FORUM PRAWNICZE

NUMER 4 (42)
2017

Spis treści

ARTYKUŁY

Krzysztof Mularski

3 **Orzecznictwo retroaktywne. Szkic problematyki (w świetle wybranych przykładów)**

Maciej Ślifirczyk

35 **Obejście prawa podatkowego w doktrynie orzeczniczej polskich sądów**

Tymoteusz Zych

58 **Rozwój nowoczesnych konstrukcji prawnych obywatelstwa i bezpaństwowości w świetle tezy Hannah Arendt o aporetyczności oświeceniowej koncepcji praw człowieka**

Sławomir Piekarczyk

80 **Nieposłuszeństwo obywatelskie i sędziowskie w obliczu kryzysu konstytucyjnego**

Janusz Roszkiewicz

97 **Prawo *nasciturusa* do życia w prawie konstytucyjnym i prawie międzynarodowym**

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 4 (42) | 2017
Dwumiesięcznik
ISSN: 2081-688X

WSPÓŁWYDAWCY

Uniwersytet Jagielloński
ul. Gołębia 24
31-007 Kraków

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 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

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Redakcja językowa: Anna Kowalik
Skład: Janusz Świnarski
Korekta streszczeń: Christopher Whyatt
Projekt graficzny: item:grafika

ADRES REDAKCJI

Fundacja „Utriusque Iuris”
ul. Majdańska 7/74
04-088 Warszawa
www.forumprawnicze.eu
redakcja@forumprawnicze.eu

Wersja papierowa „Forum Prawniczego” ma charakter pierwotny.

Nakład 100 egz.

Copyright © 2018 Uniwersytet Jagielloński

Krzysztof Mularski

Orzecznictwo retroaktywne. Szkic problematyki (w świetle wybranych przykładów)

Krzysztof Mularski

Doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

✉ *mularski@gmail.com*

Retroactive Jurisprudence. An Overview of the Problems (in the Light of Selected Examples)

The concept of the retroactive application of case-law is ambiguous. This may relate to a change in the interpretation of a given provision and classifying previous facts based on the new interpretation or the application of provisions that the legislator itself has made retroactive. It happens that courts apply a certain provision retroactively, despite the fact that the legislature did not give it a retroactive nature, or apply, as a basis for a resolution, a provision different from the one that is actually retroactively applied. In the paper, the lawful and unlawful retroactive application of law was distinguished. The retroactive application of law is lawful when it is based on a provision which has been made retroactive by the legislature. The conceptual analyses presented selected adjudicatory practices of a retroactive nature. It was considered that the retroactive application of law was unlawful. It pursued social objectives that were only seemingly worthy of approval, thus, undermining trust in the codified law and entities that apply that law, and causing a whole range of other, strongly unfavourable and difficult to foresee consequences.

1. Uwagi wstępne

W ramach niniejszego opracowania zostanie podjęta próba częściowego choćby naświetlenia wybranych problemów związanych z retroaktywnym stosowaniem prawa przez sądy. W pierwszej kolejności, na tle przyjętego znaczenia pojęcia „retroaktywności" („retroakcji"), odnoszonego do przepisów lub norm prawnych, poczynione zostaną ustalenia co do znaczenia pojęcia w odniesieniu do aktów stosowania prawa. W tym zakresie badania będą miały charakter teoretycznoprawny i siłą rzeczy bardzo szkicowy – opracowanie tak ujętego tematu wymagałoby z pewnością przynajmniej pogłębionej monografii. Jest to w każdym razie sprawa o tyle istotna, że „skutki przyję-

cia w orzecznictwie określonej wykładni pewnego przepisu nierzadko niewiele różnią się od skutków zmiany normatywnej"[1]. Na gruncie wyników analiz pojęciowych ukazane zostaną wybrane orzeczenia czy raczej wybrane, ugruntowane i jednolite linie orzecznicze[2], mające retroaktywny charakter. Dodajmy, że kompetencje autora pozwalają odnosić się jedynie do orzecznictwa cywilnego, przede wszystkim Izby Cywilnej Sądu Najwyższego. Wykazanie retroaktywnego charakteru wybranych linii orzeczniczych pozwoli na próbę sformułowania możliwie całościowych ocen, koncentrujących się nie tylko na ich kwalifikacji prawnej, lecz także na wywoływanych skutkach, zarówno społecznych, jak i dla polskiej kultury prawnej.

Praca stanowi pokłosie wcześniejszych badań nad prawem intertemporalnym, realizowanych w zespole badawczym kierowanym przez śp. Jarosława Mikołajewicza[3]. Rzeczą naturalną, a niekiedy konieczną będzie więc oparcie prowadzonych rozważań na wcześniej uzyskanych wynikach. To zaś zmusza do częstego powoływania opracowań własnego autorstwa. Niektóre ze sformułowanych wniosków będą też miały charakter uogólnienia i doprecyzowania poczynionych już wcześniej spostrzeżeń. Mam nadzieję, że zwłaszcza pierwszej z tych okoliczności nikt nie poczyta za nietakt. Dodać należy, że skrajnym nadużyciem byłoby traktowanie niniejszego, nad wyraz krytycznego opracowania jako głosu w aktualnych dyskusjach politycznych.

2. *Retroakcja przepisu prawnego (normy prawnej)*

Definicji przepisów czy norm retroaktywnych, a także samego zjawiska retroaktywności, formułowanych w polskiej i zagranicznej literaturze prawniczej, jest wiele[4]. Różnice wynikają przede wszystkim z przyjmowania odmiennych założeń teoretycznoprawnych. Wydaje się jednak, że mają one charakter drugorzędny, a istota zagadnienia jest niesporna. Najogólniej rzecz biorąc, przepisy retroaktywne wyrażają normy, które wiążą określone konsekwencje prawne ze zdarzeniami (stanami rzeczy, zjawiskami) mającymi miejsce przed chwilą ich wejścia w życie. Retroaktywność danego przepisu może przy tym wynikać z jego treści (ustalanej nie tylko na gruncie językowych dyrektyw wykładni, art. 3 k.c.) albo z treści innych przepisów (przepisów intertemporalnych), które, najprościej rzecz ujmując, mogą nakazywać odniesienie danego przepisu do zdarzeń mających miejsce przed chwilą jego wejścia w życie. Uściślając powyższe, należy stwierdzić, że wyinterpretowane z przepisów retroaktywnych normy (normy retroaktywne) wyrażają nakazy albo zakazy określonego postępowania w razie zajścia określonego zdarzenia (stanu rzeczy, zjawiska), które to zdarzenie powstało jeszcze przed chwilą wejścia w życie przepisu wyrażającego taką normę. W konsekwencji, na mocy normy retroaktywnej zdarzenie, które nie było zdarzeniem prawnym w chwili swego wystąpienia, stało

1 M. Kłoda, *Zastosowanie zasad prawa międzyczasowego prywatnego do skutków zmiany wykładni przyjętej w orzecznictwie*, „Państwo i Prawo" 2014, nr 2, s. 34; P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Cześć ogólna. Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny. Prawo o notariacie (art. 79–95 i 96–99)*, red. K. Osajda, seria „Komentarze Prawa Prywatnego", t. 1, Warszawa 2017, s. 53 i n. Problem bywa też dostrzegany przez orzecznictwo, zob. zwłaszcza (w kontekście art. 179 k.c.) wyrok SN z dnia 28 stycznia 2009 r., IV CSK 333/08, Legalis; wyrok SN z dnia 8 lipca 2011 r., IV CSK 532/10, „Biuletyn SN" 2011, nr 11, poz. 12; wyrok SN z dnia 1 lutego 2012 r., IV CSK 229/11, Legalis. Zob. w kontekście legitymacji biernej w postępowaniu o naprawienie szkody spowodowanej wydaniem przed 27 maja 1990 r. decyzji administracyjnej, uchwałę składu siedmiu sędziów SN z dnia 7 grudnia 2006 r., III CZP 99/0, Legalis. Zob. także o nieco innej problematyce Ł.P. Supera, *Ochrona uzasadnionych oczekiwań a wsteczne działanie wykładni orzeczniczej w prawie cywilnym*, https://pl.scribd.com/document/337762358/Ochrona-Uzasadnionych-oczekiwań-a-wsteczne-działanie-wykładni-w-prawie-cywilnym (dostęp 20.07. 2017).

2 O „liniach orzeczniczych" trafnie M. Kłoda, *Zastosowanie…*, s. 41; P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny…*, s. 54.

3 Zob. zwłaszcza K. Mularski, *Prawo intertemporalne z perspektywy nauki prawa cywilnego*, Warszawa 2015, *passim*; tenże, *Problematyka intertemporalna służebności przesyłu*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2015 nr 1, s. 91 i n. Należy podkreślić, że przyjęta koncepcja prawa intertemporalnego różni się istotnie od koncepcji zaprezentowanej przez J. Mikołajewicza, różnice w rozumieniu retroakcji wydają się jednak drugorzędne.

4 Zob. szerzej zwłaszcza K. Mularski, *Prawo…*, s. 34 i n. oraz wskazana tam szeroka literatura.

się nim później; względnie ze zdarzeniem, z którym w chwili jego zajścia wiązane były określone konsekwencje prawne, zaczynają być później wiązane jakieś inne konsekwencje prawne (albo ze zdarzeniem takim wszelkie konsekwencje przestają być wiązane).

3. *Retroakcja aktów stosowania prawa*

Rozważania należy rozpocząć od kilku uwag wstępnych. Po pierwsze, modelowym przykładem aktu stosowania prawa jest wydanie orzeczenia przez sąd; na orzecznictwie sądowym koncentrować się będą dalsze refleksje. Po drugie, zagadnienie orzecznictwa retroaktywnego doczekało się w polskim piśmiennictwie opracowań jedynie szkicowych[5]; ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na budowę wyczerpującej koncepcji. Po trzecie wreszcie, na orzecznictwo retroaktywne można spojrzeć przynajmniej z dwóch punktów widzenia – wyraźnie odmiennych, choć niekoniecznie sprzecznych.

Wedle pierwszego ujęcia, jak się wydaje, znajdującego akceptację w piśmiennictwie[6], chodzi o sytuację, w której następuje zmiana utrwalonej wcześniej linii orzeczniczej (z danego przepisu albo zbioru przepisów prawnych wyinterpretowywano określoną normę lub normy, np. N1, by później z tego samego przepisu albo zbioru przepisów prawnych wyinterpretowywać jakąś inną normę lub normy, np. N2), przy czym na podstawie tej „nowej normy" zaczęto kwalifikować zdarzenia (stany rzeczy, zjawiska), mające miejsce przed chwilą, w której została uznana za obowiązującą. Takie ujęcie z jednej strony nie określa dokładnie kryteriów czy cech „ustalenia", czy „utrwalenia" linii orzeczniczej oraz, co jeszcze ważniejsze, abstrahuje właściwie od problemu wylegitymowania konkurencyjnych wyników wykładni w przyjętych w polskiej kulturze prawnej dyrektywach – co należy uznać za jego mankament. Z drugiej zaś strony podkreśla się trafnie fakt, że tak rozumiana retroakcja dla podmiotów prawa cywilnego jest przynajmniej z praktycznego punktu widzenia tożsama z retroaktywną zmianą treści przepisów. Pojawiają się tu przynajmniej dwa istotne pytania – o kompetencję władzy sądowniczej do dokonywania takich zmian oraz o wpływ dokonanej zmiany na kwalifikację prawną zdarzeń, stanów rzeczy i zjawisk, które miały miejsce przed jej dokonaniem („pod rządami" dawnej linii orzeczniczej). Jeśli chodzi o pierwszy problem, prezentowane są skrajne stanowiska. Można bronić tezy, że orzecznictwo nie jest tu niczym związane[7]. Twierdzi się jednak również, że nagła zmiana wykładni powinna znajdować uzasadnienie w zmianie, najogólniej biorąc, kontekstu funkcjonalnego (zmianie stosunków społeczno-gospodarczych, zapatrywań moralnych społeczeństwa *etc.*)[8]. Podobnie w odniesieniu do dru-

Czym jest retroaktywne orzecznictwo? Stosowaniem przepisów retroaktywnych, nagłą zmianą wykładni czy nadawaniem retroaktywnej mocy przepisom, którym prawodawca mocy takiej nie nadał?

5 Zob. zwłaszcza M. Kłoda, *Zastosowanie*…, s. 34 i n.; P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny*…, s. 53 i n. Jakkolwiek zob. także Ł.P. Supera, *Ochrona*…, *passim*. Zdecydowanie bogatsza jest w tym zakresie literatura niemiecka, którą Ł.P. Supera wyczerpująco odnotowuje, tamże, s. 87.

