzecz?*, Lublin–Sandomierz 2000, s. 35–66; L. Kostro, *Eros, seks i aborcja w ocenie katolicyzmu krytycznego*, Gdańsk 2002, s. 41–49; W. Lang, *Moralny status płodu ludzkiego* (w:) W. Lang (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000, s. 21–49; M. Machinek, *Spór o status ludzkiego embrionu*, Olsztyn 2007, s. 160–219; O. Nawrot, *Nienarodzony na ławie oskarżonych*, Toruń 2007, s. 134–164; tenże, *Status prawny pre-embrionu*, „Państwo i Prawo" 2009, nr 3, s. 5–19; P. Ramsey, *Reference Points in Deciding About Abortion* (w:) J.T. Noonan (red.), *The Morality of Abortion. Legal and Historical Perspectives*, Cambridge 1970, s. 60–100; A. Serra, R. Colombo, *Identity and Status of the Human Embryo: the Contribution of Biology* (w:) J. de Dios Vial Correa, E. Sgreccia (red.), *Identity and Statute of the Human Embryo. Proceedings of Third Assembly of the Pontifical Academy for Life (Vatican City, February 14–16, 1997)*, Città del Vaticano 1998, s. 128–177; M. Warnock, *Making babies. Is there a right to have children?*, Oxford 2002, s. 32–37; B. Wójcik, *Bioetyka i tożsamość człowieka*, Tarnów 2007, s. 123–128.

20 M. Machinek, *Spór o status*…, dz. cyt., s. 164.

Rozróżnienie porządku biologicznego i normatywnego, pomimo iż posiada silne racje filozoficzne, w ramach regulacji biogenetycznych nie wydaje się właściwe. Swoistym paradoksem rewolucji biotechnologicznej – mającej stanowić kolejny, być może najważniejszy dowód panowania człowieka nad naturą, rozumianą jako świat przyrodniczy, i podporządkowania jej sobie – jest bardzo silne zaakcentowanie właśnie biologicznego aspektu istnienia człowieka. Wizja człowieka jako bytu wykraczającego w swej istocie poza (ponad?) rzeczywistość przyrodniczą, przedstawiona w swej krańcowej formie przez Kartezjusza, została sfalsyfikowana. Poszukując podstaw człowieczeństwa – tego, co substancjalnie ludzkie – Kartezjusz stwierdził bowiem: „poznałem stąd, że jestem substancją, której całą istotą, czyli naturą, jest jeno myślenie, i która, aby istnieć, nie potrzebuje żadnego miejsca, ani nie zależy od żadnej rzeczy materialnej; tak, iż owo ja, to znaczy dusza, przez którą jestem tym, czym jestem, jest całkowicie odrębna od ciała, a nawet jest łatwiejsza do poznania niż ono, i że gdyby nawet ono nie istniało, byłaby i tak wszystkim, czym jest”[21]. Tego rodzaju ujęcie istoty człowieczeństwa doprowadziło w powszechnym odbiorze[22] do dyskredytacji pozycji pierwiastka cielesnego. Ciało stało się czymś drugorzędnym, podporządkowanym „ja”. Porządek, który wydawał się naturalny, a polegający na uzależnieniu *cogito* (myślę), od *esse* (być), został na długi czas odwrócony[23]. Wyrwanie człowieka ze świata przyrodniczego naturalnie sprzyjało gloryfikacji specyficznie ludzkich cech. Człowiek mógł się określać koroną stworzenia. Odseparowanie istoty człowieczeństwa od faktu jego biologicznego istnienia doprowadziło jednak, przynajmniej na płaszczyźnie intelektualnej, do sytuacji, w której absolutyzowane zaczęło być abstrakcyjnie rozumiane człowieczeństwo – kosztem samego człowieka, ujmowanego jako fizycznie istniejący byt. Proces ten bardzo mocno piętnuje m.in. Eduard Picker, zauważając: „Godność jako oddzielona od substratu »idea« człowieka, jako to, co ludzkie – *humanum* w sensie najwyższym, znajduje się, zgodnie z konstytucją, a ponadto zgodnie z powszechnym dzisiaj poglądem – poza zakresem wszelkiego wartościowania, a tym samym relatywizacji. Jest ona – w przeciwieństwie do jej nosicieli – absolutna. (…) W obliczu opisanych tendencji należy zapobiec temu, aby ogólna, stanowiąca podstawę cywilizacji ochrona człowieka, która jest elementarnym zadaniem każdego porządku społecznego, przy rosnącym »uwznioślaniu« »godności«, nie zaczęła pomijać ochrony jego życia. Należy zatem zapobiec takiemu rozwojowi, w wyniku którego afirmacja człowieka i szacunek dla niego wyczerpią się w abstrakcyjno-symbolicznych aktach, co sprawi, że ochrona człowieka stanie się swego rodzaju ochroną zabytków”[24].

O ile więc można uznać, że istnieją racje, które umożliwiają różną klasyfikację ontyczną istot ludzkich, o tyle ekstrapolowanie ich na grunt systemu normatywnego, zwłaszcza w świetle perspektyw rozwoju nauk i technik biomedycznych, uznać należy za niedopuszczalne. Zauważmy, że interwencja podejmowana np. wobec embrionu ludzkiego, zwłaszcza dotycząca jego struktury genetycznej, przekłada się w sposób bezpośredni i nieodwracalny na tożsamość przyszłej osoby. W istocie tożsamość ta, od momentu jej zaistnienia do kresu istnienia jednostki ludzkiej, nie ulega zasadniczym

21 R. Descartes, *Rozprawa o metodzie*, przeł. T. Żeleński, Warszawa 1980, s. 50. Szerzej na temat wpływu kartezjańskiego *cogito* na sposób ujmowania istoty ludzkiej, zwłaszcza w okresie prenatalnym, zob. O. Nawrot, *Nienarodzony…*, dz. cyt., s. 97–99.

22 Zwrócenie uwagi na powszechny odbiór jest w tym miejscu o tyle istotne, iż Kartezjusz w istocie optował za wizją człowieka, w którym pierwiastek materialny i niematerialny ulegają zespoleniu. Dobitnym tego dowodem jest m.in. następująca wypowiedź: „Natura poucza mnie również, poprzez odczucie bólu, głodu, pragnienia itd., że nie jestem jedynie osadzony w swym ciele, tak jak sternik na swym okręcie, ale że ponadto jestem z nim bardzo ściśle zjednoczony i tak z nim stopiony i zmieszany, że składam się razem z nim w jakąś jedność [*un seul*]. (…) Tak naprawdę bowiem wszystkie te odczucia głodu, pragnienia, bólu itd. to tylko pewne mętne sposoby myślenia, pochodzące i zależne od złączenia [*l'union*] i jakby zmieszania duszy i ciała”, R. Descartes, *Medytacje o filozofii pierwszej*, przeł. J. Hartman, Kraków 2002, s. 88–89.

23 Por. Jan Paweł II, *Pamięć i tożsamość*, Kraków 2005, s. 16–17.

24 E. Picker, *Godność człowieka a życie ludzkie*, przeł. J. Merecki, Warszawa 2007, s. 6 i 183.

zmianom. Fakt ten wyraźnie podkreślony został przez Zgromadzenie Parlamentarne RE m.in. w zaleceniu dotyczącym wykorzystywania ludzkich embrionów i płodów w badaniach naukowych: „embrion ludzki, mimo że przechodzi przez kolejne fazy w trakcie swojego rozwoju, które określa się różnymi nazwami (zygota, morula, blastula, preimplantacyjny embrion, pre-embrion, embrion, płód), a także podlega postępującemu różnicowaniu jako organizm, utrzymuje ciągłość tożsamości biologicznej i genetycznej”[25].

O ile więc można uznać, że istnieją racje, które umożliwiają różną klasyfikację ontyczną istot ludzkich, o tyle ekstrapolowanie ich na grunt systemu normatywnego, zwłaszcza w świetle perspektyw rozwoju nauk i technik biomedycznych, uznać należy za niedopuszczalne.

Warto zauważyć, że wskazując na niezmienność tożsamości biologicznej i genetycznej istoty ludzkiej, Rada Europy nie zrównała statusu istoty ludzkiej w prenatalnych stadiach rozwoju ze statusem osoby[26]. Zabieg, którego dokonała, polegał na wskazaniu implikacji interwencji podejmowanych wobec wspomnianej kategorii istot ludzkich dla osób i skonstruowaniu na ich podstawie wniosku o celowości ekstrapolacji godności ludzkiej na wszystkie istoty ludzkie, których rozwój doprowadzić może do pojawienia się osoby. Krok ten, jak wyżej wspomniano, uznać należy za niezwykle trafny – z czterech zasadniczych powodów. Po pierwsze, wskazanie, w jaki sposób powinna być traktowana istota ludzka w początkowych stadiach rozwoju, w żaden sposób nie determinuje jej statusu ontycznego, a przez to nie czyni z regulacji prawnych kolejnego z wielu głosów wyrażonych w ramach dyskursu filozoficznego. Podkreślenie ciągłości rozwojowej istoty ludzkiej staje się racją wystarczającą dla objęcia pewnym zakresem ochrony całego gatunku. Jeśli bowiem przyjmie się, a wniosek taki wynika m.in. z analizy standardów bioetycznych Rady Europy, że człowiek w sensie normatywnym „powstaje” w momencie narodzin, trudno zaprzeczyć wpływowi na jego istotę i istnienie czynności podejmowanych względem embrionu lub płodu, z którego on się rozwinął[27]. Przeprowadzając więc wnioskowanie na

25 Zalecenie Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1100 (1989) dotyczące wykorzystywania ludzkich embrionów i płodów w badaniach naukowych, pkt 7.

26 Por. L. Reuter, *Human is What is Born of a Human: Personhood, Rationality, and an European Convention*, „Journal of Medicine and Philosophy” 2000, vol. 25, nr 2, s. 181–194.

27 Autor niniejszego opracowania skłania się ku poglądowi, iż przed zakończeniem procesu implantacji zarodka trudno z ontycznego punktu widzenia jest mówić o jednostkowym czy też zindywidualizowanym bycie. Konsekwentnie nie jest w stanie przypisać cech, które uważa za podstawowe dla jednostki ludzkiej, embrionowi ludzkiemu w stadium przedimplantacyjnym. Pomimo tego oczywistym pozostaje dla niego wpływ, jaki interwencje podejmowane wobec embrionu znajdującego się we wskazanym stadium rozwoju wywrzeć mogą na wszystkie późniejsze stadia rozwojowe, a tym samym na tożsamość jednostki. Z tego też względu uznaje moralną wartość życia ludzkiego w stadium przedimplantacyjnym i w pełni podziela pogląd Rady Europy dotyczący celowości uznania jego ludzkiej godności. Podobne

kształt dowodu nie wprost, łatwo można wykazać, że jednoznaczne stwierdzenie nieprzystawania kategorii godności ludzkiej do prenatalnych stadiów jej rozwoju, przy jednoczesnym uznaniu zasadności, a nawet oczywistości jej odniesienia do stadiów postnatalnych, prowadzić musi do absurdu.

Po drugie, wskazując na tożsamość biologiczną i genetyczną jako na swoisty fundament godności ludzkiej[28], łączy się tę ostatnią z konkretnym jednostkowym istnieniem – sprowadza się sferę metafizyczną do jednostkowych ram biologicznych. Skonstruowana w ten sposób antropologia nie czyni więc z jednostki ludzkiej czegoś, czym ona nie jest i być nie powinna – swoistego abstraktu istniejącego jedynie w sferze aksjologicznej czy też wręcz w świecie idei Platońskich[29]. Istota ludzka, mimo iż ani czymś, co nie różni się w swej istocie od reszty rzeczywistości przyrodniczej[30]. Myśl tę, posługując się aparaturą językową charakterystyczną dla światopoglądu religijnego, wyraził doskonale Jacques Maritain, który wyraźnie nawiązując do filozofii św. Tomasza z Akwinu stwierdził: „Dusza i ciało to dwa substancjalne współpierwiastki jednego i tego samego bytu, jednej i niepowtarzalnej rzeczywistości, której na imię człowiek"[31]. Naturalnie prawodawstwo Rady Europy operuje innymi kategoriami, niemniej jednak ich sens wydaje się bardzo zbliżony: istota ludzka to byt posiadający zarazem charakterystyczną tożsamość biologiczną i genetyczną, jak i ludzką godność. W ten sposób ograniczone zostaje niebezpieczeństwo redukcjonizmu, jak i idealizacji istoty ludzkiej.

Dobrze przemyślana antropologia stać się powinna zwornikiem regulacji prawnych.

przypisana jej zostaje wyjątkowa wartość, nie jest odrealniana poprzez wyniesienie jej w całości do poziomu ponadprzyrodniczego. Podobnie antropologia ta nie redukuje istoty ludzkiej do typowo biologicznych aspektów egzystencji. Istota ludzka nie jest zatem ani niematerialną ideą, duszą, duchem, myślą mogącą istnieć niezależnie od ciała,

Po trzecie, połączenie biologicznej i genetycznej tożsamości z metafizyką godności jednoznacznie przypisuje istotę ludzką, czyli byt posiadający określoną strukturę genetyczną, do stosunkowo dobrze określonego i bogatego systemu aksjologicznego, stanowiącego fundament systemów ochrony praw człowieka. Wspomniany system wartości, obejmujący ideały oraz zasady stanowiące wspólne dziedzictwo członków wspólnoty międzynarodowej, albo chociaż Rady Europy[32], w przypadku niejasności przepisów bioprawa dostarczyć może cennych wskazówek interpretacyjnych umożliwiających odkodowanie norm w nich zawartych.

Po czwarte, chroniąc to, co dla istoty ludzkiej wydaje się najbardziej podstawowe, opisany model regulacji pozostawia relatywnie szerokie ramy

rozumowanie odnaleźć można w dokumencie Kongregacji Nauki Wiary, *Quaestio de abortu* („Deklaracja o przerywaniu ciąży"): „Jeżeli nawet utrzymuje się, że animacja następuje później, to mimo to w płodzie zaczyna się życie ludzkie (o którym wiadomo z biologii), które i przygotowuje się do przyjęcia duszy, i jej wymaga; dzięki niej doskonali się natura otrzymana od rodziców", AAS 66 (1974) s. 730–747, pkt 13, przypis 19.

28 Por. J. Dute, *The Leading Principles of the Convention on Human Rights and Biomedicine* (w:) J.K.M. Gevers, E.H. Hondius, J.H. Hubben (red.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden–Boston 2005, s. 10–11.

29 Na temat Platońskiej wizji człowieka zob. np. S. Kowalczyk, *Ciało człowieka w refleksji filozoficznej*, Lublin 2009, s. 22–26.

30 Por. B. Wójcik, *Bioetyka i tożsamość…*, dz. cyt., s. 122–123.

31 J. Maritain, *Osoba ludzka i społeczeństwo* (w:) tenże, *Pisma filozoficzne*, przeł. J. Fenrych, Kraków 1988, s. 331.

32 Por. *Statut Rady Europy* (Dz.U. z 1994 r., nr 118, poz. 565), art. 1.

dla rozwoju biomedycyny. Przyjęty model regulacji problematyki biomedycznej określa przede wszystkim warunki, jakim odpowiadać powinno prowadzenie badań naukowych, wyłączając z ich zakresu w sposób jednoznaczny jedynie te działania, które teleologicznie są ukierunkowane na uprzedmiotowienie istoty ludzkiej, czyniąc z niej wyłącznie środek do realizacji określonych celów pozostających bez związku z jej interesami.

Reasumując, a jednocześnie wracając do punktu wyjścia niniejszego wywodu, świat człowieka, w tym także świat instytucji prawnych, bezpośrednio uzależniony jest od tego, kim jest sam człowiek. Ten zaś w dużej mierze jest odbiciem swej biologicznej natury. W konsekwencji współczesny prawodawca, funkcjonujący w realiach państwa prawa, nie może pozwolić sobie na luksus pozostawania ślepym na ten podstawowy wymiar ludzkiej egzystencji. Przeciwnie, dobrze przemyślana antropologia stać się powinna zwornikiem regulacji prawnych, przynajmniej z zakresu bioprawa. W innym przypadku system prawny pozostanie niespójny, także w sferze Dworkinowskich zasad i wskazówek.

Tekst powstał na podstawie projektu sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2012/04/A/HS5/00655.

Prawo a moralność i polityka – na przykładzie zagadnień bioetycznych

ks. Franciszek Longchamps de Bérier

Profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek Zespołu ekspertów ds. bioetycznych Konferencji Episkopatu Polski i prezydium Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

Law vs. Morality and Politics Illustrated by the Example of Bioethical Issues

Law is not autonomous in respect to morality or politics. It is evident when considering the experience of last seven years of bioethical debates in Poland, and legal discussions concerning regulating IVF in particular. The debates prove almost all the weaknesses of legal positivism. Therefore, three interconnected levels of analysis – moral, political and legal – are to be consulted thoroughly before undertaking any legislative efforts. All of them need to have objective foundations. Nonetheless, compromises on the two latter contentious issues are to be legitimately expected in a pluralistic society. Law is only an instrument of interests and values in the hands of experienced politicians. They are to be respected as professionals but found responsible for regulations in force, as politicians are not immune from being subjected to moral evaluation.

1. Trzy płaszczyzny

Debata bioetyczna przynosi bardzo ciekawe doświadczenie w dziedzinie prawa. Rozważania na jego temat traktują moralność i politykę, niejednokrotnie prawu przeciwstawiane, jako drugą stronę – inne sfery, pozostające w centrum wszelkich prób porządkowania rzeczywistości społecznej. A przecież prawo to sposób organizowania i porządkowania stosunków społecznych. Warto spojrzeć na nie z perspektywy prawnika. W debacie dotyczącej bioetyki, która na dobre w Polsce trwa – dla niektórych już, ale tak naprawdę dopiero – od siedmiu lat, zauważamy trzy płaszczyzny: moralną, polityczną i prawną. Dodajmy, że istnienie ich wcale nie od początku było dostrzegane i oczywiste. Udało się je wskazać i poczynione rozróżnienie docenić w toku poszukiwań kompromisu prawnego w pluralistycznym społeczeństwie[1]. Płaszczyzn tych nie

1 Zob. http://episkopat.pl/dokumenty/6549.1,Apel_Prezydium_Konferencji_Episkopatu_Polski_w_zwiazku_z_rozpoczeciem_prac_nad_projektem_ustawy_o_medycznym_wspomaganiu_prokreacji_in_vitro.html (dostęp 12.02.2016).

powinno się mieszać. Trzeba być wszelako w pełni świadomym, że nie są wobec siebie niezależne: przeciwnie, są z sobą silnie powiązane i wzajemnie się przenikają. Jednak ustalenia poczynione w danej dziedzinie mogą w zakresie każdej z tych płaszczyzn być odmienne, a czasem znacznie się między sobą różnić. Te trzy płaszczyzny widać dobrze zwłaszcza na bardziej skomplikowanych przykładach, jak wtedy, gdy staje się wobec pytania: Czy mrozić embriony, czy raczej tylko komórki rozrodcze? Konkretną praktycznie odpowiedź będzie się chciało mieć w prawie, gdy przyjmie się jako jedyne rozwiązanie dopuszczalność mrożenia gamet. W danej sytuacji politycznej może się w ten sposób pogodzić poróżnione strony. Moralnie rozwiązanie będzie niesatysfakcjonujące, gdyż mrożenie gamet i tak posłuży przeprowadzaniu procedur sztucznej prokreacji. Jednak z perspektywy godności człowieka, jakiego dostrzega się w embrionie[2], jest ono moralnie lepsze niż mrożenie embrionu.

> **Trzy płaszczyzny: moralna, polityczna i prawna nie od początku były rozróżniane, dostrzegane i oczywiste.**

Moment moralnej oceny jest zawsze nie do pominięcia, skoro nauka moralna ma wymiar równie obiektywny jak polityka czy prawo. Już powszechne uznawanie pewnych podstawowych zasad moralnych wskazuje, że „mimo różnorodności nurtów myślowych istnieje pewien zasób wiedzy, który można uznać za swego rodzaju duchowe dziedzictwo ludzkości"[3]. Moralność „musi odwoływać się do właściwie uformowanej filozoficznej wizji natury ludzkiej i społeczeństwa, a także ogólnych zasad rządzących wyborami etycznymi"; musi zatem stawiać w centrum uwagi osobę ludzką i całość jej życia[4]. Wiedza filozoficzna wydaje się niezbędna dla umocowania nauki moralnej jako nauki. Trzeba przy tym unikać tzw. błędu antropologicznego, który polega na tym, że człowieka utożsamia się „z pewnym zespołem relacji społecznych, a jednocześnie zanika pojęcie osoby jako samodzielnego podmiotu decyzji moralnych, który podejmując je, tworzy porządek społeczny. Skutkiem tej błędnej koncepcji osoby jest deformacja prawa, które określa zakres wolności człowieka, a także sprzeciw wobec własności prywatnej. Człowiek bowiem, pozbawiony wszystkiego, co mógłby »nazwać swoim« oraz możliwości zarabiania na życie dzięki własnej przedsiębiorczości, staje się zależny od machiny społecznej i od tych, którzy sprawują nad nią kontrolę, co utrudnia mu znacznie zrozumienie swej godności jako osoby i zamyka drogę do tworzenia autentycznej ludzkiej wspólnoty"[5]. Także w bioetyce potrzeba obiektywizacji, czemu służy odrzucenie traktowania ludzi na równi z innymi organizmami biologicznymi i w ogóle eliminacja wszelkich przejawów uprzedmiotowienia człowieka czy życia ludzkiego[6].

Problematyka bioetyczna ma bez wątpienia wielkie znaczenie dla prawa[7]. Najbardziej widać to wówczas, gdy od rozważań teoretycznych chce się przejść do pytań, czy powinna znaleźć ona od-

2 M. Grzymkowska, *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009, s. 279–282; L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012, s. 306.

3 Jan Paweł II, *Fides et ratio*, encyklika, Rzym 1998, pkt 4.

4 Tamże, pkt 46 i 68.

5 Jan Paweł II, *Centesimus annus*, encyklika, Rzym 1991, pkt 13.

6 T. Biesaga, *Błąd antropologiczny i jego skutki w bioetyce* (w:) A. Maryniarczyk, K. Stępień (red.), *Błąd antropologiczny*, Lublin 2003, s. 197.

7 Zob. np. M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, Warszawa 2011.

zwierciedlenie w porządku społeczeństwa. Dzieje się tak, gdy powstaje kwestia dopuszczalności umowy o urodzenie dziecka, gdy rozważa się sytuację prawną surogatki i ewentualne dochodzenie od niej wydania dziecka; ale także wówczas, gdy na forum lokalnym lub ogólnopolskim stawia się żądania finansowania kontrowersyjnych badań z publicznych środków. Czy karać za niebezpieczne zachowania? Czy pozwalać na transport, eksport, handel embrionami już wytworzonymi?[8]

2. Profesjonalizm prawnika

Zasadnicza kwestia i podstawowe pytanie w myśleniu o prawie w kontekście przede wszystkim moralności, ale też polityki, sprowadzają się do jednego: czy prawo jest autonomiczne, czy jest tylko instrumentem? Odpowiedź nie musi się od razu narzucać swą oczywistością[9]. W jakimś sensie jest bez wątpienia autonomiczne, gdyż ma własną charakterystykę i specyfikę. Prawnik to formacja intelektualna, „kształt głowy", sposób myślenia o rzeczywistości społecznej. Prawnik wnosi – jak przedstawiciel każdej konkretnej dziedziny wiedzy praktycznej lub teoretycznej – własną wrażliwość do wspólnej dyskusji o zagadnieniach społecznych, w tym o rozwiązywaniu społecznych problemów.

Na prawie trzeba się znać. Wymóg kompetencji, jak zawsze, jest podstawowy, choć w praktyce okazuje się, że wcale nie tak oczywisty. Trzeba być kompetentnym, aby się prawem efektywnie zajmować. Nie wystarczy przecież skonstruować przepis czy przepisy. Dobry prawnik poradzi sobie za złymi unormowaniami, ale zły prawnik nie poradzi sobie nawet z dobrymi. Najpierw jednak przed wykładnią jest prawotwórstwo, a do dobrego, czyli precyzyjnego przygotowania przepisów potrzeba wiedzy i doświadczenia, a jeszcze bardziej przydaje się umiejętność przewidywania ich rozumienia przez innych, w szczególności przez sądy, zwłaszcza te w państwie najwyższe – z Trybunałem Konstytucyjnym na czele. W prawotwórstwie więc trzeba przewidywać możliwą wykładnię i trudności interpretacyjne.

W kontynentalnej tradycji prawnej, do której należy również polski porządek, sądy nie stanowią prawa – powinny je tylko interpretować. Wszelako w praktyce granica między prawotwórstwem a wykładnią jest więcej niż płynna. Moc interpretacji, dokonywanej zwłaszcza przez najwyższe sądy danego kraju, może być ze względu na praktyczne skutki i znaczenie dla poszczególnych podmiotów uważana za tworzenie prawa. W tym kontekście rozumie się, że prawo ma swoje prawidła działania, charakterystykę, typowe zjawiska w nim występujące. Stąd wiele przedkładanych parlamentowi odmiennych projektów – np. rozwiązań bioetycznych dla danego kraju. Projekty te należy oceniać nie tylko ze względu na stawiane im cele do osiągnięcia, lecz i ze względu na technikę przygotowania, kompletność, ewentualne luki i niejasności stanowiące potencjalne źródło późniejszego zamieszania czy wręcz paraliżu. Niektóre błędy widać od razu i niejedną niestety ustawę nowelizuje się jeszcze przed jej wejściem w życie. Czyż nie mówi się potocznie o „bublach prawnych"?

Pojawiały się w rozważaniach o prawie poglądy wyłączające jakąkolwiek zewnętrzną ocenę prawa. Zakłada się w tym duchu, że o wszystkim i ostatecznie decyduje wola ustawodawcy. Widać to świetnie w dylemacie, czy konstytucja jest najwyższym prawem w Polsce, czy tylko najwyższym prawem stanowionym w Polsce. W konsekwencji czysto pozytywistycznego stanowiska uważa się, że prawo jest instrumentem w ręku państwa, któremu wolno zdecydować właściwie wszystko. Jedyne zastrzeżenie dotyczy tego, czy da się wyegzekwować przestrzeganie danego rozwiązania prawnego. Oczywiście nie ma co straszyć od razu totalitaryzmami, choć te niezmiernie były rade pozytywizmowi. Sam pozytywizm prawniczy, dziś wreszcie – choć nie bez oporów – przełamywany, nie widział mile odniesień do moralności i w ogóle do tego, co zewnętrzne wobec samego prawa. Warto rzecz jasna docenić urok pomysłu pozytywistycznego, gdyż jest obliczalny i przewidywalny, wygodny prawniczo, nawet fascynujący i przyjemny do uprawiania w praktyce. Tyle

8 Zob. np. L. Bosek, M. Królikowski (red.), *Współczesne wyzwania bioetyczne*, Warszawa 2010.

9 Zob. polemikę: M. Safjan, *Prawo, wartości i demokracja* oraz F. Longchamps de Bérier, *Autonomia prawa i moralność*, „Chrześcijaństwo–Świat–Polityka" 2008, nr 1 (5), s. 6–23 i 25–31.

że może prowadzić do krzywd, które w ramach systemu nie wiadomo jak wyeliminować. A właśnie zauważenie przejawów poczucia niesprawiedliwości zawiera odniesienie do tego, co zewnętrzne. Czasem to, co pozasystemowe, przebija się po prostu jako poczucie bezprawia i znajduje wyraz w przekonaniach poszczególnych osób. Potem szerzej zauważane jest w społeczeństwie i przez nie artykułowane. Staje się szczególnie dostrzegalne, gdy ludzie wyjdą na ulicę – nawet gdy to jeszcze nie będzie rewolucja… Ta zaś z pewnością zburzy cały porządek, dotąd wyglądający na stabilny.

Doświadczenie debaty bioetycznej przekonuje o słabościach pozytywizmu prawnego, a prawo każe na nowo widzieć tylko jako instrument.

Gdy rozpoczynałem studia prawnicze, a więc przed 1989 rokiem, przekonywano mnie, że prawo nie ma z moralnością nic wspólnego. Tylko w nauczanym na I roku prawie rzymskim pobrzmiewała sentencja *non omne quod licet honestum est* – „nie wszystko, co dopuszczalne, jest uczciwe”[10]. Co dla mnie osobiście ciekawe i znamienne: o prawie rzymskim w działaniu i o jego mądrości dowiedziałem się po raz pierwszy jako chłopiec z drukowanego od lutego 1982 roku pod ziemią „Tygodnika Mazowsze”. Przeczytałem tam, że *quod principi placuit legis habet vigorem* – „co podoba się cesarzowi, ma moc prawa” i nikogo nie musi on pytać o zdanie. Łacińskie *dictum* cytowano w kontekście autorytarnych zachować ówczesnej władzy. Ważne wszelako, że czysty pozytywizm znalazł wyraz w tym zdaniu zaczerpniętym z tekstów Ulpiana[11], starożytnego rzymskiego prawnika z początku III wieku po Chr. On też w podręczniku dla studentów prawa pisał o podstawach: „Jeśli zajmować się prawem, należy najpierw poznać pochodzenie słowa prawo. Czerpie ono swe brzmienie od sprawiedliwości, ponieważ – jak trafnie określa Celsus – prawo jest sztuką tego, co dobre i sprawiedliwe”[12]. Celsus zaś był również rzymskim prawnikiem, lecz żyjącym sto lat wcześniej – na przełomie I i II wieku[13]. Ulpianowe przekonanie o koniecznym związku między prawem a sprawiedliwością podzielali twórcy kompilacji justyniańskiej w VI wieku i umieścili je na początku „Digestów”, czyli zbioru obejmującego dorobek rzymskiej jurysprudencji. W ten sposób konstatacja Celsusa została przekazana całej europejskiej tradycji prawnej[14]: *ius est ars boni et aequi* – prawo powinno być sztuką stosowania tego, co jest dobre i co jest sprawiedliwe.

Powyższa wzmianka o rzymskich prawnikach powoduje, że rozważania powracają do pytania: czym jest prawo? Każdy prawnik może mieć tu własną definicję. Uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że służy ono organizowaniu rzeczywistości społecznej: jej porządkowaniu, układaniu w praktyce, strukturalizacji w działaniu. W prawie staramy się przewidywać rzeczywistość, rozwój wypadków czy przypadków. Przy tej okazji – wbrew potocznym opiniom ludzi nieobeznanych z prawem – warto zaznaczyć, że język jest dla prawa ważny nie po to, aby „czepiać się słówek”, żonglować nimi (choć i tego dopuszczają się prawnicy), lecz dlatego, że prawo jest konstrukcją myślową. Słowa, a raczej wyrażane nimi

10 D. 50,17,144 pr. Paulus, księga 62 „Komentarza do edyktu”.

11 D. 1,4,1. Ulpian, księga 1 „Instytucji”.

12 D. 1,1,1 pr. Ulpian, księga 1 „Instytucji”.

13 W. Litewski, *Jurysprudencja rzymska*, Kraków 2000, s. 139–140.

14 F. Longchamps de Bérier, *‘Summum ius summa iniuria’. O ideologicznych założeniach w interpretacji starożytnych tekstów źródłowych*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2005, nr 5, z. 1, s. 63–64.

pojęcia stanowią jej elementy składowe, budulec. Konstrukcja zaś powinna okazać się efektywna, a więc po prostu działać, sprawdzać się w praktyce. Dlatego musi być precyzyjna. I tu podstawowe znaczenia ma to, żeby było wiadomo, co dokładnie dana wypowiedź znaczy. Prawo wydaje się więc być tylko instrumentem. I biada temu, kto ulegnie złudzeniu, że prawo samo z siebie coś ureguluje. Kto w to uwierzy, łatwo stanie się instrumentem w rękach tych, co prawem posługują się ze zrozumieniem, a zwłaszcza wyznaczających mu cele. Aż nadto sugestywnie pokazały to próby regulowania kwestii bioetycznych, poczynając od słynnej konwencji z Oviedo z 1997 roku – przez Polskę podpisanej, ale nie ratyfikowanej[15]. Zdobyte w związku z dyskusjami o jej ratyfikacji doświadczenie prawnika pokazało[16], że nie da się napisać projektu ustawy czy ustaw bioetycznych (wszystko jedno czy ma to być w jednym akcie, czy w zmianach wprowadzonych do już istniejących wielu aktów) na podstawie samej wiedzy prawniczej albo wiedzy medycznej. Trzeba wiedzieć, co się chce osiągnąć; trzeba wiedzieć, jakie cele ma konkretne prawo realizować; trzeba wreszcie ustalić, jakie zasady znajdują w prawie odzwierciedlenie. I jest tak nie tylko w kwestiach bioetycznych, lecz zawsze, w każdej dziedzinie prawa; również w prawie prywatnym, organizującym stosunki między poszczególnymi obywatelami, np. w prawie spadkowym. Dla przykładu wskażmy konflikt, jaki zawsze istnieje między zasadą swobody testowania a ochroną rodziny, a więc nieskrępowanym dysponowaniem własnością na wypadek śmierci a obowiązkiem materialnego zabezpieczenia najbliższych[17]. Ścieranie się zasad daje się odnotować w każdej dziedzinie: od drobnych konfliktów po największe, jak wyrażony hasłem *Liberté, égalité, fraternité*. Wolność i równość pozostają z sobą w nieustannym zwarciu, bo im więcej wolności, tym mniej równości; a im więcej równości, tym mniej wolności. Dołączone do nich braterstwo daje szansę położenia fundamentu, który pozwoli je pogodzić, lecz też zrozumieć jedną i drugą[18]. Prawo pokazuje, że inaczej w praktyce po prostu się nie da. W istocie prawo ma realizować ustalenia kompromisu politycznego i siłą rzeczy będzie odzwierciedlało przekonania moralne. Praktyka pokazuje, że możemy tylko analizować, przewidywać skuteczność regulacji lub ich efektywność; dalej ich kompleksowość, przydatność do realizacji danych celów, spójność z resztą porządku prawnego[19], a więc interakcje. Prawo zaś – i tak jako wynik politycznego kompromisu – będzie odzwierciedlało również moralne przekonania.

Prawo ma jako jedną ze swoich funkcji tę wychowawczą, kształtującą. Mało się o tym mówi i rzadko pamięta. W sferze oczekiwań co do realizacji ustaleń moralnych, w ramach politycznego kompromisu, będzie się wymagało regulacji, które potwierdzą te wybory. Zacznie się przekonywanie, że to, co nakazane przez prawo albo dozwolone, jest również moralne. Przywołajmy tu ponownie rzymską myśl: *non omne quod licet honestum est* – „nie wszystko, co dopuszczalne, jest uczciwe". Rozumując przeciwnie, wolno stwierdzić: dopuszczalność może przekonywać do pewnych zachowań, niedopuszczalność wskazywać na ich niewłaściwość i przyzwyczajać do piętnowania danego rodzaju postępowania. I tu sprawa odpowiedzialności za stanowione prawo: nie tylko po stronie polityków, ale i doradzających im ekspertów prawników. To też ich odpowiedzialność moralna! Czy tylko moralna, czy przede wszystkim moralna?

15 Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny – Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie z 4 kwietnia 1997 r. w języku polskim, http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf (dostęp 12.02.2016).

16 Zob. http://www2.wum.edu.pl/pracdyd/teksty/RAPORT_%20ZESPOLU_DO_SPR_KONWENCJI_BIOETYCZNEJ.pdf (dostęp 12.02.2016).

17 F. Longchamps de Bérier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa 2011, s. 53–54, 58–77.

18 F. Longchamps de Bérier, *Podmiot prawa: między Rzymem a Jerozolimą* (w:) tenże, R. Sarkowicz, M. Szpunar (red.), *'Consul est iuris et patriae defensor'. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 119–120.

19 Zob. np. J. Haberko, *Zagrożenia dla instytucji przysposobienia wobec projektowanych rozwiązań legislacyjnych w zakresie leczenia niepłodności*, „Forum Prawnicze" 2014, nr 4, s. 3–15.

Ponieważ prawo jest instrumentem i to instrumentem porządkowania rzeczywistości, regulujący, ale także oceniający prawo winni dobrze znać tę rzeczywistość. Prawnik musi najpierw wiedzieć, czym się zajmuje. Trzeba zbadać materię. Dopiero potem można brać się za propozycje rozwiązań prawnych. Należy więc dołożyć starań, aby poznać np. specyfikę produkcji i przesyłania energii elektrycznej[20], bo dopiero wtedy daje się tworzyć i rozwijać prawo energetyczne. Czasem postronnemu obserwatorowi może się zdawać, iż prawnik zna się na wszystkim lub przynajmniej sprawia wrażenie, że wie wszystko. Trzeba na to odpowiedzieć z rozbrajającą szczerością: nie ma wyjścia! Musi wiedzieć. W pewnym sensie bowiem prawnik winien się znać na tym wszystkim, czego dotyczy pytanie prawne mu postawione. A przynajmniej powinien starać się poznać, a to powoduje konieczność dołożenia wszelkich możliwych wysiłków – jasne, że w zależności od środków i czasu, jakim dysponuje. Sam czyta, ale też uczy się od ekspertów. W konsekwencji musi się znać na tym, do czego oficjalnie czy formalnie nie jest kwalifikowany, bo jest tylko prawnikiem. Materia regulacji wymaga od niego projektowania ryzyka i dbania o bezpieczeństwo podejmowanych nowych działań, stosowanych lub planowanych procedur. Widać to świetnie np. w prawie żywnościowym lub farmaceutycznym, wobec których szerokie kręgi społeczne formułują swe uzasadnione oczekiwania[21]; a także w prawie lotniczym, żeby już o prawie ruchu drogowego nie wspominać.

Podstawowa zdolność prawnika to umieć zapytać o ryzyko i zapewnić przedstawienie ryzyka do świadomej akceptacji. Jedno zatem to kwestia samej procedury lub produktu, np. czy dana tabletka antykoncepcyjna jest w ogóle dopuszczalna do obrotu, czy aż tak niebezpieczna, że prawem trzeba jej zakazać. Drugie zaś to wymaganie prawem informacji dostępnej formalnie (sprawić, by została dostarczona) i faktycznie (by została tak przedstawiona, że może być zrozumiana). Informacja ta ma doprowadzić do w pełni świadomego podjęcia decyzji, np. co do skorzystania ze sztucznej prokreacji. Wtedy skoro ktoś sam podejmuje decyzje, decyduje się przyjąć również ryzyko ewentualnych komplikacji, a przynajmniej wie, że są to konsekwencje wcześniej przewidywane i co do których wystąpienia został ostrzeżony.

Politycy mają własne zadania, charakterystyczne i wymagające szczególnych kompetencji oraz doświadczenia. Trzeba to uznać i docenić.

W prawie kluczową rolę odgrywa dobra wola. W debacie publicznej skutkować powinno to, po pierwsze, zakładaniem jej u rozmówcy lub adwersarza. Po drugie, nie wolno manipulować wypowiedzią, jak nie wolno manipulować prawem, do czego dochodzi, gdy wybiera się tylko niektóre normy, nagina prawo lub go nadużywa. Świadomi istnienia trzech płaszczyzn: moralnej, prawnej i politycznej, zakładajmy dobrą wolę również u polityków. Skoro prawo jest instrumentem realizacji celów, trzeba stale stawiać im pytania o te cele. W tym kontekście należy pytać o ich poglądy.

3. Profesjonalizm polityka

Polityk musi jasno określić swoje stanowisko. Trzeba wszelako dać mu swobodę, zapewnić wsparcie i bezpieczeństwo przy realizacji celów. Nie tylko

20 A. Szafrański, *Prawo energetyczne. Wartości i instrumenty ich realizacji*, Warszawa 2014, s. 47–56.

21 M. Korzycka-Iwanow, *Kilka uwag o „ryzyku rozwoju" w regulacjach żywności zmodyfikowanej genetycznie (GMO), nowej żywności i suplementu diety*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 1, s. 3–19.

dlatego, ze zakłada się jego dobrą wolę, lecz również przez wzgląd na fachowość w dziedzinie polityki. Politycy mają własne, swoiste zadania, charakterystyczne i wymagające szczególnych kompetencji oraz doświadczenia. Trzeba to uznać i docenić. Nie politycy często mówią lub zachowują się, jakby wiedzieli lepiej. Mają prawo formułować oczekiwania, rozliczać z realizacji obietnic, ale winni obdarzać polityków zaufaniem. „Trzeba znać i rozumieć warunki działania w sferze publicznej, które rodzą nieustanne zagrożenia dla wierności w dokonywanych wyborach moralnych", stwierdziła Konferencja Episkopatu Polskie w dokumencie z 5 marca 2013 roku pt. „O wyzwaniach bioetycznych, przed którymi stoi współczesny człowiek"[22]. Jej uwagi pozostają aktualne, a przy tym wolne od podejrzenia o zaangażowanie polityczne obecnie. Okazją dla ich poczynienia stało się przypomnienie z całą stanowczością, że „świeccy katolicy nie mogą zrezygnować z zaangażowania w życie publiczne: z troski o szeroko rozumiane dobro wspólne, z uczestnictwa w wyborach, aktywnego wspierania takich rozwiązań społecznych i prawodawczych, które są zgodne z chrześcijańskim sumieniem"[23]. Oczywiście doczesny porządek rządzi się swoimi prawami. Jednak „w imię fałszywie pojmowanej tolerancji oczekuje się, wręcz – żąda od katolików, aby zrezygnowali z wnoszenia do życia społeczno-politycznego tego, co zgodnie z wiarą uznają za prawdziwe i słuszne"; a przecież „obowiązkiem każdego katolika biorącego udział w życiu publicznym jest wierność nauczaniu Kościoła katolickiego i samemu Chrystusowi. Nie może być mowy o jakimkolwiek kompromisie w kwestiach wiary i moralności. Podstawowym obowiązkiem osoby zaangażowanej w działanie na rzecz dobra wspólnego jest dbanie o jednoznaczność, a jej postawa musi być czytelna dla innych. W każdej sytuacji katolik ma być świadkiem Chrystusa. Może się to dla niego wiązać z dużą odpowiedzialnością społeczną, osobistymi wyrzeczeniami, tym, że stanie się przedmiotem publicznej krytyki, dystansowania się od niego czy nawet odrzucenia". Tak tedy Konferencja Episkopatu Polski napomniała, że „nie do przyjęcia jest dla katolika dualizm postaw, a więc wyznawanie innych zasad w życiu prywatnym, a innych w zaangażowaniu publicznym"; i dalej, że „rozsądne zaangażowanie katolika w życie publiczne oznacza roztropność i prawość w osiąganiu celów". Świadomość istnienia trzech płaszczyzn – moralnej, politycznej i prawnej – widać w następnym stwierdzeniu: „możliwy jest udział w kompromisie politycznym, ale tylko wówczas, gdy służy to osiąganiu większego dobra, a nie jako metoda rozwiązywania problemów etycznych lub wyznaczania kryteriów dobra. W przypadku aborcji rozwiązaniem docelowym jest m.in. prawo nieakceptujące wskazania eugenicznego do zabicia dziecka, a w przypadku *in vitro* – odrzucające tę procedurę jako zagrażającą godności oraz życiu lub zdrowiu dziecka we wczesnym stadium jego rozwoju". Katolicy zaangażowani w kształtowanie życia publicznego powinni szukać porozumienia z osobami myślącymi odmiennie. Jednakowoż „ich współdziałanie przy osiąganiu kompromisów politycznych ma zapewnić, aby ochrona wartości, podyktowanych przez chrześcijańskie sumienie, była możliwie najpełniejsza – w określonych warunkach i okolicznościach ich działania"[24]. Decyzje polityczne nie będą przecież abstrakcyjnie przekładane na prawo i nie pozostaną deklaracjami preambuł, lecz muszą dotyczyć konkretnych prawnych rozwiązań. W przeciwnym razie nieostrość, na której poprzestano w imię politycznego kompromisu, pozostanie nie lada problemem dla prawników, którzy unormowania będą musieli interpretować i stosować w praktyce prawnej. Skończy się więc tworzeniem w praktyce przez nich prawa.

Doświadczenie siedmiu lat debaty bioetycznej, w szczególności próby regulowania czy raczej projektowania regulacji *in vitro* i kwestii podobnych, pokazują, jak trudno argumentować na rzecz autonomii prawa. Dowodzą natomiast wielkiego znaczenia moralności dla prawa. Polityka jest właśnie jednym z podstawowych pól styczności prawa i moralności, ale nie jedynym. Doświadczenie debaty bioetycznej przekonuje o słabościach pozytywizmu

22 Zob. http://episkopat.pl/dokumenty/pozostale/5066.1,O_wyzwaniach_bioetycznych_przed_ktorymi_stoi_wspolczesny_czlowiek.html (dostęp 12.02.2016).

23 Tamże, pkt 5.

24 Tamże.

prawnego, a prawo każe na nowo widzieć tylko jako instrument. Podstawowe bowiem znaczenie odgrywają cele stawiane prawu i zasady znajdujące w nim odzwierciedlenie. Niektórzy podnoszą wątpliwość, czy są obiektywne wartości moralne, ale sposób prowadzenia debaty przez wszystkich jej uczestników pokazuje, że punktem odniesienia pozostaje… moralne nauczanie Kościoła katolickiego. Poszanowanie dla fachu już to polityka, już to prawnika stanowi istotny postulat. Stawiać go jednak trzeba na równi z uzasadnionymi oczekiwaniami wobec każdego z nich.

Leszek Bosek, Bogusław Lackoroński

Ustawowa waloryzacja zobowiązań.

Uwagi na tle ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o pomocy tzw. frankowiczom

Leszek Bosek

Profesor Uniwersytetu Warszawskiego, pracuje na Wydziale Prawa i Administracji, prezes Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa; specjalizuje się w prawie zobowiązań i prawie konstytucyjnym.

Bogusław Lackoroński

Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Jest autorem ponad 40 publikacji naukowych, dotyczących przede wszystkim prawa cywilnego. Jego zainteresowania obejmują w szczególności zagadnienia z zakresu prawa zobowiązań.

Remarks to the Act on the Specific Rules of Restructuring Foreign Currency Home Loans in Connection with the Change of Foreign Currencies Rates as against the Polish Currency passed on August 5, 2015

The article concerns selected issues pertaining to the scope of application of the Act on the Specific Rules of Restructuring Foreign Currency Home Loans in Connection with the Change of Foreign Currencies Rates to the Polish Currency passed on August 5, 2015. As the legislative procedure had not been completed before the VII term of Parliament ended, the Act could not have been presented to be signed by the President. That is why it never entered into force. The Act prescribes specific rules for restructuring foreign currency home loans in connection with the change of foreign currencies rates as against the Polish currency, especially with the slump of Polish zloty (PLN) in relation to Swiss franc (CHF). The aim of this paper is to present some disputable provisions of the Act, especially those governing its scope of application. This is pertinent as the questions whether Parliament should enact a law restructuring foreign currency home loans and what should its scope of application be have generated considerable controversy. In this paper we put forward some remarks on the legal model espoused in the Act and propose some alternative solutions.

1. Uwagi wprowadzające

Przedmiotem niniejszego artykułu są wybrane kwestie dotyczące przede wszystkim zakresu zastosowania ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 roku o szczególnych zasadach restrukturyzacji walutowych kredytów mieszkaniowych w związku ze zmianą kursu walut obcych do waluty polskiej oraz o zmianie niektórych ustaw (druk sejmowy VII kadencji nr 3660, dalej: u.r.w.k.m. lub Ustawa). Ustawa nie została przedstawiona do podpisu Prezydentowi Rzeczypospolitej i nie weszła w życie z uwagi na zakończenie VII kadencji Sejmu RP. Po jej uchwaleniu przez Sejm była przedmiotem prac Senatu, który dnia 4 września 2015 roku podjął uchwałę o wprowadzeniu do niej poprawek (druk sejmowy VII kadencji nr 3854, dalej: uchwała Senatu). Poprawki Senatu nie zostały poddane pod głosowanie Sejmu przed końcem VII kadencji.

Ustawa określa zasady restrukturyzacji walutowych kredytów mieszkaniowych w związku ze zmianą kursu walut obcych do waluty polskiej. Tytuł Ustawy, jej art. 1 oraz uzasadnienie pozwalają zidentyfikować ogólny cel i zasadniczy przedmiot zawartej w niej regulacji: motywowaną względami słuszności ochronę kredytobiorców przed skutkami istotnej zmiany okoliczności na podstawie szczególnej, ukształtowanej przez u.r.w.k.m. klauzuli *rebus sic stantibus*.

Instytucja *rebus sic stantibus* – wyrażona w wielu przepisach prawa prywatnego i publicznego wskazanych poniżej – opiera się na założeniu, że jedna strona stosunku zobowiązaniowego nie powinna ponosić całego ciężaru zewnętrznych, nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych zdarzeń, wykraczających poza zwykłe ryzyko kontraktowe, a druga strona tego stosunku nie powinna czerpać niesłusznych korzyści z tego tytułu[1]. Przepisy regulujące klauzulę *rebus sic stantibus* opierają się na założeniu (zasadzie) uwzględniania słuszności w stosunkach z zakresu prawa prywatnego[2]. Niewątpliwie nie można wykluczyć, że nadzwyczajna (istotna) zmiana kursu walutowego może stanowić zdarzenie zewnętrzne, nadzwyczajne i nieprzewidywalne – możliwe do zakwalifikowania jako nadzwyczajna zmiana stosunków.

> **Ustawa określa zasady restrukturyzacji walutowych kredytów mieszkaniowych w związku ze zmianą kursu walut obcych do waluty polskiej.**

Z uwagi na częste[3] stosowanie franka szwajcarskiego w umowach kredytu zawieranych na cele

1 R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 404–405.

2 M. Safjan (w:) M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, System Prawa Prywatnego, t. 1, Warszawa 2012, s. 353–358; G. Gorczyński, *Klauzula rebus sic stantibus w XXI wieku* (w:) A. Olejniczak, J. Haberko, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015, s. 187.

3 Z badania przeprowadzonego przez Komisję Nadzoru Finansowego obejmującego 18 banków skupiających prawie 100% kredytów we frankach szwajcarskich wynika, że według stanu na koniec czerwca 2013 r. łączna wartość bilansowa brutto portfela kredytów mieszkaniowych dla gospodarstw domowych wynosiła 334,2 mld złotych, z czego 180,4 mld złotych (54%) przypadało na kredyty walutowe. Należy przy tym podkreślić, że wartość kredytów mieszkaniowych we frankach szwajcarskich wynosiła 145,2 mld złotych, co stanowiło 43,4% wartości bilansowej brutto portfela kredytów mieszkaniowych dla gospodarstw domowych. A. Kotowicz, *Ocena wpływu na sytuację sektora bankowego i polskiej gospodarki propozycji przewalutowania kredytów mieszkaniowych udzielonych w CHF na PLN według kursu z dnia udzielenia kredytu*, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Warszawa 2013, http://www.knf.gov.pl/Images/PRZEWALUTOWANIE_tcm75-35881.pdf (dostęp 21.03.2015), s. 6.

mieszkaniowe przez polskich kredytobiorców, jako waluty zobowiązania (długu), waluty świadczenia lub waluty, której kurs stanowi podstawę referencyjną klauzul waloryzacyjnych, u.r.w.k.m. jest w istocie reakcją ustawodawcy na zmiany kursu tej waluty, które stały się elementem globalnego kryzysu finansowego zapoczątkowanego na amerykańskim rynku finansowym w 2008 roku, a nasiliły się w okresie po podjęciu dnia 15 stycznia 2015 roku przez Bank Narodowy Szwajcarii (bank centralny) decyzji o odstąpieniu od utrzymywania minimalnego kursu franka szwajcarskiego w stosunku do euro[4]. Skala zmian kursu franka szwajcarskiego i ich możliwego wpływu na strony umów kredytu w tej walucie jest szczególnie wyraźnie widoczna, gdy uwzględni się fakt, że najniższy w ostatnich latach kurs franka szwajcarskiego wynosił 1,95 złotych (4 sierpnia 2008 roku), a najwyższy – 4,32 złotych (18 stycznia 2015 roku)[5].

Istotą mechanizmu restrukturyzacyjnego przewidzianego w u.r.w.k.m. było stworzenie kredytobiorcom, którzy zaciągnęli walutowy kredyt mieszkaniowy, możliwości złożenia wniosku o dokonanie przez bank restrukturyzacji polegającej w istocie na umorzeniu części zobowiązania kredytowego stanowiącej równowartość różnicy pomiędzy zadłużeniem z tytułu walutowego kredytu mieszkaniowego a hipotetycznym zadłużeniem z tytułu kredytu mieszkaniowego, gdyby został on zaciągnięty w walucie polskiej. Taki mechanizm restrukturyzacyjny może wpisywać się w ogólną zasadę prawa powoływaną w międzywojennym orzecznictwie SN, zgodnie z którą „nie wolno wzbogacać się cudzą stratą”[6], pod pewnym warunkiem. Warunkiem tym jest jednak ustalenie, w jakim zakresie mechanizm restrukturyzacji uniemożliwia niesłuszne wzbogacanie się z cudzej straty (dłużnika), a w jakim zakresie jego stosowanie powoduje stratę po stronie wierzyciela niemożliwą do zaakceptowania z punktu widzenia zasady chroniącej usprawiedliwione ekspektatywy zysku. W orzecznictwie TK z jednej strony podkreśla się szeroki zakres autonomii regulacyjnej odnośnie do mechanizmów waloryzacyjnych, z drugiej jednak strony wskazuje się, że ustawodawca nie może nadawać zobowiązaniom nieadekwatnej wartości[7]. To

Istotą mechanizmu restrukturyzacyjnego przewidzianego w u.r.w.k.m. było stworzenie kredytobiorcom, którzy zaciągnęli walutowy kredyt mieszkaniowy, możliwości złożenia wniosku o dokonanie przez bank restrukturyzacji.

4 Http://www.snb.ch/en/mmr/reference/pre_20150115/source/pre_20150115.en.pdf (dostęp 19.03.2015).

5 Http://biznes.pl/waluty/profile/waluta-online/chfpln,828,2,1002,profile-wykresy.html (dostęp 04.02.2015).

6 Por. orzeczenie SN z dnia 3 grudnia 1925 r., I C 499/25, OSP 1926, t. 5, poz. 151, s. 149; orzeczenie SN z dnia 18 listopada 1927 r., I C 814/26, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego 1927, poz. 152; orzeczenie SN z dnia 28 listopada – 14 grudnia 1928 r., I C 1458/27, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1929, nr 19, s. 289–290. Por. również orzeczenie SN z dnia 14 czerwca 1928 r., I C 501/28, OSP 1929, t. 8, poz. 182, s. 159, powołane również w publikacji: J. Stawski, *Waloryzacja zobowiązań prywatno-prawnych*, Warszawa 1932, s. 5, 43, 79; por. również F. Zoll, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 25 lutego 1922 roku, I C 186/21*, OSP 1921–1922, poz. 461, s. 404 oraz 409.

7 Por. wyrok TK z dnia 24 kwietnia 2007 r., SK 49/05, teza uzasadnienia nr 151.

ogólne stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu wyroku TK z dnia 24 kwietnia 2007 roku, SK 49/05, które należy odnieść szczególnie do kredytów hipotecznych, koresponduje ze stanowiskiem SN wyrażonym w okresie poprzedzającym pierwszą, międzywojenną kodyfikację prawa zobowiązań w sprawie *Fliederbaum-Kuhnke*, w którym SN stworzył precedens umożliwiający przywracanie następczo zachwianej równowagi świadczeń i określający jego granice nie tylko dla polskich sądów, lecz również dla sądów niemieckich i austriackich[8]. W orzeczeniu z dnia 25 lutego 1922 roku, I C 186/22 SN, stwierdził w szczególności:

W orzecznictwie TK z jednej strony podkreśla się szeroki zakres autonomii regulacyjnej odnośnie do mechanizmów waloryzacyjnych, z drugiej wskazuje się, że ustawodawca nie może nadawać zobowiązaniom nieadekwatnej wartości.

„13) że następnie Sąd Apelacyjny nie wziął też pod uwagę, iż zawierając pożyczkę z zabezpieczeniem hipotecznem, strony musiały mieć na względzie szczególne korzyści i właściwości kredytu hipotecznego, a mianowicie z jednej strony uzyskanie przez dłużników pożyczki długoterminowej, na dogodnych warunkach, a z drugiej strony zapewnienie wierzycielce lokaty pewnej, nie połączonej z ryzykiem, zachodzącym np. przy operacjach bankowych lub giełdowych, oraz zagwarantowanie jej odbioru pożyczonej sumy niezależnie od możliwych wahań osobistej odpowiedzialności dłużnika; albowiem podług intencji stron, zawierających umowę pożyczki, zabezpieczeniem uiszczenia pożyczonej sumy jest nieruchomość, do której wierzyciel nabywa prawo rzeczowe i do której przywiązane jest zaspokojenie wpisanego zobowiązania (art. 47 U. hip.); dlatego wykreślenie sumy z wykazu hipotecznego bez jej zaspokojenia i bez zgody wierzyciela, nastąpić może jedynie w razie rzeczywistego wyczerpania szacunku nieruchomości przez inne obciążenia, korzystającego z pierwszeństwa przed nią (art. 47, 119 i 123 U. hip.);

14) że tymczasem Sąd Apelacyjny, przyznając, iż suma zaznaczona nie odpowiada wartości wypożyczonych przed wojną pieniędzy, zatwierdził mimo to wykreślenie sumy z wykazu, wbrew woli i bez udziału wierzyciela; uwzględnienie w tej części żądań powodowych małż. Fliederbaumów doprowadza do wyniku, iż Marja Khunke wyszłaby ze stosunku pożyczki hipotecznej z drobną kwotą, wielokrotnie mniejszą od sumy pożyczonej, a powodowie pozostaliby zwolnieni od wszelkiej odpowiedzialności za dług i zatrzymaliby w swych rękach nieruchomość, wolną od wpisu na rzecz Kuhnkowej; podobnego rodzaju rozwiązania spornego stosunku nie może być poczytane za zgodne z zamiarem kontrahentów, którzy przy zawieraniu umowy pożyczki nie mogli mieć intencji prawie całkowitego wyzucia jednej ze stron z kapitału 28.000 rb. przy pozostawieniu nieruchomości, będącej zabezpieczeniem tego kapitału, w rękach drugiej strony; w szerszym zakresie takie rozwiązanie kwestji skutkowałoby ruinę licznych rzesz wierzycieli, poderwanie zaufania do kredytu hipotecznego, zniweczenie dorobku kulturalnego w postaci fundacji wieczystych i zapisów, lokowanych przeważnie na hipotekach,

8 R. Jastrzębski, *Wpływ siły nabywczej pieniądza na wykonanie zobowiązań prywatno-prawnych w II Rzeczypospolitej*, Warszawa 2009, s. 49–52.

dalszy zastój ruchu budowlanego, opartego głównie na kredycie hipotecznym i zachwianie pojęć o prawie własności;

15) że z powyższych przesłanek niewątpliwie też wynika, iż sam prawodawca nie mógł mieć na celu, by relacja 100 rb. – 216 mk. stosowaną była przy obecnym stanie waluty do tego rodzaju zobowiązań, o jakie toczy się spór niniejszy; byłby to bowiem niczem nieuzasadniony wyłom w systemie obowiązującego Kodeksu i Ustawy Hipotecznej; nie znaczy to przecież, by spłata pożyczki, jak tego żąda Kuhnkowa, nastąpić miała w złocie, gdyż wobec niepomiernie wysokiej ceny tego kruszcu uiszczenie złotem spowodowałoby znowu niechybnie ciężką stratę, a może nawet ruinę materialną dłużników. Pozbawienie tą drogą którejkolwiek ze stron należącego do niej majątku byłoby też sprzeczne z zasadami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, uznającej wszelką własność, czy to osobistą poszczególnych obywateli, czy to zbiorową związków i instytucyj za jedną z najważniejszych podstaw ustroju społecznego i porządku prawnego, oraz poręczającej wszystkim mieszkańcom, instytucjom i społecznościom ochronę ich mienia (Dz.Ust. No 44/1921)”[9].

Jednym z powodów przygotowania projektu u.r.w.k.m. był fakt, iż na mocy art. 13 ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny[10] przepis art. 358^1 § 3 k.c. nie może być stosowany w odniesieniu do kredytów bankowych, kwot zdeponowanych na rachunkach bankowych, a nawet kredytów i pożyczek o charakterze socjalnym. Przepis art. 13 ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny został zaskarżony do Trybunału Konstytucyjnego[11], ale w chwili uchwalenia u.r.w.k.m. przez Sejm pozostawał w mocy.

Istotną część kredytów zaciągniętych w obcych walutach, a zwłaszcza we frankach szwajcarskich stanowią kredyty mieszkaniowe. W tej puli kluczową społecznie i gospodarczo grupą są kredyty udzielone na zakup lub budowę (metodą gospodarczą albo za pośrednictwem dewelopera) pierwszego i jedynego mieszkania lub domu jednorodzinnego. W konsekwencji za przygotowaniem projektu u.r.w.k.m. mogły przemawiać wartości wskazane w art. 75 Konstytucji RP, zgodnie z którym władze publiczne prowadzą politykę sprzyjającą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, w szczególności przeciwdziałają bezdomności, wspierają rozwój budownictwa socjalnego oraz popierają działania obywateli zmierzające do uzyskania własnego mieszkania.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie elementów dyskusyjnych u.r.w.k.m., odnoszących się głównie do jej przedmiotowego zakresu zastosowania. Zawarte w nim rozważania i spostrzeżenia wprost odnoszące się do u.r.w.k.m. zachowują w znacznej mierze aktualność również w odniesieniu do poselskiego projektu ustawy o szczególnych zasadach restrukturyzacji walutowych kredytów mieszkaniowych w związku ze zmianą kursu walut obcych do waluty polskiej wniesionego dnia

9 Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego 1922, poz. 17, s. 34–38.

