FORUM PRAWNICZE

NUMER 2 (40)
2017

Spis treści

POST MORTEM

Wojciech Dajczak

3 **Śp. Profesor Lech Morawski – pierwszy redaktor naczelny „Forum Prawniczego”**

ARTYKUŁY

Adam Szafrański, Maciej Ślifirczyk

5 **O potrzebie „dereglamentacji” gospodarki**

Bartosz Gorzula

17 **Dowód naukowy w procesie karnym w świetle epistemologii informacyjnej**

Michał Pełka

28 **Ronald Dworkin o prawie do eutanazji**

Mateusz Tondera

45 **Eksperyment myślowy jako metoda rozumowania prawniczego**

Bartłomiej Sierzputowski

64 **Przejęcie zabytku ruchomego w prawie polskim**

Mateusz Tusiński

79 **Nowelizacja ustawy Prawo o stowarzyszeniach. Wybrane zagadnienia**

ARTYKUŁ RECENZYJNY

Arkadiusz Radwan

92 **Brexit – prawne następstwa i prawnicze spekulacje**

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” – czasopismo naukowe Open Access 2017–2018. Zadanie finansowane w ramach umowy 572/P-DUN/2017 ze środków Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego przeznaczonych na działalność upowszechniającą naukę.

FORUM PRAWNICZE

Numer 2 (40) | 2017
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 w Poznaniu
Sekretarz redakcji: dr Jan Andrzejewski – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
mgr Michał Derek – Uniwersytet Jagielloński
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 hab. Adam Szafrański – prawo administracyjne i konstytucyjne – Uniwersytet Warszawski
prof. UW dr hab. Leszek Bosek – prawo prywatne – Uniwersytet Warszawski
dr Krzysztof Szczucki – Uniwersytet Warszawski

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Alicja Dąbrowska-Nowacka
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.

Wojciech Dajczak

Śp. Profesor Lech Morawski – pierwszy redaktor naczelny „Forum Prawniczego”

12 lipca 2017 r. zmarł profesor Lech Morawski. Pierwszą moją myślą po otrzymaniu tej smutnej wiadomości było, że odszedł współtwórca i pierwszy redaktor naczelny „Forum Prawniczego”. Profesora poznałem wiele lat przed powstaniem naszego pisma, w końcu lat osiemdziesiątych minionego wieku. Słuchałem wówczas jego wykładów z teorii prawa, z których jeden zapadł mi wyjątkowo w pamięć. Pierwszy raz spotkałem się wtedy z kierowanymi do studenta z katedry rozważaniami o relacji między prawem a honorem, i to ubarwionymi refleksją o krakowskich pojedynkach. Romantyczne podejście Profesora do nauki i prawa poznałem szerzej w toku długich przygotowań poprzedzających powstanie „Forum Prawniczego”. Wyrazem budowanych w takim klimacie oczekiwań i nadziei była otwierająca pierwszy numer czasopisma deklaracja redakcji. Wskazaliśmy w niej w szczególności, iż „pragniemy podejmować refleksję (…) jak urzeczywistniać w konkretnych rozwiązaniach etos moralny charakterystyczny dla europejskiego kręgu kultury prawnej zakorzenionej w prawie rzymskim i chrześcijańskiej tradycji” oraz że „chcemy promować tradycyjne wartości charakterystyczne dla polskiego społeczeństwa, takie jak patriotyzm i oddanie sprawie dobra wspólnego”[1]. Pod kierunkiem Profesora Morawskiego powstało osiem pierwszych numerów czasopisma. Ich układ, treść oraz towarzyszące im redakcyjne dyskusje można – moim zdaniem – opisać jako szukanie równowagi między romantyczną tęsknotą za odnowieniem polskiej nauki prawa a realizmem w łączeniu tradycji i innowacyjności w prawoznawstwie XXI stulecia. Po podjęciu się przez Profesora w 2012 r. redagowania pisma „Prawo i Więź”[2] projekt wydawania „Forum Prawniczego” jest kontynuowany na podstawach ustalonych z jego udziałem. Komentując w roku 2013 wyniki oceny czasopism, wyraziłem pogląd, że za kluczową w trzyletniej wówczas historii pisma uznać należy wierność wskazanym przy jego powstaniu wartościom i celom[3]. Pisząc te słowa, myślałem z wdzięcznością także o naszym pierwszym Redaktorze. Akcentowany przez niego imperatyw mówienia prawdy w nauce zmusza mnie jednak, by przyznać, że niekiedy odmiennie niż on rozumiałem relację między romantyzmem i realizmem w prawie. Mimo to, a może niezależnie od tego, dostrzegam szereg punktów w naukowym dorobku Profesora Morawskiego, które wydają mi się wzorcami realistycznego badania prawa. Przywołam dwa przykłady pokazujące nadto głęboko europejski wymiar tego dorobku. Pierwszy łączy się z artykułem niemieckiego prawnika, który – by zrozumieć polską dyskusję o typologii umów – skierował swoją uwagę na nasz dorobek w zakresie interpretacji prawa. Sięgając do współczesnych publikacji z tego zakresu wyraził opinię, że dominują tu dzieła czysto teoretyczne, natomiast w „polskiej literaturze rzadkie są prace poświęcone metodzie prawniczej, które są przydatne dla praktyki”. W tym kontekście wyróżnił jako jasną (*anschaulich*) tylko książkę Lecha Mo-

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

2 Zob. L. Morawski, *Zamiast programu*, „Prawo i Więź” 2012, nr 1, z. 1, s. 5 i n.

3 W. Dajczak, *Punkty, prestiż, misja czasopisma naukowego*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 5, s. 5.

rawskiego: *Zasady wykładni prawa*[4]. Drugi przykład jest bezpośrednio związany z „Forum Prawniczym". Profesor opublikował w nim w 2011 r. dwa artykuły dotyczące problemu potencjalnego napięcia między politykami Unii Europejskiej a narodową tożsamością obywateli krajów członkowskich. Jedną z konkluzji pierwszego z nich było wsparcie opinii, że największym wyzwaniem UE „jest kwestia, jak zbudować tożsamość europejską nie niwecząc tożsamości narodów Europy"[5]. Kolejną publikację dotyczącą różnych wizji europejskiej integracji zamyka wyrażenie sceptycyzmu wobec możliwości oparcia na zasadach liberalizmu i uniwersalizmu zjednoczenia Unii przy zachowaniu poszanowania narodowych różnorodności. Jednocześnie wskazał jako najważniejsze osiągnięcie integracji europejskiej zniesienie granic między państwami. Uznał to bowiem za „pierwszy krok, by urzeczywistnić marzenie Kanta o wspólnym posiadaniu Europy przez wszystkich Europejczyków"[6]. To ostatnie zdanie dobrze ilustruje wspomniany romantyzm w spojrzeniu Lecha Morawskiego na życie społeczne. Jednak powrót do wskazanych tekstów, gdy jesteśmy bogatsi o doświadczenie Brexitu i towarzyszących nam napięć w relacjach Komisji Europejskiej z niektórymi krajami członkowskimi, nakazuje docenić realizm wskazanych opinii i prognoz Profesora.

We wspomnieniach o Lechu Morawskim przyjąć można różne punkty ciężkości. Bogate i różnorodne były bowiem Jego aktywności w życiu akademickim i publicznym. Przyjmując wąskie, ale oparte na osobistym doświadczeniu spojrzenie, chcę, by to wspomnienie wyrażało wdzięczność za jego wkład w tworzenie „Forum Prawniczego". Upowszechniało wzbogacone dzięki spotkaniu z Profesorem przekonanie, że realizm w podejściu do prawa nie stoi w sprzeczności z romantyczną wizją zmian społecznych. Przypominało, że poszukiwanie równowagi między tymi dwiema perspektywami jest ważnym wyzwaniem tak w budowaniu czasopisma prawniczego, jak i zajmowaniu się prawem.

4 Zob. Th. Raff, *Vertragsbildung im polnischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Generalklausel von Art. 750 KC* (w:) F. Andrés Santos, Chr. Baldus, H. Dedek (red.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven,* München 2011, s. 242.

5 L. Morawski, *Suwerenność i prawo międzynarodowe – od prawa państw do prawa ludów,* „Forum Prawnicze" 2011, nr 3, s. 36.

6 L. Morawski, *Dwie wizje Unii Europejskiej a problem tożsamości narodowej,* „Forum Prawnicze" 2011, nr 4–5, s. 18.

Adam Szafrański

Doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Autor publikacji z zakresu publicznego prawa gospodarczego, w tym prawa energetycznego.

✉ *adam.w.szafranski@gmail.com*

Maciej Ślifirczyk

Doktor nauk prawnych, starszy wykładowca na WPiA UW oraz radca prawny. Wielokrotny ekspert w procesie legislacyjnym. Autor licznych publikacji z zakresu prawa podatkowego i cywilnego.

✉ *m.slifirczyk@wpia.uw.edu.pl*

Adam Szafrański, Maciej Ślifirczyk

O potrzebie „dereglamentacji" gospodarki

The Need to Diminish Restrictions on Access to Business in Poland

Every government in Poland tries to set up better conditions for the establishment and operation of a business undertaking. This goal could be realized by setting free the economy from limitations placed in laws. The process, referred to as "dereglamentacja" in Polish, has been growing in popularity in recent years. The authors have examined 53 forms of consents to the commencement of business activities and proposed a few suggestions as to how to change the law in order to ameliorate business done in Poland. First of all, it turned out that state officials find it difficult to identify the goals of certain limitations. This fundamental shortcoming in many cases calls into question the quality of drafting and enforcement of laws. Further, the authors claim that there is still some scope for changes, pertaining, inter alia, to lessening the number of information duties, doing away with some obligations imposed on entrepreneurs, or reconsidering if there is indeed a true need to provide different registers gathering effectively the same information.

Wstęp

W debacie publicznej dotyczącej prawa gospodarczego podnosi się potrzebę ograniczenia obecności państwa jako opresora, ograniczającego wolność działalności gospodarczej, dławiącego polską przedsiębiorczość. Ambicją każdego polskiego rządu w ostatnich latach jest odbiurokratyzowanie gospodarki, uczynienie niezbędnych procedur przejrzystymi i szybkimi[1]. Na firmamencie politycznym

1 Wystarczy choćby spojrzeć na programowe wystąpienia Ewy Kopacz i Beaty Szydło. W *exposé* Ewy Kopacz padła deklaracja opracowania nowej ustawy o prowadzeniu działalności gospodarczej, aby wspierać „zaradność, pracowitość i skuteczność" Polaków (https://www.premier.gov.pl/realizacja-planow/expose-premier-ewy-kopacz-stenogram.html, dostęp: 1.05.2017), natomiast w *exposé*

pojawiają się od czasu do czasu projekty ustaw, pakietów, konstytucji, za którymi stoją ambicje ministrów odpowiedzialnych za resort gospodarki. Są to ambicje uczynienia prawa bardziej przyjaznym dla przedsiębiorcy.

Wśród różnych postulatów pojawia się także i ten, który związany jest z hasłem „dereglamentacji". Nie jest to pojęcie prawne ani też przyjęte na gruncie myślenia prawniczego. Denotuje ono, jak można się domyślać, potrzebę ograniczenia form reglamentacji lub też uczynienia wymogów z nimi związanych mniej uciążliwymi. W przeciwieństwie do „deregulacji" nie chodzi tu więc o zwiększenie dostępu do wykonywania niektórych zawodów, lecz o zwiększenie dostępu do prowadzenia niektórych rodzajów działalności gospodarczej, dla których podjęcia wymagane jest pozwolenie państwa.

Formę reglamentacji stanowi obecnie w Polsce obowiązek uzyskania koncesji, zezwolenia, zgody, licencji oraz wpisu do rejestru działalności regulowanej (zwanych dalej łącznie „pozwoleniami"). Uzyskanie przez przedsiębiorcę któregokolwiek z tych pozwoleń związane jest z koniecznością spełnienia określonych prawnie warunków. Można zatem, reformując opisany system pozwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej w ramach „dereglamentacji", zdecydować się na ograniczenie liczby warunków niezbędnych do prowadzenia działalności gospodarczej, w tym także sugerować zmianę formy reglamentacji z bardziej restrykcyjnej na łagodniejszą albo też, co bardziej radykalne, zdecydować się na całkowite zniesienie obowiązku uzyskiwania niektórych pozwoleń[2]. Jaki obrać kierunek zmian i jakimi przesłankami się kierować, przystępując do „dereglamentacji"?

Wskazanie uwag *de lege ferenda* w odniesieniu do form reglamentacji wymaga przemyślenia celów, którym formy reglamentacji mają służyć.

Najpierw należy poszukać odpowiedzi na to pytanie w doktrynie. Przy tym zagadnienie celu wprowadzenia reglamentacji wydaje się tu najistotniejsze. Aksjologia prawa determinuje bowiem dobór prawidłowych środków. Następnie należy się przyjrzeć poszczególnym formom reglamentacji, a więc specyficznym wymogom przewidzianym w ustawach szczególnych dla prowadzenia działalności gospodarczej. Im większa liczba analizowanych przypadków reglamentacji, tym lepsze pole do obserwacji i możliwość zaproponowania wniosków ogólnych; w naszej analizie taką próbkę stanowią 53 przypadki reglamentacji gospodarczej. Na koniec należy przedstawić propozycję zmian i ogólny ich kierunek.

Cele różnych form reglamentacji

Wskazanie uwag *de lege ferenda* w odniesieniu do form reglamentacji wymaga przemyślenia celów, którym formy reglamentacji mają służyć. Wpierw należy jednak – choćby najogólniej – wskazać, czym jest forma reglamentacji.

W niemieckiej literaturze przedmiotu, znanej z pogłębionej myśli prawniczej, wyróżniono kilka stopni ograniczeń rozpoczęcia działalności gospodarczej: swoboda zgłaszania i rejestracji; ogólne obowiązki in-

Beaty Szydło stwierdzono: „Zarówno przedsiębiorcy jak i kandydaci na przedsiębiorców napotykają dziś na bardzo poważne przeszkody. Brak kapitału własnego, brak zdolności kredytowych, szczególnie jeśli chodzi o tych, którzy chcą rozpocząć działalność gospodarczą, bariery biurokratyczne, wreszcie zaburzenia czystych zasad gry rynkowej. Wszystkie te przeszkody można przynajmniej w bardzo znacznym stopniu przełamać" (https://www.premier.gov.pl/expose-premier-beaty-szydlo-stenogram.html, dostęp: 1.05.2017).

2 C. Kosikowski, *Potrzeba i koncepcja nowego prawa działalności gospodarczej*, „Państwo i Prawo" 2014, nr 7, s. 6.

formacyjne; zakaz z zastrzeżeniem zgłoszenia notyfikacji, rejestracji, zameldowania i informowania; zakaz z zastrzeżeniem kontroli. Występujące w Polsce formy reglamentacji wiążące się z koniecznością uzyskania koncesji, zezwolenia (licencji, zgody), czy też wpisu do rejestru działalności regulowanej odpowiadają w największym stopniu zakazowi z zastrzeżeniem kontroli[3]. Oznacza to, że danej działalności gospodarczej nie można prowadzić, dopóki władza państwowa nie wyrazi na to pozwolenia pod warunkiem spełnienia określonych wymogów. Spełnienie prawnie określonych wymogów powinno co do zasady powodować obowiązek po stronie władzy udzielenia pozwolenia. Inaczej jest w przypadkach decyzji uznaniowych czy też takich, które wprawdzie są związane, ale organ administracji publicznej dysponuje dużą swobodą oceny przesłanek udzielenia danego pozwolenia (jak na przykład zagrożenie obronności państwa). Po wydaniu pozwolenia organ władzy (niekoniecznie ten sam, który udzielił pozwolenia) ma prawo do sprawowania kontroli dalszego spełniania wymogów przez podmiot gospodarczy.

Legalne rozpoczęcie działalności przez przedsiębiorcę w obszarze objętym reglamentacją wiąże się więc ze spełnieniem prawnie skonkretyzowanych wymogów. Władza państwowa, określając te wymogi, kieruje się różnymi założeniami, które w doktrynie publicznego prawa gospodarczego sprowadzane są do sprawowania przez administrację funkcji policyjnej i funkcji reglamentacyjnej. W ten sposób obie funkcje realizowane są między innymi przez formy reglamentacji.

Policja i reglamentacja gospodarcza bywają mylone ze względu na ten sam sposób oddziaływania na podmioty gospodarcze, mianowicie poprzez wprowadzanie ograniczeń wolności działalności gospodarczej. Dla porządku jednak i zrozumienia celów ustanawiania form reglamentacji należy odróżnić od siebie te dwie funkcje. Reglamentację gospodarczą od policji gospodarczej odróżniać będzie niewątpliwie cel, który przyświeca wprowadzaniu ograniczeń praw i wolności przynależnych jednostkom, w tym przedsiębiorcom prowadzącym działalność gospodarczą. W przypadku reglamentacji celem wprowadzanych ograniczeń będzie niewątpliwie zapewnienie funkcjonowania procesów gospodarczych zgodnie z interesem publicznym, determinowanym koniecznością osiągnięcia celów wyznaczonych aktualną polityką gospodarczą państwa"[4]. Dobra chronione w ramach funkcji reglamentacyjnej wskazuje się, poszukując ich źródła w prawie Unii Europejskiej. Są to: harmonijny, zrównoważony i stały rozwój działalności gospodarczej, wysoki stopień konkurencji i konwergencji dokonań gospodarczych, wysoki poziom ochrony i jakości środowiska naturalnego, podwyższenie poziomu i jakości życia, spójność gospodarcza i społeczna, rynek wewnętrzny, otwarta gospodarka rynkowa z wolną konkurencją, stabilne ceny, zdrowe finanse publiczne, trwała równowaga płatnicza[5]. W przypadku zaś policji gospodarczej celem jest ochrona porządku i bezpieczeństwa publicznego, ochrona środowiska oraz ochrona takich dóbr, jak życie, mienie czy moralność publiczna[6]. Mimo rozbieżności celów i policja gospodarcza, i reglamentacja prowadzą do ograniczenia wolności działalności gospodarczej, a więc muszą mieć uzasadnienie w tych samych materialnych przesłankach wprowadzania ograniczeń tej wolności. Ograniczenie może zatem nastąpić wyłącznie w ważnym interesie publicznym przy uwzględnieniu treści art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (a więc przy komplementarnym stosowaniu przesłanki proporcjonalności, ochrony istoty wolności gospodarczej oraz przesłanek porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony środowiska, zdrowia publicznego, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób).

Jaki zatem z tego zestawienia celów reglamentacji wynika wniosek dla oceny poszczególnych jej form? Pierwszy to taki, że cele realizowane przez organy władzy państwowej są bardzo różne od siebie i dotyczą nie tylko tak oczywistych kwestii jak osiągnięcie właściwego stanu sanitarnego urządzeń czy też wymogów technicznych właściwych dla danej działalności, ale także stanów pożądanych z ekono-

3 R. Stober, *Prawo administracyjne gospodarcze,* przeł. M. Szpor, A. Szafrański, Warszawa 2013, s. 282–283.

4 T. Kocowski, *Kontrola i nadzór (policyjny, reglamentacyjny, właścicielski)* (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *System prawa administracyjnego. Tom 8A,* Warszawa 2013, s. 691.

5 K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne,* Warszawa 2005, s. 166.

6 Tamże.

micznego punktu widzenia, jak choćby zachowanie rentowności określonego połączenia kolejowego i nietworzenie dla niego konkurencyjnego stałego połączenia autobusowego. Drugi wniosek, który wiąże się z pierwszym, to niebudząca wątpliwości duża swoboda prawodawcy w określaniu celów i form reglamentacji, pod warunkiem zachowania zgodności z przepisami Konstytucji RP. Trzecim wnioskiem jest konkluzja o charakterze metodologicznym, ważnym dla oceny poszczególnych form reglamentacji. Nie ma obecnie ani w doktrynie publicznego prawa gospodarczego, ani też w żadnym akcie prawnym ściśle sformułowanych kryteriów stanowienia różnych form reglamentacji, które ułatwiałyby ocenę zasadności ich zastosowania w konkretnym przypadku. Sugestię dotyczącą nie tyle materii (tę bowiem określa szerokie pojęcie interesu publicznego), ile gradacji między formami reglamentacji zawiera jedynie art. 46 ust. 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej[7]. Zgodnie z tym przepisem za najbardziej restrykcyjną formę należałoby uznać koncesję, potem bardziej łagodną dla przedsiębiorcy formą byłoby zezwolenie (licencja, zgoda) i najłagodniejszą wpis do rejestru działalności regulowanej. Przepis ten odnosi się jednak do celów stanowienia różnych form reglamentacji bardzo ogólnie: bezpieczeństwo obywateli, państwa lub inny ważny interes publiczny. Tym samym nie ułatwia sformułowania wyżej wspomnianej oceny.

Krytyka posługiwania się formami reglamentacji i wnioski sugerujące poprawę jakości prawa w tym zakresie nie wynikają zatem ze ściśle przyjętych założeń. Doktryna prawa nie daje tu bowiem precyzyjnej odpowiedzi. Można przyjmować, że słusznie nie rości sobie do tego pretensji, gdyż mogłaby założyć nazbyt sztywny gorset i na działalność gospodarczą, która z natury jest dynamiczna, i na władzę państwową i realizowaną przez nią politykę. Poza stosowaniem prawnie określonych kryteriów konstytucyjnych, wynikających z art. 22 i 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz bardzo fragmentarycznych regulacji unijnych, nie ma „przepisu" na reglamentowanie.

Poza stosowaniem prawnie określonych kryteriów konstytucyjnych, wynikających z art. 22 i 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz bardzo fragmentarycznych regulacji unijnych, nie ma „przepisu" na reglamentowanie.

Warto na marginesie zauważyć, że w literaturze podkreśla się, że prawo i gospodarka nie są zjawiskami jednorodnymi, a więc prawo (pozytywne) ma zawsze charakter wtórny wobec gospodarki, gdyż powstaje na bazie już istniejącej rzeczywistości gospodarczej. Gospodarka miałaby być ontologicznie pierwsza przed prawem. W takim też układzie stanowienie prawa byłoby formą zewnętrzną (heterogenną) interwencji państwa w dziedzinę obiektywnych praw ekonomicznych[8]. Gdyby przyjąć ten sposób myślenia, to

7 Przepis ten ma następujące brzmienie: „Wprowadzenie innych koncesji w dziedzinach działalności gospodarczej mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny jest dopuszczalne tylko w przypadku, gdy działalność ta nie może być wykonywana jako wolna lub po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia oraz wymaga zmiany niniejszej ustawy".

8 M. Szydło, *Reglamentacja działalności gospodarczej* (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *System…*, dz. cyt., s. 122.

należałoby z dużą ostrożnością podchodzić do każdej interwencji państwowej, w tym także do reglamentacji. Tak też należy czynić. Należy zastrzec jednakże, że prawo jest czymś wpisanym w naturę ludzką, więc nie jest całkowicie zewnętrzne wobec człowieka. Nie może być też całkiem zewnętrzne wobec gospodarki. Prawo pozytywne, zawierając wiele z tego, co pochodzi z ustawy naturalnej, nie w każdym przypadku i nie zawsze jest „elementem obcym" dla rzeczywistości gospodarczej. Wiele zatem z wymogów dotyczących przedsiębiorców stanowi rezultat naturalnych oczekiwań innych uczestników obrotu co do jakości produktów bądź usług wytwarzanych i świadczonych przez przedsiębiorcę objętego wymogami. Prawo w takich przypadkach nie jest zewnętrzne wobec gospodarki, ale przeciwnie: wynika z natury człowieka gospodarującego. Trzeba również zwrócić uwagę, że współcześnie rzeczywistość gospodarcza jest w istotnej mierze prawnie regulowana. To zatem, jak przedstawia się współcześnie ta rzeczywistość, jest także wynikiem prawa. Trudno w związku z tym przyjmować, że prawo jest w pełni zewnętrzne w stosunku do rzeczywistości gospodarczej, skoro tę rzeczywistość współtworzy.

Wykorzystanie badania ankietowego. Założenia i metodyka

Wobec braku wyraźnych wskazówek doktrynalnych należało przyjąć jakieś kryteria oceny obecnego stanu prawa. Przyjętym przez nas paradygmatem oceny stanu reglamentacji w Polsce było więc założenie, że państwo kontroluje i powinno kontrolować działalność podmiotów gospodarczych w celu ochrony interesu publicznego, w tym zapewnienia ochrony konsumentów, ochrony środowiska naturalnego czy też innych ważnych społecznie wartości. Z tego punktu widzenia za nazbyt daleko idący uznajemy postulat zniesienia wszystkich tych form reglamentacji, których ustanowienia nie wymagają przepisy prawa Unii Europejskiej. Postulat ten nie ma w naszej ocenie wystarczająco mocnego wsparcia aksjologicznego. Dodać można, że oznaczałby on w istocie rezygnację z realizacji krajowej polityki w omawianym obszarze prawa wykazującej się obecnie pewną samodzielnością w stosunku do polityki realizowanej na szczeblu europejskim.

Organy nadzorujące segmenty rynku poddane reglamentacji powinny zarówno być w stanie prawidłowo identyfikować cel ustanowienia danej formy reglamentacji, jak i prawidłowo oceniać skuteczność jej funkcjonowania.

Ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej nie są celem samym w sobie, ani też nie istnieją po to, aby zapewniać pracę administracji publicznej. Niewątpliwie ich stosowanie w określonym obszarze powinno być uzasadnione ważnym interesem publicznym, a cele z tym związane winny być jasno wskazane i możliwe do osiągnięcia. Z tego wynika założenie, że okoliczności te powinny determinować działania władzy publicznej w omawianym obszarze. Organy nadzorujące segmenty rynku poddane reglamentacji powinny zatem zarówno być w stanie prawidłowo identyfikować cel ustanowienia danej formy reglamentacji, jak i prawidłowo oceniać skuteczność jej funkcjonowania. Reprezentując interes publiczny, organy te powinny być swego rodzaju adwokatem danej formy reglamentacji, o ile jest ona w ich przekonaniu właściwym instrumentem realizacji założonych celów. W innym przypadku powinny być w stanie wskazać kierunki pożądanych zmian.

Powyżej uczynione założenie determinowało metodologię naszych badań, która opierała się na wykorzystaniu odpowiedzi na pytania zawarte w ankietach adresowanych do właściwych komórek zajmujących się nadzorem nad reglamentowanymi obszarami działalności gospodarczej[9]. Należy przy tym zastrzec, że omawiane badanie nie obejmowało wszystkich, lecz jedynie 53 przypadki reglamentacji spośród tych, które pojawiają się w polskim prawie. Nasze wnioski formułowaliśmy przede wszystkim w oparciu o informacje zawarte w ankietach. Jedynie w niektórych przypadkach, gdy taka potrzeba wydawała się szczególnie paląca, uzupełnialiśmy te informacje, korzystając z innych źródeł.

Wspomniane wyżej ankiety, adresowane do właściwych komórek różnych ministerstw, zawierały poniższe pytania:

1) jaka jest forma prawna i przedmiot regulacji (np. zezwolenie na wykonywanie przewozów regularnych i przewozów regularnych specjalnych w krajowym transporcie drogowym)?
2) jaka jest jej podstawa prawna w prawie UE, prawie międzynarodowym oraz prawie krajowym?
3) jakie są obowiązujące wymogi prowadzenia danej działalności gospodarczej (np. używanie do przewozów regularnych tylko takich aut, które spełniają odpowiednie wymagania techniczne)?
4) jakie wartości konstytucyjne chroni określone zezwolenie/koncesja/licencja/wpis do rejestru działalności regulowanej?
5) czy rezygnacja z opisywanej w ankiecie formy reglamentacji miałaby w praktyce istotne społeczne i gospodarcze negatywne konsekwencje (jeśli tak, to należało wskazać jakie)?
6) czy wystarczające byłoby wskazanie warunków niezbędnych dla prowadzenia działalności bez konieczności uzyskania zezwolenia, ale z dokonaniem wpisu przedsiębiorców do rejestru działalności regulowanej? Czy takie działanie miałoby w praktyce istotne społeczne i gospodarcze negatywne konsekwencje (jeśli tak, należało wskazać jakie)?
7) które wymogi można ograniczyć, które powinny zostać i jaka jest ich ocena pod kątem proporcjonalności do celów regulacji oraz jakie konkretne konsekwencje miałoby ich uchylenie?

Poproszono także o kilka informacji dotyczących liczby udzielonych pozwoleń, liczby odmów i przyczyn udzielenia odmów. Ostatnia grupa pytań dotyczyła wpływów do budżetu z tytułu opłat wiążących się z wydaniem określonego pozwolenia i kosztów obsługi danej formy reglamentacji.

Analiza odpowiedzi na pytania zawarte w ankietach powinna w założeniu dostarczyć informacji co do pożądanych zmian w zakresie form reglamentacji, których dotyczyły ankiety, oraz pozwolić na sformułowanie opinii co do kierunków prac legislacyjnych. Stanowiło to zasadniczy cel prowadzonego badania.

Obserwacje i wnioski z badania ankietowego

Analiza uzyskanych odpowiedzi na pytania zawarte w różnych ankietach w pierwszej kolejności pozwala na obserwację, że ich wartość merytoryczna jest bardzo różna. Przede wszystkim warto odnotować, iż w wielu przypadkach wypowiedzi urzędników nie pozwalały na zrekonstruowanie klarownej zależności między zastosowanym poziomem reglamentacji i oczekiwanymi tego skutkami oraz wartościami, których ochronie ma zdaniem organu służyć dana forma reglamentacji. Podobnie kwestia ta przedstawiała się, jeśli chodzi o poszczególne wymagania formalne, których spełnienie jest niezbędne, aby rozpocząć wykonywanie działalności w danym obszarze. Niektóre wypowiedzi z ankiet opierały się na iluzorycznych efektach przypisywanych pewnym istniejącym formom reglamentacji, które abstrahują od stanu rzeczywistego. Powstaje wrażenie, że albo osoby administrujące danym

9 Wykorzystano w tym zakresie odpowiedzi na pytania zawarte w ankietach przygotowanych przez Ministerstwo Rozwoju na potrzeby oceny propozycji zmian w zakresie form reglamentacji. Fakt, że inicjatorem przeprowadzenia ankiety było jedno z ministerstw, powinien podnosić rangę pozyskanych informacji oraz – w założeniu – zwiększyć zaangażowanie adresatów w przygotowanie wyczerpujących odpowiedzi. Autorzy niniejszego artykułu uczestniczyli w przygotowaniu raportu o stanie reglamentacji na potrzeby Ministerstwa Rozwoju, a sformułowane w nim wnioski prezentowane są także w niniejszym tekście. Por. A. Szafrański, M. Szydło, M. Ślifirczyk, *Ocena propozycji zmian w zakresie form reglamentacji. Raport końcowy na zlecenie Ministra Rozwoju*, Warszawa–Wrocław 2016 (niepublikowany).

obszarem (wypełniające ankietę) nie znają dokładnie wspomnianych zależności, albo też referują w istocie domniemania lub założenia co do istnienia takich zależności, z reguły przyjęte przy wprowadzaniu danej formy reglamentacji. W pierwszym przypadku oznacza to, że istnieje istotne ryzyko, że osoby pracujące w organach administracji stosują regulacje prawne bez znajomości ich pełnego sensu i celu. Można mieć w związku z tym wątpliwości, czy interes publiczny stojący za tymi regulacjami prawnymi (o ile taki istotnie można wskazać) jest należycie chroniony[10]. W drugim przypadku natomiast powstaje podejrzenie, że wprowadzanie określonych form reglamentacji lub wymagań formalnych do przepisów prawa bazowało jedynie na pewnych wyobrażeniach co do celów, jakie można osiągnąć na tej drodze, bez zweryfikowania tych wyobrażeń czy też wykonania w tym zakresie rzetelnych analiz. W rezultacie wprowadzenie tych wymagań może cechować się pewną przypadkowością, a ich efektywność nie jest przedmiotem bieżącej oceny ze strony organów stosujących omawiane regulacje.

Dla ilustracji powyższych uwag można wskazać, że w odpowiedziach zawartych w licznych ankietach utrzymanie obowiązku uzyskania zgody lub zezwolenia (wobec możliwego zastąpienia tego obowiązku wpisem do rejestru) argumentowano potrzebą przeciwdziałania nieprawidłowościom w zakresie działalności objętej zezwoleniem (zgodą). Chodziło w tym przypadku zapewne o konieczność wstępnej oceny wiarygodności danego podmiotu, zanim rozpocznie on działalność w przedmiotowym zakresie. Ocena dopuszczalności złagodzenia formy reglamentacji prowadzonej działalności sprowadzała się zatem w istocie do problemu dopuszczenia wspomnianej działalności w okresie pomiędzy wpisem do rejestru a przeprowadzeniem przez właściwy organ administracji działań weryfikujących wiarygodność danego podmiotu. Z uzyskanych odpowiedzi w wielu przypadkach nie wynikało jednoznacznie, w jaki sposób brak uprzedniej weryfikacji wiarygodności podmiotu zwiększa ryzyko nieprawidłowości w omawianym zakresie i czy ryzyko to staje się na tyle duże, aby uzasadniało utrzymanie dalej idącej formy reglamentacji. Zagadnienia te pozostawiono domysłowi czytelników odpowiedzi na pytania zawarte w ankietach.

W wielu przypadkach wypowiedzi urzędników nie pozwalały na zrekonstruowanie klarownej zależności między zastosowanym poziomem reglamentacji i oczekiwanymi tego skutkami oraz wartościami, których ochronie ma zdaniem organu służyć dana forma reglamentacji.

O braku wystarczającej analizy prowadzonej na potrzeby formułowanych odpowiedzi świadczy również kopiowanie obszernych fragmentów odpowiedzi w różnych ankietach dotyczących odmiennych przypadków reglamentacji, gdy odpowiedzi te przygotowywała ta sama osoba. Efektem była niejednokrotnie nieadekwatność odpowiedzi do przedmiotu ankiety. Trudno przy tym dociec, czy osoby przygotowujące

10 Oczywiście można przyjmować, że nie w każdym przypadku wystarczająco poważnie potraktowano zlecenie wypełnienia ankiety pochodzące od innego ministerstwa. Takie założenie musi jednak również napawać obawą, skoro powinno być jasne, że odpowiedzi zawarte w ankietach mogą być podstawą do zmian dokonywanych w regulacjach prawnych.

odpowiedzi zdawały sobie sprawę ze wspomnianej nieadekwatności.

Szczególnie rażący przykład z omawianego zakresu dotyczy reglamentacji w obszarze gier hazardowych. Podstawowym argumentem podnoszonym w odpowiedziach na pytania zawarte w ankiecie, który miał przemawiać za utrzymaniem aktualnych form reglamentacji związanych z prowadzeniem różnego rodzaju gier hazardowych, stanowiło przekonanie, że ograniczenie działalności do podmiotów posiadających zezwolenie przeciwdziała niepożądanym skutkom społecznym oraz wzrostowi aktywności grup przestępczych w obszarze gier hazardowych. Tego rodzaju zależność przyczynowo-skutkowa nie została jednak w żaden sposób bliżej wyjaśniona. W szczególności nie jest jasne, dlaczego zdaniem przedstawicieli administracji prowadzenie gier hazardowych przez podmiot posiadający zezwolenie w większym stopniu chroni przed „destrukcyjnymi skutkami uzależnienia od hazardu", aniżeli prowadzenie gier hazardowych przez podmioty podlegające jedynie wpisowi do rejestru działalności regulowanej. Jak się zdaje, uzależnieniu sprzyjać może uczestniczenie w grze hazardowej lub jej szeroka dostępność, a nie to, czy podmiot organizujący taką grę posiada zezwolenie, czy też nie. W odniesieniu do zakładów wzajemnych formułowane odpowiedzi pomijały natomiast niemal zupełnie realny stan rzeczy, zawierały bowiem zapewnienie, że „wymogi dotyczące urządzania gier hazardowych stanowią zabezpieczenie przed niepożądanymi zjawiskami społecznymi i gospodarczymi. W związku z tym są one niezbędne i nie mogą zostać ograniczone". Tymczasem w dostępnej w Internecie informacji o wynikach kontroli – *Egzekwowanie przepisów prawa wobec podmiotów prowadzących działalność w zakresie zakładów wzajemnych* – przygotowanej przez Najwyższą Izbę Kontroli w 2015 r. (KBF-4114-003-00/2014, nr ewid. 21/2015/I/14/001/KBF) stwierdzono: „Funkcjonujące instytucje prawne nie zapobiegają organizowaniu zakładów wzajemnych za pośrednictwem sieci Internet poza granicami RP i czerpaniu znacznych korzyści z tej działalności kosztem polskich przedsiębiorców działających w oparciu o wydane zezwolenia i kosztem budżetu państwa. Uwarunkowania prawne i wymuszona przez nie metodologia zwalczania tego obszaru przestępczości przyjęta przez Służbę Celną umożliwia skuteczny nadzór jedynie nad podmiotami organizującymi zakłady wzajemne na podstawie udzielonych zezwoleń. (…) Służba Celna nie posiada kompleksowych analiz zawierających informacje o hipotetycznej skali zjawiska nielegalnych zakładów wzajemnych urządzanych za pośrednictwem sieci Internet oraz o ewentualnych skutkach dla budżetu państwa w tej materii. (…) Obecne regulacje prawne pozwalają na egzekwowanie ich przestrzegania jedynie od podmiotów działających na terenie RP i sprzyjają unikaniu odpowiedzialności tych podmiotów, które nie podlegają bezpośredniej jurysdykcji polskich organów podatkowych" (s. 7–8). Z kolei w raporcie *Przeciwdziałanie szarej strefie w Polsce* (2015/16) opublikowanym na stronie internetowej Ministerstwa Finansów stwierdzono: „W skali całej UE zauważalne jest zjawisko wypierania z rynku legalnie działających podmiotów, które – ze względu na wysokie koszty działalności oraz wyższe realne obciążenia podatkowe (które mają bezpośrednie przełożenie na wartość wygranych dla uczestników zakładów) – są mniej konkurencyjne w porównaniu do usługodawców działających bez stosownych zezwoleń, za pośrednictwem Internetu. Zdaniem przedstawicieli branży legalnie działających w Polsce, liczba podmiotów *offshore* oferujących usługi polskim graczom jest bardzo szeroka. Według informacji opublikowanych w czerwcu 2014 r., usługi zakładów wzajemnych *offshore* oferowane były w tym czasie przez 150 operatorów. Silnie kontrastuje to z liczbą zaledwie kilku legalnie działających w ostatnich latach w Polsce podmiotów – obecnie jest to pięciu operatorów posiadających zezwolenia na urządzanie zakładów wzajemnych w Internecie. W opinii Stowarzyszenia Pracodawców i Pracowników Firm Bukmacherskich taka sytuacja jest możliwa dlatego, że „operatorzy *offshore* są świadomi nieskuteczności ewentualnych działań administracji w zapobieganiu temu procederowi» (s. 90); „Zgodnie z danymi przekazanymi przez branżę, w 2014 r. całkowita wartość (mierzona obrotami) polskiego rynku zakładów wzajemnych i gier hazardowych organizowanych w Internecie wyniosła ok. 5,3 mld zł. Z tego ok. połowę stanowił rynek zakładów wzajemnych. W tym samym czasie udział operatorów posiadających zezwolenie Ministerstwa

Finansów w internetowym rynku zakładów wzajemnych i gier hazardowych wyniósł zaledwie około 9%" (s. 93); „W zakresie zakładów wzajemnych w Internecie wprowadzenie obowiązkowych zezwoleń MF nie wyeliminowało zjawiska oferowania przez podmioty zagraniczne, nieposiadające stosownych zezwoleń w Polsce, usług graczom z Polski. Co więcej, obecny stan prowadzi do erozji postaw społecznych i obywatelskich, gdyż gracze będący polskimi obywatelami aktywnie uczestniczą w procederze zakazanym przez polskie przepisy, a jednocześnie organy ścigania nie mają wystarczających narzędzi, aby temu procederowi skutecznie przeciwdziałać" (s. 94). Jak widać, łatwo dostępne informacje rażąco kontrastują ze stanowiskiem prezentowanym w odpowiedziach na pytania zawarte w ankietach.

Wskazane wyżej obserwacje niewątpliwie wymagałyby potwierdzenia i bardziej szczegółowych badań, jednak niepokojący jest fakt, że w odniesieniu do wielu regulacji prawnych trudności sprawia ustalenie precyzyjnych powodów, dla których zostały wprowadzone, a powodów tych nie można ustalić na drodze urzędowej poprzez kontakt z organami odpowiedzialnymi za ich stosowanie. W rezultacie w licznych przypadkach na podstawie samej treści ankiet trudno ocenić zasadność obowiązywania danych wymagań formalnych i powstaje obawa, że część z nich może być utrzymywana tylko dlatego, że zostały kiedyś wprowadzone bez aktualnej znajomości powodów, dla których to nastąpiło. Trudno też ocenić ich racjonalność z uwagi na brak wyraźnie przypisywanej im roli.

Być może powyższe ustalenie w jakimś zakresie jest przyczyną faktu, że w ankietach przedstawiono niemal wyłącznie obronę istniejących instytucji. Tylko w czterech przypadkach sugerowano zmiany mające charakter odformalizowania procedur[11], nie licząc dwóch sugestii obniżenia opłaty skarbowej z tytułu wydania zezwolenia. Obraz zatem, jaki wyłania się z odpowiedzi urzędników, jest zasadniczo oczywisty: obecny stan prawny jest optymalny i jakiekolwiek zmiany liberalizujące przepisy, prowadzące do likwidacji określonej formy reglamentacji lub ograniczenia wymogów, są nie tylko zbędne, ale mogą także okazać się szkodliwe z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa i obywateli. Z czego może wynikać pogląd tak konserwujący rzeczywistość prawną, skoro ma on niejednokrotnie – jak już wspomniano – bardzo wątłe uzasadnienie merytoryczne? Wyjaśnienia mogą być bardzo różne. Jedno z nich, najbardziej banalne, to przekonanie, że stan prawny jest tak dobry, że nie należy dokonywać zmian. Drugie wiąże się z *tyranią status quo*, a więc zjawiskiem związanym z działaniem każdej większej instytucji, w której dokonanie zmian, zwłaszcza optymalizacyjnych, jest bardzo trudne do przeprowadzenia, gdyż wymaga wysiłku i to wysiłku zbiorowego. Inna odpowiedź to natural-

Niepokojący jest fakt, że w odniesieniu do wielu regulacji prawnych trudności sprawia ustalenie precyzyjnych powodów, dla których zostały wprowadzone, a powodów tych nie można ustalić na drodze urzędowej poprzez kontakt z organami odpowiedzialnymi za ich stosowanie.

11 Najlepiej opracowana odpowiedź dotyczyła zezwolenia na prowadzenie warsztatu w zakresie instalacji, w tym aktywacji, napraw, lub sprawdzania pod względem zgodności z wymaganiami rozporządzenia Komisji Europejskiej 1350/2002 tachografów cyfrowych, w tym ich kalibracji.

na obawa o własne stanowisko pracy w przypadku dokonywanych zmian. Wreszcie wyjaśnieniem uwag konserwujących stan prawny jest obawa o reformowanie prawa przez kogoś „zewnętrznego", a więc mniej kompetentnego od osób zajmujących się daną formą reglamentacji. Może też być tak, że każde z tych wyjaśnień w mniejszym lub większym stopniu odpowiada prawdzie.

Mylne byłoby jednak stwierdzenie, że przeprowadzone badania ankietowe nie dały żadnego wartościowego materiału pozwalającego na formułowanie wniosków co do możliwych zmian w zakresie stosowanych obecnie form reglamentacji. Istotna część odpowiedzi stanowiła próbę rzetelnego zmierzenia się z postawionymi pytaniami. Również zestawienie i porównanie wymagań zawartych w przepisach dotyczących różnych form reglamentacji, ale zorientowanych na osiągnięcie podobnych celów, może być podstawą dla pewnych wniosków. Podobnie ocenić można dane faktograficzne dotyczące praktyki w zakresie stosowania przedmiotowych regulacji. Na tej podstawie można pokusić się o próbę sformułowania pewnych postulatów, które mogą wskazywać kierunek pożądanych zmian regulacji prawnych dotyczących form reglamentacji.

Sugerowane kierunki zmian dotyczących form reglamentacji

1. Wprawdzie wyniki ankiet nie dają w tym zakresie jednoznacznego rezultatu z uwagi na lakoniczność lub ogólność udzielanych odpowiedzi, jednak można uznać, że niektóre z prowadzonych aktualnie rejestrów obejmujących podmioty działające w określonym sektorze rynku objętym reglamentacją mają przede wszystkim, jeśli nie wyłącznie, funkcję informacyjną dla organów administracji właściwych w danej dziedzinie działalności gospodarczej. Dochodzi w ten sposób do multiplikowania rejestrów i powielania przez nie danych, które występują już w innych rejestrach[12]. Pociąga to za sobą zwielokrotnione nakładanie na przedsiębiorców różnego rodzaju obowiązków warunkujących funkcjonowanie takich rejestrów (zgłoszenia/wniosku o wpis, zmianę, wykreślenie w rejestrze), zbyteczne angażowanie pracowników administracji oraz bliżej nieznane koszty związane z funkcjonowaniem takich rejestrów. Wielość rejestrów nie sprzyja także ich funkcji informacyjnej (poza oczywiście realizowaniem tej funkcji dla organu administracji nadzorującego wskazany obszar działalności gospodarczej). Zaryzykować można również tezę, że ograniczają one w naturalny sposób zakres nadzoru realizowanego przez organy administracji tylko do podmiotów wpisanych w rejestrze, z pominięciem tych, które wbrew prawnemu obowiązkowi nie dokonały odpowiednich formalności i w tym rejestrze nie figurują. Jak się zdaje, rozważenia wymaga, czy istotnie funkcjonowanie wszystkich tych rejestrów na obecnych zasadach jest wskazane i czy wspomniana funkcja informacyjna nie może być realizowana przez inne istniejące rejestry, co prowadziłoby do ich multifunkcjonalności. Możliwe wydaje się również zastąpienie niektórych obecnych rejestrów o charakterze wyłącznie informacyjnym przez rejestry tworzone na bazie informatycznego przetworzenia i wykorzystania danych już znajdujących się w dyspozycji organów administracji i zgromadzonych w innych rejestrach. Prowadziłoby to do tworzenia rejestrów bez potrzeby bezpośredniego dostarczania do nich danych przez objętych nimi przedsiębiorców.

2. Z wyżej omówionym zagadnieniem wiąże się w pewnym stopniu cecha wielu regulacji dotyczących form reglamentacji polegająca na traktowaniu przedsiębiorców jako swego rodzaju pośrednika pomiędzy różnymi organami administracji. Wprowadzają one wymogi polegające na uzyskiwaniu przez przedsiębiorcę określonych dokumentów urzędowych od jednego organu w celu przedkładania ich innemu organowi. Chodzi w tym zakresie przykładowo o zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego. Trudno znaleźć współcześnie przekonujące uzasadnienie takiego rozwiązania, zwłaszcza w czasach promowania elektronicznego załatwiania spraw przez administrację publiczną. Z tego względu sugerujemy, aby uzyskiwanie przedmiotowych informacji następowało przez bezpośredni kontakt organu załatwiającego sprawę z urzędem posiadającym takie informacje, np. z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej. Rozwiązanie to nie tylko likwiduje zbyteczne obciążanie przedsiębiorców obowiązkami, ale także jest szybsze

12 Przykładem może być rejestr prowadzony na potrzeby podatku akcyzowego oraz równoległy rejestr działalności regulowanej polegającej na wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich.

i zapewnia dostęp do bardziej wiarygodnych i aktualnych informacji. Pewne zmiany tego rodzaju można zaobserwować już w polskim prawie[13], są one jednak wciąż niewystarczające. Całkowicie irracjonalne jest obligowanie przedsiębiorców do dostarczania organowi administracji informacji pochodzących z rejestrów, które bądź są dla organu administracji dostępne (np. Krajowy Rejestr Sądowy), bądź też stosunkowo prosto można uczynić je dla niego dostępnymi.

3. Uznać można, że wiele z przesłanek warunkujących przyznanie uprawnienia do prowadzenia działalności w obszarze objętym reglamentacją służyć ma ocenie wiarygodności danego podmiotu. Jeśli jednak taki jest cel wprowadzania wspomnianych wymagań do przepisów prawa, to powinny mieć one zasadniczo charakter jednorodny. Tymczasem pomiędzy regulacjami różnych ustaw występują w omawianym zakresie niekiedy bardzo poważne różnice, które na dodatek trudno wyjaśnić. Sugerować należy w związku z tym ujednolicenie przepisów prawa z omawianego zakresu przy jednoczesnej weryfikacji i rozważeniu zasadności każdej z przesłanek. Przykładowo wśród powtarzających się wymagań znaleźć można wymagania dotyczące określonego stanu zaległości podatkowych, jak również tytułu prawnego do nieruchomości, w której ma być prowadzona działalność gospodarcza.

4. Sugerujemy także rezygnację z ogólnie sformułowanych w przepisach wymogów spełniania przesłanek określonych bliżej w przepisach sanitarnych, technicznych czy też dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy. Spełnianie tych warunków kontrolują wyspecjalizowane straże i inspekcje, a nie organ reglamentujący. Nakładanie na organ reglamentujący obowiązku sprawdzenia wymogów, których spełnienie jest następnie przedmiotem kontroli innych organów, nie wydaje się racjonalne. Najczęściej zresztą prawidłowość działań przedsiębiorcy we wskazanym zakresie można zbadać w odpowiednim czasie od momentu rozpoczęcia prowadzenia działalności gospodarczej.

5. Sugerujemy odejście od określania warunków prowadzenia określonej działalności gospodarczej w gminnych aktach prawa miejscowego w przypadkach, w których działalność ta z reguły ma szerszy zakres i wykracza poza obszar jednej gminy. Wprawdzie możliwość wpływania na prawodawstwo może stanowić przejaw dobrze rozumianej decentralizacji, niemniej jednak w opisywanych przypadkach przekazanie kompetencji prawotwórczej gminom prowadzi do chaosu, jeżeli dla tego samego rodzaju działalności gospodarczej należy spełniać inne warunki w zależności od miejsca jej prowadzenia. Tak jest np. obecnie w odniesieniu do zezwolenia na prowadzenie spalarni zwłok zwierzęcych i ich części oraz zezwolenia na prowadzenie grzebowisk zwłok zwierzęcych i ich części. Ochrona mieszkańców przed szkodliwą działalnością gospodarczą mogłaby bowiem być w tych przypadkach dostatecznie chroniona kompetencjami organów wykonawczych gmin.

6. W przypadkach, w których państwo powierza funkcję administracji podmiotom prywatnym, wskazana jest szczególna kontrola. W takich zatem sytuacjach, naszym zdaniem, działalność powinna podlegać dalej idącej reglamentacji. Chodzi tu o działalność jednostek certyfikujących, które potwierdzają, że dane produkty spełniają określoną jakość (np. żywność ekologiczna). Na marginesie można zauważyć, że na tendencję preferowaną w Unii Europejskiej, polegającą na znoszeniu zezwoleń i ich zamianie na samoregulację rynku przez certyfikację[14], nakłada się tendencja do zwiększania kontroli przez państwo jednostek certyfikujących.

Konkluzje

Przeprowadzone rozważania prowadzą do wniosku, że radykalne zmiany w obszarze objętym obecnie reglamentacją wydają się zdecydowanie przedwczesne. Doktryna prawa nie dostarcza w tym zakresie żadnej prostej recepty. Z kolei rozstrzyganie w konkretnych przypadkach powinno być poprzedzone zrekonstruowaniem motywów, które stały za wprowadzeniem danej formy reglamentacji, oraz ich rzeczową weryfikacją. Weryfikacji wymaga również skuteczność przyjętych w przepisach wymagań związanych z daną

13 Dla przykładu w ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1727 z późn. zm.), z mocą od 30.05.2017 r. wprowadzono zmiany, które obligują Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego do uzyskiwania informacji o stanie zaległości przedsiębiorcy bezpośrednio od właściwych organów.

14 R. Stober, *Prawo…*, dz. cyt.

formą reglamentacji. Nie wydaje się to łatwe, z jednej strony bowiem nie wykształcił się zwyczaj szczegółowego uzasadniania takich regulacji na etapie procesu legislacyjnego, z drugiej natomiast – jak wynika z analizy przeprowadzonych badań ankietowych – osoby zatrudnione w organach administracji mają w wielu przypadkach problem z identyfikacją i wszechstronną oceną racji stojących za stosowanymi przez nie przepisami. Mimo to istnieje, jak się zdaje, sfera, która już na obecnym etapie może być przedmiotem modyfikacji, a dotyczące jej zmiany powinny pozytywnie wpłynąć na usprawnienie stosowania dotychczasowych form reglamentacji oraz odciążenie przedsiębiorców od zbytecznych obowiązków. Sfera ta związana jest przede wszystkim z przesłankami, których spełnienie jest warunkiem wykonywania reglamentowanej działalności. Dotychczas nie została ona uporządkowana ani też nie wykorzystano w niej możliwości, jakie daje informatyzacja administracji publicznej.

Radykalne zmiany w obszarze objętym obecnie reglamentacją wydają się zdecydowanie przedwczesne.

Bibliografia

Kocowski T., *Kontrola i nadzór (policyjny, reglamentacyjny, właścicielski)* (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski. A. Wróbel, *System prawa administracyjnego. Tom 8A,* Warszawa 2013.

Kosikowski C., *Potrzeba i koncepcja nowego prawa działalności gospodarczej*, „Państwo i Prawo" 2014, nr 7, s. 5–18.

Rogalska B., *Podatkowe rejestry podmiotowe w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2014.

Stober R., *Prawo administracyjne gospodarcze,* przeł. M. Szpor, A. Szafrański, Warszawa 2013.

Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne,* Warszawa 2005.

Szydło M., *Reglamentacja działalności gospodarczej* (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski. A. Wróbel, *System prawa administracyjnego. Tom 8A,* Warszawa 2013.

Bartosz Gorzula

Dowód naukowy w procesie karnym w świetle epistemologii informacyjnej

Bartosz Gorzula

Doktor nauk prawnych (UJ), mgr filozofii (UJ). Jego zainteresowania naukowe ogniskują się wokół filozofii prawa, ogólnej metodologii nauk i epistemologii. Prokurator Prokuratury Rejonowej.

✉ *bgorzula@gmail.com*

Scientific Proof in Criminal Procedure in the Light of Informational Epistemology

The paper discusses a problem created by underestimating scientific proofs within criminal procedure. For the purpose, the concept of so-called expected information content is used. The Daubert Standard is not an adequate criterion for a separation of scientific and pseudoscientific methods. Measurement of evidence value requires taking into consideration informational content and probability. Only taking into account both measures – in certain proportion – allows to avoid paradoxes generated by classical diagnostic indicators, naive Bayesianism and falsificationism.