6 Zob. M. Kłoda, *Zastosowanie*…, s. 34 i n.; P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny*…, s. 53 i n. i podane tam orzecznictwo. Tak też Ł.P. Supera, *Ochrona*…, s. 14 i n.

7 Tak najwyraźniej postanowienie SN z dnia 14 stycznia 2009 r., IV CZ 108/08, Legalis.

8 Zob. szerzej zwłaszcza M. Kłoda, *Zastosowanie*…, s. 46 i n. Pogląd podziela P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny*…, s. 55.

giego problemu broniony jest zarówno pogląd, wedle którego zasada *lex retro non agit* ogranicza jedynie prawodawcę, a nie sądy, jak i pogląd, zgodnie z którym zmiana linii orzeczniczej nie powinna, przynajmniej co do zasady, obejmować zdarzeń, które miały miejsce przed zmianą wykładni (względnie przed zmianą kontekstu funkcjonalnego uzasadniającego zmianę wykładni[9]). Kwalifikacja prawna danych zdarzeń, stanów rzeczy lub zjawisk, które miały miejsce „pod rządami" dawnej linii orzeczniczej na gruncie nowego sposobu interpretacji (nowej linii orzeczniczej), możliwa byłaby tylko o tyle, o ile nie naruszałaby zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez państwo prawa (art. 2 Konstytucji)[10]. Wydaje się, że o ile odpowiedź na pierwsze pytanie jest niezmiernie trudna, a w każdym razie zależna od szeregu przyjętych założeń teoretycznoprawnych[11], o tyle co do pytania drugiego można z dużą dozą przekonania stwierdzić, że ograniczenia nałożone na prawodawcę tym bardziej ograniczać powinny sądy.

Na zagadnienie orzecznictwa retroaktywnego można jednak również spojrzeć z innego punktu widzenia. Punktem wyjścia dla tych refleksji powinna stać się określona koncepcja źródeł prawa. Przyjmijmy więc, przy świadomości ogromu uproszczeń, że art. 87 i n. Konstytucji wyznaczają zamknięty katalog źródeł prawa „pisanego". Z norm tych, w tym czy innym sensie, wynika konieczność dokonania podziału na akty stanowienia i akty stosowania prawa. W konsekwencji przyjęcia tego podziału ani sądy powszechne, ani Sąd Najwyższy nie mają kompetencji prawotwórczych. Ich zadaniem jest (jedynie i aż) ustalanie – za pomocą przyjętych w kulturze prawnej dyrektyw wykładni i dyrektyw inferencji – norm ustanowionych przez prawodawcę w obowiązujących przepisach prawnych. Przy przyjęciu takich założeń sposób rozumienia retroaktywnego orzeczenia (linii orzeczniczej) powinien być pochodną sposobu rozumienia retroaktywnego przepisu (normy prawnej). O ile jednak przepis retroaktywny wiąże określone w sposób generalny konsekwencje prawne z określonymi również w sposób generalny zdarzeniami (stanami rzeczy, zjawiskami) mającymi miejsce przed chwilą jego wejścia w życie, o tyle orzeczenie retroaktywne wiązałoby indywidualnie określone konsekwencje prawne z konkretnym zdarzeniem (stanem rzeczy, zjawiskiem), mającym miejsce przed chwilą wejścia w życie takiego przepisu.

Taki sposób rozumienia retroaktywnego orzecznictwa dobrze pasuje do przyjętego katalogu źródeł prawa (czy szerzej – kontynentalnej kultury prawnej), niemniej nie wydaje się szczególnie interesującym narzędziem badawczym. Mówi się tu w istocie tylko tyle, że retroaktywne orzeczenie to takie, w którym sąd zastosował przepis retroaktywny. Tymczasem zdarza się, że sądy stosują dany przepis do zdarzeń mających miejsce przed jego wejściem w życie, mimo tego że przepis ten nie jest retroaktywny (na gruncie przyjętych w kulturze prawnej dyrektyw wykładni nie wynika z niego norma retroaktywna). Zdarza się również, że sądy powołują jako podstawę rozstrzygnięcia inny przepis niż ten, który rzeczywiście jest (retroaktywnie) stosowany. Naszkicowany sposób rozumienia „orzeczenia retroaktywnego" wymagałby więc poszerzenia czy uogólnienia. Należałoby, jak się zdaje, przyjąć, że dane orzeczenie (linia orzecznicza) jest retroaktywne wówczas, gdy uznaje za obowiązującą określoną normę prawną i – niezależnie od podstaw do uznania jej za obowiązującą w treści przepisów prawnych – kwalifikuje na jej gruncie zdarzenie mające miejsce przed chwilą, w której norma ta po raz pierwszy została uznana za obowiązującą[12].

Chociaż zaproponowany sposób rozumienia abstrahuje od podstawy, zgodnie z którą daną normę retroaktywną uznano za obowiązującą, nie można

Sceptycznie o kompetencji sądów do uznawania za obowiązujące nowych norm prawnych na podstawie przepisów, których treść pozostała niezmienna, zwłaszcza wyrok SN z dnia 8 lipca 2011 r., IV CSK 532/10, „Biuletyn SN" 2011 nr 11, poz. 12; zob. także uchwała składu siedmiu sędziów SN z 7 grudnia 2006 r., III CZP 99/0, Legalis.

9 M. Kłoda, *Zastosowanie*…, s. 46 i n.; Ł.P. Supera, *Ochrona*…, s. 15.

10 Tak zwłaszcza P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny*…, s. 55 i n.

11 Wydaje się, że władza sądownicza związana jest jedynie treścią przepisów prawnych i przyjętymi w polskiej kulturze prawnej dyrektywami wykładni i inferencji, nie zaś utrwalonym orzecznictwem.

12 Chyba podobnie, choć posługując się inną terminologią, L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 279 i n. Zob. także M. Kłoda, *Zastosowanie*…, s. 46 i n.

zapominać, że przyjęta w polskiej kulturze prawnej koncepcja źródeł prawa (art. 87 i n. Konstytucji) takiej podstawy wymaga. Wobec powyższego należy modelowo wyróżnić praworządne i niepraworządne retroaktywne stosowanie prawa przez sądy[13]. Retroaktywne stosowanie prawa byłoby o tyle dopuszczalne, o ile norma retroaktywna została rzeczywiście przez prawodawcę ustanowiona, a ściślej – o ile teza o jej ustanowieniu została przez sąd dostatecznie wylegitymowana zastosowanymi dyrektywami wykładni (inferencji). Dyrektywy te nie tworzą przy tym, w świetle zdecydowanie dominującego poglądu, jakiegoś matematycznie pojętego algorytmu, którego zastosowanie prowadziłoby zawsze do jednoznacznego, niespornego wyniku. Zdarzyć się może, że konkurencyjne wyniki wykładni będą „mniej więcej" w tym samym stopniu wylegitymowane w przyjętych w kulturze prawnej dyrektywach wykładni (inferencji), a przynajmniej, że każdy z konkurencyjnych wyników zostanie „w miarę przekonująco" w tych dyrektywach wylegitymowany. O niepraworządnym retroaktywnym stosowaniu prawa można więc mówić dopiero wówczas, gdy powiązanie określonych konsekwencji prawnych ze zdarzeniem mającym miejsce przed chwilą wejścia w życie przepisu, stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd, nie znajdywało żadnego uzasadnienia w przyjętych w polskiej kulturze prawnej dyrektywach wykładni (inferencji), a przynajmniej wynik taki uzasadniony był zdecydowanie czy bez porównania słabiej niż wynik konkurencyjny. Tym bardziej niepraworządne będzie uznanie normy za obowiązującą i retroaktywne jej stosowanie bez powołania jakiejkolwiek podstawy obowiązywania. Są to oczywiście ustalenia bardzo nieostre, wydają się jednak wystarczające dla celów niniejszej pracy.

Do powyższego należy dodać jeszcze jedną okoliczność: nie może ujść uwadze, że niekiedy dany przepis zostaje ustanowiony dla potwierdzenia, utrwalenia czy ugruntowania wcześniejszej wykładni przyjętej w orzecznictwie. Wówczas sądy, powołując nowy przepis, stosują w istocie rzeczy tę samą normę prawną, którą stosowały wcześniej, wyinterpretowując ją z uprzednio obowiązujących przepisów. W przypadku gdy dawna praktyka interpretacyjna znajdowała uzasadnienie w treści obowiązujących przepisów (a ściślej – w dyrektywach wykładni i inferencji odniesionych do treści obowiązujących dawniej przepisów), nadanie nowej normie charakteru retroaktywnego jest w istocie prawidłowym (praworządnym) stosowaniem prawa; można tu mówić co najwyżej o nietrafnym powołaniu podstawy prawnej rozstrzygnięcia (powołanie nowych przepisów zamiast dawnych, z których jednak wyinterpretowywano tę samą normę). Dużo trudniej dokonać kwalifikacji przypadku, w którym orzecznictwo utrwalone przed wejściem potwierdzającego go przepisu nie znajdowało należytej podstawy w przepisach dawniej obowiązujących. Należałoby wówczas konsekwentnie uznać, że utrwalona czy jednolita linia orzecznicza, istniejąca przed chwilą wejścia w życie nowego przepisu, była niepraworządna, wobec braku wylegitymowania w treści odpowiednich przepisów prawnych i przyjętych w polskiej kulturze prawnej dyrektywach wykładni (inferencji). Niepraworządne staje się w konsekwencji stosowanie nowego przepisu do zdarzeń mających miejsce przed chwilą jego wejścia w życie. Niemniej, co należy podkreślić, orzecznictwo takie, podobnie jak w pierwszym modelowo wyróżnionym przypadku, jest przynajmniej w tym sensie nieretroaktywne, że norma wyinterpretowana z takiego przepisu była uznawana za obowiązującą już wcześniej (mimo wszakże braku podstaw dla uznawania jej za obowiązującą).

4. Przykłady retroaktywnych linii orzeczniczych

4.1. Uwagi wstępne

Na gruncie poczynionych wyżej ustaleń należy zapytać, czy w polskim orzecznictwie da się odnaleźć przykłady orzecznictwa nie tylko retroaktywnego, lecz również niepraworządnego we wskazanym wyżej znaczeniu. Badania prowadzone nad prawem intertemporalnym pozwoliły odkryć przynajmniej dwa przepisy (zbiory przepisów) Kodeksu cywilnego, które po chwili wejścia w życie zaczęły być stosowane retroaktywnie,

13 Wyraźnie odmiennie L. Morawski, *Główne*…, s. 279 i n., który zdaje się uwzględniać możliwości niepraworządnego stosowania prawa, lecz wyróżnia tzw. precedensy prawotwórcze i deklaratywne, uznając, że organy wydające tzw. precedensy prawotwórcze ograniczone są w takim samym stopniu jak ustawodawca – zasadą *lex retro non agit*.

mianowicie art. 305[1] i n. k.c.[14] oraz art. 446 § 4 k.c.[15] – przykłady te nie wyczerpują jednak zagadnienia[16]. Dla wykazania obu tez, które wcześniej były raczej sygnalizowane, niż dowodzone, tj. tezy o retroaktywności i niepraworządności orzecznictwa ugruntowanego na gruncie przytoczonych wyżej przepisów, należy w pierwszej kolejności przeprowadzić ich wykładnię (wykładnię przepisów intertemporalnych, w tym zwłaszcza przepisów o wejściu w życie). Być może bowiem moc retroaktywną nadał im sam prawodawca. Konieczne będzie dalej zbadanie wcześniejszego orzecznictwa – dla ustalenia, czy nowe regulacje nie stanowiły jedynie jego „potwierdzenia" czy „ugruntowania". Dopiero na tym tle możliwa będzie analiza wskazanych linii orzeczniczych pod kątem tego, czy nowe przepisy odnoszone są do zdarzeń sprzed chwili ich wejścia w życie. Szczególny nacisk zostanie położony na prawdopodobne motywy, którymi kierowały się sądy (w szczególności Sąd Najwyższy), stosując retroaktywnie prawo. Orzecznictwo to z bardzo dużą dozą prawdopodobieństwa motywowane było bowiem chęcią osiągnięcia określonych skutków społecznych czy realizacji określonych wartości. Motywy te zostaną skonfrontowane ze skutkami, do których retroakcja faktycznie doprowadziła. Uprzedzając rozważania, należy dodać, że w obu przypadkach retroakcja nie została nazwana przez sądy po imieniu; retroaktywny charakter orzecznictwa starano się ukryć za rozmaitymi, wyrażając się metaforycznie, zasłonami czy maskami. Próba identyfikacji tych zasłon czy masek będzie niemniej istotnym celem rozważań[17].