10 Dz.U. nr 55, poz. 321, z późn. zm.

11 Sygnatura K 17/15. Grupa posłów złożyła wniosek o zbadanie zgodności art. 13 ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny z: – art. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej; – art. 32 Konstytucji RP, zgodnie z którym wszyscy są wobec prawa równi, wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne oraz nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny; – art. 64 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia; – art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym, każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej, zaś ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej do dochodzenia naruszonych wolności lub praw w zakresie, w jakim zaskarżony przepis art. 13 ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny zakazuje stosowania przepisów o waloryzacji sądowej zobowiązań do wkładów zgromadzonych na rachunkach oszczędnościowych (książeczkach mieszkaniowych) w Banku PKO BP w latach 70. i 80. XX wieku. Na temat wątpliwości co do konstytucyjności tego przepisu np. B. Lackoroński, *Zmiany kursu franka szwajcarskiego a sytuacja prawna kredytobiorców – wybrane zagadnienia*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2015, nr 1, s. 38–68.

15 stycznia 2016 roku do Sejmu RP VIII kadencji[12], któremu w czasie przygotowywania niniejszego artykułu nadano numeru druku. Projekt ten jest zbliżony do przedłożenia u.r.w.k.m. (druk sejmowy VII kadencji nr 3660). Podjęcie zagadnienia jest o tyle istotne, że u.r.w.k.m. jest wyrazem pewnego modelu regulacyjnego, który może być przedmiotem dyskusji naukowej. Nieczęsto ustawodawca decyduje się na wprowadzenie szczególnej regulacji klauzuli *rebus sic stantibus*, która odnosi się do grupy stosunków obligacyjnych ograniczonej przede wszystkim ze względu na czas ich powstania. Podjęcie tematu uzasadnia wreszcie jego duża doniosłość społeczna.

2. *Restrukturyzacja kredytów – pomiędzy waloryzacją ustawową a waloryzacją sądową*

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że u.r.w.k.m. zawiera szczególną regulację tzw. klauzuli *rebus sic stantibus*. Klauzula *rebus sic stantibus* jest instytucją uznaną i trwale wpisaną zarówno w prawo międzynarodowe publiczne (art. 62 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów[13]), jak i w prawo prywatne, w którym jednym z jej źródeł jest zasada dobrej wiary i uczciwości w obrocie[14]. Ustawa realizuje w ten sposób ogólną zasadę prawa, za jaką uważa się współcześnie klauzulę *rebus sic stantibus*[15] przeciwstawianą zasadzie *pacta sunt servanda* jako wyjątek od tej ostatniej[16] lub uznawaną nie za wyłączenie zasady *pacta sunt servanda*, lecz za jej uzupełnienie i sprowadzenie jej do właściwych ram[17]. W obu przypadkach podkreśla się wyjątkowy charakter okoliczności, w których klauzula *rebus sic stantibus* może mieć zastosowanie. Klauzula ta jest uznawana za instytucję pochodną od zasady bezpieczeństwa obrotu cywilnoprawnego (*security*) i będącej jej uszczegółowieniem zasady „bezpieczeństwa" umów (*contractual security*)[18]. Trwałe zakorzenienie tej instytucji jako immanentnego elemen-

12 Http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-73-2016/$file/8-020-73-2016.pdf (dostęp 20.02.2016).

13 Dz.U. z 1990 r., nr 74, poz. 439, załącznik.

14 J. Korzonek (w:) J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz I*, Kraków 1934, s. 581.

15 G. Gorczyński, *Klauzula rebus sic stantibus w XXI wieku* (w:) A. Olejniczak, J. Haberko, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy…*, dz. cyt., s. 187; tenże (w:) W. Popiołek (red.), *Międzynarodowe prawo handlowe*, System Prawa Handlowego, t. 9, Warszawa 2013, s. 691 i n.; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania (na tle prawa niektórych państw obcych)*, Warszawa 1992, s. 19. Na gruncie prawa publicznego J. Szymański, *Klauzula rebus sic stantibus w prawie traktatów z perspektywy historycznej*, „Miscellanea Historico-Iuridica" 2013, t. 12, s. 358–362, 377, a także A. Sawicki, T. Kamiński, *Clausula rebus sic stantibus a zasadnicza zmiana okoliczności jako przesłanka wygaśnięcia traktatu w świetle Konwencji Wiedeńskiej z 1969 roku* (w:) F. Longchamps de Bérier, R. Sarkowicz, M. Szpunar (red.), *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 355–363. Por. również wyrok TK z dnia 24 kwietnia 2007 r., SK 49/05, teza uzasadnienia nr 149–150. Genezę i historyczny rozwój klauzuli *rebus sic stantibus* scharakteryzował w polskiej literaturze prawniczej przede wszystkim: K. Przybyłowski, *Klauzula „rebus sic stantibus" w rozwoju historycznym* (w:) „Pamiętnik Historyczno-Prawny" 1926, t. 3, z. 1, s. 14–94; K. Przybyłowski, *s.v. clausula rebus sic stantibus* (w:) H. Konic (red.), *Encyklopedja Podręczna Prawa Prywatnego*, t.1, *Agent Handlowy – Księgi Handlowe*, Warszawa 1931, s. 125–128. Por. również R. Jastrzębski, *Geneza i znaczenie klauzuli rebus sic stantibus w polskim prawie prywatnym*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego" 2010, t. 13, s. 155–166; B. Lackoroński, *Rozwój historyczny klauzuli rebus sic stantibus*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego" 2004, nr 1, s. 72–83.

16 R. Momberg Uribe, *The effects of a change of circumstances in the DCFR. A critical assessment* (w:) V. Sagaert, M.E. Storme, E. Terryn (red.), *The Draft of Common Frame of Reference: national and comparative perspective*, Cambridge–Antwerp–Portland 2012, s. 114 oraz 131; W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy*, Warszawa 1998, s. 68–70.

17 Por. w szczególności A. Brzozowski (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do art. 1–449*[10], Warszawa 2015, komentarz do art. 357[1], nb 23; pośrednie stanowisko w odniesieniu do relacji klauzuli *rebus sic stantibus* i zasady *pacta sunt servanda* prezentuje P. Machnikowski (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2016, komentarz do art. 357[1], nb 6.

18 Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, wyd. PDF 2007, s. 71–75.

tu prawa zobowiązań różnych państw potwierdza również zamieszczenie poświęconych jej przepisów w europejskich projektach regulacji prawa kontraktów (DCFR art. III. – 1:110: *Variation or Termination by Court on a Change of Circumstances*[19] oraz PECL art. 6:111: *Change of Circumstances*[20]), które zostały przygotowane z uwzględnieniem bogatego tła prawnoporównawczego[21].

kresem i przesłankami zastosowania oraz trybem stosowania.

W prawie zobowiązań nadzwyczajna zmiana stosunków, a w szczególności stosunków gospodarczych, której strony nie przewidywały przy zawieraniu umowy, jest jedną z przesłanek, których spełnienie warunkuje dopuszczalność sądowej zmiany takiej umowy (art. 357[1] k.c. – tzw. klauzula *rebus*

Klauzula *rebus sic stantibus* przybiera na płaszczyźnie normatywnej postać różnorodnych mechanizmów waloryzacyjnych, których wspólnym celem jest przywrócenie następczo zachwianej równowagi świadczeń.

Klauzula *rebus sic stantibus* przybiera na płaszczyźnie normatywnej postać różnorodnych mechanizmów waloryzacyjnych[22], których wspólnym celem jest przywrócenie następczo zachwianej równowagi świadczeń. Różnią się one jednak za-

sic stantibus)[23]. Zmiana treści zobowiązania pieniężnego *sensu stricto* jest możliwa także w przypadku istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza (art. 358[1] § 3 k.c.). Dokonywanie przez sąd ingerencji w treść zobowiązania jest możliwe także na podstawie innych szczególnych regulacji klauzuli *rebus sic stantibus* mających zastosowanie do poszczególnych umów nazwanych (np. art. 632 § 2 k.c.).

Przepisy kodeksu cywilnego (art. 357[1], art. 358[1] § 3 ani art. 632 § 2) bezpośrednio nie identyfikują zdarzeń (sytuacji) objętych instytucją *rebus sic stantibus* – czynił to natomiast choć niewyczerpująco kodeks zobowiązań w art. 269[24]. Oznacza

19 Tamże, wyd. PDF 2009, http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf (dostęp 20.01.2016), s. 232–233.

20 *The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)*, wyd. PDF 2008, http://www.jus.uio.no/lm//eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.a4.pdf (dostęp 20.01.2016), s. 21.

21 Ch. Von Bar, *The Draft of Common Frame of Reference: Scope and Purpose* (w:) V. Sagaert, M.E. Storme, E. Terryn (red.), *The Draft of Common Frame…*, dz. cyt., s. 6.

22 Por. charakterystykę podejścia do klauzuli *rebus sic stantibus* w polskim prawie prywatnym: G. Gorczyński, *Regulacja wpływu zmiany okoliczności na wykonywanie zobowiązań w Kodeksie cywilnym – ocena i perspektywy* (w:) E. Gniewek, K. Górska, P. Machnikowski (red.), *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25–27.9.2008 r.)*, Warszawa 2010, s. 123–136; B. Lackoroński, *Change of Circumstances – the Polish Approach*, „Studia Iuridica" 2013, t. 56, s. 53–62.

23 A. Brzozowski (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz…*, dz. cyt., komentarz do art. 357[1], nb 32 i 48; P. Machnikowski (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, dz. cyt., komentarz do art. 357[1], nb 6 i 7.

24 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej – Kodeks zobowiązań z dnia 27 października 1933 r. (Dz.U. z 1933 r., nr 82, poz. 598), art. 269: „Gdyby z powodu nadzwyczajnych wypadków, jako to: wojny, zarazy, zupełnego nieurodzaju i innych klęsk żywiołowych, świadczenie było

to, że identyfikacja zdarzeń objętych instytucją *rebus sic stantibus* nie wymaga precyzyjnej typizacji ustawowej, choć ukształtowanie przesłanek zależy bezpośrednio od decyzji ustawodawcy. Ustawodawca określa przesłanki, jakie musi spełniać zmiana stosunków, aby możliwe było stosowanie mechanizmów waloryzacyjnych przewidzianych w przepisach prawa, określając tym samym granice wyznaczające luz decyzyjny sądom podejmującym decyzję *in concreto* przy uwzględnieniu całokształtu wszystkich okoliczności, czy zastosować klauzulę *rebus sic stantibus*. W przypadku, gdy o zastosowaniu regulacji stanowiącej refleks klauzuli *rebus sic stantibus* przesądza sąd konstytutywnym orzeczeniem, mamy do czynienia z sądowym mechanizmem waloryzacyjnym stwarzającym wszelkie możliwości, jakie daje proces stosowania prawa, zweryfikowania, czy instytucja mająca otwierać system prawny na względy słuszności jest wykorzystywana zgodnie z jej celem. Alternatywą wobec sądowego mechanizmu waloryzacyjnego jest ustawowy mechanizm waloryzacyjny, który nie gwarantuje w takim stopniu jak sądowy, że nie będzie on wykorzystywany niezgodnie z celem. W takim przypadku sąd jedynie orzeczeniem deklaratywnym potwierdza, czy w określonym przypadku miał zastosowanie mechanizm waloryzacji ustawowej i ewentualnie konstytutywnym orzeczeniem stwierdza obowiązek złożenia oświadczenia woli o określonej treści przez jedną ze stron albo obie strony zobowiązania. Sąd nie może jednak zapobiec jego stosowaniu, nawet gdy istnieją podstawy do stwierdzenia, że miał on zastosowanie w przypadku, kiedy nie powinno to mieć miejsca, uwzględniając cel przepisów stanowiących podstawę jego stosowania.

Alternatywą wobec sądowego mechanizmu waloryzacyjnego jest ustawowy mechanizm waloryzacyjny, który nie gwarantuje w takim stopniu jak sądowy, że nie będzie on wykorzystywany niezgodnie z celem.

Powyższe prowadzi do wniosku, że mechanizm restrukturyzacji stworzony w ustawie o restrukturyzacji walutowych kredytów można kwalifikować jako rodzaj wyróżnianej w doktrynie prawa zobowiązań waloryzacji ustawowej. Waloryzacja ustawowa ma wyjątkowy charakter, a jej stosowanie zawsze budzi kontrowersje[25]. Jej wyjątkowość polega

połączone z nadmiernemi trudnościami lub groziło jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie mogły przewidzieć przy zawarciu umowy, sąd może, jeżeli uzna to za konieczne według zasad dobrej wiary, po rozważeniu interesów obu stron, oznaczyć sposób wykonania, wysokość świadczenia lub nawet rozwiązać umowę".

25 Dyskusję dotyczącą waloryzacji ustawowej, która miała miejsce w okresie międzywojennym, w szczególności pomiędzy prof. E. Tillem i prof. F. Zollem, relacjonuje R. Jastrzębski, *Wpływ siły…*, dz. cyt., s. 62–64. Waloryzacja ustawowa, do której odnosiła się ta dyskusja, została przeprowadzona na podstawie Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 14 maja 1924 r. o przerachowaniu zobowiązań prywatno-prawnych (Dz.U. z 1924 r., nr 42, poz. 441 z późn. zm.). Z kolei kontrowersje związane z powojenną waloryzacją ustawową dokonaną na podstawie dekretu z dnia 27 lipca 1949 r. o zaciąganiu nowych i określaniu wysokości nie umorzonych zobowiązań pieniężnych (Dz.U. nr 45, poz. 332, z późn. zm.) były rozważane w uzasadnieniu postanowienia TK z dnia 6 listopada 2008 r., P 5/07, o umorzeniu postępowania z powodu utraty mocy obowiązującej przepisów,

na tym, że waloryzacja ustawowa dokonuje się na podstawie aktu tworzenia prawa, a nie konstytutywnego aktu organu władzy publicznej polegającego na stosowaniu prawa. Waloryzacja ustawowa dokonuje się w jednakowym stopniu w odniesieniu do wszystkich zobowiązań znajdujących się w zakresie zastosowania przepisów o ustawowej waloryzacji. Oparta jest na generalnej decyzji ustawodawcy, że słuszne jest dokonanie ingerencji w treść zobowiązania z uwagi na szczególne nadzwyczajne okoliczności. Jej stosowanie nie jest oparte na badaniu przez organ stosujący prawo, a w szczególności przez sąd dysponujący „luzem decyzyjnym", czy *in concreto* przy uwzględnieniu wszelkich okoliczności spełnione są przesłanki uzasadniające udzielenie ochrony prawnej[26]

Z powyższych względów regulacja stanowiąca podstawę waloryzacji ustawowej powinna jednoznacznie określać przesłanki jej zastosowania, w sposób korespondujący i odzwierciedlający intencje ustawodawcy odnośnie do zakresu przedmiotowego i podmiotowego zastosowania Ustawy.

3. *Tryb restrukturyzacji*

Przepisy u.r.w.k.m. nie zawierają jednoznacznego rozstrzygnięcia odnośnie do charakteru czynności prawnych ukierunkowanych na przeprowadzenie restrukturyzacji. Nie można wykluczyć, że wniosek kredytobiorcy o restrukturyzację może być potraktowany jako oferta zawarcia umowy o częściowe zwolnienie z długu, a umorzenie, dokonywane przez bank, jest jej przyjęciem. W przypadku, gdy spełnione są przesłanki określone w Ustawie, przyjęcie oferty złożonej przez kredytobiorcę jest obligatoryjne. W konsekwencji złożenie oświadczenia woli w przedmiocie przyjęcia takiej oferty może być wymuszone na drodze sądowej na podstawie art. 64 k.c. Wydaje się, że okoliczność, iż restrukturyzacja może dokonać się wskutek oświadczenia woli banku lub uprawomocnienia się orzeczenia zastępującego to oświadczenie (art. 64 k.c.), nie stanowi podstawy umożliwiającej sytuowanie uprawnienia kredytobiorcy w kręgu praw kształtujących.

Przepisy u.r.w.k.m. uzasadniają dokonanie podziału trybu restrukturyzacji na dwa zasadnicze etapy. Pierwszy etap miał się rozpoczynać złożeniem wniosku przez kredytobiorcę do dnia 30 czerwca 2020 roku. Etap ten można określić jako

w którym stwierdzono w szczególności: „W ocenie Trybunału Konstytucyjnego zaskarżone przepisy stanowiły formę ingerencji w prawa majątkowe wierzycieli, prowadzącej do istotnego zmniejszenia realnej wartości zobowiązań pieniężnych powstałych przed ich wejściem w życie. Przepisy te ukształtowały sytuacje prawne wierzycieli i dłużników, ustalając wysokość dotychczasowych zobowiązań pieniężnych. Część z tych zobowiązań wygasła przez ich wykonanie, inne w wyniku przedawnienia stały się zobowiązaniami naturalnymi i mogą być dochodzone tylko w razie zrzeczenia się zarzutu przedawnienia przez dłużnika, w niektórych innych wypadkach termin przedawnienia z różnych powodów jeszcze nie upłynął. Niezależnie jednak od tego, jakie były dalsze losy zobowiązań zastanych przez prawodawcę w 1949 r. i w 1950 r., regulacje zakwestionowane w pytaniu prawnym wywoływały z chwilą ich wejścia w życie, w dwóch różnych momentach, jednorazowe skutki prawne w postaci definitywnej zmiany wysokości zobowiązań pieniężnych powstałych przed ich wejściem w życie. Przeliczenie miało charakter jednorazowy i doprowadziło do określenia nowej treści dotychczasowych zobowiązań pieniężnych. Tym samym zaskarżone przepisy stanowiły podstawę do definitywnego ukształtowania sytuacji prawnych ich adresatów, z chwilą dokonania stosownych przeliczeń, przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. Dotyczy to również tych zobowiązań, które zostały zaciągnięte przed wejściem zaskarżonych przepisów, ale mogą być dochodzone do dnia dzisiejszego. Wysokość tych zobowiązań pieniężnych została określona na podstawie zaskarżonych przepisów dekretu z 1949 r. i ustawy z 1950 r. i ta właśnie wartość określa obecnie granice roszczeń wierzycieli. Wierzyciele mogą żądać spełnienia świadczeń pieniężnych, biorąc pod uwagę ich wysokość ustaloną po przeliczeniu w 1949 r. i 1950 r. z zastosowaniem zaskarżonych przepisów".

26 Por. rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 14 maja 1924 r. o przerachowaniu zobowiązań prywatno-prawnych, cyt. wyżej, tzw. Lex Zoll; rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 12 czerwca 1934 r. o wierzytelnościach w walutach zagranicznych (Dz.U. z 1934 r., nr 59, poz. 509 z późn. zm.), tzw. dekret dolarowy, oraz dekret z dnia 27 lipca 1949 r. o zaciąganiu nowych i określaniu wysokości nie umorzonych zobowiązań pieniężnych (Dz.U. nr 45, poz. 332, z późn. zm.).

etap przedsądowy (bankowy). Wniosek kredytobiorcy miał być rozpatrywany przez bank w terminie 30 dni od dnia jego złożenia. Przepis tego nie regulował w żaden sposób, ale wydaje się, że termin na rozpatrzenie wniosku o restrukturyzację należy liczyć od dnia, w którym kredytobiorca złoży wniosek umożliwiający sprawdzenie, czy mieści się on w zakresie zastosowania Ustawy, oraz ustalenie przez bank oświadczenia woli, o którym mowa w art. 5 ust. 4 u.r.w.k.m. Niewykazanie którejkolwiek z przesłanek uzasadniałoby oddalenie powództwa przez sąd.

W uchwale Senatu (pkt 4) wprowadzono do art. 3 ust. 2 u.r.w.k.m. poprawkę, zgodnie z którą w terminie określonym dla banku dla rozpatrzenia wniosku o restrukturyzację kredytobiorca mógł wycofać ten

Przepisy u.r.w.k.m. uzasadniają dokonanie podziału trybu restrukturyzacji na dwa zasadnicze etapy.

nie kwot, o których mowa w art. 4 ust. 1 u.r.w.k.m. Rozpatrzenie wniosku kredytobiorcy powinno polegać na sprawdzeniu, czy kredytobiorca mieści się w zakresie zastosowania u.r.w.k.m., oraz na ustaleniu wysokości kwot, o których mowa w art. 4 ust. 1 u.r.w.k.m. Rozpatrzenie wniosku o restrukturyzację przez bank miało kończyć się złożeniem przez bank oświadczenia woli o umorzeniu 9/10 kwoty, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.r.w.k.m., o ile stanowiłaby ona wartość dodatnią. W przypadku gdy bank odmawiałby złożenia oświadczenia woli o umorzeniu 9/10 kwoty, kredytobiorca, który uważałby odmowę banku za bezpodstawną, musiałby skierować sprawę na drogę sądową.

Wytoczenie przez kredytobiorcę powództwa o stwierdzenie przez sąd obowiązku złożenia przez bank oświadczenia woli o umorzeniu 9/10 kwoty, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.r.w.k.m., rozpoczyna drugi etap restrukturyzacji (etap sądowy). Prawomocne orzeczenie stwierdzające istnienie obowiązku złożenia przez bank oświadczenia woli, o treści określonej w art. 5 ust. 4 u.r.w.k.m., zastępowałoby – zgodnie z art. 64 k.c. – oświadczenie woli banku. Zgodnie z art. 6 k.c. na etapie sądowym procedury restrukturyzacyjnej, która byłaby klasycznym procesem cywilnym przeciwko bankowi, kredytobiorca musiałby wykazać, że były spełnione wszystkie przesłanki warunkujące złożenie wniosek. Wskazano też, że prawo ponownego złożenia wniosku o restrukturyzację nie przysługiwało. Poprawka ta miała na celu ograniczenie w aspekcie czasowym możliwości wycofania wniosku o restrukturyzację. Jak należy rozumieć, możliwość wycofania wniosku o restrukturyzację w terminie określonym dla banku na rozpatrzenie wniosku – zgodnie z Ustawą wynosił on 30 dni, a zgodnie z uchwałą Senatu 60 dni – nie wymagała zgody banku. Zgodnie z poprawką wprowadzoną uchwałą Senatu, wskutek wycofania wniosku o restrukturyzację kredytobiorca definitywnie tracił uprawnienie do skorzystania z mechanizmu restrukturyzacji. Na tle tej poprawki rodzi się pytanie i zarazem wątpliwość, czy utrata możliwości ponownego złożenia wniosku wiąże się jedynie z wycofaniem wniosku o restrukturyzację, czy też jest to wyraz woli ustawodawcy ukształtowania prawa do złożenia wniosku o restrukturyzację w taki sposób, aby jego wykonanie mogło nastąpić tylko jeden raz. Jednorazowy charakter prawa do zainicjowania procedury restrukturyzacyjnej mógłby oznaczać, że odmowa przez bank dokonania restrukturyzacji z powodu niespełnienia przesłanek uniemożliwiałaby ponowne złożenie wniosku w razie zmiany okoliczności mających wpływ na możliwość stwierdzenia przesłanek restrukturyzacji. Należy podkreślić, że ostatni wariant interpretacyjny omawianej poprawki Senatu nie wynika

jednoznacznie z jej treści. Oznacza to, że gdyby był on zgodny z wolą ustawodawcy, to powinien zostać w sposób jednoznaczny wyrażony w przepisie. Niezależnie od tego, który z tych wariantów interpretacyjnych byłby ostatecznie przyjęty, poprawka ta, zaproponowana w uchwale Senatu, w istotnym stopniu ograniczała możliwości skorzystania z mechanizmu restrukturyzacyjnego w stosunku do stanu prawnego, jaki mógłby być ukształtowany, gdyby u.r.w.k.m. weszła w życie bez poprawek Senatu.

Próbując dokonać wykładni poprawki zawartej w pkt 4 uchwały Senatu, należy wskazać, że wycofanie wniosku o restrukturyzację mogłoby dotyczyć jedynie wniosku skutecznie złożonego, który bank miałby możliwość rozpatrzeć, gdyby nie oświadczenie kredytobiorcy o jego cofnięciu. Gdyby u.r.w.k.m. weszła w życie z uwzględnieniem tej poprawki zawartej w uchwale Senatu, należałoby przyjmować, że wycofanie wniosku o restrukturyzację miało miejsce w dniu, w którym stosowne oświadczenie kredytobiorcy zostało doręczone do banku w taki sposób, że bank mógł się zapoznać z jego treścią. Wydaje się, że do takiego oświadczenia należałoby stosować art. 61 k.c.

Trzeba wskazać, że nadanie prawu do zainicjowania procedury restrukturyzacyjnej charakteru jednorazowego powinno wiązać się z doprecyzowaniem przesłanek warunkujących zastosowanie mechanizmu restrukturyzacyjnego. Przesłanki zastosowania powinny umożliwiać kredytobiorcy dokonanie jednoznacznej oceny, czy przewidziany w Ustawie mechanizm restrukturyzacyjny powinien być zastosowany przez bank. W przeciwnym razie wyłącznie kredytobiorca będzie ponosił istotne ryzyko dokonania nieprawidłowej oceny przesłanek zastosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego na podstawie przepisów mogących budzić wątpliwości.

4. *Przesłanki restrukturyzacji*

a. *Uwagi wprowadzające*

Pozytywne przesłanki zastosowania przepisów u.r.w.k.m. mogą być stwierdzone wtedy, gdy:

1) kredytobiorca, będący konsumentem, złoży pisemny wniosek w okresie do 30 czerwca 2020 roku;
2) kredyt ma charakter walutowy;
3) kredyt ma charakter mieszkaniowy;
4) kredytobiorca nie posiada innego lokalu mieszkalnego ani innego domu jednorodzinnego (przesłanka ta nie odnosi się do kredytobiorców, którzy posiadają inne lokale mieszkalne lub domy jednorodzinne, lub ich części, jeśli zostały one nabyte w drodze dziedziczenia po dniu zaciągnięcia kredytu podlegającego restrukturyzacji);
5) powierzchnia użytkowa nieruchomości nie przekracza 100 m^2 dla lokalu mieszkalnego i 150 m^2 dla domu jednorodzinnego (przesłanka ta nie odnosi się do kredytobiorców, którzy wychowują troje lub więcej dzieci);
6) wartość wskaźnika LtV jest wyższa niż 80%.

W Ustawie uchwalonej przez Sejm nie był określony moment, na który powinny być oceniane powyższe przesłanki.

Wydaje się, że ustalenie jednakowego momentu miarodajnego dla oceny spełnienia się wszystkich przesłanek zastosowania mechanizmu restukturyzacyjnego może budzić wątpliwości. Wątpliwości te mogą się również odnosić do ustalenia miarodajnego momentu dla stwierdzania, że kredyt ma charakter walutowy i mieszkaniowy.

Z jednej bowiem strony wydaje się, że walutowy charakter kredytu oraz jego cel mieszkaniowy powinien być oceniany na moment zawarcia umowy kredytu. W świetle przepisów art. 69 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe[27] (dalej: pr. bank.) strony zobowiązane są w treści czynności prawnej określić parametry przesądzające o charakterze kredytu (zob. niżej). Chwila dokonania czynności prawnej jest też istotna do oceny ważności umowy kredytowej.

Z drugiej jednak strony – z przepisów u.r.w.k.m. nie wynika w sposób niewątpliwy przeciwwskazanie do stosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego w odniesieniu do umów kredytu, które w dacie ich zawarcia nie mieściły się w pojęciu walutowego kredytu mieszkaniowego, ale wskutek wprowadzonych przez strony zmian stały się umowami o walutowy kredyt mieszkaniowy. W świetle art. 9

27 Dz.U. z 2015 r., poz. 128.

u.r.w.k.m. istotne wydaje się, aby przesłanki decydujące o walutowym i mieszkaniowym charakterze kredytu były spełnione na dzień wejścia w życie Ustawy. Wydaje się, że analogicznie powinien być ustalany moment miarodajny dla stwierdzenia przesłanki określonej w art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m. w postaci powierzchni użytkowej nieruchomości. Konstatacja ta może mieć istotne znaczenie w przypadkach, kiedy parametry lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego po zawarciu umowy kredytu ulegały zmianie, w szczególności wskutek przebudowy, rozbudowy, podziału albo wskutek zmiany parametrów mającego powstać lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, jeśli przyjmie się dopuszczalność stosowania u.r.w.k.m. w odniesieniu do kredytów na realizację inwestycji mieszkaniowych, wskutek której mają dopiero powstać lokale mieszkalne lub domy jednorodzinne. Należy zwrócić uwagę, że przyjęcie innego, późniejszego momentu, jako miarodajnego dla stwierdzenia tych przesłanek stosowania mechanizmu restrukturyzacji przewidzianego w u.r.w.k.m., mogłoby rodzić ryzyko dokonywania przez osoby zainteresowane przewalutowaniem kredytu zmiany charakteru nieruchomości – która pierwotnie zakupiona była np. na cele prowadzenia działalności gospodarczej – na lokal mieszkalny.

Dokonywanie oceny wartości wskaźnika LtV, który może ulegać zmianie w czasie, wyłącznie na moment zawarcia umowy kredytu albo na moment wejścia w życie Ustawy wydaje się nieuzasadnione z powodu stworzenia możliwości złożenia wniosku o restrukturyzację w okresie kilku lat po wejściu w życie u.r.w.k.m. (art. 3 ust. 1). Przepis art. 3 ust. 1 oraz ust. 3 pkt 3 u.r.w.k.m. mogą prowadzić do wniosku, że nawet jeśli wskaźnik LtV w dniu wejścia w życie u.r.w.k.m. jest niższy niż 80%, ale w okresie do dnia 30 czerwca 2020 roku wzrośnie powyżej 80%, możliwe będzie uznanie tej przesłanki za spełnioną.

Wydaje się, że dla stwierdzenia przesłanki „nieposiadania innego lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego" miarodajne miały być dwa momenty – moment zawarcia umowy o walutowy kredyt mieszkaniowy oraz moment składania wniosku o restrukturyzację. Za przyjęciem jako miarodajnego momentu składania wniosku o restrukturyzację przemawiałby art. 3 ust. 4 u.r.w.k.m., który miał zezwalać na zastosowanie mechanizmu restrukturyzacji w przypadku, gdy po zawarciu umowy kredytu przesłanka ta nie byłaby spełniana wskutek odziedziczenia przez kredytobiorcę lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (wydaje się, że chodzi tutaj o prawa rzeczowe do tego rodzaju nieruchomości lokalowych albo nieruchomości, w skład których wchodzą lokale mieszkalne lub domy jednorodzinne). Skoro przesłanka ta miała być irrelewantna tylko w przypadku, gdyby do nabycia prawa do lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego po zawarciu umowy kredytu dochodziło w drodze dziedziczenia, to inne zdarzenia prawne skutkujące nabyciem praw do lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego po zawarciu umowy kredytu należałoby uznawać za przeszkody w zastosowaniu mechanizmu restrukturyzacji. Oznaczałoby to, że przesłanka określona w art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m. powinna być badana na pewno na moment złożenia wniosku o restrukturyzację. W przeciwnym razie bezprzedmiotowa byłaby regulacja umożliwiająca uwzględnienie wniosku o restrukturyzację, mimo że w momencie jego składania kredytobiorca nabył w drodze dziedziczenia tytuł prawny do innego lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, chociaż w dniu zaciągnięcia kredytu takiego tytułu prawnego nie posiadał. Wydaje się jednak, że przyjęcie tylko momentu złożenia wniosku o restrukturyzację – jako miarodajnego dla stwierdzenia przesłanki „nieposiadania innego lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego" – byłoby trudne do pogodzenia z wynikającym z przepisów u.r.w.k.m. założeniem, że udzielana na jej podstawie pomoc odnosi się do nabywania prawa do pierwszego lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Możliwe byłoby bowiem zastosowanie mechanizmu restrukturyzacji w odniesieniu do osób, które w chwili zawierania umowy o walutowy kredyt mieszkaniowy posiadały tytuł prawny do innego lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego i wyzbyły się go przed złożeniem wniosku o restrukturyzację. Z tego powodu wydaje się, że przesłanka „nieposiadania innego lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego" powinna być badana i uznana za spełnioną

zarówno w dacie zawierania umowy o walutowy kredyt mieszkaniowy, jak i w dacie składania wniosku o restrukturyzację.

Powyższe rozważania tracą w znacznej mierze na aktualności, jeśli uwzględni się poprawki wprowadzone w pkt 1 i 5 uchwały Senatu, w których wskazano, że przesłanka w postaci walutowego charakteru kredytu powinna być spełniona na dzień podpisania umowy kredytowej, a przesłanki określone w pkt 4) – 6) powyższej listy powinny być spełnione na dzień złożenia wniosku o restrukturyzację. Skutkiem zmiany wprowadzonej w pkt 5 uchwały Senatu byłoby poszerzenie i zliberalizowanie możliwości zastosowania u.r.w.k.m. Zmiana taka otwierałaby bowiem możliwość ukształtowania następczo przez kredytobiorcę swojej sytuacji w taki sposób, żeby stworzyć sobie możliwość skorzystania z mechanizmu restrukturyzacji, mimo że w świetle przepisów u.r.w.k.m. bez zmian zaproponowanych w uchwale Senatu możliwość taka wydawałaby się co najmniej wątpliwa, jeśli w ogóle by istniała. Z powodów powyżej wskazanych oraz z uwagi na brak w uchwale Senatu poprawki umożliwiającej określenie daty miarodajnej dla stwierdzenia mieszkaniowego charakteru kredytu, gdyby u.r.w.k.m. weszła w życie, należałoby uznać, że przesłanka ta powinna być badana i stwierdzana na dzień jej wejścia w życie.

Niezależnie od tego, w jakim kierunku zostałaby rozstrzygnięta kwestia daty miarodajnej dla ustalania poszczególnych przesłanek zastosowania mechanizmu restrukturyzacji – stwarzającym mniejsze lub większe możliwości kształtowania przez kredytobiorców ich sytuacji w celu skorzystania z takiego mechanizmu – pozytywnie należy ocenić sam fakt wyraźnego jej przesądzenia przez ustawodawcę. Ma to szczególnie istotne znaczenie w przypadku, gdy przesłanki stosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego nie są stwierdzane w postępowaniu prowadzonym przez organ władzy publicznej, którego działanie w tym zakresie uregulowane jest w przepisach proceduralnych, takich jak na przykład art. 316 k.p.c.

Z uwagi na fakt, że pierwsza z powyżej wymienionych przesłanek w postaci złożenia przez kredytobiorcę pisemnego wniosku o restrukturyzację do dnia 30 czerwca 2020 roku wydaje się nie budzić wątpliwości, poniżej zostaną omówione jedynie przesłanki zastosowania mechanizmu restrukturyzacji określone w pkt 2) – 6) powyższej listy.

b. Przesłanki pozytywne restrukturyzacji

i. Walutowy i mieszkaniowy charakter kredytu

W związku z tym, że stany faktyczne, w których walutowe kredyty mogą być uznane za walutowe kredyty mieszkaniowe, są bardzo różnorodne, istotne znaczenie dla precyzyjnego określenia zakresu zastosowania u.r.w.k.m. mają zawarte w niej definicje legalne. Podstawowy punkt odniesienia do udzielenia odpowiedzi na pytanie o podmiotowy i przedmiotowy zakres zastosowania u.r.w.k.m. powinna stanowić definicja walutowego kredytu mieszkaniowego – ze względu na fakt, że pojęcie to zostało użyte w jej tytule i art. 1.

W art. 2 u.r.w.k.m. zdefiniowano pojęcie walutowego kredytu mieszkaniowego w znacznej mierze przez odesłanie. Zgodnie z tym przepisem: „Użyte w ustawie określenia oznaczają: 1) walutowy kredyt mieszkaniowy – kredyt, o którym mowa w art. 69 ust. 2 pkt 4a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, o ile jest denominowany lub indeksowany do waluty innej niż ta, w której kredytobiorca uzyskuje dochód, przez walutowy kredyt mieszkaniowy rozumie się także pożyczkę denominowaną lub indeksowaną do waluty innej niż ta, w której pożyczkobiorca uzyskuje dochód, o ile spełnia pozostałe kryteria określone dla kredytu, o którym mowa w art. 69 ust. 2 pkt 4a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe; 2) bank – bank krajowy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe; 3) wskaźnik LtV – stosunek wartości ekspozycji kredytowej do wartości kredytowanej nieruchomości; 4) lokal mieszkalny – samodzielny lokal mieszkalny w rozumieniu art. 2 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz.U. z 2000 r. Nr 80, poz. 903 oraz z 2004 r. Nr 141, poz. 1492) znajdujący się w budynku, w skład którego wchodzą co najmniej dwa takie lokale; 5) dom jednorodzinny – budynek mieszkalny jednorodzinny w rozumieniu

przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2013 r. poz. 1409, ze zm.), w którym znajduje się wyłącznie lokal mieszkalny".

Należy zauważyć, że definicja walutowego kredytu mieszkaniowego rodzi zasadnicze wątpliwości przy rozstrzyganiu o zakresie zastosowania u.r.w.k.m. Ustawodawca uwzględnia jako jej podstawowy element pojęcia języka prawnego – i to wprost – odsyłając do przepisów prawa bankowego. Taki zabieg legislacyjny wydaje się *a priori* prawidłowy. Trudno uznać, że przepisy prawa bankowego – regulujące tak szczególny rynek, jak rynek finansowy, a także sytuację prawną podmiotów na tym regulowanym rynku oraz kompetencje organów państwa w odniesieniu do podmiotów działających na rynku finansowym – obejmują pojęcia nieprawidłowo skonstruowane lub niejasne, w stopniu niemożliwym do ustalenia ich desygnatów. Wydaje się jednak, że samo posłużenie się pojęciami mającymi ustalone znaczenie w prawie bankowym nie prowadzi do osiągnięcia celu definicji legalnej walutowego kredytu mieszkaniowego zawartej w u.r.w.k.m., której funkcja miała być odmienna niż funkcja prawa bankowego. W przeciwnym razie użycie definicji legalnych w u.r.w.k.m. byłoby zbędne, a wystarczające byłoby odesłanie do odpowiednich przepisów prawa bankowego. Definicja walutowego kredytu mieszkaniowego określa w istocie jedynie to, jakie cechy musi mieć kredyt, aby mógł być uznany za kredyt walutowy. Chodzi niewątpliwie o kredyt, o którym mowa w art. 69 ust. 2 pkt 4a pr. bank., o ile jest denominowany lub indeksowany do waluty innej niż ta, w której kredytobiorca uzyskuje dochód. Przez walutowy kredyt rozumie się także pożyczkę denominowaną lub indeksowaną do waluty innej niż ta, w której pożyczkobiorca uzyskuje dochód, o ile spełnia pozostałe kryteria określone dla kredytu, o którym mowa w art. 69 ust. 2 pkt 4a pr. bank.

Definicja ta nie wprowadza jednak normatywnych, odbiegających od języka potocznego kryteriów ustalania celu mieszkaniowego. Oznacza to, że cel umowy kredytowej określony przez jej strony – jako mieszkaniowy albo niemieszkaniowy – jest przez ustawodawcę respektowany. Pojawia się pytanie, czy brak wyczerpującej ustawowej typizacji okoliczności przesądzających o możliwości uznawania kredytu za „mieszkaniowy" jest istotną wadą u.r.w.k.m. Wydaje się, że w tym miejscu trzeba na to pytanie odpowiedzieć przecząco, aczkolwiek tego rodzaju rozwiązanie legislacyjne może rodzić szereg wątpliwości interpretacyjnych wskazanych poniżej.

> **Definicja walutowego kredytu mieszkaniowego rodzi zasadnicze wątpliwości przy rozstrzyganiu o zakresie zastosowania u.r.w.k.m.**

Wydaje się, że w przypadku ustaw ingerujących lub stanowiących podstawę do ingerencji w istniejące stosunki prywatnoprawne pomiędzy stronami zantagonizowanymi – przynajmniej w świetle toczącej się na ich tle debaty publicznej – kwestie ogniskujące siłę sporu powinny być rozstrzygane w sposób bardziej jednoznaczny już na poziomie normatywnym. Argumentem mogącym przemawiać za pozostawieniem ostatecznego ustalenia podmiotowo-przedmiotowego zakresu zastosowania u.r.w.k.m. organom stosującym prawo jest szczególny status prawny instytucji bankowych, które wspólnie z kredytobiorcami ustalały cele umów kredytowych (pożyczek), oraz konstrukcja umowy kredytu w świetle przepisów prawa bankowego.

Szczególny status prawny instytucji bankowych wynika ze szczególnych obowiązków nakładanych na nie przez prawo, mających na celu ochronę interesu ich klientów oraz interesu publicznego (art. 48o oraz art. 92a–112d pr. bank.), oraz ze spra-

wowanego przez organy władzy publicznej nadzoru nad ich działalnością (art. 131–141 pr. bank.)[28]. Powołane przepisy, a zwłaszcza art. 95 pr. bank. przyznający dokumentom bankowym szczególną moc prawną, stwarzają podstawę do formułowania tezy o tym, że dokumenty przygotowywane przez banki lub z ich udziałem są rzetelne, a ich treść koresponduje z rzeczywistością.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 69 ust. 1 pr. bank. „przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu". Należy jednak zauważyć, że ustalenie w umowie kredytowej celu nie musi nastąpić przez użycie zwrotu odnoszącego się do niego bezpośrednio i wprost poprzez posłużenie się słowem „cel" i słowem go określającym, najczęściej przymiotnikiem. Znaczenie celu przeznaczenia środków pieniężnych zostało dodatkowo podkreślone w art. 69 ust. 2 pkt 3 pr. bank., gdzie wymaga się, aby umowa kredytu wskazywała na piśmie „cel, na który kredyt został udzielony". W świetle art. 69 ust. 2 pkt 3 pr. bank. określenie celu, na który jest udzielany kredyt, uznaje się za element przedmiotowo istotny (*essentialium negotii*) umowy kredytu[29]. W konsekwencji należy uznać, że prawo bankowe wyklucza sytuację, w której strony wprost lub choćby *implicite* nie obejmują swoją zgodną wolą celu udzielonego kredytu. W doktrynie wskazuje się, że stopień konkretyzacji celu, na jaki zostaje udzielony kredyt, jest różny i najczęściej wprost proporcjonalny do stopnia ryzyka wiążącego się z udzieleniem kredytu[30].

Powyższe pozwala sformułować wniosek, że definicja walutowego kredytu mieszkaniowego zawarta w Ustawie opiera się więc z jednej strony na konstrukcjach i kategoriach pojęciowych regulacji działalności banków, a z drugiej strony – na dychotomicznym, logicznym podziale: kredyt mieszkaniowy albo kredyt niemieszkaniowy.

Różnorodność form realizacji celu mieszkaniowego i rodzajów praw, które mogą służyć jego realizacji (prawa obligacyjne lub prawa rzeczowe), powoduje, że zawodne może okazać się posługiwanie się w przepisach u.r.w.k.m. – dla określenia jej zakresu zastosowania – przesłankami nawiązującymi do sformułowań używanych w umowach kredytu. Nawet bardzo szczegółowa specyfikacja takich formuł mogłaby zawierać luki ze względu na fundamentalną zasadę prawa zobowiązań – swobodę kształtowania treści i celu umów obligacyjnych, mającą zastosowanie w szczególności do umów kredytowych, która sprawia, że poszczególne umowy kredytu mogą wymykać się ustawowej typizacji. Należy zauważyć, że dość szczegółowa regulacja umów kredytowych jako czynności bankowych nie wyłącza zasady swobody kształtowania treści i celu tych umów przez strony, w granicach wyznaczonych m.in. przez art. 353^1 k.c. Z drugiej jednak strony wydaje się, że w u.r.w.k.m. powinno być wyraźnie przesądzone, czy uregulowany w niej mechanizm restrukturyzacyjny ma mieć zastosowanie w przypadku nabycia jakiegokolwiek tytułu prawnego (obligacyjnego oraz prawnorzeczowego) do jakiejkolwiek nieruchomości, za pomocą której możliwe jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych, czy też jedynie w przypadku nabycia określonego rodzaju tytułów prawnych do takich nieruchomości. Takie wskazanie w przepisach u.r.w.k.m. nie musiałoby odnosić się do konkretnych postanowień umów kredytu, lecz do jednego z dających się skatalogować z prawnego punktu widzenia rezultatów wykorzystania środków pieniężnych udostępnionych na pod-

28 Por. uwagi odnoszące się do szczególnego statusu prawnego banków w świetle regulacji publicznoprawnych: A. Chłopecki, *Bank jako instytucja zaufania publicznego w wymiarze cywilnoprawnym* (w:) K. Szczepanowska-Kozłowska (red.), *Oblicza prawa cywilnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Janowi Błeszyńskiemu*, Warszawa 2013, s. 86 i 97.

29 M. Bączyk (w:) S. Włodyka (red.), *Prawo umów handlowych*, System Prawa Handlowego, t. 5, Warszawa 2011, s. 887–889; W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków*, Warszawa 2003, s. 125–126.

30 B. Paxford (w:) H. Gronkiewicz-Waltz (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 69, nb 3.

stawie umowy kredytu. W przypadku, gdyby stosowanie regulacji zawartej w u.r.w.k.m. miało być wyraźnie ograniczone do nabywania tytułów o charakterze prawnorzeczowym do nieruchomości, nic nie stało na przeszkodzie, aby te tytuły wyraźnie wskazać. Prawa rzeczowe w ogóle, w tym w szczególności prawa rzeczowe do nieruchomości należą do zamkniętego katalogu i nie stanowi technicznego problemu wskazanie praw rzeczowych, których nabycie może być przesłanką zastosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego. Wydaje się, że możliwość i celowość objęcia zakresem zastosowania u.r.w.k.m. umów kredytu związanych z nabywaniem obligacyjnego tytułu do nieruchomości jest mało prawdopodobna i raczej teoretyczna. Wprawdzie teoretycznie nie można wykluczyć, że zawarcie umowy będącej źródłem obligacyjnego tytułu do nieruchomości może wiązać się z koniecznością dokonania skoncentrowanych w czasie nakładów finansowych polegających na pokryciu kosztów remontu przedmiotu umowy obligacyjnej czy zapłaceniu wysokiej kaucji. Wydaje się jednak, że na pokrycie takich wydatków walutowe kredyty nie były udzielane wcale albo udzielane w przypadkach zupełnie wyjątkowych.

To, że w przepisach u.r.w.k.m. nie było podstaw pozwalających na jednoznaczne i precyzyjne ustalenie, kiedy mamy do czynienia z mieszkaniowym charakterem kredytu walutowego, skutkowało tym, że gdyby u.r.w.k.m. weszła w życie, w restrukturyzowanych umowach kredytowych trzeba byłoby poszukiwać *in concreto* odpowiedzi na pytanie o ich mieszkaniowy charakter już w procesie stosowania prawa. Dopóki zatem nie doszłoby do utrwalenia się jednego stanowiska w orzecznictwie sądów, przewidywalność rozstrzygnięć w konkretnych stanach faktycznych byłaby niewielka.

Powyższe prowadzi do wniosku, że pomocne przy rozstrzyganiu indywidualnych spraw na podstawie u.r.w.k.m. byłoby przynajmniej kierunkowe wskazanie w jej przepisach, czy umowa kredytu może być uznawana za służącą realizacji celu mieszkaniowego tylko wtedy, gdy umożliwia sfinansowanie nabycia tytułu prawnorzeczowego do nieruchomości, za pomocą której możliwe jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych. W przypadku przesądzenia tej kwestii w taki sposób, że mechanizm restrukturyzacji obejmowałby tylko kredyty zaciągnięte na nabycie prawnorzeczowych tytułów do nieruchomości, ustawodawca powinien przesądzić, czy cele mieszkaniowe może zaspokajać jedynie umowa kredytu służąca do nabycia własności lokalu mieszkalnego albo własności lub użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej zabudowanej budynkiem mieszkalnym, czy też może to być również umowa kredytu pozwalająca na nabycie innego niż własność prawa do istniejącego lokalu mieszkalnego, prawa rzeczowego do lokalu mieszkalnego mającego powstać w przyszłości, czy prawa rzeczowego do nieruchomości, która ma być dopiero zabudowana

Definicja walutowego kredytu mieszkaniowego zawarta w ustawie opiera się z jednej strony na konstrukcjach i kategoriach pojęciowych regulacji działalności banków, a z drugiej strony – na dychotomicznym, logicznym podziale: kredyt mieszkaniowy albo kredyt niemieszkaniowy.

budynkiem mieszkalnym. Należy przy tym podkreślić, że o ile ograniczenie zastosowania przepisów u.r.w.k.m. tylko do przypadków, w których umowa kredytu służy sfinansowaniu nabycia prawnorzeczowego tytułu do nieruchomości, jest możliwe w drodze jej wykładni bez większych trudności, o tyle ani innego domu jednorodzinnego. Przesłanki tej nie stosuje się w przypadku, gdy lokale mieszkalne, domy jednorodzinne lub ich części zostały przez kredytobiorcę nabyte w drodze spadku po dniu zaciągnięcia kredytu podlegającego restrukturyzacji (art. 3 ust. 4 u.r.w.k.m.).

Pomocne przy rozstrzyganiu indywidualnych spraw na podstawie u.r.w.k.m. byłoby przynajmniej kierunkowe wskazanie w jej przepisach, czy umowa kredytu może być uznawana za służącą realizacji celu mieszkaniowego tylko wtedy, gdy umożliwia sfinansowanie nabycia tytułu prawnorzeczowego do nieruchomości, za pomocą której możliwe jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych.

jednoznaczne rozstrzygnięcie drugiego z powyżej wskazanych, bardziej szczegółowego zagadnienia w drodze wykładni u.r.w.k.m. jest bardzo trudne, żeby nie powiedzieć niemożliwe.

W uchwale Senatu definicja walutowego kredytu mieszkaniowego zawarta w art. 2 pkt 1 u.r.w.k.m. została zmieniona w taki sposób, że wyraźnie przesądzono, jaka data jest miarodajna dla stwierdzenia, że kredyt ma charakter walutowy. Bez jednoznacznego rozstrzygnięcia ustawodawcy pozostawiono kwestię daty miarodajnej dla stwierdzenia mieszkaniowego charakteru kredytu.

ii. Nieposiadanie innych nieruchomości zaspokajających potrzeby mieszkaniowe

Zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m. z uprawnienia do restrukturyzacji może skorzystać kredytobiorca, który zaciągnął walutowy kredyt mieszkaniowy i nie posiada innego lokalu mieszkalnego

Literalna wykładnia art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m. może uzasadniać wniosek, że uprawnienie do restrukturyzacji nie przysługuje kredytobiorcom, którzy posiadają w rozumieniu art. 336 k.c. inny lokal mieszkalny lub dom jednorodzinny niż ten, który został nabyty za środki uzyskane na podstawie umowy walutowego kredytu mieszkaniowego. Taka wykładnia art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m. powodowałaby, że faktyczne władanie innym lokalem mieszkalnym lub domem jednorodzinnym niż nabyty za pomocą środków uzyskanych na podstawie walutowego kredytu mieszkaniowego uniemożliwiałoby skorzystanie z mechanizmu restrukturyzacyjnego – niezależnie od tego, czy posiadanie ma charakter samoistny, czy zależny, jak również bez względu na to, czy posiadanie jest uzasadnione jakimkolwiek tytułem prawnym do lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, czy też jest bez tytułu prawnego. Wydaje się, że takie rezultaty literalnej wykładni art. 3

ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m. uzasadniają poszukiwanie argumentów umożliwiających jej skorygowanie w taki sposób, aby wynikające z tego przepisu ograniczenie stosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego miało zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy kredytobiorca posiada tytuł prawnorzeczowy do innego lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Rodzi się pytanie, czy źródłem takich argumentów może być art. 3 ust. 4 u.r.w.k.m. W przepisie tym jest bowiem mowa o posiadaniu innych lokali lub domów jednorodzinnych, lub ich części, nabytych w drodze spadku. Może to oznaczać, że chodzi o posiadanie wynikające z praw do lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego nabytych w drodze dziedziczenia. Wydaje się bowiem, że gdyby w art. 3 ust. 4 u.r.w.k.m. chodziło o posiadanie, to przepis w całości odnosiłby się wyłącznie do posiadania, a w szczególności do nabycia w drodze spadku posiadania, a nie jego przedmiotu. Wszak zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, który został przyjęty po długotrwałej dyskusji w doktrynie, posiadanie może być przedmiotem dziedziczenia[31]. Nawet jednak, jeśli uzna się za uzasadnione stwierdzenie, że art. 3 ust. 4 u.r.w.k.m. odnosi się w istocie do praw rzeczowych do lokali mieszkalnych lub domów jednorodzinnych, rodzi się kolejne pytanie, jaki to ma wpływ na wykładnię art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m. Czy taka konstatacja na tle art. 3 ust. 4 u.r.w.k.m. powoduje, że otwiera się możliwość uznania, że art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m. również odnosi się tylko do posiadania wynikającego z prawa podmiotowego? Wydaje się, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Przepis art. 3 ust. 4 u.r.w.k.m. stwarza wyjątek od zasady wynikającej z art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m., co powoduje, że pierwszy z powołanych przepisów może odnosić się do węższego spektrum stanów faktycznych (posiadania wynikającego z prawa nabytego w drodze dziedziczenia) niż art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m., który wydaje się odnosić do jakiegokolwiek posiadania lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego.

Wydaje się, że za ograniczeniem przesłanki wynikającej z art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m. tylko do przypadków, w których posiadanie innego lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego wynika z prawa podmiotowego o charakterze prawnorzeczowym, przemawia cel u.r.w.k.m., jakim jest pomoc osobom, które ze środków uzyskanych z walutowego kredytu mieszkaniowego nabyły pierwsze prawo rzeczowe do lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Trudne do pogodzenia z takim celem byłoby uniemożliwianie skorzystania z mechanizmu restrukturyzacyjnego osobie, która jest posiadaczem lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego na podstawie tytułu obligacyjnego (najem lub użyczenie), albo jest posiadaczem bez jakiegokolwiek tytułu prawnego. Przełamanie wyników literalnej wykładni argumentami natury celowościowej może być trudne w praktyce i z tego powodu, gdy zaprezentowana powyżej wykładnia celowościowa art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m. jest zgodna z wolą ustawodawcy, przepis ten powinien ulec odpowiedniej modyfikacji.

Zmiany wprowadzone do art. 3 ust. 3 w uchwale Senatu, polegające na doprecyzowaniu, że przesłanka nieposiadania innego lokalu mieszkalnego oraz domu jednorodzinnego jest oceniana na dzień składania wniosku o restrukturyzację, nie usuwają powyższych wątpliwości i wiążących się z nimi uwag. Analogicznie należy ocenić zmianę wprowadzoną w uchwale Senatu do art. 3 ust. 4 u.r.w.k.m. Zmiana ta wydaje się mieć charakter redakcyjny, a nie merytoryczny. Nie pozwala ona usunąć powyżej wskazanych wątpliwości odnośnie do wykładni art. 3 ust. 3 pkt 1 u.r.w.k.m. ani nie usuwa niefortunnego sformułowania „nabytego w drodze spadku", które powinno zostać zastąpione sformułowaniem „nabytego w drodze dziedziczenia" albo „nabytego w spadku", aby odpowiadało ono terminologii cywilnoprawnej z zakresu prawa spadkowego (art. 926 § 2 i 3 k.c. oraz art. 1028 i 1029 k.c.).

31 J.S. Piątowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1973, s. 39; A. Kunicki (w:) J. Ignatowicz (red.) *System prawa cywilnego*, t. 2, *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, Ossolineum 1977, s. 858–859; J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, 1985, s. 39; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz…*, dz. cyt., komentarz do art. 348, nb 1. Pełny przegląd stanowisk doktryny prezentuje *M. Pazdan* (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz…*, dz. cyt., komentarz do art. 922, nb 44.

iii. Powierzchnia użytkowa nieruchomości

Zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m. z uprawnienia do restrukturyzacji kredytu może skorzystać kredytobiorca, który zaciągnął walutowy kredyt mieszkaniowy, a powierzchnia użytkowa nieruchomości nie przekracza 100 m^2 dla lokalu mieszkalnego i 150 m^2 dla domu jednorodzinnego. Zgodnie z art. 3 ust. 5 u.r.w.k.m. ograniczeń powierzchniowych nie stosuje się w przypadku, gdy w dniu złożenia wniosku o restrukturyzację kredytobiorca wychowuje troje lub więcej dzieci.

Przepis art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m. w zakresie, w jakim odwołuje się do pojęcia „nieruchomości", jak należy rozumieć, nabywanej za środki uzyskane z walutowego kredytu mieszkaniowego, wzmacnia tezę o ograniczeniu zastosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego tylko do przypadków, w których kredytobiorca nabył prawnorzeczowy tytuł do nieruchomości zdatnej do zaspokajania jego potrzeb mieszkaniowych. Należy jednak wskazać, że poprzez określenie wyłącznie parametrów powierzchniowych dotyczących wyłącznie lokalu mieszkalnego i domu jednorodzinnego, stworzono by możliwość skorzystania z mechanizmu restrukturyzacyjnego kredytobiorcom bez względu na powierzchnię nieruchomości gruntowej, na której położony był lokal mieszkalny lub dom jednorodzinny, co mogłoby budzić wątpliwości natury aksjologicznej z powyżej wskazanych względów.

Sposób zredagowania art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m., określającego kryterium powierzchniowe, stanowi też główne źródło wątpliwości przy rozstrzyganiu kwestii, czy mechanizm restrukturyzacyjny może być stosowany w przypadkach, gdy za środki pochodzące z walutowego kredytu mieszkaniowego kredytobiorca zakupił nieruchomość/użytkowanie wieczyste nieruchomości, która ma być dopiero zagospodarowana na cele mieszkaniowe. Gdyby przesłanka ta była oceniana na moment zawarcia umowy kredytu, należałoby uznać ją w takiej sytuacji za niespełnioną, a gdyby ocena ta mogła być dokonywana na dzień złożenia wniosku o restrukturyzację, nie można by wykluczyć, że w pewnych przypadkach mogłaby ona być spełniona. Oznacza to, że art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m. jest źródłem wątpliwości o kluczowym znaczeniu, ponieważ dotyczą one zakresu zastosowania zawartej w niej regulacji.

Poprawki do art. 3 ust. 3 pkt 2 oraz art. 3 ust. 5 u.r.w.k.m. uzasadniają stwierdzenie, że gdyby u.r.w.k.m. została uchwalona z uwzględnieniem poprawek senackich, jednoznacznie zostałaby potwierdzona możliwość stosowania mechanizmu restrukturyzacji kredytu zaciągniętego na zakup nieruchomości/użytkowania wieczystego nieruchomości, która miała być zagospodarowana na cele mieszkaniowe, o ile na dzień złożenia wniosku o restrukturyzację możliwe byłoby zbadanie parametrów powierzchniowych.

Niezależnie od powyższego, podkreślamy, że kryterium najbardziej adekwatnym do celów u.r.w.k.m., przesądzającym o zakresie jej zastosowania powinna być określona wartość kredytu, a nie wielkość zakupionego za uzyskane z niego środki lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Wydaje się, że w przypadku gdy ustawodawca zdecydowałby się na udzielenie pomocy osobom, które zaciągnęły walutowy kredyt mieszkaniowy, mimo podnoszonych zastrzeżeń natury konstytucyjnej, mechanizm restrukturyzacyjny powinien być stosowany do jednej z góry określonej, jednakowej dla wszystkich kwoty kredytu. W ten sposób osoby najuboższe – jak należy rozumieć, posiadające niższe kredyty – uzyskałyby pomoc w odniesieniu do większości lub całości zadłużenia kredytowego, a osoby zamożniejsze, z większymi zobowiązaniami kredytowymi uzyskałyby pomoc nominalnie taką samą, lecz w odniesieniu do globalnej kwoty zadłużenia – relatywnie niższą.

iv. Wskaźnik LtV

Zgodnie z art. 2 pkt 3 u.r.w.k.m. wskaźnik LtV jest wynikiem stosunku wartości ekspozycji kredytowej do wartości kredytowanej nieruchomości. W definicji legalnej wskaźnika LtV nie jest przesądzone, że powinien być on liczony jako wskaźnik procentowy. Wynika to jednak z dalszych przepisów u.r.w.k.m. (art. 3 ust. 3 pkt 3).

Im większa nadwyżka kwoty kredytu nad wartością kredytowanej nieruchomości (przekraczająca 100%), tym mniej korzystny wskaźnik LtV, natomiast im większa nadwyżka wartości nieruchomości

nad wartością kredytu, tym bardziej korzystny dla kredytobiorcy wskaźnik LtV (poniżej 100%).

Wskaźnik ten ma charakter ekonomiczny, a jego poziom powinien być ustalony na podstawie analiz z zakresu ekonomii ukierunkowanych na ustalenie poziomu LtV, który uzasadnia udzielenie pomocy kredytobiorcom. W u.r.w.k.m. minimalny poziom wskaźnika LtV, warunkujący zastosowanie mechanizmu restrukturyzacji, musi przekraczać 80%.

W uchwale Senatu do art. 3 dodano ust. 6, wprowadzający swoiste okresy karencji od dnia wejścia w życie ustawy, których upływ umożliwia stosowanie mechanizmu restrukturyzacji, gdy wskaźnik LtV przekracza 80%, ale nie przekracza 120%. W przypadku, gdy wskaźnik LtV przekracza 120%, z uprawnienia do restrukturyzacji można byłoby skorzystać już w dniu wejścia w życie ustawy, gdy dotyczące jej postępowanie ustawodawcze zostało zakończone.