Wprowadzenie

Oddzielenie nauki od pseudonauki w toku procesu karnego gwarantuje, że skazanie nie dokona się na podstawie natchnienia jasnowidza. Takie kryterium jest także konieczne, ponieważ istnieje klasa metod, które bywają niekiedy lokowane „na granicy pseudonaukowości”[1].

Problem „dowodu naukowego” sprowadza się do postulatu stosowania w postępowaniu dowodowym metod wartościowych poznawczo. Niestety w filozofii nie ma zgody w kwestii kryterium odróżnienia nauki od pseudonauki. Spór ten – toczony od czasów Arystotelesa – odżył na nowo w latach trzydziestych ubiegłego wieku. W tamtym okresie toczył się przede wszystkim na osi konfirmacjonizm – falsyfikacjonizm[2]. Nieco później, w odpowiedzi na relatywistyczne ujęcia Thomasa Kuhna i Imrego Lakatosa, pojawiły się koncepcje odwołujące się do szeroko rozumianej mocy wyjaśniającej[3]. Wreszcie 30 lat temu

1 Przegląd orzecznictwa polskiego i światowego w zakresie wartości naukowej poszczególnych ekspertyz sądowych zawiera praca: J. Wójcikiewicz, *Temida nad mikroskopem*, Toruń 2009.

2 K.R. Popper, *Logika odkrycia naukowego*, przeł. U. Niklas, Warszawa 2002.

3 L. Laudan, *Progress and Its Problems: Toward a Theory of Scientific Growth*,

Larry Laudan ogłosił śmierć problemu demarkacji nauki i pseudonauki. Wyraził przy tej okazji wątpliwość, czy filozofowie w ogóle są wystarczająco kompetentni, aby „przed pałacem nauki pełnić rolę odźwiernych”[4]. Pomimo tego liczba publikacji na ten temat nadal rośnie. Problem demarkacji ma bowiem swoje bardzo przyziemne, praktyczne konsekwencje.

Wyrazem tylko jednej z nich jest właśnie prawniczy spór wokół definicji dowodu naukowego. Niestety prawnicy pomijają dorobek filozofii nauki, uznając najwyraźniej ten problem za autonomiczny dla nauk prawnych, lub pozostawiają go biegłym poszczególnych dziedzin. W niniejszym artykule przyjęto założenie, iż jego rozstrzygnięcie jest całkowicie zrelatywizowane do przyjętych założeń filozoficznych. W konsekwencji dyskusja wokół pojęcia „dowód naukowy” – przynajmniej na początkowym, „przedaplikacyjnym” etapie – musi ogniskować się na zagadnieniach ściśle filozoficznych.

Celem artykułu jest przedstawienie innego spojrzenia na problem demarkacji. Punktem wyjścia będzie „epistemologia informacji” Jaakko Hintikki oraz wyniki związanej z nim fińskiej szkoły filozofii nauki[5]. Z tej perspektywy jedną z miar sukcesu poznawczego jest oczekiwana zawartość informacyjna[6].

W pierwszej części zostanie omówiony tzw. standard Dauberta, wyrażony w orzeczeniu Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych – *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*[7]. Druga część zawiera próbę eksplikacji zasadniczego kryterium naukowości (tzw. kryterium falsyfikowalności) zaproponowanego w sprawie *Daubert* przy użyciu metod czysto formalnych. Część trzecia omawia paradoksy, jakie rodzi stosowanie kryterium falsyfikowalności w procesie karnym. Standard Dauberta nie ogranicza się jednak do jednej miary wartości poznawczej. Naukowość metody – w świetle wspomnianego orzeczenia – jest wyrażona także poprzez określoną wartość diagnostyczną, która zawsze ma charakter probabilistyczny. W części czwartej zatem wskazano paradoksy kreowane przez wykorzystanie pojęcia prawdopodobieństwa (także w ujęciu Bayesowskim). Część piąta – zasadnicza – przedstawia próbę ominięcia wspomnianych paradoksów i sformułowania kryterium demarkacji dającego się zastosować w procesie karnym.

1. *Standard Dauberta i kryterium falsyfikowalności*

Z racji uchylenia się przez polski Sąd Najwyższy od sformułowania kryterium demarkacyjnego Józef Wójcikiewicz zaproponował, aby „posiłkować się przynajmniej niektórymi kryteriami wypracowanymi przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w głośnej sprawie *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* z 1993 r.”[8]

Wedle tego wyroku istnieją następujące kryteria naukowości dowodu: a) falsyfikacja, b) recenzja, c) publikacja, d) wartość diagnostyczna, e) standaryzacja, f) powszechna akceptacja[9].

Józef Wójcikiewicz opowiedział się za stosowaniem w Polsce kryteriów b)–e). Kryterium falsyfikacji, jego zdaniem, jest „dość niejednoznaczne (…) niewiele, o ile w ogóle może pomóc sędziemu przy ocenie danej ekspertyzy. Kryterium ostatnie (…) stwarza oczywiste problemy związane ze sposobami mierzenia owej »powszechności«”[10]. Stanisław Waltoś, odwołując się także do standardu Dauberta, pisze: „W procesie karnym jest zatem miejsce na nową metodę naukową, ale pod warunkiem głębokiego przekonania o jej niezawodności, iż prowadzi ona do subiektywnej pewności. Owa niezawodność powinna mieć dwie

London 1977; por. A. Grobler, *Metodologia nauk*, Kraków 2006, s. 133.

4 L. Laudan, *The demise of the demarcation problem* (w:) R.S. Cohan, L. Laudan (red.), *Physics, Philosophy, and Psychoanalysis*, Dordrecht 1982, s. 111–127; S. Fuller, *The demarcation of science: a problem whose demise has been greatly exaggerated*, „Pacific Philosophical Quarterly” 1985, vol. 66, s. 329–341.

5 J. Hintikka, *Information and Inference*, Dordrecht 1970.

6 Konsekwencje przyjęcia tego modelu w filozofii nauki zob. B. Gorzula, *Kilka uwag o problemie demarkacji ze stanowiska informacjonizmu*, „Zagadnienia Filozoficzne w Nauce” 2013, nr 52, s. 107–131. Niniejszy artykuł stanowi jedynie próbę zastosowania tego modelu do problemu dowodu naukowego.

7 *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals*, Inc. 509, U.S. 579, 113 S.Ct. 2786 (1993).

8 J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa – zagadnienia wybrane*, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 19–23.

9 Cyt. za: S. Haack, *Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science*, „American Journal of Public Health” 2005, suppl. 1, vol. 95, s. 66–73.

10 J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa…*, dz. cyt. s. 20.

formy: intrasubiektywną i intersubiektywną[11]. Standard Dauberta znalazł także akceptację Piotra Hofmańskiego i Stanisława Zabłockiego[12].

Spośród powyższych warunków charakter epistemologiczny mają jedynie wymienione jako a) i d). Możliwość zdefiniowania kryterium demarkacji na ich podstawie unieważnia pozostałe. Z tych też powodów w dalszej części eseju inne kryteria, w tym socjologiczne, zostaną pominięte.

Takie podejście wynika także z przyjęcia perspektywy naturalizmu metodologicznego. W myśl tej koncepcji istnieje możliwość unifikacji nauki i nie istnieją specyficzne, właściwe tylko humanistyce metody poznania. Nie ma zatem przeszkód w wykorzystaniu metod nauk przyrodniczych w naukach społecznych[13].

Odnosząc się do samej krytyki warunku a), należy zgodzić się z tezą J. Wójcikiewicza. Istotnie, falsyfikacja nie jest stosownym kryterium odróżnienia nauki od pseudonauki, ale bynajmniej nie ze względu na powołaną przez tego autora niejednoznaczność. Kryterium falsyfikacji można wyrazić ilościowo przy pomocy semantycznej teorii informacji.

2. Informacja jako miara falsyfikowalności

Z punktu widzenia fińskiej szkoły filozofii nauki informacja jest ściśle powiązana z eliminacją niepewności. Im więcej informacji posiadamy, tym więcej możliwości możemy zignorować. Informacja *(Inf)* jest zatem skorelowana z prawdopodobieństwem „czysto logicznym" (*PrL*), tj. takim, którego rozkład zależny jest całkowicie od struktury danego języka:

$$Inf(P) = 1 - PrL(P).$$

Struktura języka wyznacza nam opis „bazowej możliwości" która w językach rzędu 0 jest łatwo definiowalna. W języku zawierającym dwie zmienne zdaniowe: P i Q, będzie można przedstawić następujące opisy bazowych możliwości:

$$P \& Q;\ P \& \sim Q;\ \sim P \& Q;\ \sim P \& \sim Q.$$

Liczba tych bazowych opisów możliwych światów dla języka rzędu 0 będzie wynosiła 2^K, gdzie K = 2, ponieważ mamy tylko dwie zmienne zdaniowe. W logice zdaniowej każde zdanie można przedstawić jako alternatywę niektórych, wszystkich lub żadnego z konstytuentów. Im więcej możliwości dane zdanie wyklucza, tym bardziej jest informatywne, a im więcej dopuszcza możliwości, tym jest mniej informacyjne. Jest to zgodne z tradycyjnym ujęciem tautologii jako niedającej żadnej informacji. Przykładowo, zdanie P & ~P nie będzie posiadać swojego rozwinięcia, a zdanie P → (Q → P): (P & Q) v (~P & Q) v (~P & ~Q) v (~P & ~Q).

Powyższe rozwinięcia J. Hintikka nazywa dystrybutywną postacią normalną (*distributive normal form*). Określenie „dystrybutywna" podkreśla istotność rozkładu – dystrybucji – egzystencjalnego kwantyfikatora. Każde zdanie Z daje się przedstawić jako alternatywę konstytuentów (bazowych opisów możliwości W):

$$Z = W_1 \text{ v } W_2 \text{ v } W_N.$$

Indeks N oznacza długość dystrybutywnej postaci normalnej, który w rachunku zdań może być równy 2^K (dla tautologii).

Prawdopodobieństwo czysto logiczne *PrL* zdania P będzie natomiast wynosić:

$$PrL(P) = N/2^K,$$

gdzie N = długość dystrybutywnej postaci normalnej.

A zatem, tytułem przykładu, prawdopodobieństwo logiczne zdania wynosi $PrL(P \& Q) = 0{,}25$, natomiast jego zawartość informacyjna będzie równa $Inf(P \& Q) = 0{,}75$.

Próba zdefiniowania informacji w językach bogatszych, np. I rzędu, rodzi poważniejsze trudności. Mniej jasne staje się np. pojęcie opisu bazowej możliwości. Hintikka zaproponował następującą jego eksplikację[14]. Jeśli wyobrazimy sobie monadyczny język I rzędu (bez stałych indywiduowych), zawierający zmienne indy-

11 S. Waltoś, *Proces karny – zarys systemu*, wyd. 9, Warszawa 2007, s. 346.

12 P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006, s. 336.

13 Por. J. Stelmach, *Naturalistyczny i antynaturalistyczny model teorii prawa*, „Studia Prawnicze" 1985, z. 3–4, s. 87–103.

14 J. Hintikka, *On semantic information* (w:) J. Hintikka, P. Suppes (red.), *Information and inference*, Dordrecht 1970, s. 3–28.

widuowe (x, y, z), predykaty (P_1, P_2, …, P_n), spójniki logiczne (&, v, ~) oraz kwantyfikatory (∏, ∑), to opisy bazowych możliwości zostaną wygenerowane z listy wszystkich rodzajów indywiduów reprezentowanych przez listę predykatów i zmiennych:

$$(\pm)\, P_1(x) \,\&\, (\pm)\, P_2(x) \,\&\, \ldots \,\&\, (\pm)\, P_k(x).$$

Symbol „±" oznacza posiadanie (lub nie) przez indywiduum x własności P. Ich ilość zależy od liczby predykatów (k) i wynosi (z racji „wystąpienia negacji lub nie"):

$$2^k = K$$
$$Q_1(x), Q_2(x), \ldots Q_K(x).$$

Przykładowo, jeśli opisujemy świat za pomocą dwóch predykatów: „czarne" i „białe", to będą istnieć następujące możliwe rodzaje indywiduów[15]:

Q_1 = x jest czarne i białe	C(x) & B(x)
Q_2 = x jest czarne i nie-białe	C(x) & ~B(x)
Q_3 = x jest nie-czarne i białe	~C(x) & B(x)
Q_4 = x jest nie-czarne i nie-białe	~C(x) & ~B(x)

Z powyższej listy rodzajów indywiduów (atrybutywnych konstytuentów lub Q-predykatów) poprzez wskazanie, czy dany rodzaj istnieje, czy też nie, tworzone są następnie opisy możliwych stanów świata (konstytuenty) W:

$$W_x = \pm \sum x\, Q_1(x) \,\&\, \pm \sum x\, Q_2(x) \,\&\, \ldots \,\&\, \pm \sum x\, Q_K(x).$$

Ilość tych opisów możliwych światów wynosi 2^K.

Przykładowo, jeśli tak jak poprzednio mamy do dyspozycji cztery rodzaje indywiduów (Q-predykatów), to bazowych możliwości (możliwych stanów świata) będzie $2^4 = 16$. Ich opisy będą wyglądać następująco:

Opis możliwego stanu świata W_1:
$\sum x\, [C(x) \,\&\, B(x)] \,\&\, \sum x\, [C(x) \,\&\, \sim B(x)] \,\&\, \sum x\, [\sim C(x) \,\&\, B(x)] \,\&\, \sum x\, [\sim C(x) \,\&\, \sim B(x)]$.

Opis możliwego stanu świata W_2:
$\sim\sum x\, [C(x) \,\&\, B(x)] \,\&\, \sim\sum x\, [C(x) \,\&\, \sim B(x)] \,\&\, \sim\sum x\, [\sim C(x) \,\&\, B(x)] \,\&\, \sim\sum x\, [\sim C(x) \,\&\, \sim B(x)]$.

I tak dalej, aż opiszemy 16 możliwych stanów świata.

Sytuacja ta jest identyczna jak w przypadku rachunku zdań, gdzie każda niesprzeczna formuła daje się przetłumaczyć na alternatywę koniunkcji zawierających jedynie formułę atomową lub jej negację[16]. Wyrażenie to stanowi „dystrybutywną postać normalną". Im jest ona dłuższa, tym bardziej zdanie jest „czysto logicznie" prawdopodobne.

Mając tak zdefiniowaną zawartość informacyjną, łatwiej jest nam zrozumieć ideę falsyfikowalności, którą K.R. Popper przedstawił następująco: „nie wymagam, by jakiś system naukowy można było wybrać, raz na zawsze w sensie pozytywnym, wymagam natomiast, by miał on taką formę logiczną, aby testy empiryczne pozwalały na decyzję w sensie negatywnym: musi być możliwe obalenie empirycznego systemu naukowego przez doświadczenie. Zatem zdania »Jutro będzie tu padało lub nie będzie padało« nie uznamy za empiryczne po prostu dlatego, że nie można go obalić, natomiast uznamy za empiryczne zdanie »Jutro będzie tu padało«"[17].

Popper utożsamia zatem stopień falsyfikowalności z wysoką zawartością informacyjną. Jeśli mamy zatem dwa zdania atomowe:

D: Jutro będzie padał deszcz
S: Jutro będzie świeciło słońce
to istnieją cztery możliwe stany świata:

W_1	D & S	Jutro będzie padał deszcz i Jutro będzie świeciło słońce

15 J. Hintikka, *Logic, Language-Games and Information*, Oxford, s. 164–165.

16 Sytuacja jest bardziej skomplikowana, jeżeli dopuścimy używanie predykatów wieloargumentowych. W takiej sytuacji zawartość informacyjna będzie również zależna od ilości indywiduów we wzajemnych relacjach, czy też nieco inaczej: ilości powłok kwantyfikatorowych: $\sum x \sum y \sum z\, Q_1(x,y,z)$ & … $\sum x \sum y \sum z\, Q_K(x, y, z)$. Por. J. Hintikka, *Surface and depth information* (w:) J. Hintikka, P. Suppes (red.), *Information and inference*, Dordrecht 1970, s. 263–297. Zmienia się w szczególności sposób pomiaru informacji, punktem odniesienia są tautologie o określonej ilości powłok kwantyfikatorowych.

17 K.R. Popper, *Logika odkrycia naukowego*, przeł. U. Niklas, Warszawa 2002, s. 40.

W_2	~D & S	Jutro nie będzie padał deszcz i Jutro będzie świeciło słońce
W_3	D & ~S	Jutro będzie padał deszcz i Jutro nie będzie świeciło słońce
W_4	~D & ~S	Jutro nie będzie padał deszcz i Jutro nie będzie świeciło słońce

Zdanie Jutro będzie padał deszcz lub Jutro nie będzie padał deszcz będzie miało zatem *Inf* [(D & S) v (~D & S) v (D & ~S) v (~D & ~S)] = 0.

3. Paradoksy falsyfikacjonizmu

3.1. Paradoks przeciętnego jasnowidza

Koncepcja informacji semantycznej oddaje zatem intuicje K.R. Poppera. Powstaje jednak problem, czy sama zawartość informacyjna wystarczy do eliminacji pseudonaukowych teorii. Rozważmy następujący problem, który można określić jako „paradoks przeciętnego jasnowidza". W mieście X zaginął Abekowski. Istnieje podejrzenie, że został zabity przez swoją teściową Hortensję Kwiatkowską. Poproszony o pomoc Jan Jasnowidzący w wieszczym szale stwierdza:

J_1: „Abekowskiego zabił mężczyzna lub kobieta, zmarł ze starości lub gwałtownie, możliwe też, że żyje gdzieś, choć duchy nie chcą mi powiedzieć, gdzie".

Czy jasnowidz formułujący takie wróżby mógłby zostać powołany na biegłego? Posłużmy się raz jeszcze teorią informacji i załóżmy, że mamy tym razem trzy zdania atomowe:

P_1 = Abekowski został zabity; P_2 = Abekowski zmarł śmiercią naturalną; P_3 = Abekowski żyje;

to liczba możliwych stanów świata wynosi $2^3 = 8$:

$$W_1 = P_1 \,\&\, P_2 \,\&\, P_3$$
$$W_2 = \sim P_1 \,\&\, P_2 \,\&\, P_3$$
$$W_3 = P_1 \,\&\, \sim P_2 \,\&\, P_3$$
$$W_4 = P_1 \,\&\, P_2 \,\&\, \sim P_3$$
$$W_5 = P_1 \,\&\, \sim P_2 \,\&\, \sim P_3$$
$$W_6 = \sim P_1 \,\&\, P_2 \,\&\, \sim P_3$$
$$W_7 = \sim P_1 \,\&\, \sim P_2 \,\&\, P_3$$
$$W_8 = \sim P_1 \,\&\, \sim P_2 \,\&\, \sim P_3.$$

Zawartość informacyjna wróżby przeciętnego jasnowidza J_1 będzie wynosić analogicznie:

$$Inf(J_1) = 1 - PrL(J_1) = 0,$$

ponieważ jej dystrybutywna postać normalna będzie zawierać wszystkie bazowe możliwości:

$$J_1 = W_1 \text{ v } W_2 \text{ v } W_3 \text{ v } W_4 \text{ v } W_5 \text{ v } W_6 \text{v} W_7 \text{ v } W_8.$$

Przeciętny jasnowidz nie mógłby zatem zostać dopuszczony jako biegły na gruncie koncepcji K.R. Poppera.

3.2. Paradoks sprytnego jasnowidza

Wydawać by się mogło zatem, że miara falsyfikowalności eliminuje bezwartościowe poznawczo prognozy. Tak jednak nie jest. Rozważmy przykład sprytnego jasnowidza J_2, którego wróżby są falsyfikowalne, choć w niewielkim stopniu. Wykluczają np. możliwość, że Abekowski zmarł w sposób naturalny. Jasnowidz stwierdza tym razem:

J_2: „Abekowskiego zabił mężczyzna lub kobieta, zmarł gwałtownie, możliwe też, że żyje gdzieś, choć duchy nie chcą mi powiedzieć gdzie".

Wróżbę tę można łatwo wygenerować poprzez odrzucenie możliwości P_2, będzie ona miała zatem krótszą dystrybutywną postać normalną:

$$J_2 = W_3 \text{ v } W_5 \text{ v } W_7 \text{ v } W_8.$$

Zawartość informacyjna wróżby J_2 będzie wynosić:

$$Inf(J_2) = 1 - PrL(J_2) = ½.$$

Z punktu widzenia kryterium falsyfikacji sprytny jasnowidz J_2 powinien zostać dopuszczony do opiniowania. Jego wróżba nie jest pusta treściowo.

Uwzględnijmy jednak jej prawdopodobieństwo empiryczne *Pr*, przyjmując jego interpretację frekwencyjną (odróżniając od czysto logicznego *PrL* – zależnego od struktury języka). Te dwie miary – tj. prawdopodobieństwo rozumiane jako częstość i zawartość informacyjna – nie są ze sobą skorelowane. Możemy mieć do czynienia z czterema skrajnymi rozkładami wartości poznawczej:

1) wysoka zawartość informacyjna i niskie prawdopodobieństwo;

2) wysoka zawartość informacyjna i wysokie prawdopodobieństwo;
3) niska zawartość informacyjna i niskie prawdopodobieństwo;
4) niska zawartość informacyjna i wysokie prawdopodobieństwo.

Przykładem ilustrującym sytuację nr 1 może być jednoznaczna wróżba (np. „Abekowski został zabity") dla obszaru (lub innych zmiennych), na którym zabójstwa są niezwykle rzadkie. Przypadek nr 2 to jednoznaczna wróżba o zabójstwie dla obszaru, na którym niezwykle często do nich dochodzi. Przypadek nr 3 to przypadek niekonkretnej wróżby, która mimo wszystko się nie sprawdzi, np. „Abekowski został zabity lub żyje nadal", chociaż wiemy, że wyruszył on samotnie w góry. Przypadek nr 4 może być zilustrowany przykładem wróżby niekonkretnej, a przy tym wysoce prawdopodobnej, np. „Abekowski popełnił samobójstwo, żyje nadal lub zmarł śmiercią naturalną, ale na pewno nie został zabity".

Powróćmy zatem do sprytnego jasnowidza J_2.

Wie on, że Abekowski był młodym mężczyzną, który nie miał żadnych schorzeń. Zatem prawdopodobieństwo, że zmarł śmiercią naturalną, jest bardzo niskie, np. wynosi 1/100. Czy warto słuchać wróżb sprytnego jasnowidza? O ile jesteśmy zainteresowani długoterminowym zyskiem informacyjnym, który formalnie można wyrazić wzorem na oczekiwaną zawartość informacyjną:

$$Pr(J_2) \text{ x } Inf(J_2) - Pr(\sim J_2) \text{ x } Inf(\sim J_2) > 0$$

– to jego wróżba nam go nie da.

Rozważmy równanie:

$$1/100 \times 1/2 - 99/100 \times 1/2 = 1/200 - 99/200 = -98/200.$$

Co oznacza ujemny wynik oczekiwanej zawartości informacyjnej? Oznacza tylko tyle, że korzystając z wróżb sprytnego jasnowidza, w dłuższym terminie nie uzyskamy żadnego informacyjnego zysku. Wróżby te stają się zupełnie nieprzydatne.

Ten prosty argument pokazuje, że kryterium K.R. Poppera jest nieadekwatne i nie pozwala wyeliminować wspomnianej paradoksalnej sytuacji – ze sprytnym jasnowidzem.

3.3. Paradoks wysublimowanej ekspertyzy

Rozważmy trzeci typ paradoksu, który można określić mianem wysublimowanej ekspertyzy. Załóżmy, że istnieje typ ekspertyzy, dajmy na to „wysublimowana ekspertyza XYZ", która jest zdolna indywidualizować ludzi w sposób bezbłędny. Innymi słowy, dla każdego człowieka istnieje jeden i tylko jeden zestaw niepowtarzalnych cech. Z punktu widzenia falsyfikacjonizmu okazuje się, że taka „wysublimowana ekspertyza XYZ" może zostać z powodzeniem uznana za naukową.

Nie wystarczy zbadać zawartość informacyjną danej hipotezy, konieczne jest także uwzględnienie jej prawdopodobieństwa.

Najwyższą zawartość informacyjną mają bowiem zdania wykluczające jak najwięcej możliwości. Najprostszym zatem sposobem na zwiększenie wartości poznawczej byłoby postulowanie nowych bytów – bez troski o to, czy w ogóle istnieją. Jeśli zdanie P miałoby krótką dystrybutywną postać normalną (N byłoby niewielkie), natomiast K (czyli ogólna liczba możliwości) wynosiłoby np. 7 miliardów, to zawartość informacyjna byłaby niezwykle wysoka:

$$Inf(P) = 1 - (N / 2^K) = 1 - 1/7000000000.$$

Falsyfikacjonizm, lekceważąc prawdopodobieństwo, jest w stanie zaakceptować dowolną teorię, nieważne jak niewiarygodną, byleby postulowała istnienie nietypowych bytów i ukazywała ich nietypowe powiązania.

Podsumowując, nie wystarczy zbadać zawartość informacyjną danej hipotezy, konieczne jest także uwzględnienie jej prawdopodobieństwa. Gdyby zatem znaleźć jasnowidza, którego wróżby miałyby dodatnią oczekiwaną zawartość informacyjną, należałoby powoływać go na biegłego. Nie ma jednak podstaw, aby przypuszczać, że taki wróżbita istnieje.

Z tej perspektywy możemy też lepiej zrozumieć, co oznaczałby postulat falsyfikowalności dla rozmaitych dziedzin ekspertyzy sądowej. Przykładowo, dla osmologii badanie jej falsyfikowalności oznaczałoby konieczność wymienienia predykatów tej teorii, tj. zapachów i ich konfiguracji. Ilość predykatów zapachowych i ich konfiguracji pozwoliłaby dopiero na obliczenie zawartości informacyjnej tej teorii. Także wariografia mogłaby skorzystać z teorii informacji, badając zawartość informacyjną pytań biegłego. Istnieje bowiem różnica w informacji, jaką niosą presupozycje pytania „Czy widział pan, jak Jan Kowalski zabija swoją teściową Hortnesję Kwiatkowską?" i pytania „Czy widział pan, jak człowiek zabija człowieka?". Koncentracja na samym prawdopodobieństwie, jak to czynią psychologowie badający przydatność wariografu, bądź jego obliczanie w oparciu o ilość zestawów pytań, z konieczności rodzić będzie niewiarygodne wyniki[18]. Wariografer (czy poligrafer) może bowiem „trafiać" stosunkowo rzadko, choć potencjalne zyski informacyjne będą wysokie.

4. Paradoksy weryfikacjonizmu i wskaźniki diagnostyczne

Standard Dauberta zawiera także elementy innego podejścia do problemu demarkacji. Wartość diagnostyczna jako kryterium oddzielenia nauki od pseudonauki jest typowa dla weryfikacjonizmu. O ile falsyfikacjonizm preferuje twierdzenia o wysokiej zawartości informacyjnej, weryfikacjonizm uznaje prawdopodobieństwo (*Pr*) za miarę wartości poznawczej.

4.1. Klasyczne wskaźniki diagnostyczne

Cały „ciężar demarkacyjny" danej metody spoczywa zatem na jej wartości diagnostycznej. Jak wskazuje S. Waltoś: „Drugim istotnym warunkiem jest trafność nowej metody, czyli zdolność ustalenia tego, co należy ustalić. Chodzi tu o czułość metody i zdolność wyeliminowania błędów występujących przy zastosowaniu innych metod"[19]. Zdaniem J. Wójcikiewicza jednak: „Niestety nie da się określić precyzyjnie wartości diagnostycznej żadnej metody nauk sądowych, albowiem są różne metody jej obliczania i prowadzą one niejednokrotnie do różnych wyników"[20]. Proponuje on obliczać ten wskaźnik za pomocą przede wszystkim badań eksperymentalnych i testów *proficiency*. Sugeruje następujące miary:

IDENTYFIKACJA POZYTYWNA: odsetek prawidłowych identyfikacji, gdy podejrzany jest sprawcą / odsetek nieprawidłowych identyfikacji, gdy podejrzany nie jest sprawcą:

Prawidłowe identyfikacje/Nieprawidłowe identyfikacje

IDENTYFIKACJA NEGATYWNA: odsetek prawidłowych eliminacji, gdy podejrzany nie jest sprawcą / odsetek błędów, gdy podejrzany jest sprawcą:

Prawidłowe eliminacje / Nieprawiłowe eliminacje

Nieco dalej zaś autor pisze: „Wartość danej metody jest zatem tym większa, im większy jest ów iloraz. (…) zdarzają się jednak bezbłędne wyniki danych studiów. W tym wypadku wartość diagnostyczną lepiej byłoby mierzyć ilorazem odsetka wskazań prawidłowych oraz sumy wskazań prawidłowych i błędnych"[21].

Identyfikacje prawidłowe / Identyfikacje prawidłowe + Identyfikacje błędne

Składnik empiryczny w kryterium Dauberta nie jest poprawny. Sprawdzalność empiryczna wzięta samodzielnie nie może stanowić kryterium demarkacyjnego. Łatwo można wykazać, że proponowane wskaźniki nie radzą sobie z paradoksami jasnowidzów.

Ich podstawową wadą jest całkowite abstrahowanie od struktury logicznej danej teorii naukowej.

18 Ten ostatni sposób wyliczenia proponuje M. Kulicki, *Ekspertyza wariograficzna* (w:) J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa*…, dz. cyt., s. 274–275.

19 S. Waltoś, *Proces karny*…, dz. cyt., s. 346.

20 J. Wójcikiewicz, *Ekspertyza sądowa*…, dz. cyt., s. 21.

21 Tamże, s. 22.

Jeśli poprosimy o wróżbę przeciętnego jasnowidza, to jak zareagują wskaźniki po 100 takich wróżbach? Dwa pierwsze nie zareagują, ponieważ metoda jest bezbłędna, ostatni zaś zanotuje najwyższą wartość:

Identyfikacje prawidłowe / *Identyfikacje prawidłowe* + *Identyfikacje błędne* = $^{100}/_{100} = 1$.

Celowo podany jest przykład skrajny. Można jednak wyobrazić sobie prognozy bardzo bliskie jasnowidzeniu, zbudowane tak, aby raz na jakiś czas podawać błędne wyniki. Wtedy pozostałe wskaźniki także zareagowałyby pozytywnie na taką teorię. Na czym polega bowiem paradoksalność jasnowidzenia? Prognozy te są tautologiczne, ich zawartość informacyjna jest zerowa. A zatem można zbudować takie teorie „prawie jasnowidzące", które bardzo rzadko będą „się mylić", ich tautologiczność jednak nie będzie zauważalna gołym okiem.

Temu służy właśnie paradoks sprytnego jasnowidza. Jeśli wróżby sprytnego jasnowidza zostaną sprawdzone powiedzmy 100 razy, zaś rozkład będzie zbliżony do zaobserwowanego, to uzyska on dodatni wskaźnik:

Identyfikacje prawidłowe / *Identyfikacje Nieprawidłowe* = $^{99}/_{1} = 99$.

4.2. Paradoksy kryteriów Bayesowskich

„Teoremat Bayesa"[22] także nie może stanowić kryterium demarkacji nauki i pseudonauki. Operacjonalizacja Bayesowska, w jej klasycznym sformułowaniu, sprowadza się do ustalenia stopnia subiektywnego przekonania o konfirmacji danej hipotezy. Stopień konfirmacji nie może być jedynym kryterium naukowości, podobnie jak nie jest nim jedynie stopień falsyfikowalności (zawartości informacyjnej).

W największym uproszczeniu: naukowiec bayesianista ustala stopień przekonania co do pewnej hipotezy w oparciu o systematyczne stosowanie twierdzenia Bayesa, które wyznacza nowy stopień przekonania w świetle nowych świadectw.

Pierwszy problem, jaki musi rozwiązać „naiwny bayesianista", to określenie prawdopodobieństwa wyjściowego, które jest całkowicie arbitralne. Jest to szczególnie istotne przy szacowaniu zupełnie nowych metod poznawczych, dla których nie posiadamy żadnych świadectw. W przypadku teorii informacji rozkład początkowy wyznaczany był przez strukturę logiczną danej hipotezy. W naiwnym bayesianizmie nie mamy analogicznej metody. Problem ten jest jednak rozwiązywany poprzez odwołanie się do długotrwałego stosowania reguły warunkowania. Wielokrotne korekty, dokonywane w oparciu o nowe świadectwa, pozwalają ustalić ostatecznie poprawny rozkład prawdopodobieństwa. Długoterminowa perspektywa zaciera zatem różnice w oszacowaniu wyjściowym. Oczywisty zarzut, jaki można postawić takiemu rozwiązaniu, brzmi: kiedy osiągamy zadowalający poziom świadectw empirycznych? Czy gdybyśmy systematycznie stosowali regułę Bayesowskiego warunkowania do wróżbitów i astrologów, powiedzmy, przez 50 lat, czy byłaby to wiarygodna metoda wykrywania sprawców przestępstw? Czy mogliby być opłacani za wykonanie „ekspertyzy" na równi z genetykami, specjalistami od wypadków samochodowych, lekarzami? Konsekwentny bayesianista powinien odpowiedzieć „tak".

Prawdopodobieństwo samodzielnie – podobnie jak zawartość informacyjna – jest niewystarczającą miarą wartości poznawczej.

22 J. Woleński, *Ekspertyza biegłego w procesie z punktu widzenia metodologii nauk* (w:) J. Widacki (red.), *Materiały…*, dz. cyt., s. 46–58.

Istnieje jednak bardziej poważny problem w stosowaniu reguły warunkowania.

$$Pr(W|E) = (Pr(E|W) \times Pr(W)) / (Pr(E|W) \times Pr(W) + Pr(E|\sim W) \times Pr(\sim W))$$

W powyższym wzorze *Pr*(W|E) oznacza prawdopodobieństwo wiarygodności wróżbity W, o ile znamy świadectwo E – *Pr*(E|W) oznacza prawdopodobieństwo świadectwa E, o ile zakładamy wiarygodność wróżbity.

Załóżmy, że wzór ten zastosowany zostanie do zbadania wiarygodności „przeciętnego jasnowidza". Niech W = „Wróżbita W jest wiarygodny". Załóżmy, że początkowo nie ufamy wróżbicie, który stwierdza, że E = „Kowalski został zamordowany lub żyje, mógł też ulec wypadkowi lub popełnić samobójstwo" (bądź dowolne, inne niefalsyfikowalne zdanie) i szacujemy *Pr*(W) = 0,2.

Pr(E|W) = 1, ponieważ przeczuwamy, że jeśli wróżba jest prawdziwa, to się spełni.

Pr(E|~W) = 0,5, ponieważ jeśli nawet wróżbita jest niewiarygodny, to wróżba może się spełnić.

Wprowadzając powyższe liczby, uzyskujemy:

$$Pr(W|E) = 0,2/(0,2 + 0,5 \times 0,8) = 0,2 / 0,6 = 0,33.$$

Wiarygodność zwykłego wróżbity będzie zatem rosła, a tym bardziej – sprytnego wróżbity. Bayesianizm jest bowiem ślepy na strukturę logiczną wróżb, wobec czego nie jest w stanie oszacować wartości poznawczej.

Gdyby jednak prawdopodobieństwa wyjściowe były dostosowane do rozkładu apriorycznego bazowych możliwości „wróżbiarskiego języka", bayesianizm byłby naturalnym uzupełnieniem teorii informacji semantycznej. Samodzielnie jest jednak bezradny.

Podsumowując, weryfikacjonizm nie może wyznaczać kryterium demarkacji, lekceważy bowiem strukturę logiczną, faworyzując tautologie.

$$Pr\ [(D \& S) \vee (\sim D \& S) \vee (D \& \sim S) \vee (\sim D \& \sim S)] = 1$$

Powyższa „prognoza pogody" jest trywialna. Sprowadza się do stwierdzenia „będzie padało lub nie" i zostanie potwierdzona przez dowolne świadectwo. Im dłużej stosowalibyśmy zabieg Bayesowskiego warunkowania do instytutu meteorologicznego produkującego tego rodzaju prognozy, tym jego wiarygodność byłaby wyższa. Prawdopodobieństwo samodzielnie – podobnie jak zawartość informacyjna – jest niewystarczającą miarą wartości poznawczej.

5. *Reguła naukowości i jej konsekwencje dla filozofii procesu*

Wskaźniki diagnostyczne dotychczas opracowane generują poważne paradoksy. Nie nadają się jako kryteria demarkacyjne i dopuszczają irracjonalne sposoby szacowania metod badawczych. Dostrzega ten problem także J. Wójcikiewicz, pisząc o wartości diagnostycznej:

> **Dotychczas opracowane wskaźniki diagnostyczne generują poważne paradoksy.**

„[W]brew pozorom jest ona słabo zbadana; można zaryzykować twierdzenie, że w chwili obecnej nie można mówić o jakiejś jednej wartości diagnostycznej danej metody, tak bowiem różne są od strony metodologicznej badania w tym zakresie. Postulat podjęcia kompleksowych studiów w tej dziedzinie wydaje się zatem uzasadniony[23].

Wybór pomiędzy prawdopodobieństwem a zawartością informacyjną nie jest wyborem ostatecznym. Możemy mieć jedno i drugie. Zwrócił na to uwagę ponad pół wieku temu Yehoshua Bar-Hillel:

„*Prima facie*, it seems indeed as if high informative content is incompatible with high probability. (…) The situation seems to be, however, simply this: A' good' hypothesis is one that has high initial (or ab-

23 J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000, s. 83.

solute) informative content, hence a low initial confirmation, in Carnap's sense, but a high degree of confirmation, in Carnap's sense, relative to the total available evidence"[24].

istotne jest jednak następujące zastrzeżenie. Oczekiwana zawartość informacyjna – zdefiniowana jak wyżej – eliminować będzie te metody, które długoterminowo nie dają jakiegokolwiek zysku informacyjnego. Innymi słowy, wszelkie zyski informacyjne metod irracjonalnych będą zupełnie przypadkowe. Docieramy tutaj do fundamentalnego problemu teorii dowodowej w ogóle, który wyznacza granicę pomiędzy rozważaniami z zakresu epistemologii i teorii ryzyka społecznego. Oczekiwana zawartość informacyjna eliminować będzie te metody, które długoterminowo nie dają jakiegokolwiek zysku informacyjnego.

Oczekiwana zawartość informacyjna eliminować będzie te metody, które długoterminowo nie dają jakiegokolwiek zysku informacyjnego.

Semantyczna teoria informacji pozwala na uniknięcie omówionych paradoksów, eliminując irracjonalne środki dowodowe i zapewniając formalnie precyzyjne i intuicyjne kryterium naukowości dowodu. Takie kryterium stanowi przedstawiona wcześniej dodatnia oczekiwana zawartość informacyjna, którą możemy wyrazić jako „regułę naukowości"[25].

$$Pr(\mathrm{H}) \times Inf(\mathrm{H}) - Pr(\sim\mathrm{H}) \times Inf(\sim\mathrm{H}) > 0$$

Kryterium to może zostać z powodzeniem zaadaptowane na potrzeby ekspertyzy sądowej[26]. Niezwykle

Problem sprowadza się do pytania, czy dodatnia oczekiwana zawartość informacyjna jest wystarczająca, czy też powinniśmy wyznaczyć ten próg na wyższym poziomie, powiedzmy 0,8. To, „jak bardzo racjonalne" środki dowodowe będą wykorzystane w procesie, zależy od ryzyka, które chcemy ponieść, skazując człowieka niewinnego bądź wypuszczając na wolność mordercę. W sposób oczywisty nie mają one nic wspólnego z refleksją epistemologiczną, lecz wiążą się z ustaleniami normatywnymi.

Bibliografia

Bar-Hillel Y., *Comments on ‚Degree of Confirmation' by Professor K.R. Popper,* „The British Journal for the Philosophy of Science" 1955, vol. 6, nr 22, s. 155–157.

Fuller S., *The demarcation of science: a problem whose demise has been greatly exaggerated,* „Pacific Philosophical Quarterly" 1985, vol. 66, s. 329–341.

Gorzula B., *Kilka uwag o problemie demarkacji ze stanowiska informacjonizmu*, „Zagadnienia Filozoficzne w Nauce" 2013, nr LII, s. 107–131.

Grobler A., *Metodologia nauk,* Kraków 2006.

24 Y. Bar-Hillel, *Comments on 'Degree of Confirmation' by Professor K.R. Popper*, „The British Journal for the Philosophy of Science" 1955, vol. 6, nr 22, s. 155–157.

25 Kryterium to, rzecz jasna, nie może być wykorzystane w czystej filozofii. Nie rozstrzygnie wszystkich problemów związanych z kryterium demarkacji nauki i pseudonauki. „Ujemna oczekiwana zawartość informacyjna niewątpliwie obala »domniemanie niewinności« danej teorii. Nie przesądza jednak o jej dożywotnim skazaniu na miano pseudonaukowej. Taki werdykt może zmusić jej obrońców albo do »teoretycznej przebudowy«, albo sięgnięcia po nowe dane empiryczne. Jest to zatem kryterium negatywne. Dodatnia oczekiwana zawartość informacyjna z drugiej strony, może być efektem skonstruowania nowej, mocnej teorii, dla której brakuje jeszcze wystarczających badań empirycznych. Pośród teorii mających dodatnią zawartość informacyjną będzie istnieć całe spektrum teorii. Nie eliminuje to całkowicie elementów pragmatycznych przy ich wyborze" (B. Gorzula, *Kilka uwag…*, dz. cyt., s. 127).

26 Dokładne wyjaśnienie sposobu pomiaru informacji zob. J. Hintikka, *The Varieties of Information and Scientific Explanation* (w:) J. Hintikka (red.), *Inquiry as Inquiry: A Logic of Scientific Discovery*, Dordrecht 1999, s. 311–331.

Haack S., *Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science*, „American Journal of Public Health" 2005, suppl. 1, vol. 95, s. 66–73.

Hintikka J., *Information and Inference*, Dordrecht 1970.

Hintikka J., *Logic, Language-Games and Information*, Oxford 1973.

Hintikka J., *On semantic information* (w:) J. Hintikka, P. Suppes (red.), *Information and inference*, Dordrecht 1970, s. 3–28.

Hintikka J., *The Varieties of Information and Scientific Explanation* (w:) J. Hintikka (red.), *Inquiry as Inquiry: A Logic of Scientific Discovery*, Dordrecht 1999, s. 311–331.

Hofmański P., Zabłocki S., *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006.

Kulicki M., *Ekspertyza wariograficzna* (w:) J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa – zagadnienia wybrane*, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 274–275.

Laudan L., *Progress and Its Problems: Toward a Theory of Scientific Growth*, London 1977.

Laudan L., *The demise of the demarcation problem* (w:) R.S. Cohan, L. Laudan (red.), *Physics, Philosophy, and Psychoanalysis*, Dordrecht 1982, s. 111–127.

Popper K.R., *Logika odkrycia naukowego*, przeł. U. Niklas, Warszawa 2002.

Stelmach J., *Naturalistyczny i antynaturalistyczny model teorii prawa*, „Studia Prawnicze" 1985, z. 3–4, s. 87–103.

Waltoś S., *Proces karny – zarys systemu*, wyd. 9, Warszawa 2007.

Woleński J., *Ekspertyza biegłego w procesie z punktu widzenia metodologii nauk* (w:) J. Widacki (red.), *Materiały IV Sympozjum Kryminalistyki i Nauk Pokrewnych*, Katowice 1983, s. 46–58.

Wójcikiewicz J., *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000.

Wójcikiewicz J. (red.), *Ekspertyza sądowa – zagadnienia wybrane*, Warszawa 2007.

Wójcikiewicz J., *Temida nad mikroskopem*, Toruń 2009.

Orzecznictwo

Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509, U.S. 579, 113 S.Ct. 2786 (1993).

Michał Pełka

Ronald Dworkin o prawie do eutanazji

Michał Pełka

Doktor nauk prawnych, autor monografii „Konflikt uprawnień w teorii prawa Ronalda Dworkina" (Warszawa 2012). Zajmuje się współczesną filozofią prawa.

✉ *e-mp@wp.pl*

Ronald Dworkin on the Right to Euthanasia

The article tackles the problem of euthanasia from the perspective of the ideas developed by an American legal philosopher Ronald Dworkin. In the first part the essential elements of his conceptions are described. The most important is Dworkin's view on the nature of the dispute concerning euthanasia and the distinction between a derivative and a detached understanding of the value of human existence. This part also lays out a classification of categories of people in respect of whom euthanasia could be applied and a division is made between experiential and critical interests, which in turn provides a basis for establishing the criteria for assessing the correctness of decisions involving the taking of the life of ill patients. Considerations are also made with regard to the seminal concepts in Dworkin's system, such as autonomy, beneficence and dignity. The second part of the article presents a critique of arguments put forward by the author of "Life's Dominion". The main objection is directed against Dworkin's understanding of the doctrine of sanctity of life. Additionally, the article points out shortcomings in his theory, including his insufficient discussion on slippery slope arguments, the principle of double effect, the distinction between ordinary and extraordinary medical procedures, and avoidance of consideration regarding the idea of palliative care. The paper ends with remarks about the need for reviewing the problem of euthanasia not from an extreme, individualistic viewpoint, as Dworkin does, but from a more social perspective.

Zjawisko eutanazji, rozumianej jako pozbawienie życia chorej i cierpiącej lub też rannej podczas bitwy osoby, na jej żądanie i pod wpływem współczucia dla niej, towarzyszy ludzkości już zapewne od jej początków. Do obiegu intelektualnego i filozoficznego pojęcie eutanazji zostało wprowadzone w starożytnej Grecji, gdy poeta Kratinos posłużył się nim dla określenia „śmierci dobrej" lub „śmierci pięknej"[1]. Jednakże dopiero w XX

1 N. Aumonier, B. Beignier, Ph. Letellier, *Eutanazja*, przeł. E. Burska, Warszawa 2003, s. 37. Na trudności w zdefiniowaniu terminu „eutanazja" wskazuje Katarzyna Nazar-Gutowska w artykule *Pojęcie i rodzaje eutanazji* (w:) M. Mozgawa (red.), *Eutanazja*, Warszawa 2015, s. 13 i n. Według Amadeusza Pali definicja eutanazji powinna uwzględniać trzy komponenty: osobę sprawcy czynu,

wieku dużego znaczenia nabrała kwestia zakresu prawnej dopuszczalności zabójstwa z litości. Tocząca się nad tym zagadnieniem debata ogniskuje się zasadniczo wokół problemu prymatu doktryny „świętości jednostkowego życia" – wiązanej najczęściej ze stroną konserwatywną – nad koncepcją „jakości ludzkiego istnienia" – przypisywaną obozowi liberalnemu. Wysuwane na rzecz poszczególnych stanowisk argumenty jak dotąd nie zdołały przekonać strony przeciwnej. Nie wydaje się zatem, aby zakończenie trwającego sporu było szybkie i bliskie. Niemniej jednak niemożność osiągnięcia porozumienia nie oznacza, że co pewien czas nie są podejmowane nowe starania, których celem jest przeformułowanie toczącej się dyskusji, tak aby poprzez wysuwane dystynkcje pojęciowe i pomysły argumentacyjne uzyskać konkluzywne rozwiązanie. Jedną z takich prób całościowego, a przez to definitywnego rozstrzygnięcia trwającej kontrowersji jest teoria dotycząca prawa do eutanazji przedstawiona przez jednego z najwybitniejszych współczesnych filozofów prawa Ronalda Dworkina w książce *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*[2]. Celem niniejszego opracowania jest rekonstrukcja i krytyczna analiza stanowiska Ronalda Dworkina w sprawie sporu o eutanazję. Stawia sobie ono za zadanie omówienie zarówno mocnych stron, jak i słabości jego poglądów na tę kwestię. Aby móc w sposób pełny i kompetentny odnieść się do propozycji wysuniętych we wskazanej rozprawie, konieczne jest najpierw ich przedstawienie – i to będzie przedmiotem pierwszej części artykułu. Druga jego część zawiera uwagi krytyczne względem stanowiska tego filozofa społecznego. Pośrednim celem artykułu jest lepsze zrozumienie filozofii leżących u podłoża decyzji dotyczących eutanazji i wspomaganego samobójstwa i z tego też względu użyteczne może być bliższe przyjrzenie się argumentom wysuniętym przez autora *Life's Dominion*.

Jak zauważa autor *Life's Dominion*, twierdzenia dotyczące wartości ludzkiego życia mogą być formułowane albo w oparciu o względy – jak je nazywa – pochodne czy też wtórne (*derivative*), albo o względy oderwane czy też pierwotne (*detached*).

I. Ekspozycja stanowiska Ronalda Dworkina

Według Ronalda Dworkina trwająca debata wokół eutanazji znacznie zyskałaby na klarowności, gdyby

kwalifikację sposobu postępowania oraz wolę podmiotu poddanego zachowaniu; por. A. Pala, *Śmierć na miarę człowieka*, Kraków 2014, s. 118. John Finnis twierdzi natomiast, iż słowo *eutanazja* jest narzędziem retorycznym i pełni funkcję perswazyjną, przez co nie ma i nie może mieć szerzej przyjętego i filozoficznie akceptowanego znaczenia semantycznego; zob. tegoż, *Filozoficzny argument przeciwko eutanazji* (w:) W. Galewicz (red.), *Wokół śmierci i umierania*, Kraków 2009, s. 183. Inaczej na sprawę zapatruje się Tomasz Pietrzykowski, który utrzymuje, że rozróżnienie rodzajów eutanazji jest ważne i istotne, gdyż może przekładać się na odmienną ocenę zachowań podpadających pod to pojęcie – tenże, *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Katowice 2005, s. 191. Wydaje się, że jedynym bezspornym elementem definiowania eutanazji jest intencja spowodowania śmierci pacjenta – brak tej intencji przesądza o tym, iż nie można mówić o eutanazji. Tak A. Alichniewicz, *Eutanazja i lekarska pomoc w samobójstwie* (w:) J. Różyńska, W. Chańska (red.), *Bioetyka*, Warszawa 2013, s. 284.

2 R. Dworkin, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, 1993.

jej uczestnicy zdali sobie sprawę, iż faktycznie spierają się nie o to, czy osoby w śpiączce lub stanach trwale wegetatywnych bądź z demencją posiadają interesy i uprawnienia, lecz o właściwą interpretację wewnętrznej świętości ludzkiego życia. Jak zauważa autor *Life's Dominion*, twierdzenia dotyczące wartości ludzkiego życia mogą być formułowane albo w oparciu o względy – jak je nazywa – pochodne czy też wtórne (*derivative*), albo o względy oderwane czy też pierwotne (*detached*)[3]. Te pierwsze są wysuwane z uwagi na to, że określona jednostka jest osobą wyposażoną w interesy i uprawnienia – w tym przypadku podstawa uznania wartości jednostki jest *pochodna* względem przysługiwania jej interesów i uprawnień. Natomiast te drugie twierdzenia o wartości są formułowane z uwagi na wewnętrzną (samoistną) wartość ludzkiego życia, a więc w sposób *oderwany* od tego, czy osobie można przypisać interesy i uprawnienia. Zdaniem amerykańskiego filozofa prawa problem eutanazji winien być postrzegany w perspektywie *oderwanej* wartości ludzkiego życia, a więc jego samoistnej świętości, a nie w kategoriach *pochodnego* szacunku dla życia, czyli ze względu na interesy i uprawnienia poszczególnych osób. Istota świętości zasadza się na znaczeniu i wartości, jakie przypisujemy samemu określonemu procesowi lub zjawisku, a nie na skutkach, jakie mogą one przynieść[4].

Każde życie ludzkie jest święte, czyli inaczej nienaruszalne (*inviolable*), ponieważ może być postrzegane jako wynik kreatywnego procesu stanowiącego konsekwencję zamierzonych ludzkich wyborów lub też działania osobowego Absolutu bądź natury. Każde przedwczesne zakończenie życia jest stratą, która jest tym większa, im wyższy jest poziom wynikającej z natury lub ludzkiego działania inwestycji w to życie – zauważalne różnice pomiędzy liberałami i konserwatystami są pochodną różnic w ocenie tej ludzkiej lub naturalnej inwestycji[5]. W tym świetle rozstrzygnięcie, czy eutanazja narusza, czy też wzmacnia poszanowanie zasady świętości życia, będzie zależeć od stopnia straty, jaką spowoduje. A zatem w Dworkinowskim ujęciu świętość ludzkiego życia jest stopniowalna i nie jest wartością absolutną[6]. Tym samym, gdy Dworkin określa coś mianem „święty" lub „nienaruszalny", nie sposób wydobyć z takiej kwalifikacji zbyt wiele treści, gdyż opis ten nie pociąga za sobą uznania jakiejś minimalnej wartości. Życie osoby dotkniętej zaawansowaną chorobą Alzheimera jest święte, czyli bardzo ważne, ale potrzebne są dalsze doprecyzowania i ustalenie, czy na przykład jest ono bardziej czy mniej święte niż życie innej osoby lub innej postaci dobra, aby można było wywnioskować, jakie traktowanie i jaka uwaga są należne tej osobie.

Autor *Life's Dominion* proponuje rozważenie hipotetycznej sytuacji decyzji starszej, chorej kobiety, która popadła w demencję w wyniku choroby Alzheimera. Wcześniej, gdy była jeszcze kompetentna i racjonalna, wyraziła stanowcze pragnienie, aby być zabita, jeśli zapadnie na demencję. Jednak teraz, gdy została dotknięta demencją, kobieta wydaje się cieszyć życiem i mówi, że chce żyć dalej. Dworkin zadaje pytanie, którą z próśb powinniśmy spełnić: wcześniejszą, racjonalną prośbę czy też prośbę obecną, wyrażoną w stanie demencji. I sam odpowiada, że możemy żywić odrazę do społeczeństwa, które zabija osoby cieszące się życiem, nawet jeśli jest to egzystencja w demencji, i że możemy mieć dobre powody do traktowania tych osób tak, jak chcą obecnie, jednakże takie traktowanie raczej łamie, niż respektuje ich autonomię[7].

W modelu Dworkina zamierzone i czynne skrócenie życia osób znajdujących się w trwałym stanie wegetatywnym lub dotkniętych chorobą Alzheimera może być przejawem szacunku dla ich autonomii, gdyż

3 Tamże, s. 11.

4 Tamże, s. 78. W ten sposób wartościowe są, oprócz ludzkiego życia, także dzieła sztuki, zwłaszcza rzeźby i obrazy, jak również zagrożone gatunki zwierząt i środowisko naturalne.

5 Tamże, s. 213 i n.

6 Tamże, s. 80. Byłoby czymś niewłaściwym doprowadzenie do wyginięcia szczególnie rzadkiego egzotycznego ptaka, ale czymś znacznie gorszym zniszczenie gatunku tygrysa syberyjskiego.

7 Tamże, s. 229. Zasada autonomii jest bardzo często przywoływana przez stronę liberalną jako uzasadnienie dla dopuszczenia eutanazji. W toku rozwoju myśli polityczno-prawnej z autonomii jednostek wywiedziono uprawnienie do prywatności oraz uprawnienie do samookreślenia celów własnej egzystencji. Tak np. Ch.R. Boning, *Rational Euthanasia: Mortality, Morality and Assisted Suicide*, „University of Florida Journal of Law and Public Policy" 1996, vol. 8, s. 84.

są one obdarzone zarówno autonomią osoby w demencji, jak i autonomią osoby, która uległa demencji (czyli autonomią uprzednią, przed zachorowaniem). Jego zdaniem powinniśmy respektować autonomię tych osób poprzez wdrożenie ich życzeń wyrażonych w stanie, gdy jeszcze były kompetentne albo też poprzez przeprowadzenie swoistego testu i udzielenie odpowiedzi na pytanie, jaką decyzję by podjęły, gdyby były kompetentne.