4.2. Retroaktywność orzecznictwa dotyczącego służebności przesyłu

1. Przepisem intertemporalnym, który wprowadził do kodeksu cywilnego art. 305[1] i n. k.c., był art. 1 pkt 2 (w zw. z art. 5) ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw[18] (dalej: ustawa nowelizująca). Zgodnie z art. 5 ustawy nowelizującej – art. 305[1] i n. k.c. wchodzą w życie miesiąc od dnia jej ogłoszenia. Ponieważ ustawa została opublikowana 2 lipca 2008 r., weszły one w życie 3 sierpnia 2008 r. Należy więc przyjąć, że art. 305[1] i n. k.c. znajdują zastosowanie od dnia 3 sierpnia 2008 r. Od tego też dnia datuje się instytucja przez te przepisy wykreowana. Brak retroaktywnej mocy przepisów konstruujących służebność przesyłu nie jest przy tym kwestionowany ani w nauce[19], ani w orzecznictwie[20].

Po wejściu w życie przepisów o służebności przesyłu (art. 305[1] i n. k.c.) i zadośćuczynieniu za śmierć osoby najbliższej (art. 446 § 4 k.c.) zaczęto je stosować retroaktywnie.

2. Pojawia się zatem pytanie, skąd teza o retroaktywnym stosowaniu przytoczonych wyżej przepisów. Otóż w orzecznictwie SN (popartym przez niektórych przedstawicieli nauki), za którym podążyły szybko sądy powszechne, przyjęto konstrukcję zwaną naj-

14 Zob. K. Mularski, *Problematyka*…, s. 91 i n.

15 Zob. tenże, *Prawo*…, s. 103 i n.

16 Zob. zwłaszcza radykalne zmiany linii orzeczniczych, które odnotował P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny*…, s. 54.

17 H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 366 i n. – autor mówił w podobnym, jak się wydaje, kontekście o „języku rytualnym".

18 Dz.U. z 2008 r., nr 116, poz. 731.

19 Szczegółowe zestawienie literatury zob. K. Mularski, *Problematyka*…, s. 91 i n.

20 Brak retroaktywnego charakteru przepisów podkreśla się w każdym właściwie orzeczeniu dotyczącym tej problematyki.

częściej „służebnością odpowiadającą służebności przesyłu" (czy niekiedy „służebnością gruntową przesyłu", „służebnością o treści służebności przesyłu" i wyrażeniami synonimicznymi)[21]. Służebność taka mogłaby, wedle Sądu Najwyższego, powstać również przed chwilą wejścia w życie przepisów o służebności przesyłu[22]. Sąd Najwyższy wyraża także pogląd, że ustanowienie służebności przesyłu (nazywanej „służebnością odpowiadającą służebności przesyłu") było możliwe na gruncie wcześniej obowiązujących przepisów i że służebność taka faktycznie była na gruncie tych przepisów ustanawiana. Orzecznictwo to jest już od dłuższego czasu jednolite i ugruntowane; od czasu do czasu próbują mu się tyleż odważnie, co nieskutecznie przeciwstawiać sądy powszechne[23].

Zgodnie z przyjętymi wcześniej założeniami – wykazanie retroaktywności orzecznictwa (ugruntowanej linii orzeczniczej) wymaga trzech okoliczności: tego, że przed chwilą wejścia w życie art. 305^1 i n. k.c. nie było możliwe istnienie służebności przesyłu na gruncie wówczas obowiązujących przepisów, tego, że jej istnienia nie akceptowało orzecznictwo sądowe, i wreszcie tego, że nazwa „służebność odpowiadająca służebności przesyłu" jest homonimem „służebności przesyłu", tj. że nazwy te oznaczają dokładnie to samo („teza o identyczności"). Innymi słowy, konieczne jest sfalsyfikowanie tez powoływanych przez SN (sądy powszechne) dla usprawiedliwienia czy wylegitymowania przyjętej linii orzeczniczej.

3. Rozważania rozpocząć należy od refleksji nad przepisami, które obowiązywały przed chwilą wejścia w życie art. 305^1 i n. k.c. Sąd Najwyższy widzi podstawę normatywną dla istnienia „służebności odpowiadającej" w kilku różnych przepisach prawnych. Niekiedy w tym samym orzeczeniu powoływane są różne, w zasadzie wykluczające się podstawy prawne[24]. Przeprowadzone wcześniej badania pozwalają wyrazić z pełnym przekonaniem tezę, że żadna z powołanych podstaw nie mogła być (i nie była, o czym później) podstawą dla ustanowienia służebności przesyłu[25]. W tym miejscu należy więc jedynie uwypuklić aspekty szczególnie interesujące dla przedmiotu badań, bez powtarzania wcześniejszej argumentacji.

Zdecydowanie najczęściej jako podstawa wskazywany jest art. 285 § 1 i 2 k.c. Tymczasem porównanie norm wyinterpretowanych z przepisów o służebności gruntowej z przepisami o służebności przesyłu prowadzi do wniosku, że są to dwie różne instytucje prawne. Zasadnicze różnice dotyczą m.in. podmiotu ograniczonego prawa rzeczowego, jego treści i wyznaczonych przez prawodawcę funkcji[26]. Również w cywilistyce jednolicie prezentowany jest pogląd, że służebność gruntowa i służebność przesyłu to dwie różne instytucje prawne[27]. Różnice te, w innych niż będące przedmiotem rozważań kontekstach, dostrzega rzecz jasna także orzecznictwo[28]. W konsekwencji nie jest możliwe uznanie przepisów konstruujących jedną

21 Wyrażenia te pojawiają się we wszystkich orzeczeniach dotyczących omawianej problematyki. W nauce mowa też niekiedy o „służebności quasi-przesyłu", zob. G. Matusik, *Własność urządzeń przesyłowych a prawa do gruntu*, Warszawa 2013, s. 17; K. Górska, *Problemy intertemporalne zasiedzenia służebności przesyłu – uwagi polemiczne*, „Monitor Prawniczy" 2014, nr 14, s. 767. Mowa też o „służebności przesyłu *avant la lettre*", M. Grochowski, *Służebność przesyłu – problemy intertemporalne*, „Monitor Prawniczy" 2014, nr 1, s. 24. Z najnowszego orzecznictwa zob. postanowienie SN z dnia 2 marca 2017 r., V CSK 356/16, Lex nr 2288122; postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 2017 r., II CSK 344/16, Lex nr 2329020.

22 Szczegółowy wykaz orzecznictwa i literatury zob. K. Mularski, *Problematyka*…, s. 102.

23 Zob. postanowienie SN z dnia 13 kwietnia 2017 r., I CSK 261/16, Lex nr 2300169.

24 Zob. zwłaszcza wyrok SN z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 639/15, Lex nr 2075706; postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 2017 r., II CSK 344/16, Lex nr 2329020, gdzie wskazuje się art. 145 i 292 k.c., oraz postanowienie SN z dnia 5 października 2016 r., III CSK 328/15, Lex nr 2152887, gdzie wskazano art. 145, 285 oraz 292 k.c.

25 Zob. szerzej K. Mularski, *Problematyka*…, s. 106 i n.

26 Szerzej tamże, wraz z powołaną tam literaturą.

27 Zestawienie literatury zob. K. Mularski, *Problematyka*…, s. 109. Fakt ten niekiedy dostrzega również orzecznictwo: zob. postanowienie SN z dnia 6 lutego 2013 r., V CSK 129/12, LEX nr 1294483; uchwała SN z dnia 27 czerwca 2013 r., III CZP 31/13, OSNC 2014, nr 2, poz. 11; uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 8 kwietnia 2014 r., III CZP 87/13, OSNC 2014, nr 7–8, poz. 68.

28 Ostatnio zob. uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 16 maja 2017 r., III CZP 101/16, „Biuletyn SN" 2017, nr 5, poz. 10–11.

z tych instytucji za podstawę normatywną istnienia drugiej – przed chwilą wejścia w życie przepisów tej drugiej instytucji poświęconych.

Uważniejsza analiza orzecznictwa SN wskazuje, że Sąd ten widzi zasadniczą podstawę uznania istnienia jakkolwiek nazywanej służebności przesyłu przed dniem 3 sierpnia 2008 r. nie tyle w art. 285 k.c., co w art. 285 k.c. – stosowanym analogicznie. Argumenty „technicznoprawne" wysuwane na poparcie tej tezy okazują się jednak z różnych względów zupełnie nieprzekonujące. Niektóre z nich są obciążone błędami formalnymi (zwłaszcza błędem przesunięcia kategorialnego), inne niezrozumiałe[29]. Być może zresztą świadomość ich nieprzekonującego charakteru skłoniła do prób wylegitymowania analogicznego stosowania przepisów o służebności gruntowej w innego rodzaju argumentacji, mianowicie w potrzebie rozwiązania palących problemów społecznych[30]. O ile nietrafna argumentacja „technicznoprawna" sama przez się nie wyrządza kulturze prawnej większych szkód, o tyle odwołanie do potrzeby rozwiązania „palących problemów społecznych" wydaje się już bardzo niebezpieczne. Uznanie takiej potrzeby jako podstawy stosowania analogii pozwalałoby bowiem stosować tę metodę inferencyjną zawsze, ilekroć ktoś uzna dane zagadnienie za „palący problem społeczny". Prowadziłoby to właściwie do – znanej skądinąd z przeszłości – zupełnej dowolności w stosowaniu prawa.

W kontekście uzasadniania analogii potrzebami społecznymi orzecznictwo powołuje się niekiedy na konieczność zmiany „tradycyjnej wykładni" w związku ze zmianą tradycyjnych, nieskomplikowanych stosunków sąsiedzkich na bardziej skomplikowane, „związane zwłaszcza z działalnością gospodarczą"[31]. I ta próba wydaje się zupełnie nieprzekonująca. W chwili ustanawiania kodeksu cywilnego potrzeby związane z przesyłem mediów były doskonale znane; mniejsza była co najwyżej ich skala. Co więcej, istniały również doskonale znane podstawy prawne do zapewnienia realizacji tych potrzeb. Akceptacja krytykowanego poglądu czyniłaby znowuż z analogii *legis* zabieg, który mógłby być wykorzystywany najzupełniej dowolnie.

Jeszcze ciekawsza wydaje się jednak druga strona zagadnienia, mianowicie pytanie, czy art. 285 k.c. w ogóle mógłby znaleźć analogiczne zastosowanie. Odpowiedź wypada zdecydowanie negatywnie. Niezależnie bowiem od nietrafności (niezrozumiałości) argumentów „technicznoprawnych" i niebezpieczeństw związanych z odwołaniem do „potrzeb społecznych", mających uzasadniać analogiczne stosowanie przepisów o służebności gruntowej dla ustanowienia służebności przesyłu, przeciwko stosowaniu analogii przemawiają przynajmniej dwa argumenty wynikające z założeń ugruntowanych w polskiej kulturze prawnej.

Po pierwsze, w polskiej kulturze prawnej obowiązuje zakaz kreowania w drodze analogii „nowych" ograniczonych praw rzeczowych. Zakaz ten jest traktowany jako przynajmniej równie oczywisty jak zakaz analogii na niekorzyść sprawcy w prawie karnym. Tymczasem w cywilistyce ostatnich lat wielokrotnie i trafnie podnoszono, że orzecznictwo SN uderza w zasadę *numerus clausus* ograniczonych praw rzeczowych[32]. Skądinąd niekiedy i sam Sąd Najwyższy powoływał się na tę zasadę, twierdząc wszakże, że jego orzecznictwo jej nie narusza[33]. Naruszenie tej zasady podważa *nolens volens* wartości, dla zabezpieczenia których uznawana jest przez kulturę prawną (i samego prawodawcę, art. 244 k.c.[34]) za obowiązującą. Pomijając inne, sygnalizowane już kwestie, orzecznictwo SN podważa najważniejsze cechy prawa rzeczowego przeciwstawiane prawu zobowiązań – jego trwałość, stabilność i transparentność[35].

29 Zob. szerzej K. Mularski, *Problematyka*…, s. 110 i n.

30 W orzecznictwie zob. zwłaszcza uchwała SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02, „Rejent" 2003, z. 3, s. 122 i n. i późniejsze postanowienie SN z dnia 6 lutego 2013 r., V CSK 129/12, LEX nr 1294483. W nauce zwłaszcza G. Bieniek, *Glosa do uchwały SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02*, „Rejent" 2003, z. 3, s. 139.

31 Postanowienie SN z dnia 8 września 2006 r., II CSK 112/06, LEX 193240.

32 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 113.

33 Zob. postanowienie SN z dnia 18 kwietnia 2012 r., V CSK 190/11, LEX nr 1212828; postanowienie SN z dnia 8 lutego 2013 r., IV CSK 317/12, LEX nr 1308150; postanowienie SN z dnia 25 maja 2016 r., V CSK 547/15, Lex nr 2080888; postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2017 r., V CSK 159/16, Lex nr 2269112.