Sposób ukształtowania wskaźnika LtV warunkującego zastosowanie mechanizmu restrukturyzacyjnego abstrahuje od przyczyn niekorzystnego dla kredytobiorcy ukształtowania wskaźnika LtV. Powoduje to, że nie można wykluczyć sytuacji, w której korzystanie z mechanizmu restrukturyzacyjnego będzie możliwe mimo tego, że wskaźnik LtV był od samego początku niekorzystnie ukształtowany w wyniku decyzji kredytobiorcy, a nie w wyniku niezależnej od niego zmiany stosunków. Trudno to zaakceptować w świetle celu przyświecającego u.r.w.k.m. Wydaje się, że przepisy dotyczące wskaźnika LtV powinny być tak ukształtowane, aby umożliwiać korzystanie z mechanizmu restrukturyzacyjnego tylko wtedy, gdy jego poziom stał się niekorzystny dla kredytobiorcy wskutek niezależnej do niego zmiany stosunków.

c. Wątpliwości dotyczące uznawania walutowych kredytów za kredyty mieszkaniowe w poszczególnych typowych przypadkach

Gdyby u.r.w.k.m. weszła w życie, na jej tle pewne wątpliwości mogłoby budzić, czy kredytem mieszkaniowym jest kredyt zaciągnięty tylko w celu sfinansowania:

1) zapłaty ceny określonej w umowie sprzedaży odrębnej własności lokalu lub nieruchomości gruntowej, lub użytkowania wieczystego nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym;
2) nabycia na podstawie umowy deweloperskiej odrębnej własności lokalu mieszkalnego;
3) nabycia na podstawie umowy deweloperskiej własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym;
4) nabycia na podstawie umowy deweloperskiej użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego stanowiącego odrębną nieruchomość;

czy też może to być kredyt zaciągnięty również na następujące cele:

1) sfinansowanie nabycia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu mieszkalnego;
2) sfinansowanie nabycia niezabudowanej nieruchomości gruntowej lub użytkowania wieczystego w celu zagospodarowania ich na cele mieszkaniowe.

Wszystkie powyżej wskazane cele, których realizacji mogły służyć walutowe kredyty, są bezpośrednio lub pośrednio związane z realizacją celów mieszkaniowych. W świetle nawet najbardziej restrykcyjnej wykładni przepisów ustawy o restrukturyzacji wątpliwości wydaje się nie budzić dopuszczalność restrukturyzacji kredytów zaciągniętych na zapłatę ceny określonej w umowie sprzedaży odrębnej własności lokalu albo nieruchomości gruntowej lub użytkowania wieczystego nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym. W takim bowiem przypadku nie zachodzą istotne wątpliwości przy stosowaniu u.r.w.k.m., a w szczególności w procesie badania i stwierdzania spełnienia przesłanek aplikacji mechanizmu restrukturyzacji w postaci powierzchni lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Brak wątpliwości natury formalno-dogmatycznej nie oznacza, że nie ma wątpliwości natury aksjologicznej dotyczących przyjęcia kryterium powierzchni lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego bez odwołania się do kwoty walutowego kredytu mieszkaniowego mogącej podlegać restrukturyzacji. W świetle u.r.w.k.m. kryteria stosowania mechanizmu restrukturyzacji mogłyby prowadzić do wniosku, że

na podstawie u.r.w.k.m. możliwa będzie restrukturyzacja walutowego kredytu mieszkaniowego, który został zaciągnięty na zakup nieruchomości gruntowej, bez względu na jej powierzchnię, zabudowanej domem jednorodzinnym o powierzchni nie przekraczającej 150 m^2. W świetle zasady *superficies solo cedit* wynikającej z art. 191 k.c., zgodnie z którą własność nieruchomości rozciąga się na rzecz ruchomą, która została połączona z nieruchomością w taki sposób, że stała się jej częścią składową, nie byłoby przeszkód, aby taką nieruchomość uznać za spełniającą parametry określone w art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m. Wydaje się, że taki skutek byłby trudny do pogodzenia z dającym się zidentyfikować celem u.r.w.k.m. w postaci pomocy w zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych, a nie realizowaniu celów inwestycyjnych, osobom, które wskutek zmian kursów walut mają istotne trudności finansowe z ich spłacaniem. Z punktu widzenia celu zdecydowanie właściwsze i łatwiejsze legislacyjnie byłoby posłużenie się obiektywnym miernikiem wartości kredytu określonym w ustawie. W u.r.w.k.m nie posłużono się jednak miernikiem wartości kredytu.

Ustawa o restrukturyzacji walutowych kredytów nie odnosi się wprost do kredytów na zakup użytkowania wieczystego i związanego z nim prawa własności budynku – domu jednorodzinnego. Zagadnienie, czy u.r.w.k.m. stosowałaby się, gdyby weszła w życie, do kredytów zaciągniętych na zakup użytkowania wieczystego nieruchomości, powinno być wyraźnie rozstrzygnięte, choć biorąc pod uwagę cel ustawy i zasadę równości, już w chwili obecnej byłaby dopuszczalna taka konstatacja.

Sposób redakcji art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m. określającego przesłankę w postaci powierzchni lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego może budzić wątpliwości, czy dopuszczalne byłoby stosowanie restrukturyzacji walutowego kredytu zaciągniętego na sfinansowanie: 1) nabycia na podstawie umowy deweloperskiej odrębnej własności lokalu mieszkalnego, 2) nabycia na podstawie umowy deweloperskiej własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym, 3) nabycia na podstawie umowy deweloperskiej użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego stanowiącego odrębną nieruchomość w przypadku, gdyby w chwili wejścia w życie ustawy lokal lub dom jednorodzinny nie zostały ukończone i w konsekwencji nie mogłyby być i nie byłyby wykorzystywane na cele mieszkaniowe. Mogłaby bowiem powstawać wątpliwość, czy określenie powierzchni, miarodajne dla stwierdzenia tej przesłanki, może nastąpić na innej podstawie niż dokumentacja budowlana sporządzona po zakończeniu inwestycji, która w dacie wejścia w życie Ustawy nie może istnieć.

> **Ustawa o restrukturyzacji walutowych kredytów nie odnosi się wprost do kredytów na zakup użytkowania wieczystego i związanego z nim prawa własności budynku – domu jednorodzinnego.**

W świetle art. 2 pkt 4 oraz art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m. wątpliwości może budzić, czy walutowym kredytem mieszkaniowym jest kredyt zaciągnięty na zakup spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, które jest ograniczonym prawem rzeczowym, a lokal będący jego przedmiotem nie jest uznawany za odrębną nieruchomość w rozumieniu

art. 46 § 1 k.c.[32] Sposób redakcji art. 2 pkt 4 oraz art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m. wydaje się wskazywać na ograniczenie zakresu zastosowania jej przepisów tylko do walutowych kredytów zaciągniętych na zakup nieruchomości w rozumieniu art. 46 § 1 k.c. Taka intencja ustawodawcy jest tyleż czytelna w świetle powołanych przepisów u.r.w.k.m., co zastanawiająca w świetle uzasadnienia projektu (druk sejmowy VII kadencji nr 3660) oraz w świetle konstytucyjnej zasady równości. Trudno bowiem uznawać rodzaj nabywanych praw rzeczowych za środki pochodzące z walutowego kredytu za cechę relewantną dostatecznie uzasadniającą różnicowanie sytuacji prawnej nabywców praw umożliwiających zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych w zakresie dostępu do mechanizmu restrukturyzacji walutowych kredytów.

Wątpliwości mogą dotyczyć również dopuszczalności uznawania za walutowy kredyt mieszkaniowy kredytu zaciągniętego na nabycie własności niezabudowanej nieruchomości gruntowej lub użytkowania wieczystego niezabudowanej nieruchomości w celu zagospodarowania jej na cele mieszkaniowe, w szczególności jeżeli cel ten nie jest wyraźnie określony w umowie kredytowej, a zwłaszcza gdy umowa kredytowa nie określa parametrów lokalu mieszkalnego ani domu jednorodzinnego, który ma być na nieruchomości gruntowej zbudowany w wyniku jej zagospodarowania. Jak już wskazano, źródłem wątpliwości w tym zakresie są nie tylko definicje legalne i oparte na nich przesłanki restrukturyzacji kredytu, lecz również możliwe trudności w rozstrzyganiu, na podstawie jakich dokumentów można stwierdzić, że w danym przypadku mamy do czynienia ze spełnieniem się przesłanki określonej w art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m. w postaci powierzchni lokalu mieszkalnego/domu jednorodzinnego.

W celu udzielenia odpowiedzi na pytanie pierwsze najistotniejsze jest rozstrzygnięcie, czy u.r.w.k.m. może mieć zastosowanie w odniesieniu do kredytów na zakup nieruchomości jeszcze niezagospodarowanych pod budowę domu. Gdyby na tle Ustawy możliwe było stwierdzenie, że ma ona zastosowanie również do kredytów zaciągniętych na zakup nieruchomości niezagospodarowanych jeszcze na cele mieszkaniowe, to z kolei nasunęłoby się pytanie: czy podstawą do rozstrzygania o mieszkaniowym charakterze takich kredytów, a w konsekwencji o dopuszczalności ich restrukturyzacji byłyby umowy kredytu, oświadczenia kredytobiorcy, projekty budowlane, czy też pozwolenia na budowę?

W kontekście powyżej zarysowanej kwestii należy zauważyć, że umowa kredytu na nabycie niezabudowanej nieruchomości pod budowę domu może mieć różną treść zależnie od tego, w jakim celu jest udzielany kredyt – wyłącznie na nabycie nieruchomości czy też na jej nabycie i zagospodarowanie. Umowa kredytu na nabycie nieruchomości może, lecz nie musi określać sposobu jej zagospodarowania, natomiast umowa na nabycie i zagospodarowanie powinna określać precyzyjnie cel, na jaki mogą być przeznaczone środki pochodzące z kredytu. Nawet w przypadku, gdy umowa kredytu wprost nie określa precyzyjnie sposobu zagospodarowania nieruchomości, najczęściej możliwa jest jego rekonstrukcja na podstawie dokumentów składanych w załączeniu do wniosku o udzielenie kredytu.

Należy wskazać, że zapewnienie dostępu do mechanizmu restrukturyzacji w przypadkach, w których nie istnieje lokal mieszkalny ani dom jednorodzinny, w umowie kredytowej nie sprecyzowano celu mieszkaniowego i nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że sposób zagospodarowania nieruchomości, a w szczególności parametry lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego były objęte zgodnym zamiarem stron umowy kredytu, ale zależą one wyłącznie od woli kredytobiorcy, nie wyklucza możliwości realizacji celu Ustawy (niwelowanie skutków nadzwyczajnej zmiany okoliczności w sy-

32 K. Pietrzykowski (w:) E. Gniewek (red.), *Prawo rzeczowe*, System Prawa Prywatnego, t. 4, Warszawa 2012, s. 387, nb 313. Spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu nie jest uznawane za nieruchomość w szczególności na tle art. 908 k.c. Tak: S. Dmowski (w:) G. Bieniek i in., *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2011, s. 1003; M. Kaliński (w:) A. Brzozowski i in., *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2014, s. 289; Z. Policzkiewicz-Zawadzka, *Umowa o dożywocie*, Warszawa 1971, s. 75–76; E. Skowrońska-Bocian, M. Warciński (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz do art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Warszawa 2015, komentarz do art. 908, nb 6.

tuacji, w której kredytobiorca nie dysponuje żadnym innym lokalem lub domem), ale wydaje się nie mieścić w jej zakresie zastosowania. W u.r.w.k.m. nie ma adekwatnych mechanizmów (przesłanek) kwotowych ani powierzchniowych, które w takiej sytuacji pozwalałyby rozstrzygać o dopuszczalności restrukturyzacji kredytu. Z tego powodu w takich przypadkach, gdy kredyt jest zaciągany na nabycie niezabudowanej nieruchomości i nie jest możliwe określenie parametrów lokalu mieszkalnego ani domu jednorodzinnego, który ma powstać na takiej nieruchomości, niemożliwe wydaje się zastosowanie mechanizmu restrukturyzacji w świetle przepisów u.r.w.k.m. Przeciwny wniosek na tle tej ustawy mógłby oznaczać, że restrukturyzacji mogłyby podlegać walutowe kredyty zaciągnięte na nabycie nawet bardzo dużych i wartościowych nieruchomości gruntowych, których sposób zagospodarowania odpowiadał w szczególności przesłance z art. 3 ust. 3 pkt 2 u.r.w.k.m., a następnie po restrukturyzacji został zmieniony w wyniku jednostronnej decyzji kredytobiorcy. Mogłoby to oznaczać zapewnienie dostępu do mechanizmu restrukturyzacji w stanach faktycznych, w których przesłanka powierzchni lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego byłaby zupełnie pozorna. Rozszerzenie zakresu zastosowania u.r.w.k.m. i objęcie powyżej wskazanego typu stanów faktycznych może zwiększać koszty związane z wejściem w życie tej ustawy.

Racje przemawiające za objęciem zakresem zastosowania Ustawy walutowych kredytów na nabycie niezabudowanych nieruchomości, w sytuacji gdy nie można ustalić parametrów zagospodarowania nieruchomości, nie mają już takiej siły przekonywania w przypadkach, w których z treści – w tym z celu lub okoliczności zawarcia umowy kredytu – uwzględnianych przy dokonywaniu wykładni umów na podstawie art. 65 k.c., wynikają w sposób jednoznaczny parametry lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, który ma powstać na nabywanej nieruchomości. W takiej bowiem sytuacji przeciwko stosowaniu mechanizmu restrukturyzacji nie przemawiają powyższe argumenty natury prakseologicznej i funkcjonalnej (ryzyko nieadekwatności i pozorności części przesłanek). Wydaje się bowiem, że w przypadku, gdy w umowie kredytu czy w zawieranej w związku z umową kredytu umowie deweloperskiej określone są parametry lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, który ma na nieruchomości powstać, nie istnieje obawa, że kredytobiorca po skorzystaniu z mechanizmu restrukturyzacji może jednostronnie zmienić sposób zagospodarowania nieruchomości. Należy wskazać, że za objęciem zakresem pojęcia walutowych kredytów mieszkaniowych może przemawiać również fakt, że ustawa z dnia 16 września 2011 roku o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego[33] niewątpliwie służy realizacji celów mieszkaniowych[34], a umowy kredytu, zawierane w związku z umowami deweloperskimi uregulowanymi w tej ustawie, są często zawierane w czasie, w którym lokale mieszkalne lub domy jednorodzinne nie istnieją[35]. Pomocniczo można również powołać argument wynikający z art. 5 pkt 1a oraz art. 9a ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 4 września 1997 roku o działach administracji rządowej[36], w świetle którego mieszkalnictwo jest obok budownictwa elementem tego samego działu administracji rządowej. Mogłoby to stanowić przyczynek do rozstrzygania, w jaki sposób miałby być określany zakres walutowych kredytów, które mogłyby być uznawane za mieszkaniowe. Przeciwko stosowaniu w takich przypadkach mechanizmu waloryzacji aktualny pozostaje argument aksjologiczny, przemawiający przeciwko obejmowaniu zakresem zastosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego umów kredytu na sfinansowanie zobowiązań wynikających z umów deweloperskich prowadzących do nabywania nieruchomości gruntowych lub użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowy o powierzchni wykraczającej poza niezbędną do realizacji celu mieszkaniowego. Gdyby u.r.w.k.m. weszła w życie, to wydaje się, że niemożliwe byłoby uwzględnienie tego argumentu aksjologicznego przy dokonywaniu

33 Dz.U. z 2011 r., nr 232, poz. 1377.

34 A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Lex 2012, komentarz do art. 1, nb 15 i 16;

35 R. Strzelczyk, *Umowa deweloperska w systemie prawa prywatnego*, Warszawa 2013, s. 118–119.

36 Dz.U. z 2015 r., poz. 812.

jej wykładni w sposób uniemożliwiający stosowanie przewidzianego w niej mechanizmu aksjologicznego niezgodnie z celem jego ustanowienia.

Należy zwrócić uwagę, że w odniesieniu do umów kredytu na nabycie niezagospodarowanych nieruchomości gruntowych przyjęte w u.r.w.k.m. przesłanki w postaci powierzchni lokali mieszkalnych i domów jednorodzinnych byłyby niemiarodajne, ponieważ pozwalałyby na równe traktowanie kredytobiorców planujących budowę i/lub nabycie nieruchomości lokalowych o powierzchni nieprzekraczającej 100 m^2, o znacznej wartości ze względu na ich lokalizację lub standard wybudowania i wykończenia, albo nieruchomości gruntowych o znacznej wartości z uwagi na ich lokalizację lub powierzchnię z wybudowanymi albo mającymi powstać domami jednorodzinnymi o powierzchni nieprzekraczającej 150 m^2, tak jak kredytobiorców mniej zamożnych, kupujących nieruchomości lokalowe o niższej wartości.

staci powierzchni lokalu mieszkalnego oraz domu jednorodzinnego – na przesłankę odwołującą się do kryterium wartościowego. W naszym przekonaniu niezależnie od tego, czy ustawodawca zdecydowałby się na rozszerzenie zakresu zastosowania u.r.w.k.m., zamiana kryterium powierzchniowego na kryterium wartościowe, mogące odnosić się w szczególności do wartości walutowego kredytu mieszkaniowego, pozwalałaby pełniej urzeczywistnić cele ustawy i założenia, jakie przyświecały przygotowaniu jej projektu. Wydaje się, że samo ograniczenie zastosowania przepisów u.r.w.k.m. tylko w odniesieniu do pierwszej nieruchomości może okazać się niewystarczające dla prawidłowego ukształtowania zakresu jej zastosowania w taki sposób, aby nie stanowiła ona podstawy do udzielania pomocy w odniesieniu do umów realizujących przede wszystkim cele inwestycyjne, a przy okazji jedynie mieszkaniowe. Wprowadzenie kryterium wartościowego – kwoty walutowego kredytu mieszkaniowego, stanowiącej przesłankę lub górną granicę udzielanej pomocy – umożliwiłoby udzielenie pomocy wszystkim kredytobiorcom dotkniętym skutkami zmiany kursów walut obcych, a z drugiej strony wydaje się, że mogłoby zapobiec stosowaniu mechanizmu restrukturyzacyjnego niezgodnie z jego celem. Wydaje się, że takie rozwiązanie w znacznie większym stopniu korespondowałoby z postulatami wynikającymi z art. 75 Konstytucji RP. Przepis ten może bowiem stanowić podstawę do wniosku, że mechanizm restrukturyzacyjny wprowadzany w imię wskazanych w nim wartości nie powinien być stosowany selektywnie.

> **W odniesieniu do umów kredytu na nabycie niezagospodarowanych nieruchomości gruntowych przyjęte w u.r.w.k.m. przesłanki w postaci powierzchni lokali mieszkalnych i domów jednorodzinnych byłyby niemiarodajne.**

Gdyby u.r.w.k.m. weszła w życie, dopuszczalność stosowania mechanizmu restrukturyzacji odnośnie do umów kredytu zawieranych w celu sfinansowania nabycia nieruchomości niezabudowanej wywoływałaby istotne, powyżej wskazane wątpliwości. Wydaje się więc, że jednoznaczne rozszerzenie zakresu zastosowania tej ustawy na przypadki nabywania nieruchomości pod budowę domów powinno wiązać się z wprowadzeniem stosownej zmiany w definicji walutowego kredytu mieszkaniowego oraz zamianą jednej z przesłanek zastosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego w po-

Cel umów kredytowych, który musi być określony w każdej umowie kredytu, oraz cel u.r.w.k.m. rekonstruowany w szczególności na podstawie jej tytułu, art. 1 i uzasadnienia, zasada równej ochrony praw majątkowych (art. 64 ust. 2 i art. 32 Konstytucji RP) i zasada nakazująca władzy publicznej prowadzenie polityki sprzyjającej zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych (art. 75 Konstytucji RP) pozwalają stwierdzić, że ustawodawca, decydując się na stworzenie mechanizmu restrukturyzacji walutowych kredytów, mógłby uczynić go dostępnym również dla osób, które zaciągnęły kredyt walutowy na zakup niezabudowanej nieruchomości gruntowej (własności lub użytkowania wieczystego) pod budowę domu lub lokalu metodą gospodarczą, lub zawarły umowę deweloperską. Przedstawiciele doktryny w komentarzach do art. 75 Konstytucji RP oraz Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie stwierdzają, że przepis ten nie stanowi podstawy do preferowania jakiejkolwiek formy zaspokajania potrzeb mieszkaniowych[37]. W konsekwencji na tle art. 75 Konstytucji RP uzasadnione jest stwierdzenie, że potrzeby mieszkaniowe, o których mowa w tym przepisie, mogą być zaspokajane nie tylko za pomocą prawa własności lokali wyodrębnionych formalnie konstytutywnym wpisem do księgi wieczystej (nieruchomości lokalowe), ale także za pomocą nieruchomości gruntowych i budowanych na nich domów, a także użytkowania wieczystego i związanych z nim nieruchomości budynkowych.

d. Walutowe kredyty na zakup niezabudowanych nieruchomości w świetle u.r.w.k.m. a inne ustawy realizujące cele mieszkaniowe

Definicja legalna walutowego kredytu mieszkaniowego zawarta w art. 2 pkt 1 u.r.w.k.m. zbudowana jest w oparciu o przepisy prawa bankowego. Użycie przymiotnika „mieszkaniowy" dla określenia kredytów mogących podlegać restrukturyzacji nie pozwala jednoznacznie ocenić, że pojęcie walutowego kredytu mieszkaniowego odnosi się również do kredytów na zakup niezabudowanej nieruchomości gruntowej pod budowę domu, choć w świetle okoliczności towarzyszących zawarciu umowy kredytu oraz w świetle jej treści w wielu przypadkach cel mieszkaniowy będzie możliwy do zrekonstruowania. Brak precyzji w przepisach u.r.w.k.m. mógłby zapewne rodzić spory między kredytobiorcami i bankami, czy w każdym przypadku, w którym możliwe byłoby zrekonstruowanie celu mieszkaniowego, będzie on relewantny dla zastosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego.

Brak precyzji w przepisach u.r.w.k.m. mógłby rodzić spory między kredytobiorcami i bankami, czy w każdym przypadku, w którym możliwe byłoby zrekonstruowanie celu mieszkaniowego, będzie on relewantny dla zastosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego.

37 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 75, nb 5; L. Garlicki (w:) tenże (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003, komentarz do art. 75, s. 2; wyrok TK z dnia 17 grudnia 2008 r., P 16/08.

Źródłem wątpliwości i sporów w tym zakresie, poza powyżej wskazanymi trudnościami interpretacyjnymi dotyczącymi przepisów u.r.w.k.m., mogą być również definicje kredytów mieszkaniowych przyjmowane w innych ustawach. Wydaje się, że takim źródłem wątpliwości, jak rozumieć pojęcie walutowego kredytu mieszkaniowego, może być definicja kredytu mieszkaniowego zawarta w art. 2 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 19 czerwca 2009 roku o pomocy państwa w spłacie niektórych kredytów mieszkaniowych udzielonych osobom, które utraciły pracę[38]. Zgodnie z tym przepisem kredytem mieszkaniowym jest kredyt udzielony na:

1) budowę domu jednorodzinnego, jeżeli przed złożeniem wniosku o pomoc właściwy organ nie zgłosił w terminie sprzeciwu w związku z zawiadomieniem o zakończeniu budowy albo została wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego,
2) nabycie:
   a. prawa własności domu jednorodzinnego lub prawa odrębnej własności lokalu mieszkalnego w budynku wielorodzinnym,
   b. spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu mieszkalnego,
   c. prawa odrębnej własności lokalu mieszkalnego w spółdzielni mieszkaniowej,

– którego spłatę zabezpieczono hipoteką ustanowioną na przedmiocie kredytowania.

Za kredyt mieszkaniowy w rozumieniu powyżej powołanego przepisu uznaje się również:

1) kredyt udzielony na spłatę kredytu mieszkaniowego, o którym mowa powyżej, jeżeli kredyt ten został zabezpieczony hipoteką na przedmiocie kredytowania;
2) tę część kredytu udzielonego na spłatę różnych zobowiązań kredytowych, która jest przeznaczona na spłatę kredytu mieszkaniowego, o którym mowa powyżej, jeżeli kredyt ten został zabezpieczony hipoteką na przedmiocie kredytowania.

Odwoływanie się przy rekonstruowaniu znaczenia pojęcia „walutowy kredyt mieszkaniowy" na gruncie u.r.w.k.m. do ustawy o pomocy państwa w spłacie niektórych kredytów mieszkaniowych udzielonych osobom, które utraciły pracę, jest podyktowane podobieństwem funkcji obydwu ustaw. Trzeba mieć jednak również na względzie fakt, iż u.r.w.k.m. zawiera własną definicję walutowego kredytu mieszkaniowego, budowaną w oparciu o przepisy, pojęcia i konstrukcje prawa bankowego. Nasuwają się wątpliwości, czy z „pomocowego" charakteru każdej z tych ustaw można wyprowadzać wnioski niekorespondujące z wynikami literalnej wykładni u.r.w.k.m. Należy jednak wskazać, że w analogicznych do tej ustawy regulacjach, w których ustawodawca miał intencję objąć zakresem zastosowania regulacji pomocowej szerszy krąg uprawnionych, w tym w szczególności również planujących budowę domu jednorodzinnego, to wyraźnie to zrobił. Może to zatem stanowić podstawę do formułowania wątpliwości opartych na wnioskowaniu *a contrario* prowadzących do wniosku, że u.r.w.k.m. nie odnosi się do kredytów na zakup niezabudowanych nieruchomości gruntowych. Przeciwko wysuwaniu daleko idących wniosków na podstawie definicji kredytu mieszkaniowego zawartej w art. 2 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 19 czerwca 2009 roku o pomocy państwa w spłacie niektórych kredytów mieszkaniowych udzielonych osobom, które utraciły pracę, przemawia fakt, że mieszkaniowy cel może być realizowany za pomocą walutowego kredytu zaciągniętego w związku z zawarciem umowy deweloperskiej, która niewątpliwie realizuje cele mieszkaniowe i stanowi podstawę nabycia prawa do przyszłego lokalu mieszkalnego, który ma dopiero być wybudowany albo nieruchomości, która ma dopiero być zagospodarowana domem jednorodzinnym[39].

Powyższe wątpliwości prowadzą do wniosku, że przepisy u.r.w.k.m., które determinują jej przedmiotowy zakres zastosowania, powinny być bardziej doprecyzowane. O tym, że istnieje możliwość przygotowania bardziej precyzyjnej regulacji w tym zakresie, świadczy regulacja zawarta w ustawie o pomocy państwa w spłacie niektórych kredytów mieszkaniowych udzielonych osobom, które utraciły pracę.

38 Dz.U. z 2009 r., nr 115, poz. 964.

39 R. Strzelczyk, *Umowa deweloperska w systemie prawa prywatnego*, Warszawa 2013, s. 118–119.

5. *Uwagi konstytucyjne*

Uwagi i spostrzeżenia dotyczące ustawy o restrukturyzacji walutowych kredytów mieszkaniowych zawarte w niniejszym opracowaniu nie mają na celu kompleksowej oceny konstytucyjnej zawartej w niej regulacji. Niektóre uwagi odnoszące się do Konstytucji RP mają na celu ustalenie, który z konkurencyjnych wariantów interpretacyjnych zasługuje na aprobatę.

tezę jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 października 2000 roku[42], w którym uznano, że art. 5 k.c. jest przepisem zgodnym z art. 2 Konstytucji RP. W uzasadnieniu wyjaśniono, że o ocenie zgodności klauzuli generalnej z art. 2 Konstytucji RP decyduje „przewidywalność linii orzeczniczej": „W przedmiotowej sprawie kwestia zapewnienia przewidywalności »linii oceniania« może być badana przede wszystkim na podstawie doświadczeń,

Niektóre przepisy ustawy są niedookreślone i nawet po ich zmianie przez Senat budzą wątpliwości. Nie można jednak zgodzić się z ogólnikowymi opiniami, że u.r.w.k.m. jest sprzeczna z art. 2 Konstytucji RP.

Na podstawie przeprowadzonej analizy można jednak stwierdzić, że niektóre przepisy Ustawy są niedookreślone i nawet po ich zmianie przez Senat budzą wątpliwości. Nie można jednak zgodzić się z ogólnikowymi opiniami, że u.r.w.k.m. jest sprzeczna z art. 2 Konstytucji RP[40], pamiętać bowiem trzeba, iż używanie zwrotów istotnie nieostrych i klauzul generalnych przez prawodawcę jest z zasady dopuszczalne[41]. Jednym z bardziej znanych przykładów potwierdzających wyrażoną wynikających z procesu stosowania prawa. Tylko bowiem ocena sądowego rozumienia art. 5 k.c. może dać odpowiedź na kwestię, czy norma tak generalna zapewnia przewidywalność rozstrzygnięcia sądowego. Chodzi przy tym nie o poszczególne przypadki, lecz o ukształtowanie się linii orzeczniczej, pozwalającej udzielić odpowiedzi na to pytanie". Podobnie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 roku[43], dotyczącym określoności warunków przyznawania prawa ubogich w procesie cywilnym: „W celu stwierdzenia niezgodności z Konstytucją nie wystarcza tylko i wyłącznie abstrakcyjne stwierdzenie niejasności tekstu prawa, wynikającej z posłużenia się przez ustawodawcę wyrażeniem czy zwrotem niedookreślonym. Zwroty niedookreślone są bowiem zawarte w klauzulach, których celem jest umożliwienie organom stosującym pra-

40 M. Chmaj, *Opinia prawna w przedmiocie oceny zgodności z Konstytucją ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o szczególnych zasadach restrukturyzacji walutowych kredytów mieszkaniowych w związku ze zmianą kursu walut obcych do waluty polskiej (druki 3660 i 3854)*, http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3660 (dostęp 02.01.2016); A. Młynarska-Sobaczewska, *Opinia w przedmiocie ustawy o szczególnych zasadach restrukturyzacji walutowych kredytów mieszkaniowych w związku ze zmianą kursu walut obcych do waluty polskiej*, http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3660 (dostęp 02.01.2016).

41 Wyrok TK z dnia 13 października 2010 r., Kp 1/09, OTK-A 2010, nr 8, poz. 74; wyrok TK z dnia 25 listopada 2008 r., K 5/08, OTK-A 2008, nr 9, poz. 159; wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, nr 1, poz. 2.

42 SK 5/99, OTK 2000, nr 7, poz. 254.

43 P 37/07, OTK-A 2008, nr 5, poz. 80.

wo – zwłaszcza sądom – uwzględnienie wielości okoliczności faktycznych". Powyższe nie oznacza oczywiście naszej aprobaty dla wyrażeń stosowanych w u.r.w.k.m. nieostrych w takim stopniu, że prowadzą do wskazanych powyżej wątpliwości interpretacyjnych. Opowiadamy się za ich doprecyzowaniem.

Odnosząc się do formułowanych niekiedy zastrzeżeń wskazujących na konstytucyjną niedopuszczalność ingerencji u.r.w.k.m. w ukształtowane stosunki umowne i prawa majątkowe z nich wynikające, należy stwierdzić raz jeszcze, że zastrzeżenia te opierają się w znacznej mierze na niezrozumieniu natury prawnej klauzuli *rebus sic stantibus*. Celem u.r.w.k.m. nie jest arbitralna ingerencja w stosunki w toku, naruszenie autonomii woli podmiotów prywatnych kształtujących zobowiązanie, lecz korekta skutków głębokich, nadzwyczajnych zmian okoliczności, godzących w ustalony prawidłowo przez strony parytet świadczeń. Generalne stwierdzenie, że korekta zachwianej następczo równowagi świadczeń na niekorzyść konsumenta jest niedopuszczalnym, nieproporcjonalnym ograniczeniem wolności działalności gospodarczej grup kapitałowych, nie wydaje się przekonujące. Nie jest jednak naszym celem szczegółowa analiza wysuwanych zarzutów o charakterze konstytucyjnym. Nie przesądzamy więc bynajmniej, że wszelkie modele i mechanizmy korygujące skutki nadzwyczajnych zmian okoliczności należy bez zastrzeżeń zaaprobować z konstytucyjnego punktu widzenia.

Należy jednak wskazać, że międzywojenne regulacje stanowiące podstawę waloryzacji ustawowej były wprowadzane albo w celu udzielenia ochrony wierzycielom hipotecznym, których wierzytelności umożliwiające dłużnikom hipotecznym nabycie własności nieruchomości stały się pozbawione wartości wskutek niezależnych od nich zjawisk inflacyjnych (rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 14 maja 1924 roku o przerachowaniu zobowiązań prywatno-prawnych, tzw. Lex Zoll)[44], albo w celu ochrony dłużników (rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 12 czerwca 1934 roku o wierzytelnościach w walutach zagranicznych, tzw. dekret dolarowy)[45].

Przyczyną niekorzystnej sytuacji, w jakiej znaleźli się wierzyciele hipoteczni, którzy uzyskali ochronę w wyniku zastosowania waloryzacji ustawowej wynikającej z tzw. Lex Zoll, nie były dokonywane przez nich czynności prawne o charakterze aleatoryjnym, lecz zjawiska społeczno-ekonomiczne, które nie były postrzegane przez żadną ze stron umowy jako potencjalne źródło korzyści albo strat. W konsekwencji argumenty i konkluzje z dyskusji, która dotyczyła tzw. Lex Zoll, w ograniczonym zakresie mogą być wykorzystane w odniesieniu do osób, które zaciągnęły kredyty walutowe będące w pewnej mierze „instrumentami" o charakterze spekulacyjnym. Należy jednak wskazać, że zastrzeżenie to nie odnosi się już do argumentów i konkluzji z dyskusji dotyczącej tzw. dekretu dolarowego.

Z tego powodu argumenty powoływane za dopuszczalnością wprowadzenia szczególnej regulacji klauzuli *rebus sic stantibus* w okresie międzywojennym, w szczególności odnoszące się do tzw. dekretu dolarowego, mogą służyć jako element uzasadnienia wprowadzenia szczególnej regulacji odnoszącej się do osób, które zaciągnęły kredyty walutowe będące w pewnej mierze „instrumentami" o charakterze spekulacyjnym.

44 Celem tych regulacji było usankcjonowanie i uporządkowanie stanu prawnego, na którego kształt istotny wpływ miało orzeczenie SN z dnia 27 lutego 1922 r., I C 186/22, w sprawie *Fliederbaum-Kuhnke*, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego 1922, poz. 17, w którym między innymi stwierdzono, że „12) dążenie do uwolnienia się od długu przez spłatę, stanowiącą drobny ułamek pożyczonej sumy, bez powołania się nawet na materjał faktyczny, któryby umożliwił Sądowi słuszne określenie wysokości należnego wierzycielce zaspokojenia, oraz bez uwzględnienia obecnej wartości marki polskiej i ogólnego powojennego wzrostu cen, nie może być poczytywane za wykonanie zobowiązania z dobrą wiarą i zgodnie z wymaganiami art. 1134 i 1136 K.C.; nie może być rozumowania, któreby podobne zaspokojenie długu zdolne było uzasadnić, ani ustawy któraby je usiłowała narzucić". Por. F. Zoll, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 25 lutego 1922 roku, I C 186/21*, OSP 1921–1922, poz. 461, s. 403 oraz 408.

45 Por. R. Jastrzębski, *Kredyt hipoteczny w walucie zagranicznej. Uwagi na marginesie tzw. frankowiczów,* „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2015, nr 9, s. 5.

6. *Podsumowanie*

Analiza regulacji objętej u.r.w.k.m. prowadzi do wniosku, że w przypadku ingerencji w istniejące stosunki prywatnoprawne – mającej dokonywać się z mocy prawa – ustawodawca powinien szczególną uwagę zwrócić na precyzyjne ukształtowanie przesłanek takiej ingerencji. Mechanizm restrukturyzacji działający *ex lege* pozbawiony jest bowiem naturalnych barier zabezpieczających, które powstają dopiero w procesie stosowania prawa – pozwalającym na uwzględnianie zindywidualizowanych okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Precyzja przesłanek stosowania mechanizmu restrukturyzacyjnego działającego *ex lege* może przyczynić się nie tylko do zapewnienia przewidywalności sytuacji prawnej stron spornych stosunków, lecz również do zapewnienia, że z regulacji adresowanej do pewnej grupy kredytobiorców nie skorzystają osoby, które zgodnie z wolą ustawodawcy nie powinny mieć takiej możliwości.

Regulacja zawarta w u.r.w.k.m. była na tyle nieprecyzyjna, że nie tylko mogła budzić wątpliwości odnośnie do jej podmiotowego i przedmiotowego zakresu zastosowania, lecz również odnośnie do tego, czy jej skutki, a w szczególności zakres udzielonej pomocy korespondował z wolą ustawodawcy.

Grzegorz Maroń

Publiczna krytyka homoseksualizmu jako realizacja konstytucyjnej wolności słowa w świetle orzecznictwa sądów USA

Grzegorz Maroń

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Historii Prawa i Doktryn Polityczno-Prawnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego. Jego zainteresowania naukowe obejmują teorię i filozofię prawa, prawo konstytucyjne i prawo wyznaniowe.

Public Criticism of Homosexuality as a Realization of the Constitutional Freedom of Speech in the U.S. Case Law

The article deals with anti-homosexual speech as constitutionally protected political expression in the United States. Study of the U.S. case law shows that the title freedom has not only a theoretical or normative dimension but also a practical one belonging to the so called "law in action". Criticizing same-sex practices as immoral and sinful falls within the protection of the First Amendment. A necessary incident to freedom of speech is also the right of expressive association, that is the right to get together with other people with a view of promoting particular viewpoints or ideas, including beliefs that engaging in homosexual conduct is contrary to being "morally straight". Public debate demands that even hurtful speech on public issues be shielded from prosecution and liability. Disapproval of anti-homosexual rhetoric does not allow the State to interfere with this speech for no better reason than discouraging a disfavored message. The author urges to make responsible use of freedom of speech. Condemnation of homosexual behavior should always respect the dignity of homosexual men and women.

Wstęp

Stany Zjednoczone przeszły w ostatnich dekadach istotną ewolucję w podejściu do homoseksualizmu. Zmiana w społecznym postrzeganiu tego zjawiska znalazła przełożenie na praktykę zarówno tworzenia, jak i stosowania prawa, a także symboliczne akty organów władzy publicznej[1]. W sprawie *Romer v. Evans* Sąd Najwyższy USA stwierdził niekonstytucyjność stanowych przepisów, które zakazywały czynić orientację homoseksual-

1 Np. Proklamacja Prezydenta USA z dnia 29 maja 2015 r. ogłaszająca czerwiec Miesiącem Dumy środowisk LGBT (*LGBT Pride Month*).

ną kryterium prawnej ochrony osób lub kryterium zakazanej dyskryminacji[2]. W 2003 r. wyrokiem w sprawie *Lawrence v. Texas* zniósł penalizację aktów homoseksualnych[3]. Dziesięć lat później orzekł, iż władza federalna ma obowiązek uznawania małżeństw osób homoseksualnych zawartych w tych stanach, w których małżeństwa te są legalne i przyznawania im uprawnień gwarantowanych w prawie federalnym[4]. W połowie 2015 r. Sąd Najwyższy USA, powołując się na zasadę równej ochrony prawnej z XIV poprawki, uznał, iż władza stanowa nie może zakazywać zawierania małżeństw parom tej samej płci, tym samym ostatecznie zalegalizował małżeństwa homoseksualne w całym kraju[5]. Mocą ustawy z 2009 r. do przestępstw z nienawiści (*hate crime*) zaliczono także przestępstwa motywowane rzeczywistą czy zakładaną przez sprawcę „orientacją seksualną" ofiary[6].

Coraz powszechniejsze poparcie Amerykanów dla praw członków środowisk LGBT (z ang. *Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender*)[7] nie oznacza jednak, iż homoseksualizm przestał być kontrowersyjnym zagadnieniem – stanowi wciąż przedmiot żywej publicznej debaty. Znaczna część obywateli, głównie pod wpływem wyznawanych przekonań religijnych, uważa akty homoseksualne za grzeszne i niemoralne. Sprzeciwia się też przyznawaniu osobom homoseksualnym możliwości zawierania małżeństw czy adoptowania przez takie pary dzieci.

Publiczne krytykowanie praktyk homoseksualnych znajduje umocowanie w konstytucyjnej wolności słowa wyrażonej w pierwszej poprawce do amerykańskiej ustawy zasadniczej.

Publiczne krytykowanie praktyk homoseksualnych znajduje umocowanie w konstytucyjnej wolności słowa wyrażonej w pierwszej poprawce do amerykańskiej ustawy zasadniczej. Zgodnie z Konstytucją Stanów Zjednoczonych „żadna ustawa Kongresu nie może (…) ograniczać wolności słowa lub prasy (…)". Zakaz ten mocą XIV poprawki wiąże także władzę stanową.

Wolność słowa rozumiana jako niemal *ius absolutum* uchodzi za fundamentalną zasadę porządku prawnego USA. Niniejsze opracowanie służy zweryfikowaniu tego, na ile rzeczywiście przedmiotowa wolność legitymuje do formułowania wypowiedzi postrzeganych za politycznie niepoprawne, na przykładzie publicznej dezaprobaty homoseksualizmu[8].

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

3 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Siedemnaście lat wcześniej ten sam sąd potwierdził konstytucyjność przepisów kryminalizujących stosunki homoseksualne, a sędzia Burger w zdaniu polemicznym (*concurrence*), sięgając do poglądów osiemnastowiecznego angielskiego prawnika Williama Blackstone'a, scharakteryzował homoseksualizm jako „niesławną zbrodnię przeciwko naturze" o „większej szkodliwości" niż gwałt, ohydny czyn, „o którym samo wspomnienie jest hańbą dla natury człowieka", „zbrodnię, którą niestosownie jest nazywać". *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 197 (1986).

4 *United States v. Windsor*, 570 U.S. 133 S. Ct. 2675 (2013).

5 *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 1039 (2015).

6 Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act. 18 U.S.C. § 249 (2009).

7 Około 55% Amerykanów popiera małżeństwa osób tej samej płci. *Changing Attitudes on Gay Marriage*, http://www.pewforum.org/2015/07/29/graphics-slideshow-changing-attitudes-on-gay-marriage/ (dostęp 9.12.2015).

8 Najczęściej krytyka nie dotyczy homoseksualizmu *per se* jako orientacji homoseksualnej, lecz praktyk homoseksualnych i uwzględniania postulatów środowisk LGBT przez organy

Analiza orzecznictwa pozwoli ustalić ramy dopuszczalnej reglamentacji antyhomoseksualnej retoryki. Obranie za punkt odniesienia sądowych wyroków, czyli tzw. *law in action*, a nie aktów normatywnych bądź poglądów jurysprudencji pozwoli mówić o realnych współczesnych prawnych standardach debaty wokół homoseksualizmu, a nie tyle o normatywnych czy doktrynalnych postulatach odnośnie do tej debaty.

W pierwszej kolejności przedstawiono standardy wolności słowa wykształcone w praktyce jurysdykcyjnej Sądu Najwyższego USA. Następnie przez pryzmat tych standardów omówiono sprawy sądowe dotyczące krytykowania homoseksualizmu na „tradycyjnym forum publicznym", co jest egzemplifikacją klasycznej mowy w dyskursie publicznym. Ramy opracowania nie pozwalają na kompleksową charakterystykę wszystkich typów wypowiedzi komunikujących etyczne obiekcje wobec homoseksualizmu, np. mowy uczniów i studentów w szkole i na uczelni czy mowy pracowników sektora prywatnego i publicznego w miejscu pracy. W ostatnim punkcie opracowania zwrócono uwagę na wolność słowa podmiotów zbiorowych, z czym łączy się „prawo do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów". Dezaprobata homoseksualizmu przez pewne organizacje, przykładowo harcerskie, jest uzależniona od zachowania przez te organizacje autonomii, np. w sprawach zasad swojego członkostwa. Poszanowanie wolności słowa tych podmiotów wymaga jednoczesnego poszanowania wolności zrzeszania się.

I. Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA

Wolność słowa chroni obywateli przed indoktrynacją czy prozelityzmem ze strony władzy, dzięki czemu nie są oni pozostawieni „na łasce *noblesse oblige*"[9]. Zarówno władza federalna, jak i stanowa nie może kwalifikować jako przestępstwa „pokojowego wyrażania niepopularnych poglądów"[10]. Poszanowanie autonomii jednostki wymaga pozostawienia jej światopoglądowych wyborów. „Żaden urzędnik, wysokiego czy niskiego szczebla, nie może nakazywać, co ma być ortodoksją w polityce, nacjonalizmie, religii czy innych sprawach opinii"[11].

Stany Zjednoczone uchodzą za państwo, w którym wolność słowa jest egzemplifikacją „świeckiej świętości".

Stany Zjednoczone uchodzą za państwo, w którym wolność słowa jest egzemplifikacją „świeckiej świętości". Niniejsza wolność uprawnia do samodzielnego decydowania o tym, co mówić, jak mówić i gdzie mówić, obejmując także „wolność mówienia głupio i bez umiaru"[12]. Kontrowersyjność tematu czy nawet wulgarność obranych środków językowych czy pozajęzykowych nie dyskwalifikuje uczestnika dyskursu publicznego i nie pozbawia go ochrony gwarantowanej pierwszą poprawką. Sąd

władzy prawodawczej i wykonawczej (tzw. homoseksualna agenda). Niektórzy, przyjmując iż orientacja homoseksualna jest kwestią indywidualnego wyboru, poddają krytyce bezpośrednio sam homoseksualizm. W opracowaniu autor będzie posługiwał się terminem „homoseksualizm", sprowadzając go do aktu homoseksualnego. Ten konceptualny redukcjonizm, nieobcy opracowaniom naukowym, służy pewnej ekonomii i przejrzystości językowej artykułu.

9 *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 480 (2010). Zob. Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011.

10 *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229, 237 (1963).

11 *West Virginia State Board of Education v.Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943).

12 *Baumgartner v. United States*, 322 U.S. 665, 673–674 (1944).

Najwyższy zauważa, że wielu osobom wydaje się, że „niezwłoczną konsekwencją tej wolności może być jedynie słowny tumult, niezgoda czy nawet wypowiedzi obraźliwe", niemniej jednak te uboczne skutki są ceną wartą zapłaty dla ochrony „wartości, jakie proces otwartej debaty umożliwia nam osiągnąć". Zatem „powietrze czasami może wydawać się być wypełnione słowną kakofonią, co jest jednak oznaką nie słabości, ale siły"[13].

Wolność słowa, będąc fundamentalnym prawem człowieka, nie ma jednak charakteru w pełni absolutnego. Potrzeba równoległej ochrony innych wartości uzasadnia reglamentację wolności słowa. Zakres dopuszczalnych ograniczeń jest inny w stosunku do różnych rodzajów mowy. Najsilniejsza ochrona przysługuje mowie politycznej czy dotyczącej spraw publicznych (*political/public concern speech*), gdyż znajduje się ona „w sercu ochrony pierwszej poprawki"[14] i „zajmuje najwyższą rangę w hierarchii wartości pierwszej poprawki"[15]. Mowa dotycząca spraw publicznych jest bowiem „czymś więcej niż autoekspresją, ona jest istotą władztwa nad sobą"[16]. Nieco dalej idące obostrzenia są udziałem natomiast mowy komercyjnej (*commercial speech*) i mowy autorstwa władzy (*governmental speech*).

Sąd Najwyższy bardzo szeroko ujmuje „sprawy publiczne", zaliczając do nich „jakiekolwiek sprawy polityczne, społeczne czy inne będące przedmiotem zainteresowania wspólnoty"[17] lub będące „przedmiotem ogólnego zainteresowania, wartości i znaczenia dla społeczeństwa"[18]. Przyznaniu wypowiedzi statusu mowy w sprawach publicznych nie stoi na przeszkodzie jej „nieodpowiedni czy kontrowersyjny charakter"[19]. O kategoryzacji partykularnej wypowiedzi decydują „treść, forma i kontekst"[20].

Legalność ograniczeń wolności słowa w odniesieniu do spraw publicznych zależy od tego, czy działania władz były motywowane treścią lub przesłaniem zakazanej mowy. Regulacje, które tłumią wolność słowa ze względu na treść komunikatu (*content based*), są *a priori* konstytucyjnie wątpliwe. Władza publiczna nie ma bowiem „prawa ograniczania wypowiedzi z powodu jej przesłania, idei, przedmiotu czy treści"[21] i „musi pozostać neutralna na rynku idei"[22]. Przepisy zawężające zakres pierwszej poprawki w oparciu o kryterium treściowe tylko w wyjątkowych przypadkach uchodzą za zgodne z ustawą zasadniczą, np. przepisy dotyczące dystrybucji treści obscenicznych.

O treściowym charakterze partykularnego ograniczenia wolności słowa decyduje nie tylko brzmienie przepisów, ale także antycypowany przez prawodawcę ich cel w postaci uciszenia poszczególnych nieakceptowanych przez władzę poglądów. „Nawet regulacja neutralna na pierwszy rzut oka może być oparta o treść mowy, jeśli jej oczywistym celem jest reglamentacja komunikatu z powodu wiadomości, jaką on przekazuje"[23]. Sąd, rekonstruując cel prawodawcy, nie poprzestaje na autodeklaracjach legislatywy. „Samo twierdzenie o neutralnym treściowo celu nie wystarcza do utrzymania prawa, które (…) dyskryminuje ze względu na treść"[24]. Obiekcji co do konstytucyjności przepisów nie znosi również okoliczność, że „władza obiecuje stosować je odpowiedzialnie"[25]. Motywy ustawodawcy można ustalać, sięgając do tzw. historii legislacyjnej czy obserwując praktykę egzekwowania kontrolowanych przepisów. Jeśli organy władzy konkluzję o naruszeniu przepisów opierają na „ocenie treści przekazywanego komunikatu"[26], to dowodzi to, iż cel niniejszych przepisów nie był treściowo neutralny.

13 *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 24–25 (1971).

14 *Dun & Bradstreet, Inc.* v. *Greenmoss Builders, Inc.* 472 U.S. 749, 759 (1985); *Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York*, 519 U.S. 357, 377 (1997).

15 *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 145 (1983).

16 *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 74–75 (1964).

17 *Connick v. Myers*, 461 U.S. 146.

18 *San Diego v. Roe*, 543 U.S. 77 (2004).

19 *Rankin v. McPherson*, 483 U.S. 378, 387 (1987).

20 *Dun & Bradstreet, Inc.* 472 U.S. 761.

21 *Police Dept. of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95 (1972).

22 *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 745–746 (1978), zdanie odrębne sędziego Stevensa.

23 *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 645 (1994).

24 *McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518, 2544 (2014), zdanie odrębne sędziego Scalii.

25 *Stevens*, 559 U.S. 480.

26 *McCullen*, 134 S. Ct. 2531.

Ograniczenie wolności słowa jest motywowane treściowo także wtedy, gdy przepisy ustanowiono ze względu na społeczną krytyczną reakcję wobec reglamentowanej mowy. Zezwolenie społeczeństwu na uciszanie niewygodnych, nieakceptowanych czy kontrowersyjnych opinii równałoby się unicestwieniu publicznej debaty. Nie można zakazywać komunikatu, kierując się „wrogością czy sympatią wobec przesłania, jakie komunikat ten wyraża”[27]. Publiczny dyskurs staje się pozorny, jeśli jego uczestnikom przyzna się „weto zagłuszacza” (tzw. *heckler's veto*), służące „uniknięciu dyskomfortu czy nieprzyjemności, które zawsze towarzyszą niepopularnym poglądom”[28]. Sam „fakt, że społeczeństwo może postrzegać komunikat za obraźliwy, nie jest wystarczającym powodem, aby go poddać reglamentacji”[29].

> **Zezwolenie społeczeństwu na uciszanie niewygodnych, nieakceptowanych czy kontrowersyjnych opinii równałoby się unicestwieniu publicznej debaty.**

Amerykańskie orzecznictwo odrzuca kryterium „oburzania” jako dyskwalifikujące legalność wypowiedzi. „Oburzający” jest bardzo nieokreślonym standardem z „nieodłączną subiektywnością, która umożliwiałaby ławie przysięgłych pociąganie do odpowiedzialności w oparciu o gusta czy poglądy przysięgłych, czy być może w oparciu o ich antypatię wobec pewnych poglądów”[30]. Nadawanie prawnej relewantności pojęciu „oburzanie” groziłoby pogwałceniem wymogu neutralności organów stosowania prawa. Powstałoby wówczas niebezpieczeństwo, że ława przysięgłych czy sąd „stanie się instrumentem tłumienia (…) gwałtownych, ostrych, a czasem nieprzyjemnych” wypowiedzi[31]. Taka groźba zdaniem Sądu Najwyższego USA jest nie do zaakceptowania.

Najtrudniej uzasadnianym rodzajem treściowych restrykcji wolności słowa są ograniczenia dotyczące rozpowszechniania pewnych poglądów (*viewpoint*)[32]. Represyjne prawo ma charakter treściowy, gdy np. zakazuje komunikatów, tak pro- jak i antyhomoseksualnych. Jest natomiast źródłem dyskryminacji pewnych poglądów, gdy zabrania wyłącznie wypowiedzi krytycznych wobec homoseksualizmu, dopuszczając zarazem zgodne ze stanowiskiem środowisk LGBT. Tego typu dyskryminacja przez władze określonych poglądów co do zasady jest sprzeczna z ustawą zasadniczą.

Konstytucyjność reglamentacji mowy neutralnej treściowo lub reglamentacji motywowanej treścią zależy od spełnienia – odpowiednio – trójelementowego testu, pośredniego lub ścisłego. Przepisy przechodzą pozytywnie przez test pośredni, gdy jednocześnie:

- służą ważnemu interesowi władzy,
- są środkiem proporcjonalnym do celu, czyli nie ograniczają wolności słowa w stopniu istotnie większym od koniecznego do osiągnięcia zakładanego celu,
- pozostawiają alternatywne możliwości komunikowania reglamentowanych treści.

Test ścisły jest zaliczany wtedy, gdy ograniczenie wolności słowa było uzasadnione naglącym intere-

27 *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 386 (1992).

28 *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503, 509 (1969).

29 *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 55 (1988).

30 *Hustler*, 485 U.S. 55.

31 *Bose Corp. v. Consumers Union*, 466 US 485, 510 (1984).

32 *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455, 463 (1980).

sem władzy, zastosowany środek był najmniej represyjnym spośród konkurencyjnych środków prowadzących do tego samego celu, a ograniczenie nie wyłączało innych sposobów wyrażania danych poglądów[33]. Ciężar udowodnienia, że powyższe wymogi zostały spełnione, spoczywa na władzy.

Dopuszczalne ograniczenia wolności słowa mają charakter ekstraordynaryjny. Każdy przypadek pozbawienia jednostki wolności gwarantowanych pierwszą poprawką, choćby „przez nawet bardzo krótki czas, niewątpliwie stanowi nieodwracalną szkodę"[34].

Z ochrony pierwszej poprawki wyłączone są tzw. słowne ataki (*fighting words*), słowa podburzające (*words of incitement*), prawdziwe groźby (*true threats*), a także treści pornograficzne (*obscenity*) i zniesławiające (*defamation*). Zatem mowa „jest chroniona przed cenzurą lub karą, chyba że wykaże się, iż jest zdolna wywołać oczywiste i aktualne niebezpieczeństwo poważnego materialnego zła wykraczającego daleko poza społeczną niedogodność, niepokój czy ferment"[35].

Przez *fighting words* rozumie się „osobiście obraźliwe epitety, które – adresowane do zwykłego obywatela – według powszechnej wiedzy mogą sprowokować do gwałtownej reakcji"[36]. Na tolerancję nie zasługuje mowa, która „wyrządza szkodę lub zmierza do natychmiastowego naruszenia pokoju"[37]. Sąd Najwyższy nadaje dość wąskie rozumienie pojęciu „słowne ataki". Po pierwsze, przyjmuje się, iż *fighting words* odnoszą się do wypowiedzi adresowanych do konkretnych osób i mają postać zniewagi[38]. Po drugie, słowa tego typu łączą się z wystąpieniem lub realną groźbą wystąpienia niezwłocznej gwałtownej reakcji. Nie wystarczy, iż dana wypowiedź wywołuje gniew czy oburzenie, władza nie może bowiem zakładać, że „każde wyrażenie prowokacyjnej idei doprowadzi do zamieszek"[39].

Słowami podburzającymi są słowa „ukierunkowane na podżeganie lub wywoływanie niezwłocznego bezprawnego działania oraz mogące podżegać czy prowokować takie działanie"[40]. Obok zamiaru sprawcy skierowanego na wywołanie natychmiastowej przemocy istotna jest także obiektywna zdolność jego wypowiedzi do zrodzenia takiego skutku. Do słów podburzających nie zalicza się samego „popierania użycia siły czy naruszenia prawa"[41].

Na *true threats* (prawdziwe groźby) składają się z kolei wypowiedzi, poprzez które mówca komunikuje „zamiar popełnienia aktu bezprawnej przemocy przeciwko konkretnej osobie czy grupie osób. Mówca nie musi rzeczywiście zamierzać zrealizować groźbę. Raczej zakaz prawdziwych gróźb chroni jednostki przed strachem przed przemocą i przed zakłóceniami, jakie rodzi strach – obok chronienia ludzi przed ewentualnością, że grożąca przemoc nastąpi"[42].

Niejednokrotnie *words of incitement* (słowa podburzające) i *fighting words* (słowne ataki) utożsamia się ze sobą. Z tego powodu terminem „słowa podburzające" objęto w rozdz. II artykułu obie wymienione kategorie mowy.

Równie wąskie ramy Sąd Najwyższy USA przyznaje ochronie „istotnych interesów prywatności" – jako kryterium dopuszczalnej reglamentacji wolności słowa. Wolność słowa obejmuje „prawo do wyrażania swoich poglądów wobec tych, którzy chcą słuchać", ale już nie „prawo do narzucania swojego przesłania publiczności pozbawionej możliwości odmówienia przyjęcia go"[43]. Realizacja wolności słowa nie może oznaczać sprowadzania słuchaczy do pozycji zakładników czy „zniewolonej publicz-

33 *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791 (1989); *Sable Communications of California v. Federal Communications Commission*, 492 U.S. 115, 126 (1989). Por. F. Longchamps de Bérier, *Wolność słowa w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Zagadnienia podstawowe* (w:) *'Ratio est anima legis'. Księga jubileuszowa ku czci prof. Janusza Trzcińskiego*, Warszawa 2007, s. 424–431.

34 *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347, 373 (1976).

35 *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 4 (1949).

36 *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 20 (1971).

37 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

38 *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 302–303 (1940).

39 *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 409 (1989).

40 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).

41 Tamże, 447.

42 *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 359–360 (2003). Według SN „groźby przemocy znajdują się poza pierwszą poprawką". *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 388 (1992).

43 *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298, 306–307 (1974).

ności". Ochrona prywatności przed niepożądanym komunikatem generalnie nie ma jednak zastosowania do głoszenia poglądów w miejscach publicznych, gdyż oznaczałoby to „upoważnienie większości do

stytucyjności ograniczenia wolności słowa czasami decyduje wybiórczy charakter regulacji, tzn. obejmowanie zakresem przepisów tylko jednej kategorii zachowań, a pomijanie innych analogicznych

Amerykańskie orzecznictwo stoi na stanowisku, że troska o komfort psychiczny w miejscach publicznych – mimowolnych słuchaczy czy widzów – nie uzasadnia tłumienia wolności słowa, a „w celu unikania dalszego bombardowania swojej wrażliwości [należy] po prostu odwrócić oczy".

uciszania dysydentów"[44]. Amerykańskie orzecznictwo stoi na stanowisku, że troska o komfort psychiczny w miejscach publicznych – mimowolnych słuchaczy czy widzów – nie uzasadnia tłumienia wolności słowa, a „w celu unikania dalszego bombardowania swojej wrażliwości [należy] po prostu odwrócić oczy"[45]. Władza może ograniczać wolność słowa, chroniąc inne osoby, „pod warunkiem wykazania, że istotne interesy prywatności zostały naruszone w sposób wysoce nieakceptowany"[46], np. w przypadku pikietowania przed czyimś miejscem zamieszkania czy otrzymywania niechcianej obraźliwej poczty[47].

W ocenie Sądu Najwyższego przepisy reglamentujące wolność słowa powinny być sformułowane w sposób precyzyjny. Językowa nieklarowność może być przyczyną ich zakwestionowania jako niespełniających wymogu określoności prawa. O niekon-

w stosunku do celu unormowania. Powodem kwestionowania przez Sąd Najwyższy przepisów nakładających na wolność słowa pewne restrykcje jest też upatrywanie w tych przepisach źródła nadmiernej dyskrecjonalności dla władzy wykonawczej[48].

II. Dezaprobata homoseksualizmu na tradycyjnym forum publicznym

Intensywność ochrony wolności słowa zależy od miejsca, w którym wyrażane są poglądy. Szczególnie silne gwarancje przysługują mowie w sprawach społecznie doniosłych formułowanej na tradycyjnym forum publicznym (*traditional public forum*)[49]. Publiczne ulice, chodniki, place czy parki histo-

44 *Cohen*, 403 U.S. 21.

45 *Erznoznik v. Jacksonville*, 422 U.S. 205, 210–211 (1975).

46 *Cohen*, 403 U.S. 21.

47 *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988); *Rowan v. Post Office Dept.*, 397 U.S. 728 (1970).

48 *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 884 (1990).

49 Obok „tradycyjnego forum publicznego" orzecznictwo wyróżnia „wyznaczone forum publiczne" (*designated public forum*) i „forum niepubliczne" (*nonpublic forum*). Wyznaczone forum publiczne to miejsce, które na mocy pewnych regulacji lub praktyki postępowania zostało udostępnione ogółowi społeczeństwa lub pewnym grupom społecznym dla celów ekspresji, np. kampus uczelni wyższej. Natomiast forum niepubliczne to teren należący do władzy publicznej

rycznie i zwyczajowo uchodzą za przestrzeń dialogu i debaty. „Od niepamiętnych czasów służą celom zgromadzeń, wymiany poglądów między obywatelami i dyskutowania publicznych kwestii”[50]. Miejsca te zajmują „szczególną pozycję w warunkach ochrony pierwszej poprawki”[51], gdyż są „archetypem tradycyjnego publicznego forum”[52]. Gwarantowanie tutaj swobody wypowiedzi jest „rdzeniem” pierwszej poprawki[53].