Pozbawienie życia może być także w najlepszym interesie tych osób. Dworkin dokonuje bowiem rozróżnienia pomiędzy interesami doświadczeniowymi (*experiential interests*) oraz interesami krytycznymi (*critical interests*)[8]. Do tych pierwszych należą interesy związane z rzeczami, które dodają coś życiu dlatego, że lubimy je robić z uwagi na związaną z nimi przyjemność, jak np. oglądanie meczów piłki nożnej, gotowanie smacznych posiłków, słuchanie muzyki, czy też spacerowanie po lesie. Te drugie, krytyczne, jak np. posiadanie bliskich relacji z dziećmi, to interesy, które czynią życie lepszym i których powinniśmy chcieć bardziej niż tych, które po prostu zdarza nam się lubić.

Wyrażone w stanie pełnej kompetencji i przytomności życzenia osoby, która zapada następnie na chorobę Alzheimera, aby zostać zabitą, powinny być respektowane nawet wtedy, gdy w ocenie otoczenia i osób opiekujących się tą osobą wydaje się ona najszczęśliwsza na świecie. Autonomia, dobroczynność (*beneficence*) oraz godność w równym stopniu wspierają skrócenie życia. Autonomia z uwagi na życzenie wyrażone w stanie kompetentnym, dobroczynność ze względu na to, iż osoba w stanie demencji nie potrafi wchodzić w relacje i doświadczać zaangażowań, które dawałyby jej życiu wartość, a samo życie kontynuowane w nieakceptowany sposób stanowi dla niej krzywdę, a godność z tego powodu, że życie w upokarzających warunkach, w ogólnym rozrachunku, jest przeciwne jej interesom krytycznym, gdyż środki opieki, którym jest poddawana, szczególnie te poza jej wiedzą i świadomością, obrażają godność tej osoby.

Sposób, w jaki jednostka umiera, ma znaczenie dla „krytycznego sukcesu" jej życia, ponieważ każda część życia jest ważna, a śmierć jest symbolicznym wydarzeniem w opowieści czy też narracji, jaką życie stanowi. Bycie pozbawionym życia może być zarówno w interesie doświadczeniowym, np. aby zapobiec bólowi związanemu z chorobą, jak i w interesie krytycznym, gdy dalsze życie w stanie silnego cierpienia uczyniłoby, wedle jednostki, jej życie narracyjnym wrakiem[9]. Jednakże nie zawsze zaspokojenie tych dwóch rodzajów interesów musi iść w parze, stąd pojawia się konieczność ich rozróżnienia. Jeśli bowiem tylko interesy doświadczeniowe brane byłyby pod rozwagę, wówczas nie można wykluczyć, że inna decyzja zostałaby podjęta odnośnie śmierci danej osoby, niż gdyby uwzględnione zostały interesy krytyczne, a więc globalna ocena życia i jego znaczenia dla jednostki.

Zauważenie konieczności zmiany perspektywy postrzegania batalii o eutanazję ma, w nadziei Dworkina, pomóc znaleźć wspólną płaszczyznę pomiędzy stroną konserwatywną i liberalną w zakresie tego sporu: świętość ludzkiego życia jest ideą wyraźnie nacechowaną religijnie i duchowo i z tego też względu rozumienie jej wymogów winno być pozostawione indywidualnym moralnym wyborom poszczególnych jednostek, a nie urzędowo narzucane w drodze przymusu przez tę czy inną większość parlamentarną. Oznacza to przyznanie jednostkom silnego uprawnienia do eutanazji, czyli atutu w ich rękach zdolnego do przebijania zbiorowych (ogólnospołecznych) racji i interesów[10]. Autor *Life's Dominion* zdaje się zachęcać, abyśmy podjęli staranie odpowiedzi na pytanie, czy życie biologiczne istoty ludzkiej jest samoistnie, wewnętrznie wartościowe, czy też jego wartość i znaczenie wywodzą się z innych

8 Tamże, s. 201.

9 Tamże, s. 211. Należy jednak odnotować, iż jak trafnie wskazuje J.A. Robertson, kształt całego życia nie jest znany, dopóki nie zostaną przeżyte wszystkie jego doświadczenia. W ten sposób dramatyczny wypadek może być postrzegany nie jako całkowicie nowa narracja, lecz jako nowy rozdział w opowieści już rozpoczętej danej jednostki. Zob. J.A. Robertson, *Autonomy's Dominion: Dworkin on Abortion and Euthanasia*, „Law and Social Inquiry" 1994, vol. 19, nr 2, s. 478, przyp. 51.

10 Por. R. Dworkin, *Rights as Trumps* (w:) J. Waldron (red.), *Theories of Rights*, Oxford 1984, s. 153. Naturalnie strona konserwatywna będzie twierdzić, iż to „świętość życia" przebija wartość „autonomii". Por. M. Williams, *Euthanasia and the Ethics of Trees. Law and Ethics Through Aesthetics*, „The Australian Feminist Law Journal" 1998, vol. 10, s. 112.

czynników, jak samoświadomość, racjonalność lub zdolność do komunikowania własnych postrzeżeń[11].

Dworkin uważał, że żadna jednolita, zbiorowa decyzja nie może pasować do wszystkich przypadków i dlatego też państwo powinno w kwestii zakończenia życia pozostawić swobodę decyzji jednostkom lub też ich najbliższym, jeśli sama jednostka nie pozostawiła w tej sprawie odpowiedniej dyrektywy w postaci np. testamentu życia. Jeśli w indywidualnym interesie jednostki jest to, aby została zabita, to zasada świętości

Dworkin uważał, że żadna jednolita, zbiorowa decyzja nie może pasować do wszystkich przypadków i dlatego też państwo powinno w kwestii zakończenia życia pozostawić swobodę decyzji jednostkom lub też ich najbliższym, jeśli sama jednostka nie pozostawiła w tej sprawie odpowiedniej dyrektywy w postaci np. testamentu życia.

może wspierać tę decyzję. Uznanie, że wcześniejsze zakończenie życia jest zawsze przeciwne najlepszym interesom pacjenta lub też że jest gorsze niż przedłużanie życia bez względu na koszty, może być postrzegane jako naruszające zasadę świętości – zdefiniowaną poprzez odwołanie do krytycznych interesów danej jednostki. Zagadnienie, jakie stawia do rozwiązania eutanazja, to nie to, czy świętość życia powinna ustąpić względem innych wartości, takich jak humanitaryzm lub współczucie, lecz w jaki sposób świętość życia powinna być rozumiana i respektowana[12].

II. Krytyka koncepcji Ronalda Dworkina

Poważny zarzut, jaki można postawić systemowi Dworkina, to niezgodne z tradycją prawa naturalnego posłużenie się kategorią „świętości życia". W istocie, tradycyjne (prawnonaturalne) pojęcie świętości życia oraz Dworkinowska redefinicja tej zasady są radykalnie przeciwstawne względem siebie. Tradycyjne, wywodzące się z doktryny religii katolickiej ujęcie zasady świętości życia stwierdza, iż nigdy nie jest dopuszczalne zabicie niewinnej osoby, czy to poprzez podjęcie działania, czy też powstrzymanie się od działania (zaniechanie) z intencją zakończenia jej życia[13]. Warto dodać, że wynikająca z zasady świętości życia godność osoby znajduje zastosowanie do wszystkich jednostek ludzkich na mocy ich natury,

11 Tom Stacy zauważa, iż zagadnienia, jakie stawia problem eutanazji, są podobne do tych, jakie wywołuje kwestia aborcji. W obu przypadkach spór ogniskuje się wokół ustalenia. kto ma podejmować decyzję o zakończeniu życia: czy państwo, czy też jednostka. Można nawet powiedzieć, iż względy przemawiające za tym, aby to jednostce przyznać swobodę decydowania, są silniejsze w przypadku eutanazji niż aborcji: aborcja angażuje zarówno matkę jak i płód, natomiast eutanazja dotyczy zasadniczo losu tylko osoby domagającej się uśmiercenia. T. Stacy, *Euthanasia and the Supreme Court's Competing Conceptions of Religious Liberty*, „Issues in Law and Medicine" 1994, vol. 10, nr 1, s. 63.

12 R. Dworkin, *Life's Dominion*…, dz. cyt., s. 217.

13 B.W. Miller, *A Time to Kill. Ronald Dworkin and the Ethics of Euthanasia*, „Res Publica" 1996, vol. 2, nr 1, s. 33. Oznacza to, że w świetle doktryny prawa naturalnego odwołującej się do zasad rozumowania praktycznego, niedopuszczalny jest wybór lub intencja mające na celu doprowadzenie do zniszczenia któregoś z podstawowych dóbr, czy to samej działającej jednostki, czy też innej osoby.

a nie zdolności czy też przydatności w ramach utylitarystycznego rachunku strat i zysków[14]. Tymczasem w ujęciu Dworkina zasada świętości życia przekształca się w swe przeciwieństwo, gdyż pomimo powiązania z pojęciem nienaruszalności może w pewnych przypadkach rekomendować intencjonalne zabicie człowieka na podstawie oceny, że byłoby dla niego lepiej, gdyby nie żył. Takie postawienie sprawy pociąga za sobą uznanie, iż w tym modelu życie ludzkie nie jest dobrem podstawowym, lecz jedynie przygodnym i wręcz instrumentalnym, którego wartość jest uzależniona od zdolności do przeżywania świadomych doświadczeń, stanowiących zamierzoną inwestycję danej jednostki[15]. W dość arbitralny sposób zakłada się tutaj, że wartość ludzkiego życia nie może być nadana z zewnątrz, lecz musi być wygenerowana samodzielnie przez jednostkę, a to jest niemożliwe w przypadku pacjentów dotkniętych demencją.

Ważnym wkładem Dworkina w sporze o eutanazję jest zwrócenie uwagi na to, że sposób, w jaki jednostka umiera, jest ważną częścią jej życia. Aby jednak jego koncepcja mogła być uznana za bardziej adekwatną lub też mogła znaleźć szerszą aprobatę, winna być bardziej zniuansowana. Autor *Life's Dominion* pomija bowiem w swoich rozważaniach szereg czynników, które sprawiają, że jego analizy nie są dostatecznie szczegółowe. Jednym z takich czynników, który wymaga dopracowania, jest kwestia błędnej diagnozy. Nie można bowiem nie zauważyć, że stawiane przez lekarzy diagnozy niemal nigdy nie są pewne w stu procentach. Dotknięta chorobą osoba może zdecydować się, by umrzeć, gdyż zostało jej oznajmione, że i tak umrze, niezależnie od tego, co zrobi, bądź też że ból, którego doświadcza, nie może być zmniejszony lub że może być usunięty, ale tylko poprzez poddanie jej śpiączce, której obawia się bardziej niż bólu – a te wszystkie stwierdzenia mogą przecież okazać się nieprawdziwe.

Innym czynnikiem wymagającym uzupełnienia jest konieczność wzięcia pod uwagę niekompetencji osoby chorej. Może ona bowiem być na tyle oszołomiona diagnozą bliskiej śmierci, że nie będzie w stanie podjąć swobodnej i w pełni kompetentnej decyzji o poddaniu się eutanazji lub wspomaganemu samobójstwu. Mimo że w miejscach, w których zalegalizowano eutanazję i wspomagane samobójstwo, wprowadzono szereg zabezpieczeń proceduralnych mających zapewniać, aby decyzje osób terminalnie chorych były przedsiębrane w pełni władz umysłowych[16], to jednak błędu w tym zakresie wykluczyć w pełni nie sposób.

Z tym drugim czynnikiem wiąże się jeszcze trzeci, a mianowicie możliwość nieformalnego, ale silnego wpływania przez bliskich na chorych pacjentów, tak aby dla dobra interesów rodziny podejmowali decyzje o zakończeniu życia, a ci, niekiedy pod nawet subtelnym naciskiem i kierowani nieśmiałością, mogą się na to godzić.

Autor *Life's Dominion* jest świadom tych problemów, jednakże nie odpowiada na nie wprost, lecz posługuje się analogią z przypadkiem wolności słowa. Pisze bowiem, że zdarzają się sytuacje, gdy ludzie giną w rozruchach, do których dochodzi wskutek ostrych wypowiedzi politycznych. Nikt jednak rozsądny nie postulowałby, aby w takich przypadkach, w imię bezpieczeństwa, zakazać niepopularnych przemówień politycznych[17].

Odpowiedź ta nie jest jednak satysfakcjonująca, gdyż nie uwzględnia ważnego elementu, który blokuje trafność zaproponowanej analogii, a mianowicie adekwatnego związku przyczynowego, który nie zachodzi w przypadku wolności słowa i możliwości zabójstwa, które może w wyniku jej wykorzystania mieć miejsce, zachodzi natomiast pomiędzy podaniem śmiercionośnego leku a utratą życia przez chorą osobę.

Należy także wskazać, że naczelnym celem praktyki medycznej i zwykłym celem leczenia jest przywraca-

14 Trafnie wskazuje Weronika Chańska, że tradycyjna doktryna świętości życia traktuje życie jako święte niezależnie od stopnia bądź rodzaju cierpienia, upośledzenia, rozwoju choroby, zależności od innych osób, bez względu na bliskość śmierci, bycie ciężarem dla bliskich i otoczenia oraz życzenie chorej osoby, czy chce dalej żyć. W. Chańska, *Nieszczęsny dar życia. Filozofia i etyka jakości życia w medycynie współczesnej*, Wrocław 2009, s. 15.

15 J. Keown, *Book Review*, „The Law Quarterly Review" 1994, vol. 110, s. 674.

16 Por. np. omówienie regulacji wprowadzonej w Stanach Zjednoczonych w stanie Oregon przez Monikę Płatek w artykule *Eutanazja – Etikettenschwindel a prawo do dobrej* śmierci (w:) M. Mozgawa (red.), *Eutanazja*, Warszawa 2015, s. 50 i n.

17 R. Dworkin, *Euthanasia, Morality, and Law. Transcript*, „Loyola of Los Angeles Law Review" 1998, vol. 31, s. 1157 i n.

nie zdrowia pacjentom, a gdy nie jest to możliwe, łagodzenie cierpienia. Ten cel jest zwykle nieosiągalny dla pacjentów w stanie trwale wegetatywnym. Szacunek dla świętości życia nie wymaga jednak, aby życie ludzkie było przedłużane tak długo, jak to możliwe, za wszelką cenę. Procedury medyczne, które przedłużają umieranie i utrzymują pacjenta przy życiu, a jednocześnie stwarzają fizyczne i psychologiczne obciążenia niepozostające w rozsądnej proporcji do pożytków, jakie mogą przynieść, nie stanowią ani właściwego wypełnienia zasady świętości życia, ani też części dobrej praktyki medycznej. W takich przypadkach leczenie może być zaprzestane, jednak nie z powodu uznania, że życie pacjenta nie jest warte dalszego trwania, ale dlatego, że proponowane leczenie pociąga za sobą ciężary, takie jak ból, których nie chciałby on ponosić, albo też dlatego, że obiecane korzyści medyczne są mało prawdopodobne lub też nieproporcjonalnie małe, aby uzasadnić przedłużające się obciążenia. A zatem z całą stanowczością wystrzegać się należy zabiegu przyznawania uprawnienia wybranym jednostkom, nawet gdyby były lekarzami, do wyrażania opinii, że pewne życia nie są warte przeżycia.

Ważne jest zatem przestrzeganie rozróżnienia między wycofaniem sztucznego odżywiania i nawadniania z zamiarem zakończenia życia, a uczynieniem tego samego z intencją zakończenia daremnego leczenia[18]. Jest to zatem rozróżnienie pomiędzy sytuacją, gdy odmowa dalszego leczenia przez pacjenta stanowi pozwolenie, aby natura działała według swoich prawideł, a sytuacją samobójstwa, które polega na zamierzonym, intencjonalnym użyciu środka sztucznie prowadzącego do śmierci. Te dwa zachowania są odmiennie postrzegane z punktu widzenia oceny moralnej, chociaż z drugiej strony dystynkcja pomiędzy działaniem i zaniechaniem może być podatna na manipulacje: odmowa podania jedzenia może być przedstawiona jako „zaniechanie" odżywiania lub jako „aktywne" głodzenie; podobnie usunięcie sondy odżywiającej i nawadniającej może być „aktywnym" odłączeniem aparatury albo tylko „pasywnym" zaniechaniem dostarczenia zaawansowanej opieki medycznej. Oczywiście poza sporem jest dopuszczenie, że kompetentna osoba może odmówić leczenia medycznego, nawet jeśli takie działanie nieuchronnie doprowadzi do śmierci. Otwarcie drzwi do intencjonalnego aktu zabójstwa może prowadzić do trudnych moralnych i prawnych kwestii, a mianowicie pytań dotyczących oceny, które życia są warte absolutnej ochrony prawnej, a które życia nie są już więcej warte kontynuowania – a kwestie te zdają się nie pojawiać, gdy śmierć jest wyłącznie przewidywana[19].

Ważne i zastanawiające w teorii Dworkina są jeszcze inne elementy, których w niej nie ma. W tym względzie należy na wstępie zwrócić uwagę na niepełne wskazanie grupy osób, którym miałoby przysługiwać prawo do dobrej śmierci. W sposób wyraźny Dworkin wymienia trzy kategorie pacjentów, którzy są objęci jego teorią, a mianowicie (1) osoby świadome i kompetentne, znajdujące się w stanie terminalnym, (2) jednostki nieświadome w stałym stanie wegeta-

18 G.M. Sayers, *Non-Voluntary Passive Euthanasia: The Social Consequences of Euphemisms*, „European Journal of Health Law" 2007, vol. 14, s. 239; J. Śledzianowski, *Eutanazja – dobra śmierć czy zabójstwo człowieka*, Kielce 2010, s. 49.

19 Jak jednak podnosi H. Lardy, błędem jest uważanie, iż bierna eutanazja, czy też pozwolenie na śmierć, jest mniej problematyczna moralnie niż eutanazja aktywna, gdyż to rozróżnienie odnosi się wyłącznie do metody spowodowania śmierci, a nie oceny etycznej tego czynu. Co więcej, w pewnych przypadkach bierna eutanazja może być mniej akceptowalna niż jej aktywna forma: dzieje się tak na przykład wtedy, gdy osoba, względem której leczenie, odżywanie i nawadniane są wycofane, ma zdolność do odczuwania bólu i będzie bardzo cierpieć w toku procesu umierania. Zob. H. Lardy, *Euthanasia and Euphemism: Law Hospital NHS Trust v Lord Advocate*, „The Edinburgh Law Review" 1997, vol. 1, s. 229. Podobnie uważa Michael Tooley, wskazując, iż rozróżnienie między aktywną i pasywną eutanazją wcale nie jest tak niekontrowersyjne, jakby mogło się bezrefleksyjnie wydawać. Zob. M. Tooley, *In Defense of Voluntary Active Euthanasia and Assisted Suicide* (w:) A.I. Cohen, Ch.H. Wellman (red.), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, wyd. 2, Oxford 2014, s. 66 oraz J. Malczewski, *Eutanazja: gdy etyka zderza się z prawem*, Warszawa 2012, s. 86 i n. Jacek Hołówka uważa nawet, iż odpowiedź na pytanie, czy „zapewnienie prywatności" polegające na odłączeniu aparatury od pacjenta, tak jak zdarzyło się w przypadku Karen Ann Quinlan, jest działaniem, czy też powstrzymaniem się od działania, jest arbitralna i taki też charakter ma samo rozróżnienie. Zob. J. Hołówka, *Etyka w działaniu*, Warszawa 2001, s. 113.

tywnym[20], oraz (3) chorzy świadomi, ale niekompetentni[21]. Szkopuł jednak w tym, że przedstawione wyliczenie nie ma charakteru wyczerpującego. W szczególności nie jest jasne, w jaki sposób autor *Life's Dominion* ustosunkowałby się do pacjentów, którzy chorują, ale nie są w stanie terminalnym; są dotknięci schorzeniem psychicznym; nie są w ogóle chorzy, ale w zwykłym sensie zmęczeni życiem; jedyne, co im dolega, to starość; albo wreszcie chcą umrzeć, ponieważ zostali osadzeni w więzieniu.

Ważne jest przestrzeganie rozróżnienia między wycofaniem sztucznego odżywiania i nawadniania z zamiarem zakończenia życia, a uczynieniem tego samego z intencją zakończenia daremnego leczenia.

Głos Dworkina jest naturalnie najsilniejszy w odniesieniu do osób, które są kompetentne i świadome, gdyż im w sposób bezpośredni przyznaje uprawnienie do skutecznego wypełnienia żądania skrócenia ich życia. Jego zdaniem nie ma przeszkód, aby takie samo uprawnienie do ukształtowania sposobu własnego umierania przysługiwało również osobom, które utraciły swoją kompetencję. W takim podejściu brakuje jednak zwrócenia dostatecznej uwagi na to, iż dobrowolność, czyli termin, który pojawia się w definicji eutanazji, jest pojęciem stopniowalnym: pewne wybory wymagają wyższych standardów dobrowolności niż inne. Jeśli zachowanie jest bardziej ryzykowne lub powoduje większą szkodę, to wówczas zgodzimy się, że wymagany jest większy stopień dobrowolności; podobnie jest wtedy, gdy krzywda jest bardziej nienaprawialna i nieodwoływalna[22]. Eutanazja wymaga bardzo wysokiego stopnia dobrowolności, można rzec „pełnej dobrowolności". Naturalnie powstaje problem, w jaki sposób mierzyć tę pełną dobrowolność i kiedy żądanie pacjenta wynika z pełnego rozeznania stanu zdrowia. Ponadto nie jest jasne na poziomie ogólnym, czym jest wyrażona świadoma zgoda – trudno oprzeć się wrażeniu, że w stanie choroby prawie niemożliwe jest zapewnienie odpowiedniego poziomu wolności i racjonalności związanych z decyzją o śmierci[23].

20 Odnosząc się do tej kategorii osób, nie sposób nie wskazać na ważne badania, na jakie powołuje się Wojciech Załuski. Otóż odnotowuje on, iż niemal połowa osób, u których stwierdzono trwały stan wegetatywny, w rzeczywistości zachowuje pewien stopień minimalnej świadomości i dzięki temu możliwa jest, wprawdzie ograniczona, ale jednak określona forma komunikacji z nimi; w szczególności osoby te mogą odpowiadać na pytania rozstrzygnięcia, czyli wymagające potwierdzenia lub zaprzeczenia. Doniosłość praktyczna przytoczonych badań jest trudna do przecenienia dla obu stron sporu o eutanazję. Okazuje się bowiem, iż przywoływane do tej pory przesłanki eutanazji niedobrowolnej, a więc przede wszystkim brak świadomości, niemożność jej odzyskania i zablokowanie kontaktu z osobą w stanie wegetatywnym, nie są spełnione w dużej liczbie przypadków, w których sądzono dotychczas, iż mają miejsce. Zob. W. Załuski, *Eutanazja* (w:) J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 203.

21 R. Dworkin, *Life's Dominion*…, dz. cyt., s. 183 i n.

22 A. Szerletics, *Paternalism and Euthanasia. The Case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights*, „Diritto e questioni pubbliche" 2010, nr 10, s. 485. Dla zilustrowania tej kwestii autor ten posługuje się plastycznym przykładem: tak jak nie mamy moralnego obowiązku ostrzegania drugiej osoby, gdy widzimy, jak będzie wrzucała sól do filiżanki kawy, chociaż ostrzeżenie byłoby czymś uprzejmym, tak mamy moralny obowiązek powstrzymania osoby mającej zamiar wrzucić truciznę do napoju – mamy obowiązek tę osobę powstrzymać albo też zweryfikować, czy postępuje w dostatecznym stopniu dobrowolnie.

23 M. Bagaric, *Euthanasia: Patient Autonomy versus the Public Good*, „University of Tasmania Law Review" 1999, vol. 18, nr 1, s. 186.

Interesujące jest, że autor *Life's Dominion*, będąc zwolennikiem eutanazji w szerokim zakresie, nie obala, a nawet nie dyskutuje w dostatecznym stopniu problemu równi pochyłej, który jest bardzo często przywoływany przy okazji dyskusji tego zagadnienia. Argument równi pochyłej jest poglądem, zgodnie z którym w sytuacji gdy aktywna dobrowolna eutanazja byłaby dozwolona, następnym nieuniknionym krokiem będzie dopuszczenie do eutanazji niedobrowolnej lub nawet przymusowej, bądź też innych niemoralnych zachowań. Gdy dopuścimy do *pomocy* pacjentom w umieraniu, to będą oni następnie skrycie *zachęcani* do śmierci, a jeszcze w dalszym ciągu jawnie *przymuszani* do śmierci.

Istnieją dwie postacie argumentu z równi pochyłej. Postać pojęciowa lub logiczna jest indukcyjna w metodzie i utrzymuje, że ruch od dobrowolnej do niedobrowolnej eutanazji jest nieunikniony, jeśli ta pierwsza zostanie zalegalizowana: skoro eutanazja byłaby dopuszczalna dla pacjentów w pełni kompetentnych, to stanie się konieczne, aby uczynić „dobrą śmierć" dostępną także dla tych, którzy są nieświadomi i niekompetentni. Zabicie niekompetentnego pacjenta w jego najlepszym interesie będzie niepowstrzymanym rozszerzeniem legitymizacji żądania eutanazji przysługującego pacjentom w pełni świadomym[24]. Identyczna motywacja dla eutanazji dobrowolnej i niedobrowolnej opiera się na przyjmowanym przez lekarzy założeniu, że pewne życia nie są warte przeżywania.

Druga wersja argumentu z równi pochyłej, empiryczna, odwołuje się do doświadczeń krajów, w których „dobra śmierć" jest praktykowana, jak Holandia czy Belgia, dla wykazania, że lekarze dopuszczali się eutanazji z naruszeniem norm prawa karnego. Ta wersja utrzymuje, że niekaranie przypadków eutanazji nielegalnej bądź też łagodność sądowych sankcji przyczyniają się do rozwinięcia się niebezpiecznej spirali obniżania standardów, której towarzyszy poszerzenie władzy nad ludzkim życiem i śmiercią przyznawanej lekarzom, poprzez dekryminalizację eutanazji. Empiryczny wariant przywołuje też przykład z aborcją: pierwotne uchylenie karalności z powodów terapeutycznych pociągnęło za sobą szerokie przyzwolenie na aborcję z uwagi na racje społeczne. Aby argument z równi pochyłej w tej wersji mógł być przekonujący, konieczne jest wystąpienie dwóch elementów: musi istnieć powiązanie pomiędzy, co do zasady, neutralnym działaniem A, a niepożądanym skutkiem B; oraz musi istnieć co najmniej możliwość przesunięcia się od zachowania A do rezultatu B[25].

Wydaje się, iż zarówno logiczna, jak i empiryczna wersja argumentu z równi pochyłej wspierają stanowisko opowiadające się przeciwko legalizacji eutanazji. Trudno odmówić słuszności rozumowaniu odwołującemu się do potrzeby dążenia do osiągania spójności w ramach wyznawanej doktryny czy zespołu poglądów, a na to wskazuje pierwsza postać tego argumentu. Przyjmuje ona również, że z uwagi na niewielkie – niemające znaczenia moralnego – różnice pomiędzy poszczególnymi ogniwami łańcucha prowadzącego od zachowania A do skutku B, nie sposób wyznaczyć niearbitralnej granicy, dającej się w sposób wyraźny i jednoznaczny przeprowadzić[26]. Jak dodaje Bernard

24 Por. D. Enoch, *Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You're on a Very Slippery Slope*, „Oxford Journal of Legal Studies" 2001, vol. 21, nr 4, s. 630. Zob także S.W. Smith, *Fallacies of the Logical Slippery Slope in the Debate on Physician-Assisted Suicide and Euthanasia*, „Medical Law Review" 2005, vol. 13, s. 224.

25 S.W. Smith, *Evidence for the Practical Slippery Slope in the Debate on Physician-Assisted Suicide and Euthanasia*, „Medical Law Review" 2005, vol. 13, s. 19. Warto nadmienić, iż autor ten podaje, że lekarze, którzy mają do czynienia bezpośrednio z osobami terminalnie chorymi, a więc onkolodzy, w znacznie mniejszym stopniu są skłonni popierać eutanazję i wspomagane samobójstwo niż inni specjaliści, np. pediatrzy czy ginekolodzy – zob. tamże, s. 30. Por. też P. Lewis, *The Empirical Slippery Slope from Voluntary to Non-Voluntary Euthanasia*, „Journal of Law, Medicine and Ethics" 2007, vol. 35, nr 1. Od argumentu z równi pochyłej należy odróżnić problem *ubocznych skutków* określonej praktyki, na co trafnie zwraca uwagę Wibren van der Burg w artykule *The Slippery Slope Argument*, „Ethics" 1991, vol. 102, nr 1, s. 60. W literaturze można spotkać pogląd, że przydatność argumentu z równi pochyłej sprowadza się jedynie do funkcji chwytu erystycznego. Tak uważa Bartosz Brożek – zob. tegoż, *Argument z równi pochyłej* (w:) J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 80 i n.

26 E. Lode, *Slippery Slope Arguments and Legal Reasoning*, „California Law Review" 1990, vol. 87, s. 1488.

Williams, nawet gdyby rozróżnienie pomiędzy A i B dało się obronić za pomocą rozsądnego i rzetelnego argumentu, to i tak nie byłoby ono efektywne[27]. A to oznacza, że powinniśmy powstrzymać się od dopuszczenia do zaistnienia zachowania opisanego ma początku równi pochyłej w postaci zdarzenia A.

Zarówno logiczna jak i empiryczna wersja argumentu równi pochyłej wspierają stanowisko opowiadające się przeciwko legalizacji eutanazji.

Należy także nadmienić, iż empiryczna równia pochyła ma jeszcze większą siłę przekonywania. Pojęciowa równia pochyła stanowi odwołanie do czynników abstrakcyjnych i niematerialnych, takich jak skutki zaakceptowania jakiegoś poglądu, jako pierwszego ogniwa w szeregu logicznych konsekwencji, które mają doprowadzić do niedających się zaakceptować innych poglądów, twierdzeń i stanowisk. Tymczasem empiryczna wersja tego argumentu opisuje ciąg faktycznych zdarzeń i stanowi ostrzeżenie przed rzeczywistymi konsekwencjami działania, zaniechania lub przyzwolenia na określoną niepożądaną sytuację. I choć trzeba przyznać, że rozumowanie przywołujące równię empiryczną nie jest stanowczo pewne, a jego słabość jest tym większa, im łańcuch łączący początek A oraz rezultat B jest dłuższy, to jednak brak logicznej konieczności odmiennego potraktowania przypadków sąsiadujących ze sobą, ale różniących się w sposób moralnie i prawnie relewantny, nie daje gwarancji, że różnice te zostaną w praktyce zauważone i przypadki te zostaną potraktowane odmiennie. Badania psychologiczne pokazują, że jednostki ludzkie w dużej mierze działają na zasadzie nawyku, to znaczy podejmując pewną decyzję trwają przy niej, nie bacząc na zmieniające się okoliczności i skutki, do jakich miałoby to doprowadzić[28]. Jak podkreśla Robert B. Cialdini, gdy człowiek dokonuje jakiegoś wyboru lub opowiada się za jakimś stanowiskiem, uruchamia się w jego psychice i w otoczeniu zewnętrznym silny napór na zachowanie konsekwentne i trwanie w podjętym zaangażowaniu[29].

Zupełnie nieobecna w rozważaniach Dworkina jest idea opieki paliatywnej, która stoi w opozycji do podejścia właściwego mentalności wyznającej zasadę, iż należy oszczędzać koszty opieki medycznej i w związku z tym lepiej jest podać śmiercionośny zastrzyk niż opiekować się pacjentem w trakcie procesu umierania[30]. W tym kontekście należy mieć na uwadze przestrogę sformułowaną przez Johna Finnisa, aby nie mieszać stanu bycia w sytuacji lub warunkach niegodnych osoby ludzkiej (*being in an undignified situation or condition*) ze stanem bycia pozbawionym ludzkiej godności (*lacking human dignity*)[31]. Wspomnieć również warto o tym, iż w uchwalonej w 1995 r. ustawie o uprawnieniach osób terminalnie chorych dla Północnego Terytorium Australii znalazł się zapis, że wspomagane samobójstwo nie mogło mieć miejsca, jeśli istniała realna dla pacjenta opcja dostępnej opieki paliatywnej mogącej złagodzić jego ból i cierpienie w stopniu dla niego akceptowalnym[32].

27 B. Williams, *Kiedy stajemy na równi pochyłej?*, przeł. M. Szczubiałka (w:) B.Williams, *Ile wolności powinna mieć wola?*, przeł. T. Baszniak, T. Duliński, M. Szczubiaka, Warszawa 1999, s. 131.

28 K.A. Wieczorek, *Logiczne i empiryczne równie pochyłe*, „Folis Philosophica" 2012, vol. 30, s. 257.

29 R.B. Cialdini, *Wywieranie wpływu na ludzi. Teoria i praktyka*, przeł. B. Wojciszke, Gdańsk 2001, s. 65.

30 W kwestii definicji opieki paliatywnej zob. W. Chańska, Z. Żylicz, *Etyczne aspekty opieki paliatywnej* (w:) J. Różyńska, W. Chańska (red.), *Bioetyka*, Warszawa 2013, s. 267 i n.

31 J. Finnis, *Euthanasia, Morality, and Law,* „Loyola of Los Angeles Law Review" 1998, vol. 31, s. 1143.

32 S. Chesterman, *Last Rights: Euthanasia, The Sanctity of Life, and The Law in the Netherlands and the Northern Territory of*

Dyskusja idei opieki paliatywnej wydaje się istotna w tym choćby wymiarze, w którym jest związana z wysuwanym przez zwolenników legalizacji eutanazji argumentem ze współczucia, który stwierdza, iż eutanazja jest właściwym wyborem, gdyż jej zakaz i zmuszanie racjonalnych, terminalnie chorych jednostek do przerażającej i bolesnej śmierci stanowi obrazę ich ludzkiej godności. Obrona tego argumentu wydaje się jednak utrudniona, zważywszy na to, że dzięki opiece paliatywnej udaje się w przeważającej mierze usunąć lub znacznie zmniejszyć ból związany z terminalnym stanem choroby[33].

Z zagadnieniem opieki paliatywnej związana jest kwestia doktryny podwójnego skutku. Podczas gdy prawo zazwyczaj zakazuje z oczywistych względów bezpośredniego pozbawienia życia innej osoby, nawet w przypadkach terminalnego schorzenia, to jednak lekarze mogą używać leków do kontrolowania bólu z przewidywalną konsekwencją, że może to doprowadzić do wcześniejszej śmierci. Zasada podwójnego skutku jest oparta na idei, że ludzkie działania mogą mieć dwa lub więcej skutków: jeden zamierzony, a drugi przewidywany, ale niezamierzony. Aby zasada ta zadziałała w sposób usprawiedliwiony, muszą być spełnione pewne warunki: (1) działanie wyjściowe nie może być samoistnie złe, (2) podejmujący działanie zamierza osiągnąć dobry skutek, (3) niepożądany efekt nie jest środkiem do osiągnięcia skutku dobrego oraz (4) skutek pożądany musi być proporcjonalny do skutku złego, to znaczy musi go przewyższać[34]. Z tą doktryną związany jest jednak problem, gdyż jeśli stosowanie leków uśmierzających ból może wiązać się z pośrednim skutkiem w postaci skrócenia życia, to tym samym różnica pomiędzy opieką paliatywną a pomocą w umieraniu może być czasem trudna do wskazania[35].

Zadziwiającym brakiem w teorii Ronalda Dworkina jest pominięcie w niej rozróżnienia na zwyczajne i nadzwyczajne procedury medyczne. Ta ważna dla bioetyki dystynkcja weszła do obiegu intelektualnego za sprawą papieża Piusa XII, który w 1957 r. poddał pod dyskusję przypadki beznadziejnie chorych pacjentów będących w głębokiej nieprzytomności[36]. Papież ten, na ówczesnym stanie technologii medycznej, uznał respirator za nadzwyczajny środek podtrzymywania życia i stwierdził, że nie ma moralnego obowiązku używania go. W takiej sytuacji odłączenie respiratora nie mogło być postrzegane jako dokonanie eutanazji. Z oczywistych względów zaniechanie stosowania środków *zwyczajnych* jest równoznaczne, w tym ujęciu, z eutanazją[37].

Wydaje się, że autor *Life's Dominion* powinien poddać pod dyskusję wskazane rozróżnienie, gdyż świadczy ono o słabości stanowiska strony konserwatywnej. A jest tak z tego powodu, iż bardzo trudno jest przeprowadzić linię rozgraniczającą środki zwyczajne od nadzwyczajnych. Jeszcze w latach czterdziestych ubiegłego wieku penicylina była uważana za lek nadzwyczajny: była droga, trudno dostępna i używana tylko do infekcji zagrażających życiu. Obecnie natomiast penicylina jest raczej lekiem powszechnym, gdyż wiele

Australia, „International and Comparative Law Quarterly" 1998, vol. 47, s. 386.

33 M. Bagaric, *Euthanasia: Patient Autonomy…*, dz. cyt., s. 147, przyp. 6.

34 M.P. Battin, *Ending Life: Ethics and the Way We Die*, Oxford 2005, s. 23.

35 R.S. Magnusson, *„Underground Euthanasia" and the Harm Minimization Debate*, „Journal of Law, Medicine and Ethics" 2004, vol. 32, nr 3, s. 489.

36 Jak interesująco zauważa Anthony O. Nwafor, papież Pius XII zaadaptował w tym względzie na użytek praktyki medycznej oraz doktryny katolickiej rozróżnienie zaproponowane przez Gerarda Kelly'ego w artykule *The Duty to Preserve Life* opublikowanym w czasopiśmie „Theological Studies" 1951 (vol. 12). Zob. A.O. Nwafor, *Comparative Perspectives on Euthanasia in Nigeria and Ethiopia*, „African Journal of International and Comparative Law" 2010, vol. 18, nr 2, s. 175. Przykładowy katalog zachowań stanowiących formę terapii uporczywej i przez to nieproporcjonalnej podaje Jerzy Umiastowski w haśle *uporczywa terapia* (w:) A. Muszala (red.), *Encyklopedia Bioetyki*, Radom 2009, s. 652. Zob. też rozważania nad tą kwestią przeprowadzone przez W. Chańską w książce *Nieszczęsny dar życia*, dz. cyt., s. 114 i n. oraz w rozdziale *Rezygnacja z leczenia podtrzymującego życie* w książce *Bioetyka*, J. Różyńska, W. Chańska (red.), Warszawa 2013, s. 252.

37 Można spotkać także stanowiska bardziej radykalne, przyjmujące, że akceptacja zasady proporcjonalności jest tożsama z przyzwoleniem na eutanazję, gdyż racją uzasadniającą rozróżnienie na środki zwyczajne i nadzwyczajne jest, tak jak w praktyce eutanatycznej, ocena jakości ludzkiego życia. Por. K. Szewczyk, *Bioetyka. Medycyna na granicach* życia, Warszawa 2009, s. 303.

osób przyjmowało ją przynajmniej raz. Papież Pius XII wymienił respirator jako środek nadzwyczajny, jednak dzisiaj staje się on coraz bardziej powszechny i mniej kosztowny. Nawet małe placówki medyczne mają w swoich zasobach respiratory, a ich obsługa nie wydaje się już zbyt skomplikowana[38].

Dworkin kładzie silny nacisk na autonomię jednostek. Nie zauważa jednak, iż autonomia jest tylko wartością instrumentalną, a nie absolutną. Wybór jednostki zasługuje na szacunek tylko w takim zakresie, w jakim jest dokonywany w celu realizacji zamierzeń moralnie wartościowych[39]. Oznacza to, że nakłonienie jednostki do uniknięcia błędnego wyboru w rzeczywistości nie pozbawia jej wolności i nie jest równoznaczne z brakiem szacunku względem niej, a tylko z dezaprobatą względem zamierzonego błędnym wyborem celu. Ponadto, jak wskazują Kumar Amarasekara oraz Mirko Bagaric, w systemach prawnych akceptujących eutanazję autonomia pacjenta nie tylko nie została wzmocniona, ale została przekształcona przez sądy w uprawnienie lekarzy do decydowania o losie osób chorych[40].

Zbyt duży nacisk na autonomię i pominięcie wspólnotowego wymiaru bytu człowieka zdaje się w dużym stopniu eliminować możliwość korygowania indywidualnych wyborów jednostek przez społeczną reakcję, a to może niejednokrotnie uchronić przed błędem. Zwolennicy zasady neutralności podnoszą, iż szacunek dla autonomii jednostek pociąga za sobą, że państwo nie może promować konkretnego celu lub wartości czy też dóbr, ale musi pozostawić jednostkom do wyboru wartości, cele i dobra, które chcą osobiście cenić i chronić. Jednakże zasada krzywdy pozwala jednostkom na wszelką wolność, jakiej chcą, ale tylko do momentu, gdy mogłoby to skrzywdzić postronną osobę. Jeśli wspomagane samobójstwo stanowi ochronę osobistego i intymnego wyboru, to dlaczego nie stanowią jej poligamia, dobrowolne pojedynki, prostytucja, a nawet używanie narkotyków[41]. Przykładowo, gdy państwo zakazuje pornografii, to niemal nieuchronnie ingeruje w wolność artystyczną.

W Dworkinowskim modelu brak jest bardziej społecznego kontekstu decyzji dotyczących eutanazji. W szczególności pomija on w rozważaniach najbliższą rodzinę chorego, która może chcieć, aby chory pozostał jak najdłużej przy życiu.

W Dworkinowskim modelu brak jest bardziej społecznego kontekstu decyzji dotyczących eutanazji. W szczególności pomija on w rozważaniach najbliższą rodzinę chorego, która może chcieć, aby chory pozostał jak najdłużej przy życiu. Dyskusja obecności rodziny pojawia się, jeśli można tak powiedzieć, tylko w aspekcie negatywnym, tzn. wtedy, gdy ma ona zastąpić decyzję osoby w trwałym stanie wegetatywnym, aby jej życie zostało skrócone.

38 L. Carl, *The Right to Voluntary Euthanasia*, „Whittier Law Review" 1988, vol. 10, s. 524.

39 N.M. Gorsuch, *The Right to Assisted Suicide and Euthanasia*, „Harvard Journal of Law and Public Policy" 1999–2000, vol. 23, nr 3, s. 668. Tak też R. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford 1993, s. 177.

40 K. Amarasekara, M. Bagaric, *The Legalisation of Euthanasia in the Netherlands: Lessons to be Learnt*, „Monash University Law Review" 2001, vol. 27, nr 2, s. 189 i 196.

41 Por. D. Callahan, *A Case Against Euthanasia* (w:) A.I. Cohen, Ch.H. Wellman (red.), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, wyd. 2, Oxford 2014, s. 85.

Dworkin zdaje się nie zauważać, iż przywoływane przez niego zasady autonomii oraz dobroczynności mogą pozostawać ze sobą w konflikcie. Zgodnie z zasadą autonomii każda osoba powinna móc kontrolować to, co się z nią dzieje, w tym to, co dzieje się z jej ciałem, natomiast zasada dobroczynności mówi, że powinniśmy czynić to, co jest najlepsze dla ludzi; powinniśmy działać tak, aby było to dla innych pomocne. Jeśli będziemy chcieli uczynić zadość wymogom autonomii i dozwolić jednostce na czynienie tego, co chce, a jednocześnie będziemy pamiętali o wymogach dobroczynności, chcąc działać w zgodzie z tym, co w naszej ocenie jest najlepsze dla jednostki, to może pojawić się realny konflikt i dylemat wyboru pomiędzy tymi dwiema zasadami. Sytuacja taka może się zdarzyć na przykład wtedy, gdy będziemy przekonani, że jednostka chce umrzeć, a jednocześnie że jej śmierć nie będzie dla niej czymś najlepszym[42]. Autor *Life's Dominion* nie przedstawia propozycji, która mogłaby pomóc w rozwiązywaniu takiego rodzaju dramatycznych dylematów i konfliktów.

Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że niewątpliwą zaletą koncepcji Ronalda Dworkina powinno być odrzucenie przezeń argumentacji utylitarystycznej mającej wspierać stanowisko proeutanatyczne, gdyż stara się on oprzeć swoje stanowisko popierające legalizację eutanazji na pojęciu autonomii. Jak sam jednak przyznaje, przeciwnicy legalizacji również odwołują się do autonomii, twierdząc, że legalizacja eutanazji może prowadzić do zabijania ludzi wbrew ich woli[43]. W konfrontacji z tym faktem autor *Life's Dominion* wyraźnie wskazuje, jako jego rozwiązanie, utylitarystyczny rachunek, w którym dochodzi do bilansowania plusów i minusów przyzwolenia na prawne usankcjonowanie eutanazji, i twierdzi, że skala przechyla się na korzyść legalizacji: obawa przez nadużyciem i błędem traci swoją siłę, jak twierdzi Dworkin, gdy zdamy sobie sprawę, iż brak regulacji dopuszczającej wspomagane samobójstwo jest również krzywdzący dla wielu osób, a biorąc pod uwagę zalety i wady obu rozwiązań, powinno się zezwolić na dopuszczalność eutanazji[44]. Problem z takim postawieniem sprawy polega jednak na tym, iż Dworkin nie podaje racji, dla których uważa, że szala wagi zysków i strat przeważa na rzecz prawnego dopuszczenia eutanazji jako legalnej praktyki. Co więcej, nawet gdyby przyjąć dopuszczalność brania pod uwagę utylitarystycznych kalkulacji w rozważanej kwestii, to wydaje się, że jej wynik byłby zgoła odmienny. Jak pokazuje doświadczenie Holandii, nawet w systemie prawnym, w którym istnieją ścisłe wytyczne i procedury mające ograniczać ryzyko błędu, nadużycia jednak się zdarzają. Oznacza to, że mogą zginąć osoby, które sobie tego nie życzą, i jest to, jak się zdaje, mocna przesłanka pokazująca, iż wcale wynik ważenia nie powinien się przechylać na korzyść dopuszczenia legalności eutanazji. Ponadto należy podnieść jeszcze uwagę natury systemowej i wskazać na nieporównywalność wartości, jakie zamierza poddać się ważeniu w paradygmacie utylitarystycznym. Trudno bowiem wyobrazić sobie, w jaki sposób poddać rachunkowi zysków i strat z jednej strony interes wolności osób chcących umrzeć, a z drugiej prawo do życia osób, które nie chcą być jego pozbawione wskutek błędu lub nadużycia[45].

42 R.L. Schwartz, *Euthanasia and the Right to Die: Nancy Cruzan and the New Mexico*, „New Mexico Law Review" 1990, vol. 20, s. 679.

43 Por. R. Dworkin, *Life's Dominion*…, dz. cyt., s. 190.

44 Tamże, s. 197–198.

45 N.M. Gorsuch, *The Right to Assisted Suicide*…, dz. cyt., s. 679. Należy podnieść, że również Margaret Pabst Battin uważa, iż nie sposób podać obiektywnej podstawy, która mogłaby służyć jako miara dla oceny, czy gorsze jest cierpienie, czy też śmierć, a więc zmierzenie, czy na większą ochronę zasługują osoby, które zostałyby pozbawione życie wbrew swojej woli, czy też te, które dotknięte są dotkliwym bólem i cierpieniem. Warto jednak zaznaczyć, że ta autorka opowiada się za dopuszczalnością eutanazji z tego względu, iż wymaganie od osób, które cierpią, aby znosiły swoją chorobę w tym celu, aby chronić potencjalne ofiary przymusowego zabójstwa, jest nakładaniem na nie konieczności znoszenia ekstremalnej, niedającej się tolerować krzywdy. Battin wskazuje, iż do tego problemu nie znajduje zastosowania analogia z prawem karnym i stosowaną w nim maksymą, że „lepiej jest, gdy dziesięciu winnych przestępstwa uniknie kary, niż żeby miała zostać skazana jedna niewinna osoba". Jej zdaniem porównanie to nie jest trafne, gdyż stosowanie przywołanej maksymy nie powoduje nałożenia jakichkolwiek ciężarów na dziesięciu winnych popełnienia czynu zabronionego, natomiast wymaganie, aby osoba, które chce umrzeć, pozostała przy życiu dla ochrony innych, jest nakładaniem na

Na zakończenie warto wskazać, iż w teorii Ronalda Dworkina dotyczącej eutanazji i wspomaganego samobójstwa pewnym brakiem, chociaż nie o statusie poważnego zarzutu, jest brak odniesienia się do sposobów uzasadniania dopuszczalności eutanazji w krajach, w których nie była ona prawnie dopuszczona, a mimo to była praktykowana. Dopuszczalność wspomaganego samobójstwa i eutanazji jest różnie uzasadniana. W Holandii były one tolerowane przez orzecznictwo przede wszystkim w oparciu o doktrynę „stanu wyższej konieczności"[46]. Według holenderskich sądów w przypadkach dobrowolnej eutanazji lekarze stają w obliczu konieczności dokonania wyboru pomiędzy obowiązkiem zachowania życia oraz obowiązkiem czynienia wszystkiego, co możliwe, aby złagodzić nieznośne cierpienie, bez nadziei na polepszenie. W ten sposób eutanazja jest prawnie tolerowana jako konieczność, gdy jest wykonywana przez lekarza i stosowana względem terminalnie chorych pacjentów dotkniętych nieznośnym cierpieniem[47].

Innym uzasadnieniem, jakie wypracowało orzecznictwo holenderskie dla uzasadnienia eutanazji i wspomaganego samobójstwa, była doktryna „wyjątku medycznego". „Wyjątek medyczny" pozwala lekarzowi na podejmowanie działań, które są formalnie zabronione przez prawo, jak np. ingerowanie w cielesność drugiego człowieka za pomocą noża, co zdarza się podczas zabiegów chirurgicznych, ale jest dopuszczalne w uwagi na cel działania lekarza, który ma być korzystny, a nie negatywny dla pacjenta.

Nie sposób jednak oprzeć się wrażeniu, iż judykatura holenderska, mówiąc o uprawnieniach pacjentów, uldze w cierpieniu i umieraniu w godności, stworzyła system, w którym to lekarze, a nie pacjenci kontrolują okoliczności umierania[48].

III. Podsumowanie

Problem eutanazji nabrał szczególnego znaczenia i ostrości w związku z rozwojem współczesnej medycyny. Współczesna medycyna i technologia uczyniły możliwym przedłużanie życia, co w wielu przypadkach jest pozytywne, ale jednocześnie może także powodować przedłużanie cierpienia pacjentów. Gdy takie cierpienie staje się trudne do zniesienia i brak jest nadziei na poprawę, a także nie ma alternatywy dla egzystencji w bólu, wtedy pacjenci czasem chcą, aby ich życie zostało skrócone, proszą lekarza o eutanazję, czyli „dobrą śmierć". Zagadnienie „dobrej śmierci" skupia w sobie jak w soczewce wiele etycznych i społecznych kwestii, takich jak znaczenie i wartość ludzkiego życia, chęć uniknięcia niekoniecznego cierpienia, czy też właściwą alokację medycznych zasobów.

nią dodatkowego ciężaru. Zob. M.P. Battin, *The Least Worst Death: Essays in Bioethics on the End of Life*, Oxford 1994, s. 119. Odnosząc się do tej argumentacji, nie sposób jednak nie zauważyć, iż nie jest ona przekonująca. Zauważmy bowiem, że istotą przywołanej maksymy prawno-karnej jest nie to, że niewinne ludzkie życie jest chronione tylko wtedy, gdy nie pociąga to za sobą nałożenia ciężaru na osoby winne, ale że społeczeństwo poddaje ochronie niewinne życie jednostki nawet wtedy, gdy oznacza to akceptację krzywdy dla potencjalnych przyszłych ofiar winnych popełnienia przestępstw, które mogą zostać dokonane dzięki ośmieleniu sprawców pobłażliwością państwa. A zatem maksyma jest wyrazem kategorycznej reguły moralnej zakazującej intencjonalnego krzywdzenia niewinnej ludzkiej osoby, nawet jeśli efekty uboczne, czyli umieszczenie dziesięciu przestępców w więzieniu, byłyby pożądane. Zastosowanie wskazanej zasady w kontekście konsensualnego zabójstwa prowadzi do wniosku, iż złem jest ryzykowanie zabicia jednej niewinnej osoby, nawet jeśli oznacza to akceptację faktu, że inne niewinne osoby mogą zostać zmuszone do znoszenia niechcianego bólu i cierpienia – por. N.M. Gorsuch, *The Right to Assisted Suicide…*, dz. cyt., s. 695.

46 Jak podają badacze, pierwszą sądową sprawą ściśle eutanatyczną była sprawa przeprowadzona przed Sądem w Eindhoven w 1952 r., dotycząca lekarza, który dokonał zabójstwa swego brata, na jego żądanie, cierpiącego na zaawansowaną gruźlicę. Por. J. Griffiths, A. Bood, H. Weyers, *Euthanasia and the Law in the Netherlands*, Amsterdam 1998, s. 44. Następny ważny przypadek został osądzony w Leeuwarden w 1973 r. gdzie sąd orzekł, iż lekarz mógł zakończyć życie 78-letniego pacjenta na jego życzenie, pod warunkiem że były spełnione pewne substancjalne i proceduralne warunki. Por. H.J.J. Leenen, *The Development of Euthanasia in the Netherlands*, „European Journal of Health Law" 2001, vol. 8, s. 125 i n.

47 P. Lewis, *The Dutch Experience of Euthanasia*, „Journal of Law and Society" 1998, vol. 25, s. 637.

48 M.L. Allen, *Crossing the Rubicon: The Netherlands' Steady March Towards Involuntary Euthanasia*, „Brooklyn Journal of International Law" 2006, vol. 31, nr 2, s. 575.

Nie można odmówić pewnej dozy słuszności stanowisku popierającemu prawne usankcjonowanie eutanazji i trosce jego zwolenników o zapewnienie odpowiedniego zasięgu wolności jednostkom oraz zamiarowi ulżenia w ich cierpieniu. Mimo jednak tej niewątpliwie uzasadnionej sympatii nie sposób podzielić tego stanowiska w całej rozciągłości z dwóch powodów: po pierwsze, z powodu możliwości nadużyć, które w systemie legalizującym zabójstwo na życzenie są znacznie większe niż wtedy, gdy ta praktyka jest prawnie zakazana. I po drugie z uwagi na zmianę atmosfery otaczającej osoby chore: to, co wydaje się najpierw dopuszczalne tylko w wyjątkowych sytuacjach, może z czasem stać się pożądane i oczekiwane, potem wymagane, a jeszcze następnie nawet wręcz przymusowe[49]. Szczególne zagrożenie występuje względem osób starszych, biedniejszych, z mniejszości etnicznych, mniej wykształconych, samotnych oraz nieuprzywilejowanych, które mogą być z większą łatwością uznawane za terminalnie chore i podatne na – w innych okolicznościach dopuszczalną – perswazję[50].