34 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 113.

35 Zob. tamże, s. 114.

Po drugie, jednym z warunków stosowania analogii jest wykazanie luki prawnej, w szczególności luki konstrukcyjnej. Niedopuszczalne jest wszakże stosowanie analogii w przypadku, gdy brak regulacji jest wynikiem świadomej decyzji ustawodawcy.

Retroaktywne stosowanie przepisów o służebności przesyłu (art. 305[1] i n. k.c.) oznacza kreację z mocą wsteczną nowego ograniczonego prawa rzeczowego.

Tymczasem w prawie polskim do 1 stycznia 1965 r. obowiązywała służebność gruntowa przypominająca pod wieloma względami obecną służebność przesyłu (art. 175 prawa rzeczowego). Gdyby przepis ten został przeniesiony do Kodeksu cywilnego, ugruntowane orzecznictwo SN znajdowałoby jakiś punkt oparcia[36]. Tymczasem przepis ów został uchylony wraz z wejściem w życie Kodeksu cywilnego, a brak jego recepcji był świadomym działaniem ustawodawcy[37]. Brak jest więc luki uzasadniającej analogię[38]. Oczywiście można twierdzić, że działanie ustawodawcy w 1964 r. było nieracjonalne z punktu widzenia dzisiejszych stosunków społeczno-gospodarczych, zakłócające funkcjonowanie tych stosunków już od początku przemian społeczno-ustrojowych i wymagające tym samym wypełnienia rzekomej „swoistej luki". Powołując jednak ten argument (co Sąd Najwyższy *expressis verbis* czyni jedynie raz)[39], jednoznacznie już przypisuje się sobie kompetencje prawotwórcze. Jest to tym bardziej jaskrawe, że sam prawodawca stwierdził jednoznacznie, że powodem wprowadzenia nowej instytucji z dniem 3 sierpnia 2008 r. była krytyczna ocena stanu normatywnego, w którym art. 175 prawa rzeczowego nie znalazł swojej kontynuacji[40]. Skądinąd teza o możliwości stosowania analogii w tym przypadku została odrzucona przez samego prawodawcę (przy innej interpretacji teoretycznoprawnej – przez podmiot będący prawodawcą faktycznym) w uzasadnieniu projektu nowelizacji[41]. Rozbija się też przy okazji zarówno sam sposób rozumienia luki prawnej (czymże jest bowiem „swoista luka", którą dostrzega Sąd Najwyższy?), jak i reguły jej „wypełniania".

Kolejną podstawą normatywną, w której Sąd Najwyższy poszukiwał uzasadniania dla istnienia służebności przesyłu przed wejściem w życie przepisów tę instytucję konstruujących, stał się art. 145 k.c. Wskazać przy tym można właściwie jedno tylko orzeczenie, w którym „służebność odpowiadająca" znalazła ugruntowanie jedynie w tym właśnie przepisie[42]. Sąd Najwyższy uznał za dopuszczalne „analogiczne" zastosowanie tego przepisu dla ustanowienia na rzecz przedsiębiorcy służebności, która wprawdzie została przez sąd nazwana służebnością gruntową, niemniej

36 Sąd Najwyższy dostrzega problem uchylenia art. 175 prawa rzeczowego, nie uznaje tego jednak za przeszkodę do uznawania „służebności odpowiadających", zob. zwłaszcza uchwała SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02, „Rejent" 2003, z. 3, s. 122 i n. Zob. także uchwała SN z dnia 27 czerwca 2013 r., III CZP 31/13, OSNC 2014, nr 2, poz. 11; uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 8 kwietnia 2014 r., III CZP 87/13, OSNC 2014, nr 7–8, poz. 68. O służebności z art. 175 prawa rzeczowego i o powodach braku jej recepcji do kodeksu cywilnego zob. zwłaszcza R. Czarnecki, *Służebności gruntowe na tle prawa rzeczowego z 1946 r. oraz projektu Kodeksu cywilnego*, „Palestra" 1962, z. 6, s. 16.

37 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 114.

38 Zob. tamże.

39 Postanowienie SN z dnia 8 września 2006 r., II CSK 112/06, LEX nr 193240, „Monitor Prawniczy" 2006, z. 19, s. 1016.

40 Zob. druk sejmowy Sejmu VI kadencji nr 81 i trafne uwagi K. Górskiej, *Problemy*…, s. 763.

41 Tamże.

42 Zob. wyrok SN z dnia11 marca 2005 r., II CK 489/04, LEX nr 301735. Później, jak się wydaje, również: postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 2017 r., II CSK 344/16, Lex nr 2329020; postanowienie SN z 16 lutego 2017 r., I CSK 155/16, Lex nr 2269099.

nie wykazywała żadnych cech służebności gruntowej, za to wszystkie cechy służebności przesyłu. Podobnie wszakże jak w przypadku art. 285 k.c. – argumentacja na rzecz analogicznego stosowania art. 145 k.c. okazała się całkowicie nieprzekonująca (obciążona błędami formalnym, zwłaszcza błędem *non sequitur*)[43]. Należy w tym miejscu wyeksponować jeden wątek. Otóż nawet dopuszczając możliwość takiej wykładni art. 145 k.c., która pozwalałaby stosować ten przepis do ustanowienia „koniecznej służebności przesyłu", trudno dociec, w jaki sposób przepis ten miałby uzasadniać nabycie służebności przesyłu na skutek innych zdarzeń prawnych niż orzeczenie sądu (np. w drodze zasiedzenia). Daje on przecież kompetencję do ustanowienia służebności sądowi, w dodatku za odpowiednim wynagrodzeniem, posłużył zaś jako argument za jej nabyciem przez przedsiębiorcę *ex lege* z chwilą upływu terminu zasiedzenia[44].

W jednym przypadku Sąd Najwyższy poszukiwał podstawy prawnej istnienia służebności przesyłu – przed chwilą wejścia w życie przepisów konstruujących tę instytucję – w innych jeszcze płaszczyznach. Wyrażono mianowicie tezę, jakoby z faktu, że przedsiębiorca posiada tytuł prawny do urządzeń przesyłowych (art. 49 k.c.), wynikało, że ma on również tytuł prawny do zajmowania przez te urządzenia cudzych nieruchomości[45]. Teza ta jest już, delikatnie rzecz ujmując, jawnie sofistyczna. Nie jest przecież tak, że właściciel na przykład samochodu, mający do niego najsilniejszy z możliwych tytułów prawnych, może zaparkować ten samochód na nieruchomości sąsiada. Trudno też zrozumieć, jak krytykowaną tezę miałby uzasadniać sam fakt obowiązywania art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami[46], który dla ingerencji w cudze prawo własności wymaga przecież wydania decyzji administracyjnej. Co więcej, zdaniem Sądu Najwyższego obowiązywanie owego przepisu ma uzasadniać legalność ingerencji „z natury rzeczy"[47]. Poważne potraktowanie tego argumentu prowadziłoby do wniosku, że z przepisu prawa administracyjnego wymagającego wydania (w odpowiedniej formie i po przeprowadzeniu odpowiedniego postępowania) decyzji administracyjnej dla władczej ingerencji w cudze prawo wynika legalność ingerencji w to prawo bez wydawania decyzji administracyjnych – i to w dodatku „z natury rzeczy".

Niezrozumiały jest pogląd, jakoby do nabycia służebności przesyłu przed chwilą wejścia w życie przepisów konstruujących tę instytucję mogło dojść na gruncie analogicznie stosowanego art. 172 k.c. (w zw. z art. 292 k.c.)[48]; art. 172 k.c. określa przecież przesłanki zasiedzenia i nie ma nic wspólnego z konstruowaniem ograniczonych praw rzeczowych.

Wreszcie, w niektórych orzeczeniach jako podstawę prawną istnienia służebności przesyłu (jakkolwiek nazywanej) przed chwilą wejścia w życie przepisów konstruujących tę instytucję, wskazywano art. 292 k.c. Sprawa ta będzie przedstawiona w kolejnym punkcie. W tym miejscu można tylko stwierdzić, że doprawdy trudno zrozumieć, jak przepis określający przesłanki zasiedzenia danego prawa mógłby być podstawą istnienia jakiegoś innego prawa.

4. Czas w tym miejscu przejść do drugiego z zapowiedzianych wcześniej wątków. Wprawdzie obowiązujące przed chwilą wejścia w życie art. 305^1 i n. k.c. przepisy nie pozwalały na istnienie służebności przesyłu, niemniej być może okaże się, że służebności takie były w pewnym sensie „akceptowane" przez

43 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 115. Chyba podobnie wyrok SN z dnia 11 marca 2005 r., II CK 489/04, LEX nr 301735, gdzie sąd ten upatrywał podobieństwa sieci elektroenergetycznych, należących do różnych przedsiębiorców, do „budynków gospodarskich z art. 145 k.c." – należących przecież do tego samego podmiotu.

44 Najwyraźniej odmiennie postanowienie SN z dnia 22 lipca 2010 r., I CSK 606/09, LEX nr 737248.

45 Zob. wyrok SN z dnia 11 marca 2005 r., II CK 489/04, LEX nr 301735. W kolejnym fragmencie uzasadnienia Sąd Najwyższy trafnie jednak zauważa, że tytuł prawny do korzystania z urządzenia nie oznacza tytułu prawnego do korzystania z nieruchomości, co czyni uzasadnienie wewnętrznie sprzecznym. Rozstrzygnięcie znajduje jednak uzasadnienie w tezie o rzekomo „naturalnej" legalności ingerencji przedsiębiorstwa przesyłowego w cudze prawo własności.

46 Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 518 z późn. zm.).

47 Tak wyrok SN z dnia 11 marca 2005 r., II CK 489/04, LEX nr 301735.

48 Zob.: uchwała SN z dnia 8 grudnia 2016 r., III CZP 86/16, „Biuletyn SN" 2016, nr 12, poz. 12; postanowienie SN z dnia 23 lutego 2017 r., V CSK 317/16, Lex nr 2297424.

orzecznictwo. Argument ten również jest powoływany przez Sąd Najwyższy dla wykazania tezy, że jego linia orzecznicza nie jest retroaktywna, a w każdym razie nie ma charakteru zaskakującego. Zbadać należy w pierwszej kolejności orzeczenia, na które powołuje się SN jako przykłady wcześniejszej akceptacji tak czy inaczej nazywanej służebności przesyłu, by potem przedstawić wyniki badań całego mogącego wchodzić w grę orzecznictwa tego Sądu.

Sąd Najwyższy – dla uzasadnienia tezy o „ugruntowaniu" swej linii orzeczniczej w dawniejszych judykatach – powołuje przede wszystkim art. 292 k.c. Twierdzi mianowicie, że już wcześniej dopuszczono ustanowienie służebności przesyłu na gruncie „nowoczesnej, odpowiadającej potrzebom obrotu" wykładni art. 292 k.c., „stosowanego w drodze analogii"[49]. W innym z orzeczeń SN mowa o „ukształtowanym w drodze wykładni funkcjonalnej art. 292 k.c. jednolitym poglądem judykatury"[50]. Zdarzyło się też Sądowi Najwyższemu wskazać na art. 292 k.c. jako przepis, który uzasadniać miał nabycie służebności przesyłu wraz z art. 305^1 k.c. jeszcze przed wejściem w życie tego ostatniego przepisu, wszakże bez żadnego uzasadnienia i powołania wcześniejszego orzecznictwa[51]. Tymczasem w żadnym z orzeczeń, na które powołał się SN dla uzasadnienia swojej tezy, nie ma nawet cienia sugestii o możliwości istnienia (ustanowienia, nabycia w drodze zasiedzenia itp.) służebności przesyłu (jakkolwiek nazwanej) na gruncie wcześniej obowiązujących przepisów. Dodajmy dla porządku, że cienia takiej sugestii nie ma też w żadnym innym orzeczeniu SN wydanym na podstawie art. 292 k.c.[52] Niektóre z tych orzeczeń (mających rzekomo stanowić dowód wcześniejszej akceptacji instytucji) zostały zresztą wydane już po wejściu w życie art. 305^1 i n. k.c.

Nieporozumieniem jest powołanie na dowód wykształcenia się wcześniejszego orzecznictwa orzeczenia SN z dnia 31 grudnia 1962 r., II CR 1006/62[53], które zapadło na gruncie art. 175 prawa rzeczowego, konstruującego istotnie ograniczone prawo rzeczowe, w znacznej mierze podobne do dzisiejszej służebności przesyłu (tyle że świadomie nierecypowanego w Kodeksie cywilnym), i w którym chodziło o doprowadzenie mediów do konkretnej nieruchomości, oraz uchwały SN z dnia 30 sierpnia 1991 r., III CZP 73/91, (OSNC 1992/4, poz. 53)[54], w której to uchwale podtrzymano wcześniej akceptowaną możliwość ustanowienia na gruncie stosowanego analogicznie art. 145 k.c. służebności gruntowej, umożliwiającej doprowadzenie mediów do konkretnej nieruchomości (a nie istnienia nieznanego ustawie ograniczonego prawa rzeczowego).