Jedynym wyrokiem Sądu Najwyższego, w którym bezpośrednio odniesiono się do publicznej krytyki homoseksualizmu, było orzeczenie z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie *Snyder v. Phelps*[54]. Przedmiotowa sprawa dotyczyła legalności działań kontrowersyjnego protestanckiego Kościoła Baptystycznego Westboro. Kościół ten od ponad 20 lat pikietuje podczas pogrzebów amerykańskich żołnierzy, głosząc swoje przekonanie, że Bóg nienawidzi USA za ich tolerancję wobec homoseksualizmu, zwłaszcza w amerykańskiej armii[55]. Za karę Bóg rzekomo zezwala na śmierć amerykańskich żołnierzy na polu walki czy dopuścił zamach z 11 września 2001 r. Wspólnota Westboro potępia również Kościół katolicki za skandale seksualne z udziałem jego księży.

Założyciel kościoła Fred Phelps i sześciu innych jego wyznawców, a zarazem krewnych Phelpsa, przybyli 10 marca 2006 r. do Westminster w Maryland, aby protestować w czasie pogrzebu Matthew Snydera, żołnierza poległego w Iraku. Wcześniej uprzedzili miejscowe władze i postępowali zgodnie z ich instrukcjami. Pikieta miała miejsce na terenie publicznym przyległym do publicznej ulicy, w odległości około 300 m. od kościoła, w którym odbywało się nabożeństwo pogrzebowe. Jej uczestnicy pokojowo prezentowali plakaty z obraźliwymi napisami, nie krzycząc ani nie wchodząc na teren kościoła czy cmentarza[56]. Pikiecie nie towarzyszyły też akty przemocy. Podczas procesji na cmentarz kondukt pogrzebowy od protestujących dzieliła odległość 60–90 m.

Ojciec zmarłego żołnierza, po tym jak wieczorem w dniu pogrzebu zobaczył w mediach hasła pikietujących, wniósł pozew przeciwko Phelpsowi i jego kościołowi, zarzucając im dopuszczenie się pięciu przewidzianych w prawie stanowym deliktów: zniesławienia, celowego wywołania emocjonalnego udręczenia, ujawniania informacji dotyczących życia prywatnego, ingerencji w prywatność oraz zmowy przeciwko prawom powoda. Ława przysięgłych uznała, iż popełniono trzy delikty i obciążyła kościół wielomilionowym odszkodowaniem rekompensacyjnym i karnym o łącznej wysokości blisko 11 mln. dolarów. Sąd okręgowy zmniejszył wysokość karnego odszkodowania. Federalny Sąd Apelacyjny dla Czwartego Okręgu uchylił jednak wyrok, przyjmując, że wypowiedzi członków Westboro są objęte wolnością słowa. W jego ocenie dotyczą one spraw publicznych, nie można udowodnić ich fałszywości[57] i zostały ujęte w formie retorycznej hiperboli. Stanowisko to podtrzymał Sąd Najwyższy, uznając, że pierwsza poprawka chroni Westboro od odpowiedzialności deliktowej za pikietowanie w przedmiotowej sprawie.

Pikieta w ocenie sądu stanowiła formę wyrażenia poglądów w sprawie publicznej, za czym przemawiały zarówno treść, jak i forma oraz kontekst całego protestu. Treść plakatów Westboro dotyczyła kwestii publicznie doniosłych, a nie prywatnych:

zasadniczo niewykorzystywany dla potrzeb publicznej debaty, np. więzienie, baza wojskowa.

50 *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496, 515 (1939).

51 *United States v. Grace*, 461 U.S. 171, 180 (1983).

52 *Frisby*, 487 U.S. 480.

53 *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 469 (2009).

54 *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 131 S.Ct. 1207 (2011). Por. F. Longchamps de Bérier, *Cena wolności słowa* (w:) R. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012, t. 1, s. 260–266.

55 Zob. *McQueary v. Conway*, 634 F.Supp.2d 821 (E.D. Ky. 2009).

56 Treść plakatów to: „Dzięki Bogu za martwych żołnierzy”, „Pedały zatracają narody”, „Ameryka jest skazana na zagładę”, „Idziesz do piekła”, „Bóg nienawidzi USA”, „Dzięki Bogu za 9/11”, „Nie módl się za USA”, „Bóg nienawidzi Ciebie”, „Maryland Taliban”, „Zawsze wierni pedałom”, „Nie błogosławieni, ale przeklęci”, „Papież w piekle”, „Księża gwałcą chłopców”.

57 Sąd przyjął, iż pierwsza poprawka chroni także wypowiedzi w sprawach publicznych, które „nie zawierają stwierdzeń odnośnie do faktów, których fałszywości można by dowieść”. *Snyder v. Phelps*, 580 F.3d 206, 220 n. 13 (4th Cir. 2009).

homoseksualizmu w armii USA, politycznej i moralnej oceny postępowania władz USA i ich obywateli, losu narodu amerykańskiego, skandali z udziałem katolickich duchownych. Głoszone treści były skierowane do opinii publicznej i służyły jej pozyskaniu, nawet jeśli niektóre z nich („Idziesz do piekła", „Bóg nienawidzi Ciebie") adresowano do konkretnych osób, w szczególności Snydera. Prawem Kościoła Westboro było wybrać czas, miejsce i sposób protestu. Ograniczanie tego prawa tylko ze względu na „skandaliczność" pikiety nie spełnia wymogu racjonalności ograniczenia. W odniesieniu do kontekstu sąd zauważył, iż pikietowanie w czasie pogrzebu Snydera nie było formą zakamuflowanego personalnego ataku na zmarłego żołnierza, obliczonego na uniknięcie odpowiedzialności. Treści komunikowane w czasie tej konkretnej pikiety głoszono podczas kilkuset innych pogrzebów w różnych miejscach USA. Nie było też wcześniej jakichkolwiek związków miedzy Snyderem a wyznawcami Westboro.

Okoliczności sprawy nie zaliczają się do żadnego z przypadków uzasadniających reglamentację wolności słowa. Hasła plakatów nie były ani mową podburzającą, ani obsceniczną. Nie można zakwalifikować ich jako *fighting words* ze względu jedynie na to, że są „zasmucające lub wzbudzają pogardę"[58]. Ojciec Snydera nie należał też do „zniewolonej publiczności" podczas pogrzebu swego syna. Treść plakatów poznał dopiero z relacji mediów. Protestujący stali z daleka od miejsca uroczystości pogrzebowych i ich nie zakłócali. W ocenie sądu – uwzględniając kontekst sprawy, należy przyjąć, iż zarówno to „co", „jak" i „gdzie" Westboro zdecydowało się mówić, jest objęte szczególną ochroną pierwszej poprawki, której nie może znieść uznanie pikiety za „oburzającą". „Westboro uważa, że Ameryka jest moralnie skażona, wielu Amerykanów może mieć podobne odczucia o Westboro. Pikiety pogrzebowe Westboro z pewnością są krzywdzące, a ich wkład do publicznego dyskursu niewielki. Ale Westboro podnosi kwestie publicznej wagi w miejscu publicznym, w pokojowy sposób, w pełnej zgodzie ze wskazaniami lokalnych funkcjonariuszy"[59].

O ile Sąd Najwyższy USA dość konsekwentnie rozgranicza mowę obraźliwą od mowy podburzającej, o tyle sądom niższego szczebla zdarza się obie kategorie łączyć ze sobą, czego przykładem jest wyrok federalnego Sądu Apelacyjnego dla Trzeciego Okręgu z dnia 25 października 2005 r. w sprawie *Gilles v. Davis*[60]. Sprawa dotyczyła wydarzeń z 5 października 2001 r. na terenie kampusu Uniwersytetu Indiana w stanie Pensylwania. W tym dniu James G. Gilles – samozwańczy „uniwersytecki ewangelista" – wraz z grupą około 25 wspierających go osób na publicznie dostępnym placu należącym do uczelni nauczał o złu, jakim jest przedmałżeński seks, alkoholizm i homoseksualizm. Wokół niego zgromadziło się 75–100 studentów. Między nim a studentami wywiązała się sprzeczka niewolna od wulgaryzmów z obu stron. Szczególne wzburzenie wywołały jego uwagi na temat homoseksualizmu[61]. Przybyła na miejsce policja aresztowała Gillesa za zakłócanie porządku na terenie kampusu. Sąd pierwszej instancji (*Court of Common Pleas*) uniewinnił go, stwierdzając, iż nie dopuścił się zarzucanych mu czynów.

Sąd apelacyjny, rozpatrując samą legalność aresztowania, po pierwsze przyjął, iż Gilles mógł przemawiać w obranym przez siebie miejscu kampusu, gdyż teren ten zasadniczo był powszechnie dostępny także dla osób spoza uczelni. Większość wypowiedzi Gillesa zakwalifikowano za mieszczącą się w granicach wolności słowa. Jednak niektóre z użytych

58 *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 131 S.Ct. 1207 (2011). Zob. P. E. Salamanca, *Snyder v. Phelps: A Hard Case That Did Not Make Bad Law*, „Cato Supreme Court Review" 2010–2011, s. 57–80.

59 Tamże.

60 *Gilles v. Davis*, 427 F.3d 197, 211 (3d Cir. 2005).

61 J. Gilles od lat 80. pojawia się w kampusach szkół wyższych i naucza przeciwko, jak sam określa, „wielkiej czwórce", tj. „narkotykom, seksowi, upijaniu się i rock and roll-owi". Na Uniwersytecie Indiana mówił m.in.: „uważajcie, ponieważ homoseksualiści szukają was w tym kampusie", „nic nie jest niższe niż lesbijka", „homoseksualiści i lesbijki zmierzają do piekła", „nie ma czegoś takiego jak chrześcijańska lesbijka (…) czy chrześcijański homoseksualista". Wobec jednej z kobiet, która określiła się mianem chrześcijańskiej lesbijki, powiedział: „Ona myśli, że jest chrześcijańską lesbo. Ona jest lesbijką dla Jezusa". Zapytał się też jej: „Śpisz z psami? Jesteś zwierzęcym kochankiem? (…) Czy można być zwierzęcym kochankiem i jednocześnie chrześcijaninem?".

przez niego sformułowań uznano za słowa podburzające wyłączone spod ochrony pierwszej poprawki, co usprawiedliwiało aresztowanie go przez policję. Za *fighting words* potraktowano „szczególnie obraźliwe" słowa skierowane przeciwko studentce będącej chrześcijanką i lesbijką. Charakteru takiego w ocenie sądu nie można przypisać sformułowaniom adresowanym nie do jednostki, lecz do ogółu osób, np. „na tym kampusie są tysiące cudzołożników" czy „pijacy są wszędzie na tym kampusie", choćby były to sformułowania poniżające, gdyż nie rodzą prawdopodobieństwa natychmiastowego naruszenia porządku. Rozróżnienie na wypowiedzi kierowane do indywidualnego i kolektywnego adresata nie jest jednak przesądzające dla przyjęcia *fighting words*. Sąd wyróżnił bowiem znieważające określenia skierowane przeciwko konkretnym osobom, np. „papierosowy oddech", „diabeł", „komunista", „przeklęty do piekła". Analizując je kontekstualnie, tj. w połączeniu z gestami, sposobem mówienia, pewną przesadną teatralizacją występu, zakwalifikował je jako nieprzyjemne, ale łagodne i wystarczająco nieprowokacyjne, aby mogły stanowić słowa podburzające.

Poczyniona przez sąd dystynkcja budzi obiekcje. Zastosowane kryterium podziału poszczególnych wypowiedzi jest wysoce nieostre i ocenne. Sąd apelacyjny opierał się na poniekąd intuicyjnie ustalanym stopniu obraźliwości poszczególnych zwrotów, a nie na określonym kontekstualnie ryzyku wywołania zamieszek. Sędzia Fuentes w zdaniu odrębnym do wyroku zasadnie podnosi, iż do zaistnienia „mowy podburzającej" konieczne jest, aby celem mowy było doprowadzenie do przemocy albo aby mowa rodziła realne prawdopodobieństwo wywołania aktów fizycznej przemocy. W ocenie sędziego nic takiego nie miało miejsca w danej sprawie. Zapis wideo całego zdarzenia ujawnia bowiem, że w momencie przybycia policji nie zanosiło się na zamieszki. Zebrani zachowywali się relatywnie spokojnie, pomimo słownych wulgarnych utarczek Gillesa z kilkoma osobami. „Zawstydzające, hańbiące, piętnujące, wulgarne czy obraźliwe słowa nie są automatycznie słowami podburzającymi"[62].

> **Za *fighting words* potraktowano „szczególnie obraźliwe" słowa skierowane przeciwko studentce będącej chrześcijanką i lesbijką.**

Konkluzji o podburzaniu przez Gillesa do przemocy nie nadano kategorycznej postaci. W ocenie sądu policjant aresztujący kaznodzieję mógł uważać, że ten dopuszcza się naruszenia porządku, „nawet jeśli inwektywy dotyczące lesbinizmu i zwierzęcości nie stanowią *fighting words*"[63]. Założenie po stronie funkcjonariusza, iż okoliczności zdarzenia uzasadniały aresztowanie, „nie było nieracjonalne".

Szerszą interpretację mowy podburzającej przyjął kilkanaście lat wcześniej przeciwko Gillesowi Sąd Apelacyjny stanu Indiana – w sprawie analogicznej do sprawy powyższej. Skazał on Gillesa za naruszenie porządku publicznego poprzez wygłoszenie podczas festynu „kazania", w którym użył określeń „dziwki", *queers*, „ludzie AIDS", „ziemskie szumowiny", „pijacy". Sformułowaniami tymi „Gilles umieścił swoich słuchaczy w kategoriach definiowanych przez aktywność seksualną, orientację seksualną i choroby przenoszone drogą płciową. Ten język naturalnie mógł sprowokować gwałtowną reakcję"[64].

Rozumienie „mowy podburzającej" przez zarówno federalny sąd apelacyjny, jak i stanowy sąd apelacyjny wydaje się być sprzeczne z orzecznictwem Sądu Najwyższego USA. Wyrok w sprawie *Snyder*

62 *Gilles v. Davis* (62).

63 Tamże (26).

64 *Gilles v. Indiana*, 531 N.E.2d 220, 222–223 (Ind. App. 4 Dist.1988).

v. Phelps potwierdza, iż krytyczne wypowiedzi wobec homoseksualizmu i homoseksualistów – jakkolwiek obraźliwe, niestosowne i przejawiające brak szacunku – nie stanowią *fighting words*[65].

Przypadki jawnie obraźliwej antyhomoseksualnej retoryki na podobieństwo niewyszukanego, a niekiedy rażąco skandalicznego i zasługującego na potępienie języka Gillesa są w zdecydowanej mniejszości. Nie oznacza to jednak, iż kulturalna w formie i w treści krytyka homoseksualizmu nie jest poddawana reglamentacji. Sąd Okręgowy dla Wschodniego Dystryktu Luizjany wyrokiem z 16 grudnia 2013 r. orzekł, iż policja naruszyła konstytucyjne wolności pastora Paula Grosa i innych członków grupy ewangelizacyjnej Bible Believers, aresztując ich w dniu 1 września 2012 r. podczas święta gejowskiego w Nowym Orleanie (*Southern Decadence*). Powodem aresztowania było głoszenie przez nich nauczania religijnego na reprezentacyjnej ulicy miasta, sprzecznie z prawem miejscowym, które zakazywało „włóczenia się czy gromadzenia się na Bourbon Street w celu rozpowszechniania antyspołecznych, politycznych czy religijnych wiadomości pomiędzy zachodem słońca a wschodem słońca”[66].

Publiczne potępianie praktyk homoseksualnych może doznawać ograniczeń na podstawie przepisów gwarantujących porządek i bezpieczeństwo publiczne. Niekiedy władza lokalna nadużywa tych przepisów, podejmując próby eliminowania przy ich pomocy z przestrzeni publicznej nieakceptowanych przez siebie treści, czego przykładem jest sprawa Briana Johnsona. Od 1995 r. Johnson podczas dwudniowego święta gejowskiego *Twin Cities Pride*, organizowanego przez grupę LGBT, ustawiał w miejskim parku w Minneapolis za zgodą organizatora festynu stragan, na którym rozdawał egzemplarze Biblii. W 2009 r. przedstawiciel *Twin Cities Pride* przed rozpoznaniem wniosku Johnsona o rozstawienie stoiska zadał mu pytania dotyczące postrzegania homoseksualizmu. Johnson, odpowiadając na nie, stwierdził, iż nie miałby oporów przed zatrudnieniem do pomocy przy straganie homoseksualisty oraz że zgodnie z Pismem Świętym postrzega akty homoseksualne, ale już nie same skłonności homoseksualne, za grzeszne. Odpowiedź ta nie usatysfakcjonowała organizatora *Twin Cities Pride*, który tym razem nie wyraził zgody na umieszczenie stoiska. Johnson w związku z tym rozdawał Biblię w czasie festynu, przechadzając się po terenie par-

Publiczne potępianie praktyk homoseksualnych może doznawać ograniczeń na podstawie przepisów gwarantujących porządek i bezpieczeństwo publiczne.

65 Przeciwnicy antyhomoseksualnej retoryki podejmują próby eliminowania krytyki homoseksualizmu, nie tylko sięgając do koncepcji mowy podburzającej, ale nawet stawiając swoim adwersarzom zarzut zbrodni przeciwko ludzkości. Przedmiotem sądowego postępowania jest sprawa z powództwa grupy LGBT (*Center for Constitutional Rights*, reprezentującego ugandyjską grupę *Sexual Minorities Uganda*) przeciwko pastorowi Scottowi Lively, przewodniczącemu chrześcijańskiej organizacji *Abiding Truth Ministries* propagującej na całym świecie biblijne nauczanie w kwestii małżeństwa i wyrażającej stanowczy sprzeciw wobec homoseksualizmu. *Sexual Minorities Uganda v. Lively,* No. 12-CV-30051-MAP, 2013 WL 4130756 (D. Mass. Aug. 14, 2013). Livelyemu zarzuca się, iż inspirował władze ugandyjskie do przyjęcia prawa przewidującego dla homoseksualistów karę śmierci.

66 *Gros v. New Orleans City*, No. 12-2322 (E.D. La. Dec. 16, 2013). Po wniesieniu pozwu miasto zmieniło kwestionowane przepisy, tj. *New Orleans City Ordinance* § 54-419(c)(4).

ku. Został aresztowany przez policję pod zarzutem bezprawnego wejścia na teren parku (*trespass*), który to zarzut następnie cofnięto. W 2011 r. zarządca parku (*Minneapolis Park and Recreation Board*) po zawarciu porozumienia z *Twin Cities Pride* podjął uchwałę określającą zasady dystrybucji literatury podczas festynu. Wyróżniono trzy kategorie miejsc, w których można było rozdawać czy sprzedawać materiały: stragany zaaprobowane przez organizatora, stragany zaaprobowane przez zarządcę parku poza terenem goszczącym festyn oraz miejsca peryferyjne na terenie festynu. Zgodnie z nowymi regulacjami Johnsonowi pozwolono rozprowadzać Biblię w zasadzie poza obszarem, na którym odbywał się festyn lub na terenie zajętym wprawdzie przez festyn, lecz nie uczęszczanym przez jego uczestników.

Federalny Sąd Apelacyjny dla Ósmego Okręgu wyrokiem z 11 września 2013 r. uznał przepisy ustanowione przez zarządcę parku za sprzeczne z ustawą zasadniczą. Zakwalifikował je do neutralnych treściowo ograniczeń co do czasu, miejsca i sposobu korzystania z wolności słowa na tradycyjnym forum publicznym. Ich konstytucyjność ocenił z wykorzystaniem trzystopniowego testu – przywołanego w rozdz. I niniejszego artykułu. Według sądu kontrolowane przepisy spełniają pierwsze kryterium, tj. służą istotnemu interesowi władzy. Ich *ratio legis* są bowiem względy bezpieczeństwa towarzyszące organizacji imprezy masowej (sprawny ruch pieszych, nieutrudniony dojazd karetek itp.). Przepisy te naruszają jednak wymóg proporcjonalności. Zarządca parku nie przedstawił dowodów, z których by wynikało, że reglamentacja dystrybucji literatury podczas festynu służy celom bezpieczeństwa. Sąd zauważył, iż rzekome względy bezpieczeństwa nie przeszkodziły zarządcy parku wyrazić zgody na przemieszczanie się po terenie parku w czasie święta gejowskiego performerów oraz osób prowadzących zbiórkę publiczną, pomimo tego, iż osoby te w większym stopniu niż dystrybuujący literaturę wywołują obstrukcję ruchu pieszych[67].

Po spełnieniu wymogu proporcjonalności reglamentacja publicznej antyhomoseksualnej mowy, motywowana treściowo neutralnymi kryteriami, uchodzi za legalną. W sprawie *Ovadal v. City of Madison* powód protestował przeciwko homoseksualizmowi, trzymając plakaty na kładce dla pieszych. Policja otrzymała zawiadomienie od kierowców, że plakaty wywołują problemy w ruchu drogowym. Funkcjonariusze wezwali powoda do zaprzestania prezentowania ich w tym miejscu. W ocenie federalnego Sądu Apelacyjnego dla Siódmego Okręgu troska o bezpieczeństwo w ruchu drogowym oraz o bezpieczeństwo przechodniów może uzasadniać ograniczenia wolności słowa[68]. Powyższe cele w pewnych przypadkach usprawiedliwiają obostrzenia wolności słowa nawet na tradycyjnym forum publicznym, jakim jest chodnik[69].

Osoby decydujące się publicznie głosić religijnie motywowaną krytykę homoseksualizmu niejednokrotnie muszą liczyć się też z groźbą odpowiedzialności prawnokarnej za czyny chuligańskie. Podczas ulicznego święta gejowskiego w Filadelfii pięciu członków chrześcijańskiej grupy *Repent America*, zostało 10 października 2004 r. aresztowanych po scysji z gejowskimi aktywistami. Oskarżono ich o wywoływanie zamieszek, zmowę do popełnienia przestępstwa, spowodowanie zagrożenia dla zdrowia innych, zakłócanie ruchu ulicznego, odmowę rozejścia się i zakłócanie porządku. Zarzucono im także przestępstwo z nienawiści wobec osób homoseksualnych. Groziło im do 47 lat (!) pozbawienia wolności. Sąd pierwszej instancji (*Court of Common Pleas*) wyrokiem z 17 lutego 2005 r. uniewinnił oskarżonych od wszystkich stawianych im zarzutów, bazując na zapisie wideo całego incydentu. W ocenie sądu: „Jesteśmy jednym z nielicznych państw, które chronią niepopularne poglądy (…), nie możemy tłumić mowy, ponieważ nie chcemy jej słuchać czy

67 *Johnson v. Minneapolis Park & Recreation Bd.*, 729 F.3d 1094 (8th Cir. 2013).

68 *Ovadal v. City of Madison*, 416 F.3d 531 (7th Cir. 2005).

69 *Victory Outreach Center v. Melso*, 281 Fed.Appx. 136 (3d Cir. 2008). W sprawie tej powód blokował przejście po chodniku, trzymając plakat z napisem „Cudzołożnicy i pijacy dołączą do Tupaca [Tupac Shakur – G.M.] w piekle. Słuchaj Jezusa. Pierwszy List do Koryntian 6:9".

nie chcemy jej teraz słuchać”[70]. Przedmiotowa sprawa dowodzi łatwości, z jaką można stawiać w stan oskarżenia za głoszenie kontrowersyjnych opinii[71].

III. Prawo do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów (*right to expressive association*)

Wolność słowa obejmuje nie tylko prawo do mówienia o czymś, ale także prawo do nieformułowania określonych poglądów oraz do nieprzyjmowania za własne poglądów cudzych. Ten negatywny aspekt wolności słowa przejawia szczególną doniosłość w przypadku podmiotów zbiorowych. Amerykańskiemu porządkowi prawnemu znane jest pojęcie *expressive association*, przez które rozumie się różnego rodzaju organizacje – niezależnie od ich prawnej formy – skupiające osoby zrzeszające się w celu wyrażania pewnych wspólnych poglądów. Ochrona wolności słowa tych grup wymaga, aby mogły swobodnie decydować, kogo chcą przyjąć w swoje szeregi, w jakich wydarzeniach partycypować oraz kogo dopuszczać do udziału w podejmowanych przez siebie inicjatywach.

> **Wolność słowa obejmuje nie tylko prawo do mówienia o czymś, ale także prawo do nieformułowania określonych poglądów oraz do nieprzyjmowania za własne poglądów cudzych.**

W 1993 r. grupa Irlandzko-Amerykańskich Gejów, Lesbijek i Biseksualistów (GLIB) zwróciła się do stowarzyszenia weteranów wojennych organizującego corocznie w Bostonie za aprobatą władz miejskich uliczną paradę w związku z Dniem Świętego Patryka i Dniem Ewakuacji o umożliwienie jej wzięcie udziału w tej paradzie. Grupa GLIB chciała w ten sposób „wyrazić dumę swoich członków z irlandzkiego dziedzictwa jako jawnych gejów, lesbijek i biseksualistów, pokazać, że takie osoby są w społeczeństwie oraz wesprzeć podobnych mężczyzn i kobiety pragnących uczestniczyć w paradzie z okazji Dnia Świętego Patryka w Nowym Yorku”[72].

Kiedy stowarzyszenie weteranów wojennych nie zaaprobowało wniosku, GLIB i niektórzy jej członkowie wnieśli pozew do sądu, podnosząc naruszenie prawa stanowego zakazującego dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Sąd stanowy pierwszej instancji pozew uwzględnił, nakazując włączyć GLIB do parady, a jego wyrok utrzymany został w mocy przez stanowy sąd najwyższy.

Sąd Najwyższy USA wyrokiem z 19 czerwca 1995 r. jednogłośnie orzekł, że wymaganie od prywatnego organizatora parady włączenia do maszerujących grupy osób komunikujących przesłanie, z którą on sam się nie utożsamia, narusza pierwszą poprawkę. Poprawka ta uprawnia organizatora parady do doboru czy selekcji jej uczestników. Parada jest formą wyrażania przekonań, a nie tylko prze-

70 *Commonwealth v. Marcavage, Philadelphia Cty.* (Ct. of Common Pleas. Feb. 17, 2005).

71 Członkowie *Repent America* za podobne uliczne kaznodziejstwo kilkakrotnie byli aresztowani i stawiani w stan oskarżenia. W ich sprawie zapadały zarówno wyroki uniewinniające, jak i skazujące. Zob. *United States v. Marcavage*, 609 F.3d 264 (3rd Cir. 2010); *Commonwealth v. Marcavage*, 918 N.E.2d 855 (Mass. App. Ct. 2009).

72 *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995).

marszem, ponieważ gromadzi osoby artykułujące pewne wspólne poglądy nie wobec siebie samych, ale wobec ludzi zgromadzonych wzdłuż trasy pochodu. Ochrona tej kategorii ekspresji nie zawęża się do treści banerów czy śpiewów towarzyszących paradzie, ale rozciąga się także na akty symbolicznego w niej uczestnictwa. Orzeczenia sądów niższych instancji oznaczały bezpodstawne potraktowanie przesłania parady jako „usługi publicznej". Skoro każda grupa partycypująca w paradzie wpływa na wiadomość komunikowaną przemarszem, to zmuszenie stowarzyszenia weteranów do włączenia do parady organizacji homoseksualnej zakłóciłoby przesłanie parady, jakkolwiek samo to przesłanie nie zostało wyraźnie zdefiniowane. Osoby homoseksualne mogły indywidualnie uczestniczyć w paradzie, ale nie jako wyodrębniona grupa z formalną akredytacją organizatora parady.

Zgodnie z zasadą wolności słowa „mówcy przysługuje autonomia w wyborze treści swojego własnego przesłania i odwrotnie – decydowania o tym, czego nie chce powiedzieć", czyli możliwość „kształtowania swojej wypowiedzi poprzez mówienie na jeden temat i milczenie na inny, bez ingerencji ze strony państwa"[73]. Nieselektywność stosowania pierwszej poprawki służy temu, aby z ochrony mogły korzystać także te treści, które „w czyichś oczach są błędne, a nawet szkodliwe"[74].

73 Tamże, 558 i 573.

74 Tamże, 574.

Do podobnego wniosku doszedł dwa i trzy lata wcześniej Sąd Okręgowy dla Południowego Dystryktu Nowego Jorku. W wyrokach z dnia 26 lutego 1993 r. i 16 marca 1992 r. orzekł, iż niekonstytucyjne było wymaganie od katolickiego bractwa włączenia do parady z okazji Dnia Świętego Patryka organizacji irlandzkich gejów i lesbijek[75].

Na ścisłe powiązanie wolności słowa i prawa do zrzeszania się, przybierające postać „prawa do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów" (*right to expresssive association*), zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w sprawie *Boy Scouts of America v. Dale*. Uznał, iż prawo to, implikatywnie wyartykułowane w pierwszej poprawce, jest udziałem prywatnej organizacji *non-profit* skupiającej skautów, mającej za cele przekazywanie systemu wartości dzieciom i młodzieży. Według *Boy Scouts of America* (BSA) homoseksualne zachowania są niezgodne z przysięgą i prawem skauta, co wyrażają zwłaszcza słowa o byciu „moralnie prawym" i „czystym". Organizacja swoją działalnością, w tym także swoimi decyzjami personalnymi, nie chce promować homoseksualizmu jako uprawnionej formy zachowania.

Według *Boy Scouts of America* (BSA) homoseksualne zachowania są niezgodne z przysięgą i prawem skauta, co wyrażają zwłaszcza słowa o byciu „moralnie prawym" i „czystym".

Broniąc obranego systemu wartości, organizacja skautowska BSA pozbawiła Jamesa Dale'a stanowiska asystenta harcmistrza drużyny harcerskiej, po

75 *New York County Bd. Of Ancient Order of Hibernians v. Dinkins*, 814 F.Supp. 358 (S.D.N.Y.1993); *Irish Lesbian & Gay Organization v. New York State Bd. Of Ancient Order of Hibernians*, 788 F.Supp. 172 (S.D.N.Y.1992). Zob. też *Irish Lesbian and Gay Organization v. Giuliani*, 143 F.3d 638, (2d Cir.1998).

tym jak dowiedziała się, że jest on jawnym homoseksualistą i aktywistą gejowskim, otwarcie eksponującym swoją orientację seksualną. Dale wniósł pozew do *New Jersey Superior Court*, twierdząc, iż BSA naruszyła przepisy stanowe zakazujące dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. I choć sąd pierwszej instancji nie doszukał się w przedmiotowej sprawie naruszenia prawa przez organizację harcerską, to stanowy sąd apelacyjny i Sąd Najwyższy stanu New Jersey doszły do odmiennego wniosku.

Sąd Najwyższy USA wyrokiem z 28 czerwca 2000 r. głosami 5 do 4 orzekł, że zmuszanie BSA do uczynienia swym członkiem Dale'a pogwałca pierwszą poprawkę. „Wymuszone włączenie niechcianej osoby do grupy narusza wolność grupy do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów, jeśli obecność tej osoby wpływa w istotny sposób na zdolność grupy do popierania poglądów w sprawach publicznych czy prywatnych"[76]. Jakkolwiek wolność ta nie jest absolutna, to jednak może być ograniczana tylko „w celu realizacji niecierpiących zwłoki interesów państwa, niezwiązanych z tłumieniem poglądów, których nie można osiągnąć środkami istotnie mniej inwazyjnymi dla wolności zrzeszania się"[77]. W przedmiotowej sprawie uznano, iż *ratio legis* stanowych przepisów zakazujących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną nie legitymuje władzy do ingerencji w wewnętrzne sprawy prywatnej organizacji z pogwałceniem jej wolności do zrzeszania się w celu wyrażania przekonań.

W ocenie Sądu Najwyższego organizacja *Boy Scouts of America* stanowi *expresssive association*, skoro przekazuje młodzieży pewne poglądy i wartości, w tym naucza, że praktyki homoseksualne naruszają harcerski etos. Sąd wskazał, iż o systemie wartości danej organizacji decyduje ona sama. „Nie jest rolą sądów odrzucać deklarowane wartości grupy, ponieważ nie zgadzają się z tymi wartościami czy stwierdzają, że są one wewnętrznie niespójne"[78], bądź „uważają konkretny pogląd za niemądry lub nieracjonalny"[79]. Podobnie „religijne przekonania nie muszą być akceptowalne, logiczne, spójne czy zrozumiałe dla innych, aby korzystać mogły z ochrony pierwszej poprawki"[80]. Organizacja nie tylko określa swoje przesłanie, ale także decyduje o tym, co zakłóca to przesłanie. Jej własnego szczerego osądu nie można zastąpić oceną państwa czy sądu[81].

> **Odwodzenie przez BSA swoich liderów od głoszenia pewnych poglądów w sprawach seksualnych należy uznać za własną chronioną formę ekspresji.**

Wymuszone członkostwo Dale'a jako asystenta harcmistrza istotnie wpłynęłoby na możliwość rozpowszechniania przez BSA ich przesłania i osłabiłoby to przesłanie. „Obecność Dale'a w *Boy Scouts* co najmniej zmusiłaby organizację do zakomuniko-

76 *Boy Scouts of America v. Dale* 530 U.S. 640, 648 (2000). Zob. A. Zahner, *A Comprehensive Approach to Conflicts between Antidiscrimination Laws and Freedom of Expressive Association after Boy Scouts of America v. Dale*, „Chicago-Kent Law Review" 2001, vol. 77, nr 1, s. 373–405.

77 Tamże, 640–641.

78 Tamże, 651.

79 *Democratic Party of United States v. Wisconsin ex rel. La Follette*, 450 U.S. 107, 124 (1981).

80 *Thomas v. Review Bd. of Indiana Employment Security Div.*, 450 U. S. 707, 714 (1981).

81 *Democratic Party of United States v. Wisconsin ex rel. La Follette,* 450 U.S. 123–124.

wania tak młodym członkom, jak i światu, że *Boy Scouts* akceptują homoseksualne postępowanie jako legitymowaną formę zachowania”[82]. Nie uszanowano by tym samym woli BSA niegłoszenia poglądów sprzecznych z własnymi przekonaniami oraz naruszono by konstytucyjne prawo stowarzyszenia do „wybrania zakomunikowania jednej wiadomości, ale już nie innej”[83].

Sąd podniósł, iż stowarzyszenie nie musi zrzeszać się bezpośrednio w celu propagowania konkretnego przesłania, aby uzyskać ochronę. Wystarczy, że zaangażuje się w taką aktywność. Odwodzenie przez BSA swoich liderów od głoszenia pewnych poglądów w sprawach seksualnych należy uznać za własną chronioną formę ekspresji. Pierwsza poprawka nie wymaga też zgodności wszystkich członków grupy w konkretnej kwestii, aby grupa ta uchodziła za *expressive association*.

Sąd Najwyższy podkreślił, iż jego wyrok nie jest weryfikacją trafności poglądów BSA w przedmiocie oceny zachowań homoseksualnych. „Społeczna czy sądowa dezaprobata wypowiedzi organizacji nie usprawiedliwia wysiłków władzy zmuszania tej organizacji do akceptowania członków, jeśli skutkowałoby to odstępstwem organizacji od swojego przesłania. «Jakkolwiek prawo może promować jakikolwiek rodzaj zachowania w miejsce zachowania szkodliwego, to jednak nie może ingerować w mowę ze względu na promowanie aprobowanego przesłania i odwodzenia od tego, któremu jest się niechętnym, bez względu to, jak światły jest każdy z tych celów»”[84].

Późniejsza praktyka stosowania prawa pokazuje, iż wydawałoby się klarowna argumentacja Sądu Najwyższego USA nie zawsze jest uwzględniana. Komisja Praw Człowieka Dystryktu Kolumbii uznała, że niepowierzenie dwóm gejom pozycji lidera skautów w BSA stanowi niedozwoloną dyskryminację ze względu na orientację seksualną. W jej ocenie dopuszczenie homoseksualistów do stanowiska liderów nie wpłynie istotnie na możliwość wyrażania swoich poglądów czy swego przesłania przez BSA. Obaj skarżący w przeciwieństwie do Dale’a nie byli aktywistami gejowskimi, nie było też dowodów, że jako liderzy będą popierali homoseksualizm czy publicznie komunikowali o swoim homoseksualizmie czy gejowskim stylu życia – poprzez samo zajmowanie pozycji lidera. Komisja stwierdziła nawet, że „sprzeciwianie się homoseksualizmowi nie jest poglądem BSA”. Sąd Apelacyjny Dystryktu Kolumbii wyrokiem z dnia 7 listopada 2002 r. uchylił decyzję tej komisji, twierdząc, że naruszyła ona prawo BSA do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów. Nie podzielił tezy, że kwestia gejowskiego aktywizmu czyni tę sprawę inną od kazusu Dale’a. Uznał, iż BSA nadal nie chce promowania homoseksualnego postępowania jako legitymowanej formy zachowania[85].

> **Nie zawsze łatwo rozgraniczyć samo wyrażanie poglądów od dyskryminacyjnego traktowania.**

Pogodzenie prawa do wolności słowa z prawem do bycia niedyskryminowanym wymaga niekiedy kontekstualnych rozważań. W kolejnej sprawie z udziałem BSA kwestią sporną było to, czy organizacja ta mogła odmówić zatrudnienia jawnego homoseksualisty. Komisja Praw Człowieka miasta Chicago stwierdziła, że taka odmowa stanowiłaby dyskryminację ze względu na orientację seksualną. Sąd Apelacyjny Illinois uchylił decyzję komisji, nakazując zweryfikować, o jakie stanowisko ubiegał się konkretny homoseksualista. Podkreślił, iż ocena działań BSA zależy od tego, czy stanowisko do obsa-

82 *Dale*, 530 U.S. 653.

83 Tamże, 656.

84 Tamże, 661.

85 *Boy Scouts of America v. District of Columbia Commission on Human Rights*, 809 A.2d 1192, 1196 (D.C. App. 2002).

dzenia było związane z komunikowaniem poglądów przez BSA, czy też nie (*nonexpressive position*)[86].

Nie zawsze łatwo rozgraniczyć samo wyrażanie poglądów od dyskryminacyjnego traktowania. W jednej ze spraw władze katolickiej uczelni odmówiły gejowskiej organizacji studenckiej funduszy oraz dostępu do infrastruktury uczelnianej. W pozwie organizacja podniosła, że uniwersytet sektora publicznego na cele dobroczynne (*Public Employee Charitable Campaign*). Władze stanowe (*Connecticut State Employee Campaign Committee*) swoją decyzję oparły na rozstrzygnięciu Komisji Praw i Szans Człowieka stanu Connecticut, zgodnie z którym BSA dyskryminuje homoseksualistów, wyłączając ich z grona swoich członków czy nie dopuszczając do pewnych stanowisk, sprzecznie z pra-

Praktyka stosowania prawa pokazuje, iż wolność słowa w amerykańskim porządku prawnym nie ma wymiaru teoretycznego, lecz stanowi efektywne narzędzie gwarantujące autentyczność dyskursu publicznego.

jako instytucja edukacyjna naruszył prawny zakaz dyskryminowania ze względu na orientację seksualną. Sąd Apelacyjny Dystryktu Kolumbii wyrokiem z 20 listopada 1987 r. co prawda uznał, że uczelnia jest *expressive association*, ale przyjął, że także na niej spoczywa obowiązek zapewnienia gejowskiej organizacji studenckiej takich samych świadczeń jak innym tego typu grupom studenckim. Uniwersytet nie musi natomiast formalnie uznawać tej organizacji. W ocenie sądu – o ile samo uznanie organizacji gejowskiej jest wyrażaniem poglądów, o tyle zapewnianie jej równych warunków funkcjonowania już tym nie jest[87].

Zdarzają się też przypadki, gdy krytyczne wobec homoseksualizmu poglądy skutkują dyskryminacją podmiotów, które takie poglądy głoszą. W 2000 r. wykluczono BSA z grona beneficjentów odpisów podatkowych dokonywanych przez pracowników wem stanowym. Federalny Sąd Apelacyjny dla Drugiego Okręgu wyrokiem z 9 lipca 2003 r. uznał, że nie naruszono prawa BSA do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów. W jego ocenie BSA, dyskryminując gejów, musi liczyć się z tym, że utraci świadczenia warunkowane przez prawo od przestrzegania polityki niedyskryminacji[88]. Rozumowanie sądu przeczy dyrektywie wykładni systemowej, odwołującej się do spójności systemu prawnego. Z jednej strony praktyka BSA wykluczania z grona swoich liderów jawnych homoseksualistów jest konstytucyjna, jak wyraźnie orzekł Sąd Najwyższy. Z drugiej strony poczytanie tej konstytucyjnej praktyki za dyskryminacyjną skutkuje rzekomo legalnym pozbawieniem BSA uprawnień podatkowych. Legalne zachowanie jest zatem przyczyną poniesienia sankcji.

Podsumowanie

Studium orzeczeń amerykańskich sądów zasadniczo – choć nie bez wyjątków – potwierdza, iż konstytucyjna wolność słowa w praktyce obejmuje także wypowiedzi dotyczące krytyki homosek-

86 *Chicago Area Council of Boy Scouts of America v. City of Chicago Commission on Human Relations* 748 N.E.2d 759 (Ill. App. 2001).

87 *Gay Rights Coalition of Georgetown University Law Center v. Georgetown University*, 536 A.2d 1 (D.C. 1987).

88 *Boy Scouts v. Wyman*, 335 F.3d 80 (2d Cir. 2003).

sualizmu. Kontrowersyjność tych wypowiedzi oraz ich „pozamainstreamowość" nie uzasadnia w ocenie judykatury wyjęcia ich spod ochrony pierwszej poprawki. Praktyka stosowania prawa pokazuje, iż wolność słowa w amerykańskim porządku prawnym nie ma wymiaru teoretycznego, lecz stanowi efektywne narzędzie gwarantujące autentyczność dyskursu publicznego. Parafrazując tytuł głośnej publikacji R. Dworkina (*Taking Rights Seriously*), należy stwierdzić, iż przedmiotowa wolność „jest brana na poważnie". Sięgając do terminologii szkoły realizmu prawnego, można powiedzieć, że wolność słowa jest nie tylko artykułowana na poziomie tekstu aktu normatywnego (*law in books*), ale także determinuje „prawo w działaniu" (*law in action*). Autodeklaracja amerykańskich sądów, iż wolność słowa uprawnia do obrażania i zasmucania innych, znajduje swoje pokrycie w rozstrzygnięciach poszczególnych spraw. Ten stan rzeczy odróżnia amerykańską judykaturę od orzecznictwa innych państw – uchodzących również za demokratyczne i pluralistyczne – czy od orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[89] (ETPC). Niewątpliwie antyhomoseksualne pikiety Freda Phelpsa nie mogłyby liczyć na ochronę w ramach wolności słowa nie tylko w orzecznictwie strasburskim[90], ale także w wielu państwach, zarówno kultury *common law*, jak i kultury prawa stanowionego[91].

Istotna różnica w pojmowaniu wolności słowa w USA i w porządku prawnym Rady Europy jest następstwem przyjmowania nieco innej hierarchii wartości. Znamionujący Stany Zjednoczone liberalny indywidualizm legitymuje jednostkę w imię wolności do nieskrępowanego komunikowania swoich poglądów i opinii bez uwzględniania społecznych reakcji na nie. Z kolei Trybunał Strasburski antycypuje potrzebę wyważenia gwarancji dla jednostkowej ekspresji z poszanowaniem godności osoby ludzkiej. Upatrywanie przez ETPC w nietolerancji, ksenofobii i dyskryminacji zagrożeń dla godności człowieka przekłada się na dopuszczalność reglamentacji mowy nienawiści, podczas gdy w USA *hate speech* uchodzi za co prawda mało wartościową, ale w pełni chronioną kategorię wypowiedzi. Realności tej ochrony służy także zasadnicze wykluczenie możliwości potraktowania mowy nienawiści za podżeganie czy pomocnictwo do ewentualnych przestępstw z nienawiści (*hate crimes*)[92].

W orzecznictwie strasburskim w pewien sposób przejawia się komunitarystyczne podejście do wolności słowa. Mowa, która potencjalnie grozi społecznym wyalienowaniem pewnych grup osób czy która godzi w ich równoprawny status we wspólnocie, traci konwencyjną ochronę. Dlatego też ETPC czasami odstępuje od własnej deklaracji, iż wolność słowa odnosi się również do informacji i idei, które „obrażają, szokują i przeszkadzają"[93]. Nie zawsze udana próba pogodzenia *in concreto* konkurencyjnych wartości – jak wolność słowa i „społeczny pokój" czy „spokojny społeczny klimat" – powoduje, że strasburskiemu *case-law* zarzuca się niespójność i podwójne standardy[94].

Amerykański porządek prawny o wiele konsekwentniej pozostaje wierny słowom Woltera: „Nie zgadzam się z twoimi poglądami, ale po kres moich dni będę bronił twego prawa do ich głoszenia". Przyznanie sądom dyskrecjonalnej kompetencji do odmawiania ochrony poszczególnym pokojowym wypowiedziom (tj. niepodżegających do przemocy ani jej nieafirmujących) ze względu na ich „nikłą" wartość, sytuowałoby wymiar sprawiedliwości

89 Zob. R. Kiska, *Hate Speech: A Comparison Between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence*, „Regent University Law Review" 2012, vol. 25, s. 107–151.

90 Wyrok ETPC z dnia 9 lutego 2012 r. w sprawie *Vejdeland i inni przeciwko Szwecji*, skarga nr 1813/07.

91 Zob. *Hammond v. DPP* [2004] EWHC 69; *Saskachewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Van Zijl v. Goeree*, 1990 RvdW Nr. 41 (HR Neth).

92 *Glenn v. Holder*, 690 F.3d 417 (6th Cir. 2012).

93 Wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5493/72.

94 Zob. np. wyrok ETPC z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie *Féret przeciwko Belgii*, skarga nr 15615/07 (legalność reglamentacji mowy antyimigranckiej); Wyrok ETPC z dnia 13 września 2005 r. w sprawie *I.A. przeciwko Turcji*, skarga nr 42571/98 (legalność reglamentacji mowy antyreligijnej). Por. G. Maroń, *Prawne standardy debaty aborcyjnej w świetle orzecznictwa strasburskiego*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 3, s. 47–65.

w pozycji recenzenta czy cenzora debaty publicznej. Edward H. Lipsett przestrzega, że żadne pokolenie nie może być „absolutnie pewne prawidłowości akceptowanych idei czy nawet «kierunku», w którym społeczeństwo podąży. Wydaje się przeto niebezpieczne i niewłaściwe karanie tych, którzy kwestionują te idee i chcą prowadzić nas w innym kierunku (nawet jeśli niektórzy nazwą ten kierunek «krokiem wstecz»)”[95]. Publiczne wyrażanie przeświadczenia o grzeszności czy niemoralności aktów homoseksualnych mieści się w wolności słowa. Coraz powszechniejsze postrzeganie poglądów nawet umiarkowanych krytyków homoseksualizmu jako przejawów „zacofania”, „bigoteryjności”, „fanatyzmu” czy „niewiedzy” – paradoksalnie samo w sobie mało tolerancyjne i dowodzące nowej ortodoksji – nie odbiera prawnej ochrony wyrażaniu tych poglądów.

Publiczne wyrażanie przeświadczenia o grzeszności czy niemoralności aktów homoseksualnych mieści się w wolności słowa.

Nie oznacza to jednak, iż każdy legalny sposób korzystania z wolności słowa zasługuje na etyczną aprobatę. Krytyka zachowań drugiej osoby dokonywana bez poszanowania godności tej osoby wystawia świadectwo krytykującemu, a nie krytykowanemu. Przywołane przykłady skandalicznej antyhomoseksualnej retoryki F. Phelpsa czy J. Gillesa są egzemplifikacją złego spożytkowania wolności słowa, ubocznie rzutując negatywnie na tych, którzy, jakkolwiek tak jak oni postrzegają akty homoseksualne za niemoralne, potrafią swój punkt widzenia artykułować bez potrzeby znieważania czy szydzenia z drugiego człowieka[96].

Jak zauważa Sąd Najwyższy USA: „Mowa ma wielką władzę. Może pobudzać do działania, wywoływać łzy zarówno radości, jak i smutku oraz (…) zadawać wielki ból. W świetle rozpoznawanych faktów nie możemy reagować na ten ból, karząc mówiącego. Jako Naród wybraliśmy inną drogę: chronienia mowy w sprawach publicznych, nawet tej, która rani, tak aby nie tłumić publicznej debaty”[97].

95 E. Lipsett, *A Proposed Hate Communication Restriction and Freedom of Expression Protection Act: A Possible Compromise to a Continuing Controversy*, „Underneath the Golden Boy” 2009, vol. 6, s. 31.

96 Zob. kanony 2356–2358 *Katechizmu Kościoła Katolickiego*, które homoseksualizm określają jako „poważne zepsucie”, a akty homoseksualizmu za „nieuporządkowane”, ale zarazem stanowią, iż osoby o skłonnościach homoseksualnych powinno się traktować „z szacunkiem, współczuciem i delikatnością. Powinno się unikać wobec nich jakichkolwiek oznak niesłusznej dyskryminacji”.

97 *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 131 S.Ct. 1207 (2011).

Maciej Kożuchowski, Bartłomiej Woźniak

Umorzenie akcji własnych nabytych w wyniku połączenia odwrotnego

Maciej Kożuchowski

Radca prawny, managing associate *w kancelarii GESSEL, specjalizuje się w transakcjach fuzji i przejęć na rynku niepublicznym.*

Bartłomiej Woźniak

Aplikant adwokacki, doktorant w Zakładzie Europejskiej Tradycji Prawnej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, prawnik w kancelarii GESSEL.

Redemption of Own Shares Acquired in a Downstream Merger

The downstream merger of companies belonging to the same capital group is becoming an increasingly popular method of the restructuring of capital groups and an important element of every M&A (Mergers and Acquisitions) transaction structured as a leveraged buyout. The downstream structure is highly valued by business people especially because it offers the possibility of modifying the group corporate structure without the necessity of modifying the company pursuing day-to-day business activity. The authors conclude that, unfortunately, the Polish Code of Commercial Companies does not adequately provide for business transactions of this sort. Apart from the general possibility of downstream merger of two limited liabilities companies, an issue which is quite well described in Polish legal doctrine, the article considers many other practical legal issues connected with such mergers. In particular, the authors give careful consideration to the procedure of redemption of own shares acquired by a joint-stock company as a result of a merger with its sole shareholder, arriving at the conclusion that the most effective method of such redemption is providing in the articles of association of the acquiring joint-stock company for redemption of own shares upon the occurrence of a specific event in accordance with article 359 § 6 of the Polish Code of Commercial Companies. The article discusses not only the relevant code provisions, but also the practical legal aspects raised by the Accountancy Act which must be taken into consideration in a downstream merger procedure, especially insofar as it regulates settlement for the redemption of own shares.

Połączenia spółek wchodzących w skład tej samej grupy holdingowej, czyli połączenia spółek dominujących (tzw. spółek matek) ze swoimi spółkami zależnymi (tzw. spółkami córkami) coraz częściej występują w obrocie gospodarczym. Najczęściej powodem decyzji o przeprowadzeniu procedury, w wyniku której dochodzi do ustania bytu prawnego jednego podmio-

tu i przejęcia wszystkich jego praw i obowiązków przez inny, jest potrzeba reorganizacji struktury korporacyjnej i optymalizacja kosztów funkcjonowania całej organizacji. Połączenia tego typu są również istotnym elementem realizacji transakcji tzw. wykupów lewarowanych (ang. *Leveraged Buy Out* – LBO), czyli transakcji, w których nabycie lub objęcie udziałów lub akcji spółki finansowane jest kapitałem dłużnym (najczęściej kredytem bankowym), w tym np. uzyskanym od nabywanej spółki w formie pożyczki[1]. Jednocześnie, w związku z niedostatecznym uregulowaniem przedmiotowych procedur na gruncie polskiego prawa spółek, tego typu praktyka łączy się z wieloma problemami prawnymi, które nie były dotychczas przedmiotem szerszej analizy polskiej doktryny i piśmiennictwa.

1. *Połączenie odwrotne* – downstream merger

Na gruncie regulacji art. 492 § 1 pkt 1k.s.h.[2] analizowane połączenie spółki dominującej ze spółką zależną może być dokonane bądź przez przeniesienie całego majątku spółki zależnej (przejmowanej) na spółkę dominującą przejmującą (tzw. *upstream merger*), bądź w formie połączenia odwrotnego, gdzie cały majątek spółki dominującej podlega przeniesieniu na spółkę zależną (tzw. *downstream merger*). Decyzja o wyborze jednego z wymienionych wariantów niesie istotne konsekwencje nie tylko z prawnego, ale również biznesowego i księgowego punktu widzenia.

W praktyce obrotu gospodarczego często tylko jedna ze spółek uczestniczących w połączeniu prowadzi aktywną działalność operacyjną, zaś druga jest tylko spółką holdingową, której jedynymi aktywami są udziały lub akcje w spółce córce. Jest to szczególnie charakterystyczne dla transakcji LBO, gdzie „kupującym" jest nowo utworzona spółka specjalnego przeznaczenia (ang. *Special Purpose Vehicle* – SPV) zaciągająca finansowanie dłużne (najczęściej kredyt bankowy) przeznaczone na nabycie 100% udziałów w kapitale spółki prowadzącej aktywną działalność gospodarczą.

W tak ukształtowanej strukturze korporacyjnej zastosowanie ścieżki połączenia uproszczonego realizowanego na podstawie art. 516 § 6 k.s.h., w którym spółka dominująca przejmie wszystkie prawa i obowiązki swojej spółki jednoosobowej (tzw. *upstream merger*), prowadzić może do znaczących komplikacji z perspektywy funkcjonowania przedsiębiorstwa spółki przejmowanej. W przedmiotowej strukturze dojdzie bowiem do ustania bytu prawnego podmiotu, który do dnia rejestracji połączenia prowadził aktywną działalność gospodarczą, był stroną zawartych umów handlowych, był płatnikiem i wystawcą faktur, pełnił funkcję pracodawcy, często dysponował licencjami i zezwoleniami administracyjnymi niezbędnymi do wykonywania danej działalności itp. Co prawda, z mocy prawa, w szczególności zgodnie z art. 494 § 1 k.s.h., spółka dominująca z dniem połączenia wstąpi we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej[3], tym niemniej w praktyce konieczne może się okazać dopełnienie szeregu czynności zmierzających do zapewnienia nieprzerwanego toku działalności operacyjnej, takich jak zawiadomienie wszystkich kontrahentów spółki przejmowanej o przeprowadzonej reorganizacji czy dokonanie zmiany wpisów w różnych rejestrach, np. księgach wieczystych czy rejestrze znaków towarowych.

Połączenie typu *upstream merger* skutkuje również poważnymi konsekwencjami prawnymi w stosunkach pracowniczych. Na podstawie regulacji art. 23^1 k.p.[4] pracownicy przejmowanej spółki zależnej będą mogli w terminie 2 miesięcy od rejestracji połączenia, bez wypowiedzenia, a jedynie za siedmiodniowym uprzedzeniem rozwiązać stosunek pracy. Warto również zwrócić uwagę na regulację art. 23^1 § 5 k.p., który dotyczy osób świadczących

1 J. Jerzmanowski, T. Sójka, *„Financial assistance" po nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2008, nr 11, s. 9; M. Przychoda, *Finansowanie przez spółkę nabywania lub obejmowania wyemitowanych przez nią akcji*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2011, nr 11, s. 28.

2 Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 1030 z późn. zm.).

3 M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 1052.

4 Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.).

pracę na rzecz spółek przejmowanych na podstawie innych umów niż umowa o pracę. W praktyce może to dotyczyć w szczególności członków zarządu zatrudnionych na podstawie umowy o charakterze cywilnoprawnym[5]. Podkreślenia wymaga również, że choć co do zasady, zgodnie z regulacją art. 494 § 2 k.s.h. wszystkie koncesje, pozwolenia oraz ulgi należące do spółki przejmowanej powinny przejść z mocy prawa na spółkę przejmującą, ustawy szczególne wprowadzają w tym zakresie liczne wyjątki. W konsekwencji połączenie uproszczone rodzi ryzyko utraty zezwoleń niezbędnych do prowadzenia działalności gospodarczej[6].

Stosując procedurę tzw. *downstream merger*, czyli przejęcia spółki matki przez jej jednoosobową spółkę córkę w trybie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h., można uniknąć negatywnych konsekwencji połączenia dla prowadzonej działalności gospodarczej.

Stosując procedurę tzw. *downstream merger*, czyli przejęcia spółki matki przez jej jednoosobową spółkę córkę w trybie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h., można uniknąć negatywnych konsekwencji połączenia dla prowadzonej działalności gospodarczej. W wyniku takiego połączenia dojdzie do przeniesienia całego majątku spółki dominującej na dotychczasową spółkę zależną w zamian za udziały lub akcje w spółce zależnej, które zostaną wydane dotychczasowym wspólnikom spółki dominującej. Jednocześnie na skutek wykreślenia z rejestru przedsiębiorców – zgodnie z art. 493 k.s.h. następującego z momentem wpisania połączenia do rejestru – dotychczasowa spółka matka utraci swój byt prawny, zaś jej wspólnicy staną się jedynymi udziałowcami spółki przejmującej w miejsce udziałowca, jakim była przejęta spółka dominująca. Takie połączenie wymagać będzie zastosowania pełnej procedury połączenia, obejmującej także podwyższenie kapitału zakładowego spółki przejmującej. Argumentem przemawiającym za tą nieco bardziej skomplikowaną pod względem prawnym procedurą jest to, że dotychczasowa działalność operacyjna spółki córki będzie kontynuowana bez zmian i zakłóceń wywołanych wdrażaną reorganizacją korporacyjną.

Jednocześnie z uwagi na fakt, że spółką przejmującą jest jednoosobowa spółka zależna, w następstwie przejęcia w jej majątku z mocy prawa znajdą się także jej własne udziały lub akcje, które dotąd posiadała spółka dominująca. Na skutek dokonanego w ramach procedury połączenia podwyższenia kapitału zakładowego nie będą już one jednak stanowiły 100% jej kapitału zakładowego, bowiem na kapitał zakładowy spółki przejmującej składać się będą także jej własne udziały (akcje) przejęte z majątku spółki matki. Takie udziały lub odpowiednio akcje własne, które spółka przejmująca nabędzie na

5 Szerzej w szczególności: M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski, *Kodeks Pracy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2014, s. 176; J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks Pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 197.

6 M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek*…, dz. cyt., s. 1053; A. Skoczylas, *Sukcesja praw i obowiązków administracyjnoprawnych przy łączeniu się instytucji finansowych w formie spółki akcyjnej na przykładzie banków (zagadnienia wybrane)*, „Prawo Spółek" 2002, nr 4, s. 17.

skutek połączenia, będą musiały być albo przez nią zbyte, albo umorzone.

2. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako spółka przejmująca w połączeniu odwrotnym

Niestety, problemy prawne związane z przeprowadzeniem połączenia odwrotnego jako sposobem reorganizacji grupy kapitałowej nie były dotychczas przedmiotem szerszej analizy doktryny i piśmiennictwa. Wypowiedzi przedstawicieli nauki prawa skupiały się w większości na próbie odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność takiego rodzaju fuzji[7], w szczególności w sytuacji, gdy spółką przejmującą jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością[8]. Kodeks spółek handlowych nie zawiera bowiem regulacji w przedmiocie obejmowania lub nabywania przez spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udziałów własnych (stanowiącego na gruncie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. niezbędny element połączenia odwrotnego). Skutkuje to w praktyce poważną wątpliwością prawną, co powinno stać się z takimi „udziałami własnymi" nabytymi w drodze sukcesji uniwersalnej w wyniku połączenia. W jakim trybie powinny być one umorzone? Czy w świetle braku jakichkolwiek regulacji w tym zakresie na gruncie polskiego prawa w ogóle możliwa jest realizacja połączenia odwrotnego z udziałem dwóch spółek z o.o.?

Kodeks spółek handlowych nie zawiera regulacji w przedmiocie obejmowania lub nabywania przez spółki z ograniczoną odpowiedzialnością udziałów własnych. Skutkuje to w praktyce poważną wątpliwością prawną, co powinno stać się z takimi „udziałami własnymi" nabytymi w drodze sukcesji uniwersalnej w wyniku połączenia.

W związku z ww. wątpliwościami w polskim piśmiennictwie wyrażane są poglądy, w myśl których nabycie udziałów własnych w drodze sukcesji uniwersalnej nie jest objęte zakresem art. 200 § 1 k.s.h.[9], wskazujące na możliwość zastosowania do

7 W szczególności: A. Szumański (w:) S. Sołtysiński i in., *Kodeks spółek handlowych*, t. 4, *Komentarz do artykułów 459–633*, Warszawa 2004, s. 199; P. Pinior, *Przejęcie spółki dominującej przez spółkę zależną*, „Prawo Spółek" 2007, nr 10, s. 21–29; K. Solarz, *O dopuszczalności* downstream mergers *w świetle regulacji Kodeksu spółek handlowych*, „Biuletyn Prawa Spółek" 2012, nr 3, s. 3–12; R.L. Kwaśnicki, *Przejęcie spółki dominującej przez jej spółkę zależną tzw. down stream merger*, „Radca Prawny" 2006, nr 5, s. 47. Aspekty rachunkowe połączenia odwrotnego przedstawiła M. Janowicz, *Przejęcia odwrotne – wybrane zagadnienia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse. Rynki finansowe. Ubezpieczenia" 2011, nr 41, s. 131–139.

8 Zob. M. Mazgaj, *Przejęcie spółki dominującej przez jej zależną spółkę z o.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2011, nr 10, s. 43–47; M. Pyka, *Przejęcie dominującej spółki akcyjnej przez jej zależną spółkę z o.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2013, nr 12, s. 52–57.