Państwo posiada silny interes w zapewnieniu wszystkim swoim obywatelom, że nie zostaną pozbawieni życia z powodu wieku, rasy czy też statusu ekonomicznego. Dopuszczenie medycznie wspomaganego samobójstwa i eutanazji pociągnęłoby za sobą aktywne uczestnictwo społeczeństwa w dokonywaniu porównawczego osądu o wartości różnych rodzajów ludzkich istnień. Społeczeństwo musiałoby uregulować proces oceny, które życia są warte przeżycia, a które niewarte. Co więcej, szpitale i domy opieki stałyby się instrumentami zarówno leczenia, jak i zabijania. Pociągnęłoby to też zmiany w edukacji medycznej lekarzy i pielęgniarek, gdyż musieliby oni być uczeni również o technikach zabijania. W ten sposób zabijanie przekształciłoby się w publiczny proces, w którym na pewnym poziomie wszyscy bylibyśmy zmuszeni uczestniczyć. Wymaganie społecznej zgody i uczestnictwa w tym procesie niewątpliwie wyrządziłoby moralną i psychologiczną krzywdę tym członkom wspólnoty, którzy w sposób fundamentalny sprzeciwiają się wspomaganemu samobójstwu i eutanazji.

Zagadnienie „dobrej śmierci" skupia w sobie jak w soczewce wiele etycznych i społecznych kwestii, takich jak znaczenie i wartość ludzkiego życia, chęć uniknięcia niekoniecznego cierpienia, czy też właściwą alokację medycznych zasobów.

Nie sposób oprzeć się spostrzeżeniu, iż eutanazja oferuje zbyt łatwą społeczną opcję względem palącego problemu choroby, zamiast zagwarantowania troski, uwagi i opieki medycznej, tak aby osoby dotknięte cierpieniem mogły umrzeć w spokoju i bez cierpienia. Usankcjonowanie zabójstwa jako obowiązującej medycznej odpowiedzi na cierpienia pacjentów [51] mogłoby

49 G. Gelfand, *Euthanasia and the Terminally Ill Patient*, „Nebraska Law Review" 1984, vol. 63, s. 763.

50 W rozwiązaniu problemu eutanazji niewiele pomaga odwołanie się statystyk. Jak interesująco odnotowuje Jocelyn Downie, na podstawie tych samych danych badacze potrafią wyciągnąć diametralnie odmienne wnioski: jedni obliczają, iż w Holandii dokonuje się ok. 2300 zabiegów „dobrej śmierci" rocznie, inni że jest ich ponad 25 000. Zob. J. Downie, *The Contested Lessons of Euthanasia in the Netherlands*, „Health Law Journal" 2000, vol. 8, s. 128.

51 W tym sensie nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż dokonanie eutanazji stanowi wyraz większej troski o pacjenta niż utrzymanie go przy życiu. Odwracając tok rozumowania,

też, na mocy naturalnych praw ekonomii, zahamować rozwój środków uśmierzających ból i zwiększyć dyskomfort wywołany chorobą[52].

Uznanie konieczności obowiązywania reguły zakazującej intencjonalnego pozbawiania życia osób chorych nie oznacza, że autonomia i wolny wybór są bez znaczenia. Mają one bowiem należne im miejsce w obszarze możliwości odmowy podejmowania leczenia lub prośby o wycofanie leczenia. Pacjenci często odmawiają leczenia, ponieważ nie chcą nakładać większych obciążeń, także finansowych, na swoje rodziny albo są już zmęczeni inwazyjnymi środkami leczniczymi i wolą opuścić szpital oraz znaleźć się w domu. Jak się zdaje, żadna z tych codziennych decyzji nie obejmuje intencji śmierci, nawet jeśli śmierć jest przewidywana. Lekarze powinni przystać na taki wybór, nawet jeśli uważają żądanie wycofania leczenia za nierozsądne lub błędne. Można zatem powiedzieć, że odmowa leczenia jest wolną i autonomiczną decyzją zasługującą na szacunek i w żaden sposób nie jest ona niespójna z ideą świętości ludzkiego życia, także pojmowaną tak, jak rozumie tę ideę Ronald Dworkin.

Bibliografia

Alichniewicz A., *Eutanazja i lekarska pomoc w samobójstwie* (w:) J. Różyńska, W. Chańska (red.), *Bioetyka*, Warszawa 2013, s. 282–294.

Allen M.L., *Crossing the Rubicon: The Netherlands' Steady March Towards Involuntary Euthanasia*, „Brooklyn Journal of International Law" 2006, vol. 31, nr 2, s. 535–575.

Amarasekara K., Bagaric M., *The Legalisation of Euthanasia in the Netherlands: Lessons to be Learnt*, „Monash University Law Review" 2001, vol. 27, nr 2, s. 179–196.

Aumonier N., Beignier B., Letellier Ph., *Eutanazja*, przeł. E. Burska, Warszawa 2003.

Bagaric M., *Euthanasia: Patient Autonomy versus the Public Good*, „University of Tasmania Law Review" 1999, vol. 18, nr 1, s. 146–167.

Battin M.P., *Ending Life: Ethics and the Way We Die*, Oxford 2005.

Battin M.P., *The Least Worst Death: Essays in Bioethics on the End of Life*, Oxford 1994.

Boning Ch.R., *Rational Euthanasia: Mortality, Morality and Assisted Suicide*, „University of Florida Journal of Law and Public Policy" 1996, vol. 8, s. 79–107.

Brożek B., *Argument z równi pochyłej* (w:) J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 69–81.

Burg W.v.d., *The Slippery Slope Argument*, „Ethics" 1991, vol. 102, nr 1, s. 42–65.

Callahan D., *A Case Against Euthanasia* (w:) A.I. Cohen, Ch.H. Wellman (red.), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, wyd. 2, Oxford 2014, s. 82–92.

Capron A.M., *Euthanasia in the Netherlands: American Observations*, „Hastings Center Report" 1992, vol. 22, nr 2, s. 30–33.

Carl L., *The Right to Voluntary Euthanasia*, „Whittier Law Review" 1988, vol. 10, s. 489–562.

Chańska W., *Nieszczęsny dar życia. Filozofia i etyka jakości życia w medycynie współczesnej*, Wrocław 2009.

Chańska W., *Rezygnacja z leczenia podtrzymującego życie* (w:) J. Różyńska, W. Chańska (red.) *Bioetyka*, Warszawa 2013, s. 251–265.

Chańska W., Żylicz Z., *Etyczne aspekty opieki paliatywnej* (w:) J. Różyńska, W. Chańska (red.) *Bioetyka*, Warszawa 2013, s. 266–281.

Chesterman S., *Last Rights: Euthanasia, The Sanctity of Life, and The Law in the Netherlands and the Northern Territory of Australia*, „International and Comparative Law Quarterly" 1998, vol. 47, s. 362–393.

Cialdini R.B., *Wywieranie wpływu na ludzi. Teoria i praktyka*, przeł. B. Wojciszke, Gdańsk 2001.

Downie J., *The Contested Lessons of Euthanasia in the Netherlands*, „Health Law Journal" 2000, vol. 8, s. 119–139.

Dworkin R., *Euthanasia, Morality, and Law. Transcript,* „Loyola of Los Angeles Law Review" 1998, vol. 31, s. 1147–1159.

Dworkin R., *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York 1993.

Dworkin R., *Rights as Trumps* (w:) J. Waldron (red.), *Theories of Rights*, Oxford 1984, s. 153–167.

Emanuel E.J., *The Future of Euthanasia and Physician-Assisted Suicide:Beyond Rights-Talk to Informed Public Policy*, „Minnesota Law Review" 1998, vol. 82, s. 983–1014.

można też powiedzieć, że nie ma żadnej koniecznej racji przemawiającej za tym, iż obrona lub legalizacja wspomaganego samobójstwa i eutanazji wpłynie na ulepszenie opieki nad umierającymi pacjentami. Por. E.J. Emmanuel, *The Future of Euthanasia and Physician-Assisted Suicide: Beyond Rights-Talk to Informed Public Policy*, „Minnesota Law Review" 1998, vol. 82, s. 985.

52 Por. A.M. Capron, *Euthanasia in the Netherlands: American Observations*, „Hastings Center Report" 1992, vol. 22, s. 32.

Enoch D., *Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You're on a Very Slippery Slope*, „Oxford Journal of Legal Studies" 2001, vol. 21, nr 4, s. 629–647.

Finnis J., *Euthanasia, Morality, and Law,* „Loyola of Los Angeles Law Review" 1998, vol. 31, s. 1123–1145.

Finnis J., *Filozoficzny argument przeciwko eutanazji* (w:) W. Galewicz (red.), *Wokół śmierci i umierania*, Kraków 2009.

George R., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford 1993.

Gelfand G., *Euthanasia and the Terminally Ill Patient*, „Nebraska Law Review" 1984, vol. 63, s. 741–778.

Gorsuch N.M., *The Right to Assisted Suicide and Euthanasia*, „Harvard Journal of Law and Public Policy" 1999–2000, vol. 23, nr 3, s. 599–710.

Griffiths J., Bood A., Weyers H., *Euthanasia and the Law in the Netherlands*, Amsterdam 1998.

Hołówka J., *Etyka w działaniu*, Warszawa 2001.

Keown J., *Book Review*, „The Law Quarterly Review" 1994, vol. 110, s. 671–675.

Lardy H., *Euthanasia and Euphemism: Law Hospital NHS Trust v Lord Advocate*, „The Edinburgh Law Review" 1997, vol. 1, s. 227–234.

Leenen H.J.J., *The Development of Euthanasia in the Netherlands*, „European Journal of Health Law" 2001, vol. 8, s. 125–133.

Lewis P., *The Dutch Experience of Euthanasia*, „Journal of Law and Society" 1998, vol. 25, s. 636–649.

Lewis P., *The Empirical Slippery Slope from Voluntary to Non-Voluntary Euthanasia*, „Journal of Law, Medicine and Ethics" 2007, vol. 35, nr 1, s. 197–210.

Lode E., *Slippery Slope Arguments and Legal Reasoning*, „California Law Review" 1990, vol. 87, s. 1469–1543.

Magnusson R.S., *"Underground Euthanasia" and the Harm Minimization Debate*, „Journal of Law, Medicine and Ethics" 2004, vol. 32, nr 3, s. 486–495.

Malczewski J., *Eutanazja: gdy etyka zderza się z prawem*, Warszawa 2012.

Miller B.W., *A Time to Kill. Ronald Dworkin and the Ethics of Euthanasia*, „Res Publica" 1996, vol. 2, nr 1, s. 31–61.

Nazar-Gutowska K., *Pojęcie i rodzaje eutanazji* (w:) M. Mozgawa (red.), *Eutanazja*, Warszawa 2015, s. 13–33.

Nwafor A.O., *Comparative Perspectives on Euthanasia in Nigeria and Ethiopia*, „African Journal of International and Comparative Law" 2010, vol. 18, nr 2, s. 170–191.

Pala A., *Śmierć na miarę człowieka*, Kraków 2014.

Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Katowice 2005.

Płatek M., *Eutanazja – Etikettenschwindel a prawo do dobrej śmierci* (w:) M. Mozgawa (red.), *Eutanazja*, Warszawa 2015, s. 34–62.

Robertson J.A., *Autonomy's Dominion: Dworkin on Abortion and Euthanasia*, „Law and Social Inquiry" 1994, vol. 19, nr 2, s. 457–486.

Sayers G.M., *Non-Voluntary Passive Euthanasia: The Social Consequences of Euphemisms*, „European Journal of Health Law" 2007, vol. 14, s. 221–240.

Schwartz R.L., *Euthanasia and the Right to Die: Nancy Cruzan and the New Mexico*, „New Mexico Law Review" 1990, vol. 20, s. 675–700.

Smith S.W., *Evidence for the Practical Slippery Slope in he Debate on Physician-Assisted Suicide and Euthanasia*, „Medical Law Review" 2005, vol. 13, s. 17–44.

Smith S.W., *Fallacies of the Logical Slippery Slope in the Debate on Physician-Assisted Suicide and Euthanasia*, „Medical Law Review" 2005, vol. 13, s. 224–243.

Stacy T., *Euthanasia and the Supreme Court's Competing Conceptions of Religious Liberty*, „Issues in Law and Medicine" 1994, vol. 10, nr 1, s. 55–78.

Szerletics A., *Paternalism and Euthanasia. The Case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights*, „Diritto e questioni pubbliche" 2010, nr 10, s. 479–496.

Szewczyk K., *Bioetyka. Medycyna na granicach* życia, Warszawa 2009.

Śledzianowski J., *Eutanazja – dobra śmierć czy zabójstwo człowieka*, Kielce 2010.

Tooley M., *In Defense of Voluntary Active Euthanasia and Assisted Suicide* (w:) A.I. Cohen, Ch.H. Wellman (red.), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, wyd. 2, Oxford 2014, s. 65–81.

Umiastowski J., *Uporczywa terapia* (w:) A. Muszala (red.), *Encyklopedia Bioetyki*, Radom 2009, s. 651–655.

Wieczorek K., *Logiczne i empiryczne równie pochyłe*, „Folis Philosophica" 2012, vol. 30, s. 239–258.

Williams B., *Kiedy stajemy na równi pochyłej?*, przeł. M. Szczubiałka (w:) B. Williams, *Ile wolności powinna mieć wola?*, przeł. T. Baszniak, T. Duliński, M. Szczubiałka, Warszawa 1999, s. 129–142.

Williams M., *Euthanasia and the Ethics of Trees. Law and Ethics Through Aesthetics*, „The Australian Feminist Law Journal" 1998, vol. 10, s. 109–122.

Załuski W., *Eutanazja* (w:) J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 194–205.

Mateusz Tondera

Eksperyment myślowy jako metoda rozumowania prawniczego

Mateusz Tondera

Doktor nauk prawnych, muzyk, absolwent Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego.

✉ *mateusz.tondera@gmail.com*

Thought Experiment as a Method of Legal Reasoning

The purpose of the article is to spell out the role thought experiments play in law, especially in its interpretation and application. A thought experiment understood, following Ernst Mach, Roy Sorensen, and Bartosz Brożek, as a way to confront a theory or a hypothesis with "intuitive knowledge" or, more widely "background knowledge" through a mental simulation of the imagined situation, is a way of reasoning applied not only in physics or philosophy, but used commonly in everyday reasonings, especially that of a normative nature. In law, thought experiments enable – through the reorganization of pre-existing knowledge and intuition – the realization of the possible consequences of a given normative or interpretative decision. This holds true especially when it comes to consequences that go beyond the scope of a given case. The article presents two extensive examples from the Polish judicial practice, where the basis for the decisions can be found in the results of prior thought experiments.

Wstęp

Nieczęsto można spotkać się z przedstawieniem eksperymentu myślowego jako metody rozumowania używanej w kontekście interpretowania i stosowania prawa. Eksperymenty myślowe są zwykle kojarzone z naukami przyrodniczymi (szczególnie z fizyką[1]) oraz filozofią i jest to skojarzenie do tego stopnia ugruntowane, że są traktowane nierzadko jako specyficzne metody tych właśnie dziedzin. Już jednak sam fakt, że posługujące się tak odmiennymi od siebie metodologiami nauki empiryczne z jednej i filozofia (znów ze szczególnym uwzględnieniem filozofii analitycznej[2]) z drugiej

1 Najpopularniejsze eksperymenty myślowe zostały sformułowane na gruncie fizyki właśnie; wystarczy wspomnieć eksperymenty myślowe Galileusza, Newtona czy Einsteina.

2 „Analytic philosophers make heavy use of thought experiment because it is the natural test for the clarificatory practices constituting conceptual analysis: definition, question delegation, drawing distinctions, crafting

strony obficie korzystają z tego sposobu rozumowania, może sugerować, że jest on znacznie bardziej uniwersalny i o wiele powszechniej używany, niż się zazwyczaj uważa.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie, na dwóch przykładach zaczerpniętych z polskich realiów prawnych, w jaki sposób eksperymenty myślowe są obecne w procesie interpretowania i stosowania prawa. Zwrócenie uwagi na to, że prawnicy, sędziowie i urzędnicy istotnie eksperymentują w myślach, zajmując się prawem, ma wartość poznawczą i badawczą; może w pewnej mierze wzbogacić podziały i analizy rozumowań prawniczych i rzucić na nie nowe światło. Przede wszystkim jednak dostrzeżenie faktycznej roli i miejsca eksperymentów myślowych pośród rozumowań prawniczych pozwoli na stosowanie ich w sposób bardziej świadomy i bardziej skuteczny; umożliwi unikanie błędów i konstruowanie takich eksperymentów myślowych, które będą mogły w wydatny sposób pomagać w interpretacji i stosowaniu prawa. W nauce prawa, w tym zarówno na polu analiz filozoficzno-prawnych jak i historyczno-prawnych, eksperymenty myślowe wielokrotnie znajdowały zastosowanie. Przykład stanowić może monografia Tomasza Giaro *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment* z 2007 r.[3], w której autor korzysta z historycznego eksperymentu myślowego do badania roli kryterium prawdziwości jako narzędzia kształtowania normy prawnej. Eksperyment myślowy jest metodą szeroko omawianą na polach takich jak metodologia i filozofia nauki czy też epistemologia, a mimo niewątpliwej odrębności prawo i nauki prawne nie stanowią odizolowanego wycinka rzeczywistości, lecz są mocno splecione z innymi dziedzinami wiedzy i nauki. Założenie, że wiele wniosków dotyczących eksperymentów myślowych jako takich będzie miało zastosowanie do eksperymentów myślowych stosowanych w prawie, jest więc niekontrowersyjne i pozwoli na bardziej wieloaspektową analizę tego zjawiska.

Dostrzeżenie faktycznej roli i miejsca eksperymentów myślowych pośród rozumowań prawniczych pozwoli na stosowanie ich w sposób bardziej skuteczny i świadomy. Eksperymenty myślowe mogą bowiem w wydatny sposób pomagać w interpretacji i stosowaniu prawa.

adequacy conditions, teasing out entailments, advancing possibility proofs, mapping inference patterns. For instance, if 1 define 'man' as the featherless biped, contrarians envisage walking lizards. Their point is that the definition works only if it is necessarily true that all featherless bipeds are men. Since we can imagine featherless bipeds that are not men, it is possible for there to be featherless bipeds that are not men, and the definition is false. Of course, analytic philosophers are not the only ones who use imaginary counterexamples. Only mental cripples are barred from hypothetical reasoning. However, analytic philosophers are the characters who make the most extensive use of thought experiment. The reason is the premium they set on clarity. They differ from other philosophers only in what they are willing to exchange for freedom from ambiguity, vagueness, circularity, inconsistency, and sundry obscurities". R.A. Sorensen, *Thought Experiments,* New York 1992, s. 15.

3 T. Giaro, *Rzymskie prawdy prawnicze. Eksperyment myślowy* (w:) *Aurea Praxis Aurea Theoria. Księga Pamiątkowa Ku Czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, tom 2, Warszawa 2011.

Rozpocznę od zwięzłego omówienia eksperymentów myślowych jako takich, ze szczególnym uwzględnieniem ich funkcji i struktury. W dalszej kolejności, na podstawie wypracowanego schematu, zostaną omówione dwa przykłady, które posłużą za kontekst dla rozważań o roli eksperymentów myślowych w prawie.

Czym są eksperymenty myślowe?

Chociaż sam termin *eksperyment myślowy* („Gedankenexperiment"), został po raz pierwszy użyty dopiero ok. 1811 r. przez Hansa Christiana Ørsteda[4], towarzyszyły one ludzkiej myśli co najmniej od starożytności; pierwsze znane przykłady używania wyobrażonych sytuacji do „testowania teorii" pojawiały się u greckich filozofów ery presokratejskiej, ale najprawdopodobniej w swojej rudymentarnej formie były obecne w myśleniu ludzi od najdawniejszych czasów. Zdaniem Ernsta Macha eksperyment myślowy pozwala skonfrontować jakiś problem z naszą *wiedzą intuicyjną*; nie jest ona w żaden sposób usystematyzowana, tym bardziej nie można jej traktować jako źródła jakiegoś metafizycznego wglądu w rzeczywistość, niemniej jednak kształtuje się ona nieustannie w relacji człowieka ze światem zewnętrznym i może się okazać bardzo pomocna, szczególnie tam, gdzie bardzo trudno jest przeprowadzić faktyczny eksperyment. Ernst Mach nie twierdził, że eksperymenty myślowe mogą zastąpić wyniki eksperymentów fizycznych, nie przyznawał też ich wnioskom równorzędnego statusu, zauważał jednak ich rolę w procesie dochodzenia do prawdy. Chociaż austriacki uczony zajmował się głównie eksperymentami myślowymi na polu nauk przyrodniczych, ze szczególnym uwzględnieniem fizyki, to jednak zwracał uwagę, że stanowią one powszechny i obecny niemal we wszystkich dziedzinach życia sposób rozumowania[5]. Eksperymentami myślowymi i ich rolą, zwykle w nauce, ale nie tylko, zajmowali się tacy myśliciele jak m.in. Thomas Kuhn czy Ludwig Wittgenstein. Były one również i są nadal szczególnie intensywnie rozważane na gruncie filozofii analitycznej. Tradycyjnie przedstawia się spór o ich status z perspektywy „platoników" z jednej strony i zwolenników tezy, że eksperymenty myślowe są wyłącznie argumentami – z drugiej[6]. Wydaje się jednak, że spór ten jest cokolwiek jałowy, zaś do wartościowych wniosków można dojść, łącząc spojrzenie zarysowane przez E. Macha z perspektywą ewolucyjną. Zdaniem Bartosza Brożka istnieje ciągłość pomiędzy nawet najbardziej wysublimowanymi eksperymentami myślowymi, a snami, fantastycznymi zmyśleniami czy tak zwanym gdybaniem. Wszystkie one pozwalają w *tani poznawczo* sposób przetestować różne, często rudymentarne, hipotezy dotyczące rzeczywistości czy też „sprawdzić", jakie skutki może przynieść taka czy inna decyzja czy też spodziewany obrót spraw. Pomimo zawodności tego rodzaju mechanizmów są one ewolucyjnie korzystne, gdyż pozwalają w niektórych przypadkach uczyć się na niepopełnionych w rzeczywistości błędach i wykorzystywać nabyte wcześniej doświadczenie i wiedzę do rozwiązywania praktycznych lub teoretycznych problemów. W taki sposób tłumaczy się rolę snów, gdzie procesy „testujące" odbywają się w sposób nieświadomy. Starannie zaprojektowany eksperyment myślowy sytuuje się zdaniem B. Brożka na przeciwnym krańcu kontinuum, lecz ciągłość jest zachowana. Opisuje ją w następujący sposób:

> „Jeśli przyśni mi się (i to zapamiętam i wykorzystam), jak zachować się spotkawszy nielubianą osobę, to nie będzie to odległe od sytuacji, w której przygotowując się do wykładu »odgrywam w głowie« najważniejsze jego fragmenty. Taka symulacja mentalna jest z kolei podobna do nieco bardziej złożonego zabiegu myślowego, gdy wyobrażam sobie zachowanie handlowców po wprowadzeniu

4 H.Ch. Ørsted, *First Introduction to General Physics,* 1811.

5 „Marzyciele, budowniczowie zamków na lodzie, poeci sławiący społeczne lub technologiczne utopie – wszyscy oni eksperymentują w myśli. Nawet ceniony kupiec, jak i pilny wynalazca czy naukowiec to czynią. Każdy z nich wymyśla okoliczności i wiąże z nimi pomysł, oczekiwanie lub założenie osiągnięcia pewnych rezultatów; w ten sposób tworzone są eksperymenty myślowe". E. Mach, *On Thought Experiments,* 1897.

6 Platonicy twierdzą, że eksperyment myślowy pozwala na swoisty wgląd w samą strukturę rzeczywistości, umożliwia dostrzeżenie „praw rządzących światem" jako takich. Ich najczęstszymi oponentami są zwolennicy tezy, że eksperymenty myślowe to wyłącznie „sfabularyzowane argumenty" nieposiadające żadnej autonomicznej wartości poznawczej.

nowego typu podatku – czy i jak będą próbować go unikać, czy jego koszty »przerzucą« na klientów, itd. Nie sposób skutecznie przeprowadzić takiego rozumowania bez praktycznej i teoretycznej wiedzy o prawie podatkowym, zarządzaniu i handlu. Stąd, z kolei, niedaleko już do tak wyrafinowanych konstruktów myślowych jak (…) argument Einsteina, Podolsky'ego i Rosena, którego celem było wykazanie niezupełności mechaniki kwantowej, a który bez wątpliwości zasługuje na miano eksperymentu myślowego"[7].

Eksperyment myślowy nigdy nie jest „otwartym gdybaniem", czystą fantazją, ani też zmyśleniem tworzonym przede wszystkim z myślą o walorach artystycznych, lecz zawsze konstruowany jest w celu przetestowania jakiejś hipotezy czy teorii.

Czym jednak eksperyment myślowy różni się od innych form myślenia za pomocą wyobrażonych sytuacji i jakie są jego szczególne cechy? Po pierwsze, eksperyment myślowy jest zawsze konstruowany w celu przetestowania jakiejś hipotezy czy teorii. Jeden z najstarszych znanych eksperymentów myślowych został sformułowany przez Archytasa z Tarentu[8]; filozof, chcąc podważyć tezę, jakoby świat miał jakiś kraniec, polecał wyobrazić sobie, że ktoś dociera do takiego krańca i chce przebić go włócznią – gdyby włócznia przeszła „przez koniec świata", oznaczałoby to, że jednak jest coś dalej, gdyby zaś odbiła się, znaczyłoby to, że istnieje „ściana" poza mniemanym krańcem świata, od której włócznia może się odbić. Niezależnie od tego, jak oceniamy ten eksperyment myślowy w świetle dzisiejszej wiedzy, wyraźnie widać, że celem opisu tej wyobrażonej sytuacji i całego eksperymentu jest przetestowanie (oraz zgodnie z celem Archytasa – obalenie) hipotezy, jakoby świat miał fizyczny kraniec[9]. Eksperyment myślowy nigdy nie jest „otwartym gdybaniem" ani czystą fantazją. Nie jest też zmyśleniem tworzonym przede wszystkim z myślą o walorach artystycznych, chociaż oczywiście wyobrażone sytuacje zaczerpnięte z fikcji literackiej czy filmowej mogą stanowić kanwę konstruowania eksperymentów myślowych, zaś opisy eksperymentów myślowych mogą mieć same w sobie walor artystyczny czy rozrywkowy[10].

Drugą cechą charakterystyczną łączącą wszystkie eksperymenty myślowe jest ich swoiście rozumiana kontrfaktyczność. Osią każdego eksperymentu myślowego jest wyobrażona sytuacja niejako „powołana do istnienia" właśnie w celu przetestowania jakiejś teorii[11]. Nie oznacza to bynajmniej, że musi być ona szczególnie fantastyczna i dziwaczna, mimo że często można się spotkać z takim definiowaniem eksperymentów myślowych. Słynny eksperyment myślowy Galileusza wykazujący sprzeczność w jednym z arystotelejskich

7 B. Brożek, *Myślenie. Podręcznik użytkownika*, Kraków 2016.

8 Archytas z Tarentu (428–347 p.n.e.) – grecki filozof i matematyk; przyjaciel Platona, należał do szkoły pitagorejczyków.

9 Oczywiście późniejsze odkrycia podważyły argument Archytasa, a Einstein zaatakował drugą przesłankę jego eksperymentu, twierdząc, że skończoność wcale nie musi oznaczać istnienia granicy czy krańca.

10 Wystarczy dostrzec, jak duże odbicie w kulturze, w tym w kulturze masowej, miały takie eksperymenty myślowe jak „mózg w naczyniu" Nozicka czy eksperyment myślowy Einsteina z dwoma zegarami.

11 Istnieją oczywiście wyobrażone sytuacje nie tyle „wymyślone", ile będące swoistą adaptacją jakichś pomysłów fabularnych, zwykłe zaczerpniętych z dzieł kultury.

praw przyrody zawiera opis sytuacji, którą przy niewielkim tylko wysiłku każdy może odtworzyć samemu w rzeczywistości[12]. Siłą eksperymentu myślowego jest jednak to, że odtwarzanie jej nie jest konieczne, stąd również i w takich wypadkach określenie „wyobrażona sytuacja" dobrze oddaje istotę rzeczy. Oczywiście bardzo wiele eksperymentów myślowych jest kontrfaktycznych w ewidentny i często spektakularny sposób. Za przykład mogą tu posłużyć słynne eksperymenty myślowe Alberta Einsteina, w których surfuje się na promieniach światła, a błyskawice uderzają jednocześnie z przodu i z tyłu jadącego pociągu. Również w filozofii umysłu, szczególnie często wykorzystującej eksperymenty myślowe, można znaleźć takie, w których wyobrażone sytuacje są oparte na zupełnie fantastycznych i dziwacznych założeniach[13]. Łączy je wszystkie to, że są konstruowane czy też wymyślane na potrzeby eksperymentu myślowego, którego stanowią oś, oraz że dostateczne dla eksperymentu myślowego wnioski można wyciągnąć na podstawie samej „symulacji mentalnej", bez konieczności tworzenia fizycznych eksperymentów na ich kanwie.

Właśnie owa „mentalna symulacja" i jej kształt decydują o trzeciej charakterystycznej własności eksperymentów myślowych. Ich konkluzje powstają dzięki dynamicznej „grze" pomiędzy wnioskami wynikającymi z „przepuszczenia" testowanej teorii przez wyobrażoną sytuację, a posiadaną przez przeprowadzającego eksperyment myślowy wiedzą tła. Termin ten należy rozumieć możliwie szeroko. *Wiedza tła* jest zatem nie tylko czymś na kształt opisanej przez E. Macha „wiedzy intuicyjnej", lecz składają się na nią również wszystkie posiadane teorie dotyczące rzeczywistości, zdobyta wiedza z różnych dziedzin, a w niemałym stopniu także przekonania czy wyznawane wartości. To sprawia, że *wiedza tła* jest inna u każdego człowieka, ale również, że nie stanowi ona czegoś w rodzaju nieomylnej instancji. Eksperymenty myślowe, które obnażają wewnętrzną sprzeczność w testowanej teorii, są najmocniejsze perswazyjnie, ale też niezwykle rzadkie[14]. Zwykle konfrontacja wniosków z „symulacji mentalnej" z wiedzą tła nie prowadzi do tak jednoznacznych wniosków. Czasem wymusza dostrzeżenie, że testowana hipoteza jest sprzeczna bądź trudna do uzgodnienia z jakąś powszechnie uznawaną teorią naukową czy przekonaniem na temat rzeczywistości. Nieraz eksperyment myślowy pozwala jedynie na zauważenie napięcia pomiędzy testowaną teorią a posiadanymi intuicjami, a chociaż takim wnioskom daleko do efektownych konkluzji eksperymentu Galileusza,

Wiedza tła jest nie tylko czymś na kształt opisanej przez E. Macha „wiedzy intuicyjnej", lecz składają się na nią również wszystkie posiadane teorie dotyczące rzeczywistości, zdobyta wiedza z różnych dziedzin, a w niemałym stopniu także przekonania czy wyznawane wartości.

12 Mowa o eksperymencie polegającym na zrzuceniu z wieży dwóch związanych ze sobą kul, z których jedna jest wyraźnie lżejsza od drugiej.

13 Doskonałe przykłady mogą tutaj stanowić „chiński pokój" Searle'a czy „bliźniacza Ziemia" Putnama.

14 Wzorcowym przykładem tego rodzaju eksperymentu myślowego jest wspominany już eksperyment Galileusza z dwiema kulami.

to nadal mogą one być wartościowe i dawać asumpt do takiej modyfikacji teorii, by owo napięcie zniwelować.

Funkcja eksperymentów myślowych

Stwierdzenie, że celem eksperymentów myślowych jest testowanie teorii i hipotez, jest nieco zbyt ogólne, by mogło stanowić satysfakcjonującą odpowiedź na pytanie o funkcję tego rodzaju rozumowań. Należy odpowiedzieć na pytanie, w jaki sposób takie „testy" są w ogóle możliwe i jakiego rodzaju wgląd w analizowany problem może dać mentalna symulacja fikcyjnej sytuacji. W tym artykule mogę jedynie zasygnalizować złożoność zagadnienia i siłą rzeczy muszę się posłużyć pewnymi skrótami.

Funkcją eksperymentów myślowych, jak zresztą wszystkich rodzajów rozumowań, jest rozwiązywanie problemów. Ze względu na popularność eksperymentów myślowych na niwie fizyki czy filozofii analitycznej można by wysnuć wniosek, że ta metoda rozumowania nadaje się jedynie do określonego rodzaju problemów, zaś na innych polach jest raczej bezużyteczna. Byłoby to stwierdzenie fałszywe[15]. Ze względu na swoje „ewolucyjne pochodzenie" eksperymenty myślowe, często w bardzo rudymentarnej formie, mogą posłużyć do rozwiązywania niemal każdego typu problemów. Problemy podzielić możemy na trzy główne grupy: (1) teoretyczne, (2) praktyczne i (3) interpretacyjne czy też hermeneutyczne. Bartosz Brożek twierdzi, że chociaż w epistemologii można dostrzec tendencję do traktowania problemów teoretycznych jako „wzorcowych" i omawiania problemów praktycznych przez analogię lub w kontraście do nich, to jednak umysł człowieka został przez ewolucję ukształtowany przede wszystkim do radzenia sobie z wyzwaniami praktycznymi, a myślenie teoretyczne stanowi późniejszą sublimację zdolności, które pierwotnie miały służyć do radzenia sobie z codziennymi decyzjami najróżniejszego rodzaju. Eksperyment myślowy również wyrasta z takich form rozumowania; symulacja mentalna sytuacji i „przepuszczenie" przez nią teorii czy hipotezy dotyczącej jakiegoś aspektu rzeczywistości pozwalają na skorzystanie z posiadanej wiedzy czy nawet nieuświadomionych intuicji, do których, rozwiązując dany problem innymi metodami, moglibyśmy nie mieć łatwego dostępu poznawczego.

Umysł człowieka został przez ewolucję ukształtowany przede wszystkim do radzenia sobie z wyzwaniami praktycznymi, a myślenie teoretyczne stanowi późniejszą sublimację zdolności, które pierwotnie miały służyć do radzenia sobie z codziennymi decyzjami najróżniejszego rodzaju.

Eksperymenty myślowe można, nieco umownie, podzielić na trzy rodzaje. Takie, które wykazują wewnętrzną sprzeczność logiczną danej hipotezy czy teorii,[16] wykazujące sprzeczność bądź trudność w uzgodnieniu testowej teorii z innymi powszechnie uznawanymi za wartościowe teoriami[17] i wreszcie te, które wykazują jedynie niezgodność testowanej

15 Wydaje się raczej, że dziedziny, w których jest tak dużo popularnych eksperymentów myślowych, to dziedziny, w których trudno o inne sposoby badania hipotez.

16 Ponownie za modelowy można tu uznać wspominany już wcześniej eksperyment Galileusza.

17 Taki charakter ma słynny kot Schrödingera.

teorii z jakimiś intuicjami czy zwyczajowymi przekonaniami na dany temat. Nietrudno zauważyć, że eksperymenty pierwszego typu są najrzadsze, ale też ich moc perswazyjna jest zdecydowanie największa. Bynajmniej nie oznacza to jednak, że eksperymenty myślowe drugiego i trzeciego rodzaju nie mają istotnej wartości poznawczej.

Ogólny schemat eksperymentu myślowego można przedstawić w następujący sposób:

I. Zaistnienie/sformułowanie problemu, który eksperyment myślowy ma pomóc rozwiązać

Eksperyment myślowy występuje niemal zawsze w szerszym kontekście jakiegoś problemu o charakterze teoretycznym, praktycznym bądź interpretacyjnym. To właśnie ów kontekst umożliwia sformułowanie hipotezy, ale przede wszystkim zarysowuje „domyślną" *wiedzę tła*, z której będzie korzystał eksperymentujący w myślach. Często rezultaty eksperymentu myślowego są jedynie częścią procesu rozwiązywania problemu.

II. Sformułowanie konkretnej hipotezy bądź teorii, która będzie testowana przez wyobrażoną sytuację

Eksperyment myślowy przynosi rezultaty poprzez zderzenie hipotezy z warunkami wyobrażonej sytuacji (III) i posiadaną *wiedzą tła*. Często hipoteza nie jest formułowana *explicite,* ale jest ona niezbędnym warunkiem zaistnienia eksperymentu myślowego, gdyż jego rezultat dotyczy właśnie relacji hipotezy do wniosków wynikających z *wiedzy tła.*

III. Skonstruowanie wyobrażonej sytuacji

Wyobrażona sytuacja jest sercem eksperymentu myślowego. Ma stanowić możliwie najlepszą scenę dla konfrontacji hipotezy czy też teorii (II) z *wiedzą tła*. Narzędziem konstrukcyjnym są w jej wypadku założenia, które zakreślają różnicę pomiędzy stanem, jaki istnieje w wyobrażonej sytuacji, a rzeczywistością. Ilość i skala założeń mogą się od siebie bardzo różnić.

IV. Eksperyment myślowy sensu stricto

Proces „przepuszczenia" hipotezy czy też teorii (II) przez wyobrażoną sytuację (III). Ma on charakter mentalnej symulacji, w której eksperymentujący w myślach rozważa konsekwencje, jakie niesie ze sobą testowana hipoteza w warunkach opisanych założeniami wyobrażonej sytuacji. Konsekwencje te są cały czas zestawiane i porównywane z posiadaną przez eksperymentującego *wiedzą tła.*

V. Sformułowanie rezultatów

Ostatni etap eksperymentu myślowego to sformułowanie wyciągniętych z niego wniosków. Często ma ono formę argumentu przy pominięciu opisu przebiegu samego procesu symulacji mentalnej.

Eksperymenty myślowe w prawie

Na gruncie prawa, tak jak wszędzie indziej, eksperymenty myślowe mogą służyć do rozwiązywania problemów. Istnieje wiele koncepcji opisywania i klasyfikowania typów problemów występujących tak w prawie, jak i prawoznawstwie[18]. Zdecydowałem się przenieść sformułowaną przez Bartosza Brożka, a opisywaną już w niniejszym artykule, koncepcję podziału na trzy zasadnicze typy problemów, gdyż sprzyja ona

Eksperyment myślowy pozwala na skorzystanie z posiadanej wiedzy czy nawet nieuświadomionych intuicji, do których inaczej moglibyśmy nie mieć łatwego dostępu poznawczego.

18 Zob. m.in. Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

osadzeniu rozważań dotyczących roli eksperymentów myślowych w prawie w szerszym kontekście. Jest też zgodna z postulatem zewnętrznej integracji prawoznawstwa, opisując problemy pojawiające się na gruncie prawa za pomocą ogólniejszej klasyfikacji, a także przedstawiając zjawisko, jakim jest prawo, w świetle pewnej teorii na temat myślenia w ogóle. Zdaję sobie oczywiście sprawę, że przyjęcie tak ogólnego podziału jak podział na problemy teoretyczne, praktyczne i interpretacyjne (hermeneutyczne) może prowadzić do pewnych uproszczeń, ale niniejszy artykuł ma na celu jedynie zarysowanie możliwej roli eksperymentów myślowych w prawie.

Może się wydawać, że na gruncie prawa problemy praktyczne będą w sposób zasadniczy dominować, ale problemy interpretacyjne są przecież w praktyce prawnej nieustannie obecne. Nie zawsze da się w jednoznaczny sposób przeprowadzić granicę między jednymi, a drugimi. Również problemy teoretyczne nie występują jedynie w filozofii prawa czy naukach pomocniczych[19], gdyż – przykładowo – w postępowaniach dowodowych również bardzo często trzeba rozstrzygać „jak się sprawy mają", a nie tylko „jaką normę należy zastosować".

Warto zacząć od zlokalizowania eksperymentu myślowego na mapie rozumowań prawniczych jako takich. Często powielane podziały, szczególnie na rozumowania dedukcyjne i niededukcyjne, wydają się mało adekwatne, i to nie tylko w świetle statusu eksperymentów myślowych. W niniejszym artykule przyjmuję, za Bartoszem Brożkiem, inny podział: na rozumowania *rule-based* i rozumowania *case-based*[20]. Te pierwsze wychodzą od ogólnych norm i „schodzą w dół", starając się ująć konkretny przypadek w przyjętą odgórnie „sieć pojęciową"; dobrym przykładem rozumowania *rule-based* jest oczywiście sylogizm prawniczy. Rozumowania *case-based* rozpoczynają się od analizy konkretnego przypadku, by na tym gruncie zrekonstruować normy mające ten przypadek regulować; wydaje się, że najbardziej reprezentatywnym przykładem rozumowania tego rodzaju jest rozumowanie *per analogiam*. Istotne jest zwrócenie uwagi na fakt, że rozumowania jednego typu nie są w stanie w satysfakcjonujący sposób rozstrzygać problemów bez pomocy rozumowań drugiego typu. Opieranie się na samych normach ogólnych okazuje się niewystarczające, na przykład przy próbach określenia, na kim w istocie ciąży obowiązek prawny, zaś rekonstruowanie norm z konkretnego przypadku zawsze musi się w końcu odwołać do jakichś bardziej ogólnych zasad postępowania, by mogły się one w ogóle stać częścią zjawiska, jakim jest prawo. Gdzie w tym podziale miejsce na eksperyment myślowy? Z jednej strony nie ulega

Rozumowania *rule-based* nie są w stanie w satysfakcjonujący sposób rozstrzygać problemów bez pomocy rozumowań *case-based* i odwrotnie. Rekonstruowanie norm z konkretnego przypadku zawsze musi się w końcu odwołać do bardziej ogólnych zasad postępowania.

19 Takie jak np. socjologia prawa czy kryminologia.

20 B. Brożek, *Two Faces of Legal Reasoning: Rule-Based and Case-Based*, Kraków [b.d.w.], s. 8–16; tom dostępny na stronie http://www.academia.edu/28674043/Two_Faces_of_Legal_Reasoning_Rule-Based_and_Case-Based.

wątpliwości, że jest to metoda rozumowania oparta na stosowaniu przykładu, co w naturalny sposób sprzyja zaklasyfikowaniu jej jako metody *case-based*. Istotnie, bardzo często wyobrażone sytuacje stanowią rodzaj „wymyślonych spraw", których przemyślenie czy rozwiązanie może być pomocne w rozstrzyganiu spraw prawdziwych. Rzecz w tym, że wiele eksperymentów myślowych z zakresu prawa nie opiera się na wyobrażonej sytuacji stanowiącej rodzaj „sprawy". Można postawić inną tezę: ze względu na „testujący" charakter eksperymenty myślowe w prawie, stanowiąc swoisty rodzaj rozumowania *case-based*, mogą stanowić czynnik integrujący ze sobą rozumowania *rule-based* i *case-based* poprzez sprawdzenie rezultatów jednego rozumowania „w środowisku" rozumowania innego rodzaju.

Opisane poniżej przykłady eksperymentów myślowych na polu prawa należy opatrzyć pewnym wstępnym komentarzem. Michael A. Bishop w swojej polemice z Johnem Nortonem (który twierdził, że eksperymenty myślowe są po prostu argumentami przedstawionymi w „ilustracyjnej" formie[21]) dokonał interesującego podziału na rezultat eksperymentu myślowego (który często można przekształcić w argument) i sam proces eksperymentowania, który nie daje się do argumentu zredukować[22]. Poszukując eksperymentów myślowych na gruncie prawa, bardzo trudno jest oczywiście odnaleźć sam opis procesu eksperymentowania; sędzia, pisząc uzasadnienie, czy też prawnik, przedstawiając w piśmie procesowym argumentację, będą raczej przedstawiali wynik wcześniej dokonanego eksperymentu myślowego w formie usystematyzowanego argumentu. Nie stanowi to oczywiście aż tak dużego problemu, gdyż większość argumentów opartych o rozumowania hipotetyczne zawiera w sobie eksperyment myślowy, który stoi u ich podstawy – należy go jedynie poddać rekonstrukcji. Podobnie zresztą rzecz się ma z częstymi na gruncie prawa rozumowaniami o charakterze analogicznym[23].

21 J.D. Norton, *Are Thought Experiments Just What You Thought?*, „Canadian Journal of Philosophy" 1996, nr 26, s. 333–366.

22 M.A. Bishop, *Why thought experiments are not arguments*, 1999.

23 Patrz B. Brożek, *Myślenie. Podręcznik użytkownika*, Kraków 2016.

Przykład pierwszy

W pierwszej kolejności przyjrzyjmy się opinii, jaką wydał Urząd Zamówień Publicznych (UZP) na temat jednego z zapisów ustawy Prawo zamówień publicznych[24]. Interesująca z perspektywy niniejszego tekstu opinia dotyczy zagadnienia dopuszczalności korzystania z usług podwykonawców przez firmę, która na mocy art. 136 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych[25] jest zwolniona ze stosowania prawa

24 Opinia Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie dopuszczalności zakupu (usług, dostaw lub robót budowlanych) przez spółki zależne od zamawiających sektorowych u podmiotów trzecich w celu realizacji zadań zleconych przez zamawiających sektorowych na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/obowiazek-wyboru-wykonawcy-zamowienia-na-konkretna-usluge,-dostawe-lub-robote-budowlana-w-oparciu-o-przepisy-ustawy-pzp-oraz-wylaczenie-tego-obowiazku/dopuszczalnosc-zakupu-uslug,-dostaw-lub-robot-budowlanych-przez-spolki-zalezne-od-zamawiajacych-sektorowych-u-podmiotow-trzecich-w-celu-realizacji-zadan-zleconych-przez-zamawiajacych-sektorowych-na-podstawie-art.-136-ust.-1-ustawy-pzp.

25 Art. 136. 1. Ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych na usługi lub roboty budowlane, a w przypadku gdy wykonawcą jest podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lub 4, również na dostawy, jeżeli są udzielane podmiotom:
1) z którymi zamawiający sporządzają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe w rozumieniu przepisów o rachunkowości,
2) w których zamawiający posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
3) które posiadają ponad połowę udziałów albo akcji zamawiającego, posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji zamawiającego, sprawują nadzór nad jego organem zarządzającym lub posiadają prawo mianowania ponad połowy składu jego organu nadzorczego lub zarządzającego,
4) które wspólnie z zamawiającym podlegają określonemu w pkt 3 wpływowi innego przedsiębiorcy – jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiąganych ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych pochodziło ze świadczenia usług, dostaw lub wykonywania robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub podmiotów, o których mowa w pkt 1–4;

zamówień publicznych. Opinia składa się z szeregu argumentów i analiz, które mają na celu interpretację przepisu prawnego w kontekście systemowym. W odniesieniu do podwykonawców Urząd Zamówień Publicznych zauważa:

> „W kontekście przedstawionych wyżej uwag dotyczących braku obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp przez spółki zależne od zamawiających sektorowych zagrożenie dla prawidłowości funkcjonowania systemu zamówień publicznych powoduje sytuacja, w której w celu realizacji zamówień sektorowych, w tym współfinansowanych przez Unię Europejską, zamawiający sektorowi tworzą ad hoc spółki zależne, by na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp udzielać tym spółkom, nie wykonującym działalności sektorowej, a co za tym idzie – nie będącym zamawiającymi, zamówień bez stosowania ustawy, a następnie spółki zależne podzlecają podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień z pominięciem procedur ustawowych. Niewątpliwie, taka praktyka pozostaje w sprzeczności z celem rozwiązania przyjętego w art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, tj. realizacji zleceń na rzecz zamawiającego sektorowego przez wyspecjalizowany w tym celu podmiot – jego spółkę zależną, oraz narusza zasadę konkurencyjności przy zamawianiu dostaw, usług lub robót budowlanych przez zamawiających sektorowych, prowadząc do uchylenia się przez przedsiębiorstwa sektorowe od obowiązku udzielania zamówień zgodnie z ustawą Pzp. W szczególności, swoboda w zakresie podzlecania podmiotom zewnętrznym zamówień uzyskiwanych przez spółkę zależną może prowadzić do praktyki tworzenia spółek zależnych jedynie w celu koordynacji udzielania zamówień przez „spółkę matkę" z pominięciem ustawy, a w konsekwencji – w skrajnym przypadku – braku potrzeby udzielania jakichkolwiek zamówień w trybie ustawy przez zamawiającego sektorowego"[26].

W powyższym fragmencie autor opinii konstruuje eksperyment myślowy i przedstawia wynikające z niego wnioski, które stają się częścią całej opinii. Wyobrażona sytuacja, czy też potencjalnie seria wyobrażonych sytuacji[27], jest w znacznej mierze „zamaskowana", ale zrekonstruowanie jej obecności i charakteru nie przedstawia większych trudności. Teorią czy też hipotezą w rekonstruowanym eksperymencie myślowym jest taka interpretacja art. 136 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą możliwe jest korzystanie przez firmy opisane w tym ustępie z usług podwykonawców; wydaje się, że to stwierdzenie trywialne, ale w przypadku eksperymentów na gruncie prawa ujawnia się ryzyko pomylenia ze sobą testowanej hipotezy z samą wyobrażoną sytuacją[28]. Jakie założenia stoją u podstaw wyobrażonej sytuacji? W cytowanym wyżej fragmencie opinii autor opisuje ją po prostu jako zjawisko, które bezpośrednio wynika z przyjęcia hipotezy za obowiązującą rzeczywistość:

> „W kontekście przedstawionych wyżej uwag (…) zagrożenie dla prawidłowości funkcjonowania systemu zamówień publicznych powoduje sytuacja, w której w celu realizacji zamówień sektorowych (…) zamawiający sektorowi tworzą [wyróżnienia moje – M.T.] ad hoc spółki zależne, by na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp udzielać tym spółkom, nie wykonującym działalności sektorowej, a co za tym idzie – nie będącym zamawiającymi, zamówień bez stosowania ustawy, a następnie spółki zależne podzlecają podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień z pominięciem procedur ustawowych"[29].

w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy niż 3 lata, uwzględnia się przychody uzyskane w okresie tej działalności oraz przychody, które przewiduje się uzyskać w okresie pozostałym do upływu 3 lat.

26 Opinia Urzędu Zamówień Publicznych…, cyt. wyżej (zob. przypis 24).

27 Można zastanawiać się, czy w takiej sytuacji mamy do czynienia z jednym iteracyjnym eksperymentem myślowym, czy też serią eksperymentów myślowych mających rozstrzygnąć ten sam problem; wydaje się jednak, że takie rozróżnienie nie jest kluczowe dla celów niniejszego wywodu.

28 Wynika to z faktu, że testowaną hipotezą często jest jakiś postulat dotyczący tego, jak dany przepis powinien być interpretowany, bądź w ogóle dotyczący jakiegoś potencjalnego rozwiązania prawnego; nietrudno dostrzec podobieństwo takiej hipotezy z wyobrażaniem sobie jakiejś hipotetycznej sytuacji, choćby dlatego, że konstrukcje językowe opisujące obie te kategorie elementów eksperymentu myślowego będą tutaj bardzo podobne.

29 Opinia Urzędu Zamówień Publicznych…, cyt. wyżej (zob. przypis 24).

W cytowanym powyżej fragmencie wyraźnie widać, że wyobrażoną sytuację stanowi proceder wykorzystywania możliwości stwarzanych przez rozważaną interpretację przepisu w taki sposób, że może to prowadzić do całkowitego obejścia prawa o zamówieniach publicznych, lecz została ona opisana tak, jakby wprost wynikała z przyjęcia hipotezy – niemal jako jej naturalna konsekwencja. Wydaje się, że mamy tutaj do czynienia z opisywanym przez Bishopa (i wspomnianym powyżej) zjawiskiem przedstawiania rezultatów eksperymentu myślowego w postaci gotowego argumentu, z pominięciem opisu samego procesu eksperymentowania w myślach. Rzecz w tym, że aby odkryć korelację pomiędzy testowaną hipotezą a praktykami, do jakich ona może prowadzić, potrzebne były jakieś kroki pośrednie. Siłą eksperymentu myślowego jest właśnie możliwość dostrzeżenia takich aspektów i konsekwencji testowanej teorii czy hipotezy, które nie były widoczne gołym okiem. Po opisaniu ich *explicite* takie wnioski czy zależności wydają się często niemal trywialne. Rzecz w tym, a w skomplikowanej rzeczywistości społecznej, jaką reguluje prawo, jest szczególnie istotne, że postulowane hipotezy mogą wywierać na rzeczywistość wpływ w bardzo wielu sferach i pod wieloma różnymi aspektami. Metodyczne przemyślenie wszystkich konsekwencji, jakie może przynieść na przykład postulowana interpretacja przepisu prawnego, jest właściwie niemożliwe bez korzystania z jakiejś formy „myślenia przykładem". W prawie nie jest możliwe myślenie wyłącznie *rule-based,* gdyż normy i reguły ogólne potrzebują zakorzenienia w konkretnych przykładach i przypadkach, by można je było właściwie interpretować i wyznaczać im właściwie granice zastosowania. Często korzystanie z wymyślonych przykładów jest niemal równie skuteczne, jak poszukiwanie realnych przypadków, a dodatkowo zdecydowanie przyspiesza proces rozumowania. Prawdopodobnie, projektując art. 136 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca nie przewidział, że będzie miał on przy dosłownej interpretacji tak daleko idące skutki w przypadku, powszechnego przecież, korzystania przez firmy z usług podwykonawców[30]. Tak jak udany eksperyment myślowy na gruncie nauki pozwala zreorganizować naszą wiedzę w taki sposób, że dostrzegamy zależności i sprzeczności, które wcześniej pozostawały „ukryte", tak samo na gruncie prawa testowanie hipotezy poprzez wymyślanie różnych wyobrażonych sytuacji pozwala zidentyfikować takie „ślepe punkty". W rekonstruowanym eksperymencie myślowym wyobrażoną sytuację stanowi więc taki przykład, w którym zamawiający sektorowi tworzą spółki zależne *ad hoc*, by te mogły podzlecać wy-

Eksperyment myślowy pozwala dostrzec te aspekty i konsekwencje testowanej teorii (hipotezy), które nie byłyby widoczne gołym okiem. Bez korzystania z jakiejś formy „myślenia przykładem" właściwie nie jest możliwe metodyczne przemyślenie wszystkich konsekwencji, jakie może przynieść na przykład postulowana interpretacja przepisu prawnego.