Brak staranności Sądu Najwyższego w cytowaniu własnych orzeczeń nie zwalnia badacza z obowiązku prześledzenia całego wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego omawianych tu kwestii; być może istotnie orzeczenia takie były wydawane, a jedynie nie zdołano ich właściwie powołać.

Analiza całego orzecznictwa SN dotyczącego możliwości ustanowienia służebności przesyłu (w tym jej nabycia w drodze zasiedzenia), sprzed chwili wejścia w życie przepisów konstruujących służebność przesyłu, ukazuje jednak, że teza Sądu Najwyższego, jakoby orzecznictwo to było od dawna ugruntowane, jest nieprawdziwa. Ustanowienie służebności przesyłu (nazwanej myląco „służebnością odpowiadającą") Sąd Najwyższy dopuścił bowiem po raz pierwszy dopiero w dniu 17 stycznia 2003 r.[55] Uchwała ta skąd-

49 Tak postanowienie SN z dnia 11 grudnia 2008 r., II CSK 314/08, LEX nr 490513. O stosowaniu art. 292 k.c. w drodze analogii, powołując się na podobny zestaw wcześniejszych orzeczeń, uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 9 sierpnia 2011 r., III CZP 10/11, OSNC 2011, nr 12, poz. 129. Ostatnio zob. zwłaszcza: uchwała SN z dnia 8 grudnia 2016 r., III CZP 86/16, „Biuletyn SN" 2016, nr 12, poz. 12; postanowienie SN z dnia 23 lutego 2017 r., V CSK 317/16, Lex nr 2297424; postanowienie SN z 16 lutego 2017 r., I CSK 155/16, Lex nr 2269099 i postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2017 r., V CSK 159/16, Lex nr 2269112 (gdzie wskazuje się art. 292 k.c. bez wzmianki o analogii).

50 Tak postanowienie SN z dnia 5 lipca 2012 r., IV CSK 606/11, LEX nr 1218193.

51 Postanowienie SN z dnia 6 lipca 2011 r., I CSK 157/11, LEX nr 1050400.

52 Przynajmniej tych dostępnych w programie LEX.

53 Zob. postanowienie SN z dnia 25 maja 2016 r., V CSK 547/15, Lex nr 2080888.

54 Tamże.

55 Wielokrotnie cytowana uchwała SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02, „Rejent" 2003, z. 3, s. 122 i n. Fakt ten trzeźwo podnoszą przedstawiciele nauki, zob. zestawienie literatury

inąd spotkała się raczej z ostrą krytyką niż aprobatą nauki; krytyką wręcz ostrzegającą notariuszy przed bezprawnością działań, które miałyby „iść po linii" przedmiotowej uchwały[56]. Wcześniej ani ten sąd, ani nauka prawa nawet nie rozważały możliwości istnienia takiej służebności[57]; niezależnie od tego, czy miałaby zostać powołana w drodze umowy, nabyta w drodze zasiedzenia, przeniesiona w drodze czynności prawnej itp. Co więcej, w reprezentatywnych wypowiedziach nauki podkreślało się wręcz niedopuszczalność ustanawiania służebności przesyłu, tak czy inaczej w szczegółach rozumianej[58]. Literatura aprobująca orzecznictwo SN w tej sprawie pojawiła się dopiero po przytoczonej wyżej uchwale[59]. Fakt ten niekiedy dostrzega zresztą nawet sam Sąd Najwyższy[60]. Co więcej, możliwości ustanowienia jakkolwiek nazwanej służebności przesyłu, przynajmniej przed 17 stycznia 2003 r., jak się zdaje, nie rozważali nawet przedsiębiorcy przesyłowi, próbujący we wnioskach o stwierdzenie nabycia służebności (gruntowej) oznaczać nieruchomość władnącą[61].

Z tego samego okresu pochodzi pojedyncze, przedstawione wyżej orzeczenie, w którym Sąd Najwyższy próbował ugruntować istnienie służebności przesyłu w art. 145 k.c. Z tego też okresu pochodzą orzeczenia, w których Sąd Najwyższy uznawał brak sprzeciwu wobec zajmowania gruntów pod budowę urządzeń przesyłowych za zgodę na zawarcie umowy podobnej do umowy użyczenia, mającej status zobowiązania realnego, a której wypowiedzenie byłoby niemożliwe na gruncie art. 365^1 k.c.[62] – które to orzeczenia przy przyjęciu nad wyraz wątpliwych założeń można by próbować uznawać za „zapowiedzi" linii, która wykształciła się później. Ściślej – pierwsze z tych orzeczeń zostało wydane w roku 2005, a drugie dwa lata później. Sąd Najwyższy odciął się zresztą później stanowczo od tej chyba bezprecedensowo osobliwej, poddanej w nauce jednolitej, szerokiej krytyce konstrukcji[63].

Znając dzisiejszą linię orzeczniczą, sygnału o dopuszczalności ustanowienia służebności przesyłu dopatrywać się można by jeszcze w wyroku SN z dnia 19 maja 2004 r., gdzie wprawdzie nie mówi się nic o tak czy inaczej nazwanej służebności przesyłu, niemniej presuponuje się możliwość ustanowienia służebności polegającej na możliwości korzystania z linii energetycznej[64], oraz w kilku następnych wyrokach wydanych w ciągu kolejnych lat[65]. W tym też okresie, w 2006 r., po raz pierwszy *expressis verbis* dopuszczono możliwość nieokreślania nieruchomości władnącej[66].

K. Mularski, *Problematyka*…, s. 129. W jednym orzeczeniu dostrzega ten fakt także SN, zob. uchwała SN z dnia 30 listopada 2016 r., III CZP 77/16, „Biuletyn SN" 2016, nr 11, poz. 9.

56 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 129.

57 Co trafnie podnosi zwłaszcza L. Bosek, *Opinia prawna dotycząca zgodności z Konstytucją RP rozwiązań zaproponowanych w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (druk sejmowy nr 3595)*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2011, z. 3, s. 185.

58 Zob. zwłaszcza R. Czarnecki (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, oprac. F. Błahuta, Warszawa 1972, s. 723.

59 Zob. G. Matusik, *Własność*…, s. 321, gdzie wprawdzie mówi się o aprobacie dla orzecznictwa SN, ale przytoczona literatura jest literaturą „nową" (podobnie skądinąd jak samo orzecznictwo).

60 Zupełnie jednoznacznie postanowienie SN z dnia 23 października 2013 r., IV CSK 30/13, LEX nr 1389012. Zob. także uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 8 kwietnia 2014 r., III CZP 87/13, OSNC 2014, nr 7–8, poz. 68.

61 Zob. M. Balwicka-Szczyrba, *Możliwość nabycia służebności gruntowej w drodze zasiedzenia na rzecz przedsiębiorstwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa" 2010, nr 2, s. 113. Tak też chyba postanowienie SN z dnia 16 września 2009 r., II CSK 103/09, LEX nr 530696.

62 Zob.: wyrok SN z dnia 28 czerwca 2005 r., I CK 14/05, LEX 311349; wyrok SN z dnia 18 stycznia 2007 r., I CSK 223/06, OSP 2008, z. 3, poz. 25, z glosą krytyczną Z. Kuniewicza. Pierwszy z wyroków skomentował K. Gołębiowski, *Glosa do wyroku SN z dnia 28 czerwca 2005 r., I CK 14/05, LEX nr 311349*, LEX/el/ 2012 (tekst).

63 Zob. najwyraźniej postanowienie SN z dnia 9 grudnia 2011 r., III CZP 78/11, LEX nr 1106998. Jeśli chodzi o krytykę, to poza przytoczonymi wyżej glosami zob. zwłaszcza G. Matusik, *Własność*…, s. 307, 435 i n.

64 Wyrok SN z dnie 19 maja 2004 r., III CK 496/02, LEX nr 152776.

65 Zob. wyrok SN z dnia 17 czerwca 2005 r., III CK 685/04, LEX nr 277065; być może tak też należałoby interpretować wyroki SN z dnia 8 czerwca 2005 r.: V CK 679/80, LEX nr 311353 oraz V CK 680/04, LEX nr 180843, jak również wyrok SN z dnia 31 maja 2006 r., IV CSK 149/05, LEX nr 288681.

66 Zob. postanowienie SN z dnia 8 września 2006 r., II CSK 112/06, LEX nr 193240, „Monitor Prawniczy" 2006, z. 19, s. 1016.

W chwili wydawania tych często niepublikowanych orzeczeń nikt nie interpretował ich jednak w duchu kreacji nowego prawa rzeczowego; w każdym razie brak takiego śladu w możliwie najdokładniej przestudiowanej literaturze przedmiotu. Wydaje się również, że sam Sąd Najwyższy nie wyobrażał sobie wówczas takiej możliwości. Możliwość zasiedzenia służebności przesyłu (z doliczeniem do wymaganego okresu zasiedzenia całego okresu, w którym na gruncie istniał stan rzeczy dający podstawę do ustanowienia takiej służebności po 3 sierpnia 2008 r.), nazwanej po raz pierwszy myląco „służebnością odpowiadającą służebności przesyłu", Sąd Najwyższy dopuścił *expressis verbis* po raz pierwszy w dniu 10 lipca 2008 r.[67], a więc już po uchwaleniu (choć przed wejściem w życie) przepisów konstruujących służebność przesyłu.

Na podstawie powyższego należy jeszcze raz podkreślić, że retroaktywne orzecznictwo SN nie znajduje uzasadnienia we wcześniejszych orzeczeniach tego sądu. Orzecznictwo, na które Sąd Najwyższy się powołuje, zostało wydane albo po roku 2003 (a najczęściej już po dniu wejścia w życie art. 305^1 i n. k.c.), albo dotyczy zupełnie innych zagadnień, niezwiązanych ze służebnością przesyłu w żaden właściwie sposób. Za zdecydowanie trafne należy więc uznać opinie wskazujące na „nagły i nieprzewidywalny" czy „zaskakujący" charakter wykładni przyjętej przez Sąd Najwyższy[68]. Widać na gruncie powyższego dobitnie, że orzecznictwo SN stanowi raczej osobliwą reakcję na trwające prace ustawodawcze i będącą ich rezultatem decyzję ustawodawcy niż antycypację jego działań; a w każdym razie nie antycypację utrwaloną na przestrzeni wielu lat. Tym samym nietrafne (czy raczej: nieprawdziwe) są tezy, jakoby ustawodawca jedynie „potwierdził"[69] wcześniej istniejącą dopuszczalność ustanawiania służebności przesyłu, by nowe przepisy „nie wprowadziły istotnych zmian"[70], by ustawodawca jedynie „wyraźnie uregulował"[71] wcześniej istniejące rozwiązania, by wreszcie nowe przepisy były jedynie „uszczegółowieniem"[72] czy „uporządkowaniem"[73] dotychczasowych.

5. Wiemy już, że dla tak czy inaczej rozumianego istnienia służebności przesyłu przed chwilą wejścia w życie przepisów konstruujących tę instytucję nie było żadnych podstaw prawnych. Wiemy również, że nie wykształciło się żadne, nawet niepraworządne orzecznictwo, które kreowałoby taką instytucję nawet bez prawnych podstaw; pierwsze orzeczenie sygnalizujące taką możliwość zostało wydane w 2003 r. Być może jednak „służebność odpowiadająca" nie jest tożsama ze służebnością przesyłu, lecz jakąś inną instytucją prawną, której istnienie można było wyprowadzić z wcześniej obowiązujących przepisów lub orzecznictwa? Odpowiedź wypada jednak negatywnie: służebność odpowiadająca ma dokładnie taką samą treść jak służebność przesyłu, a więc jest dokładnie tym samym prawem podmiotowym co służebność przesyłu. Jeszcze prościej: służebność odpowiadająca jest służebnością przesyłu; nie występują między nimi żadne różnice. Nazwy „służebność odpowiadająca" i „służebność przesyłu" są homonimami. Tezę tą zakładano w ramach wcześniejszych rozważań, teraz należy ją udowodnić. Szczegółowe analizy w tym względzie zostały przeprowadzone już wcześniej[74].

67 Jakkolwiek podobnie da się być może interpretować o prawie dwa lata wcześniejsze postanowienie SN z dnia 8 września 2006 r., II CSK 112/06. Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 131.