9 A. Szumański (w:) S. Sołtysiński i in., *Kodeks spółek handlowych*…, t. 4, dz. cyt., s. 214; M. Mazgaj, *Przejęcie spółki*…, dz. cyt., s. 44.

spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przepisów art. 362 § 1 pkt 3 k.s.h. w drodze analogii[10] lub uznające takie nabycie udziałów własnych za „inny przypadek ustawowy", o którym mowa w art. 200 k.s.h.[11] Jednocześnie na podstawie regulacji art. 362 § 1 pkt 3 k.s.h. spółka akcyjna może nabywać wyemitowane przez nią akcje (akcje własne) w przypadku tzw. sukcesji uniwersalnej, w szczególności w przypadku połączenia z inną spółką[12]. A zatem w sytuacji spółki akcyjnej możliwość nabycia akcji własnych w drodze sukcesji uniwersalnej wynikającej z połączenia odwrotnego nie budzi najmniejszych wątpliwości. W konsekwencji najczęstszym zaobserwowanym rozwiązaniem przedmiotowego problemu jest przekształcenie spółki przejmującej w spółkę akcyjną[13]. Tym samym dotychczasowe teoretyczne rozważania na ten temat – generalnie dopuszczające możliwość przeprowadzania przedmiotowych połączeń przez spółki z o.o. – nie przekładają się na potrzeby obrotu gospodarczego.

Na marginesie prowadzonej analizy można odnotować, że ustawodawca, dopuszczając na gruncie art. 492 k.s.h. możliwość przeprowadzania połączeń odwrotnych z udziałem spółek z o.o. jako spółek przejmujących, nie przewidział, że będą one przeprowadzane w praktyce, stąd brak regulacji wykonawczych. W związku z powyższym zasadne wydaje się postawienie postulatu *de lege ferenda* nowelizacji k.s.h. w tym zakresie – celem wyeliminowania przedmiotowej luki.

3. Akcje własne w procesie połączenia odwrotnego

Mając na uwadze wskazane powyżej aspekty, w dalszych rozważaniach skoncentrujemy się na problemach związanych z realizacją połączeń odwrotnych, w których spółką przejmującą jest spółka akcyjna. Dodatkowo warto zauważyć, że zagadnieniu nabywania akcji własnych w ramach *downstrem merger* poświęcono dotychczas stosunkowo niewiele miejsca w piśmiennictwie prawniczym[14], zaś zagadnienie wpływu połączenia odwrotnego na kapitały własne spółki kapitałowej wydaje się całkowicie pomijane. Dlatego też w dalszej części niniejszego artykułu analizie poddane zostaną sposoby umorzenia akcji własnych nabytych w drodze połączenia oraz metody rozliczenia straty wynikającej z umorzenia takich akcji.

Jak zostało już wskazane uprzednio, ustawodawca nie przewidział oddzielnych regulacji k.s.h. dla realizacji połączenia odwrotnego. Tym samym podstawą

Zagadnieniu nabywania akcji własnych w ramach *downstrem merger* poświęcono dotychczas stosunkowo niewiele miejsca w piśmiennictwie prawniczym, zaś zagadnienie wpływu połączenia odwrotnego na kapitały własne spółki kapitałowej wydaje się całkowicie pomijane.

10 M. Pyka, *Przejęcie*..., dz. cyt., s. 55.

11 P. Pinior, *Przejęcie spółki*..., dz. cyt., s. 55.

12 Por. M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek*..., dz. cyt., s. 722.

13 A. Szumański (w:) S. Sołtysiński i in., *Kodeks spółek handlowych*..., t. 4, dz. cyt., s. 215.

14 J. Jerzmanowski, *Umorzenie akcji własnych nabytych przez spółkę przejmującą w toku połączenia odwrotnego*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2013, nr 8, s. 44–49.

prawną *downstream merger*, w które zaangażowane są spółki kapitałowe, jest art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. Nie budzi przy tym wątpliwości, iż jedynym sposobem dokonania połączenia odwrotnego jest przeniesienie całego majątku spółki dominującej na spółkę zależną w zamian za udziały lub akcje, które spółka zależna wydaje wspólnikom spółki dominującej, a wyjątek z art. 362 § 1 pkt 3 k.s.h. jest w doktrynie wprost odnoszony do sytuacji nabycia akcji własnych w sytuacji połączenia ze spółką, która była akcjonariuszem spółki przejmującej[15]. Dopuszczalność takiego rozwiązania nie sprawia jednak, że posiadanie akcji własnych nabytych w drodze połączenia odwrotnego jest sytuacją pożądaną, niezwiązaną z jakimikolwiek problemami prawnymi i rachunkowymi.

Regulacje k.s.h., dopuszczając posiadanie akcji własnych, *expressis verbis* wskazują, że akcje takie należy umieścić w bilansie spółki w osobnej pozycji kapitału własnego w wartości ujemnej. Jednakże posiadanie akcji własnych, nawet nabytych zgodnie z przepisami prawa, powinno pozostawać sytuacją wyjątkową i akcje takie należy zbyć lub umorzyć z zachowaniem ustawowych terminów[16]. Co prawda, część autorów opowiada się za dopuszczalnością wydania akcji własnych nabytych w wyniku połączenia odwrotnego wspólnikom spółki przejmowanej[17], lecz *de lege lata* takie stanowisko wydaje się nieuzasadnione. Zgodnie z obecnymi regulacjami akcje własne nabyte na skutek rejestracji *downstream merger* powinny więc zostać zbyte albo umorzone[18].

15 M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek*…, dz. cyt., s. 726.

16 S. Sołtysiński (w:) tenże i in., *Kodeks spółek handlowych*, t. 3, *Komentarz do artykułów 301–45*, Warszawa 2008, s. 550.

17 P. Pinior, *Przejęcie spółki*…, dz. cyt., s. 26; A. Helin, K. Zorde, A. Bernaziuk, R. Kowalski, *Fuzje i przejęcia spółek kapitałowych – zagadnienia rachunkowe i podatkowe*, Warszawa 2010, s. 113–114; A. Szyszka, *Wykup kredytowany spółki (LBO) – problemy z długiem*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2003, nr 1, s. 117–118; J. Jerzmanowski, *Podwyższenie kapitału zakładowego spółki przejmującej w toku tzw. połączenia odwrotnego – glosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Kaliszu z 15.12.2009 r. (VI Ga 71/109)*, glosa, s. 85; J. Jerzmanowski, *Umorzenie akcji*…, dz. cyt., s. 44.

18 Tak również M. Mazgaj, *Przejęcie spółki*…, dz. cyt., s. 45, który wskazywał na konstrukcje niemieckie jako bardziej funkcjonalne w tym zakresie.

Pod względem prawnym najprostszym sposobem pozbycia się przez spółkę akcji własnych jest ich zbycie. Zarówno treść art. 363 § 4 zd. 2 k.s.h., jak i art. 364 § 2 k.s.h. wskazują, że rozwiązanie takie jest preferowane przez ustawodawcę[19]. Zbycie akcji własnych nabytych w wyniku połączenia odwrotnego, oprócz rozwiązania problemu posiadania akcji własnych, teoretycznie umożliwia spółce pozyskanie dodatkowych środków[20]. Jednakże działanie takie, w szczególności w sytuacji, gdy zarówno spółka przejmująca, jak i przejmowana są spółkami jednoosobowymi, jest gospodarczo nieuzasadnione i nie sposób oczekiwać, że będzie to rozwiązanie często spotykane w obrocie. Najważniejszym środkiem eliminacji akcji własnych nabytych w drodze sukcesji uniwersalnej pozostaje więc ich umorzenie. Jednak zanim podjęte zostaną pierwsze kroki w tym kierunku, należy odpowiedzieć na pytanie o właściwą podstawę prawną i wybór najefektywniejszej metody umorzenia akcji własnych.

Badając zagadnienie umorzenia akcji własnych nabytych w wyniku połączenia odwrotnego, Jędrzej Jerzmanowski wskazał, że mimo iż akcje takie nie zostały nabyte w celu umorzenia, dopuszczalne jest ich umorzenie na podstawie uchwały walnego zgromadzenia, niezależnie od regulacji art. 363 § 5 k.s.h.[21] Nie kwestionując słuszności tego poglądu, należy zauważyć, że pewne wątpliwości może budzić dopuszczalność takiego sposobu umorzenia akcji w kontekście zakazu wykonywania praw udziałowych z akcji własnych. Choć J. Jerzmanowski twierdzi, że proponowane przez niego rozwiązanie nie stanowi ani umorzenia dobrowolnego, ani przymusowego, należy uznać, że spółka musi wyrazić choćby milczącą zgodę na dokonanie czynności prowadzących do umorzenia akcji własnych. Zgoda taka stanowi natomiast wykonywanie praw udziałowych[22], które nie mieści się w ramach wyjątków przewidzianych w art. 364 § 2 k.s.h.

19 S. Sołtysiński (w:) tenże i in., *Kodeks spółek handlowych*…, t. 3, dz. cyt., s. 558.

20 J. Jerzmanowski, *Umorzenie akcji*…, dz. cyt., s. 45.

21 Tamże, s. 46.

22 Zgodnie z przyjętym poglądem art. 364 § 2 k.s.h. powoduje zawieszenie zarówno praw majątkowych, jak i organizacyjnych,

Alternatywą dla sposobu przedstawionego powyżej może być wprowadzenie do statutu spółki przejmującej postanowień umożliwiających dokonanie umorzenia automatycznego akcji własnych, zgodnie z art. 359 § 6 k.s.h. Zdarzeniem, które powodowałoby umorzenie akcji, byłoby nabycie akcji własnych w drodze sukcesji uniwersalnej[23], czyli zgodnie z art. 493 § 2 k.s.h. w związku z art. 494 § 1 k.s.h. i trybem umorzenia są określone w statucie spółki. Ponadto możliwość przeprowadzenia umorzenia automatycznego jest wprost przewidziana w przepisach k.s.h. i dla wskazania podstawy prawnej nie ma potrzeby odwoływania się do „założeń aksjologicznych, które należy przypisywać prawodawcy"[24]. Co więcej, zastosowanie procedury umorzenia automatycznego pozwala umorzyć akcje własne bez-

Alternatywą może być wprowadzenie do statutu spółki przejmującej postanowień umożliwiających dokonanie umorzenia automatycznego akcji własnych.

dokonanie wpisu połączenia do rejestru właściwego dla spółki przejmującej. Niezwłocznie po dniu połączenia zarząd spółki przejmującej powinien podjąć uchwałę, o której mowa w art. 359 § 7 k.s.h., w której potwierdziłby, że nastąpiło zdarzenie powodujące umorzenie, w związku z czym kapitał zakładowy spółki powinien ulec obniżeniu.

Niewątpliwą zaletą proponowanego rozwiązania jest uniknięcie wszelkich zarzutów dotyczących ograniczeń w wykonywaniu praw udziałowych z akcji własnych. Z założenia umorzenie automatyczne, do którego stosuje się przepisy o umorzeniu przymusowym, nie wymaga zgody akcjonariusza, którego akcje są umarzane. Dokonuje się ono niezależnie od stanowiska spółki, której akcje własne są umarzane. Wszelkie szczegóły związane z przesłankami pośrednio po ich nabyciu, bez konieczności oczekiwania na upływ okresu, o którym mowa w art. 363 § 4 k.s.h. Powyższe przesłanki sprawiają, że – jak się wydaje – w praktyce jest to najczęściej stosowany tryb umorzenia akcji własnych nabytych w wyniku *downstream merger*, pomimo niedogodności związanej z uprzednią modyfikacją statutu spółki celem wprowadzenia regulacji dopuszczającej takie umorzenie.

W kontekście zastosowania konstrukcji umorzenia automatycznego w stosunku do akcji własnych nabytych w drodze połączenia odwrotnego wątpliwości może budzić kwestia odpłatności za umarzane akcje. Z uwagi na fakt, że do umorzenia automatycznego należy stosować przepisy o umorzeniu przymusowym, zasadą jest, iż akcjonariuszowi za umarzane akcje przysługuje wynagrodzenie w wysokości określonej w art. 359 § 2 k.s.h. Jednakże w wyniku połączenia odwrotnego poprzedzonego wprowadzeniem do statutu zmian przewidujących umorzenie automatyczne powstaje sytuacja prawna, w której wypłata wynagrodzenia za akcje umarzane automatycznie jest nie tylko zbędna, ale wręcz niedopuszczalna. Umorzenie automatyczne dotyczy

do których bez wątpienia należy zaliczyć prawo do wyrażenia zgody na umorzenie akcji własnych; por. stanowisko S. Sołtysińskiego w kwestii znaczenia zwrotu „prawa udziałowe" (w:) tenże i in, *Kodeks spółek handlowych*, t. 3, dz. cyt., s. 564.

23 W przypadku spółki jednoosobowej, której jedynym wspólnikiem jest spółka kapitałowa, oprócz połączenia odwrotnego nie ma innej możliwości nabycia akcji własnych w drodze sukcesji uniwersalnej, w innych spółkach jest to sytuacja bardzo mało prawdopodobna.

24 J. Jerzmanowski, *Umorzenie akcji*..., dz. cyt., s. 45.

bowiem akcji własnych spółki, z których nie powinna ona wykonywać praw udziałowych. Z zastrzeżeniem wyjątków wprost wskazanych w art. 364 § 2 k.s.h. – niedopuszczalne są jakiekolwiek działania zmierzające do realizacji interesów związanych z posiadaniem takiego prawa[25]. Tym samym dokonanie wypłaty za umarzane akcje stałoby w sprzeczności z tym przepisem. Ponadto z uwagi na fakt, że wynagrodzenie za umarzane akcje wypłacane jest przez spółkę, w opisywanej sytuacji spółka musiałaby sama sobie wypłacić takie wynagrodzenie, co tworzyłoby sytuację absurdalną.

W pełni należy zgodzić się z poglądem Mateusza Rodzynkiewicza odrzucającym możliwość nieodpłatnego umorzenia automatycznego nawet w sytuacji, gdy akcjonariusz wyraża na to zgodę[26]. Jednakże w sytuacji, w której na skutek wykorzystania swobody określenia zdarzenia, od którego uzależnia się umorzenie akcji, umorzenie automatyczne dotyczy akcji, które w wyniku połączenia odwrotnego stały się akcjami własnymi, brak wynagrodzenia nie wynika z działania uprawnionego akcjonariusza, ale znajduje oparcie wprost w przepisach k.s.h.

4. *Postępowanie konwokacyjne*

Obniżenie kapitału zakładowego spółki kapitałowej jest co do zasady związane z koniecznością przeprowadzenia postępowania konwokacyjnego – stosownie do przepisów art. 264 i odpowiednio art. 456 k.s.h. W przypadku spółki akcyjnej kodeks spółek handlowych przewiduje jednak szereg wyjątków, w których mimo obniżenia kapitału zakładowego zarząd nie jest zobowiązany do wezwania wierzycieli do zgłaszania roszczeń wobec spółki. W kontekście niniejszych rozważań istotnym zagadnieniem jest kwestia, czy spółka ma obowiązek przeprowadzenia postępowania konwokacyjnego także w wypadku umorzenia automatycznego akcji własnych nabytych w wyniku połączenia odwrotnego.

Nie ma wątpliwości, iż w wypadku zastosowania procedury przewidzianej w art. 363 § 5 k.s.h. postępowanie konwokacyjne nie powinno być prowadzone[27]. Wynika to wprost z brzmienia art. 457 § 1 pkt 3 k.s.h. Należy jednak uznać, że także wtedy, gdy akcje własne nabyte w wyniku połączenia odwrotnego podlegają umorzeniu automatycznemu, spółka nie ma obowiązku wezwania wierzycieli do zgłoszenia roszczeń zgodnie z art. 456 k.s.h. Choć zasadą jest, że umorzenie automatyczne powinno się łączyć z wypłatą wynagrodzenia na rzecz akcjonariusza, którego akcje podlegają umorzeniu, w opisanej powyżej specyficznej sytuacji umorzenia automatycznego akcji własnych wypłata wynagrodzenia jest niedopuszczalna z uwagi na treść art. 364 § 2 k.s.h. Spółka za umarzane akcje nie otrzymuje żadnych świadczeń, w związku z czym uzasadnione jest stwierdzenie, iż zachodzi sytuacja, o której mowa w art. 360 § 2 pkt 3 k.s.h., pozwalająca na obniżenie kapitału zakładowego bez postępowania konwokacyjnego. W tym miejscu należy zaznaczyć, że słuszny jest pogląd Macieja Goszczyka dopuszczający zastosowanie tego przepisu także w sytuacji, gdy akcjonariuszom nie są wydawane świadectwa użytkowe[28]. Jeżeli bowiem ustawodawca uznał, że interesy wierzycieli będą zabezpieczone, a tym samym możliwa jest rezygnacja z postępowania konwokacyjnego, w sytuacji, w której za umarzane akcje akcjonariusz otrzymuje świadectwa użytkowe, brak jest jakichkolwiek podstaw dla uznania, że spółka, w której przy umarzaniu akcji zrezygnowano nawet z takiego świadczenia na rzecz akcjonariusza, powinna podlegać regulacjom surowszym.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż nie znajduje uzasadnienia w przepisach k.s.h. ograniczenie zastosowania art. 360 § 2 k.s.h. tylko do umorzenia dobrowolnego[29]. Artykuł 360 § 2 pkt 3 k.s.h. stanowi, że postępowanie konwokacyjne nie jest prowadzone, jeśli umorzenie następuje bez jakichkolwiek świadczeń na rzecz akcjonariusza, nie wspominając o przyczynach, dla których zobowiązanie do takiego świadczenia nie powstaje. Oceniając możliwość za-

25 D. Dąbrowski, *Nabywanie akcji własnych przez spółkę akcyjną*, Warszawa 2010, s. 206.

26 M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek*…, dz. cyt., s. 715.

27 J. Jerzmanowski, *Umorzenie akcji*…, dz. cyt., s. 46.

28 M. Goszczyk, *Zmiany statutu i kapitału w spółce akcyjnej. Art. 430–458 k.s.h. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 595.

29 S. Sołtysiński (w:) tenże i in., *Kodeks spółek handlowych*, t. 3, dz. cyt., s. 519.

stosowania art. 360 § 2 pkt 3 k.s.h., należy więc brać pod uwagę tylko to, czy na rzecz akcjonariusza powinno zostać spełnione jakiekolwiek świadczenie, a nie z jakiej przyczyny obowiązek takiego świadczenia nie powstał[30]. O ile można mieć wątpliwości co do dopuszczalności dobrowolnego zrzeczenia się roszczeń przysługujących akcjonariuszom w ramach umorzenia przymusowego[31], nie powinna być kwestionowana możliwość nieodpłatnego umorzenia akcji, jeśli wynika to z przepisów prawa. Taka sytuacja zachodzi przy umorzeniu automatycznym akcji własnych, co do których art. 364 § 2 k.s.h. wyłącza możliwość wykonywania praw udziałowych. Choć do umorzenia automatycznego stosuje się przepisy o umorzeniu przymusowym, nakazujące w szczególności wypłatę wynagrodzenia za umarzane akcje, umorzenie automatyczne akcji własnych nabytych w wyniku połączenia odwrotnego nie rodzi obowiązku spełnienia jakiegokolwiek świadczenia na rzecz akcjonariusza, którego akcje są umarzane. Wypłata jakiegokolwiek wynagrodzenia jest w takiej sytuacji niedopuszczalna z uwagi na treść art. 364 § 2 k.s.h. W takich okolicznościach w pełni uzasadnione jest zatem zastosowanie art. 360 § 2 pkt 3 k.s.h., co przesądza o braku konieczności przeprowadzania tzw. postępowania konwokacyjnego w analizowanej procedurze połączenia odwrotnego.

5. *Skutki umorzenia akcji własnych dla kapitałów własnych spółki*

W ramach planowania zmiany struktury korporacyjnej grupy w drodze połączenia odwrotnego w praktyce niezbędne jest, oprócz analizy dopuszczalności takiego połączenia oraz możliwości umorzenia akcji własnych, zbadanie wpływu takich operacji na kapitały własne spółki, w tym na zdolność dywidendową spółki przejmującej. Jest to zagadnienie o szczególnej wadze zwłaszcza w sytuacji, gdy wartość księgowa akcji własnych nabywanych w wyniku połączenia odwrotnego jest znacznie wyższa od ich wartości nominalnej i akcje te stanowią przeważającą część majątku spółki przejmowanej. Przypadek taki zachodzi najczęściej, gdy spółka dominująca jest spółką specjalnego przeznaczenia, a połączenie odwrotne ma na celu uproszczenie struktury korporacyjnej. Analiza tego zagadnienia wymaga przy tym odwołania się przede wszystkim do właściwych przepisów ustawy o rachunkowości[32].

Zgodnie z art. 36a ust. 2 zd. 2 ustawy o rachunkowości w przypadku umorzenia akcji własnych[33] ujemną różnicę pomiędzy ich wartością nominalną a ceną ich nabycia należy ująć jako zmniejszenie kapitału zapasowego, a pozostałą część ujemnej różnicy, przewyższającą kapitał zapasowy, jako stratę z lat ubiegłych. Rejestracja obniżenia kapitału zakładowego wynikającego z umorzenia automatycznego akcji własnych powoduje w pierwszej kolejności zmniejszenie kapitału podstawowego o wartość nominalną umorzonych akcji[34]. W sytuacji, gdy wartość księgowa umorzonych akcji przewyższa ich wartość nominalną, pojawia się wartość ujemna, zmniejszająca kapitał zapasowy. Dopiero jeżeli wartość księgowa umorzonych akcji przekracza sumę ich wartości nominalnej oraz istniejącego w spółce kapitału zapasowego, pozostałą kwotę należy ująć jako stratę z lat ubiegłych.

Przepisy k.s.h. w połączeniu z regulacjami ustawy o rachunkowości nakazują więc rozliczenie połączenia odwrotnego w bardzo niekorzystny dla spółki sposób. Połączenie dwóch spółek będących w dobrej kondycji finansowej, co odzwierciedlone jest w wartości księgowej akcji spółki przejmującej posiadanych przez spółkę przejmowaną, sprawia, że spółka przejmująca może odnotować na koniec roku obrotowego stratę. W przypadku gdy spółkę przejmowaną obciąża kredyt bankowy, zaś jej jedynym majątkiem są akcje spółki przejmującej – co występuje często, zwłaszcza w przypadku gdy dane

30 Oczywiście z zastrzeżeniem, że brak świadczenia na rzecz akcjonariusza w zamian za umorzone akcje jest zgodny z prawem.

31 W. Popiołek (w:) J. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 1071.

32 Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 330 z późn. zm.).

33 Niezależnie od przyjętego sposobu przeprowadzenia umorzenia tych akcji.

34 E. Walińska (red.), *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2016.

połączenie odwrotne jest konsekwencją realizacji wzmiankowanych już transakcji wykupów lewarowanych – realizacja połączenia niekiedy będzie wręcz prowadziła do powstania tzw. ujemnych kapitałów własnych, co na gruncie regulacji art. 11 ust. 2 prawa upadłościowego[35] może nawet stanowić przesłankę upadłości spółki[36]. Z kolei z punktu widzenia akcjonariuszy skutkuje to sytuacją, że spółka, w którą zainwestowali, traci zdolność dywidendową – pomimo bardzo dobrych wyników działalności operacyjnej, wyłącznie na skutek rozliczeń bilansowych – i musi szukać sposobów na pokrycie zaistniałej straty. Paradoksem przedmiotowej regulacji jest przy tym fakt, że im lepsza jest kondycja finansowa spółki, a tym samym większa dodatnia różnica pomiędzy wartością księgową akcji spółki przejmującej a ich wartością nominalną, tym większa strata zostanie odnotowana przez taką spółkę po przeprowadzeniu połączenia odwrotnego i umorzeniu akcji własnych.

Strata, o której mowa w art. 36a ust. 2 ustawy o rachunkowości, powstaje więc – w sytuacji opisanej powyżej – niejako w sztuczny sposób i w żadnym razie nie odzwierciedla rzeczywistej kondycji finansowej spółki. Jednakże tak wykreowana strata, przy braku dodatkowych działań ze strony akcjonariuszy, powinna być pokrywana każdego roku z zysku netto wypracowanego przez spółkę. W konsekwencji przeprowadzenie połączenia odwrotnego w świetle przywołanej regulacji ustawy o rachunkowości może na kilka lat uniemożliwić spółce wypłatę dywidendy.

W takiej sytuacji korzystnym dla spółki i jej akcjonariuszy rozwiązaniem może być obniżenie kapitału zakładowego, w celu pokrycia takiej straty, przeprowadzone w drodze umorzenia dobrowolnego akcji bez wynagrodzenia – w trybie art. 359 k.s.h. w związku z art. 360 § 2 k.s.h. – o wynikającą z zatwierdzonego sprawozdania finansowego spółki kwotę równą stracie netto spółki za dany rok obrotowy, wyliczonej jako różnica pomiędzy zyskiem wypracowanym przez spółkę[37] a stratą z lat ubiegłych wynikającą z zastosowania art. 36a ustawy o rachunkowości. Podejmując uchwałę, o której mowa w art. 395 § 2 pkt 2 k.s.h., zwyczajne walne zgromadzenie może zdecydować, że strata zostanie pokryta w drodze obniżenia kapitału zakładowego. W tym celu na tym samym walnym zgromadzeniu powinna zostać podjęta uchwała o obniżeniu kapitału zakładowego, przy czym nie jest konieczne dodawanie postanowienia o utworzeniu kapitału rezerwowego w wysokości straty, która ma zostać pokryta[38]. Po zarejestrowaniu takiego obniżenia kapitału zakładowego strata wynikająca z umorzenia akcji własnych zostaje pokryta, a spółka, przy założeniu, że w kolejnych latach będzie w stanie wypracować zysk, odzyska zdolność dywidendową.

Przepisy k.s.h. w połączeniu z regulacjami ustawy o rachunkowości nakazują rozliczenie połączenia odwrotnego w bardzo niekorzystny dla spółki sposób.

35 Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., nr 233 z późn. zm.).

36 Porównaj A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2011; Z. Świeboda, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 38, S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 41.

37 Przy założeniu, że spółka taki zysk osiąga.

38 M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek…*, dz. cyt., s. 1019.

Dodatkowo należy zauważyć, że zgodnie z art. 396 § 4 k.s.h. statut może przewidywać tworzenie kapitałów rezerwowych na pokrycie szczególnych strat lub wydatków. Kapitały takie powinny być tworzone przede wszystkim z zysku spółki[39]. Jednocześnie przepisy kodeksu spółek handlowych przewidują możliwość utworzenia kapitału rezerwowego także w wyniku obniżenia kapitału zakładowego spółki. Wysokość straty z lat ubiegłych, którą spółka odnotuje zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy o rachunkowości w wyniku umorzenia akcji własnych nabytych w drodze połączenia odwrotnego, znana jest już w momencie podejmowania przez zarząd uchwały potwierdzającej umorzenie automatyczne akcji własnych. W związku z powyższym na tle obowiązujących przepisów k.s.h. za dopuszczalne należy uznać podjęcie przez walne zgromadzenie spółki uchwały o obniżeniu kapitału zakładowego o kwotę odpowiadającą stracie z tytułu umorzenia akcji własnych oraz utworzeniu kapitału rezerwowego na pokrycie strat[40]. Z uwagi na fakt, że obniżenie kapitału zakładowego następowałoby bez wypłaty wynagrodzenia na rzecz akcjonariuszy, których akcje zostają umorzone, zastosowanie znajdzie art. 360 § 2 pkt 1 lub pkt 3 k.s.h.[41] W konsekwencji spółka nie byłaby zobowiązana do prowadzenia postępowania konwokacyjnego. Kwota uzyskana z obniżenia kapitału zakładowego w trybie opisanym powyżej zostałaby przelana na kapitał rezerwowy na pokrycie strat – zgodnie z art. 457 § 2 k.s.h. Na podstawie art. 457 § 3 zd. 2 k.s.h. wyłączone zostaje ograniczenie dopuszczalnej wysokości kapitału rezerwowego utworzonego w drodze obniżenia kapitału zakładowego, a jedynym limitem pozostawałby art. 308 § 1 k.s.h.

Korzystnym dla spółki i jej akcjonariuszy rozwiązaniem może być obniżenie kapitału zakładowego, w celu pokrycia straty, przeprowadzone w drodze umorzenia dobrowolnego akcji bez wynagrodzenia.

Kolejnym krokiem zmierzającym do pokrycia straty wynikającej z umorzenia akcji własnych jest rozwiązanie kapitału rezerwowego. Choć zarówno utworzenie, jak i rozwiązanie kapitału rezerwowego następuje w tym samym roku obrotowym, w przepisach k.s.h. brak jest regulacji, które ograniczałyby dopuszczalność takiego działania. Nie wydaje się więc słuszne stanowisko wykluczające możliwość pokrycia bieżącej straty powstałej w ciągu roku obrotowego kwotą uzyskaną z obniżenia kapita-

39 S. Sołtysiński (w:) tenże i in., *Kodeks spółek handlowych*, t. 3, dz. cyt., s. 396.

40 Nic nie stoi na przeszkodzie, by walne zgromadzenie odbyło się bezpośrednio po podjęciu przez zarząd uchwały, o której mowa w art. 359 § 7, a obniżenie kapitału zakładowego związane zarówno z umorzeniem automatycznym akcji, jak i utworzeniem kapitału rezerwowego, zostało zgłoszone do sądu rejestrowego jednym wnioskiem. Wymagana jest oczywiście ścisła współpraca akcjonariuszy, w związku z czym opisywany scenariusz znajdzie zastosowanie przede wszystkim w spółkach jednoosobowych.

41 Wybór właściwej podstawy zależy od konkretnej sytuacji, przy czym wydaje się, że pomiędzy tymi postanowieniami nie ma sprzeczności, gdyż umorzenie akcji własnych nabytych nieodpłatnie w celu umorzenia sprawia, że umorzenie następuje bez jakichkolwiek świadczeń na rzecz akcjonariuszy.

łu zakładowego[42]. Pogląd taki uzasadniony został „zasadą ochrony majątku spółki", której celem jest w szczególności zapewnienie ochrony interesów wierzycieli spółki. Jednakże w wypadku umorzenia akcji własnych nabytych w drodze połączenia odwrotnego i pokrycia powstałej w ten sposób straty w sposób opisany powyżej – zasada ta nie doznaje uszczerbku. Należy bowiem podkreślić, że rozwiązanie kapitału rezerwowego i pokrycie nim straty z lat ubiegłych, o której mowa w art. 36a ust. 2 ustawy o rachunkowości, nie prowadzi do naruszenia interesów wierzycieli spółki, ale pozwala na przedstawienie w sprawozdaniu finansowym rzeczywistej sytuacji finansowej spółki. Uniknięcie konieczności uwzględniania straty powstałej jedynie w związku z koniecznością stosowania niefunkcjonalnych przepisów nie prowadzi do przekazania akcjonariuszom majątku spółki, ale jest metodą pozwalającą na dysponowanie wypracowanym przez spółkę zyskiem zgodnie z aktualnymi potrzebami. Należy podkreślić, że dopuszczalność pokrycia takiej straty kapitałem rezerwowym jest uzasadniona także faktem, że już w momencie podejmowania uchwały o obniżeniu kapitału zakładowego i utworzeniu kapitału rezerwowego wysokość straty jest dokładnie znana zarówno zarządowi spółki, jak i akcjonariuszom podejmującym stosowne uchwały. Oczekiwanie na zakończenie roku obrotowego w celu uwzględnienia tak powstałej straty w sprawozdaniu finansowym byłoby zachowaniem nieracjonalnym.

Z praktycznego punktu widzenia istotnym zagadnieniem związanym z pokrywaniem straty wynikającej z umorzenia akcji własnych kapitałem rezerwowym jest możliwość utworzenia i rozwiązania tego kapitału w trakcie jednego roku obrotowego. Jeśli spółka osiąga z działalności operacyjnej zysk, to po zakończeniu roku obrotowego powinien on zostać zsumowany ze stratą z lat ubiegłych i pomniejszyć tę stratę. Kapitał rezerwowy tworzony w drodze obniżenia kapitału zakładowego w sposób, o którym mowa w art. 360 § 2 k.s.h., może być zgodnie z art. 457 § 2 k.s.h. wykorzystany jedynie na pokrycie strat. Zakończenie roku obrotowego przed rozwiązaniem kapitału rezerwowego w celu pokrycia straty powoduje, że na kapitale rezerwowym pozostanie kwota odpowiadająca wysokością zyskowi wypracowanemu przez spółkę w danym roku. Tym samym na gruncie obowiązujących przepisów k.s.h. kwota ta zostanie niejako zablokowana na tym kapitale. Jeśli mamy do czynienia z prawidłowo działającą, przynoszącą zyski spółką, strata może się nie pojawić przez wiele lat, a tym samym kapitał rezerwowy pozostanie niewykorzystany. Sytuacja taka nie znajduje jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia, aczkolwiek może wystąpić na gruncie obowiązujących przepisów będących przedmiotem niniejszej analizy.

6. *Podsumowanie*

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy podkreślić raz jeszcze, że połączenie odwrotne jest coraz częściej stosowaną metodą przeprowadzania zmian w strukturze korporacyjnej grupy spółek, której wykorzystanie jest uzasadnione potrzebami obrotu. Jak się wydaje, polski ustawodawca, tworząc regulacje dotyczące połączenia, nie uwzględnił jednak w dostatecznym stopniu sytuacji, w których spółka zależna przejmuje spółkę dominującą. Powoduje to liczne komplikacje i wątpliwości oraz niemal równie liczne wnioski *de lege ferenda*[43]. Pomimo wielu niedogodności praktyka wypracowuje jednak pewne rozwiązania, pozwalające na bezpieczne stosowanie konstrukcji połączenia odwrotnego. Zazwyczaj działania te zakładają uprzednie przekształcenie spółki przejmującej w spółkę akcyjną.

W związku z tym, że k.s.h. nie przewiduje możliwości wydawania akcji nabytych w drodze połączenia wspólnikom spółki przejmowanej, zasadne jest wypracowanie rozwiązań, które będą pozwalały na szybkie i efektywne umorzenie tych akcji w sposób, który nie będzie budził wątpliwości prawnych sądu rejestrowego. Należy uznać, iż najskuteczniejszą metodą jest wprowadzenie do statutu postanowień umożliwiających umorzenie automa-

42 A. Opalski, *Kapitał zakładowy. Zysk. Umorzenie*, Warszawa 2002, s. 187.

43 M. Mazgaj, *Przejęcie spółki…*, dz. cyt., s. 46–47; M. Pyka, *Przejęcie…*, dz. cyt., s. 58; K. Solarz, *O dopuszczalności…*, dz. cyt., s. 12; J. Jerzmanowski, *Umorzenie akcji…*, dz. cyt., s. 49.

tyczne akcji własnych, przy czym zdarzeniem, którego ziszczenie się pozwalałoby na podjęcie przez zarząd uchwały o obniżeniu kapitału zakładowego, stanowiłby wpis połączenia do właściwego rejestru.

Umorzenie akcji własnych nabytych w wyniku połączenia odwrotnego rodzi natomiast problem rozliczenia straty, jaka zostanie odnotowana, gdy wartość księgowa nabywanych akcji przewyższa ich wartość nominalną. W pełni uzasadnione i racjonalne ekonomicznie jest w takiej sytuacji obniżenie kapitału zakładowego spółki w celu utworzenia kapitału rezerwowego przeznaczonego na pokrycie strat. Rozwiązanie takiego kapitału rezerwowego przed zakończeniem roku obrotowego, w którym doszło do umorzenia akcji własnych, pozwala uniknąć konieczności wykazywania straty w sprawozdaniu finansowym spółki oraz sprawia, że zachowana zostanie zdolność dywidendowa spółki. W związku z faktem, że w ramach żadnego z obniżeń kapitału zakładowego uchwalanych w celu rozliczenia połączenia odwrotnego nie dochodzi do przekazania jakichkolwiek świadczeń na rzecz akcjonariuszy, nie zachodzi w takim przypadku obowiązek prowadzenia postępowania konwokacyjnego.

Michał Krotoszyński

Ustawodawstwo lustracyjne wobec upływu czasu

Michał Krotoszyński

Radca prawny, współpracownik Katedry Teorii i Filozofii Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Lustration Laws and the Passage of Time

Lustration laws, which have been passed in nearly all the countries of the former Eastern bloc, have been perceived as an extraordinary measure, necessary during the phase of consolidation of the democratic political system. More than twenty five years after the transition, it is necessary to ask whether such measures can be justified in a stable democracy. Taking into account domestic legislation, judgments of Polish and foreign constitutional courts and transitional justice literature, the article argues that Polish lustration, seen as a historical clarification measure, can still promote important values, such as transparency of public life, truth about the past and ethical standards crucial for participation in the public sector. However, the passage of time makes it necessary to temporary re-examine the indispensability of such instruments, as well as to consider potential modifications thereof, which could lead to lesser interference with the rights of the citizens under scrutiny.

Przełom roku 1989 był dla Polski nie tylko początkiem budowy demokratycznego systemu politycznego, fundamentalnych reform gospodarczych czy zasadniczych zmian w polityce zagranicznej – ale stanowił także punkt wyjścia dla rozliczeń z autorytarną przeszłością. Prowadzona w ostatnim ćwierćwieczu polityka wobec przeszłości obejmowała m.in. procesy karne, zadośćuczynienia dla ofiar systemu komunistycznego, obniżenie uposażeń emerytalnych byłych funkcjonariuszy organów bezpieczeństwa państwa oraz powołanie Instytutu Pamięci Narodowej. Fakt, że reżimy bloku wschodniego opierały swą władzę o sieć tajnych współpracowników – zasięg owej sieci był zaś nieporównanie większy niż w jakiejkolwiek innej formacji politycznej[1] – sprawił, iż uwaga opinii publicznej, mediów i polityków koncentrowała się w Polsce na problematyce lustracji i dostępu do akt służb specjalnych. Zainteresowanie to znalazło swój wyraz w uchwale-

1 Tak A. Czarnota, *Lustration, Decommunisation and the Rule of Law*, „The Hague Journal on the Rule of Law" 2009, vol. 1, nr 2, s. 312.

niu dwóch ustaw lustracyjnych – z dnia 11 kwietnia 1997 r. o ujawnieniu pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944–1990 osób pełniących funkcje publiczne[2] (dalej: u.u.p.o.b.) oraz z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów[3] (dalej: u.u.i.d.o.) – a także, regulującej dostęp do archiwów służb bezpieczeństwa, ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (dalej: ustawa o IPN)[4].

> **Fakt, że reżimy bloku wschodniego opierały swą władzę na sieci tajnych współpracowników – zasięg owej sieci był zaś nieporównanie większy niż w jakiejkolwiek innej formacji politycznej – sprawił, iż uwaga opinii publicznej, mediów i polityków koncentrowała się w Polsce na problematyce lustracji i dostępu do akt służb specjalnych.**

Fakt, że od upadku systemów autorytarnych w Europie Środkowo-Wschodniej minęło już ponad dwadzieścia pięć lat, powoduje, że zasadne staje się pytanie o adekwatność dalszego obowiązywania mechanizmów lustracyjnych. Mechanizmy te, których wprowadzenie powszechnie motywowano nadzwyczajnymi okolicznościami tranzycji, w sytuacji ustabilizowania się systemu demokratycznego domagają się bowiem nowego uzasadnienia. O aktualności powyższego dylematu świadczy niedawny wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 kwietnia 2015 r., P 31/12[5], zawierający rozważania dotyczące czasowego wymiaru ustawodawstwa lustracyjnego.

Polskie doświadczenia w zakresie rozliczeń z przeszłością nie są odosobnione, z podobnymi dylematami borykały się bowiem także inne kraje postkomunistyczne, postautorytarne demokracje Ameryki Łacińskiej czy też państwa wychodzące z okresu walk wewnętrznych. We wszystkich tych krajach nowe, demokratyczne władze odpowiedzieć musiały na pytania: „co pamiętać z przeszłości, jak zdefiniować przeszłość, co zrobić z przeszłością oraz w jaki sposób wszystkie te kwestie mogą wpłynąć (lub wpłyną) na teraźniejszość i przyszłość społeczeństwa”[6]. Okres fundamentalnej zmiany ustrojowej obfituje więc w decyzje odnoszące się do reformy sfery publicznej, zadośćuczynienia ofiarom, ukarania sprawców, a także ujawnienia informacji

2 Dz.U. nr 70, poz. 443.

3 Dz.U. nr 218, poz. 1592.

4 Dz.U. nr 155, poz. 1016.

5 Wyrok z uzasadnieniem: http://otk.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/otk/2015/P_31_12.doc (dostęp 31.05.2015).

6 S.A. Garrett, *Models of Transitional Justice – A Comparative Analysis*, raport wygłoszony na 41. Dorocznej Konwencji International Studies Association (Los Angeles, 14 marca 2000 r.), http://www.ciaonet.org/isa/gas02/ (dostęp 25.11.2009).

o ich czynach i o charakterze upadłego reżimu. Wokół powyższej problematyki – określanej zbiorczą nazwą „sprawiedliwość tranzycyjna" (ang. *transitional justice*) – powstało też interdyscyplinarne pole naukowej refleksji[7]. Jego bogata literatura może być pomocna w rozważaniach na temat aspektu czasowego procedur lustracyjnych.

Celem artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie o możliwe uzasadnienie dalszego istnienia postępowań lustracyjnych w realiach ustabilizowanej demokracji, ze szczególnym uwzględnieniem polskich unormowań. Wstępem do powyższych rozważań jest krótka charakterystyka lustracji jako narzędzia sprawiedliwości tranzycyjnej. Następnie identyfikuje się cele i wartości, jakim służą poszczególne odmiany mechanizmów weryfikacyjnych. Refleksje te stanowią podstawę dla przedstawienia rodzimego ustawodawstwa w tym zakresie. W końcowej części opracowania w oparciu o literaturę przedmiotu i orzecznictwo omawia się problematykę ram czasowych postępowań lustracyjnych.

1. Lustracja jako narzędzie sprawiedliwości tranzycyjnej

1.1. W literaturze poświęconej rozliczeniom z przeszłością lustrację widzi się zazwyczaj jako szczególny rodzaj weryfikacji (ang. *vetting*), tj. procesu oceniania indywidualnej prawości jednostki pod kątem jej ewentualnej służby w instytucjach publicznych. Prawość (ang. *integrity*) zdefiniować można z kolei jako „przywiązanie jednostki do odpowiednich standardów ochrony praw człowieka oraz zasad profesjonalnego postępowania, w tym także do uczciwości finansowej"[8]. Indywidualną weryfikację odróżnia się od zbiorowych czystek (ang. *purges*), w przypadku których negatywne konsekwencje dla sprawdzanego opierają się na samej tylko jego przynależności do określonej partii, organizacji czy grupy społecznej. Czystki – których przykładem mogą być czechosłowackie ustawy lustracyjne[9] – zostały uznane przez Radę Europy za niezgodne z koncepcją państwa prawa, gdyż zdaniem tej organizacji „wina, będąc indywidualną, nie zaś kolektywną, musi być udowodniona w każdej indywidualnej sprawie"[10]. Poparcie dla indywidualnej formy odpowiedzialności obecne jest także w dokumentach ONZ, gdzie zauważa się, że uwzględnienie w procedurze sprawdzania zasad uczciwego procesu odróżnia weryfikacje od masowych dyskwalifikacji[11].

1.2. Ze względu na konsekwencje dla osób poddanych sprawdzaniu wyróżnić można dwa rodzaje procesów weryfikacyjnych: procedury kwalifikujące się do modelu odpłaty oraz mechanizmy zaliczające się do modelu klaryfikacji historycznej.

Procedury należące do modelu odpłaty kończą się wymierzeniem sankcji osobom, których związki z minionym ustrojem oceniane są negatywnie w nowej rzeczywistości. Sankcja taka może w szczególności polegać na pozbawieniu jednostki określonego stanowiska i zakazie sprawowania oznaczonych funkcji publicznych. Wśród innych do-

7 Szerzej na temat powstania pola i stanu jego rozwoju A. Paige, *How 'Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice*, „Human Rights Quarterly" 2009, vol. 31, nr 2, s. 321–367. Krytycznie C. Bell, *Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'*, „The International Journal of Transitional Justice" 2009, vol. 3, nr 1, s. 5–27.

8 *Rule-of-law tools for post-conflict states. Vetting: an operational framework*, United Nations, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2006, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ RuleoflawVettingen.pdf (dostęp 12.04.2012), s. 4.

9 Tak np. J. Pehe, który uważa, że czechosłowacka ustawa „przewiduje zasadę odpowiedzialności zbiorowej" i „nie rozróżnia pomiędzy odmiennymi stopniami winy", J. Pehe, *Parliament Passes Controversial Law on Vetting Officials*, „Report on Eastern Europe" 1991, vol. 2, nr 43, s. 8. Szerzej na temat rozwiązań czeskich i czechosłowackich J. Přibáň, *Oppressors and Their Victims: The Czech Lustration Law and the Rule of Law* (w:) A. Mayer-Rieckh, P. de Greiff (red.), *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*, New York 2007, s. 308–346.

10 *Resolution 1096 (1996) on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems*, Council of Europe Parliamentary Assembly (PACE), 1996, http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16507&lang=en (dostęp 25.02.2016), § 12.

11 *Report of the Secretary-General on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies (S/2004/616)*, United Nations Security Council, 23.08.2004, § 52.

legliwości wymienić można: konieczność wcześniejszego przejścia na emeryturę, rozwiązanie umowy za porozumiem stron, zawieszenie w czynnościach, przeniesienie na inne stanowisko, degradację czy odebranie niektórych kompetencji[12]. Sankcją bywa też brak awansu zawodowego lub odmowa przyjęcia na stanowisko, czego przykładem może być dotyczący wojskowych argentyński proces *impugnación*[13]. W państwach postkomunistycznych odpłatę instytucjonalną w stosunku do osób weryfikowanych, powiązaną z ich przeszłym postępowaniem, stosowano m.in. w Czechach i w zjednoczonych Niemczech.

Wymierzenie sankcji nie budzi wątpliwości w stosunku do czynów, które w chwili ich popełnienia stanowiły przestępstwo w rozumieniu prawa krajowego lub prawa międzynarodowego. W przypadku pozostałych działań jednostki, takich jak np. przynależność do rządzącej partii autorytarnej, wymierzenie odpłaty musi rodzić zarzut naruszenia zakazu retroaktywnego karania. Fakt, że stosowanie wymienionych wyżej sankcji uznaje się w okresie tranzycji co do zasady za dopuszczalne – czego przykładem jest rezolucja nr 1096 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy dotycząca środków demontażu dziedzictwa po byłych totalitarnych ustrojach komunistycznych[14] (dalej: rezolucja nr 1096) – daje się wytłumaczyć mniejszą ich dolegliwością w stosunku do tradycyjnego instrumentarium prawa karnego oraz prospektywnymi w swej naturze argumentami o pozytywnym wpływie takiej sankcji na perspektywy konsolidacji systemu demokratycznego[15].

Ze względu na konsekwencje dla osób poddanych sprawdzaniu wyróżnić można dwa rodzaje procesów weryfikacyjnych: procedury kwalifikujące się do modelu odpłaty oraz mechanizmy zaliczające się do modelu klaryfikacji historycznej.

Analogicznych wątpliwości brak jest w przypadku procedur należących do modelu klaryfikacji historycznej. W modelu tym związki jednostki z autorytarnym reżimem nie spotykają się z odpłatą instytucjonalną, a podlegają jedynie ujawnieniu opinii publicznej. Sankcje mogą być wymierzane wyłącznie jednostkom, które odmawiają uczestnictwa w procesie poznawania i upowszechniania

12 Zob. R. Duthie, *Introduction* (w:) A. Mayer-Rieckh, P. de Greiff (red.), *Justice as Prevention…*, dz. cyt., s. 24.

13 Na temat tego procesu: V. Barbuto, *Stenghtening Democracy: Impugnación Procedures in Argentina* (w:) A. Mayer-Rieckh, P. de Greiff (red.), *Justice as Prevention…*, dz. cyt., s. 40–79.

14 W rezolucji tej stwierdzono: „Zgromadzenie zauważa, że niektóre państwa uznały za konieczne wprowadzenie mechanizmów administracyjnych, takich jak ustawy lustracyjne czy dekomunizacyjne. Celem tych mechanizmów jest wykluczenie jednostek od sprawowania władzy publicznej, jeśli nie można ufać, że osoby te będą ją wykonywały w zgodzie z demokratycznymi zasadami, jako iż w przeszłości nie wykazywały one przywiązania do tych zasad bądź wiary w nie oraz nie mają one interesu lub motywacji, by obecnie się ku nim zwrócić. Zgromadzenie podkreśla, że mechanizmy te w zasadzie są do pogodzenia z demokratycznym państwem prawa, jeśli spełnionych zostanie kilka kryteriów", *Resolution 1096 (1996) on measures…*, cyt. wyżej, § 11–12.

15 Szerzej o tym wpływie: punkt. 2.1. niniejszego artykułu.

wiedzy o poprzednim ustroju. Bezpośrednim powodem ukarania nie są więc przeszłe niegodziwości, lecz fakt, że ich sprawcy aktualnie wzbraniają się od ujawnienia faktów dotyczących ich popełnienia. Przykładem powyższych procedur może być działalność południowoafrykańskiej Komisji Prawdy i Pojednania. Komisja ta uprawniona była do przyznawania amnestii wyłączającej odpowiedzialność cywilną i karną w stosunku do sprawców przestępstw politycznych (z obu stron politycznej barykady) popełnionych w okresie od 1 marca 1960 r. do 10 maja 1994 r.; warunkiem uzyskania amnestii było jednak ujawnienie wszelkich informacji o okolicznościach przestępstwa, w tym o współsprawcach czynu. Uczestnictwo w procesie historycznej klaryfikacji uwalniało więc jednostkę od jakiejkolwiek sankcji instytucjonalnej[16].

1.3. Procedury weryfikacyjne mogą być oparte o różnorodne kryteria dotyczące przeszłego postępowania jednostek. Po pierwsze, kryterium stanowić może praca w organach służb bezpieczeństwa reżimu autorytarnego bądź tajna, świadoma współpraca jednostki ze tymi służbami. Procedury takie – obecne w Polsce i w Niemczech po upadku byłego NRD – nazywa się lustracją[17]. Po drugie, weryfikacja dotyczyć może wszelkich związków jednostki z ustrojem komunistycznym, zarówno tych w postaci tajnej współpracy z policją polityczną, jak i np. przynależności do partii rządzącej. Taką weryfikację – jej przykładem mogą być procedury przyjęte w 1991 r. w Czechosłowacji i stosowane następnie w Czechach[18] – określać można mianem dekomunizacji[19]. Wreszcie kryterium obejmować może wszelką współpracę jednostki z reżimem niedemokratycznym, bez względu na jego formację polityczną – postępowanie takie nazywać się będzie po prostu weryfikacją. Przykładem może tu być procedura przyjęta w 1994 r. na Węgrzech, gdzie kryterium weryfikacji obejmowało nie tylko postępowanie jednostki w okresie powojennym, ale także przynależność do sprawującej władzę na przełomie 1944 i 1945 r. faszystowskiej Partii Strzałokrzyżowców[20].

2. *Uzasadnienia aksjologiczne postępowań weryfikacyjnych*

W aktach normatywnych, orzecznictwie oraz literaturze przedmiotu wskazuje się na cele i wartości, które stanowią uzasadnienie obowiązywania procedur lustracyjnych i dekomunizacyjnych. Aksjologia ta jest częściowo wspólna wszystkim weryfikacjom –

16 Więcej o działalności Komisji Prawdy i Pojednania: A. du Bois-Pedain, *Transitional Amnesty in South Africa*, Cambridge 2007; D. Dyzenhaus, *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Oxford 1998; F. Hale, *Komisja Prawdy i Pojednania w RPA – potencjalne i realne możliwości. Teoria a rzeczywistość*, tłum. W. Mleczko, „Ius et Lex" 2003, nr 1, s. 141–160; M. Smolak, *Sprawiedliwość transformacyjna na przykładzie Komisji Prawdy i Pojednania Republiki Południowej Afryki*, „Państwo i Prawo" 2002, nr 11, s. 66–73.

17 Wyrażenie to jest wieloznaczne. W innych znaczeniach określa się nim: (1) mechanizmy służące eliminacji z życia politycznego członków komunistycznych władz i partii komunistycznej oraz (2) wszelkie mechanizmy służące sprawdzeniu jednostki pod kątem sprawowania funkcji publicznych. Synonimem pierwszego z tych znaczeń jest „dekomunizacja", drugiego zaś – „weryfikacja". A. Czarnota, *Lustration, Decommunisation*…, dz. cyt., s. 311.

18 Słowo „lustracja" w swym współczesnym znaczeniu pochodzi od czeskiego *lustrace*. Wydaje się jednak, że użycie tego terminu w stosunku do rozwiązań czechosłowackich i czeskich jest mylące i właściwszym określeniem jest tu „dekomunizacja". Jak zauważał V. Havel: „Ustawa wprawdzie nazywana jest potocznie »lustracyjną«, ale ma szerszy charakter i nie dotyczy tylko lustracji. Pojęcie lustracji odnosi się do sprawdzania, czy ktoś figurował w rejestrach ministerstwa spraw wewnętrznych jako jego współpracownik. Tymczasem ustawa na 5 lat uniemożliwia pełnienie pewnych funkcji ludziom, którzy w ciągu minionych 40 lat byli członkami Milicji Ludowych (odpowiednik ORMO), komunistycznych komisji weryfikacyjnych z 1948 i 1968 r. oraz działaczami komitetów partyjnych od szczebla powiatowego", *Przedziwna epoka postkomunizmu*, „Gazeta Wyborcza" z 30 listopada 1991 r., nr 748, s. 8.

19 Termin ten nie jest jednoznaczny. W literaturze przedmiotu wiąże się go najczęściej z procesem tranzycji od systemu komunistycznego do demokracji bądź też z kolektywnym usunięciem z życia politycznego osób posiadających związki z komunistycznym aparatem władzy.

20 E. Barrett, P. Hack, Á. Munkácsi, *Lustration and Political Competition: Vetting in Hungary* (w:) A. Mayer-Rieckh, P. de Greiff (red.), *Justice as Prevention*…, dz. cyt., s. 269 i 306.

częściowo zaś typowa wyłącznie dla modelu odpłaty albo modelu klaryfikacji historycznej.

2.1. Wśród celów wspólnych procedurom należącym do obu powyższych modeli wskazuje się w pierwszej mierze ochronę młodego systemu demokratycznego. Jak podnosi się w rezolucji nr 1096 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, „celem lustracji nie jest karanie ludzi uważanych za winnych – to zadanie prokuratorów i prawa karnego – lecz ochrona nowo powstałej demokracji”[21]. Jeśli za środek do tego celu uznać usunięcie ze stanowisk osób, które mogłyby wykorzystywać pozycję dla obstrukcji demokratycznych przemian, to lustracja staje się uzasadniona jedynie w odniesieniu do funkcji, które umożliwiają rzeczywisty wpływ na konsolidację demokracji czy na poszanowanie praw człowieka[22].

Za środek ochrony młodej demokracji uznać też można ujawnienie informacji o związkach jednostki z poprzednim reżimem, można bowiem argumentować, że jawność tej informacji istotnie zmniejsza ryzyko szantażu ze strony sił niechętnych demokratycznym przemianom. Chęć „uniemożliwienia użycia przeszłości politycznej, faktu pracy, współpracy z tajnymi służbami Rzeczypospolitej w celu szantażu” – wewnętrznego bądź zewnętrznego – była podstawowym powodem uchwalenia u.u.p.o.b.[23]; cel ten przyświecał także pracom nad węgierską ustawą weryfikacyjną[24]. Pozwala to spojrzeć na procedury lustracyjne przez pryzmat ochrony konstytucyjnych wartości, jakimi są bezpieczeństwo i porządek publiczny[25].

Mechanizmy stosowane przez prawodawcę w okresie tranzycji – w tym lustracja – mogą stać się dla obywateli świadectwem zasadniczej zmiany ustrojowej oraz przywiązania nowej władzy do ochrony praw człowieka i demokratycznych wartości.

Mechanizmy stosowane przez prawodawcę w okresie tranzycji – w tym lustracja – mogą też stać się dla obywateli świadectwem zasadniczej zmiany ustrojowej oraz przywiązania nowej władzy do ochrony praw człowieka i demokratycznych wartości. Umożliwiając artykulację szacunku prawodawcy dla demokratycznej aksjologii, zwiększać mogą legitymację nowego systemu, ułatwiać

21 *Resolution 1096 (1996) on measures…*, cyt. wyżej., § 12. Tak też: wyrok TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07, OTK-A 2007, nr 5, poz. 48, pkt 1.6. uzasadnienia.

22 Tak zalecenia B i D w: *Measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems (Doc. 7568)*, Report by Mr Adrian Severin for Council of Europe's Parliamentary Assembly's Committee on Legal Affairs and Human Rights, 03.06.1996, http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=7506&lang=EN (dostęp 25.02.2016).

23 Zob. wypowiedź posła sprawozdawcy Bogdana Pęka (PSL). Sprawozdanie stenograficzne ze 102 posiedzenia Sejmu II kadencji, 06.03.1997, http://orka2.sejm.gov.pl/Debata2.nsf/ (dostęp 15.05.2015).

24 E. Barrett, P. Hack, Á. Munkácsi, *Lustration…*, dz. cyt., s. 262.

25 M. Safjan, *Transitional Justice: The Polish Example, the Case of Lustration*, „European Journal of Legal Studies” 2007, nr 1, vol. 2, http://www.ejls.eu/2/29UK.pdf (dostęp 02.04.2013), s. 12.

internalizację wartości demokratycznych przez obywateli, a w konsekwencji – pomagać w konsolidacji systemu demokratycznego. W ten sposób prawo staje się swoistym rytuałem przejścia, ułatwiającym zerwanie z przeszłością i budowę nowego ładu społecznego[26].

Weryfikacja osób pełniących funkcje publiczne może być też postrzegana jako narzędzie zapewnienia obsady stanowisk publicznych przez osoby o wysokich walorach etycznych. Argumentować bowiem można, że przeszła współpraca ze służbami niedemokratycznego reżimu bądź współczesna niechęć do ujawnienia faktu takiej współpracy są świadectwem niepraworządności charakteru, co wyłącza jednostkę od pełnienia funkcji publicznych. Przy takim ujęciu lustracja staje się instrumentem „generalnej moralnej odnowy", który w zamyśle służyć ma poprawie jakości życia publicznego[27].

Realizowanie powyższych wartości w oparciu o procedury weryfikacyjne nie jest jednak bezdyskusyjne. Jak podnosi Wojciech Sadurski, przekonanie o zagrożeniach dla demokracji płynących ze strony osób związanych z poprzednim ustrojem nie ma empirycznego uzasadnienia, szantaż jest zaś bardziej prawdopodobny, gdy istnieją mechanizmy lustracyjne. Cele symboliczne, takie jak artykulacja zmiany ustrojowej, winny być osiągane metodami symbolicznymi, kształt rozwiązań lustracyjnych lepiej daje się zaś wytłumaczyć, gdy przyjąć, że to odpłata jest celem takich mechanizmów[28]. Zasadne jest też pytanie, na ile całościowe wnioski dotyczące charakteru jednostki można w sposób uprawniony wyprowadzić z jej postępowania, które miało miejsce ponad ćwierć wieku temu w zasadniczo odmiennych okolicznościach – bądź też z aktualnej postawy lustrowanego wobec partykularnego problemu, jakim jest ujawnienie informacji o jego uczestnictwie w funkcjonowaniu minionego ustroju.

2.2. Uzasadnieniem aksjologicznym weryfikacji należących do modelu odpłaty może być wymierzenie sprawiedliwej kary. Sankcję tę stosować można wobec sprawców czynów, które – choć nie stanowiły przestępstw w chwili ich popełnienia – spotykają się obecnie ze społecznym potępieniem. Procedury weryfikacyjne służyć więc mogą wypełnieniu „luki bezkarności", której w takich sytuacjach nie sposób uzupełnić za pomocą instrumentarium prawa karnego[29]. Usunięcie sprawców ze stanowisk publicznych umożliwia częściowe zadośćuczynienie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, które w innym przypadku, ze względu na zasadę *lex retro non agit*, musiałoby pozostać niezaspokojone.

Usunięcie z administracji publicznej osób winnych naruszeń praw człowieka może również zapobiegać przyszłym naruszeniom tych praw. W przyjętych przez ONZ zasadach, dotyczących zwalczania bezkarności, obowiązek państwa polegający na zwolnieniu takich osób z instytucji państwowych uznaje się za mechanizm ochrony praw jednostek[30]. Z kolei Pablo de Greiff podkreśla istotne znaczenie takich procedur dla prewencji instytucjonalnej. W tym ujęciu uznaje się, że weryfikacja chroni przed przyszłymi naruszeniami praw człowieka „niekoniecznie dlatego, że wymierzane sankcje (jak utrata pracy, prestiżu publicznego itp.) odstręczają jednostki od naruszenia tych praw, ale dlatego, że przerywa sieci kryminalnych działań", nawet jeśli nie dotyka każdego sprawcy pogwałceń praw jednostki[31].

2.3. Wartością, która jest szczególnie silnie realizowana przez weryfikacje należące do mode-

26 R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford–New York 2000.

27 Wartości te znalazły swój wyraz w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 1998 r., K 24/98, OTK 1998, nr 6, poz. 97, w którym stwierdza się, że celem mechanizmów lustracyjnych jest zapewnienie „przestrzegania zasad prawdy i przejrzystości przez osoby obdarzane społecznym zaufaniem".

28 W. Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2008, s. 227–229.

29 P. de Greiff, *Vetting and Transitional Justice* (w:) A. Mayer-Rieckh, P. de Greiff (red.), *Justice as Prevention…*, dz. cyt., s. 524–525.