30 Kolejne interesujące zagadnienie: czy eksperymentując w myślach na gruncie prawa, powinniśmy do założeń inkorporować przekonanie, że ustawodawca jest racjonalny, czy też wręcz przeciwnie – eksperyment myślowy powinien korzystać z „nagiej" wiedzy tła?

konanie zadań podmiotom trzecim, omijając w ten sposób prawo zamówień publicznych. Możliwe, że Urząd Zamówień Publicznych zetknął się z takim przypadkiem w rzeczywistości, jest jednak bardziej prawdopodobne, że sytuacja opisana w opinii jako wynikająca z takiej, a nie innej interpretacji („powoduje…", „tworzą") jest wykreowana w wyniku testowania tejże interpretacji poprzez mentalną symulację różnych przypadków, jakie mogą lub mogłyby zajść. Można wręcz stwierdzić, że powinniśmy racjonalnie oczekiwać od organów tworzących i interpretujących prawo takiego właśnie testowania, zanim tego rodzaju sytuacje wydarzą się w rzeczywistości i dojdzie do niepożądanego stanu czy też poważnego problemu interpretacyjnego. Same założenia wyobrażonej sytuacji, co jest zresztą w eksperymentach myślowych na gruncie prawa raczej regułą niż wyjątkiem, mają zdecydowanie „realistyczny" charakter, więc ryzyko, że mogą wystąpić jakieś daleko idące i niedostrzegalne na początku konsekwencje przyjęcia takich założeń, jest raczej niskie.

Pora zastanowić się, w jaki sposób w rekonstruowanym eksperymencie myślowym dochodzi do wyciągnięcia wniosków. Innymi słowy, jaką formę przybiera „gra" pomiędzy hipotezą, wyobrażoną sytuacją i *wiedzą tła*, i do jakich ostatecznie wniosków ten eksperyment myślowy prowadzi. Po pierwsze, widać wyraźnie, że dostrzeżenie konsekwencji, jakie pojawiają się w wyobrażonej sytuacji, wymaga znajomości zarówno prawa zamówień publicznych, jak i ogólnych zasad prawa. Bez znajomości choćby podstaw prawa zamówień publicznych trudno jest nawet dostrzec zarówno szerszy problem, jak i samą hipotezę, zaś ogólna znajomość zasad prawa i konstrukcji tekstów normatywnych buduje przestrzeń zarówno pojęciową jak i „faktyczną" dla przeprowadzenia efektywnej symulacji mentalnej. Przykładowo nie sposób zrozumieć, dlaczego „domyślną interpretację" art. 136 ust. 1 Pzp stanowi ta będąca hipotezą eksperymentu myślowego bez wiedzy, że co do zasady, jeżeli coś nie jest zabronione, to jest dozwolone[31]. Interesującym zagadnieniem jest kwestia statusu tej *wiedzy tła*, który dotyczy raczej samego przebiegu procesów prawnych w najszerszym możliwym rozumieniu, a więc nie tylko zasad i reguł prawnych, przepisów, orzeczeń czy powszechnie akceptowanych praktyk, ale też wszystkiego, co w istocie dzieje się w sądach i poza nimi. Kwestia ta zostanie omówiona w dalszej części artykułu. W rekonstruowanym eksperymencie myślowym dochodzi zatem do mentalnej symulacji takiej sytuacji, w której ktoś, korzystając z takiej możliwości prawnej, przy użyciu specjalnie w tym celu powoływanych spółek zależnych i podzlecaniu robót podwykonawcom, doprowadza do sytuacji, w której *de facto* każdy podmiot może zostać objęty wyjątkiem z przepisu art. 136 ust. 1 Pzp. Testowaną hipotezą czy też teorią jest uznanie takiej interpretacji analizowanego przepisu za właściwą. Widać, że omawiany eksperyment prowadzi do wyraźnych rezultatów, gdyż ukazuje, że taka interpretacja – w ramach wyobrażonej sytuacji – podważa sens istnienia większości regulacji prawa zamówień publicznych; nie mamy tu oczywiście do czynienia ze sprzecznością tak silną jak ta w eksperymencie Galileusza, ale przy pomocy wiedzy na temat celów prawa zamówień publicznych jako całości możemy z łatwością dostrzec wyraźną sprzeczność między tymi celami a rezultatami takiej interpretacji. Opisywany eksperyment myślowy rozstrzyga problem o charakterze hermeneutycznym, gdyż celem UZP jest „odkrycie", jak należy właściwie rozumieć konkretny przepis prawny. Warto jednak mieć świadomość, że w przypadku prawa tego rodzaju problemy interpretacyjne niemal zawsze mają przełożenie na kwestie praktyczne.

Podsumowując, rekonstruowany eksperyment myślowy można uznać za rozumowanie z jednej strony bardzo charakterystyczne dla rozumowań prowadzonych na gruncie prawa, z drugiej zaś za spełniające wszystkie znamiona typowego eksperymentu myślowego. Odtwórzmy w skrócie jego schemat:

I. Problem: w jaki sposób należy interpretować art. 136 ust. 1 Prawa zamówień publicznych?
II. Testowana hipoteza: art. 136 ust. 1 należy rozumieć w taki sposób, że nie nakłada on na podmioty korzystające z opisanego w tym przepisie wyjątku żadnych obowiązków i restrykcji innych niż bezpośrednio opisane.
III. Wyobrażona sytuacja: zamawiający sektorowy tworzy spółki zależne i podzleca im, działając na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych,

31 W tym miejscu należy jednak pamiętać, że nie jest to bezwzględnie obowiązująca i respektowana zasada prawna.

roboty sektorowe, te spółki zaś podzlecają te zadania podmiotom trzecim, już z pominięciem regulacji ustawowych.

IV. Proces eksperymentowania w myślach, a więc *gra* pomiędzy hipotezą, wyobrażoną sytuacją i *wiedzą tła*: skutkiem stosowania testowanej interpretacji dla przypadku opisanego w wyobrażonej sytuacji byłoby całkowite „wymknięcie się" faktycznych wykonawców zleconych prac spod regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych; *wiedza tła* na temat tej gałęzi prawa pozwala zauważyć, że taki stan rzeczy prowadzi do absurdalnego skutku: na podstawie interpretacji jednego z zapisów ustawy Pzp można całkowicie ominąć tę właśnie ustawę i doprowadzić do sytuacji, w której jej przepisy nie będą w ogóle stosowane. Efektem tej symulacji mentalnej jest oczywiście uznanie przedstawionej hipotezy za niewłaściwą i odrzucenie jej.

V. Sformułowanie rezultatów: odpowiedni fragment w omawianej opinii.

Widać wyraźnie, że eksperyment myślowy w tym przypadku jest po prostu swoistą formą *case study*, tak często używanej w dogmatyce prawa. O specyfice eksperymentów myślowych decyduje przede wszystkim fakt, iż kazus jest wymyślany w celu przetestowania jakiejś hipotezy; nie stanowi problemu, który trzeba rozstrzygnąć, jest jedynie „dźwignią wyobraźni"[32] pozwalającą na znalezienie rozwiązania innego problemu. Na przykładzie omówionej powyżej opinii Urzędu Zamówień Publicznych widać jednak wyraźnie, że eksperymenty myślowe na gruncie prawa nie są żadnych *ciałem obcym* czy egzotyczną metodą, która jedynie od czasu do czasu może się pojawić w orbicie zainteresowań prawników. Wręcz przeciwnie – eksperymenty myślowe są w prawie silnie zakorzenione i powszechnie stosowane.

Przykład drugi

W języku stosowanym przez prawników słowa „hipotetycznie" oraz „założenie" pojawiają się bardzo często. Stwierdzenie, że za każdym razem, gdy adwokat, sędzia czy urzędnik używa tych słów, w tle kryje się eksperyment myślowy, byłoby zapewne zbyt daleko idące, ale wydaje się, że można je traktować jako użyteczną hiperbolę. Obszarem, w którym szczególnie często dokonuje się różnego rodzaju hipotetycznych rozważań, są rozstrzygnięcia dokonywane przez sądy najwyższe oraz sądownictwo konstytucyjne. Wynika to z kilku nakładających się czynników. Orzeczenia tego rodzaju sądów i trybunałów bardzo często mają charakter prawotwórczy i to nawet w takich systemach prawnych, które nie wymieniają orzecznictwa sądowego jako oficjalnego źródła prawa[33]. Poza tym, zwykle sprawy rozpatrywane w sądach najwyższych trafiają tam ze względu na ich większe niż w typowych przypadkach skomplikowanie. Wreszcie, szczególnie gdy mowa o sądownictwie konstytucyjnym, konieczne jest rozstrzygnięcie problemu prawnego na podstawie bardzo ogólnych przepisów, co wymaga dużej dozy „prawniczej kreatywności" i umiejętności „osadzenia" decyzji nie tylko w kontekście prawnym, ale też w moralnym, społecznym, a nierzadko politycznym. Wszystko to sprawia, że w postępowaniach przed sądami najwyższych instancji bądź trybunałami zdecydowanie częściej korzysta się nie tylko z argumentów o charakterze analogicznym, ale też z rozumowań wychodzących z hipotetycznych założeń; bardzo często są to eksperymenty myślowe.

Za przykład niech posłuży Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2015 r., o sygnaturze akt P 101/15[34], dotyczące pytania prawnego zadanego przez sąd powszechny. Pytanie sądu dotyczyło sprawy, w której powodowie – pracownicy sądu – twierdzili, że konkretne przepisy ustaw budżetowych na lata 2011, 2012 i 2013 były niezgodne z Konstytucją, gdyż nie waloryzowały wynagrodzeń pracowników (między innymi) sądów; waloryzacje te powinny się były odbywać zgodnie z zapisami ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw[35] na zasadzie wzrostu wynagrodze-

32 Zob. D. Dennet, *Dźwignie wyobraźni i inne narzędzia do myślenia,* Kraków 2015.

33 Jak wiadomo, w Polsce orzeczenia Sądu Najwyższego nie stanowią w myśl konstytucji źródeł prawa, ale ich status jest w rzeczywistości bardzo wysoki i zbliża ich rolę do tej rozpoznawanej w systemach *common law.*

34 http://trybunal.gov.pl/s/p-10115.

35 Tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 79, poz. 431 z późn. zm.

nia odpowiadającego wzrostowi inflacji za dany rok. Brak takiej waloryzacji naruszał, zdaniem powodów (a częściowo i pytającego sądu) konstytucyjną ochronę praw słusznie nabytych, do których należy również prawo do wynagrodzenia. Na uwagę zasługuje dokonana przez sędziów Trybunału Konstytucyjnego analiza przesłanek pozwalających na skuteczne zadanie pytania prawnego Trybunałowi przez sąd. O ile przesłanka podmiotowa i przedmiotowa nie budzą wątpliwości, o tyle przesłanka funkcjonalna staje się przedmiotem bardziej wnikliwej analizy. Oto warunki spełnienia przesłanki funkcjonalnej:

> „Pytanie prawne może być podniesione wyłącznie na tle konkretnej sprawy, a jego przedmiotem może być wyłącznie przepis prawa, który ma bezpośredni związek z toczącym się postępowaniem (por. postanowienie TK z 10 października 2000 r., sygn. P 10/00, OTK ZU nr 6/2000, poz. 195). Tym samym przedmiotem pytania prawnego może być wyłącznie ten przepis, który musi być zastosowany przez sąd w toczącym się postępowaniu i w oparciu o który sąd jest zobowiązany wydać stosowane orzeczenie, a więc który będzie stanowił podstawę rozstrzygnięcia”[36].

Celem sprawdzenia, czy omawiane pytanie prawne spełnia tę przesłankę, Trybunał Konstytucyjny podejmuje rozważania dotyczące wpływu ewentualnego uznania wspominanych przepisów z ustaw budżetowych na lata 2011, 2012 i 2013 za niekonstytucyjne i uchylenie ich na treść rozstrzygnięcia sprawy, w związku z którą sąd zadał pytania prawne.

Rozważania te stanowią eksperyment myślowy, chociaż znów – podobnie jak w poprzednim przykładzie – przedstawione w omawianym uzasadnieniu są jedynie wnioski z niego ujęte w postaci argumentów. Hipoteza testowana w tym eksperymencie głosi, jakoby od odpowiedzenia przez Trybunał na zadane pytanie prawne zależeć miało rozstrzygnięcie w danej sprawie. Wyobrażona sytuacja to rozstrzygnięcie przez zadający pytanie sąd przedmiotowej sprawy przy takim stanie prawnym, jak gdyby Trybunał uznał za niekonstytucyjne rzeczone artykuły ustaw budżetowych. Jest to o tyle ciekawy przykład, że w pewnym sensie „mentalnej symulacji” poddano już taką sytuację w sądzie zadającym pytanie prawne i to na bazie tego wcześniejszego eksperymentu myślowego została w znacznej mierze zbudowana argumentacja sądu zadającego pytanie. Rzecz w tym, że obydwa eksperymenty myślowe miały inne efekty, co wynika w pewnej mierze z „aktywowania się” innej *wiedzy tła,* ale też z innej interpretacji rezultatów zderzenia hipotezy z *wiedzą tła*; takie zjawisko bardzo podobnych lub nawet tożsamych eksperymentów myślowych dających różne rezultaty zdarza się nierzadko i często przynosi fascynujące rezultaty[37]. Trybunał, w tym punkcie podobnie

W postępowaniach przed sądami najwyższych instancji bądź trybunałami zdecydowanie częściej korzysta się nie tylko z argumentów o charakterze analogicznym, ale też z rozumowań wychodzących z hipotetycznych założeń. Nierzadko są to eksperymenty myślowe.

36 Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2015 r., sygn. akt P 101/15.

37 Najsłynniejszy przykład dotyczy sporu pomiędzy Nielsem Bohrem a Albertem Einsteinem na konferencji w Brukseli w 1930 roku. Einstein sformułował eksperyment myślowy,

jak sąd, uznał, że w symulowanej sytuacji doszłoby do pojawienia się luki prawnej:

> „Pytający sąd wskazał, że w hipotetycznym stanie prawnym, powstałym na skutek wyeliminowania z porządku prawnego zaskarżonych przepisów ustaw budżetowych, dopuszczalne byłoby jednak zastosowanie na podstawie art. 300 k.p. na zasadzie analogii legis art. 358 (ze znaczkiem jeden) § 3 k.c. w zakresie instytucji waloryzacji”[38].

Do tego z kolei Trybunał Konstytucyjny ustosunkował się w następujący sposób:

> „Trybunał zwraca uwagę, że w świetle utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, przewidziany w art. 358 (ze znaczkiem jeden) § 3 k.c. mechanizm waloryzacji może być stosowany tylko w odniesieniu do tych wynagrodzeń lub ich składników, które nie zostały wypłacone w terminie (por. uchwała składu siedmiu sędziów SN z 29 czerwca 1995 r., sygn. akt I PZP 5/95, Lex nr 23537 i uchwała SN z 17 kwietnia 1998 r., sygn. akt III ZP 45/97, OSNP nr 24/1998, poz. 712 oraz wyroki SN z: 15 kwietnia 1994 r, sygn. akt I PRN 14/94, OSNP nr 4/1994, poz. 69; 8 października 1996 r., sygn. akt I PRN 90/96, II PRN 90/96 i I PRN 96/96, Lex nr 1222362, OSNP nr 12/1997 poz. 212 i 213 oraz 26 listopada 2013 r., sygn. akt II PK 65/13, OSNP nr 10/2014, poz. 145). Tymczasem w sprawie rozpatrywanej przez pytający sąd wynagrodzenia zostały wypłacone pracownikom w terminie, lecz tylko – zdaniem powodów – w zbyt niskiej wysokości, nie zostały bowiem zwaloryzowane. Pytający sąd w ogóle nie ustosunkował się do powyższej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego, stawiając wbrew niej tezę, że w rozpatrywanej sprawie na podstawie art. 300 k.p. na zasadzie analogii legis możliwe będzie odpowiednie zastosowanie art. 358’ § 3 k.c., mimo że wynagrodzenia zostały wypłacone pracownikom, aczkolwiek – zdaniem powodów – w zbyt niskiej wysokości. Dopuszczalność rozwiązania przedstawionego przez pytający sąd nie została tym samym w dostatecznym stopniu uzasadniona – argumentacja zawarta w pytaniu prawnym jest fragmentaryczna i niekompletna. Nie pozwala ona na ustalenie, czy i w jaki sposób zmieniłoby się rozstrzygnięcie sądu w zawisłej przed nim sprawie, gdyby zaskarżone przepisy prawne utraciły moc obowiązującą wskutek orzeczenia przez Trybunał o ich niezgodności z Konstytucją”[39].

Widać wyraźnie, że zasadniczą różnicę w rezultatach obydwu eksperymentów myślowych powoduje uwzględnienie przez Trybunał Konstytucyjny elementu *wiedzy tła* (linii orzeczniczej Sądu Najwyższego). Oczywiście w grę mogą wchodzić również inne różnice. Pomimo że wyobrażona sytuacja nie ma w niniejszym eksperymencie myślowym charakteru fantastycznego, a na dodatek jest ona mentalną symulacją sytuacji podobnej do realnych sytuacji, z jakimi sędziowie muszą się mierzyć regularnie, to przeprowadzający ją muszą założyć lub „wyciągnąć” z *wiedzy tła* wiele czynników, o których nie sposób powiedzieć, że da się je w prosty sposób wydedukować tylko i wyłącznie z samej analizy stanu prawnego. Oczywiście w uzasadnieniu Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że argumenty sądu okazały się niekompletne, ale przecież aby móc je faktycznie ocenić, konieczny jest właśnie eksperyment myślowy, w którym sędziowie Trybunału sami dokonali „mentalnej symulacji” hipotetycznej sytuacji. Co więcej – sposób, w jaki zostały sformułowane warunki stwierdzenia spełnienia przesłanki funkcjonalnej do zadania pytania prawnego, sprawiają, że praktycznie każdorazowo sędziowie muszą przeprowadzać mniej lub bardziej zawiły eksperyment myślowy w celu przetestowania hipotezy, iż przepisy, w sprawie których zadawane jest pytanie, będą w istocie tymi, na podstawie których sąd będzie orzekał. Trudno bowiem wyobrazić sobie „śledzenie potencjalnych zmian” w prawie w abstrakcyjny, niepodparty przykładem sposób, nawet pamiętając, że sędziowie Trybunału Konstytucyjnego posiadają wybitną wiedzę prawniczą. Czynników, które wy-

zwany „pudełkiem Einsteina”, który miał obalić teorię nieoznaczoności Heisenberga; Bohr w przeciągu jednej nocy obrócił ten sam eksperyment myślowy przeciwko Einsteinowi, wygrywając debatę.

38 Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2015 r., cyt. wyżej.

39 Tamże.

magają analizy, jest bardzo wiele, ale znacznie łatwiej dostrzec nawet te nieoczywiste, bardziej odległe od „merytorycznego centrum" problemy poprzez proces rozpatrywania konkretnego przypadku. Ludzki umysł kształtował się i doskonalił w procesie rozwiązywania praktycznych problemów powstałych w interakcji z otoczeniem i nadal jego zdolności reorganizacji posiadanej wiedzy i dostrzegania niewidocznych początkowo związków uaktywniają się właśnie podczas rozwiązywania konkretnych problemów lub podczas mentalnej symulacji mierzenia się z takim problemem.

Wracając do omawianego eksperymentu myślowego: sędziowie Trybunału Konstytucyjnego dokonali własnej symulacji mentalnej wyobrażonej sytuacji i konfrontując ją z posiadaną *wiedzą tła*, doszli do wniosku, że w razie uznania za niekonstytucyjne zakwestionowanych przez sąd przepisów ustaw budżetowych powstałaby wprawdzie luka prawna, ale zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego nie jest możliwa waloryzacja należności już wypłaconych. Postulowane przez pytający sąd stosowanie *analogia legis* art. 358' § 3 k.c. byłoby wadliwe, gdyż należność została wypłacona powodom w terminie, zaś kwestionowana była jedynie ich wysokość w związku z brakiem realnej waloryzacji. W tym miejscu Trybunał Konstytucyjny kończy eksperyment myślowy, gdyż rozstrzygnął, że pytanie prawne sądu nie spełnia przesłanki funkcjonalnej[40].

Korzystając z podanego wcześniej schematu, można omawiany eksperyment myślowy zrekonstruować w następujący sposób:

I. Problem: czy skarga sądu do Trybunału Konstytucyjnego spełnia przesłankę funkcjonalną?
II. Testowana hipoteza: od rozstrzygnięcia przez Trybunał Konstytucyjny kwestii podniesionej w pytaniu prawnym zależy kształt przedmiotowego rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed pytającym sądem.
III. Wyobrażona sytuacja: orzekanie przez pytający sąd w przedmiotowej sprawie przy takim stanie prawnym, w którym Trybunał Konstytucyjny uchylił kwestionowane przepisy.

Eksperymenty myślowe okazują się najbardziej skuteczne tam, gdzie konieczne jest przeorganizowanie wiedzy w sposób, który ujawni niedostrzegane wcześniej powiązania i zależności, a więc szczególnie przy problemach o charakterze złożonym, interdyscyplinarnym.

IV. Proces eksperymentowania w myślach: „mentalna symulacja" rozstrzygania przez sąd sprawy przy przyjęciu konstytuujących wyobrażoną sytuację założeń i wykorzystaniu posiadanej przez Trybunał Konstytucyjny wiedzy tła na temat obowiązującego prawa i jego obowiązujących interpretacji, w szczególności wyroku Sądu Najwyższego.
V. Sformułowanie rezultatów: opisane w rozważanym postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego.

Omawiając rekonstruowany powyżej eksperyment myślowy, należy przede wszystkim zwrócić uwagę, iż

40 Tu należy nadmienić, że Trybunał Konstytucyjny postanowił tak a nie inaczej nie tylko w oparciu o rezultaty eksperymentu myślowego, ale także ocenę, iż pytanie sądu nie ma dostatecznego znaczenia dla kwestii porządku prawnego i ochrony praw człowieka i obywatela.

ma on bardzo „techniczny" charakter. Trudno oceniać zwięzłość i czytelność jego opisu, gdyż w znacznej mierze postanowienie Trybunału zawiera jedynie przedstawienie wniosków, jakie z niego wynikają. Podobnie jak w poprzednim przykładzie proces samego eksperymentowania jest raczej ukryty. Mimo to wiemy, że jest obecny, gdyż nie istnieje żaden dedukcyjny sposób wyciągania wniosków z sytuacji hipotetycznych czy kontrfaktycznych, dostępny bez uprzedniej, choćby szczątkowej, mentalnej symulacji przebiegu takiej sytuacji. Założenia określające wyobrażoną sytuację są łatwe do zrekonstruowania i w przeważającej mierze predefiniowane ze względu na funkcję, jaką ma spełnić ten eksperyment myślowy; podstawowe kontrfaktyczne założenie każe przyjąć, że zakwestionowane w pytaniu prawnym przepisy zostałyby w istocie uznane za niekonstytucyjne, zaś sprawa miałaby zostać rozpatrzona. Tylko takie założenie pozwala sędziom Trybunału Konstytucyjnego ocenić, czy sąd w istocie orzekałby na podstawie tych przepisów, a więc czy zachodzi przesłanka funkcjonalna do udzielenia odpowiedzi na pytanie prawne. Jest to założenie „realistyczne" i na tyle bliskie rzeczywistości, że można byłoby bronić stwierdzenia, iż nie jest ono dostatecznie „znaczące", by budować wokół niego eksperyment myślowy. Wydaje się jednak, że jest to złudzenie. W systemie tak skomplikowanym jak system prawny każda zmiana może powodować konsekwencje znacznie dalej idące, niż może się początkowo wydawać. To właśnie staranna mentalna symulacja dobrze zakorzeniona w *wiedzy tła* pozwala je prześledzić i uwzględnić. Nie ma żadnego powodu, by zakładać, że jest to założenie „zbyt drobne" w odniesieniu do eksperymentu myślowego jedynie dlatego, że jest proste, a jego przyjęcie nie zmusza do zakwestionowania jakichś istotnych praw rządzących rzeczywistością. Rekonstruowany na podstawie postanowienia Trybunału Konstytucyjnego eksperyment myślowy jest dość prosty na poziomie założeń, ale już proces wyciągania w nim wniosków z analizy przebiegu symulowanej mentalnie sytuacji musi mieć charakter skomplikowany i żmudny; wyraźnie widać, że wymaga on konfrontacji hipotezy i wyobrażonej sytuacji z ogromną i fachową *wiedzą tła*, którą stanowi w tym wypadku wiedza prawnicza, rozumiana nie tylko jako znajomość przepisów czy orzecznictwa, ale przede wszystkim jako umiejętność poruszania się w skomplikowanych i wieloaspektowych zależnościach zarówno wewnątrzprawnych, jak i dotyczących relacji prawa z rzeczywistością społeczną czy innymi systemami normatywnymi. Upraszczając, można stwierdzić, że im lepszy prawnik, tym bogatsze i ściślejsze będą efekty jego „mentalnej symulacji" wyobrażonej sytuacji. Dodatkowo, ze względu na charakter rozwiązywanego problemu Trybunał Konstytucyjny pozyskał z przeprowadzonego eksperymentu myślowego jedynie te wnioski, które były mu niezbędne do stwierdzenia, czy pytanie prawne spełnia przesłankę funkcjonalną.

Eksperymenty myślowe, z których korzysta sędzia Sądu Najwyższego czy też dogmatyk-karnista, nie różnią się w żadnym zasadniczym stopniu od tych używanych przez Alberta Einsteina czy Ludwiga Wittgensteina. Nie ma powodu, by prawnicy nie mogli korzystać z doświadczeń i refleksji dotyczących tej metody rozumowania.

Można sobie z łatwością wyobrazić, że przyjmując inną optykę, można by uznać, że wyciągnięte przez Trybunał Konstytucyjny wnioski są niedostateczne i należy poszukiwać dalszych[41].

Podsumowanie

Może zaskakiwać, że opisane powyżej przykłady eksperymentów myślowych w prawie dotyczą tych jego dziedzin, których problematyka nie kojarzy się raczej z silnym nasyceniem problemami filozoficznymi, a ich praktyka (czy może raczej jej potoczny obraz) wypełnia wizję pozytywistycznego stosowania prawa, gdzie prawnik dokonuje prostej subsumpcji normy prawnej rekonstruowanej z przepisów poprzez narzędzia charakterystyczne dla wykładni językowej. Taki wybór przykładów jest celowy i ma stanowić swoisty argument *a fortiori*: jeżeli eksperymenty myślowe można odnaleźć w prawie zamówień publicznych czy prawie pracy, to tym bardziej są one obecne w tych gałęziach prawa, które częściej generują problemy na styku z moralnością, polityką czy kwestiami społecznymi. Eksperymenty myślowe okazują się najbardziej skuteczne tam, gdzie konieczne jest przeorganizowanie wiedzy (a nierzadko i intuicji) w sposób, który ujawni niedostrzegane wcześniej powiązania i zależności, a więc szczególnie przy problemach o charakterze złożonym, interdyscyplinarnym. Dobry przykład może tu stanowić prawo karne, które jest bardzo silnie skorelowane zarówno z moralnością, jak i polityką bezpieczeństwa.

Dogmatycy prawa karnego, poszukując adekwatnego rozumienia jakiegoś pojęcia, często „testują" jego granice poprzez kreowanie wyobrażonych przypadków. W celu podważenia jakiejś interpretacji bardzo często konstruuje się taki przykład, w którym jej zastosowanie doprowadziłoby do wniosków sprzecznych bądź z zasadami prawa karnego, bądź – wydaje się, że równie często – z powszechnie spotykanymi intuicjami moralnymi. Również w prawie autorskim stosuje się często metodę polegającą na zasymulowaniu wpływu jakiegoś możliwego rozstrzygnięcia na inne sprawy, które mogą się w przyszłości pojawić, a potem ocenia na tej podstawie słuszność takiego rozstrzygnięcia.

Prawo nie stanowi odizolowanej, specyficznej dziedziny aktywności ludzkiej. Często metody uznawane za „typowo prawnicze" są w istocie odpowiednikami metod rozumowania o znacznie bardziej uniwersalnym charakterze.

Na tym etapie rozważań pytanie „dlaczego potrzebujemy eksperymentów myślowych w prawie?" wydaje się więc nie do końca trafne – eksperymenty myślowe są w prawie obecne na płaszczyźnie jego stosowania czy interpretowania. Skoro korzystamy z nich tak czy inaczej, to z pewnością wiedza na temat tego, jak je odnajdywać, ale też świadomie konstruować, może okazać się przydatna tak dla badaczy prawa, jak i samych prawników. Eksperymenty myślowe, z których korzysta sędzia Sądu Najwyższego czy też dogmatyk-karnista, nie różnią się w żadnym zasadniczym stopniu od tych używanych przez Alberta Einsteina czy Ludwiga Wittgensteina, nie ma więc powodu, by prawnicy nie mogli korzystać z doświadczeń i refleksji dotyczących tej metody rozumowania. Świadomość, jakich narzędzi używa się w praktyce, i umiejętność krytycznej oceny jest zawsze krokiem w dobrym kierunku. Prawo nie stanowi odizolowanej, specyficznej dziedziny aktywności ludzkiej. Często metody

41 W sytuacji, gdyby eksperyment myślowy miał służyć rozstrzygnięciu sprawy co do jej istoty.

uznawane za „typowo prawnicze" są w istocie odpowiednikami bądź odmianami metod rozumowania o znacznie bardziej uniwersalnym charakterze, przy tym nierzadko dobrze przebadanych czy przeanalizowanych na innych polach. Nie znaczy to oczywiście, że ich adaptacja na gruncie prawnym i rozumienie ich roli w ramach rozumowań prawniczych nie powinno się odbywać przy świadomości specyfiki prawa i jego metodologicznych odmienności. Eksperymenty myślowe w prawie mają swoją specyfikę, podobnie jak nieco inną funkcję spełniają w filozofii, fizyce czy ekonomii. Mimo to teza, że w każdym wypadku mowa o tym samym sposobie rozumowania, nie wydaje się kontrowersyjna. Analiza roli, jaką w prawie odgrywa i może odgrywać eksperyment myślowy, stanowić może kolejny krok w kierunku pogłębiania naszego rozumienia, w jaki sposób funkcjonuje „prawniczy umysł" i jak można sprawić, by działał lepiej.

Bibliografia

Bishop A.M., *Why thought experiments are not arguments,* „Philosophy of Science" 1999, nr 66, s. 534–541.

Brożek B., *Myślenie. Podręcznik użytkownika,* Kraków 2016.

Brożek B., *Two Faces of Legal Reasoning: Rule-Based and Case-Based,* Kraków [b.d.w.], *http://www.academia.edu/28674043/Two_Faces_of_Legal_Reasoning_Rule-Based_and_Case-Based.*

Dennet D., *Dźwignie wyobraźni i inne narzędzia do myślenia,* Kraków 2015.

Giaro T., *Rzymskie prawdy prawnicze. Eksperyment myślowy* (w:) *Aurea Praxis Aurea Theoria. Księga Pamiątkowa Ku Czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, tom 2, Warszawa 2011.

Mach E., *On Thought Experiment* (w:) *Knowledge and Error,* 1976, s. 134–147.

Norton J. D., *Are Thought Experiments Just What You Thought?*, „Canadian Journal of Philosophy" 1996, nr 26, s. 333–366.

Ørsted H.C., *First Introduction to General Physics,* 1811.

Sorensen R.A, *Thought Experiments,* New York 1992, s. 15.

Ziembiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

Bartłomiej Sierzputowski

Przejęcie zabytku ruchomego w prawie polskim

Bartłomiej Sierzputowski

Doktorant w Zakładzie Międzynarodowego Prawa Publicznego w Instytucie Prawa Międzynarodowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

✉ *bartlomiej3737@wp.pl*

The Takeover of a Movable Monument under Polish Law

The article outlines the problem of takeover of a movable monument under Polish law. It should be pointed out that the institution has a long tradition in the Polish legal system. Where there is a the threat of potential destruction, theft, loss or illegal export abroad, a movable monument may be taken over by the voivodeship inspector of monuments, by means of a decision, to become the property of the State Treasury, and made to serve a cultural, educational or tourist purpose, upon compensation in the amount equivalent to the market value of this monument being made. In the same circumstances, a minister competent for the culture and the protection of national heritage has a duty to issue a decision about a takeover of a movable monument signed on the List of Heritage Treasures. Obviously, the decision to take over a movable monument is a significant limitation of the right to ownership of the monument.

1. Wstęp

Ars auro gemmisque prior – sztuka cenniejsza niż złoto i (drogie) kamienie[1]. Wspomniana łacińska sentencja *expressis verbis* obrazuje, jak ważna, pomimo upływu wieków, jest sztuka dla całej ludzkości. Posiadanie dzieł sztuki na wyłączność od zawsze było znakiem dobrobytu i luksusu, którym otaczali się ich właściciele. Kolekcjonerom sztuki zależało na tym, aby móc jak najdłużej cieszyć się posiadanymi przez siebie dziełami. Stąd też z kwestią własności zabytków wiązało się wiele powinności, m.in. obowiązek utrzymywania ich w należytym stanie, tj. stworzenie odpowiednich warunków do ich przetrzymywania, konserwacja itd. Nie wszyscy jednak wywiązywali się z tych obowiązków. Należy podkreślić, iż nierzadko do niszczenia, uszkodzenia zabytków przyczyniały się zjawiska niezależne od człowieka, takie jak klęski żywiołowe czy konflikty zbrojne. Dlatego też prawodawcy poszczególnych systemów prawnych świata, mając na względzie

1 W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i wyrazów obcojęzycznych*, Warszawa 1989, s. 44.

doświadczenia związane m.in. ze skutkami I oraz II wojny światowej, postanowili uregulować kwestie związane z ewentualnym przejęciem zabytków ruchomych, na wypadek zagrożenia niebezpieczeństwem ich utraty, zniszczenia, uszkodzenia i wywozu za granicę.

Celem niniejszego artykułu jest wykazanie, że instytucja przejęcia zabytku ruchomego odgrywa ważną rolę w polskim systemie prawnym, stanowiąc środek nadzoru konserwatorskiego o największym stopniu ingerencji w prawo własności zabytku ruchomego. Ponadto celem artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy środek nadzoru konserwatorskiego w postaci możliwości przejęcia zabytku ruchomego w drodze decyzji na rzecz Skarbu Państwa, za odpowiednim odszkodowaniem, jest w istocie nadużywany i czy jest zgodny z postanowieniami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[2]. W oparciu o metodologię dogmatyczną oraz historyczną dokonano porównania historycznych aktów prawnych dotyczących problematyki przejęcia zabytku ruchomego w polskim porządku prawnym.

2. Przejęcie zabytku w polskim porządku prawnym

2.1. Dekret Rady Regencyjnej o opiece nad zabytkami sztuki i kultury z dnia 31 października 1918 r.

Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami[3] (dalej: u.o.z.o.z.) nie jest pierwszym aktem prawnym w historii polskiego ustawodawstwa, który regulował problematykę przejęcia zabytku ruchomego w drodze decyzji na rzecz Skarbu Państwa. Precedensowym aktem prawnym, który po raz pierwszy poruszał powyższy problem, był dekret Rady Regencyjnej o opiece nad zabytkami sztuki i kultury z dnia 31 października 1918 r.[4] (dalej: d.o.z.s.k.). Należy jednak wskazać, że mimo iż dekret był pierwszym tego typu aktem prawnym odnoszącym się do tej problematyki, to „nie obejmował on wszystkich ziem polskich, w tym m.in. części województwa śląskiego”[5]. W omawianym historycznym akcie prawa, wydanym jeszcze za czasów Królestwa Polskiego, podjęto jedną z pierwszych prób kompleksowego zdefiniowania pojęcia zabytku ruchomego oraz nieruchomego. Artykuł 1 d.o.z.s.k. zawierał definicję agregatową otwartą[6] pojęcia zabytku i stanowił, że wszelkie zabytki kultury i sztuki znajdujące się w granicach Państwa Polskiego, wpisane do inwentarza zabytków sztuki i kultury, podlegają opiece prawa. Należące do Państwa Polskiego lub do jego obywateli, lub do instytucji polskich zabytki sztuki i kultury znajdujące się za granicą, mogły być przedmiotem szczególnych środków ochrony ze strony władzy państwowej polskiej oraz umów międzynarodowych, stosownie do osobnych w tej mierze postanowień[7]. Jak już było wspomniane, dekret przewidywał w swej treści definicję pojęcia zabytku ruchomego. Zgodnie z art. 18 d.o.z.s.k. za zabytki ruchome mogły być uznane: „przedmioty związane bezpośrednio z przeznaczeniem budynku (ołtarze, ambony, chrzcielnice, stalle, pomniki, nagrobki, trumny w grobach kościelnych wraz z ukrytemi w nich dziełami pracy ręcznej, epitafja, tablice, vota, szaty i naczynia obrzędowe, dzwony itp.) oraz kolekcje przedmiotów, przechowanych w muzeach, w skarbcach i składach świątyń, w zgromadzeniach cechowych, po magistratach, itp., dzieła sztuk plastycznych: obrazy, rzeźby, ryciny, dzieła sztuk zdobniczych i kunsztów cechowych: zbroje, oręże, rzędy, pojazdy, chorągwie, sztandary, arrasy, dywany, makaty, pasy, kilimy, hafty, koronki ubiory, meble, sprzęty, naczynia, zegary, świeczniki, wyroby złotnicze, emalje, szkło, ceramika, kraty, okucia, zamki, godła, znaki, itp., monety, medale, pieczęcie, tłoki mennicze, druki archiwalja, rękopisy zwykłe i ozdobne, oprawy ksiąg, ludowe sprzęty domowe i wyroby przemysłu ludowego”. Opiekę nad zabytkami ruchomymi jak i nieruchomymi sprawowało Ministerstwo Wyznań

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

3 Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1446 z późn. zm.).

4 Dekret Rady Regencyjnej o opiece nad zabytkami sztuki i kultury z dnia 31 października 1918 r. (Dz.Pr.P.P. z 1918 r. nr 16, poz. 36).

5 A. Jagielska-Burduk, *Zabytek ruchomy*, Warszawa 2011, s. 107.

6 K. Zalasińska, K. Zeidler, *Wykład prawa ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2015, s. 37.

7 Art. 1 d.o.z.s.k.

Religijnych i Oświecenia Publicznego[8], zaś czynności związane z opieką nad zabytkami sztuki i kultury sprawowali wówczas konserwatorzy zabytków sztuki i kultury mianowani przez Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego[9] (M.W.R.i.O.P.). Dekret zakazywał niszczenia, usuwania, sprzedaży, zamiany, przerabiania, odnawiania lub rekonstruowania zabytków ruchomych, o ile były one własnością kraju, miast, gmin administracyjnych lub wyznaniowych parafii oraz instytucji społecznych, bez uprzedniego pozwolenia odpowiedniej władzy konserwatorskiej[10].

Czy środek nadzoru konserwatorskiego w postaci możliwości przejęcia zabytku ruchomego w drodze decyzji na rzecz Skarbu Państwa, za odpowiednim odszkodowaniem, jest w istocie nadużywany i czy jest zgodny z postanowieniami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej?

W przypadku gdy zachodziło „niebezpieczeństwo zniszczenia, uszkodzenia lub wywozu zagranicę zabytków ruchomych, będących własnością prywatną a mających wybitne znaczenie narodowe", rząd miał prawo wywłaszczyć je na rzecz jednego z muzeów narodowych[11]. Wspomniane trzy przesłanki, tj. podejrzenie wystąpienia niebezpieczeństwa zniszczenia, uszkodzenia lub wywozu za granicę zabytków ruchomych, dawały możliwość skorzystania z uprawnienia przez ówczesny rząd do wywłaszczenia danego zabytku na rzecz konkretnego muzeum narodowego. Można przypuszczać, że powyższa regulacja podyktowana była obawą utracenia kolejnych zabytków, które mogły podzielić los tych, które zostały zniszczone, uszkodzone itd. podczas trwania I wojny światowej. Dekret przewidywał również specjalną procedurę związaną z postępowaniem przy wywłaszczeniu zabytków i odszkodowaniu. Zgodnie z treścią art. 28 d.o.z.s.k. wywłaszczenie takiego zabytku następowało na mocy reskryptu Rady Regencyjnej, na wniosek M.W.R.i.O.P. Przed wydaniem stosownego reskryptu, konserwator zabytków sztuki i kultury mógł skorzystać z przysługującego mu uprawnienia i na podstawie art. 29 d.o.z.s.k. zarządzić tymczasowe środki zapobiegawcze (np. przekazać zagrożony zabytek do jednego z muzeów narodowych). Jeżeli w przypadku wywłaszczenia lub ograniczenia własności właściciel zabytku ruchomego poniósł jakąkolwiek „stratę materjalną", to mógł on w terminie rocznym, licząc od doręczenia lub ogłoszenia decyzji ostatecznej, o której mowa w art. 28 d.o.z.s.k., złożyć konserwatorowi żądanie wypłaty określonej sumy tytułem odszkodowania. Należy podkreślić, że dekret *expressis verbis* odnosił się w swej treści do konkretnych wysokości odszkodowań, o które mogli ubiegać się właściciele zabytków ruchomych. Jeżeli żądane odszkodowanie nie przekraczało trzech tysięcy marek (4500 koron), to przyznanie wynagrodzenia należało do decyzji konserwatora. Jeżeli zaś wysokość odszkodowania przekraczała ww. sumę pieniędzy, wówczas konserwator przedstawiał rzecz ze swoim wnioskiem do decyzji M.W.R.i.O.P.[12] Artykuł 31 d.o.z.s.k. *in fine* dekretu,

8 Art. 2 d.o.z.s.k.

9 Art. 3 d.o.z.s.k.

10 Art. 20 d.o.z.s.k.

11 Art. 22 d.o.z.s.k.

12 Art. 31 d.o.z.s.k.

stanowił ponadto, że jednocześnie z wydaniem decyzji, przyznającej żądane odszkodowanie w całości lub w części, konserwator, względnie Minister, zarządzi wypłatę tegoż. Co ważne, w przypadku decyzji konserwatora czy też Ministra, która w swej treści nie czyniła zadość żądaniu petenta co do wysokości odszkodowania, petentowi przysługiwało prawo wytoczenia akcji sądowej przeciwko Skarbowi publicznemu, w terminie miesięcznym od dnia doręczenia mu decyzji[13]. Tym samym właściciel zabytku ruchomego mógł odwołać się od decyzji konserwatora i wykazać w sądzie, że należy mu się większe odszkodowanie za pozbawienie go własności do objętego decyzją zabytku, co niewątpliwie było przejawem zasady praworządności, czy też dwuinstancyjności postępowań. Niemniej sam dekret, z perspektywy czasu, ocenia się dziś jako akt, który opracowywano pospiesznie, co sprawiało, że przybierał on postać ustawy ramowej[14].

2.2. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami

Kolejnym aktem prawnym, który regulował kwestię przejęcia zabytku ruchomego, było rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami[15] (dalej: r.o.n.z.). Wspomniane rozporządzenie uchylało dekret z 1918 r. z dniem 29 marca 1928 r. Opisywany akt prawa przewidywał definicję legalną zabytku. Jednak w przeciwieństwie do postanowień d.o.z.s.k. rozporządzenie nie ustanawiało definicji pojęcia zabytku ruchomego. Za zabytek w rozumieniu niniejszego rozporządzenia uznawano każdy przedmiot, tak nieruchomy, jak ruchomy, charakterystyczny dla pewnej epoki i posiadający następujące wartości: artystyczną, kulturalną, historyczną, archeologiczną lub paleontologiczną, stwierdzoną orzeczeniem władzy państwowej, i zasługujący wskutek tego na zachowanie[16].

W myśl art. 2 r.o.n.z. za zabytek mogły być w szczególności uznane m.in. dzieła sztuk plastycznych: obrazy, rzeźby, ryciny; dzieła sztuk zdobniczych i kunsztów cechowych, zbroje, oręże, rzędy, pojazdy, chorągwie, sztandary, arrasy, dywany, makaty, pasy, kilimy, hafty, koronki, ubiory, meble, sprzęty, naczynia, zegary, świeczniki, wyroby złotnicze, emalie, szkło, ceramiki, kraty, okucia, zamki, godła, znaki itp., itd.

Wzorem postanowień dekretu z 1918 r. rozporządzenie zakazywało burzenia, rozkopywania, niszczenia, przerabiania, odnawiania, rekonstruowania, zabudowywania, zdobienia, uzupełniania, przewożenia zabytków, bez uprzedniego zezwolenia władzy konserwatorskiej pierwszej instancji[17] – tzn. wojewódzkich władz administracji ogólnej[18].

Należy podkreślić, że zgodnie z art. 16 r.o.n.z. na właścicieli (posiadaczy) zabytków nałożono obowiązek utrzymywania posiadanych przez nich zabytków w należytym stanie. W myśl art. 18 r.o.n.z. w przypadku zagrożenia niebezpieczeństwem zniszczenia, uszkodzenia, wywozu zabytku za granicę oraz nieuchylenia zagrożenia poprzez wydanie zarządzeń przewidzianych w art. 14 do 16 r.o.n.z.[19], przedmioty uznane za zabytki mogły być wywłaszczone na rzecz Państwa, związków komunalnych lub innych wymienionych w art. 13 r.o.n.z. osób prawnych, które mają na celu opiekę nad zabytkami, o ile te ostatnie o to się ubiegały lub wyrażały na to zgodę. Przepis powyższego artykułu przewidywał znacznie większy krąg podmio-

13 Art. 32 d.o.z.s.k.

14 A. Jagielska-Burduk, *Zabytek*…, dz. cyt., s. 107.

15 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami (Dz.U. z 1928 r. nr 29, poz. 265 z późn. zm.).

16 Art. 1 r.o.n.z.

17 Art. 14 r.o.n.z.

18 Art. 5 r.o.n.z.

19 Władza konserwatorska miała prawo wstrzymać roboty, które były wykonywane bez zezwolenia lub w sposób niewłaściwy, i zmusić właściciela przedmiotu do wykonywania tych robót w sposób właściwy (art. 15 r.o.n.z.). Ponadto mogła nakazać osobom prawnym wymienionym w art. 13 r.o.n.z. (zarządy związków komunalnych, gminy wyznaniowe, osoby prawne kościelne i zakonne Kościoła katolickiego, wszelkie korporacje publiczno-prawne, stowarzyszenia posiadające osobowość prawną, które mają na celu opiekę nad zabytkami) dokonywanie potrzebnych robót konserwatorskich i przedsięwzięcie wszelkich środków niezbędnych dla zabezpieczenia należących do nich zabytków na koszt własny oraz wyznaczać w tym celu terminy. W stosunku do innych osób władza konserwatorska mogła zarządzić dokonanie takich robót i przedsięwzięcie takich środków – w przypadku braku przyzwolenia właściciela (posiadacza) – jedynie na koszt Państwa (art. 16 r.o.n.z.).

tów, na rzecz których mogło nastąpić wywłaszczenie zabytku. W dekrecie z 1918 r. wywłaszczenie zabytku ruchomego mogło nastąpić tylko na rzecz wskazanego muzeum narodowego. Artykuł 18 r.o.n.z. przewidywał, że wywłaszczenie mogło nastąpić na rzecz: Państwa, a ponadto związków komunalnych, gmin wyznaniowych, osób prawnych kościelnych i zakonnych Kościoła katolickiego, korporacji publiczno-prawnych, stowarzyszeń posiadających osobowość prawną, które miały na celu opiekę nad zabytkami. Zatem krąg tych podmiotów był nieporównywalnie większy. Podobnie do postanowień dekretu, r.o.n.z. regulowało szereg przesłanek, które skutkowały wydaniem decyzji o wywłaszczeniu zabytku ruchomego. Trzema głównymi przesłankami w obu aktach prawnych były: zagrożenie niebezpieczeństwem zniszczenia, uszkodzenia, jak i niedozwolonego wywiezienia zabytku ruchomego. Należy wskazać, że zagrożenia te, aby były podstawą do wywłaszczenia zabytku, musiały występować trwale, w sposób nieprzerwany[20].

W rozdziale V r.o.n.z. przewidziano specjalny tryb dotyczący wywłaszczenia zabytków ruchomych. Zgodnie z treścią art. 30 r.o.n.z. wywłaszczenie zabytku ruchomego następowało na mocy orzeczenia władzy konserwatorskiej pierwszej instancji. Orzeczenie doręczano zarówno właścicielowi zabytku, jak i posiadaczowi zabytku. Od chwili doręczenia orzeczenia na posiadaczu zabytku ciążyły obowiązki zarządcy sądowego.

Dekret z 1918 r. stanowił, że wywłaszczenie zabytku ruchomego mogło nastąpić tylko na rzecz wskazanego muzeum narodowego. Z kolei rozporządzenie z 1928 r. przewidywało, że wywłaszczenie mogło nastąpić na rzecz: Państwa, a ponadto związków komunalnych, gmin wyznaniowych, osób prawnych kościelnych i zakonnych Kościoła katolickiego, korporacji publiczno-prawnych, stowarzyszeń posiadających osobowość prawną, które miały na celu opiekę nad zabytkami.

Właścicielowi wywłaszczonego zabytku przysługiwało odpowiednie odszkodowanie. Mogło ono być określone i przyznane w drodze dobrowolnej umowy. Jeśli jednak do zawarcia takiej umowy nie doszło, władza konserwatorska zarządzała rozprawę, na którą wzywany był właściciel zabytku. Jeśli wywłaszczenia dokonywano na rzecz osoby prawnej (związków komunalnych, gmin wyznaniowych, osób prawnych kościelnych i zakonnych Kościoła katolickiego, korporacji publiczno-prawnych, stowarzyszeń posiadających osobowość prawną mających na celu opiekę nad zabytkami, związków samorządowych – art. 18, a także art. 27–28 r.o.n.z.), na rozprawę wzywano również upoważnionego przedstawiciela osoby prawnej.

20 A. Jagielska-Burduk, *Zabytek*..., dz. cyt., s. 117.

Termin rozprawy ogłaszano w dzienniku urzędowym województwa oraz w jednym z dzienników miejscowych. Ponadto na rozprawie mogły zjawić się osoby, które rościły sobie pretensje do wywłaszczonego zabytku, celem obrony swych interesów co do wysokości odszkodowania, jego wypłaty, czy też złożenia do depozytu sądowego.

Możliwość wydania decyzji o wywłaszczeniu zabytku ruchomego – podobnie do postanowień dekretu z 1918 r. – była, na kanwie regulacji rozporządzenia z 1928 r., środkiem nadzoru konserwatorskiego o największym stopniu ingerencji w prawo własności właściciela zabytku ruchomego, umożliwiającym pozbawienie go tego prawa w sposób całkowity, jednakże za odpowiednim odszkodowaniem.

W przeciwieństwie do postanowień dekretu rozporządzenie nie wskazywało na konkretne wysokości odszkodowań w przypadku wywłaszczenia zabytków ruchomych. Zgodnie z treścią przepisu art. 32 r.o.n.z. w celu ustalenia wartości zabytku władza konserwatorska pierwszej instancji powoływała jednego lub więcej rzeczoznawców na zgodny wniosek stron lub według własnego uznania, w przypadku braku ich zgody. Ocenie zabytku podlegała zarówno jego wartość w obrocie wewnętrznym, jak i pomniejszenie tej wartości wskutek ograniczeń, o których stanowiło niniejsze rozporządzenie. Opinia rzeczoznawców nie była wiążąca dla władzy konserwatorskiej, miała jedynie charakter doradczy i mogła być sporządzona w formie pisemnej lub ustnej – w tym ostatnim przypadku wpisywano ją do protokołu[21]. Orzeczenie władzy konserwatorskiej określało wysokość odszkodowania i sposób jego wypłaty – z uwzględnieniem praw osób trzecich (osób roszczących sobie prawo do wywłaszczonego zabytku, o których mowa w art. 31 r.o.n.z.). Należy przy tym odpowiedzieć na pytanie: z jaką chwilą prawo własności zabytku przechodziło na rzecz Państwa lub osoby prawnej, na rzecz której orzeczono wywłaszczenie? Przejście własności zabytku następowało w dwóch sytuacjach: z chwilą uskutecznienia wypłaty odszkodowania lub złożenia odszkodowania do depozytu sądowego. Dodatkowo z tą chwilą władza konserwatorska pierwszej instancji obejmowała lub upoważniała do objęcia zabytku w posiadanie, o ile nie następowało to wcześniej, na podstawie innych przepisów rozporządzenia. Jednakże decyzja o wywłaszczeniu zabytku ruchomego nie miała charakteru ostatecznego[22]. Właściciel oraz osoby trzecie, które wzięły udział w rozprawie, mogły bowiem dochodzić swych praw na drodze sądowej, w terminie sześciu miesięcy od dnia doręczenia im orzeczenia, jeśli czuły się pokrzywdzone orzeczeniem o określeniu odszkodowania.

Możliwość wydania decyzji o wywłaszczeniu zabytku ruchomego – podobnie do postanowień d.o.z.s.k. – była, na kanwie regulacji rozporządzenia z 1928 r., środkiem nadzoru konserwatorskiego o największym stopniu ingerencji w prawo własności właściciela za-

21 Art. 32 r.o.n.z.

22 A. Jagielska-Burduk, *Zabytek*…, dz. cyt., s. 119.

bytku ruchomego, umożliwiającym pozbawienie go tego prawa w sposób całkowity, jednakże za odpowiednim odszkodowaniem.

2.3. Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury

Tuż po zakończeniu działań II wojny światowej, aż do 22 maja 1962 r., aktem prawnym regulującym kwestię ochrony dóbr kultury (w tym problemu przejęcia zabytku ruchomego) było nadal rozporządzenie z 1928 r. Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury[23] (dalej: u.o.d.k.) uchyliła r.o.n.z. z dniem 22 maja 1962 r. Wspomniana ustawa nie zawierała definicji legalnej pojęcia zabytku. Jako pierwszy akt prawny posługiwała się definicją legalną pojęcia dobra kultury. Zgodnie z art. 2 u.o.d.k. dobrem kultury w rozumieniu ustawy był każdy przedmiot ruchomy lub nieruchomy, dawny lub współczesny, mający znaczenie dla dziedzictwa i rozwoju kulturalnego ze względu na jego wartość historyczną, naukową lub artystyczną. W tym aspekcie dobro kultury charakteryzowały podobne cechy, tzn. wartość historyczna, naukowa lub artystyczna, jak w przypadku pojęcia zabytku, którego definicję legalną przewidywało rozporządzenie z 1928 r. Jak słusznie wskazywał J. Grabowski, dopiero z treści art. 4 u.o.d.k. można było się dowiedzieć, że ochronie prawnej podlegały dobra kultury, zwane „zabytkami", które były: wpisane do rejestru zabytków, wpisane w muzeach do inwentarza i wchodziły w skład bibliotek, z wyjątkiem materiałów wchodzących w skład narodowego zasobu archiwalnego, których ochronę regulowały odrębne przepisy, oraz inne, jeżeli ich charakter zabytkowy był oczywisty, o ile nie podlegały ochronie na podstawie odrębnych przepisów[24]. Ponadto u.o.d.k. stanowiła, że ochrona dóbr kultury[25] polegała na zabezpieczeniu ich przed zniszczeniem, uszkodzeniem, dewastacją, zaginięciem lub wywozem za granicę (…)[26]. Tak określone obowiązki, obciążające i spoczywające na właścicielu dobra kultury, miały ogromne znaczenie względem dalszych postanowień tej ustawy.