68 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 132.

69 Zob. uchwała SN z dnia 7 października 2008 r., III CZP 89/09, LEX nr 458125; uchwała SN z dnia 22 maja 2013 r., III CZP 18/13, OSNC 2013, nr 12, poz. 139; postanowienie SN z dnia 25 maja 2016 r., V CSK 547/15, Lex nr 2080888; wyrok SN z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 639/15, Lex nr 2075706; postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2017 r., V CSK 159/16, Lex nr 2269112.

70 Zob. uchwała SN z dnia 22 maja 2013 r., III CZP 18/13, OSNC 2013, nr 12, poz. 139; wyrok SN z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 639/15, Lex nr 2075706.

71 Zob. postanowienie SN z dnia 9 grudnia 2011 r., III CZP 78/11, LEX nr 1106998.

72 Zob. uchwała SN z dnia 22 maja 2013 r., III CZP 18/13, OSNC 2013, nr 12, poz. 139; postanowienie SN z dnia 26 czerwca 2013 r., II CSK 626/12, LEX nr 1341262; postanowienie SN z dnia 25 maja 2016 r., V CSK 547/15, Lex nr 2080888; postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2017 r., V CSK 159/16, Lex nr 2269112.

73 Tak postanowienie SN z dnia 25 maja 2016 r., V CSK 547/15, Lex nr 2080888; postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2017 r., V CSK 159/16, Lex nr 2269112.

74 Zob. K. Mularski, *Problematyka*…, s. 104 i n. Zob. także: tenże, *Odpowiedź na uwagi polemiczne dotyczące proble-*

Ramy pracy pozwalają jedynie na uwypuklenie kwestii najważniejszych.

Analiza wszystkich orzeczeń SN uznających istnienie służebności odpowiadającej" ujawnia, że Sąd Najwyższy przypisuje jej dokładnie taką samą treść, jaką dzisiaj prawodawca przypisuje służebności przesyłu. Fakt ten dostrzega zresztą sam Sąd Najwyższy, stwierdzając w wielu orzeczeniach, że „służebność odpowiadająca" odpowiada (w znaczeniu: jest identyczna) treści i funkcji „nowej" służebności przesyłu[75]. Fakt ten dostrzegają, jak się zdaje, również zwolennicy koncepcji Sądu Najwyższego, podkreślający, że „służebność odpowiadająca" jest „prawie identyczna" z obowiązującą służebnością przesyłu, i niewskazujący jakichkolwiek różnic, które uzasadniałyby użycie słowa „prawie"[76]. Otóż w nauce nad wyraz trafnie podniesiono, że jeśli dane prawo ma taką samą treść i takie same funkcje co „inne" prawo, to oba prawa są tożsame; nie ma „innego" prawa[77]. Nawiązując do kanonów chyba jednolicie przyjmowanej ontologii, sprecyzowanej w tym zakresie zwłaszcza przez Gottfrieda W. Leibniza, przedmiot P nazwany „N1" identyczny z przedmiotem P nazwanym „N2" jest (ciągle) przedmiotem P. Potwierdza powyższe sam Sąd Najwyższy, który używa niekiedy wyrażeń „służebność odpowiadająca" (względnie „służebność gruntowa przesyłu") i „służebność przesyłu" zamiennie, traktując je zupełnie jednoznacznie – jako synonimy[78].

Nie jest prawdą, że kreacja ograniczonego prawa rzeczowego znajduje uzasadnienie we wcześniejszym orzecznictwie.

Wniosków płynących z tej dość elementarnej refleksji filozoficznej nie mogą zmienić deklaracje Sądu Najwyższego, jakoby obie służebności należało od siebie „wyraźnie odróżniać". Nikt nie ma tymczasem władzy nakazania rozumnemu człowiekowi, aby „wyraźnie odróżniał" tożsame byty (czy w innym ujęciu – ten sam byt)[79].

6. Na gruncie powyższych analiz orzecznictwo uznające istnienie „służebności odpowiadającej służebności przesyłu" jest orzecznictwem niepraworządnym

matyki intertemporalnej służebności przesyłu, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2016, nr 1, s. 207–214, oraz polemika: M. Balwicka-Szczyrba, *Kilka uwag polemicznych na temat problematyki intertemporalnej służebności przesyłu*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2015, nr 4, s. 975–986.

75 Tak zwłaszcza: uchwała SN z dnia 7 października 2008 r., III CZP 89/09, LEX nr 458125; wyrok SN z dnia 12 grudnia 2008 r., II CSK 389/08, LEX nr 484715; postanowienie SN z dnia 16 września 2009 r., II CSK 103/09, LEX nr 530696; postanowienie SN z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 289/12, LEX nr 1288634; uchwała SN z dnia 22 maja 2013 r., III CZP 18/13, OSNC 2013, nr 12, poz. 139; postanowienie SN z dnia 26 czerwca 2013 r., II CSK 626/12, LEX nr 1341262; postanowienie SN z dnia 23 października 2013 r., IV CSK 30/13, LEX nr 1389012. W wyroku SN z dnia 10 lipca 2013 r., V CSK 320/12, LEX nr 1391372, mowa wprawdzie o „pewnych modyfikacjach", niemniej jest to teza nieznajdująca pokrycia w tym, jaką treść i funkcję SN przypisuje w tym wyroku „służebności odpowiadającej".

76 M. Grochowski, *Służebność…*, s. 24 i n.

77 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka…*, s. 105.

78 Zob. zwłaszcza postanowienie SN z dnia 16 września 2009 r., II CSK 103/09, LEX nr 530696.

79 O rzekomej konieczności „wyraźnego odróżniania" od siebie służebności odpowiadającej od służebności przesyłu dosłownie: uchwała SN z dnia 22 maja 2013 r., III CZP 18/13, OSNC 2013, nr 12, poz. 139; postanowienie SN z 26 VI 2013 r., II CSK 626/12, LEX nr 1341262; postanowienie SN z dnia 23 października 2013 r., IV CSK 30/13, LEX nr 1389012; wyrok SN z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 639/15, Lex nr 2075706; postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 2017 r., II CSK 344/16, Lex nr 2329020.

i retroaktywnym[80], gdzie retroaktywność ukryta jest za maską rzekomego stosowania art. 285 k.c. (ewentualnie innych przepisów). Należy rozważyć, czy orzecznictwo to „broni się" jednak realizacją jakiś innych doniosłych celów społecznych. Zarzut niepraworządnego, retroaktywnego stosowania prawa znacznie by bowiem osłabł (przynajmniej na gruncie niektórych koncepcji filozoficznoprawnych), gdyby złamanie reguł wykładni przyjętych w kulturze prawnej prowadziło do jawnie pożytecznych rezultatów. W każdym razie, Konstytucja nie zakazuje retroakcji jako takiej (pomijając jej art. 42 ust. 1), lecz wyklucza co do zasady (od której dopuszcza się niekiedy wyjątki) skutki, do jakich retroakcja najczęściej (choć bynajmniej nie zawsze) prowadzi[81]. Skutki te jednak mogą być, jak się wydaje, bilansowane czy wyrównywane innymi korzyściami społecznymi.

Rozpocząć należy od ogólnej konstatacji, że na wielu nieruchomościach w całym kraju istniały (i nadal istnieją) posadowione urządzenia przesyłowe służące dystrybucji tzw. mediów[82]. Waga czy doniosłość cywilizacyjna zdecydowanej większości takich urządzeń, bez których niemożliwe byłoby właściwie istnienie współczesnego społeczeństwa, jest ogromna[83]. Urządzenia te były przy tym budowane najczęściej bez zadbania o należytą podstawę prawną dla ingerencji w cudze prawo własności[84]. Z tej ogólnej konstatacji wyprowadzić można przynajmniej dwa niesporne wnioski.

Pierwszym możliwym do wyróżnienia społecznym celem ustanowienia przepisów o służebności przesyłu była wola prawodawcy uregulowania („uporządkowania") poprzez instytucję służebności przesyłu tzw. zaszłości[85]. Im szybciej i do im większego zbioru stanów faktycznych przepisy te mogłyby znaleźć zastosowanie, tym szybciej cel ten zostałby zrealizowany[86]. Bez wątpienia ich retroaktywne stosowanie zwiększa zbiór stanów faktycznych, do których przepisy te znajdują zastosowanie, zwiększając zakres uregulowanych czy uporządkowanych tzw. zaszłości. Nie wydaje się jednak, aby wola realizacji tego celu mogła zostać uznana za wystarczającą dla usprawiedliwienia nadania przepisom mocy retroaktywnej. W przeciwnym razie orzecznictwo mogłoby nadać moc retroaktywną każdej właściwie regulacji zmierzającej do rozwiązania jakiegoś nabrzmiałego problemu społecznego. Nie wydaje się też, by wartości stojące za realizacją tego celu pozostawały w jakiejkolwiek rozsądnej proporcji do wartości, którą retroakcja narusza czy burzy (o czym niżej).

Urządzenia przesyłowe funkcjonują nie tylko w interesie przedsiębiorcy przesyłowego, lecz także w interesie społecznym, publicznym[87]. Brak retroakcji prowadziłby m.in. do tego, że okres zasiedzenia służebności przesyłu liczyłby się od chwili wejścia w życie art. 305^1 i n. k.c. (z ewentualnym skróceniem na podstawie art. XLII p.w.k.c.[88]). Relatywnie długi okres zasiedzenia służebności dającej prawo do korzystania z takich urządzeń sprzyjałby wytaczaniu skutecznych

80 W jednym przypadku sam SN powołuje art. 305^1 k.c. jako podstawę rozstrzygnięcia stanu faktycznego, który miał miejsce przed wejściem tego przepisu w życie, zob. postanowienie SN z dnia 6 lipca 2011 r., I CSK 157/11, LEX nr 1050400. Zestawienie literatury uznającej w różnych słowach orzecznictwo za retroaktywne i niepraworządne K. Mularski, *Problematyka*, s. 98.

81 Szerzej K. Mularski, *Prawo*…, s. 52 i n. i powołana tam literatura.

82 Zestawienie literatury zob. tamże, s. 100. Terminu tego używa także SN w wyroku z dnia 11 marca 2005 r., II CK 489/04, LEX nr 301735.

83 Zestawienie literatury zob. K. Mularski, *Prawo*…, s. 100. Z orzecznictwa zwłaszcza uchwała SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02, „Rejent" 2003, z. 3, s. 122 i n.; postanowienie SN z dnia 13 października 2011 r., V CSK 502/10, LEX nr 1096048; postanowienie SN z dnia 23 października 2013 r., IV CSK 30/13, LEX nr 1389012. Z prac legislacyjnych zob. druk 760, cyt. wyżej.

84 Zob. np. A. Gill, A. Nowak-Far, *Korzystanie przez przedsiębiorstwa ciepłownicze z sieci i urządzeń przesyłu energii cieplnej usytuowanych na cudzych gruntach*, „Prawo Spółek" 1999, z. 7–8, s. 74. Z orzecznictwa np. postanowienie SN z dnia 6 lutego 2013 r., V CSK 129/12, LEX nr 1294483.

85 Zestawienie literatury zob. K. Mularski, *Prawo*…, s. 101. Z orzecznictwa zwłaszcza uchwała SN z dnia 20 lutego 2013 r., III CZP 101/12, OSNC 2013, nr 7–8, poz. 88.

86 Zestawienie literatury zob. K. Mularski, *Prawo*…, s. 140.

87 Co podkreśla zwłaszcza P. Lewandowski, *Służebność przesyłu w prawie polskim*, Warszawa 2014, s. 48.

88 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Przepisy wprowadzające kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 94 z późn. zm.).

powództw przez właścicieli nieruchomości, i to nie tylko powództw o odpłatne ustanowienie służebności przesyłu, lecz przede wszystkim powództw o zapłatę wynagrodzenia z tytułu bezumownego korzystania z rzeczy (art. 224 i art. 225 k.c.). Wzrost liczby skutecznych powództw przeciwko przedsiębiorcom przesyłowym doprowadziłby niemal na pewno do wzrostu cen mediów przez tych przedsiębiorców dostarczanych, w szczególności wzrostu cen energii elektrycznej. Koszty tego procesu obciążyłyby ostatecznych odbiorców[89], co mogłoby być może prowadzić do pauperyzacji szerokich rzesz ludności. Retroakcja oznacza więc preferencje interesu publicznego nad interesem prywatnym[90].