30 Zob. zasada 36 (a) w: *Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity (E/CN.4/2005/102/Add.1)*, United Nations Economic and Social Council, 08.02.2005.

31 P. de Greiff, *Vetting…*, dz. cyt., s. 526.

lu klaryfikacji historycznej, jest ujawnienie prawdy o związkach jednostki z poprzednim ustrojem. W etyce deontologicznej prawda często uważana jest za wartość samą w sobie, w realiach demokratyzacji podkreśla się zaś jej znaczenie dla ofiar państwowej przemocy i dla społeczeństwa jako

Wartością, która jest szczególnie silnie realizowana przez weryfikacje należące do modelu klaryfikacji historycznej, jest ujawnienie prawdy o związkach jednostki z poprzednim ustrojem.

takiego. Ujawnienie tożsamości osób odpowiedzialnych za naruszenia praw człowieka oraz obnażenie ich czynów „naznacza ich publiczną stygmą, która sama w sobie jest karą"; z kolei „identyfikacja ofiar i przypomnienie, jak były torturowane i zabijane, to sposób uznania ich znaczenia i godności"[32]. Prawda ma również znaczenie społeczne, bo bez niej, jak pisał Trybunał Konstytucyjny RPA, ofiary i winowajcy „nie tyle szliby ku przyszłości, lecz kuśtykaliby ku niej ciężkimi i powolnymi krokami, utrudniając szybką i entuzjastyczną tranzycję ku nowemu społeczeństwu"[33].

Z powyższą wartością powiązana jest wartość budowy opartej na prawdzie narracji o przeszłości społeczeństwa. Choć mechanizmy lustracyjne służą głównie klaryfikacji na poziomie jednostek, to w szerszej perspektywie umożliwiają również – pod warunkiem ich prawidłowego przeprowadzenia, uwzględniającego także okoliczności świadczące na korzyść lustrowanych – zbudowanie prawdziwego obrazu przeszłych wydarzeń. Stworzenie ich rzetelnej charakterystyki jest zaś o tyle istotne, że „kiedy okoliczności utrudniają odpowiedź na pytanie »kim jestem«, wielu szuka odpowiedzi w mitach, wyobrażeniach, sugestiach", co może przybierać formy patologiczne[34]. Jako zaś że kolektywna pamięć umacnia więzi społeczne, procedury lustracyjne służyć mogą stworzeniu opartej na prawdzie tożsamości wspólnoty.

Lustracja znajduje też swe uzasadnienie w prawie obywateli do uzyskiwania informacji o działalności osób pełniących funkcje publiczne, wyrażonym w art. 61 ust. 1 Konstytucji RP[35]. Wydaje się to szczególnie istotne w odniesieniu do stanowisk elekcyjnych – wiedza o przeszłości kandydata wpłynąć może bowiem na decyzję wyborczą – choć funkcja kontrolna zapewniona jest też w pewnym zakresie w stosunku do innych osób piastujących stanowiska publiczne. Możliwość uzyskania wiedzy o ich przeszłości służy więc jawności życia publicznego i umożliwia bardziej świadome podejmowanie decyzji przez obywateli, co w istotny sposób warun-

32 A. Neier, *What Should be Done about the Guilty?* (w:) N.J. Kritz (red.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, t. 1, *General Considerations*, Washington 1995, s. 180.

33 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Republiki Południowej Afryki z dnia 25 lipca 1996 r. w sprawie *Azanian Peoples Organization (AZAPO) i in. v. Prezydent Republiki Południowej Afryki i in.* (CCT17/96), http://www.saflii.org/za/ cases/ZACC/1996/16.html (dostęp 29.05.2015), § 18.

34 Pogląd P. Ricoeura przywołuje A. Wolff-Powęska, *Pamięć – brzemię i uwolnienie. Niemcy wobec nazistowskiej przeszłości (1945–2010)*, Poznań 2011, s. 53.

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

kuje jakość samej demokracji[36]. Na wartości te zwraca uwagę także polski Trybunał Konstytucyjny[37,38].

3. Polskie ustawodawstwo lustracyjne

3.1. Choć problem ujawnienia personaliów tajnych i świadomych współpracowników służb bezpieczeństwa PRL po raz pierwszy stał się przedmiotem sejmowej debaty jeszcze za czasów tzw. Sejmu kontraktowego (Sejmu X kadencji PRL), to do uchwalenia ustawy lustracyjnej doszło dopiero pod koniec II kadencji Sejmu RP. Na jej początku zgłoszono sześć projektów ustaw lustracyjno-dekomunizacyjnych. Projekt autorstwa Unii Wolności[39] stał się podstawą u.u.p.o.b., która – głosami UW, Unii Pracy i Polskiego Stronnictwa Ludowego – uchwalona została 11 kwietnia 1997 r. Mimo licznych nowelizacji, przewidziany w tym akcie model lustracji nie uległ zmianie. Choć diametralną modyfikację procedur przewidywała początkowo u.u.i.d.o., to jednak w trakcie jej *vacatio legis* prezydencka nowelizacja z 14 lutego 2007 r.[40] przywróciła mechanizmy znane z u.u.p.o.b. Jednocześnie wprowadzono obowiązek tworzenia przez IPN m.in. katalogu osób inwigilowanych, katalogu funkcjonariuszy, pracowników i żołnierzy organów bezpieczeństwa PRL oraz katalogu prominentnych polityków obozu rządzącego. Granice zakresu podmiotowego lustracji wyznaczone zostały wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2007 r. (K 2/07), które to orzeczenie stanowi też swoiste podsumowanie *acquis constitutionnel* dotyczącego tej problematyki[41].

3.2. Zgodnie z art. 7 ust. 1 u.u.i.d.o. w jej aktualnym brzmieniu[42] obowiązek złożenia oświadczenia lustracyjnego dotyczącego pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z tymi organami w okresie od dnia 22 lipca 1944 r. do dnia 31 lipca 1990 r. mają urodzone przed dniem 1 sierpnia 1972 r. osoby pełniące funkcje publiczne. Szeroki katalog tych osób zawarty został w art. 4 u.u.i.d.o. i obejmuje m.in.: Prezydenta RP, posłów, senatorów, osoby zajmujące kierownicze stanowiska państwowe, samorządowców, członków najważniejszych państwowych ciał kolegialnych, przedstawicieli zawodów prawniczych, osoby zajmujące zwierzchnie stanowiska w szkołach wyższych i mediach publicznych, osoby zasiadające w imieniu samorządu bądź Skarbu Państwa w organach sprawujących nadzór lub kontrolę nad podmiotami gospodarczymi – oraz kandydatów na te stanowiska. Z kolei katalog organów bezpieczeństwa państwa zawarto w art. 2 ustawy. Współpraca, zgodnie z art. 3a ust. 1 u.u.i.d.o., musiała mieć charakter świadomy i tajny. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny, musiała ona być też rzeczywista i – wykraczając poza ramy samego oświadczenia o współpracy – polegać na faktycznym przekazywaniu informacji organom bezpieczeństwa[43].

Złożenie nieprawdziwego oświadczenia lustracyjnego skutkuje pozbawieniem osoby weryfikowanej biernego prawa wyborczego w wyborach Prezydenta RP na okres 10 lat, zaś w odniesieniu do pozostałych funkcji publicznych – prawa ich sprawowania

36 Zob. M. Safjan, *Transitional…*, dz. cyt., s. 11–12.

37 „Celem takiej regulacji jest zapewnienie jawności życia publicznego, eliminacja szantażu faktami z przeszłości, które mogą być uznane za kompromitujące i poddanie tych faktów społecznemu osądowi", wyrok TK z dnia 10 listopada 1998 r., K 39/97, OTK 1998, nr 6, poz. 99; także wyrok TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07, pkt 2.4.

38 Na temat wartości typowych dla modeli odpłaty i klaryfikacji historycznej zob. też wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2015 r., P 31/12, pkt 8.2.

39 Poselski projekt ustawy o ujawnieniu współpracy osób pełniących niektóre funkcje publiczne z organami bezpieczeństwa państwa w latach 1944–1989. Druk nr 501, II kadencja Sejmu.

40 Ustawa z dnia 14 lutego 2007 r. o zmianie ustawy o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów i ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. nr 25, poz. 162).

41 Szerzej o historii polskich rozwiązań lustracyjnych A. Czarnota, *The Politics of the Lustration Law in Poland, 1989–2006* (w:) A. Mayer-Rieckh, P. de Greiff (red.), *Justice as Prevention…*, dz. cyt., s. 222–258; P. Grzelak, *Wojna o lustrację*, Warszawa 2005; M. Krotoszyński, *Polish lustration and the models of transitional justice*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza" 2014, nr 3, s. 199–211.

42 Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 1388.

43 Wyrok TK z dnia 10 listopada 1998 r., K 39/97. Zob. też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2000 r., II KKN 271/00, OSNKW 2001, nr 1–2, poz. 15, s. 75.

na okres od 3 do 10 lat (art. 21a ust. 2a i 2b, art. 21g u.u.i.d.o.). Skutkiem orzeczenia o nieprawdziwości oświadczenia jest też pozbawienie z mocy prawa aktualnie pełnionej funkcji publicznej (art. 21e ust. 3 u.u.i.d.o.)[44] bądź wymierzenie, w przypadku zawodów prawniczych, sankcji orzeczeniem właściwego sądu dyscyplinarnego (art. 21f)[45]. Należy dodać, że sankcjonowane jest jedynie zawinione złożenie nieprawdziwego oświadczenia lustracyjnego. Jak wskazywał Sąd Najwyższy, z samej istoty tego oświadczenia wynika, że „tylko wówczas może być ono uznane za nieprawdziwe, jeżeli jest jednocześnie: a) niezgodne z rzeczywistością (obiektywna nieprawdziwość) i b) składający je ma świadomość owej niezgodności (subiektywna nieprawdziwość)"[46].

> **Analiza przepisów pozwala zakwalifikować polskie procedury lustracyjne do modelu klaryfikacji historycznej.**

Zgodnie z art. 19 u.u.i.d.o. w zakresie nieuregulowanym ustawą do postępowania lustracyjnego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego. Rozwinięciem tego postanowienia jest art. 21 ust. 1 u.u.i.d.o., nakazujący stosować do osoby lustrowanej przepisy dotyczące oskarżonego w postępowaniu karnym, oraz art. 21 ust. 2 u.u.i.d.o., który do prokuratora IPN nakazuje stosować przepisy dotyczące oskarżyciela publicznego.

3.3. Analiza powyższych przepisów pozwala zakwalifikować polskie procedury lustracyjne do modelu klaryfikacji historycznej[47]. Sam fakt pracy jednostki w organach służb bezpieczeństwa PRL lub też współpracy z takimi służbami, choć musi zostać przez nią ujawniony, nie rodzi dlań negatywnych konsekwencji prawnych. Jedynie złożenie fałszywego oświadczenia lustracyjnego – która to fałszywość oceniana jest indywidualnie w każdej konkretnej sprawie, ciężar jej udowodnienia spoczywa zaś na prokuratorze IPN – powoduje utratę prawa do pełnienia funkcji publicznej. Z tego też względu odpowiedzialność jednostki za złożenie nieprawdziwego oświadczenia lustracyjnego jawi się jako istotnie podobna do sankcji za podanie nieprawdy lub zatajenie prawdy w oświadczeniu majątkowym składanym przez samorządowców i parlamentarzystów, czy też postanowień przewidujących

44 Wyjątek stanowią żołnierze zawodowi zajmujący stanowiska służbowe o stopniach etatowych pułkowników (komandorów) i generałów (admirałów) oraz zajmujący stanowiska służbowe komendantów wojskowych komend uzupełnień oraz ich zastępców, w stosunku do których zwolnienie ze służby następuje decyzją właściwego organu wojskowego (art. 111 pkt 6c w zw. z art. 115 ust. 1 w zw. z art. 114 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1414, z późn. zm.).

45 Wyrokiem TK z dnia 19 kwietnia 2011 r., K 19/08, KZS 2011, nr 5, poz. 2, art. 21f ust. 2 zdanie pierwsze u.u.i.d.o. w zakresie, w jakim dotyczy sędziów, uznano za niezgodny z art. 2 Konstytucji RP, zaś w zakresie, w jakim dotyczy pozostałych zawodów z art. 21f ust. 1 u.u.i.d.o., za niezgodny z art. 2 i art. 65 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Skutkiem tego orzeczenia stało się uchylenie ograniczenia w zakresie wyboru przez sąd dyscyplinarny (komisję dyscyplinarną) sposobu ukarania osoby, która złożyła niezgodne z prawdą oświadczenie lustracyjne.

46 Wyrok SN z dnia 5 września 2002 r., II KK 102/02, „Prokuratura i Prawo" 2003, nr 4, poz. 8. W wyroku tym Sąd Najwyższy uznał, że przesłanka subiektywnej nieprawdziwości jest też spełniona, gdy lustrowany „uświadamia sobie, że jego pamięć jest niesprawna, że może go zawieść, bądź też nie był dostatecznie skupiony na tej czynności albo zaniedbał sprawdzenia określonych faktów (np. w dokumentach osobistych), a jednocześnie nie przerwał czynności i nie kontynuował jej w innych, sprzyjających okolicznościach".

47 Tak też: wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2015 r., P 31/12, pkt 8.2.

odpowiedzialność karną za celowe złożenie fałszywego oświadczenia o uzyskanych przez podatnika dochodach[48]. W odniesieniu do sprawiedliwości tranzycyjnej za najbliższą polskim rozwiązaniom uznać trzeba wspomnianą już działalność południowoafrykańskiej Komisji Prawdy i Pojednania.

Należy dodać, że choć sama współpraca z aparatem bezpieczeństwa PRL nie rodzi sankcji na gruncie u.u.i.d.o., to w przypadku złożenia fałszywego oświadczenia lustracyjnego jej charakter wpływać będzie na orzeczony okres pozbawienia prawa do pełnienia funkcji publicznych. Trybunał Konstytucyjny zauważał, że niuansowanie wymiaru owej sankcji uwzględniać powinno charakter współpracy i jej długotrwałość[49]. Również w orzecznictwie sądów powszechnych podnosi się, że indywidualizacja odpowiedzialności powiązana zostać musi „z charakterem i rozmiarem współpracy z reżimem totalitarnym, jej długotrwałością, zaangażowaniem współpracującego i ewentualnie skutkami tej współpracy"[50].

3.4. Ze względu na przewidziane ustawą sankcje oraz odpowiednie stosowanie przepisów postępowania karnego, w polskim orzecznictwie wskazuje się na represyjny charakter procedury lustracyjnej. W judykaturze obecny był pogląd, iż „ustawa lustracyjna, jako należąca do postępowań represyjnych, musi być uznana za »inną ustawę przewidującą odpowiedzialność karną« w rozumieniu art. 116 k.k."[51], ostatecznie jednak utrwaliło się przekonanie, zgodnie z którym ustawa lustracyjna, mimo swej represyjności, ustawą karną nie jest[52]. W judykaturze Trybunału Konstytucyjnego uznano u.u.i.d.o. za ustawę penalną, wskazując na podobieństwo przewidzianych w niej sankcji do środków karnych[53] oraz na pomocnicze stosowanie do procedury lustracyjnej przepisów postępowania karnego. O penalnym charakterze ustawy miało też świadczyć zawarte w preambule potępienie naruszeń praw człowieka dokonanych na rzecz systemu komunistycznego. Trybunał wskazywał też na standard ukształtowany w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC)[54]. Ten ostatni sąd, biorąc pod uwagę krajowe unormowania proceduralne, charakter czynu – w tym fakt, że w przeciwieństwie do przewinień dyscyplinarnych może być on popełniony przez szeroki krąg obywateli – oraz rodzaj i znaczną dolegliwość grożącej zań sankcji, uznał polskie postępowanie lustracyjne za sprawę karną w rozumieniu art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[55,56].

Penalny charakter ustawy może jednak budzić wątpliwości. Jedynie odpowiednie (nie zaś wprost) stosowanie przepisów postępowania karnego, obecność w u.u.i.d.o. osobnych przepisów karnych oraz brak pełnej tożsamości, mimo istotnego podobieństwa, pomiędzy przewidzianymi w niej sankcjami a środkami karnymi sugerować mogą, iż ustawa lustracyjna nie jest ustawą karną w rozumieniu art. 42 Konstytucji RP – co nie wyklucza odpowiedniego stosowania do niej gwarancji zawartych w tym przepisie[57]. Argumentem za brakiem prawnokarne-

48 Analogię taką zauważa się w decyzji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 30 maja 2006 r. w sprawie *Matyjek przeciwko Polsce*, skarga nr 38184/03, § 52.

49 Wyrok TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07, pkt 12.4.

50 Orzeczenie SA w Białymstoku z dnia 18 stycznia 2011 r., II AKa 253/10, KZS 2011, nr 12, poz. 56.

51 Orzeczenie SA w Warszawie z dnia 25 września 2003 r., V AL 42/01, OSA 2004, nr 7, poz. 55. Tak też postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 25 stycznia 2013 r., II S 26/12, KZS 2014, nr 4, poz. 104.

52 Postanowienie SN (Izba Karna) z dnia 13 marca 2013 r., V KK 389/12, OSNKW 2013, nr 7, poz. 56, s. 9.

53 Por. też orzeczenie SA w Białymstoku z dnia 18 stycznia 2011 r., II AKa 253/10, w którym wskazuje się na „penalne konsekwencje za złożenie niezgodnego z prawdą oświadczenia lustracyjnego".

54 Wyrok TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07, pkt 2.2.

55 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, dalej: EKPC).

56 Decyzja ETPC o dopuszczalności w sprawie *Matyjek przeciwko Polsce*, skarga nr 38184/03, § 39–58. Zob. też M. Zbrojewska, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 kwietnia 2007 r. w sprawie Matyjek przeciwko Polsce (skarga nr 38184/03)*, „Przegląd Sejmowy" 2008, nr 2 (85), s. 260–268.

57 Zob. zdanie odrębne sędziego TK Teresy Liszcz do wyroku TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07; K. Grajewski, *Sędziowski immunitet lustracyjny? Uwagi na tle uchwały Zgromadzenia*

go charaktery u.u.i.d.o. jest też to, że orzeczenie fałszywości oświadczenia lustracyjnego nie powoduje wszystkich skutków skazania w procesie karnym, w tym zamieszczenia informacji o wyroku w Krajowym Rejestrze Karnym[58].

Nawet jeśli powyższe różnice uniemożliwiają uznanie ustawy lustracyjnej za ustawę karną w ścisłym znaczeniu tych słów, to wydaje się, że dotkliwość stosowanych na jej podstawie sankcji – przekraczających swym zakresem ramy typowych postępowań dyscyplinarnych[59] – oraz ich podobieństwo do środków karnych powodują, że ustawę tę słusznie zalicza się do regulacji penalnych[60]. Gdyby więc nawet nie wszystkie instytucje postępowania karnego (jak np. instytucja ułaskawienia[61]) znalazły zastosowanie do procedury lustracyjnej, to w jej ramach weryfikowanemu przysługiwać powinny wszelkie gwarancje procesowe przewidziane dla oskarżonego, sama zaś regulacja cechować się musi wysokim stopniem precyzyjności, typowym dla regulacji prawnokarnych[62].

3.5. Choć u podstaw uchwalenia pierwszej ustawy lustracyjnej leżała przede wszystkim chęć zapobieżenia politycznemu szantażowi, preambuła do u.u.i.d.o. wskazuje, że wprowadzenie tej ustawy motywowane było koniecznością „zapewnienia obsady funkcji, stanowisk i zawodów wymagających zaufania publicznego przez osoby, które swoim dotychczasowym postępowaniem dają i dawały w przeszłości gwarancje uczciwości, szlachetności, poczucia odpowiedzialności za własne słowa i czyny, odwagi cywilnej i prawości" oraz względem na „konstytucyjne gwarancje zapewniające obywatelom prawo do informacji o osobach pełniących takie funkcje, zajmujących takie stanowiska i wykonujących takie zawody". Treść preambuły oraz charakter rozwiązań lustracyjnych wskazują więc, że aktualnie obowiązująca ustawa chroni wartości typowe dla modelu klaryfikacji historycznej, a spośród wartości typowych dla obu modeli jej celem jest zapewnienie piastowania funkcji publicznych przez osoby o wysokich walorach moralnych[63].

W wyroku z 11 maja 2007 r. Trybunał Konstytucyjny argumentował, że penalny charakter ustawy widoczny jest w jej preambule. Arenga wyraża potępienie i dyskredytację społeczną, moralną i prawną osób, których działania były „trwale związane z łamaniem praw człowieka i obywatela na rzecz komunistycznego ustroju totalitarnego", naruszenie owych praw uznać zaś należy za poważny delikt karny, co przesądzać ma o kwalifikacji całego aktu normatywnego[64]. Wydaje się jednak, że fakt, iż karana jest nie sama współpraca z organami bezpieczeństwa PRL, lecz złożenie nieprawdziwego oświadczenia lustracyjnego, każe wiązać penalny charakter aktu nie z powyższym fragmentem preambuły, ale raczej z jej

Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 lipca 2010 roku, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2012, t. 27, nr 1 (101), s. 115–133.

58 K. Grajewski, *Sędziowski immunitet*…, dz. cyt., s. 129.

59 Warto zauważyć, że na gruncie art. 21 ust. 2b u.u.i.d.o. prawomocne orzeczenie stwierdzające fakt złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia lustracyjnego powoduje utratę, na wskazany w orzeczeniu okres, prawa do sprawowania wszystkich funkcji publicznych z art. 4 pkt 2–57, nie zaś jedynie funkcji, w związku z którą złożono oświadczenie.

60 Tak wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2015 r., P 31/12, pkt 8 i 8.1.

61 Na temat zastosowania prawa łaski do osób, które złożyły nieprawdziwe oświadczenie lustracyjne: B. Baran, *Problem stosowania prawa łaski wobec „kłamców lustracyjnych"*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2008, nr 1, s. 101–111; J. Wygoda, P. Stawowy, *Postępowanie lustracyjne a prezydenckie prawo łaski – uwagi polemiczne*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2009, nr 1, s. 76–87.

62 „Ustawie należy (…) stawiać wymagania legislacyjne wynikające ze standardów właściwych dla standardów ustaw karnych. Dotyczy to przede wszystkim stopnia precyzji i jednoznaczności (art. 2 Konstytucji), ale również adekwatności wymagań proceduralnych, gwarantujących jednostce rzetelną i efektywną ochronę sądową. Ponadto w wypadku operowania sankcjami, konieczne jest zachowanie zasady domniemania niewinności i indywidualizacji odpowiedzialności. Wedle utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, intensywność kontroli konstytucyjności (wymagania stawiane kontrolowanym regulacjom) jest tym większa, im bardziej badane przepisy (normy) dotyczą podstawowych, konstytucyjnie gwarantowanych praw jednostki i im silniej mogą prowadzić do nakładania na tę jednostkę sankcji", wyrok TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07, pkt 4.5.1.

63 Zob. też wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2015 r., P 31/12, pkt 3.1.

64 Wyrok TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07, pkt 4.4.

częścią, która wyraża chęć zapewnienia obywatelom informacji o osobach pełniących funkcje publiczne.

4. Czasowy aspekt obowiązywania mechanizmów lustracyjnych

4.1. Akty normatywne przewidujące wprowadzenie procedur weryfikacyjnych mają co do zasady stały charakter. Wyjątkiem w tej mierze były dwie czechosłowackie ustawy lustracyjne, które pierwotnie przewidziane były jako akty epizodyczne, z mocą obowiązującą do 31 grudnia 1996 r. W Republice Czeskiej ich obowiązywanie jednak przedłużono: najpierw do roku 2000, następnie zaś na czas nieoznaczony. Nowelizacja ta została przez wielu komentatorów uznana za „zaprzeczenie pierwotnemu celowi i duchowi" tych ustaw[65] – w debacie na temat lustracji podnoszono bowiem, że mechanizmy tego rodzaju mają charakter nadzwyczajny i z momentem stabilizacji systemu demokratycznego winny zostać uchylone. Także w dokumentach Rady Europy zalecano, by „mechanizmy lustracyjne zakończyły się najlepiej nie później niż 31 grudnia 1999 r., bo do tego czasu nowy system demokratyczny winien już być skonsolidowany we wszystkich państwach byłych komunistycznych systemów totalitarnych"[66].

4.2. Kwestia epizodyczności procedur lustracyjnych była przedmiotem orzeczeń trybunałów konstytucyjnych państw Europy Środkowo-Wschodniej oraz ETPC.

4.2.1. W wyroku z dnia 5 grudnia 2001 r.[67] Sąd Konstytucyjny Republiki Czeskiej uznał konstytucyjność obu tamtejszych ustaw lustracyjnych. Doceniając argumenty wnioskodawców, przyznał on, że przedłużenie obowiązywania aktów na czas nieoznaczony stanowiło „znaczącą interwencję w ich treść". Uznał też, że choć kwestia stwierdzenia, czy proces demokratyzacyjny już się zakończył, to pytanie socjologiczne i polityczne, nie zaś zagadnienie z zakresu prawa konstytucyjnego, to jednak pozostaje faktem, że „od 1992 r. zmniejszyły się intensywność i naglący charakter interesu publicznego związanego z potrzebami państwa w okresie tranzycji z totalitaryzmu do demokracji". Tym niemniej, zdaniem czeskiego Sądu Konstytucyjnego, państwo demokratyczne może powiązać zatrudnienie jednostki w administracji państwowej i służbie publicznej z obowiązkiem spełnienia określonych wymogów, w szczególności wymogu (politycznej)

Treść preambuły oraz charakter rozwiązań lustracyjnych wskazują, że aktualnie obowiązująca ustawa chroni wartości typowe dla modelu klaryfikacji historycznej, a spośród wartości typowych dla obu modeli jej celem jest zapewnienie piastowania funkcji publicznych przez osoby o wysokich walorach moralnych.

65 Tak J. Přibáň, *Oppressors*..., dz. cyt., s. 315.

66 Zalecenie G w: *Measures to dismantle*..., cyt. wyżej.

67 Wyrok Sądu Konstytucyjnego Republiki Czeskiej z dnia 5 grudnia 2001 r., Pl. ÚS 9/01, http://www.usoud.cz/en/decisions/?tx_ttnews[tt_news]=584&cHash=a74fe06f57a9dc2eccd88aac0fa4c0ce (dostęp 25.05.2015).

lojalności. Tę ostatnią rozumieć zaś należy dwojako: nie tylko jako obowiązek zapewnienia piastowania pozycji państwowych przez osoby lojalne, ale także jako konieczność uwzględnienia społecznej oceny sprawowania owych funkcji przez pewne kategorie osób. Wątpliwości co do ich lojalności, obecne u innych obywateli, powodować bowiem będą osłabienie zaufania do tychże instytucji, a w konsekwencji do demokracji jako takiej. Jednocześnie jednak Sąd Konstytucyjny podkreślił, że „nastawienie jednostki do demokracji winno być oceniane głównie na bazie jej aktualnej postawy. Im dłuższy czas minął od upadku totalitarnego reżimu, tym bardziej nastawienie jednostki do państwa demokratycznego winno być oceniane przez pryzmat jej codziennej interakcji z tym państwem i ze społeczeństwem demokratycznym. Innymi słowy, z upływem czasu relatywna waga postaw i piastowanych przez jednostkę pozycji w państwie totalitarnym co prawda zupełnie nie znika, ale z pewnością się zmniejsza". Choć więc czeski Sąd Konstytucyjny stwierdził, że mechanizmy lustracyjne dążyły w dacie wyroku do uzasadnionego celu, jakim jest ochrona systemu demokratycznego, to jednak uznał je za procedury tymczasowe i to takie, które rychło winny zostać zastąpione stałym mechanizmem weryfikacji osób kandydujących do służby publicznej, typowym dla dojrzałych systemów politycznych.

W wyroku z dnia 30 sierpnia 2000 r.[68] łotewski Trybunał Konstytucyjny uznał za zgodne z konstytucją dwie ustawy dekomunizacyjne, które pozbawiały biernego prawa wyborczego w wyborach do parlamentu oraz w wyborach lokalnych osoby, które po dniu 13 stycznia 1991 r. aktywnie uczestniczyły w działalności Komunistycznej Partii Łotwy i innych wskazanych w ustawie organizacji, sprzeciwiających się niepodległości kraju. Trybunał, potwierdzając proporcjonalność uregulowań, stwierdził: „Dla oceny, czy zastosowane środki, tj. ograniczenia w biernym prawie wyborczym są proporcjonalne do ich celów – po pierwsze, dla ochrony demokratycznego systemu państwa, którego istnieniu służy też przestrzeganie uniwersalnie akceptowanych norm etycznych, po drugie zaś dla bezpieczeństwa i nienaruszalności terytorialnej Łotwy – należy ocenić sytuację polityczną w kraju i dodatkowe okoliczności. Jako iż prawodawca wielokrotnie dokonywał oceny politycznych i historycznych warunków związanych z rozwojem demokracji w powiązaniu z kwestią praw wyborczych (…), Trybunał nie uważa, by istniała obecnie konieczność wątpienia w proporcjonalność zastosowanego środka w stosunku do jego celu. Tym niemniej prawodawca, oceniając okresowo sytuację polityczną w kraju oraz konieczność i zasadność ograniczeń, winien przewidzieć w kwestionowanych normach czas trwania ograniczeń, albowiem takie restrykcje biernego prawa wyborczego trwać mogą tylko przez określony czas"[69].

4.2.2. Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z 16 marca 2006 r.[70] uznał łotewskie regulacje za zgodne z EKPC. Stwierdził on, że co do zasady to władze krajowe, ustawodawcze i sądownicze, są kompetentne do oceny, czy zastosowane regulacje uznać za niezbędne dla ochrony systemu demokratycznego. Ewentualne ograniczenia praw jednostki winny być jednak proporcjonalne. Jednocześnie ETPC przestrzegł, że „łotewski parlament musi ciągle monitorować owe regulacje w celu rychłego ich zakończenia", fakt bowiem, że Łotwa cieszy się obecnie większą stabilnością, powoduje, że brak derogacji tych regulacji w odpowiednim terminie może w przyszłości spowodować odmienny wyrok ETPC[71].

Wyrokiem z dnia 27 lipca 2004 r.[72] ETPC uznał, że wprowadzona w życie w 1999 r. litewska ustawa, która pozbawiła byłych oficerów KGB prawa do pracy w administracji publicznej oraz na licznych stanowiskach i w licznych profesjach sektora prywatnego, była sprzeczna z art. 8 i 12 EKPC. Trybunał uznał,

68 Wyrok TK Republiki Łotewskiej z dnia 30 sierpnia 2000 r., 2000-03-01, www.satv.tiesa.gov.lv/upload/2000-03-01E.rtf (dostęp 25.05.2015).

69 Tamże, pkt 7 konkluzji. Stanowisko to łotewski TK podtrzymał w 2006 r. Zob. wyrok TK Republiki Łotewskiej z dnia 15 czerwca 2006 r., 2005-13-0106, www.satv.tiesa.gov.lv/upload/2005-13-0106E.rtf (dostęp 25.05.2015).

70 Wyrok ETPC z dnia 16 marca 2006 r. w sprawie Żdanoka *przeciwko Łotwie*, skarga nr 58278/00.

71 Tamże, § 132–135. Cytat: § 135.

72 Wyrok ETPC z dnia 27 lipca 2004 r. w sprawie *Sidabras i Džiautas przeciwko Litwie*, skargi nr 55480/00 i 59330/00.

że mimo legitymowanego celu ustawa, w zakresie, w jakim dotyczyła restrykcji w sektorze prywatnym, naruszała zasadę proporcjonalności. Dodatkowym czynnikiem, który uwzględnił ETPC, był też czas wejścia w życie powyższych uregulowań. Trybunał stwierdził, że regulacje zostały wprowadzone „niemal po dekadzie odkąd Litwa ogłosiła niepodległość 11 marca 1990 r.; innymi słowy, restrykcje dotyczące działalności zawodowej wnioskodawców zostały na nich nałożone po upływie odpowiednio trzynastu i dziewięciu lat odkąd przestali pracować w KGB. Opóźniony czas wprowadzenia ustawy, choć nie jest sam w sobie decydujący, może jednak być uznany za istotny dla ogólnej oceny proporcjonalności zastosowanych mechanizmów”[73].

4.2.3. Powyższa problematyka była także przedmiotem refleksji polskiego Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z 11 maja 2007 r. TK argumentował, że choć nie może być to przesłanka decydująca o konstytucyjności regulacji, to jednak „upływ czasu z natury rzeczy zmniejsza niebezpieczeństwo szantażu i wiąże się z naturalną wymianą dawnych kadr. Zgodnie zatem ze standardem europejskim (por. rezolucja nr 1096) rozliczenie z totalitaryzmem zakłada, w miarę upływu czasu, ograniczenie w czasie i słabnięcie argumentu o możliwości wykorzystania materiałów operacyjnych aparatu totalitarnego do szantażu funkcjonariuszy”[74]. Powodować to miało, że także mechanizmy lustracyjne powinny przestać obowiązywać z chwilą ugruntowania się systemu demokratycznego[75].

Z kolei w wyroku z 2 kwietnia 2015 r., dotyczącym zastosowania immunitetu sędziowskiego do postępowania lustracyjnego, Trybunał Konstytucyjny zauważył, że choć polskie ustawodawstwo lustracyjne nie ma charakteru epizodycznego, to jednak, jako służące wypełnieniu określonego zadania, nie jest ono trwałym elementem systemu prawa, lecz zaliczyć je można do prawodawstwa okresu przejściowego. Trybunał, powołując się m.in. na orzeczenia ETPC i sądów konstytucyjnych innych państw, argumentował, że z biegiem czasu spada doniosłość lustracji jako mechanizmu chroniącego młodą demokrację, upływ czasu ma zaś zdecydowanie mniejszy wpływ na jej znaczenie jako „instrumentu sprzyjającego przejrzystości życia publicznego oraz zapewnieniu, by ważne stanowiska państwowe były zajmowane przez osoby, które (bez względu na ich przeszłość) obecnie wykazały się uczciwością czy prawdomównością”[76]. Biorąc pod uwagę nieograniczoną w czasie możliwość wszczęcia postępowania lustracyjnego i związany z tym stały stan niepewności po stronie osoby, która złożyła oświadczenie lustracyjne, Trybunał wyraził przy tym wątpliwość, czy z czasem klaryfikacyjny cel lustracji nie powinien zostać osiągnięty innymi środkami, dodając jednak, że decyzja w tej mierze należy do prawodawcy[77].

4.3. Wziąwszy pod uwagę powyższe ustalenia, sformułować można kilka uwag końcowych. Za trafne uznać należy stanowisko polskiego sądu konstytucyjnego wyrażone w wyroku z 2 kwietnia 2015 r., odnoszące się do wartości, jakim służy lustracja w skonsolidowanym systemie demokratycznym. Choć brak jest jej znaczenia dla ochrony młodej demokracji, to jednak pozostaje ona narzędziem zapewnienia sprawowania funkcji publicznych przez osoby o wysokich walorach etycznych, takich jak uczciwość i odwaga cywilna. W przypadku weryfikacji należących do modelu odpłaty, z czasem istotnie słabnie uzasadnienie aksjologiczne stosowania sankcji wobec osób związanych z poprzednim reżimem. Z kolei procedury należące do modelu klaryfikacji historycznej – takie jak polska lustracja – znajdują trwałe uzasadnienie w wartościach: przejrzystości życia publicznego i ujawnienia prawdy o przeszłości.

Wypada też zgodzić się, że upływ czasu rodzi pytanie o możliwość zapewnienia realizacji powyższych wartości w sposób mniej dolegliwy dla lustrowanych. Pytanie to wiąże się nie tylko z eks-

73 Tamże, § 60.

74 Wyrok TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07, pkt 10.1.

75 Tamże, pkt 1.7.4.

76 Wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2015 r., P 31/12, pkt 8.2.

77 Tamże. Trybunał zauważył też, że lustracja sędziów wykazuje cechy szczególne. Ich funkcja powoduje bowiem, że znaczenie lustracji nie słabnie w czasie: aktualne jest bowiem ryzyko szantażu oraz wymóg, by wymiar sprawiedliwości sprawowany był przez osoby dające rękojmię rzetelnego orzekania, tamże.

ponowanymi przez Trybunał: stanem niepewności po stronie osób weryfikowanych i penalnym charakterem sankcji za złożenie nieprawdziwego oświadczenia lustracyjnego, ale także z faktem, że złożenie prawdziwego oświadczenia o współpracy z organami bezpieczeństwa PRL łączy się często w polskich realiach z dotkliwą sankcją rozsianą. Warto też zauważyć, że faktyczny efekt klaryfikacyjny postępowań lustracyjnych może być niewielki – w rzeczywistości prawomocny wyrok sądu stwierdzający prawdziwość oświadczenia lustracyjnego ma częstokroć mniejsze znaczenie dla kształtowania społecznej świadomości niż pierwsze medialne doniesienia o możliwości kłamstwa lustracyjnego. Z kolei – w przypadku złożenia oświadczenia o fakcie współpracy – ewentualne okoliczności łagodzące ocenę moralną postępowania często nie są w przekazach medialnych eksponowane.

Sytuacja taka powoduje, że zasadne staje się poszukiwanie możliwości modyfikacji mechanizmów lustracyjnych, tak by instrumenty te w mniejszym zakresie ingerowały w prawa osób weryfikowanych. Celowi temu służyłoby wprowadzenie maksymalnego okresu, w którym postępowanie lustracyjne może być wszczęte z inicjatywy prokuratora IPN; po tym terminie jego zainicjowanie możliwe byłoby wyłącznie w trybie autolustracji. Obecna sytuacja, w której możliwość jego wszczęcia jest praktycznie nieograniczona w czasie[78], rodzi zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia art. 2 Konstytucji RP. Za niezgodne z zasadą demokratycznego państwa prawa ze względu na wprowadzenie stanu permanentnej niepewności prawnej uznał bowiem Trybunał nieograniczoną w czasie możliwość wznowienia postępowania zakończonego prawomocnym orzeczeniem na niekorzyść osoby lustrowanej[79], zaś za niezgodne z zasadą przyzwoitej legislacji i z art. 45 Konstytucji RP – niezakreślenie terminu, w jakim IPN ma przedstawić stanowisko sądowi w sprawie zgodności oświadczenia z prawdą, w wypadku wszczynania postępowania lustracyjnego w trybie wnioskowym[80]. Podobne zarzuty postawić można też omawianej regulacji. Nie może też ujść uwadze, że w sytuacji, gdy karę za złożenie nieprawdziwego oświadczenia lustracyjnego uznaje się za sankcję penalną, czyn ten staje się jednym z nielicznych, których karalność nie ulega przedawnieniu, mimo że nie wykazuje on podobieństwa do zbrodni przeciwko ludzkości czy do przestępstw nieściganych z przyczyn politycznych.

> **Procedury należące do modelu klaryfikacji historycznej – takie jak polska lustracja – znajdują trwałe uzasadnienie w wartościach: przejrzystości życia publicznego i ujawnienia prawdy o przeszłości.**

Warto też rozważyć, czy czas, jaki upłynął od tranzycji, nie uzasadnia ograniczenia zakresu podmiotów lustrowanych jedynie do ważniejszych sta-

78 Przepisy ustawy o IPN nie przewidują terminu na zbadanie przez IPN oświadczenia lustracyjnego, zaś sześciomiesięczny termin z art. 52e ust. 4 tej ustawy ma zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa charakter wyłącznie instrukcyjny. Zob. postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 25 stycznia 2013 r., II S 26/12, OSA/Wr. 2014 nr 2, poz. 316; wyrok SA w Gdańsku z dnia 24 września 2013 r., II AKa 270/13, Legalis, nr 776345.

79 Wyrok TK z dnia 10 listopada 1998 r., K 39/97, pkt 7.

80 Wyrok TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07, pkt 12.3.

nowisk państwowych, w szczególności do stanowisk elekcyjnych. Nawet bowiem jeśli wśród obywateli rozpowszechnione jest oczekiwanie dalszego prowadzenia szerokiej lustracji, to winno ono zostać zaspokojone jedynie, jeśli znajduje swe uzasadnienie w wartościach konstytucyjnych. Można zaś się zastanawiać, na ile wartości przyświecające wprowadzeniu lustracji pozostają aktualne w odniesieniu do mniej istotnych funkcji publicznych, takich jak np. stanowisko dyrektora szkoły publicznej czy pracownika regionalnej izby obrachunkowej. Tworzeniu bardziej zniuansowanej wizji przeszłości służyć mogłaby również koncentracja działań edukacyjnych IPN także na metodach koercji stosowanych przez organy bezpieczeństwa PRL oraz na stanie ich archiwów. Takie postępowanie, uczulające społeczeństwo na wielopłaszczyznowość owej problematyki, mogłoby potencjalnie złagodzić sankcję rozsianą wobec osób, w stosunku do których istnieją okoliczności łagodzące negatywny osąd podjętej współpracy.

Powyższych uwag nie należy odczytywać jako sugestii całkowitej likwidacji procedur lustracyjnych czy też jako postulatu koncentracji działań IPN na ekskulpacji byłych współpracowników służb specjalnych. Wypada raz jeszcze podkreślić, że także w dojrzałych demokracjach lustracja może być narzędziem zapewnienia transparentności życia publicznego oraz budowy prawdziwego obrazu bolesnej przeszłości. Obraz ten powinien obejmować zwłaszcza negatywne skutki przeszłej współpracy dla osób inwigilowanych oraz dla całego życia społecznego. Idzie jednak o to, by ponad dwadzieścia pięć lat po transformacji ustrojowej procedury lustracyjne były dostosowane do wymogów ochrony praw jednostki charakterystycznych dla dojrzałych demokracji, publiczna zaś narracja dotycząca współpracy obywateli z reżimem komunistycznym, choć oparta o ocenę takich działań jako moralnie nagannych, uwzględniała także ewentualne okoliczności łagodzące.

Na koniec warto też zwrócić uwagę na istotne spostrzeżenia, jakie znalazły się w zdaniu odrębnym do omawianego wyroku TK z 2 kwietnia 2015 roku. Wskazuje się w nim, że kwestia immunitetu

> **Warto rozważyć, czy czas, jaki upłynął od tranzycji, nie uzasadnia ograniczenia zakresu podmiotów lustrowanych jedynie do ważniejszych stanowisk państwowych, w szczególności do stanowisk elekcyjnych.**

sędziowskiego jest bezpośrednio związana z wiarygodnością tego urzędu, której składnikiem jest także prawdomówność osoby piastującej tę godność. Powoduje to, że lustracja jest właśnie „częścią sprawy, jaką jest budowanie wiarygodności urzędu sędziego", nie jest zaś kwestią sprawiedliwości tranzycyjnej czy okresu przejściowego[81]. Należy w pełni zgodzić się, że przeprowadzenie lustracji służy budowaniu wiarygodności sądownictwa. Co więcej, jako element szerszych działań dotyczących rozliczenia przeszłości zwiększać może legitymację całego systemu demokratycznego. Nawet bowiem jeśli poszczególnym instrumentom sprawiedliwości tranzycyjnej przyświecają różnorodne cele szczegółowe, to ich ostatecznym, wspólnym dążeniem jest ugruntowanie systemu demokratycznego oraz

81 Zdanie odrębne sędziego TK Mirosława Granata do wyroku TK z dnia 2 kwietnia 2015 r., P 31/12. Cytat: pkt 9 wyroku.

sprowadzenie społecznego pojednania, rozumianego jako stan, w którym jednostka ufa, że organy państwa i współobywatele gotowi są respektować podstawowe dla całej wspólnoty normy postępowania[82]. Jako że wiarygodność urzędu sędziowskiego jest elementem koniecznym dla zaistnienia owego obywatelskiego zaufania, przeciwstawianie sobie tejże kwestii oraz problematyki sprawiedliwości tranzycyjnej nie wydaje się konieczne.

5. *Podsumowanie*

Analiza polskich rozwiązań lustracyjnych, orzecznictwa krajowych i zagranicznych sądów oraz literatury przedmiotu prowadzi do wniosku, że także w czasach stabilnej demokracji instrumenty te – jako należące do modelu klaryfikacji historycznej – realizują istotne wartości, jakimi są transparentność życia publicznego, ujawnienie informacji o przeszłości oraz zapewnienie, by ważne stanowiska państwowe były zajmowane przez osoby o wysokich walorach etycznych. Jednocześnie jednak penalny charakter ustawy oraz obecność sankcji rozsianej sugerują poszukiwanie rozwiązań, które, wobec upływu dwudziestu pięciu lat od momentu tranzycji, byłyby dla weryfikowanych mniej dotkliwe. Choć bowiem w okresie transformacji ustrojowej lustracja realizować może ważkie zadania, jej nadzwyczajny charakter powoduje, że jej przydatność w demokratycznym państwie prawa musi być przedmiotem okresowych rewizji.

82 P. de Greiff, *A normative conception of transitional justice*, „Politorbis" 2010, nr 3 (50), s. 18–29.

Kazimierz Michał Ujazdowski

Schmitt przegrywa z Monteskiuszem. Kilka refleksji o *Nauce o konstytucji* Carla Schmitta

Kazimierz Michał Ujazdowski

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor nadzwyczajny Uniwersytetu Łódzkiego. Zajmuje się polską myślą konserwatywną i francuskim konstytucjonalizmem. Poseł do Parlamentu Europejskiego, wiceprzewodniczący Komisji Spraw Konstytucyjnych.

Schmitt Defeated by Montesquieu. A Handful of Reflections on "The Constitutional Theory" by Carl Schmitt

"Constitutional Theory" by Carl Schmitt has undeniable value. The author highlights the difference between fundamental regulations and a set of minor and insignificant norms contained in constitutional acts. The distinction offered by Schmitt opposes dogmatization of reflections on the constitution and encourages synthetic perspectives identifying the constitutional identity of a country. Remarkably, Schmitt inspired the thought about the introduction of supra constitutional norms that may amended using ordinary procedures. Had Schmitt been as sensitive and thorough as Montesquieu, he would not have cut down on the amount of historical materials used in the name of theoretical purity. Meanwhile, his classification of political systems includes only monarchy and democracy. Similarly, Schmitt's interpretation of legal validity is oversimplified as it is limited to conformity with a nation's will, even if expressed by silence. In such a perspective, every enacted constitution would have the attribute of legal validity. The theses offered by Schmitt cannot be recognized as a novelty within the field of constitutional law scholarship. The work of classic thinkers shall be subject to critical interpretation. This is a prerequisite for the development of contemporary constitutional thought.

Polskie wydanie *Nauki o konstytucji* Carla Schmitta[1] powinno wzbudzić ożywioną dyskusję naukową nie tylko ze względu na to, że dzieło to należy do kanonu europejskiej myśli prawniczej, ale także, a może przede wszystkim dlatego, że zmusza do przemyślenia na nowo kluczowych

1 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, przeł. M. Kurkowska, R. Marszałek, wstęp M.A. Cichocki, Warszawa 2012, stron 630.

pojęć prawa konstytucyjnego. Nikt, kto stawia sobie pytania o istotę konstytucji, jej prawomocność, władzę ustrojodawczą, nie może przejść obojętnie wobec dzieła niemieckiego prawnika. I w żadnym razie nie chodzi o to, by bezkrytycznie przyjmować jego poglądy teoretyczne. Książka Schmitta ze względu na jego kompromitującą przeszłość w okresie dyktatury NSDAP z opóźnieniem wchodziła do obiegu naukowego. Zawsze jednak wywoływała żywe reakcje z pozytywnym skutkiem dla teorii prawa konstytucyjnego. Tak było we Francji, gdzie ponowne zainteresowanie myślą tego autora przyniosło wydanie klasycznej książki Schmitta w roku 1993, w znakomitym tłumaczeniu i opracowaniu Oliviera Beaud[2].

Schmitt napisał książkę z wyraźną intencją stworzenia dzieła kompleksowego. Marek Cichocki przypomina, że przed wydaniem *Nauki o konstytucji* dorobek niemieckiego prawnika był rozproszony i daleki od akademickich standardów[3]. Wydanie książki miało potwierdzać znaczenie Schmitta jako teoretyka prawa, dzięki czemu jego myśl mogła być skonfrontowana z dziełami Georga Jellinka, Franza Oppenheimera i Hansa Kelsena. Schmitta interesowała przede wszystkim polemika z poglądami tego ostatniego. Wolno interpretować jego książkę jako zdecydowaną polemikę z normatywizmem Kelsena.

Oś pierwszego i kluczowego rozdziału pracy stanowią rozważania o pojęciu konstytucji. Schmitt przedstawia tu swoje poglądy na genezę i prawomocność konstytucji oraz władzę ustrojodawczą. Część II ma charakter pochodny. Znajdziemy w niej analizę konstytucji nowoczesnej – takiej, która rozwinęła się w Europie po zakończeniu I wojny światowej, kiedy w opinii Schmitta ukształtowało się praworządne mieszczańskie państwo prawa. Z kolei część III zawiera omówienie politycznych elementów składowych nowoczesnej konstytucji ludu, demokracji, monarchii i pierwiastków arystokratycznych współczesnych ustrojów, a także wnikliwą analizę rozmaitych wcieleń systemów parlamentarnych – ze szczególnym uwzględnieniem systemu parlamentarnego konstytucji weimarskiej. Całość – w części IV – wieńczy wykład podstawowych pojęć konstytucji związkowej, który polecam gorąco każdemu zainteresowanemu federalizmem.

Choć całą książkę czyta się z wielkim zainteresowaniem, to nowatorskie i zasługujące na krytyczne omówienie jest przede wszystkim podejście Schmitta do samego pojęcia konstytucji. Teza zasadnicza poddaje ostrej krytyce formalne, dogmatyczne ujęcie konstytucji jako zbioru norm, które są produktem zastosowania szczególnych procedur (takich jak np. większość kwalifikowana) i z tego względu wszystkie muszą mieć identyczną i wyróżnioną rangę wobec ustaw zwykłych. A zatem konstytucja wedle Schmitta nie jest, jak zdaje się nadal twierdzić zdecydowana większość prawników, ustawą o specyficznych cechach zewnętrznych. Schmitt poddaje takie relatywne ujęcie konstytucji ostrej krytyce: „Pojęcie konstytucji jest możliwe do określenia jedynie wówczas, gdy rozróżnia się konstytucję i ustawę konstytucyjną. Niedopuszczalne jest najpierw rozczłonkowanie konstytucji, a następnie zdefiniowanie ustawy konstytucyjnej na podstawie zewnętrznej cechy czy nawet trybu jej zmiany. W ten sposób traci się istotne pojęcie nauki o państwie i podstawowe pojęcie nauki o konstytucji"[4].

Wedle niemieckiego prawnika konstytucja nie jest po prostu zbiorem pojedynczych norm obecnych

2 C. Schmitt, *Theorie de la Constitution*, przeł. O. Beaud, Paris 1993. Myśl Schmitta w nieporównywalnie mniejszym stopniu niż teorie Kelsena oddziaływała na doktrynę francuską. Jednak, jeszcze przed zdobyciem władzy przez Hitlera, do myśli Schmitta nawiązywał René Capitant, widząc w niej próbę zracjonalizowania parlamentaryzmu. Poznał on Schmitta w czasie stypendium naukowego w Niemczech. Myśl obu prawników była porównywana i kwalifikowana jako wyraz dążeń do przezwyciężenia kryzysu parlamentaryzmu. Zob. G. Le Brazidec, *René Capitant, Carl Schmitt: Crise et réforme du parlementarisme. De Weimar à la Cinquième République*, wstęp J. Chevallier, Paris 1998. Po 1934 roku Capitant stał się jednym z najbardziej ostrych krytyków nazizmu, zob. R. Capitant, *Face au nazisme: écrits 1933–1935*, wstęp O. Beaud, Strasbourg 2004; O. Beaud, *René Capitant et sa critique de l'idéologie nazie (1933–1939)*, „Revue Française d'Histoire des Idées Politiques" 2001/2, nr 14. Z kolei sam Schmitt w swych pracach często odnosił się do tekstów A. Esmeina, R. Carré de Malberga i M. Hauriou.

3 M. Cichocki, *Wstęp do wydania polskiego: Natura ustroju politycznego według Schmitta* (w:) C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, dz. cyt., s. 9.

4 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, dz. cyt., s. 53.

w ustawie konstytucyjnej. Konstytucja w pozytywnym, właściwym sensie powstała przed nimi, w wyniku aktu świadomego jej ustanowienia przez podmiot władzy ustrojodawczej: „Konstytucja w sensie pozytywnym – pisze Schmitt – powstaje poprzez akt władzy ustanawiającej konstytucję. Akt ustanowienia konstytucji jako taki nie polega na przyjęciu jakichś pojedynczych unormowań, lecz poprzez jednorazową decyzję określa całą jedność polityczną z perspektywy jej szczególnej formy egzystencji”[5].

Nie mniej istotne jest to, że konstytucja jest wtórna wobec państwa. Nie tworzy wspólnoty politycznej, powstaje jako świadomy akt nadania istniejącej już wspólnocie zasadniczych kształtów. Istnieje, ponieważ poprzedza ją istnienie politycznej jedności (w czasach współczesnych istnienie państwa – narodu) i sama w sobie nie jest niczym absolutnym. Polemicznie wobec Kelsena pisał Schmitt, że konstytucja nie powstaje sama z siebie: „Konstytucja nie opiera się na normie, której słuszność byłaby powodem jej obowiązywania”[6]. Jej fundamentem jest decyzja polityczna, wywodząca się z bytu politycznego (z istnienia państwa) i rozstrzygająca o rodzaju i formie tego bytu. Konstytucja powstaje zatem nie w chwili uchwalenia ustawy konstytucyjnej, lecz w momencie, gdy podmiot władzy ustrojodawczej przesądza o najważniejszych formach egzystencji danej wspólnoty politycznej.

Władza konstytuująca nie podlega dystrybucji, jest niepodzielna i jednolita. Jej podmiotem może być król albo naród, bardzo rzadko należy do grup o charakterze arystokratycznym. Schmitt właściwie redukuje modele konstytucyjne do monarchii i demokracji. W epoce demokratycznej władza ustanawiania konstytucji przeszła definitywnie od monarchy do narodu. Schmitt nawiązuje do Emmanuela J. Sieyèsa i właściwie przejmuje jego pojmowanie władzy konstytuującej jako nieograniczonej prawnie i proceduralnie[7]: „Lud, naród pozostaje praprzyczyną wszelkich wydarzeń politycznych, źródłem wszelkiej siły, która uwidacznia się pod coraz to nowymi postaciami i wydaje z siebie coraz to nowe formy i organizacje, sama jednak nigdy nie podda swojego istnienia politycznego ostatecznemu ukształtowaniu”[8]. Wybitny prawnik uważał, że nie może istnieć uregulowana procedura, która byłaby wiążąca w kwestii aktywizacji władzy konstytuującej. Odnotujmy, że Schmitt stosował także wprowadzony przez Sieyèsa podział na władzę konstytuującą i podrzędne wobec niej władze ukonstytuowane[9].

Choć całą książkę czyta się z wielkim zainteresowaniem, to nowatorskie i zasługujące na krytyczne omówienie jest przede wszystkim podejście Schmitta do samego pojęcia konstytucji.

5 Tamże, s. 54.

6 Tamże, s. 142.

7 „Świadoma decyzja, co do określonego rodzaju i formy tej egzystencji, czyli akt, na mocy którego »lud ustanawia sobie konstytucję«, zakłada więc państwo, o którego rodzaju i formie się rozstrzyga. Jednak jeżeli chodzi o sam akt, o samo wykonanie tej woli, nie mogą istnieć żadne uregulowania proceduralne. To samo dotyczy treści decyzji politycznej. »Wystarczy, żeby naród chciał«. To zdanie Sieyèsa najlepiej oddaje istotę tego zjawiska. Władza ustrojodawcza nie jest związana ani formami prawnymi, ani procedurami; jest »zawsze w stanie natury«, ten stan to jej niezbywalna cecha”, tamże, s. 147.

8 Tamże, s. 147.

9 E.J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, wstęp J.-D. Bredin, Paris 1989.

W tym miejscu warto poczynić uwagę, że sposób rozumienia władzy ustrojodawczej ma bardzo wyraźne konsekwencje. Jeśli tak jak w przypadku myśli Sieyèsa i Schmitta przyjmuje się, że władza ta nie jest związana żadnymi ograniczeniami, naród może ustanowić nową konstytucję w dowolnej formie, bez konieczności respektowania przepisów o jej rewizji. Takie podejście spotkało się ze sprzeciwem Adhémara Esmeina, twórcy republikańskiego prawa konstytucyjnego we Francji. Esmein nie bez racji uważał, że taka interpretacja władzy ustrojodawczej daje uprawnienia do nieustającego podważania konstytucji i tworzy sytuację permanentnej niepewności. Esmein obawiał się bonapartystowskiego zamachu stanu przeciw III Republice Francuskiej i odmawiał mu z góry legitymacji. Stąd domagał się respektowania minimalnych reguł rewizji konstytucji, choćby takich, które powierzają władzę konstytuującą izbom parlamentu podejmującym decyzję bez większości kwalifikowanej[10].

Carl Schmitt z wielką konsekwencją rozwijał swoją teorię. Wyrażał przekonanie, że tylko władza ustrojodawcza skoncentrowana w jednym podmiocie jest władna przesądzać spory konstytucyjne, interpretować konstytucję i ewentualnie wypełniać jej luki. Niemiecki prawnik uważał, że nic nie może obrócić się przeciwko decyzji narodu jako podmiotu władzy konstytuującej, a zatem nie ma zmiany konstytucji bez decyzji narodu. Prawomocność konstytucji to jej zgodność z wolą podmiotu władzy ustrojodawczej, nie zaś z formalnymi procedurami rewizyjnymi. W *Nauce o konstytucji* czytamy: „Prawomocność konstytucji nie oznacza, że konstytucja powstała zgodnie z wcześniej obowiązującymi ustawami konstytucyjnymi. Taki pogląd byłby wręcz niedorzeczny. Konstytucja nie powstaje nigdy według zasad nadrzędnych wobec niej. Poza tym nie do pomyślenia jest, by nowa konstytucja, tj. nowa fundamentalna decyzja polityczna, była podporządkowana wcześniejszej konstytucji i od niej uzależniona”[11].

Nie ma zatem znaczenia – i tu Schmitt idzie także za Sieyèsem – czy do uchwalenia nowej konstytucji doszło w zgodzie, czy też z naruszeniem norm konstytucji poprzedniej.

Schmitt przytacza przykłady ustanowienia konstytucji mocą jednorazowej i świadomej decyzji narodu. I tak naród francuski w 1791 roku podjął rozstrzygnięcie na rzecz monarchii konstytucyjnej z dwoma reprezentantami narodu: królem i ciałem ustawodawczym. Konstytucja Belgii z 1831 roku zawiera decyzję narodu belgijskiego, który opowiedział się za ustrojem parlamentarno-monarchicznym opierającym się na fundamencie demokratycznym o charakterze mieszczańskiego państwa

10 Warto przytoczyć fragment klasycznego wykładu prawa konstytucyjnego pióra A. Esmeina: „Przedstawicielem drugiego poglądu (na temat władzy konstytuującej – przyp. K.M. Ujazdowski), również nieodpowiadającego wymaganiom rozumu i niezbędnej równowagi w rządach jest Sieyès. Zdaniem jego, prawa konstytucyjne obowiązują władze ustanowione i są dla nich nietykalne; ale narodu, od którego pochodzą, nie mogą krępować. Naród nie tylko może je zmienić w każdej chwili, ale może to uczynić z zupełną swobodą, nie trzymając się żadnych z góry ustanowionych form. (…) Prawdę powiedziawszy, myśli te wcale nie były nowe. Rozwijano je znacznie wcześniej na korzyść panującego, kiedy władza zwierzchnia spoczywała w ręku monarchy. Co pierwotnie ustalono na korzyść udzielnego monarchy, znów przenoszono teraz na udzielny naród. Doktrynę posunięto nawet dalej, bo jeśli dawniej utrzymywano, że zwierzchnik panujący »choćby chciał, nie mógłby związać sobie rąk własnemi ustawami«, to przecież teoria, mając na względzie moralną odpowiedzialność monarchy, uznawała, że wiążą go obietnice i przysięgi, złożone wobec poddanych, że zatem obowiązek nakazuje mu wypełniać prawa, zasadnicze, których poszanowanie był zaprzysiągł. Tymczasem naród – zwierzchnik nie miał z kim się umawiać i nie mógł się wiązać wobec samego siebie. Te same idee ponownie ukazują się we współczesnych demokracjach; odnajdujemy je we Francji w różnych mowach i pismach, oświadczających bez ogródki, że lud zawsze ma prawo żądać reformy konstytucji i że żądanie to winno być spełnione – albo też głoszących absolutną niezawisłość Zgromadzenia Narodowego, zebranego dla dokonania rewizji konstytucji w myśl art. 8 ustawy 25 lutego 1875 r. Ale to wszystko jest tylko uprawnieniem nieustającej akcji przewrotowej. Sto razy lepszy byłby system pozwalający prawodawcy swobodnie stanowić uchwały we wszystkich materiach”, A. Esmein, *Prawo konstytucyjne*, przeł. Wł. Konopczyński i K. Lutostański, Warszawa 2013, reedycja wydania z 1921, s. 447–448.

11 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, dz. cyt., s. 162.

prawa. Konstytucja weimarska to wyraz decyzji narodu niemieckiego na rzecz „mieszczańskiego państwa prawa mającego polityczną formę demokratycznej republiki o strukturze federalnej”[12].