Pewnym powtórzeniem przepisu nakładającego na właściciela dobra kultury określone obowiązki, przewidziane w art. 3 u.o.d.k, był przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 u.o.d.k., który stanowił, że właściciel i użytkownik zabytku, w zakresie określonym przepisami prawa, obowiązany był dbać o jego zachowanie, a w szczególności obowiązany był zabezpieczyć go przed zniszczeniem, uszkodzeniem i dewastacją. Fakt przestrzegania przez właściciela zabytku obowiązków nałożonych na niego przez ustawodawcę, a także wpisanie posiadanego przez siebie zabytku do rejestru zabytków ruchomych, skutkowało tym, że zabytek nie podlegał przejęciu na własność Państwa na podstawie art. 33 u.o.d.k.[27] Była to zasada ogólna przewidziana przez ówczesnego prawodawcę. Wyjątkiem od tej zasady był przepis art. 26 ust. 2 u.o.d.k., w myśl którego w razie uchylenia się właściciela zabytku od obowiązków wymienionych w art. 25 u.o.d.k. wojewódzki konserwator zabytków (dalej: WKZ) mógł wydać decyzję o pozbawieniu go w całości lub w części uprawnień wynikających z ust. 1 tego artykułu.

Artykuł 33 u.o.d.k. stanowił o tym, że jeżeli właściciel zabytku, a w razie nieustalenia właściciela lub miejsca jego pobytu – użytkownik zabytku, nie przestrzega przepisu art. 25 u.o.d.k. albo jeżeli interes publiczny wymaga przejęcia na własność Państwa zabytku o szczególnej wartości historycznej, naukowej, artystycznej w celu udostępnienia zabytku ogółowi, zabytek może być przejęty na własność Państwa. Jan Grabowski wyróżniał dwie kategorie przesłanek uzasadniających przejęcie zabytku ruchomego. Do pierwszej kategorii przesłanek zaliczał przypadki niespełnienia obowiązków obciążających właściciela, użytkownika zabytku – tzn. faktu zabezpieczenia zabytku przed zniszczeniem, dewastacją, uszkodzeniem itd. Do drugiej kategorii przesłanek zaliczał przypadki, które były uzasadnione interesem publicznym, przy czym podkreślał, że ustalenie, co należy rozumieć

23 Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dób kultury (Dz.U. z 1962 r. nr 10, poz. 48 z późn. zm.).

24 J. Grabowski, *Wywłaszczenie jako środek ochrony zabytków*, „Państwo i Prawo" 1967, z. 3, s. 491.

25 Zgodnie z treścią przepisu art. 5 u.o.d.k., pod względem rzeczowym przedmiotem ochrony mogły być w szczególności: dzieła sztuk plastycznych – rzeźby, malarstwa, dekoracji, grafiki i iluminatorstwa, rzemiosł artystycznych, broni, strojów, numizmatyki i sfragistyki itd.

26 Art. 3 ust. 2 u.o.d.k.

27 Art. 26 ust. 1 pkt 3 u.o.d.k.

pod pojęciem interesu publicznego, przysparza wiele trudności ze względu na nieostrość tego pojęcia[28]. Niemniej jednak niewłaściwe korzystanie z zabytku, nienależyte wykonywanie prawa własności na zabytku, mogło rodzić różne skutki dla jego właściciela, a w końcu mogło doprowadzić do „przekształcenia (…) we własność ogólnospołeczną poprzez wywłaszczenie"[29]. Przejęcia zabytku ruchomego na własność Państwa mógł dokonać WKZ[30] (było to uprawnienie fakultatywne) za odszkodowaniem w wysokości wartości zabytku. Szczegółowy tryb postępowania w sprawie przejmowania zabytku ruchomego na własność Państwa określało rozporządzenie Ministra Kultury i Sztuki z dnia 10 lipca 1963 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania przy przejmowaniu zabytków ruchomych na własność Państwa[31] (dalej: r.s.p.z.p.).

Wspomniane rozporządzenie regulowało zupełnie nowy tryb postępowania przy przejmowaniu zabytku ruchomego na rzecz Państwa. Godny uwagi jest fakt, że w tym przypadku ustawodawca po raz pierwszy posłużył się aktem wykonawczym celem uregulowania omawianych kwestii. W opisanych wyżej regulacjach normy tego rodzaju były częścią jednego aktu prawnego. Zgodnie z postanowieniami r.s.p.z.p. WKZ był obowiązany, przed wszczęciem omawianego postępowania, zaproponować właścicielowi zabytku zawarcie umowy kupna-sprzedaży (która powinna zostać zawarta na piśmie) za cenę ustaloną przez komisję odszkodowawczą[32]. Propozycja zakontraktowania takiej umowy była *conditio sine qua non* całokształtu procedury przejęcia zabytku ruchomego na rzecz Państwa, co podkreślało fakt, że środek w postaci przejęcia zabytku był swojego rodzaju środkiem *ultima ratio*[33]. Jeżeli umowa nie doszła do skutku w przeciągu miesiąca od daty doręczenia właścicielowi zabytku takiej oferty, skutkowało to wszczęciem postępowania o przejęciu zabytku ruchomego na rzecz Państwa, czego dokonywał WKZ. Fakultatywnym uprawnieniem wspomnianego podmiotu była możliwość wydania decyzji o zabezpieczeniu zabytku przez dokonanie zajęcia lub oddanie go pod dozór. Wojewódzki konserwator zabytków mógł tego dokonać równocześnie z wydaniem decyzji o wszczęciu postępowania przejmującego. Po przeprowadzeniu rozprawy WKZ wydawał decyzję o przejęciu zabytku na własność Państwa[34]. Właścicielowi przejętego zabytku ruchomego przysługiwało odpowiednie odszkodowanie, którego wysokość ustalała komisja odszkodowawcza po wysłuchaniu właściciela. Odszkodowanie wypłacano ze środków budżetowych przeznaczonych na zakup muzealiów w ciągu trzech miesięcy, jeśli jego wysokość sięgała do 50 000 zł, zaś nadwyżkę ponad tę kwotę wypłacano w ciągu roku od daty uprawomocnienia się decyzji o przejęciu zabytku. Właścicielowi przejętego zabytku przysługiwało uprawnienie w postaci odwołania się od decyzji o przejęciu do Komisji Odwoławczej przy Ministrze Kultury i Sztuki[35]. Zatem decyzja o przejęciu zabytku ruchomego na rzecz Państwa nie była decyzją ostateczną, która zamykałaby właścicielowi zabytku drogę umożliwiającą ubieganie się o zwiększenie kwot odszkodowania, czy też zmianę decyzji o przejęciu zabytku. Niewątpliwie środek ten był pewnym złagodzeniem samego wymiaru decyzji, którą wydawał WKZ.

28 J. Grabowski, *Wywłaszczenie*…, dz. cyt., s. 493–494.

29 A. Jagielska-Burduk, *Wybrane zagadnienia własności zabytków i dzieł sztuki w prawie PRL-u*, „Zeszyty Prawnicze UKSW" 2011, vol. 11, z. 2, s. 177.

30 Wojewódzki konserwator zabytków – w znaczeniu tej ustawy konserwator miasta wyłączonego z województwa, właściwy ze względu na miejsce, w którym znajduje się zabytek.

31 Rozporządzenie Ministra Kultury i Sztuki z dnia 10 lipca 1963 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania przy przejmowaniu zabytków ruchomych na własność Państwa (Dz.U. z 1963 r. nr 32, poz. 183).

32 Zgodnie z treścią przepisu § 4 ust. 2 r.s.p.z.p. komisję odszkodowawczą powołuje kierownik wydziału kultury prezydium wojewódzkiej rady narodowej (rady narodowej miasta wyłączonego z województwa) w składzie: konserwator jako przewodniczący oraz jako członkowie – dwaj rzeczoznawcy.

33 J. Grabowski, *Wywłaszczenie*…, dz. cyt., s. 496.

34 § 5 ust. 1 r.s.p.z.p.

35 Komisję Odwoławczą powoływał Minister Kultury i Sztuki w składzie: przewodniczący Komisji, jego zastępca oraz 6 członków. Posiedzenia Komisji były jawne, zaś o terminie posiedzenia Komisji powiadamiano zainteresowane strony na piśmie przynajmniej 7 dni przed ww. terminem. Orzeczenia Komisji zapadały większością głosów, w razie równości głosów decydował głos przewodniczącego. Orzeczenie wraz z uzasadnieniem na piśmie doręczano stronom – § 8–9 r.s.p.z.p.

3. Przejęcie zabytku ruchomego w świetle obowiązujących przepisów prawnych

3.1. Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami

Ustawa o ochronie dóbr kultury z 1962 r. obowiązywała aż do 17 listopada 2003 r., kiedy to przepis art. 150 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami uchylił wspomnianą ustawę[36]. Polski ustawodawca, wzorem poprzednich aktów prawnych, także i w tej ustawie postanowił uregulować kwestię związaną z ewentualnym wywłaszczeniem zabytków. Od tego czasu w polskim systemie prawnym istnieją nowe zasady dotyczące przejęcia zabytku ruchomego na rzecz Skarbu Państwa. Warto przy tym podkreślić, że w u.o.z.o.z. przewidziano definicję legalną pojęcia zabytku oraz zabytku ruchomego. Zgodnie z treścią art. 3 pkt 1 u.o.z.o.z. zabytkiem jest nieruchomość lub rzecz ruchoma, ich części lub zespoły, będące dziełem człowieka lub związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową. Z kolei zgodnie z treścią art. 3 pkt 3 u.o.z.o.z. zabytkiem ruchomym jest rzecz ruchoma, jej część lub zespół rzeczy ruchomych, o których mowa w art. 3 pkt 1 u.o.z.o.z.

Polski ustawodawca nałożył na organy administracji publicznej obowiązek podejmowania działań na rzecz ochrony zabytków, w tym m.in. obowiązek zapobiegania zagrożeniom mogącym spowodować uszczerbek dla wartości zabytków. Należy wskazać, że sam właściciel zabytku jest obowiązany do opieki nad zabytkiem, w tym m.in. do zabezpieczenia i utrzymania zabytku oraz jego otoczenia w jak najlepszym stanie, a także do korzystania z zabytku w sposób zapewniający trwałe zachowanie jego wartości[37]. W ramach ciążącego na organach administracji publicznej obowiązku ochrony zabytków, organom tym przysługują pewne środki nadzoru konserwatorskiego, które mają na celu sprawowanie pieczy nad stanem zabytku ruchomego wpisanego do rejestru zabytków ruchomych. Warto podkreślić, że tylko wobec takiego zabytku organy te mają prawo stosować ww. środki, które są przejawem ograniczenia, ingerencji w prawo własności nad zabytkami. Środkami o największym stopniu reglamentacji są uprawnienia WKZ do wydania, odpowiednio, decyzji o zabezpieczeniu zabytku oraz decyzji o przejęciu zabytku ruchomego na rzecz Skarbu Państwa za odpowiednim odszkodowaniem. Oba te środki skutkują bezpośrednio utratą posiadania

Środkami o największym stopniu reglamentacji są uprawnienia WKZ do wydania, odpowiednio, decyzji o zabezpieczeniu zabytku oraz decyzji o przejęciu zabytku ruchomego na rzecz Skarbu Państwa za odpowiednim odszkodowaniem. Oba te środki skutkują bezpośrednio utratą posiadania zabytku przez właściciela.

36 K. Zeidler, *Restytucja dóbr kultury ze stanowiska filozofii prawa*, Warszawa 2011, s. 76.

37 Art. 5 pkt 3–4 u.o.z.o.z.

zabytku przez właściciela[38]. Wojewódzki konserwator zabytków może wydać decyzję o zabezpieczeniu zabytku ruchomego (w formie ustanowienia czasowego zajęcia do czasu usunięcia zagrożenia) w przypadku wystąpienia zagrożenia polegającego na możliwości zniszczenia, uszkodzenia, kradzieży, zaginięcia lub nielegalnego wywiezienia za granicę zabytku ruchomego wpisanego do rejestru. Jest to uprawnienie o charakterze fakultatywnym i to od decyzji WKZ zależy, czy z niego skorzysta, czy też nie, oceniając, czy zagrożenie jest realne. Monika Drela wskazuje, że sama możliwość, prawdopodobieństwo wystąpienia zagrożenia, jest wystarczającą przesłanką do tego, aby WKZ mógł z powyższego uprawnienia skorzystać[39]. Należy podkreślić, że na mocy ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz ustawy o muzeach[40] (dalej: u.u.o.z.o.z.m.) ustawodawca wprowadził do polskiego sytemu prawnego dodatkową formę ochrony zabytków – tzw. wpis na Listę Skarbów Dziedzictwa[41]. Mając na uwadze powyższe, zgodnie z treścią znowelizowanego art. 50 ust. 1 u.o.z.o.z., w tych samych okolicznościach, tzn. w przypadku wystąpienia zagrożenia polegającego na możliwości zniszczenia, uszkodzenia, kradzieży, zaginięcia lub nielegalnego wywiezienia za granicę zabytku ruchomego wpisanego na Listę Skarbów Dziedzictwa[42], minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, w przeciwieństwie do WKZ, ma obowiązek wydać decyzję o zabezpieczeniu tego zabytku w formie ustanowienia czasowego zajęcia, do chwili usunięcia zagrożenia. Czasowe zajęcie zabytku ruchomego polega na przekazaniu go, w zależności od rodzaju zabytku, do muzeum, archiwum lub biblioteki. W tym aspekcie można zauważyć podobieństwo do regulacji zawartych w art. 29 d.o.z.s.k., na mocy którego utrata posiadania zabytku ruchomego w postaci zastosowania środków zapobiegawczych mogła nastąpić na rzecz wskazanego muzeum narodowego. Środkiem konserwatorskim o największym stopniu ingerencji w prawo własności zabytku, przewidzianym obowiązującą ustawą, jest wydanie decyzji o przejęciu zabytku ruchomego na rzecz Skarbu Państwa za odpowiednim odszkodowaniem. Zgodnie z treścią art. 50 ust. 4 pkt 1 u.o.z.o.z., jeżeli nie jest możliwe usunięcie zagrożenia, o którym mowa w ust. 1 tego artykułu, zabytek ruchomy może być przejęty przez WKZ, w drodze decyzji, na własność Skarbu Państwa, z przeznaczeniem na cele kultury, oświaty lub turystyki, za odszkodowaniem odpowiadającym wartości rynkowej tego zabytku. Ustawowymi przesłankami umożliwiającymi WKZ wydanie decyzji o przejęciu zabytku na rzecz Skarbu Państwa (w tym przypadku jest to uprawnienie o charakterze fakultatywnym) są: niemożliwość usunięcia zagrożenia zniszczenia, uszkodzenia, kradzieży, zaginięcia lub nielegalnego wywiezienia za granicę zabytku wpisanego do rejestru zabytków. Ustawodawca, w porównaniu do poprzednich aktów prawnych, postanowił wyraźnie zawęzić, pomniejszyć katalog przesłanek skutkujących pozbawieniem prawa własności zabytku, przysługującego jego właścicielowi[43]. Ponadto od 25 listopada 2016 r., tzn. od momentu wejścia w życie u.u.o.z.o.z.m., na podstawie art. 50 ust. 4 pkt 1a u.o.z.o.z., w przypadku niemożliwości usunięcia zagrożeń, o których mowa wyżej, minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego przejmuje (brak fakultatywności) zabytek ruchomy wpisany na Listę Skarbów Dziedzictwa w drodze decyzji, na własność Skarbu Państwa, z przeznaczeniem na cele kultury, za odszkodowaniem odpowiadającym wartości rynkowej tego zabytku. Jest to nowa regulacja, z której minister jeszcze nie może w pełni skorzystać, ponieważ na dzień 15 marca 2017 r. Lista Skarbów Dziedzictwa nie funkcjonuje jeszcze w polskim porządku prawnym. Powyższy stan prawny wynika z faktu, że projekt rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego w sprawie Listy Skarbów Dziedzictwa

38 A. Jagielska-Burduk, *Zabytek*..., dz. cyt., s. 157.

39 M. Drela, *Własność zabytków*, Warszawa 2006, s. 142.

40 Ustawa z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz ustawy o muzeach (Dz.U. z 2016 r. poz. 1330).

41 Art. 7 pkt 1a u.o.z.o.z.

42 Zgodnie z treścią art. 14a ust. 2 u.o.z.o.z. na Listę Skarbów Dziedzictwa wpisuje się zabytek ruchomy o szczególnej wartości dla dziedzictwa kulturowego, zaliczany do jednej z kategorii, o których mowa w art. 64 ust. 1, na podstawie decyzji wydanej przez ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, z urzędu albo na wniosek właściciela zabytku ruchomego.

43 A. Jagielska-Burduk, *Zabytek*..., dz. cyt.

na dzień 1 lutego 2017 r. znajduje się dopiero na etapie uzgodnień[44]. Jak słusznie zauważyła A. Jagielska-Burduk, oba środki konserwatorskie w postaci wydania decyzji o zabezpieczeniu lub przejęciu zabytku ruchomego mogą występować samodzielnie, ale mogą też być zastosowane jeden po drugim[45]. To sprawia, że to od decyzji organu administracji publicznej, w tym przypadku WKZ lub ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, zależy, który środek nadzoru zastosuje względem zabytku ruchomego. Ustawodawca nie określił między tymi dwoma rozwiązaniami, tzn. wydaniem decyzji o zabezpieczeniu zabytku ruchomego a wydaniem decyzji o przejęciu takiego zabytku na rzecz Skarbu Państwa, żadnej granicy czasowej. Zatem to od uznania ww. organów będzie zależeć, czy ewentualne wystąpienie zagrożenia wobec zabytku ruchomego jest możliwe do usunięcia, czy też nie i względem tego ustalenie, czy dalsza zwłoka z wydaniem decyzji o przejęciu zabytku byłaby celowa[46].

Środek w postaci przejęcia zabytku ruchomego trafnie skomentował Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. II SA/Gd 400/11[47], zgodnie z którym „normy zawarte w art. 50 ust. 4 u.o.z.o.z. kreują instrumenty reglamentacyjne o szczególnym stopniu ingerencyjności, posuwającym się aż do całkowitego pozbawienia praw do zabytku wpisanego do rejestru". Ponadto, zgodnie z treścią tego wyroku, przepisy wskazanego artykułu znajdą zastosowanie w sytuacjach, gdy realizacja zadań organów administracji publicznej związanych z ochroną zabytków nie jest możliwa do przeprowadzenia w żaden inny przewidziany prawem sposób.

Przy okazji omawiania tej problematyki warto odpowiedzieć na następujące pytanie: czy środek nadzoru konserwatorskiego w postaci przejęcia zabytku ruchomego w drodze decyzji na rzecz Skarbu Państwa, za odpowiednim odszkodowaniem, stanowi naruszenie postanowień Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej? Od momentu obowiązywania u.o.z.o.z. do dziś nie zaskarżono przepisu art. 50 ust. 4 pkt 1 u.o.z.o.z. jako niekonstytucyjnego, stąd też nie był on przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK). Postanowieniem z dnia 15 grudnia 2009 r., sygn. Ts 189/08[48], TK odmówił jedynie nadania dalszego biegu skardze konstytucyjnej, która dotyczyła zbadania zgodności „art. 3 pkt 1, 12 i 15, art. 9 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 11, art. 38 ust. 3, art. 49 ust. 1, art. 50 ust. 3 i ust. 4 pkt 1, art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (…) z art. 31 ust. 3 oraz art. 64 ust. 2 i 3 w związku z art. 21 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej"[49]. W treści wspomnianego postanowienia TK wskazał, że „skarżący oczekiwali zbadania konstytucyjności tych przepisów, opierając się na hipotetycznym stanie naruszenia ich praw, do którego może dojść w razie zastosowania tychże regulacji w przyszłości"[50].

W dniu 31 lipca 2015 r. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, na podstawie art. 122 ust. 3 Konstytucji RP, wniósł o zbadanie zgodności z Konstytucją ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz ustawy o muzeach. Wspomnianej ustawie Prezydent zarzucił: niezgodność art. 1 pkt 6 – w części dodawanego do ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. – art. 14 a ust. 2 – z art. 2 i art. 64 Konstytucji, a także niezgodność art. 1 pkt 20 lit. b w części dodawanego w art. 50 ust. 4 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r., punktu 1a – z art. 2 oraz art. 64 ust. 1 i 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W wyroku TK z dnia 25 maja 2016 r., sygn. Kp 2/15[51], Trybunał wskazał, że problem konstytucyjny sprowadzał się m.in. do pytania: „czy przewidziane w art. 1 pkt 20 lit. b ustawy zmieniającej[52] wywłaszczenie z rzeczy ruchomej jest

44 https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12294803/katalog/12411823#12411823 (dostęp: 15.03.2017). Notka od redakcji: po złożeniu tekstu Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego wydał w dniu 28.04.2017 r. Rozporządzenie w sprawie Listy Skarbów Dziedzictwa (Dz.U. z 2017, poz. 928).

45 A. Jagielska-Burduk, *Zabytek*…, dz. cyt., s. 157.

46 R. Golat, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*, Zakamycze 2004, LEX nr 8234.

47 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 15 czerwca 2011 r., II SA/Gd 400/11, LEX nr 992924.

48 Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 grudnia 2009 r., Ts 189/09 (292/4/B/2010).

49 Tamże.

50 Tamże.

51 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2016 r., Kp 2/15, LEX nr 2048477.

52 Art. 1 pkt 20 lit. b. u.u.o.z.o.z.m. stanowi, że: w art. 50 w ust. 4 po pkt 1 dodaje się pkt 1a w brzmieniu: „1a) zabytek ruchomy

zgodne z konstytucyjnymi wymogami?". Tym samym wzorcem kontroli w tej sprawie okazał się art. 2, art. 21 ust. 2 oraz art. 64 ust. 1 i 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. TK stwierdził, że „art. 1 pkt 20 lit. b ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. (…), dodający art. 50 ust. 4 pkt 1a do ustawy z 23 lipca 2003 r. (…), jest zgodny z art. 21 ust. 2 Konstytucji oraz z wynikającą z art. 2 Konstytucji zasadą poprawnej legislacji"[53]. Artykuł 21 ust. 2 Konstytucji RP stanowi, że wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem. Konstytucja nie wyklucza, że mogą „zaistnieć sytuacje, w których niezbędna jest zmiana właściciela"[54]. W ocenie TK „wywłaszczenie z zabytku wpisanego na Listę Skarbów Dziedzictwa zostało celowościowo uwarunkowane przez ustawodawcę i nie może stanowić narzędzia organów władzy publicznej lub środka służącego powiększaniu majątku Skarbu Państwa"[55]. Ponadto, zgodnie z treścią uzasadnienia tego wyroku, art. 1 pkt 20 lit. b ustawy zmieniającej spełnia również wymogi: niezbędności, sprawiedliwości proceduralnej, sprawiedliwości wyrównawczej, co do oceny zgodności z art. 21 ust. 2 Konstytucji. Stąd też przejęcie zabytku wpisanego na Listę Skarbów Dziedzictwa jest możliwe, gdy zagrożenia uzasadniające jego wywłaszczenie są realne i bezpośrednie. Okoliczności warunkujące możliwość przejęcia takiego zabytku zostały określone przez ustawodawcę w sposób precyzyjny i komunikatywny (jest to *numerus clausus* tych okoliczności, do których zalicza się zniszczenie, uszkodzenie, kradzież, zaginięcie, nielegalny wywóz). Jednak jak podkreślił TK w opisywanym wyroku, „wywłaszczenie może natomiast nastąpić dopiero po rozważeniu zastosowania innych środków ochrony przewidzianych w ustawie"[56], stanowiąc, iż środek w postaci wywłaszczenia należy traktować jako środek o charakterze ostatecznym – tzw. *ultima ratio*.

Przejęcie zabytku wpisanego na Listę Skarbów Dziedzictwa jest możliwe, gdy zagrożenia uzasadniające jego wywłaszczenie są realne i bezpośrednie. Okoliczności warunkujące możliwość przejęcia takiego zabytku zostały określone przez ustawodawcę w sposób precyzyjny i komunikatywny.

Ze względu na budowę i treść przepisu art. 50 ust. 4 pkt 1 u.o.z.o.z., a tym samym podobieństwo do regulacji zawartej w art. 50 ust. 4 pkt 1a tej ustawy, słuszne wydaje się twierdzenie, że przepis art. 50 ust. 4 pkt 1 u.o.z.o.z. (mimo że nie był przedmiotem rozważań TK nad zgodnością z Konstytucją) jest zgodny m.in. z art. 21 ust. 2 Konstytucji i nie stanowi naruszeń postanowień ustawy zasadniczej dotyczących problematyki wywłaszczenia.

wpisany na Listę Skarbów Dziedzictwa zostaje przejęty przez ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego w drodze decyzji, na własność Skarbu Państwa, z przeznaczeniem na cele kultury, za odszkodowaniem odpowiadającym wartości rynkowej tego zabytku".

53 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2016 r., Kp 2/15, LEX nr 2048477.

54 W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX nr 8778.

55 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2016 r., Kp 2/15, LEX nr 2048477.

56 Tamże.

Ponadto pytaniem, na które należałoby również udzielić odpowiedzi, jest to, czy kiedykolwiek, od momentu obowiązywania ustawy z dnia 23 lipca 2003 r., właściwy WKZ zdecydował się przejąć zabytek ruchomy na rzecz Skarbu Państwa? Na powyższe pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. O ile w większości przypadków, tzn. w przypadku piętnastu WKZ, taki przypadek nie miał miejsca, o tyle Warmińsko-Mazurski Wojewódzki Konserwator Zabytków na podstawie art. 50 ust. 4 pkt 1 u.o.z.o.z. wydał jedną decyzję w sprawie przejęcia na własność Skarbu Państwa „wyposażenia domu – pracowni pisarza Zbigniewa Nowickiego (Nienackiego) w Jerzwałdzie, wpisanego do rejestru zabytków ruchomych decyzją Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Olsztynie z dnia 30.12.1996 r."[57]. Jest to jedyny przypadek w Polsce, tuż od momentu obowiązywania ustawy z dnia 23 lipca 2003 r., kiedy to właściwy organ administracji publicznej skorzystał z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 50 ust. 4 pkt 1 u.o.z.o.z. Warto podkreślić, że Kujawsko-Pomorski Wojewódzki Konserwator Zabytków wskazał, że „zagrożonych zabytków ruchomych wpisanych do rejestru zabytków nie przejęto na rzecz Skarbu Państwa również na podstawie wcześniej obowiązującej ustawy z 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury (art. 34 i art. 37 ust. 1 tej ustawy)"[58]. Z kolei, jak to było wyżej wskazane, Lista Skarbów Dziedzictwa w praktyce jeszcze nie funkcjonuje, toteż żaden zabytek ruchomy nie został na nią wpisany, a tym samym nie nastąpiło jakiekolwiek przejęcie takiego zabytku w drodze decyzji na rzecz Skarbu Państwa. Czy można zatem stwierdzić, że opisywany środek nadzoru konserwatorskiego jest w praktyce nadużywany? Na tak postawione pytanie nasuwa się odpowiedź przecząca, ponieważ wydanie jednej decyzji o przejęciu zabytku ruchomego nie może stanowić o nadużywaniu tego środka nadzoru w praktyce.

Przejęcie zabytku ruchomego na rzecz Skarbu Państwa następuje w wyniku wydania decyzji administracyjnej przez, odpowiednio, WKZ lub ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego (w przypadku zabytku ruchomego wpisanego na Listę Skarbów Dziedzictwa). Nie można tym samym w pełni zgodzić się ze stanowiskiem, że brak jest obecnie regulacji, które precyzowałyby sposób postępowania wywłaszczeniowego w sprawie przejęcia zabytku ruchomego[59]. Jak trafnie wskazał TK, w cytowanym wyroku o sygn. Kp 2/15, mimo że „ustawodawca nie przewidział odrębnej procedury wywłaszczenia z zabytku ruchomego, nie odesłał wprost do procedury uregulowanej w przepisach o gospodarce nieruchomościami właściwej dla zabytków nieruchomych, jak również nie upoważnił ministra do wydania aktu wykonawczego regulującego procedurę pozbawienia prawa własności zabytku ruchomego", to należy „uwzględnić, że wywłaszczenie z zabytku ruchomego ma formę decyzji administracyjnej wydawanej w ramach procedury uregulowanej w kpa oraz podlega sądowoadministracyjnej kontroli na podstawie przepisów ppsa"[60]. Zatem w przypadku wydania decyzji o przejęciu zabytku ruchomego przez WKZ oraz ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego znajdą zastosowanie przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego[61] (dalej: k.p.a.). Tym samym, od decyzji WKZ właścicielowi przejętego zabytku przysługuje odwołanie do organu administracji publicznej wyższego stopnia[62], zaś od decyzji ministra właściwego do spraw kultury i dziedzictwa narodowego w sprawie przejęcia zabytku ruchomego wpisanego na Listę Skarbów Dziedzictwa, zgodnie z k.p.a., nie służy odwołanie, jednakże strona niezadowolona z decyzji może zwrócić się do tego organu z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy

57 Odpowiedź Warmińsko-Mazurskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków na wniosek o udostępnienie informacji publicznej (stan prawny na dzień 18.01.2017 r.).

58 Odpowiedź Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków na wniosek o udostępnienie informacji publicznej.

59 A. Jagielska-Burduk, *Zabytek*…, dz. cyt., s. 159. Należy jednak wskazać, iż obecnie brak jest regulacji dot. sposobu finansowania przejęcia zabytku ruchomego.

60 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2016 r., Kp 2/15, LEX nr 2048477.

61 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 23).

62 Art. 127 § 1–2 k.p.a.

(do wniosku tego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji)[63]. Niemniej kwestią bezsporną jest to, że ustawodawca nie uregulował problemu dotyczącego sposobu finansowania przejęcia zabytku. Poruszona wyżej problematyka powinna być uregulowana w rozdziale 7 u.o.z.o.z., który stanowi o zasadach finansowania opieki nad zabytkami, lub w odrębnym akcie wykonawczym.

Mając na uwadze powyższe, należy zgodzić się ze stanowiskiem, że „ustawa (…) z dnia 23 lipca 2003 r. musi być oceniona jako silnie ingerująca w wykonywanie prawa własności (…)"[64].

4. *Podsumowanie*

Bezsprzecznie możliwość przejęcia zabytku ruchomego jest w prawie polskim instrumentem reglamentacyjnym o największym stopniu ingerencji, skutkującym całkowitym „pozbawieniem praw dysponenta do zabytku wpisanego do rejestru"[65]. Precedensowym aktem prawnym, który po raz pierwszy uregulował opisywany instrument prawny, był dekret z dnia 31 października 1918 r. W przyszłym roku minie zatem sto lat od momentu, gdy w polskim systemie prawa ustawodawca przyznał odpowiednim organom administracji publicznej uprawnienie do przejęcia zabytku ruchomego w drodze decyzji na rzecz Państwa. Tym samym, jak trafnie wskazał TK w wyroku o sygn. Kp 2/15, „pomimo różnego kontekstu aksjologicznego, historycznego oraz różnych rozwiązań szczegółowych, zagrożenie zniszczeniem, uszkodzeniem albo nielegalnym wywozem upoważniało organy władzy publicznej do wywłaszczenia z zabytku ruchomego (art. 22 dekretu z 1918 r., art. 18 rozporządzenia z 1928 r. oraz art. 33 w związku z art. 25 ustawy z 1962 r.)"[66]. Przy okazji omawiania ww. aktów prawa należy zwrócić uwagę, że w dekrecie z 1918 r. oraz w rozporządzeniu z 1928 r. ustawodawca posługuje się pojęciem „wywłaszczenia zabytku ruchomego", zaś po II wojnie światowej, w ustawie z 1962 r. prawodawca używa pojęcia „przejęcia zabytku ruchomego", co zostało powtórzone w ustawie z 2003 r. Jest to pewnego rodzaju niekonsekwencja prawodawcy w stosowaniu tej terminologii. Powinna ona być dostosowana do siatki pojęciowej występującej w pozostałych aktach prawa, w tym przede wszystkim w ustawie zasadniczej, której art. 21 ust. 2 stanowi

Środek nadzoru konserwatorskiego w postaci możliwości wydania decyzji o przejęciu zabytku ruchomego na rzecz Skarbu Państwa nie jest uprawnieniem, z którego często korzystają WKZ. Jedyny przypadek przejęcia zabytku ruchomego, tuż od momentu wejścia w życie u.o.z.o.z., świadczy o tym, że środek ten nie jest w praktyce nadużywany.

63 Art. 127 § 3 k.p.a.

64 A. Młynarska-Sobaczewska, *Ochrona zabytków jako ograniczenie prawa własności rzeczy zabytkowej. Uwagi na tle orzeczenia ETPC w sprawie* Połomscy przeciwko Polsce *z dnia 29 marca 2011 r.*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2011, nr 2, s. 190.

65 A. Michalak, A. Ginter, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 305.

66 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2016 r., Kp 2/15, LEX nr 2048477.

o wywłaszczeniu dokonywanym na cele publiczne za słusznym odszkodowaniem.

Obecnie, na mocy art. 50 ust. 4 pkt 1 u.o.z.o.z., w przypadku niemożliwości usunięcia zagrożenia w postaci zniszczenia, uszkodzenia, kradzieży, zaginięcia lub nielegalnego wywiezienia za granicę zabytku ruchomego wpisanego do rejestru, zabytek ruchomy może być przejęty przez WKZ, w drodze decyzji, na własność Skarbu Państwa, z przeznaczeniem na cele kultury, oświaty lub turystyki, za odszkodowaniem odpowiadającym wartości rynkowej tego zabytku. Od momentu wejścia w życie ustawy z dnia 10 lipca 2015 r., w przypadku niemożności usunięcia zagrożenia w postaci zniszczenia, uszkodzenia, kradzieży, zaginięcia lub nielegalnego wywiezienia za granicę zabytku ruchomego wpisanego na Listę Skarbów Dziedzictwa, zabytek ten zostaje przejęty przez ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego w drodze decyzji, na własność Skarbu Państwa, z przeznaczeniem na cele kultury, za odszkodowaniem odpowiadającym wartości rynkowej tego zabytku (art. 50 ust. 4 pkt 1a u.o.z.o.z.).

Środek nadzoru konserwatorskiego w postaci możliwości wydania decyzji o przejęciu zabytku ruchomego na rzecz Skarbu Państwa nie jest uprawnieniem, z którego często korzystają WKZ. Jedyny przypadek przejęcia zabytku ruchomego, tuż od momentu wejścia w życie u.o.z.o.z., świadczy o tym, że środek ten nie jest w praktyce nadużywany. Przepisy art. 50 ust. 4 pkt 1–1a u.o.z.o.z. nie stanowią naruszeń Konstytucji RP, a tym samym są zgodne m.in. z art. 21 ust. 2 ustawy zasadniczej. Ponadto opisywany środek *ultima ratio* pełni niezmiernie ważną funkcję prewencyjną w kontekście problematyki ochrony zabytków w prawie polskim. Ma on bowiem na celu zniechęcić, odstraszyć właścicieli, użytkowników zabytków ruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub na Listę Skarbów Dziedzictwa od ich niszczenia, uszkodzenia, kradzieży, wywozu za granicę, gdyż w wypadku zaistnienia zagrożenia ww. sytuacjami zabytek ten może być przejęty w drodze decyzji na rzecz Skarbu Państwa przez odpowiednio do tego powołane organy.

Bibliografia

Drela M., *Własność zabytków*, Warszawa 2006.

Golat R., *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*, Zakamycze 2004, LEX nr 8234.

Grabowski J., *Wywłaszczenie jako środek ochrony zabytków*, „Państwo i Prawo" 1967, z. 3, s. 490–496.

Jagielska-Burduk A., *Wybrane zagadnienia własności zabytków i dzieł sztuki w prawie PRL-u*, „Zeszyty Prawnicze UKSW" 2011, vol. 11, z. 2, s. 171–188.

Jagielska-Burduk A., *Zabytek ruchomy*, Warszawa 2011.

Kopaliński W., *Słownik wyrazów obcych i wyrazów obcojęzycznych*, Warszawa 1989.

Michalak A., Ginter A., *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*, Warszawa 2016.

Młynarska-Sobaczewska A., *Ochrona zabytków jako ograniczenie prawa własności rzeczy zabytkowej. Uwagi na tle orzeczenia ETPC w sprawie Połomscy przeciwko Polsce z dnia 29 marca 2011 r.*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2011, nr 2, s. 187–205.

Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX nr 8778.

Zalasińska K., Zeidler K., *Wykład prawa ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2015.

Zeidler K., *Restytucja dóbr kultury ze stanowiska filozofii prawa*, Warszawa 2011.

Orzecznictwo

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 15 czerwca 2011 r., II SA/Gd 400/11, LEX nr 992924.

Postanowienie TK z dnia 15 grudnia 2009 r., Ts 189/09 (292/4/B/2010).

Wyrok TK z dnia 25 maja 2016 r., Kp 2/15, LEX nr 2048477.

Mateusz Tusiński

Nowelizacja ustawy Prawo o stowarzyszeniach. Wybrane zagadnienia

Mateusz Tusiński

Doktorant w Instytucie Politologii Uniwersytetu Opolskiego, asystent w Zakładzie Prawa i Postępowania Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego, aplikant radcowski przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Opolu.

✉ *mtusinski@uni.opole.pl*

Recent Amendments to the Act on Associations – Selected Issues

The paper focuses on the most important changes to the Polish Act on Associations. The 2015 amendments brought changes which had been proposed by non-governmental organizations and is a result of 25 years of the experience. The authors judge the changes as having an evolutionary character. The amendment satisfies current expectations, bringing the Law's provisions in line with the relevant European standards. This is not to say that no further legislative works need to be carried out. Notwithstanding, the assessment of the recently amended provisions must be positive, and the fact that the legislator paid attention to non-governmental public activity shall be commended.

1. Wprowadzenie

Mocą ustawy z dnia 25 września 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo o stowarzyszeniach oraz niektórych innych ustaw[1] (dalej: zm.pr.stow.) dokonano szeregu zmian w ustawie Prawo o stowarzyszeniach[2] (dalej: pr.stow.). Wedle założeń autorów proponowane zmiany mają charakter ewolucyjny[3]. Należy jednak przyznać, że niniejsza nowelizacja stanowi realizację tylko części zmian – postulowanych głównie przez środowisko organizacji pozarządowych – których łącznie dokonano czterdzieści jeden. Najważniejsze z nich dotyczą prawa do wynagradzania członków władz stowarzyszenia, zmniejszenia liczby osób potrzebnych do założenia stowarzyszenia zwykłego, uszczegółowienia przepisów dotyczących terenowych jednostek organizacyjnych stowarzyszenia, czy ukształtowania charakteru prawnego stowarzyszenia zwykłego. Zmiany najbardziej istotne – w ocenie autora – zostaną przedstawione poniżej.

1 Dz.U. z 2015 r. poz. 1923.

2 Dz.U. z 1989 r. nr 20, poz. 104.

3 Druk sejmowy nr 3019 Sejmu Rzeczpospolitej Polskiej VII kadencji, s. 3, http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3019, dalej: druk sejmowy nr 3019.

2. *Proponowane a wprowadzone zmiany*

Zgodnie z poczynioną na wstępie uwagą dotyczącą nieuwzględnienia przez ustawodawcę wszystkich zawartych w pierwotnym projekcie zmian, warto zwrócić uwagę, jak przebiegał proces legislacyjny. Projekt zmian zgłoszony został przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej pismem z dnia 15 grudnia 2014 r.[4]

Dyskusja nad nowelizacją przepisów pr.stow. prowadzona była wielokrotnie, a jej istotnym punktem był projekt ustawy o zrzeszeniach[7] (pomimo zaawansowanych prac projekt tej ustawy został wycofany, głównie z uwagi na liczne głosy krytyki[8], aczkolwiek w ten sposób zaczęto poważniej zajmować się propozycjami zmian do pr.stow.).

Nowelizacja ustawy Prawo o stowarzyszeniach wprowadziła szereg nowych rozwiązań normatywnych ułatwiających działanie stowarzyszeń. Nad zmianami ustawy dyskutowano od wielu lat. Wśród wielu postulowanych rozwiązań nie wprowadzono możliwości zrzeszania się przez osoby prawne ani uprawienia członków stowarzyszenia do złożenia wniosku o uchylenia uchwały walnego zgromadzenia.

Prace legislacyjne trwały kilka miesięcy od zgłoszenia projektu, a końcowy ich efekt poprzedzono pokaźną liczbą opinii i spotkań komisji[5]. Podkreślenia wymaga także znaczny udział organizacji pozarządowych. Głównymi postulatami tych organizacji były m.in.: uproszczenie i skrócenie procesu rejestracji stowarzyszeń, zmniejszenie minimalnej liczby osób potrzebnych do utworzenia stowarzyszenia, wzmocnienie uprawnień członków stowarzyszeń, w tym dopuszczenia możliwości ich zatrudniania, zwiększenie uprawnień stowarzyszeń zwykłych, czy chociażby możliwość łączenia i przekształcania stowarzyszeń[6].

Jak wcześniej podniesiono, nie wszystkie postulowane zmiany w rezultacie zostały wprowadzone. Celowe zatem wydaje się przybliżenie tych propozycji, które w toku procesu legislacyjnego zostały pominięte.

Możliwość zrzeszania osób prawnych to pierwsza spośród istotnych proponowanych zmian, która nie znalazła swojego odzwierciedlenia w znowelizowanej ustawie. Wyrazić można ubolewanie nad takim stanem rzeczy, bowiem takie rozwiązania normatywne spowodowałyby, że w ramach jednego porządku prawnego nie byłoby konieczne tworzenie kilku odrębnych ustaw,

4 Tamże.

5 W pracach nad ustawą swoje opinie zgłosili m.in.: Sąd Najwyższy, Konferencja Rektorów Akademickich Szkół Wyższych, Prokurator Generalny oraz Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu.

6 Zob. pkt 2 Podsumowania prac Zespołu ds. Rozwiązań Finansowych i Prawnych w zakresie Działalności Społecznej i Obywatelskiej Kancelarii Prezydenta RP, http://wiadomosci.ngo.pl/files/wiadomosci.ngo.pl/public/filespublic/2015/20151015081435_0_Sprawozdanie_Zespolu_przy_KPRP.pdf.

7 Druk nr 1028 Senatu Rzeczpospolitej Polskiej VII kadencji, http://ww2.senat.pl/k7/dok/dr/1000/1028.pdf.

8 Druk nr 1028W Senatu Rzeczpospolitej Polskiej VII kadencji, http://ww2.senat.pl/k7/dok/dr/1000/1028w.pdf.

a na ich podstawie różnych podmiotów, takich jak np. izby gospodarcze, lokalne organizacje turystyczne itd. W tym też zakresie postulowano możliwość zrzeszania osób prawnych w ramach ich celów statutowych[9]. Zresztą w literaturze przedmiotu podnosi się, że możliwość tworzenia stowarzyszeń przez osoby fizyczne, a przez osoby prawne tylko w ustawowo określonych przypadkach[10] stanowi nieuzasadnione zróżnicowanie[11]. Stąd też aktualne rozwiązanie można uznać za pewnego rodzaju ograniczenie, bowiem możliwość zrzeszania osób prawnych stanowi normalny element w innych europejskich porządkach prawnych[12].

Na uwagę zasługuje również postulat zapewnienia członkom stowarzyszenia uprawnienia do złożenia wniosku o uchylenie uchwały walnego zebrania członków stowarzyszenia (tj. w uproszczeniu możliwość zaskarżania uchwał organu stowarzyszenia). *Prima vista* brak takiego rozwiązania w kontekście innych podmiotów prawa cywilnego czy handlowego wydaje się być dużym zaniedbaniem ustawodawcy, tym bardziej że w toku prac legislacyjnych powyższa zmiana została pozytywnie zaaprobowana[13].

Zaskakujący jest także brak wprowadzenia przepisów dotyczących możliwości zawieszenia działalności stowarzyszenia[14]. Pomimo iż takie przepisy nie prowadziłyby do znaczącej zmiany normatywnej ustawy, to jednak ich obecność w pr.stow. stanowiłaby istotne z punktu widzenia członków stowarzyszenia narzędzie. Możliwość zawieszenia i wznowienia działalności stowarzyszenia daje taką korzyść, że nie prowadzi do sytuacji zbędnego mnożenia podmiotów, bowiem w przypadku czasowej niemożności prowadzenia działalności stowarzyszenia byłoby możliwe jego zawieszenie, a w następstwie wznowienie działalności, nie zaś likwidowanie stowarzyszenia, a w konsekwencji tworzenie nowego podmiotu.

Mimo że nie wszystkie proponowane zmiany zostały ostatecznie wprowadzone, niemniej jednak podjęty kierunek liberalizacji pr.stow. należy oceniać pozytywnie. Spodziewać się można dalszych postulatów, w tym ponownego rozważenia tych odrzuconych w toku pracy nad ustawą.

3. Możliwość zatrudniania członków zarządu

Na podstawie art. 1 pkt 1 zm.pr.stow. zmieniono dotychczasowe brzmienie art. 2 ust. 3 pr.stow., który stanowił o oparciu działalności stowarzyszenia na pracy społecznej swoich członków oraz możliwości zatrudniania pracowników do prowadzenia spraw stowarzyszenia. Natomiast w znowelizowanym brzmieniu tego przepisu stowarzyszenia do prowadzenia spraw mogą zatrudniać w charakterze pracowników także członków stowarzyszenia. Przedmiotowa zmiana w sposób jednoznaczny rozwiązała kwestię ewentualnego zasiadania we władzach stowarzyszenia za wynagrodzeniem. Wcześniej przepis był nieprecyzyjny, bowiem z jednej strony nie wyrażał wprost zakazu zatrudniania osób pełniących funkcje kierownicze w stowarzyszeniu, a z drugiej strony bezpośrednio tego nie umożliwiał[15]. Pomocniczą rolę w obliczu powstających wątpliwości spełniały dwie klauzule: niezarobkowy charakter stowarzyszenia i oparcie działalności stowarzyszenia na społecznej pracy jego członków. Potwierdza to również judykatura[16]. Warto w tym miejscu przywołać uzasadnienie uchwały siedmiu sędziów SN z dnia 27 lutego 1990 r., III PZP 59/89, w której stwierdzono m.in.: „Jest oczywiste,

9 H. Izdebski, *Prawne warunki funkcjonowania stowarzyszeń w Polsce. Propozycje zmian legislacyjnych*, Kancelaria Senatu, Warszawa 2009, s. 5–7.

10 Zob. art. 22 pr.stow.

11 Zob. H. Izdebski, *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, wyd. 12, Krasnobród 2004; A. Mazgal, *Najważniejsze koncepcje zmian w Prawie o stowarzyszeniach,* „Federalista" 2011, nr 6–7, s. 59.

12 H. Izdebski, *Prawo o stowarzyszeniach w aktualnych uwarunkowaniach społecznych i prawnych. Z doświadczeń prac nad projektem nowelizacji w latach 2009–2015,* „Themis Polska Nova" 2015, nr 1, s. 56.

13 A. Barańska, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo o stowarzyszeniach (ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r.) i niektórych innych ustaw*, s. 1, http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/EA21724948347A40C1257DEE003863D5/%24File/3019-002.pdf.

14 Zob. druk sejmowy nr 3019, s. 15–16.

15 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2016, Legalis/el.

16 Postanowienie SN z dnia 19 czerwca 1996 r., III CZP 66/96, OSNC 1996/10/133; wyrok SN z dnia 15 listopada 2013 r., I CSK 38/13, OSNC 2014/9/92.

że pracownik stowarzyszenia może być jednocześnie członkiem tego stowarzyszenia. Okoliczność ta jednak nie ma wpływu na prawa i obowiązki wynikające ze stosunku pracowniczego. Członkostwo stowarzyszenia nie zwiększa ani nie zmniejsza uprawnień pracowniczych unormowanych w prawie pracy. Oznacza to, że pracownik, który jest jednocześnie członkiem stowarzyszenia, z tego tytułu nie znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji. Prawa zatem i obowiązki zarówno pracownika, jak i członka stowarzyszenia nie są wspólne i podlegają odrębnym reżimom prawnym"[17]. Powyższe nie oznacza jednak, że stowarzyszenie nie może prowadzić działalności gospodarczej, która przynosi zysk. Wręcz przeciwnie, wiele stowarzyszeń opiera swoją działalność na prowadzeniu działalności gospodarczej. Rzecz polega na tym, że zyski z niej uzyskane należy przeznaczyć na cele statutowe, a zatem nie mogą one podlegać podziałowi między członków stowarzyszenia[18].

Przedmiotowa zmiana dla tych stowarzyszeń, które zamierzają wynagradzać swoich członków, powoduje konieczność zmiany statutu. Taki obowiązek wynika wprost z art. 10 ust. 1 pkt 5a pr.stow., który nakazuje zawarcie w statucie stowarzyszenia przepisu określającego możliwość otrzymywania przez członków zarządu wynagrodzenia za wykonywane w związku z pełnioną funkcją czynności. Z powyższego wynika, że możliwość wprowadzenia rzeczonego przepisu jest w tym sensie fakultatywna, że w sytuacji gdy dane stowarzyszenie nie zamierza wynagradzać osób wchodzących w skład władz stowarzyszenia, i tak musi wprowadzić zmianę statutu polegającą wtedy na dodaniu przepisu, że członkowie stowarzyszenia pełniący funkcję w jego organach nie otrzymują wynagrodzenia. Zmiana obejmować powinna nie tylko wprowadzenie przepisu umożliwiającego wynagradzanie, ale także szczegółowo ujmować zasady jego ustalania i wypłaty[19]. Nie należy oczywiście zapominać, że regulacja dotyczy jedynie wybieralnych władz stowarzyszenia[20]. Ponadto jest to tylko możliwość, nie zaś obowiązek.

Możliwość zatrudniania członków zarządu, a tym samym usystematyzowanie kwestii wynagradzania osób zasiadających we władzach stowarzyszenia rozwiązuje w sposób jednoznaczny problemy interpretacyjne z poprzednią, niezbyt precyzyjną regulacją.

4. Zmniejszenie liczby osób potrzebnych do założenia stowarzyszenia

Przepis z art. 9 pr.stow. znowelizowany na podstawie art. 1 pkt 3 zm.pr.stow. wprowadza dwie istotne zmiany. Po pierwsze, zmianie uległa liczba osób mogących założyć stowarzyszenie. W dotychczasowym brzmieniu ustawa wymagała wspólnego działania piętnastu osób, natomiast po nowelizacji ta liczba wynosi już siedem. Po drugie, do dotychczasowej

17 Uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 27 lutego 1990 r., III PZP 59/89, OSNCP 1990, nr 10–11, poz. 126.

18 A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2017, LEX/el.

19 Zob. P. Suski, *Sytuacja prawna stowarzyszeń po zmianach dokonanych ustawą z 25.09.2015 r.*, „Przegląd Sądowy" 2017, nr 1, s. 20–35.

20 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach…*, dz. cyt.

dyspozycji art. 9 pr.stow. dodano – obok konieczności zebrania odpowiedniej liczby osób oraz uchwalenia statutu – obowiązek wybrania komitetu założycielskiego albo władz stowarzyszenia. W poprzednim brzmieniu przepis przewidywał tylko wybór komitetu założycielskiego.

ści dochodzi do zwołania zebrania założycielskiego, następnie uchwalenia statutu oraz potem do wyboru komitetu założycielskiego albo władz stowarzyszenia. Wybrany zgodnie z trzecim zdarzeniem komitet założycielski albo władze stowarzyszenia dokonują zgłoszenia stowarzyszenia do odpowiedniego reje-

Istotne dla rozwoju trzeciego sektora działalności pozarządowej jest zmniejszenie wymaganej liczby osób do założenia stowarzyszenia.

Zmniejszenie liczby osób wymaganych, aby założyć stowarzyszenie z osobowością prawną, do siedmiu osób, jest realizacją proponowanych postulatów strony społecznej. Ponadto jest wynikiem długotrwałych konsultacji społecznych, gdzie początkową liczbę dziewięciu osób ostatecznie zmniejszono do siedmiu[21]. Warto również przypomnieć, że wymagana dotychczas ilość osób była dość znaczna na tle ustawodawstwa europejskiego. Wskazać wypada, że chociażby we Francji możliwość założenia stowarzyszenia przysługuje dwóm osobom, podobnie jak w Belgii. Obecna regulacja co do ilości osób zbieżna jest z tą, która od ponad stu lat obowiązuje w Niemczech. Trzeba zatem przyznać, że niniejsza zmiana była oparta na istotnym postulacie strony społecznej, a także poszanowaniu dotychczasowych tendencji europejskich, co pozwoliło na bardziej liberalne wymagania w tym zakresie[22]. Proponowana zmiana nie oddziałuje tylko na wymaganą liczbę osób potrzebnych do założenia stowarzyszenia, ale może mieć wpływ na orzeczenie sądu o rozwiązaniu stowarzyszenia, które w danej chwili nie zrzesza wymaganej liczby członków (art. 31 pkt 1 pr.stow.)[23].

Słusznie podkreśla się, że proces powstania stowarzyszenia składa się z pięciu zdarzeń, przy czym art. 9 pr.stow. enumeratywnie wymienia trzy z nich, jednocześnie podając ich kolejność. W pierwszej kolejnostru – rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Ostatnim zdarzeniem jest wpis danego stowarzyszenia do Krajowego Rejestru Sądowego[24].

Dokonując omówienia drugiej zmiany w art. 9 pr.stow., na marginesie należy wskazać, że możliwość powołania władz stowarzyszenia przed jego rejestracją, a nie – jak wcześniej nakazywano – komitetu założycielskiego, wynika nie tylko ze wspomnianej (zresztą słusznej) nowelizacji. Możliwość powołania władz stowarzyszenia przed rejestracją wynika także z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym[25] (zwanej dalej: k.r.s.), który stanowi: „Przy rejestracji stowarzyszenia, związku zawodowego, organizacji pracodawców i innych organizacji społecznych i zawodowych w dziale 1 wpisuje się osoby wchodzące w skład komitetu założycielskiego, chyba że został powołany organ reprezentacji"[26]. Przy tej okazji należy również zwrócić uwagę na art. 12 ust. 1 pr.stow., który stanowi: „Zarząd składa wniosek o wpis stowarzyszenia do Krajowego Rejestru Sądowego wraz ze statutem, listą założycieli, zawierającą imiona i nazwiska, datę i miejsce urodzenia, miejsce zamieszkania oraz własnoręczne podpisy założycieli, protokołem wyboru władz stowarzyszenia oraz

21 Druk sejmowy nr 3019, s. 8.

22 Druk sejmowy nr 3019, s. 9.

23 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

24 A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

25 Dz.U. z 1997 r. nr 121, poz. 769 z późn. zm.

26 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

adresem siedziby stowarzyszenia". Skoro zatem art. 9 pr.stow. przewiduje – poprzez alternatywę rozłączną „albo" – wybór albo komitetu założycielskiego, albo władz stowarzyszenia, to prowadzi to do wniosku, że użyte przez ustawodawcę w art. 12 pr.stow. określenie „zarząd" odnosić należy również do komitetu założycielskiego. W innym bowiem przypadku przewidziana możliwość wyboru komitetu założycielskiego byłaby przez art. 12 pr.stow. wyłączona[27].