Nie kwestionując wagi tego argumentu (którego wszakże Sąd Najwyższy otwarcie nie podnosi – jakkolwiek nie można uniknąć wrażenia, że problem wyżej opisany jest główną przyczyną powstania krytykowanej linii orzeczniczej), stwierdzić należy, że nie wydaje się on przekonujący. Nawet bowiem dla ustawodawcy argument powyższy nie byłby wystarczającą legitymacją dla aż tak głębokiej ingerencji w konstytucyjnie chronione prawo własności. Pojawia się tu przede wszystkim pytanie o to, jak dalece wspólnota polityczna tworząca państwo ma prawo obciążać jednostki najszerzej rozumianym „złem" dla osiągnięcia tego, co z punktu widzenia wspólnoty wydaje się najszerzej rozumianym „dobrem". Nie miejsce tu oczywiście na bardziej wnikliwe rozważanie tego filozoficznoprawnego problemu. Na pewno obciążanie jednostek „złem" dla osiągnięcia ogólnego „dobra" nie może być uznane za bezwzględnie niedopuszczalne – pod rygorem rozpadu wspólnoty politycznej (np. obowiązek wzięcia udziału w wojnie obronnej, obowiązek szczepień obowiązkowych zapewniających „populacyjną odporność" na najgroźniejsze choroby). Można jedynie wyrazić ostrożne przypuszczenie, że nie jest sprawiedliwa sytuacja, w której owo dobro osiągane jest kosztem jednostek, podczas gdy mogłoby zostać osiągnięte wspólnym wysiłkiem całej wspólnoty, równomiernie rozłożonym między wszystkich jej członków. Należy bowiem zauważyć, że urządzenia przesyłowe (przede wszystkim linie elektroenergetyczne) budowane były na cudzych gruntach najczęściej, czy niemal zawsze, bez jakiejkolwiek podstawy prawnej i bez jakiegokolwiek odszkodowania. Korzyści z tego tytułu (niższe ceny mediów, przede wszystkim energii elektrycznej, wobec zaniechania uregulowania stanu prawnego urządzeń przesyłowych posadowionych na cudzych gruntach, w szczególności zaniechania zapłaty odszkodowań czy wynagrodzeń za korzystanie z gruntów) odnosili wszyscy odbiorcy mediów, w tym właściciele nieruchomości. Korzyść właścicieli była jednak *in genere* bez wątpienia niższa niż doznane przez nich uszczerbki. Niewłaściciele odnieśli zaś takie same korzyści, nie ponosząc żadnych uszczerbków. Najprościej rzecz ujmując, wszyscy uzyskali coś kosztem niektórych, którzy ostatecznie dużo więcej stracili, niż zyskali. Tańsze media zostały sfinansowane znacznymi uszczerbkami nielicznych ich odbiorców. Dopuszczalne byłoby natomiast tylko takie obciążenie właścicieli nieruchomości, które równoważone byłoby odpowiadającym mu obciążeniem pozostałych członków wspólnoty. Można więc uznać, że opisany stan rzeczy ani nie spełnia współcześnie przyjmowanych kryteriów sprawiedliwości rozdzielczej, ani nie przeszedłby „testu zasłony niewiedzy" z Johna Rawlsa koncepcji sprawiedliwości. Zupełnie nie przekonuje w konsekwencji uwaga, jakoby jednostki (właściciele nieruchomości) powinny „ponieść ofiarę" na rzecz wspólnoty[91]; tym bardziej że jest to raczej ofiara na rzecz interesów przedsiębiorców przesyłowych.

Do powyższego należy dodać jeszcze jeden aspekt. Motywacja Sądu Najwyższego nie została przezeń ujawniona, wobec czego musiała zostać w niniejszej pracy założona czy zrekonstruowana. Brak ujawnienia tej motywacji zasługuje na odrębne słowa krytyki. Gdyby Sąd Najwyższy otwarcie powołał motywy swego orzecznictwa, musiałoby ono zostać wprawdzie uznane za delikt w świetle konstytucyjnego katalogu źródeł prawa (Sąd Najwyższy otwarcie przypisałby sobie wówczas kompetencje do rozstrzygania problemów społecznych czy politycznych mimo braku ku temu odpowiednich przepisów, a więc kompetencję prawotwórczą), niemniej byłoby to przynajmniej w jakimś sensie uczciwe. Co najważniejsze, z pozaprawnymi motywami Sądu Najwyższego można by wówczas

89 Zestawienie literatury zob. K. Mularski, *Prawo*…, s. 142.

90 Zestawienie literatury tamże, s. 142.

91 A. Gill, A. Nowak-Far, *Korzystanie*…, s. 80.

podjąć racjonalną, opartą na różnego rodzaju badaniach naukowych polemikę. Być może okazałoby się, że rzeczywiście zgodne z prawem stosowanie przepisów o istnieniu, a zwłaszcza o nabyciu w drodze zasiedzenia służebności przesyłu prowadziłoby do pauperyzacji szerokich rzesz ludności. Być może okazałoby się również (czego Sąd Najwyższy najprawdopodobniej nawet nie rozważał), że obniżenie konkurencyjności polskich przedsiębiorców przesyłowych otworzy rynek – niezwykle wrażliwy ze strategicznego punktu widzenia – dla podmiotów zewnętrznych. Oczywista zależność obcych przedsiębiorstw przesyłowych od obcego czynnika politycznego mogłaby uzależniać państwo polskie od czynników zewnętrznych[92]. Jednak danych takich, dotyczących zarówno skali możliwego wzrostu cen mediów, jak i ryzyka przejęcia fragmentów strategicznego rynku przez podmioty obce, w kontekście odszkodowań i wynagrodzeń wypłacanych właścicielom nieruchomości, przynajmniej na gruncie wiedzy piszącego te słowa brak. Jakkolwiek surowa więc byłaby to ocena, nie można uchylić się od wypowiedzenia spostrzeżenia, że orzecznictwo SN służy bardziej udziałowcom, akcjonariuszom i zarządom spółek przesyłowych, osiągających nierzadko roczny zysk w kwotach setek milionów złotych[93], niż ogółowi społeczeństwa – kosztem tysięcy, jeśli nie milionów właścicieli nieruchomości.

Retroaktywne orzecznictwo wydaje się zresztą uderzająco niesprawiedliwe również z innych względów. Przed dniem 3 sierpnia 2008 r. właściciel nieruchomości nie dysponował żadnym skutecznym środkiem przeciwko przedsiębiorcy o uregulowanie sytuacji prawnej urządzeń przesyłowych znajdujących się na jego gruncie[94]. Środkami takimi, mającymi charakter publicznoprawny, dysponował jedynie przedsiębiorca[95]. Skarga negatoryjna byłaby najczęściej skazana na niepowodzenie – jej uwzględnienie prowadziłoby do odcięcia od dostępu do mediów węższego bądź szerszego zakresu mieszkańców danego terenu, co czyniłoby ją najczęściej sprzeczną z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.)[96]. Dostęp do mediów traciłby zresztą również właściciel nieruchomości[97]. Na skutek retroaktywnego stosowania prawa powstała więc urągająca poczuciu sprawiedliwości sytuacja, w której określona kategoria podmiotów najpierw nie ma praktycznie żadnej możliwości ochrony swoich praw, a kiedy ta możliwość się pojawia, natychmiast swe prawa traci. Naruszenie elementarnego poczucia sprawiedliwości pogłębia się, gdy przyjmie się do wiadomości, że przedsiębiorcy przesyłowi, zajmując cudze grunty pod urządzenia przesyłowe, niemal zawsze działali bezprawnie[98]. Co więcej, prawdopodobnie niemal zawsze pozostawali w złej wierze, a więc byli świadomi bezprawnego charakteru swoich działań[99]; byli również świadomi istnienia instrumentów administracyjnoprawnych, które dawałyby im możliwość ingerencji w cudze grunty (co jednak wymagałoby przeprowadzenia stosownej procedury i mogłoby się wiązać z powstaniem obowiązku odszkodowawczego).

92 Problem zdaje się dostrzegać G. Matusik, *Własność*…, s. 92 i n.

93 Zob. np. sprawozdanie Zarządu z działalności Grupy Kapitałowej ENEA w roku 2016 (dostępne: www.ir.enea.pl/pliki), wykazujące zysk netto w wysokości 849 mln zł. Zarówno ten, jak i inni przedsiębiorcy działający na rynku dystrybucji mediów osiągali zwykle znaczne zyski w ostatnich latach.

94 Co trafnie podnosi sam Sąd Najwyższy: postanowienie SN z dnia 23 października 2013 r., IV CSK 30/13, LEX nr 1389012; uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 8 kwietnia 2014 r., III CZP 87/13, OSNC 2014, nr 7–8, poz. 68. W nauce np. M. Zalewski, *Wykonywanie praw do urządzeń przesyłowych (art. 49 k.c.)*, „Przegląd Sądowy" 2009, z. 5, s. 12.

95 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 134. Okoliczność tę dostrzega również orzecznictwo: wyrok SN z dnia 9 marca 2007 r., II CSK 457/06, LEX nr 339717; wyrok SN z dnia 9 stycznia 2008 r., II CSK 432/07, LEX nr 365049.

96 Zob.: wyrok SN z dnia 19 maja 2004 r., III CK 496/02, LEX nr 152776; wyrok SN z dnia 17 czerwca 2005 r., III CK 685/04, LEX nr 277065; uchwała SN z dnia 21 stycznia 2011 r., III CZP 124/10, OSNC 2011, nr 9, poz. 99; postanowienie SN z dnia 13 października 2011 r., V CSK 502/10, LEX na 1096048; postanowienie SN z dnia 24 maja 2013 r., V CSK 287/12, OSNC 2014, nr 2, poz. 20; postanowienie SN z dnia 23 października 2013 r., IV CSK 30/13, LEX nr 1389012; uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 8 kwietnia 2014 r., III CZP 87/13, OSNC 2014, nr 7–8, poz. 68. Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 134.

97 Zob. zwłaszcza postanowienie SN z dnia 23 października 2013 r., IV CSK 30/13, LEX nr 1389012.

98 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 143.

99 Zestawienie literatury tamże, s. 143.

Z perspektywy pytania o sprawiedliwość retroakcji można by jeszcze próbować odwoływać się do faktu, że koszty budowy urządzeń przesyłowych ponieśli przedsiębiorcy[100]. Retroakcja zabezpieczałaby ich przed roszczeniami właścicieli nieruchomości, którzy niejednokrotnie sami z tych urządzeń korzystają. Byłoby bowiem (rzekomo) niesprawiedliwe, gdyby podmioty, które poniosły koszty budowy urządzeń przesyłowych, musiały spełniać dodatkowe świadczenia na rzecz właścicieli nieruchomości. Wypada wszakże zauważyć, że przedsiębiorcy nie budowali tych urządzeń z altruizmu (który skądinąd i tak nie dawałby uzasadnienia dla ingerencji w cudze prawo własności), lecz po to, aby osiągać zysk. Argument miałby pewną siłę jedynie w sytuacji, gdyby cały zysk takich przedsiębiorców musiał być przeznaczany na cele użyteczności publicznej, a tak przecież nie jest.

Sprawiedliwość nie jest wszakże jedyną wartością, którą chroni zasada *lex retro non agit*. W prawie prywatnym zabezpiecza ona także autonomię woli podmiotów prawa oraz bezpieczeństwo obrotu[101]. Na podmioty nałożono retroaktywnym orzecznictwem obowiązki, z których istnienia i treści w chwili ich powstania nie można było w żadnej mierze zdawać sobie sprawy. Nie sposób przecież respektować praw, o których istnieniu nie można mieć było pojęcia. Podważa to sens zasady *ingorantia iuris nocet* („szkodziłaby" nawet dobra znajomość prawa)[102]. Obowiązki takie ciążyłyby zresztą nie tylko na właścicielach nieruchomości obciążonych służebnością przesyłu, lecz także na wszelkich podmiotach zobowiązanych do zaniechania ingerencji w cudze prawa bezwzględne. Trudno też mówić o bezpieczeństwie obrotu w sytuacji, gdy podmioty, podejmując określone działania na gruncie obowiązującego prawa (choćby takie jak zakup nieruchomości), stawiane są przed decyzją prawodawcy, który z mocą wsteczną, nie dając im jakiejkolwiek możliwości reakcji, nakłada na nie określone obowiązki, podważając czy wręcz przekreślając ekonomiczny sens tych działań[103]. Natychmiast rodziłoby to pytanie o możliwość uchylenia się (na takiej lub innej podstawie prawnej) od wcześniej dokonanych czynności. Naruszenie pewności obrotu byłoby przy tym szczególnie jaskrawe w przypadku możliwości nabycia nieznanego ustawie ograniczonego prawa rzeczowego, zwłaszcza w drodze zasiedzenia w czasie, w którym to prawo jeszcze nie istniało (ewentualnie z chwilą wejścia w życie przepisów konstruujących służebność przesyłu). Oto bowiem właściciel nieruchomości zostaje w swym prawie ograniczony od chwili poprzedzającej wejście w życie przepisów kreujących dane ograniczone prawo rzeczowe, nie wiedząc (i nie mogąc wiedzieć) w chwili wystąpienia skutku prawnego, że skutek taki w ogóle wystąpił. Nie mógłby on bronić swego prawa nawet w okresie *vacatio legis* ustawy, bo nie mógł przewidzieć retroaktywnego orzecznictwa, które *contra legem* rozwinęło się później. Retroakcja byłaby więc jakąś postacią (niepełnej, bo dotyczącej tylko ograniczenia prawa) ekspropriacji. Właściciel taki mógłby natomiast przenosić własność nieruchomości, nie wiedząc o ograniczeniu swego prawa, a inny podmiot nabywać własność, również nie wiedząc (i nie mogąc wiedzieć) o powstałym ograniczeniu – rzutującym niejednokrotnie w znacznym stopniu na ekonomiczną wartość nieruchomości.