Trzeba też dodać, że wedle Schmitta państwo demokratyczne nie musi przybierać formy demokracji parlamentarnej. Mieszczańskie państwo prawa w wersji parlamentarnej jest rozpowszechnioną i wzorcową formą ustrojową, ale nie jedyną, w której może wyrażać się władza narodu[13]. Władza narodu może wyrażać się inaczej niż w formie powszechnego indywidualnego i równego głosowania. Dlatego też Schmitt był gotów uznać za demokratyczny każdy niemonarchiczny porządek konstytucyjny, który posiada co najmniej milczącą aprobatę ludu. Logiczną konsekwencją takiego rozumowania jest niebezpieczne zatarcie różnicy między ustrojami demokratycznymi a autorytarnymi. Konstanty Grzybowski, który przed wojną znajdował się pod wpływem poglądów Schmitta, dowodził, że system pomajowy w Polsce jest formą porządku demokratycznego. W eseju *Od dyktatury ku kompromisowi konstytucyjnemu* pisał o rządach sanacyjnych jako demokratycznej dyktaturze[14].

Carl Schmitt z wielką konsekwencją rozwijał swoją teorię. Wyrażał przekonanie, że tylko władza ustrojodawcza skoncentrowana w jednym podmiocie jest władna przesądzać spory konstytucyjne, interpretować konstytucję i ewentualnie wypełniać jej luki.

Nauka o konstytucji Carla Schmitta ma walory niezaprzeczalne. Zwraca uwagę na różnicę między regulacjami fundamentalnymi (jądrem konstytucji, podstawowymi zasadami konstytucji) a zbio-

12 Tamże, s. 58.

13 „Dzisiaj wola ludu wyraża się w większości krajów przez procedurę tajnego indywidualnego głosowania czy tajnych wyborów. Byłoby jednak błędem – i to niedemokratycznym – traktować te dziewiętnastowieczne metody bez zastrzeżeń jako absolutną i ostateczną normę demokracji. Woli ludu, który pragnie sam sobie ustanowić konstytucję, można dowieść jedynie czynem, a nie przez stosowanie się do uregulowanych procedur normatywnych. Nie można jej oczywiście oceniać po dawniej czy dotychczas obowiązujących ustawach konstytucyjnych”, tamże, s. 153.

14 „Skoro raz deklarowano w konstytucji zasadę suwerenności ludu, opuszczono teren ściśle opisanych kompetencyj i form działalności, wkroczono na teren polityczny. Cechą suwerena jest, że stoi ponad i poza wszelkiem unormowaniem. Dlatego teza sieyesowska, teza, że naród posiada niepozbywalne prawo zmieniania w każdej chwili i w każdej formie swej konstytucji, teza legalności rewolucyjnej – jest oczywistą konsekwencją zasady suwerenności ludu. Z tego punktu widzenia »oddanie kartki wyborczej« jest formą w normalnych okresach wystarczającą, a od innych form bezpieczniejszą, gdyż daje mniejsze prawdopodobieństwo omyłek, a formy ludowej akceptacji woli dyktatora są zawsze ryzykowniejsze, są zawsze dla stałości stosunków niebezpieczniejsze, są »nadzwyczajne«, ale – z punktu widzenia doktryny demokratycznej – są równie uprawnione. (…) Jakie są sposoby badania ludu poza złożeniem kartki wyborczej. Nie da się z góry określić tych sposobów. Wszystkie są – skoro się raz przyjmie zasadę suwerenności ludu – równie dobre”, K. Grzybowski, *Od dyktatury ku kompromisowi konstytucyjnemu*, Kraków 1930, s. 10–11.

rem norm mniejszej rangi i znaczenia (zawartymi w ustawach konstytucyjnych). Rozróżnienie Schmitta przeciwstawia się dogmatyzacji refleksji o konstytucji i zachęca do ujęć syntetycznych identyfikujących tożsamość konstytucyjną państw i badających znaczenie podstawowych zasad konstytucyjnych. Warto zauważyć, że Schmitt inspirował myśl o obowiązywaniu norm suprakonstytucyjnych, które nie

Rozróżnienie Schmitta – między regulacjami fundamentalnymi a zbiorem norm mniejszej rangi i znaczenia – przeciwstawia się dogmatyzacji refleksji o konstytucji i zachęca do ujęć syntetycznych identyfikujących tożsamość konstytucyjną państw i badających znaczenie podstawowych zasad konstytucyjnych.

mogą podlegać zmianie w drodze procedury nowelizacji i z aprobatą wskazywał na te normy konstytucyjne, które gwarantują nienaruszalność regulacji. W *Nauce o konstytucji* zwracał uwagę na art. 2 francuskiej ustawy konstytucyjnej z 1884 roku, w myśl którego republikańska forma władzy nie może być przedmiotem rewizji konstytucji i na konstytucję Królestwa Norwegii z 1814 roku, która wykluczała rewizję konstytucji sprzeczną z jej podstawowymi zasadami[15]. Wiele wskazuje na to, że Schmitt był inspiratorem klauzuli wieczności wyrażonej w art. 79 ust. 3 ustawy zasadniczej RFN z 1949 roku, która wyklucza zmianę konstytucji naruszającą godność człowieka jako źródło praw podstawowych, federalizm, demokratyczny i socjalny charakter republiki federalnej[16]. Schmitt przywoływany był także przez tych prawników francuskich, którzy byli gotowi uznać normy suprakonstytucyjne[17].

Można zgodzić się ze Schmittem, gdy kładzie nacisk na różnicę między zmianą konstytucji a zmianami ustaw konstytucyjnych. Nie każda noweliza-

15 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, dz. cyt., s. 189–190. Carl Schmitt inspiruje także nauki historyczno-prawne. Nathalie Droin zastosowała Schmittowskie odróżnienie konstytucji i ustaw konstytucyjnych w tekście poświęconym francuskim regulacjom z 1884 r. wykluczającym zmianę republikańskiej formy ustrojowej. Rewizja ustaw konstytucyjnych nie może podważać fundamentów aksjologicznych konstytucji. Jej zdaniem niemiecki teoretyk prawa dostarczył tym samym argumentów przemawiających za jurydycznym walorem zakazu rekonstrukcji monarchii, N. Droin, *Retour sur la loi constitutionnelle de 1884: contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé*, „Revue Française de Droit Constitutionnel" 2009, nr 80.

16 Zob. C. Mouffe (red.), *The challenge of Carl Schmitt*, London 1999.

17 Zob. G. Burdeau o normach suprakonstytucyjnych i możliwości dekonstytucjonalizacji przez sąd konstytucyjny takiej nowelizacji, która naruszałaby zasady konstytucyjne. G. Burdeau, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, wyd. 25, L.G.D.J. 1997, s. 53. Jednakże zarówno stanowisko francuskiej doktryny prawa konstytucyjnego, jak i Rady Konstytucyjnej kwestionuje obowiązywanie norm suprakonstytucyjnych i wyraża przekonanie, że zmiana konstytucji na podstawie art. 89 nie doznaje żadnych ograniczeń. Zob. F. Luchaire, G. Conac (red.), *La Constitution de la République Française. Analyses et commentaires*, Paris 2008, s. 2006–2007.

cja ustawy konstytucyjnej jest zmianą tożsamości konstytucyjnej. Choć trzeba dodać, że granica między rozstrzygnięciami fundamentalnymi a wtórnymi nie jest wyraźna. Schmitt zbyt często ułatwiał sobie zadanie, posługując się przypadkami skrajnymi, wskazując np. na przepis konstytucji Republiki Weimarskiej o prawie wglądu urzędnika do akt personalnych – z pewnością nienależący do materii konstytucyjnej.

Pomyłka Schmitta polega na tym, że nie dostrzega on, iż konstytucja nie zawsze jest efektem podjęcia konkretnej, całościowej i nadzwyczajnej decyzji przez podmiot władzy ustrojodawczej, który w ten sposób określa zasadniczą formę egzystencji politycznej państwa.

To, co budzi moje zastrzeżenia, to decyzjonistyczna wizja tworzenia konstytucji. Pomyłka Schmitta polega na tym, że nie dostrzega on, iż konstytucja nie zawsze jest efektem podjęcia konkretnej, całościowej i nadzwyczajnej decyzji przez podmiot władzy ustrojodawczej, który w ten sposób określa zasadniczą formę egzystencji politycznej państwa. Nie chodzi mi o obronę normatywizmu, w myśl którego konstytucja sama się nadaje i uprawomocnia, ale o to, że trudno zgodzić się z tezą, iż w każdym przypadku tworzenie i zmiana konstytucji następuje w drodze całościowej decyzji narodu, który w jednym momencie określa ramy swej jedności politycznej.

Tworzenie konstytucji (i to właśnie w jej fundamentalnej części) jest procesem z udziałem wielu podmiotów. Schmitt dobrze objaśnia tworzenie konstytucji w momentach historycznych zwrotów (jak Rewolucja Francuska, ustanowienie Republiki Weimarskiej). Jednakże istotne rozstrzygnięcia konstytucyjne nie zawsze są produktem nadzwyczajnej decyzji, którą można przypisać całemu narodowi. Bardzo często zapadają jako efekt decyzji większości politycznej kontestowanej przez potężny odłam opinii publicznej (jak republikański zwrot we Francji w latach 1884–1905, rządy pomajowe w Polsce i uchwalenie konstytucji kwietniowej), praktyki konstytucyjnej (budowa supremacji parlamentu w III Republice Francuskiej w wyniku zaprzestania stosowania weta przez prezydenta[18]), wreszcie brzemiennych w skutkach orzeczeń sądów konstytucyjnych (fundamentalne orzeczenia polskiego Trybunału Konstytucyjnego w latach 1990–1997, w tym konstytucjonalizacja ochrony życia). Schmitt mógł nie doceniać znaczenia tych ostatnich, wydał swoją książkę zanim sądy konstytucyjne zajęły kluczowe miejsce w stosowaniu konstytucji. Ale już w czasach Schmitta refleksja o zmianie konstytucji wskazywała na jej wieloaspektowy i procesualny charakter[19].

Schmitt posługuje się obfitym materiałem historycznym, choć redukuje go do sytuacji nadzwy-

18 R. Capitant, *La coutume constitutionnelle*, „Gazette du Palais", 20 décembre 1929.

19 Zob. np J. Bryce, *The American Commonwealth*, New York 1893, czy później G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900. Wnikliwe omówienie tych prac A. Le Divellec, *À la recherche du (ou d'un) concept de mutation constitutionnelle ou: les mystères de la notion de constitution* (w:) *Les mutations constitutionnelles*, Société de Législation Comparée, Paris 2013, s. 17–46.

czajnych. Warto tu odnotować zarzut Josepha H.H. Weilera, który uważa, że Schmitt upraszcza rzeczywistość, a jego teoria pada ofiarą pojęciowej czystości[20]. W tej optyce pomija się całą gamę wydarzeń, które oznaczają zmianę konstytucji bez aktywizacji władzy konstytuującej całego narodu. Albowiem konstytucja podlega bardzo często zmianie w wyniku konkurencji elit, z których żadna nie dysponuje definitywnym poparciem narodu charakterystycznym dla sytuacji nadzwyczajnej. Francuscy prawnicy, krytyczni wobec III Republiki Francuskiej, wprowadzili nawet pojęcie konfiskaty suwerenności przez parlament i zamrożenia władzy konstytuującej narodu – w odniesieniu do sytuacji, gdy elita parlamentarna sama tworzy konstytucję i pozbawia naród prawa do wykonywania władzy konstytuującej[21]. Przypomnijmy, że w latach 1870–1945 wyeliminowano z systemu konstytucyjnego Francji referendum, włącznie z referendum konstytucyjnym. Dopiero Charles de Gaulle w 1945 roku wprowadził referendum zatwierdzające jako konieczną procedurę uchwalenia konstytucji. A zatem wbrew poglądom Schmitta władza ustrojodawcza podlega dystrybucji i jest podzielna między kilka podmiotów. Może też być zmonopolizowana przez parlament kosztem narodu[22].

Schmitt zdaje się twierdzić, że zmiana konstytucji następuje jedynie w wyniku nadzwyczajnej, totalnej decyzji narodu. Poza tym obszarem miałyby znajdować się nowelizacje ustaw konstytucyjnych o znaczeniu technicznym. Podejście decyzjonistyczne Schmitta tak dalece zawęziło jego sposób pojmowania konstytucji (norm fundamentalnych), że niemiecki prawnik nie potrafił dostrzec zmian naruszających tożsamość konstytucji, które następowały w okresie zwykłym, w wyniku zmagań politycznych, praktyki konstytucyjnej oraz interpretacji aktu.

> **Gdyby Schmitt miał wrażliwość i wnikliwość Monteskiusza, nie redukowałby materiału historycznego dla celów uzyskania czystości teoretycznej.**

Ponadto Schmitt bagatelizował aksjologiczny wymiar konstytucji. Nie zauważał kluczowego znaczenia zasady laickości dla tożsamości konstytucyjnej III Republiki Francuskiej i ideowej warstwy kon-

20 J.H.H. Weiler, *Konstytucjonalizm globalny i pluralistyczny – uwagi krytyczne* (w:) G. de Búrca, J.H.H Weiler, *Świat europejskich konstytucjonalizmów*, przeł. J. Brzeziński, L. Nowosielska, Warszawa 2014, s. 21.

21 R. Capitant, *O konflikcie między suwerennością parlamentu i suwerennością narodu we Francji po wyzwoleniu* (w:) K.M. Ujazdowski (red.), *V Republika Francuska. Idee, konstytucja, interpretacje. Antologia tekstów i dokumentów źródłowych*, Kraków 2010.

22 Dlatego właśnie R. Carré de Malberg uważał, że referendum konstytucyjne wyzwoli władzę konstytuującą narodu zmonopolizowaną przez izby parlamentu. Postulat wyzwolenia *pouvoir constituant* narodu uderzał w fundamenty III Republiki Francuskiej, która powierzała władzę konstytuującą izbom parlamentu. Tym samym Carré de Malberg zajął stanowisko w istotnej dla francuskiego konstytucjonalizmu kwestii, jaką była relacja władzy konstytuującej do władz ustanowionych. Strasburski prawnik uważał, że nawet jeśli parlament jest najwyższą ustanowioną władzą, to kompetencje, jakimi dysponuje jako władza tego typu, mogą być, w odróżnieniu od kompetencji suwerena, jedynie kompetencjami pochodnymi i tym samym podlegającymi ograniczeniom. Władza parlamentu, władza rządu i władza sądownictwa mają status władz ustanowionych. Zob. R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931.

stytucji weimarskiej. W tym ostatnim przypadku uważał, że jest ona zbiorem niezobowiązujących deklaracji ideowych wprowadzonych do konstytucji przez niemieckie partie polityczne[23]. Schmitt do tego stopnia dążył to pojęciowej czystości, że zredukował bogactwo współczesnych mu form ustrojowych tylko do dwóch systemów konstytucyjnych: monarchii i demokracji. Nie było zatem miejsca na osobną analizę systemów autorytarnych w okresie międzywojennym (jak Węgry czy państwa bałtyckie). Był nawet gotów zakwalifikować ustrój Związku Radzieckiego i faszystowskich Włoch do modelu demokratycznego. Gdyby Schmitt miał wrażliwość i wnikliwość Monteskiusza, nie redukowałby materiału historycznego dla celów uzyskania czystości teoretycznej. Warto wspomnieć, że piszący w tym czasie co Schmitt wybitny polski konstytucjonalista Michał Starzewski przestrzegał przed czystością ideologii jako podstawą klasyfikacji i domagał się stosowania wielu kryteriów jednocześnie, po to, by oddać różnorodność form ustrojowych państw[24].

Nie jest to jedyne uproszczenie widoczne w *Nauce o konstytucji*. Podobne zastosował Schmitt w odniesieniu do pojęcia prawomocności konstytucji. To prawda, że samo wprowadzenie rozróżnienia między legitymacją i legalnością podważało pozytywistyczną wizję prawa. Jednakże sprowadzenie prawomocności konstytucji do zgodności z wolą narodu (wyrażaną nawet milcząco) pociąga za sobą jednoznaczne konsekwencje. W tej perspektywie każdy system konstytucyjny, który trwa (jak np. konstytucje państw socjalistycznych), dysponowałby przymiotem prawomocności. Jeśli legitymację konstytucji odrywa się do aksjologii i pytania o to, czy służy ona dobru wspólnoty politycznej, to może ona uzasadniać każdy wdrożony system ustrojowy. Tym-

> **Żaden z klasyków nie może być odczytywany bezkrytycznie: potrzeba stałej konfrontacji z myślą Zachodu, a nade wszystko własnej oryginalności.**

czasem pojęcie legitymacji konstytucji ma sens, jeśli pozwala stwierdzić, że nie wszystkie konstytucje legalne odpowiadają podstawowym wartościom i dobru wspólnoty politycznej[25].

W posłowiu do polskiego wydania *Nauki o konstytucji* Tomasz Krawczyk pisze, że polska doktryna konstytucyjna koncentruje się na „wtórnych kwestiach proceduralnych bądź na prawach człowieka", pomijając problemy zasadnicze[26]. Dodaje, że polscy prawnicy mają uprzedzenia do państwa. Z pewnością teksty Schmitta mogą inspirować odrodzenie teorii prawa konstytucyjnego i przezwyciężenie jego fragmentaryzacji. Wymagają jednak krytycznego omówienia i nie powinny być przedstawiane jako nowe objawienie prawa konstytucyjnego. Schmitt nie był jedynym ani pierwszym myśliciele-

23 Warto odnotować, że nawiązujący do Schmitta K. Grzybowski przeciwnie do niemieckiego prawnika uważał, że wzrastać będzie znaczenie norm programowych konstytucji. Zob. K. Grzybowski, *Od dyktatury…*, dz. cyt., s. 26.

24 M. Starzewski, *Demokracja i totalizm. Wybór pism*, Kraków 2012, s. 197–217.

25 Zob. interesujące uwagi G. Burdeau o dystynkcji między legitymacją a legalnością. W jego ujęciu legitymacja konstytucji oznacza zgodność z interesem kraju, przeznaczeniem historycznym i sprawiedliwością. G. Burdeau, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, dz. cyt., s. 362; zob. także A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1966, s. 628–683.

26 C. Schmitt, *Nauka o konstytucji*, dz. cyt., s. 611.

lem, który zwalczał dogmatyczne podejście do tej dyscypliny. Czynili to również inni prawnicy tamtej epoki, tacy jak G. Jellinek, Joseph Barthélemy, Raymond Carré de Malberg i Georges Burdeau. Również polscy prawnicy orientacji konserwatywnej: Ignacy Czuma, Adam Piasecki, M. Starzewski i piszący także po wojnie K. Grzybowski wprowadzali do analiz prawnych aspekty doktrynalne i politologiczne, odkrywając głęboki sens instytucji konstytucyjnych[27]. Polska refleksja konstytucyjna powinna samodzielnie podejmować zagadnienia tożsamości konstytucyjnej państwa, hierarchizacji zasad konstytucji i ich znaczenia, a także zakresu oraz sposobu ekspresji władzy ustrojodawczej. Problemy te ściśle łączą się z ciągłym redefiniowaniem suwerenności państwa w czasach współczesnych, suwerennością narodu i relacją konstytucji do prawa europejskiego. Żaden z klasyków nie może być odczytywany bezkrytycznie. Potrzeba nam bowiem stałej konfrontacji z myślą Zachodu, a nade wszystko własnej oryginalności.

27 I. Czuma, *Absolutyzm ustrojowy*, Lublin 1934; A. Piasecki, *O parlamentaryzmie Trzeciej Republiki*, Poznań 1928; M. Starzewski, *Środki zabezpieczenia prawnego konstytucyjności ustaw*, Kraków 1928; K. Grzybowski, *Demokracja francuska*, Kraków 1947.

Wojciech Dajczak

Dyskretny urok dawnej Europy.
Wspomnienie o profesorze Bertholdzie Kupischu

W dniu 29 grudnia 2015 roku zmarł Berthold Kupisch. Miałem przyjemność poznać osobiście Profesora krótko po jego osiemdziesiątych urodzinach. Mieszkał wtedy znów w Heidelbergu, mieście swoich studiów – i systematycznie korzystał z biblioteki tamtejszego Instytutu Historii Prawa. Regularnie przyjeżdżał do Rzymu jako członek komitetu kierującego pracami mającego siedzibę we Włoszech międzynarodowego stowarzyszenia wspierającego badania historyczno-porównawcze prawa (*Associazione Internazionale della Ricerca Storico-Giuridica e Comparatistica* – ARISTEC), którego był współtwórcą. Naukowo zajmował się historią prawa prywatnego – od antycznego Rzymu po czas kodyfikacji – oraz prawem cywilnym. Wiadomość o śmierci Profesora ożywiła mi w pamięci obraz uczonego, który w języku włoskim określany był z uwagi na swój sposób bycia jako *gran signore*. W rozmowach formułował wyraziste oceny wynikające z wiary w doniosłość kulturowej tożsamości Europy. Na przykład uważał, że szerokie otwarcie Niemiec dla osób, które nie akceptują tej tożsamości, jest nagannym przyzwoleniem na nadużywanie wolności. Przypominał, że prowadzone z jego udziałem od roku 1986 prace na tłumaczeniem zbioru rzymskich tekstów prawnych *Corpus Iuris Civilis* są bardzo ważne dla ocalenia więzi między prawem rzymskim a współczesnym, ale rzetelne ich wykonanie wymaga co najmniej pół wieku pracy.

Przywołane spostrzeżenia budowały wizerunek Bertholda Kupischa jako uczonego elegancko reprezentującego ducha dawnej Europy. Praktyka językowa pokazuje jednak, że określenie „dawna Europa" może służyć promowaniu różnych ocen i wartości. Użycie go przez amerykańskiego ministra obrony dla pejoratywnego oznaczenia Niemiec i Francji jako przeciwników ataku na Irak i rozwinięta po tym w Niemczech praktyka łączenia „dawnej Europy" z fundamentalnym znaczeniem moralności uczyniły wyrażenie „das alte Europa" słowem języka niemieckiego roku 2003[1]. Profesor nie był uczestnikiem politycznych sporów, był powściągliwy wobec polityki akademickiej. Przez kilkadziesiąt lat aktywności naukowej pokonał drogę, o której warto pamiętać, gdy pytamy o istotę europejskiej tożsamości prawa.

Berthold Kupisch urodził się 3 stycznia 1932 roku w Gelsenkirchen. Naukę w gimnazjum w Essen zaczął w roku 1946. W roku 1953 rozpoczął studia prawnicze, najpierw w Berlinie, a następnie w Heidelbergu. W ten sposób syn górnika z Zagłębia Ruhry znalazł się w jednym z centrów życia naukowego Niemiec, w którym zbudował fundamenty swej formacji naukowej. Na Uniwersytecie w Heidelbergu obronił rozprawę doktorską poświęconą ewolucji skargi *de in rem verso* w nauce recypowanego prawa rzymskiego – od wieku XVII po rozwiązanie przyjęte w austriackim kodeksie cywilnym[2]. Tam także uzyskał *veniam legendi* w zakresie

1 Od roku 1971 Towarzystwo Języka Niemieckiego (*Gesellschaft für deutsche Sprache e. V.*) wybiera jako „słowo roku" słowa lub wyrażenia, które w szczególny sposób określiły językowy obraz życia politycznego, gospodarczego i społecznego.

2 B. Kupisch, *Die Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum*

prawa rzymskiego, historii prawa i prawa cywilnego. W roku 1970 objął Katedrę Prawa Rzymskiego i Cywilnego na Uniwersytecie w Münster i kierował nią do przejścia na emeryturę w roku 1997.

Otwierająca karierę naukową Kupischa praca poświęcona była *actio in rem verso*, czyli jednemu z aspektów zwrotu uzyskanego niezasadnie wzbogacenia. Nierozwiązany od antyku – w sposób zadawalający – problem równowagi między pewnością a słusznością przesunięć majątkowych stał się na dziesięciolecia naukową specjalnością Bertholda Kupischa. Profesor podejmował i inne zagadnienia z historii prawa prywatnego[3], prowokował żywe polemiki[4], ale to przede wszystkim wyróżniające się historyczną głębią[5] i dogmatyczną precyzją[6] prace poświęcone instytucji bezpodstawnego wzbogacenia uczyniły go uznanym w nauce europejskiej specjalistą z tego zakresu.

Drugim widocznym w wymiarze międzynarodowym obszarem aktywności Profesora było wierne, trwające przez dziesięciolecia zaangażowanie w prace zmieniającego się co do składu kilkuosobowego zespołu przygotowującego tłumaczenie na język niemiecki rzymskich tekstów prawnych tworzących *Corpus Iuris Civilis*. Zasadnicza nowość i trudność tych prac polegała na zbudowaniu i realizacji takiej strategii tłumaczenia, aby antyczny tekst zgodnie z pierwotnym sensem był możliwie szeroko zrozumiały dla współczesnego prawnika[7]. Profesor wspomniał, że członkowie zespołu spotykali się regularnie, by dyskutować kolejne fragmenty. Kontrowersji było zwykle bardzo dużo. Niekiedy kończyły się odrzucaniem wyników kilkumiesięcznej pracy.

Dopełnieniem gruntowności w studiowaniu zagadnień z prawa prywatnego oraz rzetelności w przybliżaniu współczesnym jego rzymskich podstaw był udział Profesora w utworzeniu ARISTEC. Głównym celem stowarzyszenia, realizowanym od końca lat osiemdziesiątych minionego wieku jest promowanie międzynarodowej współpracy naukowców zajmujących się prawem rzymskim, historią prawa oraz komparatystyką prawniczą, aby pokazywać produktywność tak szerokiej podstawy nauki prawa prywatnego w Europie. Istotna dla tego podejścia była budowana także przez Bertholda Kupischa praktyka językowa ARISTEC, której wyjątkowość polega na tym, iż głównym językiem prowadzonej na tym forum dyskusji o prawie jest język włoski. To wiąże ją bardziej niż język angielski z kontynentalną tradycją prawną, a jednocześnie uwalnia od schematycznego prymatu prawa francuskiego albo niemieckiego.

Rodzina Profesora pochodziła z Pomorza. On sam przypominał o podobieństwie swego nazwiska do nazwiska Henryka Kupiszewskiego, wielce zasłużonego polskiego badacza prawa rzymskiego. Dla mnie jako polskiego prawnika kluczowe dla doświadczenia dyskretnego uroku europejskości Bertholda Kupischa było jednak spostrzeżenie, iż jego źródłem była wyróżniająca Profesora konsekwencja w zgłębianiu podjętego już w doktoracie problemu prawnego, szeroka perspektywa tych poszukiwań oraz traktowanie tradycji prawnej jako tego, co łączy, przełamując stereotypowe klasyfikacje komparatystyki prawniczej. Wspominając Profesora, chciałbym ten wymiar prawniczej europejskości polskiemu czytelnikowi przypomnieć.

österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Heidelberg 1965.

3 Np. B. Kupisch, *In integrum restitutio und vindicatio utilis im klassischen römischen Recht*, Berlin 1974.

4 Zob. E. Jakab, *Cavere und Haftung für Sachmängel. Zehn Argumente gegen Berthold Kupisch* (w:) E. Jakab, W. Ernst (red.), *Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, Berlin– Heidelberg 2008, s. 123 i n.

5 Np. B. Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung: geschichtliche Entwicklungen*, Heidelberg 1987.

6 Np. B. Kupisch, *Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht. Zur Leistungskondiktion im Drei-Personen-Verhältnis*, Berlin 1978.

7 Zob. np. R. Knütel, B. Kupisch, S. Lohsse, Th. Rüfner, *Vorwort* (w:) tychże (przekł. i oprac.) *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen. Text und Übersetzung*, wyd. 4, Heidelberg 2013, s. V.

SÓJKA | MACIAK | MATACZYŃSKI

WARSZAWA

ul. Chłodna 52
00-872 Warszawa
tel.: +48 22 101 04 30
fax: +48 22 101 04 37
warsawoffice@smmlegal.pl

POZNAŃ

ul. Litewska 3/1
60-605 Poznań
tel.: +48 61 848 19 09
fax: +48 61 847 99 06
poznanoffice@smmlegal.pl

WWW.SMMLEGAL.PL

Anna Michalak

Przegląd orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrok TSUE (trzecia izba) z dnia 17 grudnia 2015 r. w sprawie C-419/14, WebMindLicences Kft. przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság – *wykorzystanie sztucznej konstrukcji w celu nadużycia prawa podatkowego*

Stan faktyczny

Wyrok zapadł w sprawie mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi bíróság (sąd administracyjny i pracy w Budapeszcie, Węgry; dalej: sąd krajowy) i dotyczy wykładni art. 2 ust. 1 lit. c), art. 24 ust. 1, art. 43 i 273 dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej[1] (dalej: dyrektywa VAT), rozporządzenia Rady (UE) nr 904/2010 z dnia 7 października 2010 r. w sprawie współpracy administracyjnej oraz zwalczania oszustw w dziedzinie podatku od wartości dodanej[2] (dalej: rozporządzenie nr 904/2010), art. 4 ust. 3 TUE, art. 49, 56 i 325 TFUE, a także art. 7, 8, 41, 47, 48, 51 i 52 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej[3] (dalej: Karta).

Wniosek sądu krajowego został złożony w ramach sporu pomiędzy WebMindLicenses Kft. (dalej: WML) a Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság, krajowym organem podatkowo-celnym, główną dyrekcją ds. podatków i ceł dla dużych podatników (dalej: krajowy organ podatkowo-celny), dotyczącego decyzji nakazującej zapłatę różnych kwot z tytułu podatków za lata podatkowe 2009–2011, a także grzywien i odsetek za zwłokę.

WML jest utworzoną w 2009 r. spółką handlową zarejestrowaną na Węgrzech. Na mocy umowy zawartej w dniu 1 września 2009 r. spółka ta nabyła nieodpłatnie od Hypodest Patent Development Company, spółki z siedzibą w Portugalii, know-how umożliwiające prowadzenie strony internetowej, za pośrednictwem której udostępniane były interaktywne usługi audiowizualne z udziałem na żywo osób fizycznych ze wszystkich stron świata (dalej: know-how). W tym samym dniu WML przeniosła w drodze umowy licencyjnej know-how na Lalib – Gestão e Investimentos Lda. (dalej: Lalib), spółkę z siedzibą na Maderze (Portugalia).

W następstwie kontroli podatkowej przeprowadzonej w WML odnośnie do części roku 2009 oraz lat 2010–2011 organ podatkowy pierwszej instancji decyzją z dnia 8 października 2013 r. dokonał korekty podatku i nałożył na tę spółkę obowiązek zapłaty, m.in. z tytułu podatku VAT, grzywny oraz odsetek za zwłokę, ze względu na to, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego przeniesienie know-how przez WML na Lalib nie odpowiadało rzeczywistej transakcji handlowej, gdyż korzystanie z know-how miało faktycznie miejsce na Węgrzech. Decyzja organu I instancji została częściowo zmieniona przez krajowy organ podatkowo-celny, który jednak także uznał, że know-how nie było rzeczywiście wykorzystywane przez Lalib (i na jego rzecz), a w konsekwencji, że zawierając ze spółką Lalib umo-

1 Dz.Urz. UE L 347 z 11.12.2006, s. 1, z późn. zm.

2 Dz.Urz. UE L 268 z 12.10.2010, s. 1.

3 Dz.Urz. UE C 83 z 30.03.2010, s. 389.

wę licencyjną, WML dopuściła się nadużycia prawa w celu obejścia węgierskich przepisów podatkowych, które są mniej korzystne niż portugalskie. Organy wskazywały w szczególności, że zamiarem WML nigdy nie było, by Lalib osiągał zwiększone zyski dzięki korzystaniu z know-how spółki WML, oraz że istniały ścisłe związki osobowe między właścicielem tego know-how i podwykonawcami, którzy faktycznie prowadzili stronę internetową. Ponadto wykazano, że zarząd portugalskiej spółki był nieracjonalny, a jej działalność – w zamierzeniu deficytowa, spółka ta nie była bowiem w stanie prowadzić autonomicznej działalności.

Spółka WML wniosła skargę na decyzję podatkową do sądu krajowego, kwestionując wykorzystanie dowodów uzyskanych bez wiedzy WML w drodze przechwycenia przekazów telekomunikacyjnych oraz przejęcia korespondencji elektronicznej w ramach prowadzonego równolegle postępowania karnego, do którego spółka ta nie była dopuszczona.

Zdaniem WML wykorzystanie przez Lalib know-how było uzasadnione względami handlowymi, technicznymi i prawnymi. Usługi udostępniane odpłatnie przez internet nie mogły być bowiem świadczone na Węgrzech w badanym okresie, gdyż nie było wówczas możliwe dokonywanie w tym państwie płatności za pomocą karty płatniczej. Spółka WML nie posiadała personelu, kompetencji technicznych, aktywów, portfela umów ani międzynarodowych powiązań pozwalających jej na wykorzystywanie witryny internetowej. To Lalib był uprawniony do korzystania z nazw domeny i jako dostawca treści ponosił odpowiedzialność cywilną i karną z tytułu proponowanych usług. W związku z tym zawarcie umowy licencyjnej ze spółką Lalib nie miało na celu obejścia prawa podatkowego, a podatek VAT został zgodnie z prawem zapłacony w Portugalii. Ponadto WML nie odniosła rzeczywistej korzyści podatkowej, gdyż różnica w stawkach podatku VAT stosowanych na Węgrzech i w Portugalii była nieznaczna.

Krajowy sąd odsyłający powziął wątpliwości, jakie okoliczności należy uwzględnić przy dokonywaniu oceny – w celu określenia miejsca świadczenia usług – czy zastosowana konstrukcja umowna stanowi nadużycie[4]. Wyjaśnienia w ocenie tego sądu wymaga ponadto kwestia, czy z celów dyrektywy VAT wynika, że organ podatkowy może gromadzić dowody uzyskane w ramach postępowania karnego, w tym za pomocą metod niejawnych, i wykorzystać je jako podstawę decyzji administracyjnej (a w szczególności, jakie granice autonomii instytucjonalnej i proceduralnej państw członkowskich wytyczają postanowienia Karty)[5]. Zdaniem sądu krajowego powstaje także pytanie, jak organy podatkowe państwa członkowskiego mają postępować w ramach transgranicznej współpracy administracyjnej w przypadku, gdy podatek VAT został już zapłacony w innym państwie członkowskim. W konsekwencji sąd krajowy zawiesił postępowanie i zwrócił się do TSUE z szeregiem pytań prejudycjalnych.

Stanowisko TSUE

1) Czy prawo Unii należy interpretować w ten sposób, że – w celu dokonania oceny, czy w okolicznościach takich jak w sprawie rozstrzyganej w postępowaniu głównym umowa licencyjna, której przedmiotem jest udostępnienie know-how umożliwiającego prowadzenie strony internetowej, za pośrednictwem której udostępniane były interaktywne usługi audiowizualne, zawarta ze spółką mającą siedzibę w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie, na terytorium którego ma siedzibę spółka udzielająca tej licencji, stanowiła nadużycie prawa pozwalające wykorzystać to, że stawka podatku VAT stosowana do tych usług była niższa w tym drugim państwie członkowskim – mają znaczenie: fakt, że zarządzający i jedyny akcjonariusz spółki udzielającej licencji stworzył to know-how, fakt, że osoba ta wywierała wpływ lub sprawowała kontrolę nad rozwojem i wykorzystaniem tegoż know-how i nad świadczeniem usług, które były na nim oparte, a także fakt, że zarządzanie transakcjami finansowymi, zasobami ludzkimi i instrumentami technicznymi koniecznymi do

4 Zob. także wyroki TSUE w sprawach: *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04) oraz *Newey* (C-653/11).

5 Por. wyrok TSUE w sprawie *Åkerberg Fransson* (C-617/10).

świadczenia tychże usług zostało powierzone podwykonawcom? Ponadto, czy należy wziąć pod uwagę względy o charakterze handlowym, technicznym, organizacyjnym i prawnym podniesione przez spółkę udzielającą licencji celem uzasadnienia udostępnienia know-how spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim?

Trybunał przypomniał, że walka z ewentualnymi oszustwami podatkowymi, unikaniem opodatkowania lub nadużyciami jest celem uznanym i wpieranym przez dyrektywę VAT, a zasada zakazu praktyk stanowiących nadużycie, która znajduje zastosowanie w dziedzinie podatku VAT, skutkuje tym, że zabronione są całkowicie sztuczne konstrukcje, oderwane od rzeczywistych zdarzeń gospodarczych, tworzone wyłącznie w celu uzyskania korzyści podatkowych.

Trybunał orzekał już, iż stwierdzenie występowania praktyki stanowiącej nadużycie w dziedzinie podatku VAT zakłada, po pierwsze, że sporne czynności, pomimo spełnienia wymogów formalnych określonych w odpowiednich przepisach dyrektywy VAT oraz we wdrażających ją przepisach krajowych, skutkują osiągnięciem korzyści podatkowej, której przyznanie byłoby sprzeczne z celem, jakiemu służą te przepisy, oraz po drugie, że z ogółu elementów obiektywnych wynika, iż zasadniczym celem spornych czynności było jedynie osiągnięcie omawianej korzyści podatkowej[6].

W rozpatrywanej sprawie ustalenie, czy czynność taka jak umowa licencyjna prowadzi do uzyskania korzyści podatkowej sprzecznej z celami dyrektywy VAT, wymaga w ocenie TSUE:

(i) stwierdzenia, że pojęcie „miejsce świadczenia usługi", które wyznacza miejsce opodatkowania usługi – tak jak pojęcia „podatnik", „świadczenie usługi" oraz „działalność gospodarcza" – ma charakter obiektywny i znajduje zastosowanie niezależnie od celów i wyników danych transakcji, przy czym organy skarbowe nie mają obowiązku prowadzenia dochodzenia w celu ustalenia zamiaru podatnika[7];

(ii) przyjęcia, że różnice między podstawowymi stawkami podatku VAT stosowanymi przez państwa członkowskie wynikają z braku pełnej harmonizacji dokonanej dyrektywą VAT, która określa jedynie minimalną stawkę.

W ocenie TSUE fakt skorzystania w państwie członkowskim z podstawowej stawki podatku VAT niższej niż obowiązująca w innym państwie członkowskim nie może być sam w sobie uznany za korzyść podatkową, której przyznanie byłoby sprzeczne z celami dyrektywy VAT.

Trybunał zauważył, że powyższa konstatacja nie dotyczy jednak sytuacji, gdy usługa jest w rzeczywistości świadczona w innym państwie członkowskim (tj. tym, w którym obowiązuje wyższa stawka podatku). Byłoby to sprzeczne z celem przepisów dyrektywy VAT określających miejsce opodatkowania świadczenia usług, jakim jest uniknięcie z jednej strony zbiegu właściwości mogącego prowadzić do podwójnego opodatkowania, a z drugiej strony – braku opodatkowania przychodów[8]. W zakresie, w jakim prowadziłoby to do uniknięcia zapłaty należnego podatku VAT w państwie członkowskim, byłoby to sprzeczne zarówno z obowiązkiem państw członkowskich wynikającym z art. 4 ust. 3 TUE, art. 325 TFUE, art. 2, art. 250 ust. 1 i art. 273 dyrektywy VAT (obejmującym podjęcie wszelkich działań ustawodawczych i administracyjnych niezbędnych do zapewnienia na ich terytorium poboru w pełnej wysokości należnego podatku VAT i zwalczanie przestępczości podatkowej),

6 Zob. podobnie wyroki TSUE w sprawach: *Halifax i in.* (C-255/02), *Newey* (C-653/11) i przytoczone tam orzecznictwo.

7 Jeśli chodzi o usługi świadczone drogą elektroniczną, to z art. 43 i art. 56 ust. 1 lit. k) dyrektywy VAT w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2007 r. do dnia 31 grudnia 2009 r. lub z art. 45 i art. 59 akapit pierwszy lit. k) tej dyrektywy w brzmieniu nadanym dyrektywą 2008/8 wynika, że miejscem świadczenia usługi na rzecz osoby niebędącej podatnikiem, mającej siedzibę lub stałe miejsce zamieszkania, lub zwykłe miejsce pobytu w Unii Europejskiej, jest miejsce, w którym usługodawca posiada siedzibę działalności gospodarczej lub stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, lub, w przypadku ich braku, stałe miejsce zamieszkania lub zwykłe miejsce pobytu.

8 Zob. także wyrok TSUE w sprawie *Welmory* (C-605/12).

jak też z zasadą neutralności podatku właściwą wspólnemu systemowi podatku VAT, zgodnie z którą podmiotów gospodarczych dokonujących tych samych czynności nie można traktować w różny sposób w zakresie poboru podatku VAT[9].

TSUE przypomniał, że w dziedzinie podatku VAT w sytuacji, gdy podatnikowi przysługuje wybór pomiędzy dwiema czynnościami, nie jest on zobowiązany do dokonania wyboru tej czynności, z którą wiąże się zapłata najwyższej kwoty podatku VAT, lecz przeciwnie, przysługuje mu prawo do dokonania wyboru takiej struktury działalności, poprzez którą ograniczy swoje zobowiązanie podatkowe[10]. Podatnikom przysługuje zatem co do zasady swoboda wyboru struktur organizacyjnych oraz sposobu dokonywania czynności, które uważają oni za najlepiej przystosowane do potrzeb swej działalności gospodarczej i ograniczenia swoich obciążeń podatkowych[11].

Trybunał wskazał, że z akt sprawy wynika, iż Lalib jest spółką odrębną od WML, gdyż nie jest ani jej oddziałem, ani spółką zależną, ani agencją, oraz że zapłaciła ona podatek VAT w Portugalii. W tej sytuacji w celu stwierdzenia, czy umowa licencyjna została zawarta w celu skorzystania z niższej stawki podatku VAT na Maderze, należy ustalić, czy stanowiła ona całkowicie sztuczną konstrukcję, ukrywającą fakt, że świadczenie usług (tj. prowadzenie strony internetowej z wykorzystaniem know-how spółki WML) nie było dokonywane w rzeczywistości na Maderze przez Lalib, lecz *de facto* na Węgrzech przez WML. Ustalenie takie musi przy tym być oparte na elementach obiektywnych i możliwych do sprawdzenia przez osoby trzecie (np. fizycznym istnieniu Lalib, posiadaniu przezeń lokalu, personelu i wyposażenia)[12].

W konsekwencji sąd odsyłający powinien dokonać analizy ogółu znanych mu okoliczności faktycznych, badając w szczególności, czy ustanowienie siedziby działalności gospodarczej lub stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej Lalib na Maderze nie miało w rzeczywistości miejsca lub czy spółka ta w celu prowadzenia odnośnej działalności gospodarczej nie posiadała odpowiedniej struktury w postaci pomieszczeń, zaplecza personalnego i technicznego, lub też czy Lalib nie prowadziła tej działalności gospodarczej w swoim własnym imieniu, na swój własny rachunek, na swoją własną odpowiedzialność i swoje własne ryzyko.

W ocenie TSUE fakt, że zarządzający i jedyny akcjonariusz spółki WML był twórcą jej know-how, że wywierał nań wpływ lub sprawował kontrolę nad rozwojem i wykorzystaniem tegoż know-how oraz nad świadczeniem usług, które były na nim oparte, a także fakt, że zarządzanie transakcjami finansowymi, zasobami ludzkimi i instrumentami technicznymi koniecznymi dla świadczenia tychże usług zostało powierzone podwykonawcom, wreszcie powody, które doprowadziły WML do udostępnienia w drodze umowy licencyjnej odnośnego know-how spółce Lalib – zamiast samodzielnego zeń korzystania – nie są rozstrzygające.

Wreszcie, odpowiadając na wątpliwości sądu krajowego co do kwestii, czy umowa licencyjna, taka jak będąca przedmiotem postępowania głównego, może być uznana za praktykę stanowiącą nadużycie w świetle swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, TSUE stwierdził, że po pierwsze, charakter relacji między spółką udzielającą odnośnej licencji, to znaczy WML, a spółką otrzymującą licencję, czyli Lalib, nie jest objęty zakresem swobody przedsiębiorczości, gdyż Lalib nie jest spółką zależną, oddziałem lub agencją spółki WML.

Zdaniem TSUE, gdy różnice między podstawowymi stawkami podatku VAT stosowanymi przez państwa członkowskie wynikają z braku pełnej harmonizacji dokonanej dyrektywą VAT, sam fakt, że umowa licencyjna została zawarta ze spółką z sie-

9 Zob. podobnie w wyrokach TSUE w sprawach: *Komisja/Włochy* (C-132/06), *Belvedere Costruzioni* (C-500/10), *Åkerberg Fransson* (C-617/10).

10 Zob. wyroki TSUE w sprawach: *Halifax i in.* (C-255/02), *Part Service* (C-425/06), *Weald Leasing* (C-103/09)

11 Por. wyrok TSUE w sprawie *RBS Deutschland Holdings* (C-277/09).

12 Analogicznie wyrok TSUE w sprawie *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04).

dzibą w państwie członkowskim stosującym podstawową stawkę podatku VAT niższą niż państwo członkowskie, w którym spółka udzielająca licencji ma siedzibę, nie może – w braku innych okoliczności – być uznany za praktykę stanowiącą nadużycie w świetle swobody świadczenia usług.

W konsekwencji TSUE podniósł, że prawo Unii należy interpretować w ten sposób, iż w celu dokonania oceny – czy umowa licencyjna, której przedmiotem jest udostępnienie know-how umożliwiającego prowadzenie strony internetowej, za pośrednictwem której udostępniane były interaktywne usługi audiowizualne, zawarta ze spółką mającą siedzibę w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie, na terytorium którego ma siedzibę spółka udzielająca tej licencji, stanowiła nadużycie prawa pozwalające wykorzystać to, że stawka podatku VAT stosowana do tych usług była niższa w tym drugim państwie członkowskim – za rozstrzygające w rozpatrywanej sprawie nie można uznać: faktu, że zarządzający i jedyny akcjonariusz tejże spółki stworzył rzeczone know-how, że wywierał nań wpływ lub sprawował kontrolę nad rozwojem i wykorzystaniem tegoż know-how i nad świadczeniem usług, które były na nim oparte, faktu, że zarządzanie transakcjami finansowymi, zasobami ludzkimi i instrumentami technicznymi koniecznymi do świadczenia tychże usług zostało powierzone podwykonawcom, a także powodów, które doprowadziły spółkę udzielającą licencji do udostępnienia odnośnego know-how spółce z siedzibą w tym drugim państwie członkowskim zamiast wykorzystania go przez nią samą.

Do sądu odsyłającego należy dokonanie analizy ogółu okoliczności faktycznych w celu rozstrzygnięcia, czy umowa ta stanowiła całkowicie sztuczną konstrukcję, ukrywającą fakt, że świadczenie odnośnych usług nie było dokonywane w rzeczywistości przez spółkę korzystającą z licencji, lecz *de facto* przez spółkę udzielającą licencji, i w szczególności zbadanie, czy ustanowienie siedziby działalności gospodarczej lub stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej spółki korzystającej z licencji nie miało w rzeczywistości miejsca, lub czy spółka ta w celu prowadzenia odnośnej działalności gospodarczej nie posiadała odpowiedniej struktury w zakresie pomieszczeń, zaplecza personalnego i technicznego, lub też czy spółka ta nie prowadziła tej działalności gospodarczej w swoim własnym imieniu, na swój własny rachunek, na swoją własną odpowiedzialność i swoje własne ryzyko.

2) Czy prawo Unii należy interpretować w ten sposób, że w przypadku stwierdzenia praktyki stanowiącej nadużycie i prowadzącej do uznania za miejsce świadczenia usług państwa członkowskiego innego niż to, w którym nastąpiłoby to w braku takiej praktyki stanowiącej nadużycie, fakt, że podatek VAT został zapłacony w tym drugim państwie członkowskim zgodnie z obowiązującymi w nim przepisami, sprzeciwia się dokonaniu korekty tego podatku w państwie członkowskim, w którym usługi te były rzeczywiście świadczone?

Trybunał przypomniał, że jeśli zostało stwierdzone wystąpienie praktyki stanowiącej nadużycie, transakcje wchodzące w zakres tej praktyki powinny zostać przedefiniowane w taki sposób, aby odtworzyć sytuację, która istniałaby, gdyby nie dokonano transakcji stanowiących wspomniane nadużycie.

Należy zatem skorygować miejsce świadczenia usług, jeżeli zostało ono określone w państwie członkowskim innym niż to, w którym nastąpiłoby to w braku takiej praktyki stanowiącej nadużycie, a podatek VAT powinien być zapłacony w tym państwie, w którym powinno było mieć to miejsce, nawet jeśli został on zapłacony w innym państwie.

W konsekwencji w przypadku stwierdzenia praktyki stanowiącej nadużycie, prowadzącej do uznania za miejsce świadczenie usług państwa członkowskiego innego niż to, w którym nastąpiłoby to w braku takiej praktyki stanowiącej nadużycie, fakt, że podatek VAT został zapłacony w tym drugim państwie członkowskim zgodnie z obowiązującymi w nim przepisami, nie sprzeciwia się dokonaniu korekty tego podatku w państwie członkowskim, w którym usługi te były rzeczywiście świadczone.

3) Czy rozporządzenie nr 904/2010 należy interpretować w ten sposób, że organ podatkowy państwa członkow-

skiego badający wymagalność podatku VAT z tytułu usług, które były już objęte podatkiem VAT w innych państwach członkowskich, jest zobowiązany zwrócić się z wnioskiem w sprawie współpracy do organów podatkowych tych innych państw członkowskich?

Trybunał stwierdził, że wskazane wyżej rozporządzenie nie wskazuje przesłanek mogących zobowiązywać organ podatkowy państwa członkowskiego do zwrócenia się z wnioskiem w sprawie współpracy administracyjnej do organu podatkowego innego państwa członkowskiego. Niemniej w świetle obowiązku współpracy (w celu zapewnienia prawidłowego wymiaru podatku VAT, o którym mowa w tym rozporządzeniu) zwrócenie się z takim wnioskiem może być wskazane, a nawet konieczne (np. gdy organ podatkowy państwa członkowskiego wie lub powinien wiedzieć, że organ podatkowy innego państwa członkowskiego posiada przydatne lub niezbędne informacje w celu ustalenia, czy podatek VAT jest wymagalny w tym pierwszym państwie członkowskim).

W konsekwencji rozporządzenie nr 904/2010 należy interpretować w ten sposób, że organ podatkowy państwa członkowskiego badający wymagalność podatku VAT z tytułu usług, które były już objęte tym podatkiem w innych państwach członkowskich, jest zobowiązany zwrócić się z wnioskiem o udzielenie informacji do organów podatkowych tych innych państw członkowskich, jeżeli wniosek taki jest przydatny czy wręcz niezbędny w celu ustalenia, że podatek VAT jest wymagalny w tym pierwszym państwie członkowskim.

4) Czy prawo Unii należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ono na przeszkodzie temu, aby do celów stosowania art. 4 ust. 3 TUE, art. 325 TFUE, art. 2, art. 250 ust. 1 i art. 273 dyrektywy VAT organ podatkowy mógł – w celu ustalenia, że wystąpiła praktyka stanowiąca nadużycie w zakresie podatku VAT – wykorzystać dowody uzyskane w ramach prowadzonego równolegle i niezakończonego postępowania karnego bez wiedzy podatnika, poprzez np. przechwycenie przekazów telekomunikacyjnych oraz przejęcie korespondencji elektronicznej? W szczególności, czy ze względu na pozostawioną państwom członkowskim swobodę w celu zagwarantowania pełnego poboru podatku VAT należnego na ich terytoriach oraz zwalczenia oszustw podatkowych i unikania opodatkowania organ podatkowy może w ramach postępowania administracyjnego gromadzić i wykorzystywać takie dowody, w sytuacji gdy początkowo były one gromadzone w celach karnych, przy wykorzystaniu środków właściwych postępowaniu karnemu, zapewniającemu zainteresowanym osobom gwarancje, z których nie mogą one korzystać w ramach postępowania administracyjnego (w świetle art. 8 EKPC i art. 7, 8 i 52 Karty)? Gdyby zaś taka możliwość została przyznana, czy w celu zagwarantowania poszanowania prawa do obrony, o którym mowa w art. 48 Karty, i zasady dobrej administracji ustanowionej w art. 41 Karty organ podatkowy jest zobowiązany do udostępnienia podatnikowi uzyskanych w ten sposób dowodów i wysłuchania go? Ponadto, czy art. 47 Karty oznacza, że sąd rozstrzygający skargę na decyzję organu podatkowego w sprawie korekty podatku może badać zgodność z prawem uzyskania dowodów w ramach postępowania karnego, w sytuacji gdy podatnik nie mógł się z nimi zapoznać w ramach tego postępowania i nie miał możliwości zakwestionowania ich zgodności z prawem przed innym sądem?

Trybunał przypomniał, że zgodnie z regułami dowodowymi przewidzianymi w przepisach krajowych należy badać, czy przesłanki praktyki stanowiącej nadużycie są spełnione. Reguły te nie mogą jednak naruszać skuteczności prawa Unii. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, prawa podstawowe chronione w porządku prawnym Unii znajdują zastosowanie we wszystkich sytuacjach podlegających prawu Unii[13]. Korekta podatku VAT dokonana w wyniku stwierdzenia praktyki stanowiącej nadużycie jest przypadkiem stosowania art. 2, art. 250 ust. 1, art. 273 dyrektywy VAT i art. 325 TFUE, a zatem prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty.

Wynika stąd – zdaniem TSUE – że prawo Unii nie stoi na prze-

13 Zob. podobnie wyrok TSUE w sprawie *Åkerberg Fransson* (C-617/10) i przytoczone tam orzecznictwo.

szkodzie temu, aby organ podatkowy w ramach postępowania administracyjnego, w celu ustalenia, że wystąpiła praktyka stanowiąca nadużycie w zakresie podatku VAT, wykorzystał dowody uzyskane w ramach równolegle prowadzonego i niezakończonego postępowania karnego, z zastrzeżeniem poszanowania praw zagwarantowanych w prawie Unii, a w szczególności w Karcie.

Trybunał podkreślił, że art. 52 ust. 1 Karty stanowi, iż wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w Karcie muszą być przewidziane ustawą i szanować muszą istotę tych praw i wolności. Ograniczenia, z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności, mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób.

W rozpatrywanej sprawie – odnośnie gromadzenia dowodów w ramach postępowania karnego – TSUE przypomniał, że art. 7 Karty, dotyczący ochrony życia prywatnego i rodzinnego, określa prawa odpowiadające tym gwarantowanym przez art. 8 ust. 1 EKPC i że zgodnie z art. 52 ust. 3 Karty należy art. 7 Karty nadać to samo znaczenie i ten sam zakres co prawom przyznanym w art. 8 ust. 1 EKPC, zgodnie z wykładnią przyjętą w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[14].

W konsekwencji, ponieważ przechwytywanie przekazów telekomunikacyjnych jest ingerencją w korzystanie z prawa gwarantowanego w art. 8 ust. 1 EKPC, stanowi ono również ograniczenie wykonywania prawa ustanowionego w art. 7 Karty[15]. Podobnie przejęcie korespondencji elektronicznej dokonane w ramach rewizji w lokalach przedsiębiorstwa lub w pomieszczeniach handlowych osoby fizycznej, lub lokalach spółki handlowej, stanowi ingerencję w korzystanie z prawa gwarantowanego w art. 8 EKPC[16]. Takie ograniczenia mogą mieć miejsce wyłącznie wtedy, gdy zostały przewidziane ustawą oraz jeżeli przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznanym przez Unię. Trybunał przypomniał jednak, że zgodnie z zasadą proporcjonalności środki, jakie mogą zastosować państwa członkowskie, nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne do realizacji celów w postaci zapewnienia prawidłowego poboru podatku i unikania oszustw podatkowych[17].

W rozpatrywanej sprawie przechwycenie przekazów telekomunikacyjnych oraz przejęcie korespondencji elektronicznej miało miejsce w ramach postępowania karnego, dlatego – w ocenie TSUE – to w świetle tego postępowania muszą być oceniane ich cel i konieczność.

Trybunał zauważył, że walka z ewentualnymi oszustwami, unikaniem opodatkowania i nadużyciami jest uznanym i wspieranym przez dyrektywę VAT celem, a środki dochodzenia stosowane w ramach postępowania karnego, w szczególności w związku ze ściganiem przestępstw w tej dziedzinie, mają cel zgodny z uznanym w Unii celem interesu ogólnego. Odnośnie koniecznego charakteru środków dochodzenia Trybunał podniósł, że w rozpatrywanej sprawie organ podatkowy przyznał, iż przejęcie korespondencji elektronicznej nastąpiło bez zgody sądu. Wobec braku uprzedniej zgody sądu ochrona jednostki przed arbitralnymi działaniami władz publicznych naruszającymi prawa zagwarantowane w art. 7 Karty wymaga jednak przyjęcia uregulowań prawnych i ścisłych ograniczeń takiego przejęcia korespondencji[18]. W konsekwencji przejęcie korespondencji w takim przypadku może być zgodne ze

14 Wyroki TSUE w sprawach: *McB.* (C-400/10), *Dereci i in.* (C-256/11).

15 Zob. w szczególności wyroki ETPC: z dnia 6 września 1978 r. w sprawie *Klass i in. przeciwko Niemcom*; z dnia 2 sierpnia 1984 r. w sprawie *Malone przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*; z dnia 24 kwietnia 1990 r. w sprawie *Kruslin przeciwko Francji* i *Huvig przeciwko Francji*; a także w sprawie *Weber i Saravia przeciwko Niemcom*, nr 54934/00.

16 Zob. w szczególności wyroki ETPC: z dnia 16 grudnia 1992 r. w sprawie *Niemietz przeciwko Niemcom*; z dnia 16 kwietnia 2002 r. w sprawie *Société Colas Est i in. przeciwko Francji*, nr 37971/97; z dnia 2 kwietnia 2015 r. w sprawie *Vinci Construction i GTM Génie Civil et Services przeciwko Francji*, nr 63629/10 i 60567/10.

17 Por. wyrok TSUE w sprawie C-285/09.

18 Zob. wyrok ETPC z dnia 16 grudnia 1997 r. w sprawie *Camenzind przeciwko Szwajcarii*.

wskazanym art. 7 Karty wyłącznie, jeżeli krajowe ustawodawstwo i praktyki oferują odpowiednie i dostateczne gwarancje względem nadużyć i arbitralnych działań[19].

Dlatego do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy brak uprzedniej zgody sądu został zrównoważony tym, że osoba, której dotyczyło przejęcie korespondencji, miała następnie możliwość złożenia wniosku o przeprowadzenie kontroli sądowej w zakresie zarówno zgodności z prawem, jak i konieczności takiego działania (kontrola taka musi być przy tym skuteczna w świetle szczególnych okoliczności danej sprawy)[20].

Odniósłszy się do gromadzenia i wykorzystywania dowodów przez organ podatkowy, TSUE stwierdził, że w rozpatrywanej sprawie nie jest konieczne badanie, czy przekazanie dowodów przez organ prowadzący dochodzenie karne oraz ich gromadzenie przez organ prowadzący postępowanie administracyjne w celu ich wykorzystania stanowi naruszenie prawa do ochrony danych osobowych zagwarantowane w art. 8 Karty, gdyż WML nie jest osobą fizyczną i nie może powołać się na taką ochronę[21]. Trybunał uznał jednak, że wykorzystanie przez organ podatkowy dowodów uzyskanych w ramach równolegle prowadzonego i niezakończonego postępowania karnego, w drodze przechwycenia przekazów telekomunikacyjnych oraz przejęcia korespondencji elektronicznej, stanowi ograniczenie wykonywania prawa gwarantowanego w art. 7 Karty. Należy zatem zbadać, czy takie wykorzystanie spełnia również wymogi wymienione w art. 52 ust. 1 Karty.

Trybunał podkreślił, że wymóg, aby wszelkie ograniczenia w korzystaniu z prawa, o którym mowa w art. 7 Karty, były przewidziane ustawą, oznacza, że podstawa prawna – umożliwiająca wykorzystanie dowodów takich jak w niniejszej sprawie przez organ podatkowy – musi być wystarczająco jasna i precyzyjna oraz że w zakresie, w jakim definiuje ona zakres ograniczenia w wykonywaniu prawa zagwarantowanego w art. 7 Karty, zapewnia ochronę przed ewentualnymi arbitralnymi działaniami tego organu[22].

Badając z kolei konieczność takiego wykorzystania w sprawie rozstrzyganej w postępowaniu głównym, należy w szczególności ocenić, czy inne środki (np. kontrola w pomieszczeniach WML i wniosek o udzielenie informacji lub o przeprowadzenie dochodzenia administracyjnego skierowany do portugalskiego organu zgodnie z rozporządzeniem nr 904/2010) nie umożliwiłyby uzyskania wszystkich koniecznych informacji.

Odnośnie zachowania prawa do obrony i zasady dobrej administracji TSUE zauważył, że art. 41[23] i 48[24] Karty nie mają znaczenia w niniejszej sprawie. Jednakże poszanowanie prawa do obrony stanowi ogólną zasadę prawa Unii, która powinna być stosowana wówczas, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby decyzję wiążącą się z niekorzystnymi dla niej skutkami. Zgodnie z tą zasadą adresaci decyzji, która w sposób odczuwalny oddziałuje na ich interesy, powinni być w stanie skutecznie przedstawić swoje stanowisko co do elementów, na których organ administracyjny zamierza oprzeć swoją decyzję. Obowiązek ten ciąży na organach państw członkowskich w chwili, gdy podejmują decyzje należące do zakresu zastosowania prawa Unii, nawet wówczas, gdy właściwe przepisy prawa Unii nie przewidują wyraźnie takiej formalności[25].

W niniejszej sprawie organ podatkowy udostępnił WML zapis rozmów telefonicznych i kore-

19 Zob. w szczególności wyroki ETPC: z dnia 25 lutego 1993 r. w sprawie *Funke przeciwko Francji*, z dnia 25 lutego 1993 r. w sprawie *Miailhe przeciwko Francji*.