Na koniec wypada także wskazać na różnice pomiędzy komitetem założycielskim a władzami stowarzyszenia. Po pierwsze, komitet założycielski w przeciwieństwie do władz stowarzyszenia nie jest organem stowarzyszenia. Umocowanie komitetu kończy się na etapie zarejestrowania stowarzyszenia, natomiast wybrane władze stowarzyszenia pozostają nadal w umocowaniu do reprezentowania stowarzyszenia po jego zarejestrowaniu i wpisaniu do rejestru. Po drugie, jeżeli chodzi o wybór członków komitetu założycielskiego albo władz stowarzyszenia, różnica zachodzi w zakresie sposobu głosowania, tj. *quorum*, czy chociażby przyjęcia odpowiedniej większości, przy czym przyjmuje się, że do wyboru obu powyższych ciał wystarczająca jest zwykła większość głosów[28]. Nie byłoby w tym nic nadzwyczajnego, gdyby nie fakt, że za władze stowarzyszenia uznać należy zarząd. Sposób wyboru zarządu oraz innych władz stowarzyszenia określony jest w statucie; co za tym idzie, sposób wyboru obu podmiotów nie musi być analogiczny[29].

5. *Uszczegółowienie regulacji terenowych jednostek organizacyjnych stowarzyszeń*

Na szczególną aprobatę zasługuje nowelizacja, która swoim zakresem objęła terenowe jednostki organizacyjne stowarzyszenia. Dotychczasową zbyt lakoniczną regulację zastąpiono dodaniem dwóch artykułów: 10a i 10b, które w sposób uporządkowany precyzują najważniejsze kwestie. Zmiany dotykają przede wszystkim dużych stowarzyszeń, które posiadają swoje oddziały terenowe w całej Polsce. W poprzednim stanie prawnym do zagadnienia oddziałów terenowych odnosił się art. 10 ust. 2 pr.stow., który stanowił, że w sytuacji gdy stowarzyszenie zamierzało utworzyć oddział terenowy, było obowiązane określić w statucie strukturę organizacyjną oraz zasady tworzenia tej jednostki[30]. Prawo o stowarzyszeniach przewiduje możliwość stworzenia dwóch rodzajów oddziałów terenowych: posiadających osobowość prawną i osobowości tej pozbawionych[31]. Jednocześnie obecne uregulowanie posługuje się terminem „terenowe jednostki organizacyjne".

Lakoniczną i mało precyzyjną regulację dotyczącą terenowych jednostek organizacyjnych stowarzyszenia zastąpiono dodaniem dwóch artykułów: 10a i 10b, które w sposób uporządkowany precyzują najważniejsze kwestie.

Przepis z art. 10a ust. 1 zd. 2 pr.stow. ustanawia katalog elementów, które zawierać powinien statut w sytuacji, kiedy stowarzyszenie zamierza tworzyć terenowe jednostki organizacyjne. W statucie ustalić

27 Zob. szerzej M. Judziński, *Wstępna ocena zmian w procedurze tworzenia stowarzyszeń wprowadzonych nowelizacją z 25.09.2015 r. ustawy – Prawo o stowarzyszeniach*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2016, nr 6, s. 90–96.

28 A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

29 Tamże.

30 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

31 A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

należy zasady ich tworzenia i rozwiązywania, strukturę organizacyjną, organy, w tym sposób wyboru i powoływania oraz możliwość wynagradzania, lecz tylko wtedy, gdy statut przewiduje taką możliwość w odniesieniu do całego stowarzyszenia[32]. Na uwagę zasługuje także okoliczność, że terenowa jednostka organizacyjna działa na podstawie statutu stowarzyszenia, które ją utworzyło. Powyższa koncepcja zbieżna jest z tą dotychczas prezentowaną. Nie wyklucza to oczywiście stworzenia regulaminu organizacyjnego (art. 10a ust. 2 pr.stow.)[33].

Wypada również wskazać na kwestię uzyskania przez terenową jednostkę organizacyjną osobowości prawnej. Z obecnego brzmienia art. 10a ust. 3 pr.stow. wynika, że uzyskanie osobowości prawnej warunkowane jest przewidzianą w statucie możliwością jej uzyskania przez terenową jednostkę organizacyjną. Zatem, jeżeli statut takiej możliwości nie przewiduje, stowarzyszenie może co prawda tworzyć jednostki, jednak wówczas bez możliwości przyznania im osobowości prawnej. Zresztą ta akurat kwestia (podwójnej osobowości prawnej) od początku budziła duże zastrzeżenia doktryny, która w tym zakresie prezentowała kilka odrębnych poglądów[34]. Jeżeli bowiem statut stowarzyszenia przewiduje możliwość uzyskania przez terenową jednostkę organizacyjną osobowości prawnej, to zgodnie z art. 10a ust. 3 pr.stow. statut stowarzyszenia musi przewidywać warunki, które należy spełnić, aby taką osobowość prawną uzyskać, zasady gospodarowania majątkiem, sposób reprezentacji, w tym sposób zaciągania zobowiązań majątkowych i zawierania umów z członkami zarządu, oraz szczegółowe zasady likwidacji[35]. Poza tym uzyskanie przez terenową jednostkę organizacyjną osobowości prawnej na tle prawa cywilnego prowadzi do utworzenia odrębnego od stowarzyszenia podmiotu, jednakże pozostającego członkiem stowarzyszenia głównego. To powoduje, że wszelkie podjęte przez stowarzyszenie główne decyzje, uchwały, czy chociażby cele statutowe terenowa jednostka organizacyjna obowiązana jest realizować[36].

Wprowadzona na podstawie art. 10b pr.stow. możliwość powołania zarządu komisarycznego w terenowej jednostce organizacyjnej stowarzyszenia to nowa instytucja. Nie ulega wątpliwości, iż charakter tej instytucji określić można jako prawno-faktyczne narzędzie służące kontroli stowarzyszenia nad terenowymi jednostkami organizacyjnymi. Kontrola stowarzyszenia poprzez możliwość powołania zarządu komisarycznego uzasadniona jest również dlatego, że w sytuacji zlikwidowania terenowej jednostki organizacyjnej to stowarzyszenie wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki owej jednostki. Nierozważne zatem byłoby pozostawienie wszelkich stosunków zobowiązaniowych na wyłączność organom zarządzającym jednostką, bez możliwości jakiejkolwiek kontroli[37].

Do przesłanek warunkujących możliwość powołania zarządu komisarycznego ustawodawca zaliczył rażące lub uporczywe naruszanie przepisów prawa lub statutu. Spójnik „lub" oznacza, że naruszenie może być jednocześnie rażące i uporczywe albo może wypełniać znamiona tylko jednego z tych przymiotników. Nadto w jednym czasie można naruszać zarówno przepisy prawa, w domyśle powszechnie obowiązującego, jak i postanowienia statutu stowarzyszenia[38]. Za rażące naruszeniem przepisów prawa lub postanowień statutu uznać należy takie zachowanie lub zaniechanie,

32 Zob. L. Ciulkin, *Wybrane problemy związane z podwójną osobowością prawną oddziałów stowarzyszeń na tle obowiązków rejestrowych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2004, nr 8, s. 42–46.

33 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

34 Zob. szerzej J. Brol, *Prawo o stowarzyszeniach z komentarzem oraz przepisami wykonawczymi i związkowymi*, Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. Zielona Góra, 1994, s. 43; D. Bugajna-Sporczyk, *Oddział stowarzyszenia. Konsekwencje podwójnej osobowości prawnej*, „Gazeta Sądowa" 1996, nr 17, wkładka „Gazeta Doradcy Prawnego" nr 11, s. 2; „Gazeta Sądowa" 1996, nr 18, wkładka „Gazeta Doradcy Prawnego" nr 12, s. 3; Z. Szypuliński, *Prawo o stowarzyszeniach. Wzory pism – statutów i innych aktów z objaśnieniami oraz przepisami związanymi z prawem o stowarzyszeniach*, Poznań 1997, s. 69 i n.

35 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

36 A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

37 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

38 Zob. szerzej M. Dróżdż, *Rozwiązanie stowarzyszenia przez sąd na wniosek organu nadzorującego lub prokuratora w świetle prawa o stowarzyszeniach*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2015, nr 10, s. 33–37.

które *a prima vista* uwidacznia się i prowadzi do bezsprzecznego wniosku, że któryś przepis został danym działaniem lub zaniechaniem ewidentnie naruszony. Natomiast uporczywość to określenie pewnej częstotliwości, powtarzalności naruszających prawo lub statut zachowań lub zaniechań[39].

Zgodnie z przyjętą regulacją zarząd komisaryczny powołany zostaje na okres niezbędny do usunięcia nieprawidłowości wywołanych rażącym lub uporczywym naruszaniem przepisów prawa lub statutu, jednakże czas ten nie może być dłuższy niż przewidziano w statucie stowarzyszenia. Zadaniem zarządu komisarycznego jest unormowanie dotychczas nieprawidłowej sytuacji pod kątem ogólnie ujętego nieprzestrzegania przepisów prawa lub statutu. Ważnym elementem powyższej regulacji jest także jej fakultatywność, o czym przesądza użyty w art. 10b ust. 1 pr.stow. zwrot: „jeżeli statut tak stanowi"[40]. Powołanie zarządu komisarycznego następuje na podstawie uprzednio podjętej uchwały, w której wskazuje się sposób reprezentacji terenowej jednostki organizacyjnej (art. 10b ust. 3 pr.stow.), natomiast dotychczasowe władze jednostki, tj. zarząd, zostają odwołane *ex lege* (art. 10b ust. 4 pr.stow.).

Na zakończenie wypada również wskazać, że zarząd komisaryczny w ciągu 7 dni od dnia podjęcia uchwały o jego powołaniu musi zostać zgłoszony do Krajowego Rejestru Sądowego. Następnym i ostatnim krokiem jest podjęcie przez zarząd stowarzyszenia po okresie, na jaki zarząd komisaryczny został ustanowiony, lub ustaniu przyczyny jego powołania wniosku do Krajowego Rejestru Sądowego o wykreślenie zarządu komisarycznego.

6. *Usprawnienie postępowania rejestrowego*

Dokonana na podstawie art. 1 pkt 10 zm.pr.stow. zmiana nie jest może rewolucyjna, niemniej bardzo praktyczna. Chodzi mianowicie o takie ukształtowanie postępowania rejestrowego, że odbywa się ono w zasadzie przy udziale sądu rejestrowego, którego podstawowym zadaniem jest weryfikacja wniosku o zarejestrowanie stowarzyszenia w Krajowym Rejestrze Sądowym. Tym samym z całego postępowania został prawie wyłączony organ nadzorujący. Prawie, ponieważ zgodnie z obowiązującą regulacją sąd ma obowiązek zawiadomić organ nadzorujący o wpisie do rejestru i o jego wykreśleniu z rejestru. Powyższego sąd dokonuje poprzez przesłanie organowi nadzoru odpowiedniego postanowienia. Przedmiotowa zmiana jest związana z postulowaną od wielu lat martwą instytucją polegającą na tym, że w postępowanie rejestrowe angażowane były organy nadzorujące. Ich zadanie polegało na możliwości zgłaszania uwag do dokumentów dołączonych do wniosku o zarejestrowanie stowarzyszenia w Krajowym Rejestrze Sądowym oraz możliwości wypowiadania się w sprawie każdego wniosku o zarejestrowanie stowarzyszenia w terminie 14 dni[41].

Usprawnienie procesu rejestracji stowarzyszenia polega na przekazaniu większości kompetencji w tym zakresie sądom rejestrowym. Wyłączenie z całego procesu rejestracji organu nadzoru wpływa bezpośrednio na szybkość rejestracji stowarzyszenia.

Zaproponowaną zmianę należy zdecydowanie zaaprobować, a nowelizacji związanych z usprawnia-

39 A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

40 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach*…, dz. cyt.

41 Druk sejmowy nr 3019, s. 12.

niem, a przeto i przyśpieszaniem postępowań *stricte* proceduralnych oczekiwać także w odniesieniu do innych gałęzi prawa. Nie ulega wątpliwości, co pokazuje również 25 lat obowiązywania ustawy, że organy nadzorujące z możliwości do wypowiadania się w kwestii rejestracji danego stowarzyszenia korzystały niezwykle rzadko. Zatem niniejsza instytucja w zasadzie jedynie przedłużała cały proces rejestracji. Ponadto miała również swój wymierny charakter, bowiem generowała niepotrzebne koszty korespondencji.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 pr.stow. za czynności dokonane przed wpisem stowarzyszenia do rejestru odpowiadają solidarnie członkowie zarządu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że stowarzyszenie za zaciągnięte zobowiązania odpowiadać może dopiero z chwilą uzyskania osobowości prawnej.

7. Odpowiedzialność za zobowiązania przed rejestracją

Interesującą kwestią jest także uregulowanie przez ustawodawcę zagadnienia odpowiedzialności za zobowiązania stowarzyszenia przed jego rejestracją. Nie ulega wątpliwości, że objęcie regulacją tej właśnie kwestii było spowodowane rozlicznymi problemami interpretacyjnymi, zwłaszcza na tle tego, co należy zrobić z ewentualnie powstałymi zobowiązaniami w okresie tzw. zawieszenia, tj. pomiędzy podjęciem uchwały o utworzeniu stowarzyszenia a jego rejestracją i tym samym nabyciem osobowości prawnej. Nowelizacja była również konieczna z uwagi na praktyczny aspekt, bowiem, pomimo że stowarzyszenie w sensie formalno-prawnym jeszcze nie zostało zarejestrowane, to w aspekcie jego faktycznego funkcjonowania już wtedy mogła zachodzić potrzeba zawarcia niektórych umów[42].

Zgodnie z art. 17 ust. 2 pr.stow. za czynności dokonane przed wpisem stowarzyszenia do rejestru odpowiadają solidarnie członkowie zarządu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że stowarzyszenie za zaciągnięte zobowiązania odpowiadać może dopiero z chwilą uzyskania osobowości prawnej. Poprzez użyty w powołanym przepisie zwrot „członkowie zarządu" należy w świetle art. 9 pr.stow. rozumieć komitet założycielski albo władze stowarzyszenia[43]. Możliwość działania stowarzyszenia jak odrębnego podmiotu w sferze stosunków zobowiązaniowych warunkowana jest konstytutywnym wpisem do Krajowego Rejestru Sądowego[44]. Należy zauważyć także, że obecna regulacja chroni podmioty trzecie, a nadto może powodować problemy z podjęciem decyzji wobec istniejącego ryzyka odpowiedzialności za powstałe zobowiązania. Słusznie podnosi się, że pomimo iż znowelizowany przepis należy ocenić pozytywnie, to nie rozstrzyga on kwestii działania w imieniu stowarzyszenia przed jego rejestracją bez stosownego umocowania albo z przekroczeniem jego zakresu. Zastosowanie do tego rodzaju sytuacji znajdą przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[45] (dalej: k.c.) o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia[46].

42 Tamże, s. 13.

43 A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach*..., dz. cyt.

44 Wyrok NSA w Warszawie z dnia 26 września 2002 r., II SA 3836/01.

45 Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 z późn. zm.

46 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach*..., dz. cyt.

8. *Stowarzyszenia zwykłe*

Ostatnia część poświęcona zostanie dokonanym zmianom odnoszącym się do stowarzyszeń zwykłych.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę na rewolucyjne ukształtowanie charakteru prawnego stowarzyszenia zwykłego. Zgodnie z art. 40 ust. 1 pr.stow. stowarzyszenie zwykłe, nieposiadające osobowości prawnej stanowi uproszczoną formę stowarzyszenia. Z powyższego przepisu wprost wynika, że stowarzyszenie zwykłe nie jest osobą prawną, a zatem nie posiada osobowości prawnej. Dyskusyjna dotychczas była kwestia, czy na tle art. 33^1 § 1 k.c. nie można stowarzyszenia zwykłego zakwalifikować jako tzw. ułomnej osoby prawnej. Za takim poglądem opowiadało się wielu przedstawicieli doktryny, podkreślając cechy stowarzyszenia, tj. jego strukturę, środki działania czy własny majątek[47]. Zatem mocą wprowadzonej nowelizacji stowarzyszenie zwykłe – pomimo braku osobowości prawnej – uznać należy za tzw. ułomną osobę prawną w rozumieniu art. 40 pr.stow. oraz art. 33^1 § 1 k.c., czyli jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której na mocy odrębnych uregulowań przyznano zdolność prawną. Wynika to także z możliwości zaciągania w imieniu stowarzyszenia zobowiązań oraz posiadania atrybutu czynnej i biernej zdolności sądowej (art. 40 ust. 2 pr.stow.), co implikuje jego podmiotową samodzielność[48].

Mocą wprowadzonej nowelizacji stowarzyszenie zwykłe – pomimo braku osobowości prawnej – uznać należy za tzw. ułomną osobę prawną w rozumieniu art. 40 pr.stow. oraz art. 331 § 1 k.c., czyli jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której na mocy odrębnych uregulowań przyznano zdolność prawną.

Na uwagę zasługuje także uregulowanie przez ustawodawcę kwestii odpowiedzialności stowarzyszenia zwykłego za powstałe zobowiązania. Model odpowiedzialności oparty jest na założeniu, że każdy z członków ponosi odpowiedzialność za zobowiązania stowarzyszenia zwykłego bez ograniczeń całym swoim majątkiem solidarnie z pozostałymi członkami oraz ze stowarzyszeniem. Co ważne (i zarazem odpowiadające zasadzie odpowiedzialności za zobowiązania np. w spółce z o.o.), odpowiedzialność za zobowiązania powstaje z chwilą, gdy egzekucja z majątku stowarzyszenia zwykłego okaże się bezskuteczna[49]. Istotne jest także to, że powództwo przeciwko członkowi stowarzyszenia można złożyć, zanim egzekucja z majątku stowarzyszenia okaże się bezskuteczna (art. 40 ust. 1c

47 Zob. szerzej E. Hadrowicz, *Stowarzyszenie zwykłe w polskim systemie prawnym*, Toruń 2014, s. 175–212; tenże, *Nowa konstrukcja stowarzyszenia zwykłego w świetle zmian legislacyjnych. Próba dyferencjacji*, cz. 1, „Monitor Prawniczy" 2016, nr 18, s. 974 i n.; K. Bilewska, K. Sobura, *Osoby ustawowe (art. 31^1 KC)*, „Edukacja Prawnicza" 2015, nr 10, s. 33 i n.; R. Fleszar, *Pojęcie przedsiębiorcy w świetle przepisów Kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Sądowy" 1999, nr 9, s. 75; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 196–197.

48 A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach…*, dz. cyt.

49 P. Ruczkowski, *Stowarzyszenia zwykłe w świetle przepisów znowelizowanej ustawy – Prawo o stowarzyszeniach*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2016, nr 5, s. 58–65.

pr.stow.). Dodatkowo konstrukcja tak ukształtowanej odpowiedzialności oznacza, że kwestia odpowiedzialności solidarnej członków za zobowiązania stowarzyszenia zwykłego wobec osób trzecich stosowana może być tylko i wyłącznie przy uwzględnieniu pomocniczego charakteru tej odpowiedzialności[50]. Niniejsza odpowiedzialność solidarna wynika z art. 369 k.c., a zatem znajdują do niej zastosowanie przepisy k.c.

Nowelizacja ustawy Prawo o stowarzyszeniach wprowadziła wiele usprawniających dotychczasowe funkcjonowanie mechanizmów. Dalsze prace nad ustawą powinny prowadzić do jej jeszcze większego uproszczenia.

Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że powyższa odpowiedzialność nie może zostać przez członków stowarzyszenia zwykłego wyłączona, co wskazuje na bezwzględnie obowiązujący charakter tych przepisów[51].

Zgodnie z art. 40a ust. 1 pr.stow. stowarzyszenie zwykłe powstaje z chwilą dokonania wpisu w ewidencji. W tym samym momencie może podjąć również działalność. Oznacza to, że wpis do ewidencji ma charakter konstytutywny[52]. Powyższe motywowane było tym, że organ nadzorujący poprzez obowiązek wpisu uzyskuje realne uprawnienia w stosunku do stowarzyszeń zwykłych[53]. Nie jest przy tym określone, w jakiej formie następuje wpis, jednak podkreśla się, że jest to czynność materialno-techniczna[54], która dokonywana jest przez organ nadzorujący w terminie 7 dni. W tym terminie należy zdecydować, czy dane stowarzyszenie wpisać do ewidencji, czy złożyć wniosek do sądu rejestrowego o zakazanie założenia stowarzyszenia zwykłego[55].

Kolejnym *novum* dla stowarzyszeń zwykłych jest sposób reprezentacji. Ustawodawca w tym zakresie przewidział, że stowarzyszenie zwykłe może być reprezentowane przez przedstawiciela stowarzyszenia zwykłego albo alternatywnie przez zarząd. Reprezentowanie stowarzyszenia zwykłego przez zarząd wymaga uszczegółowienia tego zagadnienia w regulaminie. Istotne jest także ustanowienie sposobu reprezentacji, tj. rozstrzygnięcie, czy zarząd ma być jednoosobowy, czy wieloosobowy. Przy zarządzie wieloosobowym należy także ustalić, działanie ilu i których członków zarządu wymagane jest do skutecznego podejmowania decyzji[56].

Ciekawym rozwiązaniem jest także możliwość przekształcenia stowarzyszenia zwykłego w stowarzyszenie rejestrowe. Takie przekształcenie jest możliwe na podstawie art. 42a pr.stow. Powyższy proces wymaga zebrania co najmniej siedmiu członków (art. 42a ust. 1 pr.stow.) oraz powzięcia jednomyślnej uchwały, która będzie zawierała: nazwę i siedzibę stowarzyszenia, powołanie władz, przyjęcie statutu oraz sprawozdanie finansowe (art. 42a ust. 2 pr.stow.). Wyżej wskazane warunki muszą być spełnione kumulatywnie[57]. Na marginesie warto wspomnieć, że możliwość

50 Zob. szerzej E. Hadrowicz, *Nowa konstrukcja stowarzyszenia zwykłego w świetle zmian legislacyjnych. Próba dyferencjacji*, cz. 2, „Monitor Prawniczy" 2016, nr 19, Legalis/el.

51 A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach*..., dz. cyt.

52 Tamże.

53 Druk sejmowy nr 3019, s. 17–18.

54 P. Ruczkowski, *Stowarzyszenia*..., dz. cyt., s. 58–65.

55 A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach*..., dz. cyt.

56 Tamże.

57 Tamże.

przekształcania stowarzyszeń zwykłych w rejestrowe stanowiła jeden z głównych postulatów zgłaszanych w trakcie prac legislacyjnych[58].

9. Podsumowanie

Nowelizacja pr.stow. wprowadziła wiele usprawniających dotychczasowe funkcjonowanie ustawy mechanizmów. Postulowane przez środowisko organizacji społecznych rozwiązania pokazują, jak duże znaczenie w życiu społecznym ma ta forma prowadzenia działalności publicznej. Wprowadzone zmiany należy zdecydowanie zaaprobować, bowiem w znaczny sposób ułatwiają one funkcjonowanie zarówno stowarzyszeń rejestrowych jak i zwykłych. Kierunek obranych zmian zmierza ku dostosowaniu przedmiotowej regulacji do europejskich standardów, a tym samym do znacznego jej uproszczenia. Obok oczywiście odczuwalnego ułatwienia dotyczącego zakładania czy w ogóle prowadzenia stowarzyszenia wprowadzono jednak także wiele nowych obowiązków (chociażby obowiązek uszczegółowienia statutu). Podkreślić należy też znaczne usprawnienie procesu zakładania stowarzyszeń, a to poprzez ograniczenie w jego udziale organów nadzoru.

Nie można oczywiście zakładać, że przedmiotowa nowelizacja rozwiąże wszystkie dotychczasowe problemy, jednak należy wskazać, iż obrany kierunek zmian w połączeniu z postępującymi pracami legislacyjnymi może prowadzić w przyszłości do uwzględnienia kolejnych słusznych postulatów (w tym także tych pominiętych), co prowadzić będzie do jeszcze większego ulepszenia omawianej ustawy.

Bibliografia

Barańska A., *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo o stowarzyszeniach (ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r.) i niektórych innych ustaw*, http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/EA21724948347A40C1257DEE003863D5/%24File/3019-002.pdf.

Bilewska K., Sobura K., *Osoby ustawowe (art. 31[1] KC)*, „Edukacja Prawnicza" 2015, nr 10, s. 32–37.

Brol J., *Prawo o stowarzyszeniach z komentarzem oraz przepisami wykonawczymi i związkowymi*, Zielona Góra 1994.

Bugajna-Sporczyk D., *Oddział stowarzyszenia. Konsekwencje podwójnej osobowości prawnej*, „Gazeta Sądowa" 1996, nr 17, wkładka „Gazeta Doradcy Prawnego" 1996, nr 11; „Gazeta Sądowa" 1996, nr 18, wkładka „Gazeta Doradcy Prawnego" 1996, nr 12.

Ciulkin L., *Wybrane problemy związane z podwójną osobowością prawną oddziałów stowarzyszeń na tle obowiązków rejestrowych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2004, nr 8, s. 42–46.

Dróżdż M., *Rozwiązanie stowarzyszenia przez sąd na wniosek organu nadzorującego lub prokuratora w świetle prawa o stowarzyszeniach*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2015, nr 10, s. 33–37.

Fleszar R., *Pojęcie przedsiębiorcy w świetle przepisów Kodeksu postępowania cywilnego*, „Przegląd Sądowy" 1999, nr 9, s. 62–84.

Mazgal A., *Najważniejsze koncepcje zmian w Prawie o stowarzyszeniach*, „Federalista" 2011, nr 6–7, s. 50–62.

Druk nr 1028 Senatu Rzeczypospolitej Polskiej VII kadencji, http://ww2.senat.pl/k7/dok/dr/1000/1028.pdf.

Druk nr 1028W Senatu Rzeczypospolitej Polskiej VII kadencji, http://ww2.senat.pl/k7/dok/dr/1000/1028w.pdf.

Druk sejmowy nr 3019 Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej VII kadencji, http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3019.

Hadrowicz E., *Nowa konstrukcja stowarzyszenia zwykłego w świetle zmian legislacyjnych. Próba dyferencjacji*, cz. 1, „Monitor Prawniczy" 2016, nr 18, s. 974–980.

Hadrowicz E., *Nowa konstrukcja stowarzyszenia zwykłego w świetle zmian legislacyjnych. Próba dyferencjacji*, cz. 2, „Monitor Prawniczy" 2016, nr 19, Legalis/el.

Hadrowicz E., *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2016, Legalis/el.

Hadrowicz E., *Stowarzyszenie zwykłe w polskim systemie prawnym*, Toruń 2014, s. 175–212.

Izdebski H., *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz*, wyd. 12, Krasnobród 2004.

Izdebski H., *Prawne warunki funkcjonowania stowarzyszeń w Polsce. Propozycje zmian legislacyjnych*, Warszawa 2009, s. 5–7.

Izdebski H., *Prawo o stowarzyszeniach w aktualnych uwarunkowaniach społecznych i prawnych. Z doświadczeń prac nad projektem nowelizacji w latach 2009–2015*, „Themis Polska Nova" 2015, nr 1, s. 71–87.

Judziński M., *Wstępna ocena zmian w procedurze tworzenia stowarzyszeń wprowadzonych nowelizacją z 25.09.2015 r. ustawy – Prawo o stowarzyszeniach*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2016, nr 6, s. 90–96.

Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 197–198.

Ruczkowski P., *Stowarzyszenia zwykłe w świetle przepisów znowelizowanej ustawy – Prawo o stowarzyszeniach*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2016, nr 5, s. 58–65.

58 Druk sejmowy nr 3019, s. 15–19.

Rzetecka-Gil A., *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2017, Lex/el.

Suski P., *Sytuacja prawna stowarzyszeń po zmianach dokonanych ustawą z 25.09.2015 r.*, „Przegląd Sądowy" 2017, nr 1, s. 20–35.

Szypuliński Z., *Prawo o stowarzyszeniach. Wzory pism – statutów i innych aktów z objaśnieniami oraz przepisami związanymi z prawem o stowarzyszeniach*, Poznań 1997.

Orzecznictwo

Postanowienie SN z dnia 19 czerwca 1996 r., III CZP 66/96, OSNC 1996/10/133.

Uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 27 lutego 1990 r., III PZP 59/89, OSNCP 1990, Nr 10–11, poz. 126.

Wyrok SN z dnia 15 listopada 2013 r., I CSK 38/ 13, OSNC 2014/9/92.

Wyrok NSA w Warszawie z dnia 26 września 2002 r., II SA 3836/01.

Arkadiusz Radwan

Brexit – prawne następstwa i prawnicze spekulacje

Arkadiusz Radwan

Doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Społecznej Akademii Nauk, prezes Instytutu Allerhanda, adwokat, „of counsel" w Kubas Kos Gałkowski

✉ *ArkadiuszRadwan.pl/kontakt*

Brexit – Legal Consequences and Jurists' Speculations. Remarks on the Book by M. Kramme, Ch. Baldus, M. Schmidt-Kessel

The article is a review of a recent book edited by M. Kramme, Ch. Baldus, M. Schmidt-Kessel entitled "Brexit und die juristischen Folgen" (Brexit and the legal consequences), Baden-Baden 2016. As the book comprises of more than a dozen of more or less loosely interrelated contributions, the review, apart from appraising the book's structure, gives an annotated overview of each of the book's chapters. These chapters are grouped into three larger parts covering: (1) the Treaty foundations and the legal framework of a Member State's withdrawal from the Union (2) the impact of Brexit on selected areas of law, including, inter alia, company law, financial regulation, tax law, free movement of labour, and competition law; (3) the consequences of Brexit for Scotland and Northern Ireland.

Prawne problemy ustąpienia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej, tematu tyleż świeżego, co ze wszech miar istotnego, były dotychczas jedynie incydentalnie przedmiotem rozważań polskiej nauki prawa[1].

W piśmiennictwie obcym, zwłaszcza anglo- i niemieckojęzycznym, po analizach publiko-

1 Wśród nielicznych opracowań wypada wymienić: J. Barcz, *Brexit – w sprawie interpretacji postanowień art. 50 Traktatu o Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2016, nr 12, s. 4 i n.; A. Radwan, H.-B. Schäfer, *Advocatus populi i advocatus diaboli – o prawie, argumentach i strategiach stron negocjujących Brexit*, „Politeja" (w druku); H.-B. Schäfer, A. Radwan, *Brexit poker – czyli o tym, kto ma lepsze karty w negocjacjach ustąpieniowych (art. 50 TUE)*, „Allerhand Working Papers" 2016, nr 16, ISBN 978-83-63515-28-7; E. Suwara, *Wyzwania prawno-proceduralne dla Unii Europejskiej związane z BREXIT-em*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2016, nr 9, s. 11 i n.; zob. też P. Rosiak, *Brexit: Przewidywane konsekwencje prawne*, „Rzeczpospolita" (online), 23 czerwca 2016, www.bit.ly/2wUAaSV; H.-B. Schäfer, A. Radwan, *Co konkretnie znaczy Brexit*, „Dziennik Gazeta Prawna" z 31 sierpnia 2016, s. A15.

wanych początkowo na naukowych blogach, a następnie w czasopismach prawniczych, ukazały się pierwsze opracowania książkowe. Obecnie na rynku dostępne są już co najmniej dwa takie opracowania monograficzne – oba w postaci tzw. książki redagowanej. Chodzi o następujące pozycje: (1) M. Kramme, Ch. Baldus, M. Schmidt-Kessel (red.), *Brexit und die juristischen Folgen*, Baden-Baden 2017; (2) J. Armour, H. Eidenmüller (red.), *Negotiating Brexit*, München 2017. Pierwsza z wymienionych publikacji jest przedmiotem niniejszego artykułu recenzyjnego.

1. Wstęp

Wynik referendum europejskiego z dnia 23 czerwca 2016 r., w którym 51,9% głosujących wypowiedziało się za ustąpieniem Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej, stał się zapowiedzią bezprecedensowej operacji w wymiarze politycznym, ekonomicznym, instytucjonalnym i prawnym. Unia Europejska, której podstawą funkcjonowania są prawnomiędzynarodowe Traktaty, i która – dzięki aktywności powołanych na ich podstawie instytucji – przeszła prawno-instytucjonalną emancypację, stanowi dziś tkankę o gęstym splocie aktów prawnych najróżniejszego rodzaju, od uregulowań techniczno-jakościowych, przez instytucje prawa prywatnego, aż po normy prawne stanowiące wyraz wspólnych dla Unii wartości. Te ostatnie normy zostały po części wywiedzione z Traktatów w drodze ich interpretacji przez pioniera unijnej emancypacji – Trybunał Sprawiedliwości UE[2]. „Konstytucyjny" dorobek Unii daje podstawę do integracji prawnej oraz do koordynacji polityk prowadzonych przez Unię i jej państwa członkowskie, a także wyznacza ich dopuszczalny zakres. Osobną materię stanowią przepisy proceduralne mające zapewnić wykonywanie praw i obowiązków – zarówno przez państwa członkowskie, jak i aktorów prywatnych, w tym przedsiębiorstwa (m.in. prawo konkurencji) oraz wszelkie osoby fizyczne i prawne, które mogą chcieć realizować swoje prawa i dochodzić roszczeń transgranicznie (m.in. rozporządzenia Bruksela I, Bruksela II bis). Członkostwo w Unii Europejskiej prowadzi do odgórnej i oddolnej harmonizacji prawa – procesu, w którym wszystkie krajowe systemy prawne mogą być – i z różną intensywnością są – zarówno „biorcami" jak i „dawcami" koncepcji i rozwiązań prawnych. Wielka Brytania okazała się szczodrym dawcą koncepcji prawnych, które jako transplanty prawne, czy to bezpośrednio, jako komparatystyczne inspiracje, czy to za pośrednictwem aktów wtórnego prawa wspólnotowego, trafiały do porządków prawnych pozostałych państw członkowskich UE. Wpływ Wielkiej Brytanii jest szczególnie widoczny w obszarze regulacji rynku finansowego, prawa rynku kapitałowego, w tym dotyczącego wrogich przejęć spółek notowanych na rynku regulowanym, niektórych rozwiązań prawa spółek, prawa o rachunkowości, prawa konkurencji, a ostatnio – przykładowo – prawa umów o dostarczanie treści cyfrowych. Większości tych obszarów recenzowana książka poświęca osobne rozdziały w ramach części II.

* * *

Ustąpienie z Unii ma mieć ten skutek, że – *verba legis* – „Traktaty przestają mieć zastosowanie do [ustępującego] Państwa" (art. 50 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej – TUE). To samo będzie oczywiście dotyczyło wszystkich wydanych na podstawie Traktatów aktów unijnego prawa wtórnego. W konsekwencji przestające obowiązywać rozporządzenia pozostawią po sobie legislacyjną lukę, podczas gdy odpadnięcie dyrektyw nie wywoła takiego skutku, gdyż implementujące je prawo krajowe nie ulegnie automatycznemu uchyleniu, przestanie natomiast obowiązywać zasada prounijnej wykładni ustaw. Dodatkowo obowiązujący monopol Unii na negocjowanie i zawieranie zewnętrznych umów handlowych prowadzi do tego, że ustępujący kraj zostanie postawiony przed koniecznością samodzielnego zawarcia bardzo wielu takich umów, jeśli nie chce pozostać jedynie na poziomie ram prawnych oferowanych przez Światową Organizację Handlu (WTO). Wszystko to jest źródłem bardzo poważnych wyzwań prawnych. Skalę tych wyzwań potęguje fakt, że ustępującym krajem jest Wielka Brytania – druga co do wielkości gospodarka UE i ważny partner handlowy dla UE-27[3]. Co więcej,

2 Zob. I. Bache, S. Bulmer, S. George, O. Parker, *Politics in the European Union*, Oxford 2015; M. Dawson, B. de Witte, E. Muir (red.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham–Northampton 2013.

3 Zob. Customs Trade Statistics HM Revenue & Customs, *UK Overseas Trade Statistics June 2017* (10 sierpnia 2017), www.bit.ly/1OVoCTJ.

Londyn stanowi dla wielu globalnych korporacji, w tym dla instytucji finansowych, wrota do wewnętrznego rynku UE[4]. Z tego samego powodu Wielka Brytania jest też znaczącym miejscem lokowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych (FDI) z krajów trzecich, w tym USA, Chin czy Japonii[5]. Z tych wszystkich powodów Brexit będzie operacją niezwykle złożoną prawnie, politycznie i gospodarczo. Już w marcu 2017 r. szacowano, że w związku z Brexitem zatrudniono w Wielkiej Brytanii ok. 2000 osób zajmujących się różnymi aspektami wyjścia z UE[6]. Jak określił to Sir David Edward, były brytyjski sędzia w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej, „długoterminowa upiorność prawnych komplikacji [Brexitu] jest niemal niewyobrażalna"[7]. Recenzowana książka – będąca rodzajem kompendium czy tematycznego podręcznika – stanowi pierwszy tego rodzaju przewodnik po owych *legal complications*. Przewodnik ten – pozostając w poetyce przytoczonej wypowiedzi Sir Edwarda – nie tyle pomaga zredukować *upiorność* owych komplikacji prawnych, ile utwierdza czytelnika w przekonaniu o zasadności takiej pesymistycznej oceny. Jednocześnie wyzwanie, jakie postawili sobie redaktorzy i autorzy opracowania, może być opisane podobnymi do użytych przez Sir Edwarda określeniami – wzięli oni bowiem na siebie trud zmierzenia się z *upiornymi komplikacjami prawnymi*, jakie niesie ze sobą Brexit. Ponieważ negocjacje dopiero się rozpoczęły – a w dacie zamknięcia manuskryptu recenzowanej książki (październik 2016 r.) jeszcze w ogóle nie zostały podjęte[8] – wszelkie rozważania, jakie czynić mogli autorzy, musiały być wariantowe i w pewnym sensie spekulatywne. W niczym nie umniejsza to jednak wartości ani przydatności recenzowanej książki. Przeciwnie – naszkicowanie różnych scenariuszy, czy też różnych modeli przyszłych relacji EU–UK pozwala czytelnikom unaocznić sobie, z jakimi argumentami przystępują do negocjacji obie strony (Londyn i Bruksela), a to z kolei może być pomocne przy formułowaniu pewnych predykcji co do możliwych wyników negocjacji ustąpieniowych.

> **Brexit będzie operacją niezwykle złożoną prawnie, politycznie i gospodarczo.**

2. *Struktura i zakres opracowania*

Recenzowana książka ma wiele zalet. Pierwsza, godna odnotowania zaleta staje się oczywista jeszcze przed rozpoczęciem lektury: to czas ukazania się publikacji. Redaktorom i autorom udało się w wyjątkowo krótkim czasie odpowiedzieć na palący problem prawny i społeczny – od ogłoszenia wyników referendum do ukazania się książki minęło raptem kilka miesięcy. Co ważne, sprawność redakcyjna nie została osiągnięta kosztem jakości – ani warsztat, ani głębia analizy, ani zakres ujęcia tematu nie doznały widocznych uszczerbków, wynikających z presji, jaką na autorach musieli niewątpliwie wywierać redaktorzy

4 H.-B. Schäfer, A. Radwan, *Brexit Poker – Wer hat die besseren Karten in den Austrittsverhandlungen?*, „Wirtschaftsdienst" 2016, nr 10, s. 765–766.

5 Zob. Memorandum Rządu Japonii pt. „Japan's Message to the United Kingdom and the European Union", www.bit.ly/2cz8TQZ; zob. też H. Loewendahl, *The impact of Brexit on foreign direct investment into the UK: Recommendations for investment promotion strategy*, WAVTEQ (2016), www.wavteq.com/brexit.

6 Wypowiedź Edwarda Barkera (UK Dept for International Trade) na konferencji „Negotiating Brexit", St. Hugh's College, University of Oxford, 17 marca 2017 r., źródło: notatki własne autora z rzeczonej konferencji.

7 „The long-term ghastliness of the legal complications is almost unimaginable", źródło: transkrypt House of Lords – Select Committee on the European Union, *Inquiry on the process of leaving the European Union*, zapis sesji publicznej z 8 marca 2016 r., www.bit.ly/28Te4WA.

8 Zgodnie ze stanowiskiem Brukseli dopiero dokonanie przez Londyn notyfikacji w trybie art. 50 ust. 2 TUE może uzasadniać podjęcie negocjacji, to zaś nastąpiło 29 marca 2017 r.

i wydawca. Ewentualne uwagi w tej mierze (zob. niżej) należy bardziej potraktować jako dotykające kwestii – będącego przywilejem redaktorów – subiektywnego wyboru co do rozłożenia akcentów, aniżeli jako zarzut nieuzasadnionej wybiórczości.

Książka jest podzielona na trzy części, które dzielą się na rozdziały. Części główne obejmują następujące materie: część I: Podstawy; część II: Następstwa dla prawa prywatnego i gospodarczego; część III: Następstwa dla Szkocji i Irlandii Północnej. Taki podział jest przekonujący i czytelny. Publikacja byłaby jednak bardziej kompletna, gdyby w szerszym zakresie, być może jako osobną część, albo przynajmniej rozdział w ramach części I, uwzględniła także negocjacyjny aspekt wyjścia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej. Tytułowe „następstwa prawne" Brexitu będą bowiem zależały od modelu, według którego ułożone zostaną przyszłe relacje między Wielką Brytanią a Unią Europejską, czyli od wyniku negocjacji, ten zaś warunkuje w dużej mierze siła kart, jakie mają w rękach negocjatorzy z Londynu i Brukseli. Uwagi tej nie należy jednak odczytywać jako zarzut, raczej jako komentarz dotyczący dokonanego przez redaktorów takiego, a nie innego wyboru profilu opracowania. Książka jest bowiem konsekwentnie materiałem głównie prawniczym, podczas gdy aspekty związane z negocjacjami ustąpieniowymi mają – oprócz istotnych determinantów prawnych – także niebagatelny komponent ekonomiczny (zarówno makroekonomiczny, jak i związany z teorią gier) i politologiczny.

Recenzowana publikacja, mimo iż tematycznie może być zaliczona do monografii, pod względem konstrukcyjnym wykazuje jednak cechy właściwe tzw. książkom redagowanym, tj. pozycjom będącym kolekcją odrębnych opracowań (artykułów), stanowiących *de facto* samoistne całości. Ponieważ artykuły składające się (jako rozdziały) na recenzowaną książkę dotyczą różnych aspektów jednego problemu – następstw Brexitu – ich samoistność jako poszczególnych „atomów" tomu skutkuje pewną liczbą powtórzeń, zwłaszcza w częściach wstępnych do poszczególnych rozdziałów (artykułów). Powtórzenia te nie są jednak nadmierne i dotyczą tylko niektórych rozdziałów, dlatego ich niewyeliminowanie przez redaktorów nie rodzi zbytniej uciążliwości dla czytelnika. Niekiedy w akapitach wprowadzających do poszczególnych rozdziałów części II, które to akapity zazwyczaj powtarzają ogólny rys prawno-polityczny Brexitu, pojawiają się bardzo interesujące wywody mające kapitalne znaczenie dla perspektyw negocjacji ustąpieniowych (przykładowo s. 235–239), których to wywodów zabrakło w rozdziałach części I, gdzie rozważania te systematycznie przynależą.

Nieco zatomizowana struktura opracowania, charakterystyczna dla książek redagowanych, oraz wielość i rozpiętość poruszanych w publikacji zagadnień, dla których hasło „Brexit" stanowi spajającą klamrę, ale które przedmiotowo pozostają od siebie nieraz bardzo odległe[9], uniemożliwiają sporządzenie recenzji na modłę recenzji, jakie sporządza się dla jednoautorskich studiów monograficznych, które to studia posiadają jedną bądź kilka przewodnich myśli i kończą się postawieniem klarownych tez. W rzeczy samej, każdy rozdział recenzowanej książki, stanowiący *de facto* samoistny artykuł, wymagałby osobnej recenzji, co z jednej strony nadwyrężałoby gościnność użyczającej niniejszych łam Redakcji „Forum Prawniczego", z drugiej zaś wykraczało w kilku punktach poza kompetencje recenzenta. Wspomniane wyżej „odległości", czy też „rozpiętości" są ewidentne między poszczególnymi częściami książki: część I – „konstytucyjna" – ma charakter głównie europejskoprawny i prawnomiędzynarodowy; część II – „sektorowa" – stanowi przegląd wpływu Brexitu na wybrane gałęzie prawa i problemy prawne; część III – „polityczna" – ma natomiast charakter zdecydowanie interdyscyplinarny, z istotnymi komponentami specyficznej wiedzy historycznej i politologicznej, dominującymi wręcz nad aspektami prawnymi. Rozważania w obrębie części II („sektorowej") są zazwyczaj czynione w różnych, i różnie przez komentatorów antycypowanych, wariantach Brexitu. Trudno w takim stanie rzeczy oczekiwać od recenzenta jednakowej biegłości we wszystkich dyscyplinach i gałęziach wiedzy, którą dzielą się z czytelnikiem autorzy omawianej książki. Autorów jest bowiem aż siedemnastu. W gronie tym – co nieczę-

9 Np. prawo podatkowe i prawo kolizyjne, międzynarodowe postępowanie cywilne i uregulowania swobody przepływu pracowników, prawo konkurencji i prawo rynku finansowego, prawo dotyczące udostępniania treści cyfrowych i prawo spółek.

sto spotykane – próżno jednak szukać redaktorów tomu. Ci ostatni ograniczyli się do przygotowania kilkustronicowej przedmowy (s. 5–11). Nie można jednak odmówić redaktorom wspomnianych już zasług: zaprojektowania przekonującej struktury dzieła i sprawnego doprowadzenia do jego urzeczywistnienia w niespotykanie krótkim czasie. Być może na presję czasową zrzucić można brak bibliografii – niewątpliwie użyteczne dla czytelnika byłoby zamieszczenie czy to zbiorczo, na końcu książki, czy też osobno, na końcu każdego rozdziału (ta opcja byłaby w książce o takiej rozpiętości tematycznej preferowana), wykazu wykorzystanego przez autorów piśmiennictwa i innych materiałów źródłowych.

3. Podstawy: Prawna architektura negocjacji i procedura wyjścia państwa członkowskiego z UE oraz możliwe modele ukształtowania przyszłych relacji Wielkiej Brytanii jako „państwa trzeciego" wobec Unii

Pierwsza część książki, zatytułowana „Podstawy", składa się z czterech rozdziałów i obejmuje głównie rozważania poświęcone ramom prawnym regulującym ustąpienie państwa członkowskiego z Unii Europejskiej, wraz z naszkicowaniem ich genezy oraz systemowego usytuowania w Traktatach. Dodatkowo w części tej przedstawione zostały różne scenariusze wydarzeń – od niedojścia do skutku ustąpienia w następstwie przyszłych decyzji niweczących wynik referendum, przez różne modele ułożenia przyszłych relacji między Wielką Brytanią a Unią Europejską z zachowaniem pewnego zakresu gospodarczej integracji, aż do rozwiązania „twardego" (*hard Brexit*), w którym Wielka Brytania staje się państwem trzecim bez żadnego szczególnego dostępu do rynku wewnętrznego UE, na zasadach jedynie WTO.

W otwierającym tekście (*Brexit – Weg, Ziele, Lösungsmöglichkeiten*, s. 17–32) Rudolf Streinz oferuje przegląd prawnych problemów związanych z Brexitem, które później zostaną przez kolejnych autorów rozwinięte i pogłębione. Dokonuje on zwłaszcza historycznej, systemowej i językowej wykładni art. 50 TUE i związanych przepisów traktatowych regulujących procedurę ustąpienia państwa członkowskiego z Unii, wraz z uwzględnieniem zagadnień kompetencyjnych, zwłaszcza po stronie UE. Słusznie neguje przy tym kognicję unijnych organów, w tym Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), w zakresie przestrzegania przez ustępujące państwo członkowskie jego wewnętrznych reguł konstytucyjnych (s. 21)[10]. Bardziej dyskusyjna jest teza autora o dopuszczalności odwołania oświadczenia o ustąpieniu (s. 23–24), którą to możliwość R. Streinz dopuszcza[11]. Na końcu swojego artykułu autor ten kreśli także pobieżnie możliwe rozwiązania w zakresie ułożenia przyszłych relacji EU–UK (s. 30–31) – modele, które kolejni autorzy jeszcze rozwiną i uzupełnią.

Peter-Christian Müller-Graff (*Brexit – die unionsrechtliche Dimension*, s. 33–56) skupia się w pierwszym rzędzie na wpływie brytyjskiego referendum na Unię Europejską w wymiarze prawnym i politycznym, już od momentu zapadnięcia rozstrzygnięcia o opuszczeniu wspólnoty przez Wielką Brytanię (s. 33–37). Dalej kreśli P.-Ch. Müller-Graff możliwe scenariusze rozwoju wypadków, uwzględniając zarówno ewentualność finalnego niedojścia Brexitu do skutku (s. 39–43), jak i różne warianty ułożenia relacji EU–UK po Brexicie (s. 51–54), z uwzględnieniem trafnie zidentyfikowanych, choć nazbyt skrótowo przedstawionych interesów stron (s. 50–51). Zasadnie wskazuje przy tym na oczekiwane – i przez siebie rekomendowane – postawy i priorytety liderów UE w negocjacjach ustąpieniowych (s. 53–55). Słuszność oceny dokonanej przez autora potwierdził zresztą – choć na razie na płaszczyźnie deklaratywnej – dalszy bieg wypadków[12]. Autor

10 Tak też inni, niecytowani przez R. Streinza autorzy, m.in. H. Hestermeyer, *How Brexit Will Happen: A Brief Primer on EU Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit*, King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series 2016, nr 36, s. 4; odmiennie A. Duff, *Everything you need to know about Article 50 (but were afraid to ask)*, VerfBlog (4 lipca 2016), htpp://www.verfassungsblog.de/brexit-article-50-duff.

11 Podobnie jak niektórzy inni autorzy cytowani przez R. Streinza w przypisie 37 na s. 24; inaczej m.in. H.-B. Schäfer, A. Radwan, *Brexit Poker – Wer hat…*, dz. cyt., s. 764.

12 Zob. zwłaszcza wytyczne Rady Europejskiej do negocjacji w sprawie Brexitu (art. 50), Bruksela, 29 kwietnia 2017 r., EUCO XT 20004/17, s. 3: „Zachowanie integralności jednolitego rynku wyklucza uczestnictwo oparte na podejściu sektorowym. Państwo niebędące członkiem Unii, które nie

kwituje swoje rozważania nakreśleniem – zdaniem recenzującego bardzo prawdopodobnej[13] – perspektywy, zgodnie z którą Wielka Brytania, w zamian za dostęp do rynku UE (przynajmniej w pewnych jego sektorach), będzie zmuszona do zaakceptowania licznych reguł unijnych (prawa rynku wewnętrznego UE), bez możliwości jednak instytucjonalnego wpływu na ich kształt (s. 55).

kompetencję Unii do regulowania wszelkich obszarów, również tych, które (poza kontekstem ustąpienia państwa członkowskiego z UE) podpadają pod tzw. właściwość mieszaną, tj. właściwość łączną Unii i państw członkowskich (s. 73). J.-H. Herchenröder powołuje się przy tym na Adama Łazowskiego[15], wskazuje jednak również na pogląd przeciwny głoszony przez Simona Wieduwilta[16]. Wydaje się, że szczególna sytuacja

W zamian za dostęp do rynku UE Wielka Brytania będzie zmuszona do zaakceptowania licznych reguł unijnych bez możliwości jednak instytucjonalnego wpływu na ich kształt.

Jan-Hendrik Herchenröder pogłębia rozważania w obrębie naszkicowanym uprzednio przez R. Streinza. Lokując swój europejskoprawny wywód w szerszym kontekście prawa publicznego międzynarodowego (*Brexit: Rechtliche Unwägbarkeitenzwischen Völker- und Europarecht*, s. 57–76), zajmuje się drobiazgowo procedurą wyjścia państwa członkowskiego z UE oraz treścią umowy ustąpieniowej. W tej mierze zakres omawianego przez tego autora zagadnienia i prezentowane przezeń ujęcie odpowiadają formie i treści opracowań o charakterze komentarzowym[14]. Z większością stawianych przez J.-H. Herchenrödera tez wypada się zgodzić. W pewnym zakresie można jednak polemizować z poglądem autora, wedle którego art. 50 TUE nie może być interpretowany jako nadający szczególną ustąpienia państwa członkowskiego – współkreatora i uczestnika *acquis communautaire*, pozwala na przyjęcie odrębnej regulacji niż obowiązująca dla państw aspirujących, tj. dopiero integrujących się z UE „z pozycji zewnętrznej"[17]. Zgodnie z takim rozumieniem, którego J.-H. Herchenröder nie podziela, zawarcie umów, które przedmiotowo podpadałyby pod zakres tzw. umów mieszanych (tzw. *mixed agreements*, *gemischte Abkommen*), a zatem wymagały uczestnictwa także państw członkowskich (w tym – zgodnie z ich wymogami konstytucyjnymi – zatwierdzenia w trybie referendum), może w stosunku do państwa członkowskiego wychodzącego z UE nastąpić w trybie szczególnym – „ustąpieniowym", tj. wymagającym zatwierdzenia przez Parlament Europejski oraz Radę

wypełnia takich samych obowiązków jak państwo członkowskie, nie może mieć takich samych praw ani czerpać takich samych korzyści jak państwo członkowskie. W tym kontekście Rada Europejska z zadowoleniem przyjmuje fakt uznania przez rząd brytyjski, że cztery swobody jednolitego rynku są niepodzielne i że nie można ich traktować wybiórczo".

13 H.-B. Schäfer, A. Radwan, *Brexit Poker – Wer hat…*, dz. cyt., s. 768.

14 Por. O. Dörr (w:) E. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (red.), *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*, (Beck online, stan prawny: październik 2016), komentarz do art. 50.

15 A. Łazowski, *Withdrawal from the European Union and Alternatives to Membership*, „European Law Review" 2012, nr 37(5), s. 528. Podobnie zdaje się uważać J. Barcz, *Brexit…*, dz. cyt., s. 13.

16 S. Wieduwilt, *Article 50 TEU – The Legal Framework of a Withdrawal from the European Union*, „Zeitschrift für Europarechtliche Studien" 2015, nr 2, s. 179.

17 W tym kierunku A. Radwan, H.-B. Schäfer, *Jein – eine fehlende Variante bei dem Brexit-Referendum*, VerfBlog (17 sierpnia 2016), http://verfassungsblog.de/jein-eine-fehlende-variante-bei-dem-brexit-referendum.