20 Zob. wyrok ETPC w sprawie *Smirnov przeciwko Rosji*, nr 71362/01.

21 Podobnie wyrok TSUE w sprawie *Volker und Markus Schecke i Eifert* (C-92/09 i C-93/09).

22 Zob. w szczególności wyroki ETPC: z dnia 2 sierpnia 1984 r. w sprawie *Malone przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* oraz z dnia 12 stycznia 2010 r. w sprawie *Gillan i Quinton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

23 Adresatem tego przepisu nie są państwa członkowskie.

24 Przepis gwarantuje bowiem domniemanie niewinności i prawo do obrony, przysługujące „oskarżonemu".

25 Por. wyrok TSUE w sprawie *Sabou* (C-276/12) i przytoczone tam orzecznictwo.

spondencji elektronicznej wykorzystanych jako dowody będące podstawą decyzji o korekcie podatku, a WML miał możliwość wypowiedzenia się co do tych dowodów przed przyjęciem tej decyzji.

W konsekwencji TSUE uznał, że prawo UE nie stoi na przeszkodzie temu, aby do celów stosowania art. 4 ust. 3 TUE, art. 325 TFUE, art. 2, art. 250 ust. 1 i art. 273 dyrektywy VAT organ podatkowy mógł – w celu ustalenia, że wystąpiła praktyka stanowiąca nadużycie w zakresie podatku VAT – wykorzystać dowody uzyskane w ramach prowadzonego równolegle i niezakończonego postępowania karnego, bez wiedzy podatnika, poprzez na przykład przechwycenie przekazów telekomunikacyjnych oraz przejęcie korespondencji elektronicznej, pod warunkiem że uzyskanie tych dowodów w ramach postępowania karnego i wykorzystanie ich w ramach postępowania administracyjnego nie narusza praw zagwarantowanych prawem Unii.

Sąd krajowy przeprowadzający kontrolę zgodności z prawem decyzji dokonującej korekty podatku VAT, opartej na takich dowodach, powinien zatem zbadać:

(i) po pierwsze, czy przechwycenie przekazów telekomunikacyjnych oraz przejęcie korespondencji elektronicznej były środkami dochodzeniowymi przewidzianymi ustawą i były konieczne w ramach postępowania karnego, a po drugie, czy wykorzystanie przez rzeczony organ dowodów uzyskanych za pomocą tych środków było również dopuszczone ustawą i konieczne;

(ii) czy zgodnie z ogólną zasadą poszanowania prawa do obrony podatnik miał w ramach postępowania administracyjnego możliwość uzyskania dostępu do tych dowodów i wyrażenia swego stanowiska w ich przedmiocie. Jeżeli sąd krajowy stwierdzi, że podatnik nie miał takiej możliwości lub że dowody zostały uzyskane w ramach postępowania karnego lub wykorzystane w ramach postępowania administracyjnego z naruszeniem art. 7 Karty, sąd ten powinien pominąć te dowody i stwierdzić nieważność decyzji, jeżeli z tego względu staje się ona bezpodstawna. Dowody te muszą również zostać pominięte, jeżeli sąd krajowy nie ma kompetencji do dokonania kontroli, czy zostały one uzyskane w ramach postępowania karnego zgodnie z prawem Unii lub przynajmniej nie może uzyskać pewności, w oparciu o kontrolę przeprowadzoną już przez sąd karny w ramach postępowania kontradyktoryjnego, iż rzeczone dowody zostały uzyskane zgodnie z tym prawem.

Komentarz

Przytoczony wyrok TSUE dotyczy stosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania (ang. *general anti-avoidance rule*, *general anti-abuse rule* – GAAR) w świetle postanowień dyrektywy VAT. Unikaniem opodatkowania jest podejmowanie takich czynności, które – choć formalnie są zgodne z obowiązującym prawem – to jednak (i) cechuje je sztuczność, nieprzystawanie do ekonomicznych realiów, w których działał podatnik, (ii) dokonane są przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej (a zatem sprzeczne są z intencją prawodawcy kształtującego zakres obciążeń podatkowych). Głównym celem zastosowania takiej czynności jest więc uzyskanie, sprzecznej z celem i istotą przepisu ustawy podatkowej, znacznej korzyści podatkowej przez podatnika (względnie podmiot, który przez uniknięcie opodatkowania nie stał się podatnikiem) lub inne podmioty współtworzące sztuczną konstrukcję prawną. Cechą towarzyszącą kształtowaniu stosunków prawnych w sposób zmierzający do uzyskania korzyści podatkowej sprzecznej z intencją prawodawcy jest często brak elementów ryzyka gospodarczego w związku z dokonaniem określonej czynności prawnej lub wzajemnie powiązanego zespołu takich czynności. Sztuczność konstrukcji prawnej prowadzącej do unikania opodatkowania można oceniać na płaszczyźnie prawnej oraz ekonomicznej. Na płaszczyźnie prawnej sztuczność konstrukcji wyraża się najczęściej w jej nadmiernej zawiłości, jak np. dzielenie zdarzenia na odrębne czynności prawne albo połączenie wielu odrębnych zdarzeń w jedną czynność w sposób nietypowy dla danej branży; w występowaniu podmiotów pośredniczących niewnoszących żadnych elementów gospodarczych; obecności elementów prowadzących

do uzyskania stanu identycznego lub zbliżonego do stanu istniejącego przed zastosowaniem tej konstrukcji prawnej (np. transakcje okrężne), a także elementów transakcji wzajemnie się znoszących lub kompensujących. Na płaszczyźnie ekonomicznej sztuczną transakcję charakteryzuje brak w niej treści ekonomicznej wskutek ukrywania prawdziwego celu i znaczenia zdarzenia gospodarczego, nieadekwatność lub zbędność do realizacji rzeczywistego zdarzenia gospodarczego zgodnie z jego celem i istotą oraz do uzyskania zamierzonego efektu gospodarczego. Nadmierna prawna zawiłość sztucznej konstrukcji prawnej oraz brak w niej treści ekonomicznej prowadzą do wniosku, że ta konstrukcja nie zostałaby zastosowana przez rozsądnie działający podmiot kierujący się w swych wyborach celami gospodarczymi[26]. Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego pierwszej klauzuli dotyczącej przeciwdziałania unikaniu opodatkowania nastąpiło z dniem 1 stycznia 2003 r. Do chwili obecnej regulacje sankcjonujące obejście prawa podatkowego były negatywnie oceniane przez Trybunał Konstytucyjny[27].

Omówione wyżej orzeczenie TSUE zasługuje na uwagę w kontekście rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw[28]. Celem projektowanej nowelizacji jest wprowadzenie do polskiego prawodawstwa klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania[29]. Jak wynika z uzasadnienia projektu, wprowadzenie do polskiego porządku prawnego klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania uporządkuje system prawa podatkowego, wyznaczając granice dopuszczalnej optymalizacji podatkowej oraz wzmocni autonomię prawa podatkowego wobec prawa cywilnego. Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania będzie miała zastosowanie, jeśli rezultatem działań mających cechy agresywnej optymalizacji podatkowej będzie korzyść podatkowa, której rozmiary przekraczają 100 000 zł.

Prace legislacyjne nad proponowanym rozwiązaniem toczyły się od 2013 r. Projektodawca deklaruje zgodność propozycji legislacyjnych nie tylko z prawem Unii i orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, ale również z zaleceniami Komisji Europejskiej, która rekomendowała przyjęcie przez państwa członkowskie ogólnej zasady dotyczącej zwalczania nadużyć podatkowych. W tym kontekście należy jednak podkreślić konieczność jednoznacznego rozgraniczenia dwojakiego rodzaju sytuacji. Jeden rodzaj to sytuacje rozumiane jako „unikanie opodatkowania", drugi zaś to sytuacje mieszczące się w kategorii „uchylania się od opodatkowania". Co do zasady przyjąć można, że o ile z unikaniem opodatkowania mamy

26 Zob. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (wersja z dnia 26 stycznia 2016 r., projekt nr AU9), https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12280401/katalog/12330312#12330312 (dostęp 13.02.2016).

27 Por. wyroki TK z dnia 11 maja 2004 r., K 4/03, OTK ZO nr 5/A/2004, poz. 41 oraz z dnia 14 czerwca 2006 r., K53/05, OTK ZO nr 6/A/2006, poz. 66.

28 Wersja z dnia 26 stycznia 2016 r., projekt nr AU9, https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12280401/katalog/12330312#12330312 (dostęp 13.02.2016).

29 Zgodnie z proponowanym art. 119a ordynacji podatkowej: „§ 1. Czynność dokonana przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej, nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, jeśli sposób działania był sztuczny (unikanie opodatkowania). § 2. W sytuacji określonej w § 1 skutki podatkowe czynności określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki mógłby zaistnieć, gdyby dokonano czynności odpowiedniej. Za odpowiednią uznaje się czynność, której podmiot mógłby w danych okolicznościach dokonać, jeżeli działałby rozsądnie i kierował się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej. Jeżeli w toku postępowania strona wskaże czynność odpowiednią, skutki podatkowe określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby dokonano tej właśnie czynności. § 3. Przepis § 2 nie ma zastosowania, jeżeli okoliczności wskazują, że osiągnięcie korzyści podatkowej było jedynym celem dokonania czynności, o której mowa w § 1. W takiej sytuacji skutki podatkowe określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby czynności nie dokonano".

do czynienia w przypadku podjęcia przez podatnika czynności prawnej zgodnej z prawem, o tyle uchylanie się od opodatkowania mieści w sobie element nielegalności, wiążący się z naruszeniem obowiązujących norm prawnych. Tym samym klauzula unikania opodatkowania powinna bardzo wyraźnie wyznaczać granice swobody podatnika w podejmowaniu tego rodzaju legalnych działań. Będzie miało to doniosłe konsekwencje w procesie stosowania tych unormowań przez organy podatkowe i sądy administracyjne. Na tym etapie prac legislacyjnych trudno jeszcze ocenić kształt proponowanej regulacji. Niemniej jednak, chociażby z uwagi na potencjalny zakres zastosowania, uchwalona w powyższym zakresie nowelizacja przepisów podatkowych może mieć w przyszłości doniosłe znaczenia dla oceny polskiego systemu podatkowego nie tylko przez Trybunał Konstytucyjny, ale również przez TSUE.

Anna Chmielarz-Grochal, Jarosław Sułkowski[1]

Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu

Wyrok ETPC (czwarta izba) z dnia 12 stycznia 2016 r. w sprawie Bărbulescu przeciwko Rumunii, *skarga nr 61496/08 – prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji*

Stan faktyczny

Bogdan Mihai Bărbulescu pracował w latach 2004–2007 w prywatnym przedsiębiorstwie jako specjalista do spraw sprzedaży. Na polecenie pracodawcy założył firmowe konto internetowe w celu usprawnienia kontaktów z klientami. W lipcu 2007 r. pracodawca poinformował go, że monitoring korespondencji przesyłanej za pośrednictwem utworzonego konta potwierdza, iż w czasie godzin pracy korzystał z internetu do celów niezwiązanych z pracą. Z tego powodu B.M. Bărbulescu został zwolniony z pracy – jako podstawę zwolnienia podano naruszenie przepisów wewnętrznych zakazujących używania zasobów firmowych do celów osobistych. Sąd pierwszej instancji oddalił roszczenie B.M. Bărbulescu o stwierdzenie nieważności rozwiązania umowy o pracę z powodu naruszenia przez pracodawcę jego prawa do prywatności i korespondencji. Sąd uznał, że – po pierwsze – pracodawca postępował zgodnie z przepisami prawa pracy dotyczącymi procedury rozwiązania stosunku pracy, a po drugie – pracownik został należycie poinformowany o przepisach wewnętrznych obowiązujących w przedsiębiorstwie. Następnie sąd drugiej instancji, powołując się na prawo Unii Europejskiej, oddalił apelację B.M. Bărbulescu. W ocenie sądu zachowanie pracodawcy było uzasadnione, a monitorowanie korespondencji pracownika było jedynym sposobem ustalenia, czy doszło do naruszenia dyscyplinarnego.

Stanowisko ETPC – prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji (art. 8 EKPC[2])

Trybunał stwierdził, że dostęp pracodawcy do zawodowego konta mailowego skarżącego oraz użycie zapisu z przeprowadzonych rozmów w postępowaniu krajowym w celu udowodnienia racji pracodawcy to działania wystarczające, by uznać je za ingerencję w gwarantowane konwencją prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji. Trybunał nie uznał jednak za nieusprawiedliwione działania pracodawcy polegającego na sprawdzeniu wywiązywania się przez pracowników ze swoich obowiązków w czasie godzin pracy oraz wejściu na konto mailowe pracownika w przekonaniu, że zawiera jedynie korespondencję zawodową z klientami. Pod-

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

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

kreślił również, że skarżący mógł podnieść zarzuty naruszenia jego prawa do życia prywatnego oraz korespondencji przed sądami krajowymi, ale w żadnej decyzji sądowej nie ma nawet wzmianki o treści korespondencji. Sądy krajowe użyły transkrypcji z korespondencji skarżącego jedynie w zakresie potrzebnym do udowodnienia, że używał komputera firmowego do prywatnych celów w czasie godzin pracy oraz że nie doszło do ujawnienia tożsamości osób, z którymi się komunikował.

Podsumowując, ETPC uznał, że sądy krajowe odpowiednio wyważyły z jednej strony prawo skarżącego do poszanowania jego życia prywatnego i korespondencji, a z drugiej – interesy pracodawcy. Większością głosów 6:1 orzekł, że w sprawie nie doszło do naruszenia art. 8 EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Wyrok ETPC (pierwsza izba) z dnia 21 stycznia 2016 r. w sprawie L.E. przeciwko Grecji, *skarga nr 71545/12 – zakaz niewolnictwa i pracy przymusowej*

Stan faktyczny

Skarżąca to Nigeryjka mieszkająca w Grecji. Na terytorium tego państwa przybyła w 2004 r. w towarzystwie osoby (K.A.), która obiecywała jej pracę w sektorze gastronomicznym. Po przekroczeniu granicy osoba ta odebrała skarżącej paszport i zmusiła ją do prostytucji. Po dwóch latach skarżąca skontaktowała się z organizacją pozarządową niosącą pomoc kobietom zmuszanym do prostytucji. Wcześniej, w lipcu 2004 r. zwróciła się do władz w Atenach z wnioskiem o azyl. W czerwcu władze greckie poinformowały skarżącą, że przygotowały dla niej miejsce w ośrodku dla uchodźców, do którego jednak nie trafiła.

W sierpniu 2005 r. skarżąca została aresztowana za uprawianie prostytucji i umieszczona w ośrodku dla cudzoziemców. Wkrótce sąd uniewinnił ją od zarzucanych czynów. W 2006 r. została ponownie aresztowana i ponownie uniewinniona przez sąd. Władze greckie podjęły próbę wydalenia skarżącej, ale ostatecznie skarżąca nie została wydalona z Grecji. W drugiej połowie 2006 r. skarżąca została trzeci raz aresztowana, a następnie zwolniona i umieszczona w ośrodku, w którym oczekiwała na deportację. W tym czasie wystąpiła ona z prywatnym oskarżeniem przeciwko K.A. i jego partnerce, stawiając zarzut, że padła ofiarą handlu ludźmi. Prokurator odrzucił jej skargę ze względu na brak okoliczności wskazujących, że doszło do handlu ludźmi. Skarżąca wystąpiła z odwołaniem, domagała się ponownego rozpatrzenia jej sprawy oraz przystąpienia prokuratora do postępowania sądowego w charakterze powoda cywilnego. W 2007 r. policja wstrzymała wydalenie skarżącej. W 2007 r. prokurator wniósł akt oskarżenia przeciwko osobom wskazanym w prywatnym akcie oskarżenia, ale postępowanie zawieszono do czasu odnalezienia tych osób i ich zatrzymania. W 2011 r. władze greckie zatrzymały kobietę wskazaną przez skarżącą w akcie oskarżenia jako partnerka K.A. Sąd uznał jednak, że kobieta ta nie była partnerką K.A., lecz jego ofiarą.

Stanowisko ETPC – zakaz niewolnictwa i pracy przymusowej (art. 4 EKPC)

Trybunał zauważył, że art. 4 – razem z art. 2 i art. 3 EKPC – definiuje jedną z podstawowych wartości demokratycznych społeczeństw tworzących Radę Europy i nakłada na państwa liczne pozytywne obowiązki w zakresie ochrony ofiar handlu ludźmi.

Trybunał ustalił, że obowiązujące w Grecji przepisy dotyczące handlu ludźmi odpowiadają unormowaniom zawartym w Protokole z Palermo[3] i Konwencji Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi[4], a zatem władze były w stanie zapewnić skarżącej skuteczną ochronę.

W rozpatrywanej sprawie skarżąca w listopadzie 2006 r. poinformowała władze, że pad-

3 Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r. (Dz.U. z 2015 r., nr 18, poz. 160).

4 Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, sporządzona w Warszawie dnia 16 maja 2005 r. (Dz.U. z 2009 r., nr 20, poz. 107).

ła ofiarą handlu ludźmi, a władze te podjęły działania. Śledztwo powierzono jednostce policji wyspecjalizowanej w ściganiu handlarzy ludźmi, postępowanie deportacyjne zostało zawieszone, a skarżąca uzyskała zgodę na przebywanie na terytorium Grecji. W sierpniu 2007 r. prokurator zakwalifikował czyny popełnione względem skarżącej jako handel ludźmi, co następnie zostało potwierdzone przez sąd. Prokurator przyznał więc skarżącej status pokrzywdzonej dopiero po 9 miesiącach, mimo że z informacji przekazanej mu przez organizację społeczną niosącą pomoc kobietom zmuszanym do prostytucji wynikało, że skarżącej należy przyznać taki status. Tym samym, zdaniem Trybunału, okres 9 miesięcy nie mógł być uznany za rozsądny, władze nie podjęły więc wystarczających działań dla ochrony skarżącej.

Trybunał krytycznie ocenił też odrzucenie przez prokuratora sformułowanego przez skarżącą prywatnego oskarżenia, zwłaszcza dlatego, że decyzję tę podjęto z pominięciem zeznań pracowników organizacji społecznej pomagającej ofiarom handlu ludźmi. Dowody te pominięto ze względu na przeoczenie funkcjonariuszy policji, którzy omyłkowo nie włączyli ich do materiału procesowego sprawy. Wprawdzie informacje te zostały później włączone do postępowania, ale władze nie wznowiły go z urzędu, mimo że ich wcześniejszy brak skutkował odrzuceniem oskarżenia. Dopiero odwołanie skarżącej ze stycznia 2007 r. spowodowało ponowne przeanalizowanie materiału procesowego i wszczęcie – 1 czerwca 2007 r. – postępowania karnego. Władze greckie nie umiały wytłumaczyć, czym spowodowana była pięciomiesięczna opieszałość.

Trybunał zwrócił uwagę na wiele innych nieprawidłowości w dalszym postępowaniu władz krajowych. Między innymi dom domniemanego sprawcy objęto obserwacją, ale po ustaleniu, że w nim nie przebywa, śledczy nie poszerzyli obserwacji o dwie inne – wskazane przez skarżącą – lokalizacje. Policja nie próbowała też pozyskać innych informacji.

Ogólna ocena działań policji i prokuratora jest zdaniem ETPC negatywna, w szczególności dlatego, że od przyznania skarżącej statusu ofiary do wniesienia sprawy do sądu minęły 4 lata i 8 miesięcy. Policja zaniechała poszukiwań domniemanego sprawcy, ograniczając się do przeszukania kartotek policyjnych. Zakres nieprawidłowości postępowania był tak duży, że ETPC uznał, iż doszło do naruszenia art. 4 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (druga izba) z dnia 2 lutego 2016 r. w sprawie di Trizio przeciwko Szwajcarii, *skarga nr 7186/09 – zakaz dyskryminacji w życiu prywatnym i rodzinnym*

Stan faktyczny

Skarżąca (V.M. di Trizio) to Włoszka mieszkająca w Szwajcarii. W czerwcu 2002 r. musiała zrezygnować z pracy ze względu na problemy zdrowotne z kręgosłupem. W 2003 r. zwróciła się do urzędu do spraw niepełnosprawnych o zasiłek inwalidzki. W 2004 r. po urodzeniu bliźniaków bóle kręgosłupa nasiliły się. W wywiadzie środowiskowym przeprowadzonym w domu skarżącej stwierdziła ona, że z przyczyn finansowych będzie musiała podjąć pracę na pół etatu. W dokumencie wówczas sporządzonym stwierdzono także, że zdolność skarżącej do wykonywania zadań domowych uległa zmniejszeniu o 44,6%. Ograniczenie możliwości pracy wynikało w równym stopniu z dolegliwości zdrowotnych, jak i z konieczności sprawowania opieki nad dziećmi.

W decyzji z 26 maja 2006 r. urząd do spraw niepełnosprawnych ustalił, że V.M. di Trizi pracowała w pełnym wymiarze do końca 2003 r., była gospodynią domową między styczniem a majem 2004 r., a od czerwca 2004 r. pracowała na pół etatu i łączyła pracę z opieką nad dziećmi i dbaniem o dom. Urząd wypłacił skarżącej świadczenie za okres od 1 czerwca 2003 r. do 31 sierpnia 2004 r., a w pozostałym zakresie postanowił, że nie kwalifikuje się ona do zasiłku. Uznał, że świadczenie nie przysługuje, skoro skarżąca zmniejszyła wymiar czasu pracy po narodzeniu dzieci w celu zapewnienia im opieki. Zdaniem urzędu, gdyby skarżąca nie była dotknięta niepełnosprawnością, to po urodzeniu bliźniaków

i tak nie mogłaby pracować na pełen etat[5]. Zasiłek przysługuje z powodów zdrowotnych, a nie w związku z koniecznością wychowywania dzieci.

Następnie V.M. di Trizio odwołała się do sądu, który uznał, że jej stopień niepełnosprawności został ustalony na podstawie niekompletnego stanu faktycznego i skierował sprawę do ponownego rozpatrzenia. Od wyroku tego odwołał się urząd do spraw niepełnosprawnych. Sąd drugiej instancji wskazał, że świadczenie, o które ubiegała się skarżąca, ma chronić przed ryzykiem niemożności – ze względów medycznych – podjęcia pracy lub wykonywania rutynowych zadań domowych. Jego celem nie jest natomiast rekompensowanie szkód wynikających z niepodejmowania przez osobę ubezpieczoną określonej działalności bez związku z niepełnosprawnością. Konstrukcja zasiłku zapobiega pobieraniu świadczenia przez osoby majętne i wcześniej niepracujące. Sąd uznał, że V.M. di Trizio nie była uprawniona do zasiłku.

5 Urząd przy rozpatrywaniu wniosku skarżącej przyjął tzw. metodę mieszaną, która polega na tym, że jeśli dojdzie do łącznego wystąpienia dwóch okoliczności uniemożliwiających podjęcie pracy na pełen etat – niepełnosprawności oraz urodzenia dziecka – to zasiłek nie przysługuje, gdyż wobec braku niepełnosprawności ubezpieczony i tak nie mógłby podjąć pracy na pełen etat ze względu na konieczność opieki nad nowo narodzonym dzieckiem.

Stanowisko ETPC – zakaz dyskryminacji w życiu prywatnym i rodzinnym (art. 14 w zw. z art. 8 EKPC)

Trybunał podkreślił, że zapewnienie równości płci jest głównym celem państw członkowskich Rady Europa i tylko bardzo ważne powody mogą uzasadniać różnicę w traktowaniu obu płci. Z danych dostarczonych przez szwajcarski rząd wynikało, że w 2009 r. odmowa przyznania zasiłku w wykorzystaniem tzw. metody mieszanej wydana została w sprawach stanowiących około 7,5% wszystkich decyzji dotyczących rent, z tym, że 97% tych przypadków odnosiło się do kobiet, a 3% do mężczyzn. Federalny Trybunał sam przyznał, że ta metoda oceny niepełnosprawności była stosowana głównie wobec kobiet, które zmniejszyły swoje godziny pracy po urodzeniu dzieci.

Rząd argumentował, że celem ubezpieczenia rentowego było zapewnić ochronę tym osobom, które – ze względów medycznych – nie mogą podjąć pracy lub wykonywać rutynowych zadań domowych, a nie tym, które przy braku niepełnosprawności i tak nie byłyby w stanie pracować albo wypełniać obowiązków domowych.

Zdaniem ETPC takie ukształtowanie zasiłku należy ocenić z punktu widzenia równości płci.

Trybunał zauważył, że V.M. di Trizio prawdopodobnie otrzymałaby zasiłek inwalidzki, jeśli pozostawałaby w stosunku zatrudnienia w pełnym wymiarze godzin lub poświęciła swój czas w całości zadaniom domowym. Pracując wcześniej w pełnym wymiarze czasu pracy, miała przyznane prawo do zasiłku i pobierała go do momentu narodzin dzieci. Nie było sporne, że decyzja o odmowie prawa do zasiłku została oparta na twierdzeniu skarżącej, że chce zmniejszyć swoje godziny pracy w celu opieki nad dziećmi. Odmowa ta oznaczała więc, że w przypadku zdecydowanej większości kobiet, które chcą pracować w niepełnym wymiarze godzin po urodzeniu dzieci, łączona metoda, stosowana do kobiet w 98% przypadków, była źródłem dyskryminacji.

Trybunał ponadto zauważył, że Rada Federalna w swoim sprawozdaniu z 1 lipca 2015 r. przeanalizowała zastrzeżenia kierowane do stosowania metody łączonej i stwierdziła, że metoda ta może prowadzić do ewentualnej dyskryminacji, przynajmniej o charakterze pośrednim. W ocenie ETPC sprawozdanie to było dowodem rosnącej świadomości, że łączona metoda nie była zgodna z zamierzeniami osiągnięcia równości kobiet i mężczyzn we współczesnym społeczeństwie, w którym kobiety starają się pogodzić życie rodzinne z zawodowym.

Trybunał nie był przekonany, że różnica w traktowaniu ze względu na płeć, w tym V.M di Trizio, miała rozsądne uzasadnienie i dlatego – stosunkiem głosów 4:3 – stwierdził, że doszło do naruszenia art. 14 w zw. z art. 8 EKPC.

Opracował *Jarosław Sułkowski*

Wyrok ETPC (pierwsza izba) z dnia 18 lutego 2016 r. w sprawie Rywin przeciwko Polsce*, skargi nr 6091/06, 4047/07, 4070/07 – zakaz tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania, prawo do rzetelnego procesu sądowego, domniemanie niewinności*

Stan faktyczny

W grudniu 2002 r. jeden z czołowych dzienników krajowych opublikował artykuł o korupcji związanej ze zmianami w ustawie o radiofonii i telewizji. Według treści artykułu Lew Rywin, znany polski producent filmowy, powołując się na ekipę rządzącą w państwie (w tym premiera), zaoferował przedstawicielom jednej ze spółek wydawniczych umieszczenie w ustawie przepisu umożliwiającego jej kupno prywatnego kanału telewizyjnego w zamian za 17,5 mln dolarów, powierzenie mu funkcji prezesa tego kanału i powstrzymywanie się wydawcy od publikowania informacji krytycznych pod adresem rządu. Przeciwko L. Rywinowi toczyły się równolegle postępowanie karne z oskarżenia publicznego oraz postępowanie przed sejmową komisją śledczą. Prace komisji śledczej były przedmiotem licznych komentarzy w mediach.

Po zakończeniu postępowania przygotowawczego L. Rywin został oskarżony za usiłowanie płatnej protekcji, a następnie w kwietniu 2004 r. skazany przez sąd pierwszej instancji na karę dwóch lat i sześciu miesięcy pozbawienia wolności oraz grzywnę. Podobnie sąd apelacyjny w grudniu 2004 r. uznał go za winnego usiłowania oszustwa i skazał na dwa lata pozbawienia wolności. Ostatecznie L. Rywin odbył tylko część kary pozbawienia wolności, gdyż w listopadzie 2006 r. został warunkowo przedterminowo zwolniony.

Z kolei we wrześniu 2004 r. Sejm zatwierdził sprawozdanie komisji śledczej, która uznała pięciu wysoko postawionych urzędników państwowych za winnych korupcji w związku z procedurą ustawodawczą zmiany ustawy o radiofonii i telewizji. W sprawozdaniu komisji śledczej L. Rywin został określony jako „agent" tychże urzędników.

Stanowisko ETPC – zakaz tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania (art. 3 EKPC)

W ocenie ETPC władze krajowe wywiązały się z ciążącego na nich obowiązku zapewnienia odpowiednich warunków osadzenia w zakładzie karnym i opieki medycznej oraz należycie uwzględniły stan zdrowia skarżącego. Po pierwsze, podczas odbywania kary pozbawienia wolności skarżący był pod stałą opieką więziennej służby zdrowia oraz pod kontrolą odpowiednich specjalistów z zewnątrz. Po drugie, kwestia umieszczenia i pozostawania skarżącego w warunkach izolacji penitencjarnej została zbadana i rozstrzygnięta przez sądy krajowe, które opierały się na stosownych opiniach biegłych. Trybunał nie znalazł podstaw do stwierdzenia, że orzeczenia sądów naruszyły prawa skarżącego. Orzekł zatem jednomyślnie, że nie doszło do naruszenia art. 3 EKPC.

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

Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa do rzetelnego procesu prowadzonego przez niezawisły i bezstronny sąd, Trybunał nie znalazł podstaw do uznania, że sędziowie rozpoznający sprawę byli stronniczy czy uprzedzeni wobec podsądnego. Jak zaznaczył, żadnemu z sędziów nie postawiono zarzutu braku bezstronności. Z kolei krajowy system prawny, przewidujący możliwość wyłączenia sędziego w razie uzasadnionych wątpliwości co do jego bezstronności, stwarza właściwe gwarancje dla rzetelnego przebiegu postępowania.

Trybunał dodał, że choć fakty rozpatrywane przez komisję śledczą oraz w postępowaniu karnym przeciwko L. Rywinowi były takie same, to jednak inny był cel tych postępowań. Komisja została powołana w celu zbadania rzekomych nadużyć ze strony władz publicznych lub urzędników w związku z procedurą zmiany ustawy o radiofonii i telewizji. Co istotne, ostateczne ustalenia komisji nie dotyczyły odpowiedzialności karnej skarżącego, czyli kwestii będącej przedmiotem postępowania karnego.

Poza tym ETPC uznał za dozwoloną współpracę między organami wymiaru sprawiedliwości (także prokuraturą) a komisją

śledczą, ponieważ znajdowała ona podstawy w obowiązujących przepisach prawa. Ewentualny wpływ tej współpracy oraz kampanii medialnej przeciwko skarżącemu na rozstrzygnięcie sprawy zostały ponadto dokładnie zbadane przez sąd krajowy w postępowaniu apelacyjnym.

Podsumowując, Trybunał zaznaczył, że skarżący został skazany przez sąd po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, podczas którego miał możliwość przedstawienia wszelkich argumentów na swoją obronę. Uzasadnienia wyroków sądów krajowych potwierdzają jednocześnie, że zarówno wypowiedzi członków komisji śledczej, jak i ustalenia komisji zawarte w sprawozdaniu kończącym postępowanie nie miały wpływu ani na wykładnię prawa krajowego, ani na sposób dokonania przez sądy oceny dowodów zebranych w sprawie. Jednomyślnie ETPC uznał, że nie doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC.

Stanowisko ETPC – domniemanie niewinności (art. 6 ust. 2 EKPC)

W odniesieniu do zarzutu naruszenia domniemania niewinności wobec skarżącego Trybunał podkreślił, że ani uchwała sejmowa powołująca komisję śledczą, ani ostateczne ustalenia komisji zawarte w końcowym sprawozdaniu – biorąc pod uwagę ich znaczenie i kontekst – nie dotyczyły kwestii winy skarżącego. Trybunał odniósł się do okoliczności, że postępowanie karne przeciwko skarżącemu prowadzone było równolegle z pracami sejmowej komisji śledczej i pod ogromną presją negatywnej kampanii medialnej przeciwko skarżącemu. Jak zaznaczył, zadaniem komisji było zbadanie zarzutów korupcji i bezprawnej ingerencji wysokich rangą urzędników państwowych w proces ustawodawczy. Ponadto Trybunał uwzględnił kwestię interesu publicznego oraz zainteresowania sprawą, które doprowadziły do stworzenia komisji śledczej, oraz potrzebę zapewnienia przejrzystości jej pracy i ustaleń. Względy interesu publicznego wymagały więc, by postępowanie przed komisją było jawne i przejrzyste, a opinia publiczna uzyskała informacje o wynikach tego postępowania. Rolą komisji, w przeciwieństwie do sądu, nie było ustalenie odpowiedzialności karnej skarżącego.

Trybunał uznał, że ustalenia komisji śledczej, odczytywane z uwzględnieniem kontekstu ich dokonania, miały służyć poinformowaniu parlamentu, że wysocy rangą urzędnicy państwowi byli podejrzani o popełnienie przestępstwa łapownictwa. Postępowanie komisji nie było prowadzone przeciwko skarżącemu (*ad personam*), mimo że w końcowym sprawozdaniu powiązano go z korupcją tych urzędników i został nawet nazwany ich „agentem". Jak jednak podkreślił ETPC, komisja śledcza ani nie odniosła się w swoim sprawozdaniu do ustaleń postępowania karnego toczącego się przeciwko skarżącemu, ani nie wyraziła stanowiska co do możliwości ponoszenia przez niego odpowiedzialności za pomocnictwo czy podżeganie do łapownictwa.

Na podstawie dokonanych ustaleń Trybunał – stosunkiem głosów 4:3 – stwierdził, że domniemanie niewinności skarżącego zostało zachowane i nie doszło do naruszenia art. 6 ust. 2 EKPC.

Opracowała *Anna Chmielarz-Grochal*

Piotr Sitnik

Przegląd orzecznictwa sądów brytyjskich

Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z dnia 3 lutego 2016 r. w sprawie In the matter of B (A child) *[2016] UKSC 4*

Stan faktyczny

Sprawa dotyczy dziewczynki obywatelstwa brytyjskiego (dalej: B), która w chwili wydania wyroku ma siedem lat. Pozwana, obywatelka brytyjska pochodzenia pakistańskiego, która jest biologiczną matką B, przez pewien czas pozostawała w związku jednopłciowym z powódką, obywatelką brytyjską pochodzenia indyjskiego. Powódka utrzymywała, że „ma solidne podstawy, by nazywać się matką B" (pkt 2 wyroku[1]). Para mieszkała wspólnie w Anglii, nigdy jednak nie zarejestrowała swojego związku. Pozwana w 2007 r. została poddana zabiegowi sztucznego zapłodnienia i w kwietniu 2008 r. urodziła B. Pozwana przejęła większość obowiązków związanych z opieką nad B, jednak powódka, jak ustalono w toku rozprawy, udzielała pozwanej pomocy, w tym finansowej. Para regularnie, w charakterze rodziców, zabierała B na wizyty do znajomych i rodziny[2].

W grudniu 2011 r. para rozstała się i powódka opuściła dom, który zamieszkiwała dotąd wspólnie z pozwaną i B. Przez kolejne 2 lata pozwana ograniczała kontakt powódki z B. Pozwana wyraziła sprzeciw wobec takiego postępowania powódki i zasugerowała mediację[3]. W międzyczasie pozwana zdecydowała w tajemnicy o wyjeździe razem z B do Pakistanu, gdzie, jak utrzymuje, mieszka wielu członków jej rodziny. Dnia 3 lutego 2014 r. pozwana razem z B przekroczyły granice Pakistanu, gdzie przebywają do chwili obecnej. Pomimo tego, że powódka nie wyraziła zgody na wywiezienie B do Pakistanu, działanie to było zgodne z prawem. 13 lutego 2014 r. powódka, nieświadoma wyjazdu pozwanej i B, złożyła wniosek o nakaz sądowy o ustalenie wspólnego miejsca zamieszkania powódki i B lub o umożliwienie jej kontaktu z B, zgodnie z ustawą o dzieciach (*Children Act* 1989)[4]. Sukces wniosku był uzależniony od tego, czy miejscem zamieszkania B (*habitual residence*) w sensie prawnym w momencie wydania nakazu była Anglia. Gdy powódka dowiedziała się o wyjeździe pozwanej i B za granicę, wystąpiła do sądu w ramach jego jurysdykcji pierwotnej nad B (jako obywatelką brytyjską) z wnioskiem o ustalenie kurateli sądowej i nakazem powrotu dziecka do Anglii.

W lipcu 2014 r. orzekająca w pierwszej instancji sędzia Hogg postanowiła, że (1) angielski sąd nie może objąć jurysdykcją pierwotną B, ponieważ utraciła ona swoje miejsce zamieszkania w Wielkiej Brytanii (w rozumieniu *Children Act* 1989) w momencie wyjazdu do Pakistanu 3 lutego 2014 r.; (2) jurysdykcja pierwotna wobec obywatela brytyjskiego, który ani nie jest zamieszkały, ani choćby obecny na terenie Anglii, powinna być wykonywana wyłącznie w sytuacjach „trudnych i wyjątkowych", i że przedmiotowa sprawa do takich nie należy[5]. Sąd Apelacyjny w Londynie 6 lipca 2015 r. odrzucił zażalenie powódki na postanowienie sądu, która następnie złożyła apelację do Sądu Najwyższego od decyzji w sprawie obu jej wniosków[6].

1 Dalej: [2016] UKSC 4, [2] itd.

2 Tamże, [6].

3 Tamże, [8].

4 Tamże, [3].

5 Tamże, [20]–[23].

6 Tamże, [24].

Wyrok

Sąd Najwyższy uwzględnił apelację powódki w sprawie jej wniosku złożonego na podstawie *Children Act* 1989 większością 3:2. O wyroku przesądzili lady Hale, lord Wilson i lord Toulson. Lord Sumption i lord Clarke złożyli zdania odrębne.

Współcześnie międzynarodowy prymat koncepcji miejsca zamieszkania dziecka ma zdaniem orzekającej w tej sprawie większości dwa zasadnicze skutki. Po pierwsze, pozostawienie dziecka bez miejsca zamieszkania w sensie prawnym generalnie nie leży w jego interesie[7]. Po drugie, interpretacja pojęcia „miejsce zamieszkania" przyjęta przez angielski sąd powinna być zgodna z rozumieniem tego pojęcia w prawie międzynarodowym[8]. Przedmiotowa sprawa dotyka jednak trzeciego aspektu koncepcji miejsca zamieszkania, tj. warunków, w których dziecko traci swoje miejsce zamieszkania[9]. Tradycyjnie prawo angielskie kładło duży nacisk na intencje rodzica w tej kwestii. W szczególności Lord Brandon w sprawie *In re J (A Minor)* zauważył, że dana osoba może stracić swoje dotychczasowe miejsce zamieszkania w przeciągu jednego dnia, jeżeli opuści je z głęboko ugruntowanym postanowieniem, by osiedlić się gdzie indziej[10].

7 Tamże, [30].
8 Tamże, [31].
9 Tamże, [32].
10 Tamże, [33]–[34].

Lord Wilson zwrócił uwagę, że w sprawie *A v. A* Sąd Najwyższy zobowiązał się interpretować pojęcie miejsca zamieszkania w sposób zgodny z interpretacją nadaną mu przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Sąd powinien wziąć pod uwagę stopień integracji dziecka z jego społecznym i rodzinnym otoczeniem, skupić uwagę na sytuacji dziecka, nadając intencjom rodzica znaczenie drugorzędne[11]. Wilson wyróżnił dwa kryteria płynące z orzecznictwa TSUE, które mają zastosowanie w sytuacji, gdy osoba traci dotychczasowe miejsce zamieszkania. Po pierwsze, pkt 12 preambuły do rozporządzenia Rady nr 2201/2003[12] wskazuje, że jeżeli istnieje możliwość dwojakiej interpretacji koncepcji miejsca zamieszkania w konkretnej sprawie, sąd powinien wybrać tę interpretację, którą uważa za bardziej sprzyjającą interesom dziecka. Po drugie, TSEU wyraził pogląd, że dziecko utracić może swoje miejsce zamieszkania wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach[13].

Lord Wilson podkreślił, że we współczesnej koncepcji dziecko traci swoje miejsce zamieszkania tylko w wyjątkowych sytuacjach, niemniej dał do zrozumienia, że takie sytuacje mogą mieć miejsce. W momencie gdy dziecko zyskuje nowe miejsce zamieszkania, traci dotychczasowe. W ocenie Sądu Najwyższego sędzia Hogg błędnie oparła swój wyrok na zdaniu Lorda Brandona w *In re J (A Minor)*[14].

Zdaniem Lorda Wilsona należało odpowiedzieć na pytanie, czy 13 lutego 2014 r. B utraciła w dostatecznym stopniu więź ze swoim dotychczasowym miejscem zamieszkania[15]. Po analizie przesłanek za i przeciw sędzia doszedł do wniosku, iż dowody przemawiają za konkluzją, że B w dniu 13 lutego 2014 r. zachowała swoje miejsce zamieszkania w Anglii[16]. W związku z tym wniosek powódki złożony na podstawie *Children Act* 1989 powinien zostać rozpatrzony merytorycznie przez sąd pierwszej instancji[17].

Lord Sumption w swoim zdaniu odrębnym uznał, że sędzia Hogg nie popełniła błędu w sztuce, poprawnie interpretując wyrok w sprawie *In re J (A Minor)*. Sędzia Hogg miała prawo uznać, na podstawie przedstawionych jej dowodów, że B utraciła miejsce zamieszkania w Anglii z dniem opuszczenia kraju, tj. 3 lutego 2014 r.[18] Lord Clarke zgodził się z tą analizą[19].

11 Tamże, [35]–[38].
12 Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.Urz. L 338 z 23.12.2003, s. 1–29).
13 Tamże, [40]–[44].
14 Tamże, [45]–[47].
15 Tamże, [48].
16 Tamże, [49]–[50].
17 Tamże, [51].
18 Tamże, [64]–[80].
19 Tamże, [89]–[95].

Ponieważ większość uznała, że B zachowała swoje miejsce zamieszkania w Anglii do 13 lutego 2014 r., pomimo wcześniejszego wyjazdu do Pakistanu, nie było konieczności rozpatrywania kwestii pierwotnej jurysdykcji. Lady Hale i lord Toulson zauważyli, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie ma dostatecznego powodu, by powstrzymać się od wykonania tej jurysdykcji. Jurysdykcja pierwotna, ich zdaniem, może być wykonywana nie tylko w wyjątkowych sytuacjach; przeciwnie, mogła by zostać wykonana, gdyby sąd uznał, że B wymaga ochrony[20]. Lord Wilson zgodził się z tym poglądem, natomiast pozostawił otwartym pytanie, czy prawidłowe byłoby wykonanie jurysdykcji pierwotnej w okolicznościach tej konkretnej sprawy[21].

Lord Sumption wyraził zdanie przeciwne, argumentując, że istnieje ryzyko wykonania jurysdykcji pierwotnej w sposób sprzeczny z ustawą, jeśli sąd miałby uznać, że zakres jej wykonywania nie jest ograniczony wyłącznie do sytuacji wyjątkowych. Jego zdaniem jurysdykcja pierwotna nie mogłaby zostać wykonana w przedmiotowej sprawie[22]. Lord Clarke, podkreślając, że jurysdykcję takową należy stosować z wielką ostrożnością, zgodził się, że nie miałaby ona zastosowania w tej konkretnej sprawie[23].

20 Tamże, [59]–[62].

21 Tamże, [53].

22 Tamże, [81]–[87].

23 Tamże, [96]–[97].

Znaczenie

Kancelaria Freemans, która reprezentowała powódkę, podkreśliła, że istotność decyzji Sądu Najwyższego leży w wyjaśnieniu koncepcji miejsca zamieszkania i odrzuceniu poglądu, który dopuszczał sytuację, że dziecko pozostanie bez miejsca zamieszkania w okresie pomiędzy opuszczeniem dotychczasowego miejsca pobytu i osiedleniem się w innym[24]. Maria Wright, prawnik kancelarii, zaznaczyła, że jedną z głównych obaw powódki było to, że B nie będzie mogła kontynuować życia w Pakistanie, jeżeli jej otoczenie dowie się o jej przeszłości, zwłaszcza o tym, że dorastała w rodzinie lesbijskiej[25]. Sąd Najwyższy przyjął argumenty powódki, że nie udałoby się jej prowadzić swojej sprawy w Pakistanie ze względu na powszechne w tym kraju jednoznacznie negatywne nastawienie wobec związków homoseksualnych[26].

24 Zob. *Freemans in Landmark UK Supreme Court Case – Re B (a Child) where the UKSC allowed a lesbian parent to seek the return of her child from Pakistan*, http://www.freemanssolicitors.net/site/news/supremecourtdecides (dostęp 12.02.2016).

25 *Lesbian woman wins court battle with former partner over daughter*, „The Guardian", 3 lutego 2016, http://www.theguardian.com/law/2016/feb/03/lesbian-woman-wins-court-battle-with-former-partner-over-daughter (dostęp 12.02.2016).

26 B. Farmer, *Lesbian wins Supreme Court fight with her former partner over their seven-year-old daughter conceived by IVF*, „The Irish Independent", 3 lutego 2016, http://www.independent.ie/world-news/europe/lesbian-wins-supreme-court-fight-with-her-former-partner-over-their-sevenyearold-daughter-conceived-by-ivf-34420305.html (dostęp 12.02.2016).

Taylor Gillan w komentarzu dla *jurist.org* zwrócił uwagę, że jest to pierwsza decyzja dotycząca miejsca zamieszkania dziecka wychowywanego przez parę homoseksualną. Autor uznał za ważny fakt, że sąd w swoim uzasadnieniu używa określenia „matka" zarówno w odniesieniu do powódki, jak i do pozwanej. W kontekście sztucznego zapłodnienia, z którego para skorzystała, Gillan starał się umieścić przedmiotową sprawę w kontekście rozwoju prawa brytyjskiego w tym zakresie, zwłaszcza dopuszczenia przez parlament brytyjski w lutym 2015 r. techniki sztucznego zapłodnienia wykorzystującej DNA dwóch kobiet i jednego mężczyzny. W 2014 r. francuski Sąd Kasacyjny zezwolił kobiecie na adopcję dziecka poczętego dzięki metodzie sztucznego zapłodnienia przez osobę tej samej płci, z którą pozostawała w związku małżeńskim[27].

Heather Cassell nazwała sprawę „pierwszym porwaniem dziecka mającym miejsce w warunkach związku homoseksualnego"[28].

27 T. Gillan, *UK top court rules for non-biological lesbian parent in custody battle*, „Jurist", 3 lutego 2016, http://jurist.org/paperchase/2016/02/uk-top-court-rules-for-non-biological-lesbian-parent-in-custody-battle.php (dostęp 12.02.2016).

28 H. Cassell, *Child abduction case could affect binational parents*, „The

Jennifer Sweeting w artykule dla „Lexology" stwierdził, że sprawa „nie tylko podkreśla prawa rodzica w homoseksualnym związku, ale stanowi także ważny krok w międzynarodowym prawie rodzinnym, ponieważ jasno rozstrzyga, kiedy dziecko traci dotychczasowe miejsce zamieszkania w sytuacji, gdy za sprawą swojego rodzica opuszcza daną jurysdykcję[29].

Wyrok Sądu Apelacyjnego Anglii i Walii z dnia 9 lutego 2016 r. w sprawie R and Guardian News and Media Ltd v Erol Incedal *[2016] EWCA Crim 11*

Stan faktyczny

Erol Incedal został w październiku 2013 r. oskarżony (1) o udział w przygotowaniach zamachu terrorystycznego (art. 5(1) *Terrorism Act* 2006); (2) o posiadanie dokumentu zawierającego informacje potencjalnie użyteczne dla osoby dokonującej lub przygotowującej zamach terrorystyczny (art. 58(1)(b) *Terrorism Act* 2000), pkt 6 wyroku[30]. W listopadzie 2014 r. został on uznany winnym drugiego zarzutu. Ława przysięgłych nie osiągnęła porozumienia w sprawie pierwszego zarzutu, w konsekwencji zatem w ponownym procesie zakończonym w marcu 2015 r. Incedal został z niego oczyszczony. Natomiast 1 kwietnia 2015 r. został skazany na 42 miesiące więzienia przez Sąd Apelacyjny w Londynie z tytułu drugiego zarzutu[31].

21 października 2013 r. sąd pierwszej instancji (*Westminster Magistrates' Court*) na podstawie art. 4 i 11 *Contempt of Court Act* 1981 zdecydował o opóźnieniu publikacji relacji z rozprawy jawnej. Artykuł 4(2) daje sądowi takie prawo, „gdy istnieje ryzyko uszczerbku dla procesu wymierzania sprawiedliwości"[32]. Artykuł 11 upoważnia z kolei sąd do wstrzymania publikacji spraw niepodlegających ujawnieniu w trakcie jawnej rozprawy[33].

Dnia 2 kwietnia 2014 r. prokurator w sprawie Incedala złożył przed sędzią Nicolem wniosek o całkowite lub częściowe wyłączenie jawności rozprawy, a także o podtrzymanie nakazów wydanych 21 października 2013 r. Wniosek spotkał się ze sprzeciwem organizacji medialnych, w tym tych będących stroną w przedmiotowej sprawie. Wniosek prokuratury był wsparty opiniami z dwóch ministerstw: *Home Office* (ministerstwo spraw wewnętrznych) i *Foreign & Commonwealth Office* (ministerstwo spraw zagranicznych)[34].

19 maja 2014 r. sędzia Nicol wydał dwa wyroki: jawny i tajny. Rozprawa Incedala miała być w całości tajna, bez udziału widowni ani mediów, zaś publikacja raportów z przebiegu rozprawy została zakazana na podstawie art. 11 *Contempt of Court Act* 1981, do czasu aż sąd wyda inną decyzję. Tożsamość Incedala miała pozostać utajniona. Publikacja raportu z przebiegu rozprawy w dniu 19 maja 2014 r., a także publikacja jawnego wyroku miały zostać wstrzymane do czasu zakończenia postępowania lub zmiany decyzji sądu[35].

Następnie 24 września 2014 r. Sąd Apelacyjny w Londynie wydał jawny wyrok, w którym zmodyfikował w pewnym stopniu decyzję sędziego Nicola. Rozprawa miała być częściowo jawna[36]. Sąd zezwolił na obecność do dziesięciu akredytowanych dziennikarzy podczas tajnej rozprawy, pod warunkiem że zaakceptują oni ustalone przez sąd zasady poufności. Sąd uzasadnił swoją decyzję tym, że obecność dziennikarzy nie wpłynie negatywnie na sprawność działania sądu. Sąd podkreślił, że wyboru dziennikarzy mają dokonać organizacje medialne i że wybór ten nie będzie podlegał akceptacji *Home Office*[37]. Sąd Apelacyjny zakazał jednak publikacji raportów z przebiegu rozprawy.

Dnia 1 kwietnia 2015 r. sędzia Nicol sądu pierwszej instancji odrzucił wniosek złożony przez kil-

Bay Area Reporter", 3 lutego 2016, http://www.ebar.com/news/article.php?sec=news&article=71285 (dostęp 12.02.2016).

29 J. Sweeting, *Supreme Court considers non-biological parent's appeal*, „Lexology", 3 lutego 2016, http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=818ed5e9-86ef-4d25-97a6-c64ab736bc27 (dostęp 12.02.2016).

30 Sprawa [2016] EWCA Crim, [1]–[3].

31 Tamże, [8].

32 Tłum. autora.

33 Tamże, [10]–[11].

34 Tamże, [13].

35 Tamże, [15].

36 Tamże, [20]–[21].

37 Tamże, [26]–[27].

ka koncernów medialnych, w tym The Guardian News and Media, o częściowe zniesienie ograniczeń jawności w sprawie Incedala, tak by możliwa była publikacja raportu o przebiegu rozprawy w zakresie, w jakim obrady były tajne, choć z uczestnictwem akredytowanych dziennikarzy[38]. W przedmiotowej sprawie powodowie wnosili, że wobec zakończenia sprawy Incedala nie istnieje ryzyko uszczerbku dla procesu wymierzania sprawiedliwości, jeżeli media opublikują najważniejsze fakty z przebiegu sprawy. W konsekwencji ograniczenia nałożone przez Sąd Apelacyjny nie znajdują dłużej uzasadnienia[39].

Wyrok

Sąd Apelacyjny jednogłośnie odrzucił apelację koncernów medialnych, w której domagały się uzyskania zgody na publikację przebiegu tajnej rozprawy z udziałem akredytowanych dziennikarzy. Pomimo tego przyznał, że wcześniejsza decyzja Sądu Apelacyjnego, zezwalająca niewielkiej puli akredytowanych dziennikarzy na obecność w czasie tajnej rozprawy, była nietypowa w kontekście prawa karnego[40].

Sąd przyznał, że istnieją ważne powody, dla których informacje dotyczące procesu Incedala powinny zostać odtajnione: zarzuty wobec oskarżonego były poważne; jego wyrok jest stosunkowo długi; dowody, na podstawie których został on uwolniony od poważniejszego zarzutu, nie zostały podane do wiadomości publicznej; opinia publiczna ma ważny interes w poznaniu metod działania służb antyterrorystycznych, pod warunkiem że ta wiedza nie wpływa negatywnie na skuteczność ich działania; prasa pełni bardzo ważną rolę w ochronie interesu publicznego[41]. Zauważając odejście od zasady transparentności i jawności procesu wymierzania sprawiedliwości (*principle of open justice*), sędziowie Thomas, Hallett i Sharp uznali jednak, że było ono uzasadnione. Powody, dla których doszli do tej decyzji, zostały utajnione i ich publikacja miała miejsce jedynie w zamkniętym aneksie do przedmiotowej sprawy. „Natura dowodów pozyskanych w toku rozprawy" uniemożliwiła publikację obszernego uzasadnienia[42].

W sprawach dotyczących bezpieczeństwa państwa, gdzie policja lub służby wywiadowcze dostarczają prokuraturze materiał dowodowy i przedstawiają argumenty przemawiające za wnioskowaniem o wyłączenie jawności postępowania przed sądem, decyzja o przedłożeniu wniosku o utajnienie należy wyłącznie do prokuratury[43]. Jeżeli prokuratura zdecyduje o złożeniu takiego wniosku, sąd rozpatrzy go, mając na uwadze, że zasada otwartości w wymierzaniu sprawiedliwości ma fundamentalne znaczenie dla zasad praworządności i odpowiedzialności demokratycznej[44].

Sąd Apelacyjny podkreślił, że generalną zasadą w prawie angielskim jest wymierzanie sprawiedliwości jawnie. Jawna rozprawa stanowi gwarancję przeciwko sądowej arbitralności lub osobliwym, niewytłumaczalnym decyzjom, a także utrzymuje publiczne zaufanie do całego procesu. Jednakże może zaistnieć konieczność odstąpienia od tej ogólnej zasady, jeżeli jej zastosowanie w konkretnej sprawie uniemożliwiłoby lub znacząco utrudniłoby wymierzenie sprawiedliwości, względnie naruszyło dobro, którego ochronę nakazała legislatywa. Poza ustawowymi wyjątkami sąd może odstąpić od zasady jawności z własnej inicjatywy, jeżeli uważa to za uzasadnione wymogami sprawiedliwości, ale tylko w takim zakresie. Ponadto to prokuratura każdorazowo musi uzasadnić potrzebę nałożenia ograniczeń na zasadę jawności. Testem jest „bezwzględna konieczność" utajnienia rozprawy, w sytuacji gdy „sąd nie może zastosować mniej uciążliwego środka, by zapewnić wymierzenie sprawiedliwości w konkretnej sprawie"[45].

Sąd Apelacyjny podkreślił, że decyzja o tym, które informacje bądź dowody powinny być utajnione, należy zawsze do sądu. Prokuratura w świetle rozstrzygnięcia sądu powinna zdecydować o tym, czy ma zamiar kontynuować swoje uczestnictwo w spra-

38 Tamże, [1].
39 Tamże, [4].
40 Tamże, [36].
41 Tamże, [70].
42 Tamże, [73]–[74].
43 Tamże, [45].
44 Tamże, [47].
45 Tamże, [48]–[49].

wie, czy też chce wycofać zarzuty[46]. Jeżeli podtrzyma zarzuty pomimo decyzji sądu o odtajnieniu części dowodów lub innych informacji w danej sprawie, żaden organ władzy wykonawczej nie może odmówić dostarczenia prokuraturze dowodów na podstawie interesów bezpieczeństwa państwa. Egzekutywa musi w tym zakresie poddać się decyzji sądu. Jeżeli prokuratura zdecyduje o kontynuacji danej sprawy, władza wykonawcza musi zaoferować jej pełne wsparcie[47]. Sędzia Thomas zaznaczył, że w końcowym etapie procesu Incedala sędzia miał obowiązek weryfikacji słuszności decyzji o wyłączeniu jawności części materiału dowodowego i nieudostępnieniu go mediom i opinii publicznej[48].

Zdaniem Sądu Apelacyjnego udział akredytowanych dziennikarzy w tajnej rozprawie znacznie utrudnił proces wymierzenia sprawiedliwości. W przyszłości sądy powinny zachować wstrzemięźliwość w podejmowaniu podobnych decyzji, w obawie przed niepożądanym wpływem, jaki mogą one mieć na przebieg sprawy[49].

Sędzia Thomas pozwolił sobie także na kilka obserwacji dotyczących sposobu rozwiązywania podobnych spraw w przyszłości. Zauważył on, że jakkolwiek oczekuje się, iż sądy w swoich decyzjach będą opierały się na wcześniejszych wyrokach w podobnych sprawach, to takie postępowanie może być trudne w odniesieniu do decyzji, których uzasadnienia są tajne. Decyzje tajne nie są bowiem przechowywane w archiwach sądowych. Taki stan rzeczy jest nie do zaakceptowania. Sąd powinien mieć dostęp do wcześniejszych decyzji, by zachować logiczną spójność późniejszych orzeczeń i móc skorzystać ze sposobu, w jaki wcześniejsze sprawy zostały rozstrzygnięte[50].

Znaczenie

W wyroku Sąd Apelacyjny wprost wyraził niemożność i nielegalność sprawowania przez media funkcji kontrolującej władze publiczne w tej konkretnej sprawie, w której oskarżonemu postawiono zarzuty o działalność o charakterze terrorystycznym. Funkcja ta została przekazana parlamentarnej komisji ds. służb specjalnych[51].

Kathryn Higgins w artykule dla „The Global Legal Post" zauważyła, że wyrok w sprawie Incedala jest precedensowy, ponieważ zezwala dziennikarzom na publikację treści wyroku (tj. werdyktu o winie lub jej braku), natomiast zabrania im podania powodów tej decyzji. Autorka pisze również, że dziennikarze uzyskali dostęp do zaledwie dziesięciu godzin spośród siedemdziesięciu godzin nagrań materiału dowodowego, który do dyspozycji miała ława przysięgłych[52].

Z kolei Keith Hollis zwrócił uwagę na konstytucyjne aspekty poruszone w wyroku. Użycie przez sąd pojęcia „niezależność" przy opisie relacji między władzą wykonawczą a sądowniczą, w szczególności prokuraturą, wyznacza jasne granice działania poszczególnych organów państwa w rozstrzyganiu tak delikatnych spraw jak decydowanie o jawności procesów oskarżonych o terroryzm. Prokuratura zachowuje niezależność w podejmowaniu decyzji o przedstawieniu zarzutów i rozpoczęciu sprawy, jak również o złożeniu wniosku o utajnienie rozprawy. Decyzja o utajnieniu dowodów lub rozprawy należy jednak do sądu. Jeżeli prokuratura zdecyduje się podtrzymać oskarżenie, organy władzy wykonawczej (w tym służby wywiadowcze) muszą dostarczyć jej wszelkich potrzebnych dowodów. Hollis podkreślił, że przedmiotowa sprawa po raz pierwszy w tak otwarty sposób pokazała zasady postępowania przez organy władzy publicznej w tego typu sytuacjach. Komentując sprawiedliwość decyzji, autor zauważył, że zapadła ona w obecności sędziego, obrony, akredytowanych dziennikarzy (którzy co prawda nie mogą opublikować tego, co usłyszeli) i z zastosowaniem procedury apelacyjnej. Dlatego

46 Tamże, [58].
47 Tamże, [61].
48 Tamże, [63]–[65].
49 Tamże, [68]–[69].
50 Tamże, [78]–[79].
51 Tamże, [75].
52 K. Higgins, *Court of Appeal upholds reporting restrictions for Erol Incedal trial*, „The Global Legal Post", 10 lutego 2016, http://www.globallegalpost.com/big-stories/court-of-appeal-upholds-reporting-restrictions-for-erol-incedal-trial-21678701/ (dostęp 12.02.2016).

byłoby „zbyt łatwo" i „nieprecyzyjnie" nazwać przedmiotową sprawę „tajnym wymierzaniem sprawiedliwości"[53].

Przedmiotową sprawę można porównać do rozstrzygniętej w 2014 r. analogicznej sprawy *Guardian News Media v AB and CD*[54]. Tam, jak zauważa L. McNamara, Sąd Apelacyjny z góry założył, że obecność akredytowanych dziennikarzy w tajnej rozprawie automatycznie spełnia zasadę transparentności procesu wymierzania sprawiedliwości. Niewytłumaczalne jest jego zdaniem, dlaczego dziennikarze powinni być wybierani spośród tych pracujących dla koncernów medialnych, będących powodami w danej sprawie. Ponadto w sprawach takich jak przedmiotowa brakuje nacisku na obecność w czasie rozprawy organizacji pozarządowych działających na rzecz przestrzegania praworządności[55].

53 K. Hollis, *Press restrictions may continue after trial in the interests of national security*, 11 lutego 2016, http://ukhumanrightsblog.com/2016/02/11/press-restrictions-may-continue-after-trial-in-the-interests-of-national-security/ (dostęp 12.02.2016), tłum. autora.

54 Sprawa nieopublikowana w oficjalnych raportach. Przedrukowanie w dzienniku „The Times", 12 czerwca 2014.

55 L. McNamara, *Secret trials – a little transparency, a lot to worry about – Lawrence McNamara,* 12 czerwca 2014, http://ukhumanrightsblog.com/2014/06/12/secret-trials-a-little-transparency-a-lot-to-worry-about-lawrence-mcnamara/ (dostęp 12.02.2016).