Europejską działającą stosowną, kumulatywnie kwalifikowaną[18] większością głosów (art. 238(3)(b) TFUE[19] w zw. z art. 50 ust. 2 TUE), a nie w trybie właściwym dla zawierania umów mieszanych, tj. w ramach kompetencji dzielonych Unii i państw członkowskich (*shared competences*). Niewątpliwie jednak zawarcie umowy regulującej przyszłe stosunki handlowe Wielkiej Brytanii z UE w trybie umowy ustąpieniowej przyjętej zgodnie z wymogami art. 238(3)(b) TFUE w zw. z art. 50 ust. 2 TUE, a zatem nie jako umowa mieszana, natrafi na przeszkody natury politycznej i faktycznej – jest bowiem wysoce nieprawdopodobne, aby umowa taka została wynegocjowana w okresie zaledwie dwóch lat przewidzianych przez art. 50 ust. 3 TUE. Konieczne byłoby przedłużenie terminu dwuletniego, a zatem oddalenie skuteczności *sunset clause*, to zaś wymaga jednomyślności w Radzie Europejskiej (art. 50 ust. 3 *in fine* TUE). W przeciwnym wypadku po zawarciu umowy ustąpieniowej w trybie art. 238(3)(b) TFUE w zw. z art. 50 ust. 2 TUE potrzebne będzie zawarcie umowy handlowej z Wielką Brytanią jako wówczas już państwem trzecim – wtedy umowa taka będzie zapewne wchodzić w zakres kompetencji mieszanej.

Astrid Epiney, poszukując odniesień dla przyszłego ułożenia stosunków między Unią Europejską a Wielką Brytanią, omawia historię i dynamikę integracji gospodarczej Szwajcarii ze wspólnym rynkiem (*Die Beziehungen Schweiz – EU als Modell für die Gestaltung des Verhältnisses Großbritanniens zur EU?*, s. 77–98). Model szwajcarski jest zaliczany do kategorii integracji sektorowej (podobnie jak model kanadyjski – CETA[20], czy model południowokoreański[21]). W przypadku Szwajcarii oznacza to przyjęcie pakietów dwustronnych umów międzynarodowych regulujących wybrane obszary gospodarcze, w których strony zapewniają sobie wzajemnie dostęp do rynku. Autorka przypomina o negatywnym wyniku szwajcarskiego referendum europejskiego z dnia 6 grudnia 1992 r. (s. 78), które jednak – inaczej niż brytyjskie – dotyczyło przystąpienia, a nie ustąpienia ze Wspólnoty. A. Epiney opisuje zakres i mechanikę działania poszczególnych generacji szwajcarsko-unijnych umów bilateralnych, wskazując przy tym, że obejmują one m.in. swobodę przepływu pracowników (s. 89–90), która była przecież ważnym elementem kampanii *Leave* w Wielkiej Brytanii[22]. Autorka opisuje także mechanizmy dostosowawcze, mające na celu uwzględnienie w treści umów bilateralnych następczych zmian zachodzących w prawie unijnym (s. 83–87). Istotne z punktu widzenia kluczowego pytania o to, na ile model szwajcarski może stanowić punkt odniesienia dla kształtowania przyszłych relacji EU–UK, są wskazania autorki, że w miarę upływu czasu Unia Europejska ogranicza swoją skłonność do integracji przy wykorzystaniu sektorowych umów bilateralnych, uzależniając gotowość do ich zawarcia od przyjęcia instytucjonalnych ram, w tym rozwiązań dotyczących rozstrzygania sporów, a także od automatycznego przejmowania zmian w prawie unijnym do treści umów dwustronnych oraz zapewnienia jednolitego rozumienia pojęć, tj. *de facto* czerpania przez umowy dwustronne z dorobku prawnego rozwijanego w praktyce wewnątrzunijnej (s. 90). Dobitne jest stwierdzenie A. Epiney, że umowy pierwszej generacji (pakiet z 1999 r.) dziś prawdopodobnie nie zostałyby zaakceptowane przez Brukselę (s. 93). Swoje rozważania autorka pointuje sceptyczną refleksją na temat zdatności modelu szwajcarskiego, czy wręcz w ogóle kompleksowego modelu bilateralnego, jako wzorca dla ukształtowania przyszłych relacji między Unią Europejską a Wielką Brytanią[23]. Wskazuje przy tym, że dla zapewnienia dostępu do

18 72% państw członkowskich, reprezentujących co najmniej 65% ludności.

19 Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

20 Comprehensive Economic and Trade Agreement.

21 Umowa o wolnym handlu między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Republiką Korei, z drugiej strony, Dz.Urz. UE, L 127 z 14.5.2011 r., s. 1 i n.

22 Szczegółowo na ten temat zob. M. Kułakowska, *Kwestia migracji w kampanii referendalnej dotyczącej brytyjskiego członkostwa w Unii Europejskiej*, „Politeja" 2017, nr 1(46), s. 45 i n.

23 *Nota bene* oprócz politycznych barier dla przyjęcia takiego modelu wskazać należy na bariery prawno-ekonomiczne – model szwajcarski byłby prawdopodobnie niewystarczający dla Wielkiej Brytanii z powodu braku zapewnienia wystarczającego dostępu do europejskiego rynku finansowego, co jest kluczowym aspektem dla londyńskiego City; zob. szerzej J. Armour, *Brexit and Financial Services* (5 stycznia 2017), www.ssrn.com/abstract=2892679, s. 12–13; J. Armour, *Brexit to the European Economic Area: What Would it Mean?*,

rynku wewnętrznego istnieje inne, skrojone na miarę rozwiązanie: jest nim uczestnictwo w Europejskim Obszarze Gospodarczym (s. 97), czyli tzw. model norweski. Tę pointę można skontrować szeregiem argumentów przemawiających przeciwko modelowi EOG, może nawet nie tyle ze strony UE, ile ze strony samej Wielkiej Brytanii, ponieważ model norweski nie dość, że wiąże się z koniecznością płacenia relatywnie – w porównaniu z modelem szwajcarskim – wysokich składek za dostęp do wspólnego rynku, nie dość, że łączy się z podległością jurysdykcji sądu EFTA (który z kolei działa w harmonii z TSUE), to jeszcze zakłada akceptację dla podstawowych swobód traktatowych, w tym swobody przepływu osób – a wszystkie te aspekty były eksploatowane w kampanii *Leave* i są postrzegane przez brytyjski rząd jako polityczne *red lines*[24]. Osobną kwestią jest gotowość samej EFTA do przyjęcia Wielkiej Brytanii – która już w przeszłości była przecież członkiem EFTA, a której przystąpienie zakłóciłoby poważnie równowagę sił w obecnej, okrojonej Strefie. Komentarz do rozdziału autorstwa A. Epiney trzeba zakończyć krytyczną obserwacją, że angielskie i francuskie streszczenia (s. 97–98) nie oddają należycie wymowy artykułu, a w kluczowych aspektach są z nią sprzeczne.

Na końcu uwag do tej części książki wypada odnotować brak analogicznych do „szwajcarskiego" rozdziałów traktujących o innych modelach integracji gospodarczej, głównie norweskim (EFTA/EOG) i kanadyjskim (CETA), czy nawet WTO, stanowiącym domyślny reżim nowych relacji handlowych Unii z Wielką Brytanią w przypadku „twardego" Brexitu. W kilku miejscach znajdują się wprawdzie odwołania do tych modeli, a nawet ich skrótowe prezentacje (np. s. 252–255), niemniej jednak ani usytuowanie tych fragmentów, ani stopień ich szczegółowości nie są w pełni satysfakcjonujące.

Model norweski wiąże się z płaceniem składek za dostęp do wspólnego rynku, podległością jurysdykcji sądu EFTA i akceptacją dla podstawowych swobód traktatowych, w tym swobody przepływu osób – a wszystkie te punkty stanowiły *red lines* kampanii *Leave*.

4. Konsekwencje Brexitu w obszarze prawa prywatnego i gospodarczego

Druga część opracowania, zatytułowana *Następstwa dla prawa prywatnego i gospodarczego*, obejmuje dziewięć rozdziałów, które odnoszą się do wybranych gałęzi bądź problemów prawa prywatnego i gospodarczego, prawa podatkowego, a także europejskiego postępowania cywilnego i prawa kolizyjnego.

a. Możliwość dostosowania treści bądź zniesienia zobowiązań umownych (rebus sic stantibus)

David Paulus (*Der „Brexit" als Störung der „politischen" Geschäftsgrundlage?*, s. 101–127) bada wpływ Brexitu na zobowiązania umowne pod kątem możliwości ich zniesienia bądź dostosowania treści do istotnie zmienionych okoliczności leżących u podstaw czynności prawnej, czego strony nie brały pod uwagę przy

Oxford Business Law Blog (OBLB) (19 lipca 2016), www.bit.ly/2vPZBIn.

24 Zob. C. Fuest, *Brexit: Economic Issues*, OBLB (3 kwietnia 2017), www.bit.ly/2nzRQ1P.

zawieraniu umowy (niem. *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, łac. *rebus sic stantibus*). Podkreślenia wymaga, że wpływ zmian na trwałość stosunku obligacyjnego nie stanowi materii prawa europejskiego. To „element europejskoprawny" jest okolicznością podlegającą zmianie, a wpływ tej zmiany na stosunek zobowiązaniowy musi być oceniany w ramach narodowych porządków prawa kontraktów. D. Paulus dokonuje takiej analizy z punktu widzenia prawa niemieckiego (s. 112–119) i angielskiego (s. 119–120). W konkluzji przekonująco dopuszcza przy tym możliwość uwzględnienia Brexitu jako nadzwyczajnej okoliczności, ze wskazaniem, że zarówno sama dopuszczalność, jak i zakres uwzględnienia będą zależały od ostatecznego kształtu przyszłych relacji Wielkiej Brytanii z Unią Europejską w danym, związanym ze sporną sprawą obszarze (s. 125). Zasadny jest także pogląd autora, że ustawowe mechanizmy *rebus sic stantibus* nie powinny być traktowane jako remedium wobec zmian kursów walut, będących następstwem brytyjskiego referendum (s. 123).

b. Prawo spółek

Sascha Stiegler omawia wpływ Brexitu na prawo spółek (*Der EU-Austritt Großbritanniens aus gesellschaftsrechtlicher Sicht*, s. 129–152). W pierwszym rzędzie analizuje sytuację prawną brytyjskich spółek tzw. pseudozagranicznych[25] w UE, głównie skupiając się na stanowisku doktryny i judykatury niemieckiej w kwestiach kolizyjnego prawa spółek (s. 130–138). Rozważania te mają jednak znaczenie dla wszystkich państw, które stosują tzw. teorię siedziby rzeczywistej (niem. *Sitztheorie*). Zwraca przy tym uwagę na niebezpieczeństwo nieuznania podmiotowości tych spółek jako zagranicznych spółek kapitałowych (*ltd.*) i zakwalifikowania ich przez sądy niemieckie jako krajowe spółki osobowe, ze wszystkimi tego konsekwencjami w zakresie zwłaszcza reżimu odpowiedzialności. Takiej kwalifikacji stoi obecnie na drodze orzecznictwo TSUE zapadłe na gruncie traktatowej swobody przedsiębiorczości[26]. W dalszym toku autor omawia problem powstania „próżni normatywnej" dla brytyjskich spółek działających w formie prawnej *Societas Europaea* (s. 138–141). S. Stiegler zastanawia się także nad procesem „rozchodzenia się" prawa brytyjskiego z prawem unijnym („deharmonizacja") na skutek zaprzestania obowiązywania dyrektyw unijnych z obszaru prawa spółek (s. 141–143). Ten wpływ może okazać się nawet dalej idący, niż dostrzega to autor, a to wobec przygotowywanych obecnie w Komisji Europejskiej nowych dyrektyw, w tym pakietu dyrektyw mobilnościowych oraz dyrektywy poświęconej digitalizacji[27], dla których to dyrektyw – w razie ich (dość prawdopodobnego) przyjęcia – będą zapewne przewidziane terminy implementacyjne wykraczające poza horyzont członkostwa Wielkiej Brytanii w UE. Jest to przy tym o tyle ironiczne, że wewnętrzne projekty tych dyrektyw zostały przygotowane przez międzynarodowy zespół ekspertów (ICLEG), wśród których istotną rolę odegrali eksperci brytyjscy[28].

c. Instytucje finansowe i prawo rynku finansowego

Dörte Poelzig i Max Bärnreuther badają wpływ Brexitu na prawo rynku finansowego (*Die finanzmarktrechtlichen Konsequenzen des „Brexit"*, s. 153–176). Prawo rynku finansowego należy do najsilniej zharmonizowanych (a obecnie wręcz ujednoliconych) obszarów prawa. Co więcej, wpływ rozwiązań brytyjskich na uregulowania unijne jest znaczący, a w niektórych obszarach wręcz dominujący. Jest zatem pewnego rodzaju ironią, że Wielka Brytania znalazła się wobec perspektywy opuszczenia jednolitego rynku finansowego UE – rynku, który przez lata współtwo-

25 Spółki zarejestrowane w Wielkiej Brytanii, ale prowadzące swoją działalność wyłącznie w innym państwie członkowskim (tzw. *mailbox companies*) – fala inkorporacji takich spółek była następstwem liberalnego orzecznictwa TSUE w sprawach *Centros* (C-212/97), Überseering (C-208/00) i *Inspire Art* (C-167/01) – szerzej na ten temat, wraz z bogatymi danymi empirycznymi – zob. M. Becht, C. Mayer, H.F. Wagner, *Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry*, „Journal of Corporate Finance" 2008, vol. 14, nr 3; U. Kornblum, *Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1. 1. 2015)*, GmbH-Rundschau 2015, s. 695.

26 Zwłaszcza wyrok w sprawie Überseering (C-208/00).

27 Zob. protokoły spotkań tzw. Informal Company Law Expert Group (ICLEG) dostępne na www.bit.ly/2hWlYX8, w sekcji „Informacje dodatkowe".

28 Zob. skład Grupy ICLEG dostępny na: www.bit.ly/2hWlYX8, w sekcji „Członkowie".

rzyła i na którego kształcie odcisnęła niezaprzeczalne piętno. Trzeba nadto odnotować, że Londyn stanowi swego rodzaju *hub* dla międzynarodowych instytucji finansowych i „bramę", przez którą uzyskują oni dostęp do klientów i kontrahentów na terenie całej Unii Europejskiej. Jest to możliwe dzięki jednolitej licencji bankowej oraz tzw. zasadzie paszportowania[29]. Utrata europejskiego paszportu utrudni funkcjonowanie albo wręcz podważy podstawę egzystencji wielu instytucji finansowych operujących transgranicznie z Londynu[30]. Dla Wielkiej Brytanii jedną z kluczowych wartości, które leżą na szali unijno-brytyjskich negocjacji, jest przyszłość londyńskiego City jako europejskiego centrum finansowego. D. Poelzig i M. Bärnreuther analizują w tym kontekście różne warianty przyszłych relacji EU–UK, za podstawę swoich rozważań o wpływie Brexitu na prawo rynku finansowego biorą jednak model wyjścia „twardego" (*hard Brexit*, *total exit-Option*, czyli *New Yorker Modell*). Ponieważ architekturę europejskiego rynku finansowego tworzą w głównej mierze akty prawa wtórnego, głównie rozporządzenia, ich odpadnięcie wytworzy dla Wielkiej Brytanii lukę prawną, która będzie musiała zostać wypełniona legislacją krajową. Prawo krajowe nie może jednak jednostronnie przyznać brytyjskim instytucjom finansowym europejskiego paszportu. Będą one musiały starać się o dostęp w trybie dostępu instytucji państw trzecich na zasadzie uznawania ekwiwalencji[31]. Tryb ten nie jest jednak pełnowartościowym substytutem zasady paszportowania[32]. D. Poelzig i M. Bärnreuther wskazują zatem, że wobec odpadnięcia europejskiego paszportu i niewystarczających praw oferowanych przez reżim ekwiwalentności, osiadłe w Londynie instytucje finansowe będą w wielu przypadkach musiały zakładać spółki córki bądź tworzyć oddziały w jednym z państw pozostających w Unii i wypełnić przy tym obowiązujące w danym kraju wymogi dopuszczeniowe (licencyjne).

> **Utrata tzw. europejskiego paszportu utrudni funkcjonowanie albo wręcz podważy podstawę egzystencji wielu instytucji finansowych operujących transgranicznie z Londynu.**

d. Prawo podatkowe

Ekkehart Reimer zajmuje się przyszłością europejskiego prawa podatkowego po ustąpieniu Wielkiej Brytanii z UE (*Nachdem Brexit: Die Zukunft der europäischen Steuerrechtsordnungen*, s. 177–210). Prawo podatkowe zostało dotąd jedynie fragmentarycznie zharmonizowane w UE, dlatego też prawnopodatkowe konsekwencje Brexitu nie wystąpią we wszystkich jego obszarach. Zagadnienia unikania podwójnego opodatkowania są z kolei przedmiotem umów prawnomiędzynarodowych, na których obowiązywanie Brexit nie będzie miał wpływu. E. Reimer wskazuje natomiast zasadnie na możliwość wystąpienia konkurencji podatkowej, oraz szerzej – konkurencji w zakresie parafiskalnej polityki publicznej, której narzędziem może okazać się pomoc publiczna, co z kolei stanowi materię prawa unijnego (s. 188–189). Autor omawia

29 Szerzej na ten temat zob. M. Lehmann, D. Zetzsche, *Brexit and the Consequences for Commercial and Financial Relations between the EU and the UK*, Oxford Business Law Blog (20 września 2016), www.ssrn.com/abstract=2841333, s. 21 i n.

30 Zob. H.-B. Schäfer, A. Radwan, *Brexit Poker – Wer hat…*, dz. cyt., s. 765.

31 Zob. J. Armour, *Brexit and Financial Services*, dz. cyt., s. 10–18.

32 Tamże, s. 18–19; bardziej optymistycznie W.-G. Ringe, *The Irrelevance of Brexit for the European Financial Market*, (23 stycznia 2017), www.ssrn.com/abstract=2902715, s. 10.

także możliwe przyszłe utrudnienia w zakresie współpracy krajowych organów podatkowych (s. 205–206).

e. Swobodny przepływ pracowników i dostęp do rynku pracy

Hannes Rathke podejmuje temat swobodnego przepływu pracowników w kontekście Brexitu (*Brexit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit*, s. 211–229). Temat ten jest szczególnie istotny z perspektywy Polski – Polacy są bowiem najliczniejszą grupą migrantów zarobkowych z UE[33]. Na wstępie autor słusznie zwraca uwagę, że migracja stanowiła jeden z przewodnich tematów kampanii referendalnej zwolenników wyjścia Wielkiej Brytanii z UE (s. 211). Z tego powodu wprowadzenie ograniczeń w dostępie do brytyjskiego rynku pracy jest postrzegane przez Londyn jako jedna z *red lines* w negocjacjach ustąpieniowych[34]. H. Rathke pomija jednak w swojej analizie obserwację, że priorytetowe usytuowanie zagadnienia migracji pracowników w brytyjskiej dyskusji publicznej w przededniu referendum europejskiego ujawniło duży stopień irracjonalności wyborców. W świetle faktów bowiem znaczący napływ migrantów do Wielkiej Brytanii w dekadzie poprzedzającej referendum był nie tyle następstwem swobody przepływu osób, ile okoliczności, że mimo uzgodnienia siedmioletniego okresu przejściowego dla pracowników z krajów objętych historycznym, tzw. wschodnim rozszerzeniem UE (1 maja 2004 r.)[35] Wielka Brytania jednostronnie zrzekła się obowiązywania owych okresów przejściowych[36]. Oznacza to, że źródłem obowiązywania rzeczonej swobody, *ergo* skutku w postaci napływu zagranicznych pracowników, głównie z Europy Środkowo-Wschodniej, była suwerenna decyzja rządu Tony'ego Blaira, a nie postanowienia Traktatów. H. Rathke słusznie wskazuje, że Traktaty nie zawierają postanowień dotyczących sytuacji prawnej beneficjariuszy swobody w okresie po jej odpadnięciu na skutek zaprzestania obowiązywania Traktatów – inaczej, niż czynią to niektóre akty prawa międzynarodowego, np. tzw. europejska konwencja patentowa[37] (s. 215–216). Z tego powodu materia ta powinna zostać uregulowana w umowie ustąpieniowej[38]. H. Rathke rozważa m.in. dość mało prawdopodobny – jak się wydaje – scenariusz wprowadzenia przejściowych ograniczeń w swobodzie przepływu pracowników, które by miały się rozpocząć jeszcze przed ustąpieniem Wielkiej Brytanii z UE – na zasadzie odwróconej analogii do okresów przejściowych poprzedzających akcesję (s. 218–219). Autor dochodzi do słusznego wniosku, że zachodzą prawne problemy wprowadzenia takich okresów przejściowych. Tę konkluzję należy uzupełnić o wątpliwości natury politycznej, przynajmniej jeśli chodzi o okres dwóch lat od notyfikacji w trybie art. 50 ust 2 TUE, czyli czas, po upływie którego Traktaty przestaną obowiązywać w stosunku do państwa członkowskiego. Okres ten może zostać przedłużony za jednomyślną zgodą Rady Europejskiej (art. 50 ust. 3 TUE). Na czas takiego ewentualnego przedłużenia do pomyślenia byłyby pewne przejściowe rozwiązania „antycypujące" finalny kształt uzgodnień. Bardziej prawdopodobne wydaje się jednak – inaczej, niż sugeruje autor – że okresy przejściowe będą zmierzały do wydłużenia okresu obowiązywania *status quo* bądź reguł doń zbliżonych, a nie skrócenia tego okresu. H. Rathke szczegółowo analizuje następnie różne modele przyszłych relacji EU–UK w aspekcie dostępu do rynku pracy (s. 220–227), dochodząc do konkluzji, że żaden ze znanych modeli (norweski, szwajcarski, turecki,

33 Zob. K. Borońska-Hryniewicka, S. Płóciennik (red.), *Relacje Unia Europejska – Wielka Brytania po ewentualnym Brexicie*, Warszawa 2016, s. 55–56.

34 Zob. C. Fuest, *Brexit…*, dz. cyt.

35 Zob. A. Hänlein, Übergangsregelungenbei*m EU-Beitritt der MOE-Staaten im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der sozialen Sicherheit*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht" 2001, nr 6, s. 165 i n.; R. Grzeszczak, *Swoboda przepływu pracowników i jej ograniczenia na przykładzie Polski i Niemiec* (w:) D. Jaśniak-Quast, L. Kiel, M. Kłodnicki, *Swobodny przepływ pracowników między Polską a Niemcami: Próba bilansu z różnych perspektyw*, Berlin 2014, s. 183 i n.

36 Zob. House of Lords – Select Committee on the European Union, Session 2005-06, Fifty-Third Report, Chapter 3: *The Impact of the Last Enlargement, The movement of labour* (sec. 92–89), www.bit.ly/2fxCP1A.

37 Konwencja o udzielaniu patentów europejskich z 1973 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 79, poz. 737).

38 Zob. J.-H. Herchenröder, *Brexit: Rechtliche Unwägbarkeiten zwischen Völker- und Europarecht* (w:) M. Kramme, Ch. Baldus, M. Schmidt-Kessel (red.), *Brexit und die juristischen Folgen*, Baden-Baden 2017, s. 72.

WTO) nie wydaje się adekwatny (s. 227–228). Słusznie identyfikuje przy tym podstawowy dylemat: z jednej strony polityczną trudność w przyjęciu jakiegokolwiek modelu, który zachowywałby otwartość brytyjskiego rynku pracy (problem *red lines* wynikających z postulatów kampanii *Leave*), z drugiej zaś zamknięcie rynku przy jednoczesnym zachowaniu niektórych innych swobód (problem selektywności – niem. *Rosinenpicken*). H. Rathke wskazuje przy tym zasadnie, że swoboda przepływu pracowników nie stanowi *credo* politycznego projektu, ale *condicio* urzeczywistnienia rynku bez granic wewnętrznych (s. 228). Dlatego też nie jest możliwe rozpatrywanie poszczególnych elementów tego rynku oddzielnie. Migracja ekonomiczna jest jednym ze sposobów niwelowania nierówności na rynku. Jest to tym istotniejsze, że Unia Monetarna i Walutowa doprowadziła do wyeliminowania innego ważnego elementu adaptacyjnego: samodzielnej polityki monetarnej oraz dostosowywania się kursów wymiany walut (co jednak nie dotyczy państw spoza strefy Euro, w tym Wielkiej Brytanii, podobnie zresztą jak Polski). Warto też wskazać, że zjawisko bezrobocia w UE ma w pewnej mierze charakter strukturalny, pochodny wobec niektórych polityk czy projektów europejskich (zwłaszcza wspólnej waluty i polityki monetarnej), wobec czego swoboda przepływu pracowników stanowi jeden z nielicznych rynkowych mechanizmów mitygowania tego zjawiska[39]. Dlatego słuszna jest konkluzja, do jakiej dochodzi H. Rathke: ewentualne przyszłe porozumienie dające Wielkiej Brytanii dostęp do rynku wewnętrznego Unii Europejskiej będzie musiało podlegać zasadzie wzajemności, której istotnym elementem będzie zagwarantowanie obywatelom UE-27 dostępu do brytyjskiego rynku pracy (s. 228–229).

f. Prawo konkurencji

Matthias Wendland podejmuje próbę oszacowania wpływu Brexitu na europejskie prawo konkurencji (*Die Auswirkungen des Brexit auf das Europäische Wettbewerbsrecht*, s. 231–259). Wskazuje przy tym, że brytyjska praktyka i doktryna prawa konkurencji miały istotny wpływ na ukształtowanie prawa europejskiego w tej materii (s. 231–232, 243). Dalej autor prezentuje interesujący rys prawnych, ekonomicznych i politycznych uwarunkowań negocjacji ustąpieniowych w ogólności – materię właściwą raczej do umieszczenia w części I książki, a w pewnym zakresie również w części III. Niemniej jednak rozważania te są bardzo wartościowe i w kilku miejscach uzupełniają treści wymienionych części o pominięte tam aspekty, jak chociażby o porównawczą analizę długotrwałości wcześniejszych negocjacji UE z krajami trzecimi, z którymi Unia zawarła bądź wypracowała (oczekujące na ratyfikację) różnego rodzaju układy o wolnym handlu (s. 235–236). Doświadczenia te muszą być wzięte pod uwagę przy prognozowaniu dynamiki negocjacji Brukseli z Londynem. M. Wendland, powołując się na brytyjskich komentatorów, wskazuje na perspektywę nawet 10-letnich negocjacji (s. 236), co kontrastuje z przewidzianą w art. 50 ust. 3 TUE dwuletnią *sunset clause*. Dalej przechodzi do zagadnień prawa konkurencji, rozważając wyczerpująco wpływ nań Brexitu w wariancie „twardym" (*hard Brexit*) (s. 241–251), następnie zaś, bardziej skrótowo, przegląda pod tym

Wieloletnie negocjacje wcześniejszych umów o wolnym handlu nie napawają optymizmem, jeśli zważyć, że art. 50 TUE przewiduje okres dwóch lat, po którego upływie może nastąpić twardy Brexit.

39 Zob. A. Radwan, *Bezrobotni – krajowi czy unijni?*, „Rzeczpospolita" z 5 lutego 2014 r., s. I8.

kątem inne warianty wyjścia Wielkiej Brytanii z Unii, tj. model norweski, szwajcarski, kanadyjski, turecki, czy też w końcu zgodny z regułami WTO (który w rzeczy samej jest wariantem *hard Brexit*) (s. 251–255). Autor wskazuje na bardzo wysoki obecnie stopień europeizacji brytyjskiego prawa konkurencji i konwergencji w zakresie jego stosowania (s. 241–242). Stan ten nie ustąpi automatycznie z chwilą dojścia do skutku Brexitu w zakresie objętym harmonizacją za pomocą dyrektyw, ale należy oczekiwać stopniowo zachodzącej dywergencji na skutek braku związania sądów brytyjskich i brytyjskiego organu nadzorczego (*Competition and Markets Authority* – CMA) orzeczeniami TSUE. Szybciej dojdzie do „rozszczepienia się" reżimów prawnych w obszarze obowiązywania rozporządzeń, które z momentem ustąpienia Wielkiej Brytanii z Unii przestaną obowiązywać (s. 242). Z drugiej strony osłabienie niebagatelnego dotychczas wpływu brytyjskiej myśli na rozwój europejskiego prawa konkurencji – wpływu o wektorze liberalnym – może prowadzić do przesunięcia akcentów w prawie unijnym i jego stopniowego zwrotu w stronę większego protekcjonizmu (s. 244). M. Wendland analizuje wpływ Brexitu na regulacje dotyczące praktyk i porozumień ograniczających konkurencję (prawo kartelowe – s. 246–248), na prawo pomocy publicznej (s. 249) i na prawo zamówień publicznych (s. 249–251). Osobne uwagi poświęca autor zagadnieniom proceduralnym (s. 251). Konkluduje jednak, że mimo iż wpływ Brexitu na prawo brytyjskie i na prawo unijne może okazać się niepomijalny, to jednak – z punktu widzenia przedsiębiorstw – wynikające stąd ryzyka czy utrudnienia pozostaną nadal „ogarnialne" (*überschaubar*) i „zarządzalne" (*beherrschbar*) i należy oczekiwać dalszego funkcjonowania korporacji według zasady *business as usual*. Optymistyczna jest finalna konkluzja M. Wendlanda także dla samego rozwoju prawa konkurencji po Brexicie – zdaniem autora prawo unijne i krajowe pozostaje obecnie na tyle splecione, że rozejście się w przyszłości obu reżimów prawnych nie byłoby możliwe bez obopólnych szkód, a to nie leżałoby w interesie żadnej ze stron (s. 256).

Prawu konkurencji jest poświęcony także kolejny rozdział (*Refragmentierung des europäischen Kartellrechts? Dimensionen eines möglichen EU-Austritts*, s. 261–278), opracowany przez Romana Guskiego. Autor ten otwiera swoje rozważania wywodem na temat filozoficznych, politycznych i socjologicznych uwarunkowań rozwoju unijnego prawa konkurencji (s. 261–265). Następnie bada koncepcyjne konwergencje brytyjskiego i unijnego prawa konkurencji (s. 266–269) oraz oczekiwane przesunięcia w tej mierze, do których może dojść w następstwie Brexitu (s. 269–275). Osobno zajmuje się R. Guski wpływem Brexitu na zagadnienia proceduralne egzekwowania prawa konkurencji, w tym na współpracę urzędów ds. ochrony konkurencji (KE i CMA[40]) (s. 275–277). W konkluzjach podziela optymizm M. Wendlanda, przewidując, że nie powinno dojść do „tektonicznych przesunięć" w zakresie fundamentalnych koncepcji regulowania konkurencyjnego rynku. Większe trudności mogą natomiast zaistnieć w obszarze współpracy instytucjonalnej organów powołanych do zapewnienia ochrony konkurencji i konsumentów (s. 277–278).

g. Umowy o dostarczanie treści cyfrowych

Rafał Mańko i Piotr Tereszkiewicz podejmują temat treści cyfrowych według uregulowań brytyjskich z 2015 r. (*Digitale Inhalte nach britischem Consumer Rights Act 2015 unter dem Eindruck des Brexit*, s. 279–295). Zagadnienie to, niezwykle interesujące i aktualne, wykazuje jednak, przynajmniej w obecnym stanie rozwoju europejskiej legislacji (etap projektowy[41]), bardzo ograniczony związek z tytułową dla recenzowanej książki problematyką Brexitu. Potwierdza to zresztą treść i struktura opracowania R. Mańko i P. Tereszkiewicza, w którym jedynie marginalnie odnoszą się oni do problematyki ustąpienia Wielkiej Brytanii z UE. Niewątpliwie wartościowe jest natomiast porównawcze przedstawienie regulacji brytyjskich zawartych w *Consumer Rights Act 2015* (CRA 2015) oraz projektu europejskiej dyrektywy w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych, która to materia wypełnia łącznie niemal całość rozważań autorów. R. Mańko i P. Tereszkiewicz formułują zalecenie, aby Brexit nie został wykorzystany jako pretekst do tego, by zrezygnować z implementacji

40 Urząd ds. Konkurencji i Rynków (Wielka Brytania).

41 Wniosek – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych [COM(2015) 634 final – 2015/0287 (COD)].

do przyszłej unijnej dyrektywy niektórych przekonujących rozwiązań przyjętych w CRA 2015 (s. 294).

h. Międzynarodowe postępowanie cywilne i jednolite prawo kolizyjne

Johannes Ungerer podejmuje bardzo istotny problem wpływu ustąpienia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej na międzynarodowe postępowanie cywilne oraz prawo kolizyjne (*Brexit von Brüssel und den anderen IZVR-/IPR-Verordnungen zum Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrecht*, s. 297–320). Dorobek wspólnotowy w obszarze międzynarodowego postępowania cywilnego (w tym także w jego specyficznych obszarach, np. prawie upadłościowym) oraz prawa prywatnego międzynarodowego jest znaczący i wywiera istotny wpływ na dochodzenie roszczeń oraz sądowe rozstrzyganie, m.in. o sprawach osobistych i majątkowych w obrębie UE. Z tego powodu europeizacja tego obszaru służy *par excellence* eliminacji trudności i ograniczeń związanych z sytuacjami transgranicznymi. Inaczej jednak niż w przypadku wielu innych obszarów, które w pewnym momencie stały się przedmiotem planowanej „odgórnie" harmonizacji bądź unifikacji, dorobek unijny w obszarze międzynarodowego postępowania cywilnego oraz prawa kolizyjnego bazuje w bardzo dużym stopniu na wcześniejszym „oddolnym" dorobku prawnomiędzynarodowym w postaci konwencji międzynarodowych (por. Konwencja Brukselska[42], Konwencja Rzymska[43]). Konwencje te nie ograniczały się zresztą do państw członkowskich ówczesnej Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, ale obejmowały także państwa trzecie (por. Konwencja Lugańska[44]). Dalszy bieg wypadków objął zastąpienie wielu spośród przyjętych wcześniej konwencji – przynajmniej w stosunku do państw członkowskich UE – rozporządzeniami unijnymi, o treści w dużej mierze zbieżnej z treścią konwencji, które zostały przez rozporządzenia zastąpione. Przed przejściem do bardziej szczegółowych rozważań należy przypomnieć, że Wielka Brytania skorzystała z klauzuli *opt-out* w odniesieniu do tytułu V części trzeciej TFUE (przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości) zgodnie z protokołami nr 21 i 22 Traktatu z Lizbony, w związku z czym integracja w omawianym obszarze nie jest ani automatyczna, ani zupełna, choć do najważniejszych aktów prawnych z obszaru międzynarodowego postępowania cywilnego i prawa kolizyjnego Wielka Brytania przystąpiła (*opt-in*). Ustąpienie Wielkiej Brytanii zastanie proces tworzenia ram kolizyjnych i jurysdykcyjnych „nieprzygotowanym" do secesji. J. Ungerer pokazuje zróżnicowaną sytuację – możliwości bądź jej braku – „powrotu" (niem. *Rückfall*) Wielkiej Brytanii do bycia stroną poszczególnych konwencji, które z czasem zostały zastąpione unijnymi rozporządzeniami (s. 298–303). Przykładowo trafnie zwraca J. Ungerer uwagę, że Wielka Brytania będzie mogła automatycznie powrócić do Konwencji Brukselskiej, której zakres jest jednak ograniczony – będzie mógł regulować zagadnienia jurysdykcyjne i egzekucyjne między Wielką Brytanią a jedynie czternastoma „starymi" państwami UE spośród pobrexitowej UE-27. Analogiczne relacje wobec „nowych" członków UE regulowała – a wobec niektórych państw trzecich (Islandia, Norwegia, Szwajcaria) nadal reguluje – Konwencja Lugańska, której jednak pierwotna wersja z 1988 r. została zastąpiona nową wersją z 2007 r., co z czysto technicznych powodów uniemożliwia Wielkiej Brytanii automatyczny powrót do Konwencji Lugańskiej. Tej bowiem konwencji, której Wielka Brytania była stroną (Lugano 1988), już nie ma, do tej zaś, która istnieje (Lugano 2007), Wielka Brytania nigdy nie przystąpiła, ponieważ była w tym czasie członkiem UE, Konwencję zaś ratyfikowała Unia, a nie poszczególne państwa członkowskie (s. 302). J. Ungerer ukazuje w ten sposób, jak z technicznych, w gruncie rzeczy losowych, powodów, powrót (*Rückfall*) Wielkiej Brytanii do jednych konwencji będzie możliwy, do innych zaś nie. Taka zróżnicowana ścieżka ewolucji europejskiego postępowania cywilnego, której nieoczekiwanym następstwem jest dywergencja w zakresie „odżycia" konwencji wobec ustępującego

42 Konwencja o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, podpisana w Brukseli dnia 27 września 1968 r. (tekst jednolity – Dz.Urz. UE C 27 z 26.1.1998, s. 1).

43 Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwarta do podpisu w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 r. (tekst jednolity – Dz.Urz. UE, C 169 z 8.7.2005 r., s. 10 i n.).

44 Konwencja o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, sporządzona w Lugano dnia 16 września 1988 r. (Dz.U. z dnia 18 lutego 2000 r.).

państwa, bazowała – jak się wydaje – na tym, że perspektywa ustąpienia państwa członkowskiego z Unii Europejskiej nie była chyba przez nikogo poważnie brana pod uwagę. Skoro nawet autorom art. 50 TUE regulującego procedurę opuszczenia Unii scenariusz praktycznego zastosowania tego przepisu wydawał się nieprawdopodobny[45], o ileż bardziej zwolnieni od brania pod uwagę tego scenariusza mogli czuć się projektanci rozwiązań w zakresie międzynarodowego postępowania cywilnego? Następnie analizuje J. Ungerer konsekwencje odpadnięcia dalszych rozporządzeń z zakresu postępowania cywilnego, przede wszystkim rozporządzenia Bruksela II bis[46] (s. 307–309) oraz kilku rozporządzeń uzupełniających i pomocniczych[47] (s. 309–311). Konsekwencją Brexitu będzie powstanie autonomicznych (unijnego i brytyjskiego) porządków prawnych w obszarach objętych rozporządzeniami. Stanie się tak w takim zakresie, w jakim zaprzestanie obowiązywania tych rozporządzeń w Wielkiej Brytanii nie będzie substytuowane „odżyciem" obowiązywania bliźniaczych doń konwencji.

W dalszej kolejności przechodzi J. Ungerer do zagadnień kolizyjnoprawnych (s. 311–315). W zakresie zobowiązań kontraktowych, regulowanych obecnie tzw. rozporządzeniem Rzym I[48], Wielka Brytania będzie mogła automatycznie powrócić do poprzedniczki tego rozporządzenia – Konwencji Rzymskiej[49]. Konwencja ta odpowiada treściowo rozporządzeniu Rzym I, a jej stronami są wszystkie (z wyjątkiem Chorwacji) państwa członkowskie UE, a zatem – jak wykazuje J. Ungerer – zmiana, jaką pociągnie za sobą Brexit w obszarze kolizyjnoprawnej problematyki zobowiązań umownych, nie będzie odczuwalna (s. 311–312). Inaczej ma się sprawa w zakresie prawa kolizyjnego dla zobowiązań pozaumownych, które na poziomie unijnym regulowane jest rozporządzeniem Rzym II[50]. Rozporządzenie Rzym II, stanowiące produkt unijnego ujednolicania prawa w obszarze nieobjętym wcześniejszym uregulowaniem prawnomiędzynarodowym (konwencyjnym), odpadnie wraz z Brexitem, pozostawiając po sobie próżnię normatywną. Substytucja norm kolizyjnych dotyczących zobowiązań pozaumownych nie będzie zatem – wobec braku prawnomiędzynarodowego substratu – możliwa. J. Ungerer zwraca jednak uwagę na okoliczność, że pozostające państwa członkowskie (UE-27) będą nadal stosowały normy kolizyjne rozporządzenia Rzym II w stosunku do Wielkiej Brytanii, co wynika z wyrażonej w art. 3 zasady powszechnego stosowania rozporządzenia. Autor powołuje przy tym szczególnie adekwatny dla Wielkiej Brytanii, z uwagi na jej znaczenie jako europejskiego centrum finansowego, przykład deliktowej odpowiedzialności za czyny związane z obrotem instrumentami finansowymi popełnione w Wielkiej Brytanii, a wywierające skutek (także) na rynku jednego z państw członkowskich UE-27 (s. 314). J. Ungerer wskazuje dalej, że relatywnie mniejsze zmiany zajdą w obszarze prawa rodzinnego i spadkowego, ponieważ uczestnictwo Wielkiej Brytanii w dotychczasowym dorobku unijnym było ograniczone (s. 315).

45 Zob. O. Dörr, *Das Recht…*, dz. cyt., nb. 50.

46 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. UE, L 338 z 23.12.2003 r., s. 1 i n.

47 Chodzi o następujące akty prawne: Rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych (doręczanie dokumentów) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000; Rozporządzenie (WE) nr 805/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych; Rozporządzenie (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty; Rozporządzenie (WE) nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. ustanawiające europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń.

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

49 Zob. przypis 43.

50 Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II), Dz.Urz.UE, L 199 z 31.7.2007 r., s. 40 i n.

Omawiany autor krótko charakteryzuje także sytuację prawną w zakresie rozwiązań kolizyjnych i jurysdykcyjnych dotyczących prawa upadłościowego (s. 316–318). Uwagi J. Ungerera odnośnie tej materii wypada uzupełnić o wskazanie na praktykę restrukturyzacyjną, która bardzo często korzysta z prawa angielskiego, jako prawa wybranego do przeprowadzania restrukturyzacji podmiotów zagrożonych niewypłacalnością[51]. To, w jakim zakresie praktyka taka będzie kontynuowana po Brexicie, zależeć będzie od przyjętych rozwiązań substytuujących obecny reżim unijny. Swoje uwagi podsumowuje J. Ungerer oceną, że zmiany, jakie przyniesie ze sobą Brexit w obszarze międzynarodowego postępowania cywilnego oraz prawa kolizyjnego, dotkną przede wszystkim Wielką Brytanię i dlatego Londyn – we własnym interesie – powinien poszukiwać sposobów na ograniczenie tego negatywnego skutku. Ważnym elementem przeciwdziałania oczekiwanym negatywnym następstwom powinno być – jak słusznie wskazuje i rekomenduje J. Ungerer – przystąpienie przez Wielką Brytanię do Konwencji Lugańskiej (s. 318–319).

Brexit może stanowić impuls dla nowego referendum niepodległościowego w Szkocji.

5. Wpływ Brexitu na sytuację prawną oraz polityczno-ekonomiczną Szkocji i Irlandii Północnej

Ostatnia, trzecia część poświęcona została wpływowi Brexitu na sytuację prawną oraz polityczno-ekonomiczną Szkocji i Irlandii Północnej. Część ta składa się z dwóch rozdziałów, które mają raczej charakter esejów politycznych, z istotnymi komponentami historycznymi i ekonomicznymi, niż typowych rozważań prawnych. Jest to w pełni uzasadnione specyfiką poruszanych zagadnień. Wybór tych dwóch perspektyw – szkockiej i północnoirlandzkiej, i jednoczesne pominięcie walijskiej – jest uzasadniony; zarówno bowiem w Szkocji jak i w Irlandii Północnej większość uczestników referendum opowiedziała się za pozostaniem w Unii Europejskiej (odpowiednio 62,0% i 55,8%)[52].

Ross G. Anderson (*Schottland und Europa nach Brexit*, s. 323–338) przypomina najpierw o niedawnym (2013 r.) referendum niepodległościowym w Szkocji, upatrując w Brexicie impulsu do ponownego szkockiego referendum, którego wynik mógłby być obecnie odmienny. Wówczas bowiem, tj. podczas referendum z 2013 r., ustąpienie ze Zjednoczonego Królestwa mogłoby dla Szkocji oznaczać wyjście z UE, obecnie zaś takie *votum* oznaczałoby krok w przeciwnym kierunku, tj. ku zjednoczonej Europie, którą Wielka Brytania opuszcza (s. 323–325). R.G. Anderson omawia następnie różne warianty ułożenia przyszłych relacji w trójkącie: UE – Wielka Brytania – Szkocja, rozważając przy tym zwłaszcza model EFTA/EOG, a także „odwrotny wariant grenlandzki", kiedy to w 1985 r. zgodzono się na nieobowiązywanie prawa wspólnotowego na części terytorium państwa członkowskiego (Grenlandii jako części Danii). Analogia miałaby polegać na tym, że Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej pozostałoby w UE, jednakże obowiązywanie traktatów byłoby zniesione na terytorium Anglii i Walii, obowiązywałyby one natomiast w niezmienionym kształcie w Szkocji i Irlandii Północnej. R.G. Anderson uważa takie rozwiązanie za prawnie możliwe[53] i ekonomicznie atrakcyjne, przewiduje jednak, że z powodów

51 Zob. W. Prusko, *What is at Stake Upon Brexit for Corporate Activity – a Restructuring & Insolvency Perspective*, OBLB (12 kwietnia 2017), www.bit.ly/2ot6UBb.

52 Dla porównania – w Anglii za *Remain* opowiedziało się 46,6%, a w Walii 47,5%.

53 Zob. jednak O. Dörr, *Das Recht*…, dz. cyt., nb. 2, który wskazuje na odrębność prawną skutku z art. 50 TUE w stosunku do wariantu grenlandzkiego.

politycznych okaże się ono mało realne (s. 330). Następnie analizuje, oceniany z perspektywy szkockiej, wpływ Brexitu na wybrane gałęzie prawa (s. 333–336). W części podsumowującej przywołuje omawiany autor wymowną paralelę: nieobecność prawa europejskiego w *curriculum* współczesnych studiów prawniczych na brytyjskim uniwersytecie jawi się jako rzecz równie niewyobrażalna, jak brak prawa rzymskiego w kształceniu prawników na XVIII-wiecznym uniwersytecie niderlandzkim (s. 337).

Friedemann Kainer (*Das unterschätzte Problem: Auswirkungen des Brexit auf Nordirland*, s. 339–353) kreśli obszerny rys historyczny i polityczny relacji pomiędzy Wielką Brytanią a Irlandią Północną, w tym obejmujący zażegnany po wielu latach (a może jedynie uśpiony) konflikt unionistów i republikanów. Autor naświetla także wcześniejsze i obecne stosunki gospodarcze z Irlandią (s. 340–344). Następnie przedstawia polityczne i gospodarcze następstwa Brexitu dla Irlandii Północnej (s. 344–347), by przejść do rozważań nad różnymi scenariuszami dla Irlandii Północnej po Brexicie, m.in. ewentualne połączenie z Irlandią, czy też pozostanie samej Irlandii Północnej w UE. F. Kainer uznaje jednak oba te scenariusze za nieprawdopodobne. Dalej autor skupia się na praktycznych aspektach przyszłej integracji, zwłaszcza dotyczących granicy między Irlandią Północną a Irlandią (s. 350–352). W konkluzji powraca do politycznych napięć w Irlandii Północnej, wyrażając obawę przed ich ponowną eskalacją w następstwie Brexitu.

6. Uwagi końcowe i podsumowujące

Część problematyki stanowiącej przedmiot opracowania została naświetlona głównie z perspektywy Niemiec – dotyczy to przykładowo wpływu Brexitu na zobowiązania umowne (s. 109–119) czy zagadnień uznawania spółek pseudozagranicznych (s. 130–134). Taki punkt widzenia można uznać za zrozumiały i spójny z wyborem języka publikacji. Pomimo iż podstawowym odbiorcą książki jest czytelnik pochodzący z germańskiej kultury prawnej, to jednak wartość książki nie ogranicza się do perspektywy niemieckiej. Cała obszerna część dotycząca problematyki prawa unijnego, w tym aspektów proceduralnych (część I), większość rozważań dotyczących następstw w wybranych obszarach prawa prywatnego i gospodarczego (część II) oraz obszerne fragmenty części poświęconej wpływowi Brexitu na sytuację Szkocji i Irlandii Północnej (część III) mają kapitalne znaczenie dla międzynarodowej dyskusji o prawnych problemach ustąpienia Wielkiej Brytanii z UE, i w tym sensie recenzowane opracowanie może okazać się bardzo przydatne również dla polskich prawników oraz dla kreatorów polityki zagranicznej w obszarze związanym z negocjacjami ustąpieniowymi wszczętymi na skutek dokonanej już po ukazaniu się książki (29 marca 2017 r.) notyfikacji w trybie art. 50 TUE. Opracowanie ma charakter podręcznika i przewodnika po prawnych zagadnieniach związanych z Brexitem. W wielu miejscach wywód został jednak uzupełniony o cenne uwagi historyczne, politologiczne i ekonomiczne. Recenzowana książka stanowi niewątpliwie wartościową pozycję, odpowiadającą na aktualne zapotrzebowanie i podejmującą istotne problemy, jakie przynosi ze sobą bezprecedensowa operacja ustąpienia państwa członkowskiego z Unii Europejskiej.

Bibliografia

Armour J., *Brexit and Financial Services*, Oxford Business Law Blog (5 stycznia 2017), www.ssrn.com/abstract=2892679.

Armour J., *Brexit to the European Economic Area: What Would It Mean?*, Oxford Business Law Blog (19 lipca 2016), www.bit.ly/2vPZBIn.

Bache I., Bulmer S., George S., Parker O., *Politics in the European Union*, Oxford 2015.

Barcz J., *Brexit – w sprawie interpretacji postanowień art. 50 Traktatu o Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2016, nr 12, s. 4–14.

Barker E., *UK Dept for International Trade*, wypowiedź na konferencji „Negotiating Brexit", St. Hugh's College, University of Oxford, 17 marca 2017 r., źródło: notatki własne autora.

Becht M., Mayer C., Wagner H.F., *Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry*, „Journal of Corporate Finance" 2008, vol. 14, nr 3.

Borońska-Hryniewicka K., Płóciennik S. (red.), *Relacje Unia Europejska – Wielka Brytania po ewentualnym Brexicie*, Warszawa 2016.

Customs Trade Statistics HM Revenue & Customs, *UK Overseas Trade Statistics June 2017* (10 sierpnia 2017), www.bit.ly/1OVoCTJ.

Dawson M., De Witte B., Muir E. (red.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham–Northampton 2013.

Dörr O. (w:) E. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (red.), *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*, (Beck online, stan prawny: październik 2016), komentarz do art. 50.

Duff A., *Everything you need to know about Article 50 (but were afraid to ask)*, VerfBlog (4 lipca 2016), htpp://www.verfassungsblog.de/brexit-article-50-duff.

Fuest C., *Brexit: Economic Issues*, Oxford Business Law Blog (3 kwietnia 2017), www.bit.ly/2nzRQ1P.

Grzeszczak R., *Swoboda przepływu pracowników i jej ograniczenia na przykładzie Polski i Niemiec* (w:) D. Jaześniak-Quast, L. Kiel, M. Kłodnicki, *Swobodny przepływ pracowników między Polską a Niemcami: Próba bilansu z różnych perspektyw*, Berlin 2014.

Hänlein A., Übergangsregelungen beim EU-Beitritt der MOE-Staaten im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der sozialen Sicherheit, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht" 2001, nr 6, s. 165–170.

Herchenröder J.-H., *Brexit: Rechtliche Unwägbarkeiten zwischen Völker- und Europarecht* (w:) M. Kramme, Ch. Baldus, M. Schmidt-Kessel (red.), *Brexit und die juristischen Folgen*, Baden-Baden 2017.

Hestermeyer H., *How Brexit Will Happen: A Brief Primer on EU Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit*, King's College London Dickson Poon School of Law, „Legal Studies Research Paper Series" 2016, nr 36.

House of Lords – Select Committee on the European Union, *Inquiry on the process of leaving the European Union*, zapis sesji publicznej z 8 marca 2016 r., www.bit.ly/28Te4WA.

House of Lords – Select Committee on the European Union, Session 2005-06, Fifty-Third Report, Chapter 3: *The Impact of the Last Enlargement, The movement of labour* (sec. 92–89), www.bit.ly/2fxCP1A.

Informal Company Law Expert Group (ICLEG), protokoły spotkań dostępne na stronie www.bit.ly/2hWlYX8, w sekcji „Informacje dodatkowe".

Kornblum U., *Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1. 1. 2015)*, GmbH-Rundschau 2015, s. 691–701.

Kułakowska M., *Kwestia migracji w kampanii referendalnej dotyczącej brytyjskiego członkostwa w Unii Europejskiej*, „Politeja" 2017, nr 1(46), s. 45–64.

Lehmann M., Zetzsche D., *Brexit and the Consequences for Commercial and Financial Relations between the EU and the UK*, Oxford Business Law Blog (20 września 2016), www.ssrn.com/abstract=2841333.

Loewendahl H., *The impact of Brexit on foreign direct investment into the UK: Recommendations for investment promotion strategy*, WAVTEQ (2016), www.wavteq.com/brexit.

Łazowski A., *Withdrawal from the European Union and Alternatives to Membership*, „European Law Review" 2012, 37(5), s. 523–540.

Memorandum Rządu Japonii: „Japan's Message to the United Kingdom and the European Union", www.bit.ly/2cz8TQZ.

Prusko W., *What is at Stake Upon Brexit for Corporate Activity – a Restructuring & Insolvency Perspective*, Oxford Business Law Blog (12 kwietnia 2017), www.bit.ly/2ot6UBb.

Rada UE-27, *Wytyczne opracowane w następstwie notyfikacji złożonej przez Zjednoczone Królestwo na mocy art. 50 TUE,* EUCO XT 20004/17, Bruksela, 29 kwietnia 2017.

Radwan A., *Bezrobotni – krajowi czy unijni?*, „Rzeczpospolita" z 5 lutego 2014, s. I8.

Radwan A., Schäfer H.-B., *Advocatus populi i advocatus diaboli – o prawie, argumentach i strategiach stron negocjujących Brexit*, „Politeja" (w druku).

Radwan A., Schäfer H.-B., *Jein – eine fehlende Variante bei dem Brexit-Referendum*, VerfBlog (17 sierpnia 2016), http://verfassungsblog.de/jein-eine-fehlende-variante-bei-dem-brexit-referendum.

Ringe W.-G., *The Irrelevance of Brexit for the European Financial Market*, Oxford Business Law Blog (23 stycznia 2017), ssrn.com/abstract=2902715.

Rosiak P., *Brexit: Przewidywane konsekwencje prawne*, „Rzeczpospolita" (online), 23 czerwca 2016, www.bit.ly/2wUAaSV.

Schäfer H.-B., Radwan A., *Brexit poker – czyli o tym, kto ma lepsze karty w negocjacjach ustąpieniowych (art. 50 TUE)*, „Allerhand Working Papers" 2016, nr 16, ISBN 978-83-63515-28-7.

Schäfer H.-B., Radwan A., *Brexit Poker – Wer hat die besseren Karten in den Austrittsverhandlungen?*, „Wirtschaftsdienst" 2016, nr 10, s. 763–768.

Schäfer H.-B., Radwan A., *Co konkretnie znaczy Brexit*, „Dziennik Gazeta Prawna" z 31 sierpnia 2016, s. A15.

Suwara E., *Wyzwania prawno-proceduralne dla Unii Europejskiej związane z BREXIT-em*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2016, nr 9, s. 11–17.

Wieduwilt S., *Article 50 TEU – The Legal Framework of a Withdrawal from the European Union*, „Zeitschrift für Europarechtliche Studien" 2015, nr 2, s. 169–205.