Podsumowując, cele społeczne mające uzasadniać retroakcję (skądinąd rzadko otwarcie wskazywane) albo okazują się wątpliwe, albo dalece mniej istotne czy ważne od innych celów czy wartości, które zakaz retroakcji chroni, a które ugruntowana linia orzecznicza podważa czy wręcz niszczy.

4.3. Retroaktywność orzecznictwa dotyczącego zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej

1. Czas przejść do problemów związanych z wejściem w życie art. 446 § 4 k.c. (zadośćuczynienie za śmierć osoby najbliższej). Analizy poświęcone temu zagadnieniu będą znacznie mniej obszerne niż te dotyczące służebności przesyłu, dotyczą bowiem w znacznej mierze kwestii powszechnie znanych i niespornych.

Przepisem intertemporalnym, który wprowadził do kodeksu cywilnego art. 446 § 4, był art. 5 (w zw. z art. 1 pkt 3) ustawy nowelizującej. Zgodnie z tym przepisem do stosunków prawnych powstałych przed wejściem w życie owego kodeksu stosuje się prawo dotychczasowe (chyba że przepisy szczególne stano-

100 Zob. zestawienie literatury, tamże, s. 142.

101 Szerzej o tych celach czy wartościach tamże, s. 52 i n. i podana tam literatura.

102 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 134.

103 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 98.

wią inaczej). Zgodnie z art. 5 wskazanej wyżej ustawy nowelizacja art. 446 § 4 k.c. wchodzi w życie miesiąc od dnia ogłoszenia. Ponieważ ustawa została opublikowana 2 lipca 2008 r., nowela weszła w życie od 3 sierpnia 2008 r. Należy więc przyjąć, że art. 446 § 4 k.c. znajduje zastosowanie od 3 sierpnia 2008 r. Zaprezentowane rozwiązanie jest zgodne z jednolitą w zasadzie linią orzeczniczą sądów powszechnych i Sądu Najwyższego[104], jak i z poglądami nauki[105], gdzie zgodnie podkreśla się niedopuszczalność stosowania art. 446 § 4 k.c. z mocą wsteczną. Czytelnik może więc ponownie zadać pytanie: skąd w takim razie teza o retroaktywnym stosowaniu prawa? Otóż podobnie jak to miało miejsce w przypadku orzecznictwa dotyczącego służebności przesyłu, nie można poprzestać na samych deklaracjach o braku retroaktywnego charakteru art. 446 § 4 k.c., lecz zbadać, czy rzeczywiście charakter taki nie jest mu przez orzecznictwo nadawany.

Orzecznictwo uczyniło bardzo wątpliwe cele politycznoprawne uzasadnieniem dla łamania podstawowych zasad kultury prawnej.

2. Przez dziesięciolecia sprawą niemal całkowicie bezsporną w nauce i całkowicie niesporną w orzecznictwie było to, że w przypadku śmierci osoby najbliższej roszczenia innych podmiotów (w uproszczeniu – członków rodziny zmarłego) ograniczone są do roszczeń konstruowanych w art. 446 § 1–3 k.c. W konsekwencji nie uznawano istnienia roszczenia o zadośćuczynienie pieniężne z powodu śmierci osoby najbliższej, mającego kompensować krzywdę stanowiącą konsekwencję naruszenia jakkolwiek nazywanego dobra osobistego[106]. Cieniem takiego roszczenia był natomiast art. 446 § 3 k.c., zwłaszcza przy przyjęciu jego szerszej, dominującej z biegiem lat interpretacji[107]. Należy jednak podkreślić rzecz przynajmniej dawniej niesporną, mianowicie to, że nawet szeroko interpretowany art. 446 § 3 k.c. stanowił podstawę zasadniczo różnych roszczeń od tych, które mają kompensować roszczenia dziś akceptowane na gruncie czy to art. 446 § 4 k.c., czy to art. 23 w zw. z art. 448 k.c. (o czym niżej)[108]. Pomijając mniej istotne różnice, roszczenie to miało wyrównywać nawet nieuchwytne, lecz jednak uszczerbki majątkowe, a nie niemajątkową z natury krzywdę – której zakres mógł wpłynąć jedynie pośrednio na wysokość szkody majątkowej. W konsekwencji nie mógł dochodzić na podstawie tego przepisu roszczeń ten, kogo najszerzej rozumiany ból czy poczucie straty związane ze śmiercią osoby najbliższej nie przekładały się na majątkowo pojmowane pogorszenie sytuacji życiowej. Istotną dla praktyki różnicą było natomiast to, że roszczenie z art. 446 § 3 k.c. miało być roszczeniem „stosownym", co przekładało się na zasądzanie sum wielokrotnie niższych od

104 Zestawienie orzecznictwa do końca 2013 r. K. Mularski, *Prawo…*, s. 108. Później zob. np. wyrok SN z dnia 18 stycznia 2016 r., VI ACa 1826/14, Lex nr 2024151; wyrok SA w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2014 r., I ACa 321/14, Lex 1544949; wyrok SA w Katowicach z dnia 18 marca 2015 r., I ACa 1042/14, Lex nr 166747; wyrok SA w Gdańsku z dnia 19 kwietnia 2016 r., I ACa 619/14, Lex nr 2265661.

105 Zestawienie literatury zob. K. Mularski, *Prawo…*, s. 108.

106 Co zauważa się ostatnio, podając stosowne orzecznictwo, zob. np.: wyrok SA w Warszawie z dnia 29 stycznia 2016 r., I ACa 618/15, Lex nr 2017666; wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 lutego 2016 r., I ACa 943/15, Lex nr 2002785.

107 Zestawienie orzecznictwa K. Mularski, *Prawo…*, s. 109. Zarys historii orzecznictwa przedstawia ostatnio również wyrok SN z dnia 17 kwietnia 2015 r., III CSK 173/14, Legalis.

108 Nieprawdą jest więc teza, jakoby przepis ten był tytułem roszczeń o zadośćuczynienie pieniężne, tezę taką zawierał jednak wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2014 r., V CSK 320/18, Lex nr 1463645.

przyznawanych po wejściu w życie art. 446 § 4 k.c.[109] Zdecydowanie nietrafne są więc poglądy, wypowiadane incydentalnie po wejściu w życie art. 446 § 4 k.c., jakoby art. 446 § 3 k.c. „pozwalał w istocie osiągnąć cele zadośćuczynienia pieniężnego"[110]. Stan prawny w zakresie roszczeń przysługujących (a właściwie w kontekście zadośćuczynienia – nieprzysługujących) najbliższym zmarłego był więc ustalony; należy podkreślić, że nie zachodziła niejednokrotnie spotykana sytuacja, w której poglądy nauki odnośnie danego zagadnienia były rozbieżne, a orzecznictwo niejednolite czy chwiejne.

3. Mniej więcej z chwilą wejścia w życie art. 446 § 4 k.c. orzecznictwo „odkryło" wszakże na podstawie otwartego katalogu z art. 23 k.c. w zw. z art. 448 k.c. nowe, bardzo różnie nazywane (m.in. „prawem do życia w pełnej rodzinie", „więzią z najbliższymi członkami rodziny", „więzami rodzinnymi")[111] dobro osobiste, uznając, że roszczeń z tytułu jego naruszenia można dochodzić również wtedy, gdy do śmierci osoby najbliższej doszło przed dniem 3 sierpnia 2008 r. Orzecznictwo przyjmujące taką wykładnię utrwaliło się na przestrzeni niemal dziesięciu lat i w chwili obecnej można bez najmniejszego nawet ryzyka błędu przyjąć, że jest jednolite i wyznacza niepodważalny dla praktyki (co nie oznacza, że również dla nauki) sposób rozumienia powołanych wyżej przepisów w interesującym z punktu widzenia opracowania kontekście. Ta jednolitość i ugruntowanie są zresztą podkreślane w każdym dosłownie orzeczeniu dotyczącym problematyki zadośćuczynienia za śmierć osób najbliższych, która nastąpiła przed dniem wejścia w życie art. 446 § 4 k.c. Do powyższego należy dla porządku dodać, że ponieważ termin przedawnienia roszczeń deliktowych spowodowanych zbrodnią lub występkiem (a spowodowanie śmierci osoby fizycznej niemal zawsze przybiera postać zbrodni lub występku) wynosi 20 lat (art. 442^1 § 2 k.c.), owo odkryte dobro stało się podstawą dochodzenia roszczeń za zdarzenia mające miejsce w okresie 20 lat przed chwilą wejścia w życie art. 446 § 4 k.c. Termin ten w praktyce niejednokrotnie ulega zresztą wydłużeniu, a to wobec dość powszechnego uznawania zarzutu przedawnienia za sprzeczny z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.)[112]. W pierwszej kolejności należy więc zbadać, czy istniała odpowiednia podstawa prawna dla dokonania takiego „odkrycia".

Próbując syntetyzować argumentację orzecznictwa; aprobowaną, w przeciwieństwie do retroaktywnego stosowania przepisów o służebności przesyłu, przez większość nauki, należy na wstępie stwierdzić, że z art. 23 k.c. wynika kompetencja sądów do uzupełnienia otwartego katalogu dóbr osobistych („odkrywania" nowych dóbr osobistych). Ocena praworządności owego odkrywania zależy przede wszystkim od możliwości wylegitymowania nowego dobra osobistego w aksjologii przypisywanej prawodawcy oraz od istnienia możliwie powszechnych przekonań społecznych co do akceptacji danej wartości jako dobra osobistego. Tymczasem akceptacja „więzi rodzinnych" jako dobra osobistego znajduje zarówno bardzo silne uzasadnienie w aksjologii przypisywanej prawodawcy, który m.in. chroni w wielu różnych przepisach, i to w przepisach rangi konstytucyjnej[113], zarówno rodzinę jako taką, jak i życie jej członków. Dobro to znajduje również akceptację w dominujących ocenach społecznych[114]. Brak akceptacji takiego dobra prowadziłby do niespójności aksjologicznej w systemie; bezsporna jest zwłaszcza ochrona kultu pamięci po najbliższych osobach zmarłych – więź z osobami żywymi tym bardziej zasługuje na ochronę. Jest to też dobro istotniejsze od przynajmniej kilku wskazanych przez ustawodawcę w art. 23 k.c. (np. nietykalności mieszkania czy tajemnicy korespondencji).

109 Są to sprawy powszechnie znane, co zwalnia z cytowania bardzo obszernej literatury i orzecznictwa.

110 Zob. np. wyrok SA w Krakowie z dnia 30 grudnia 2016 r., I ACa 1020/16, Lex nr 2250196, podobnie wyrok SA w Gdańsku z dnia 19 kwietnia 2016 r., I ACa 619/14, Lex nr 2265661; wyrok SA w Warszawie z dnia 29 kwietnia 2016 r., I ACa 1005/15, Lex nr 2075686.

111 Co do nazewnictwa zob. szerzej K. Mularski, *Prawo*…, s. 114 i n., i powołane tam literatura i orzecznictwo.

112 Orzecznictwo w tym zakresie przytoczył ostatnio wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2016 r., II CSK 719/15, OSNC 2017/5, poz. 60.

113 Co do tego aspektu niedawny wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2016 r., II CSK 719/15, OSNC 2017/5, poz. 60.

114 Możliwie kompletne zestawienie orzecznictwa K. Mularski, *Prawo*…, s. 111.

Przeciwko akceptacji „więzi rodzinnych" jako dobra osobistego wysuwano od dawna także szereg poważnych zastrzeżeń (problem ograniczenia roszczeń tzw. pośrednio poszkodowanych i zamknięty katalog roszczeń związanych ze śmiercią osoby fizycznej). Nie miejsce tu oczywiście na ich wnikliwe rozważanie. Można jednak z pełną dozą przekonania stwierdzić, iż sprawa była raczej kwestią wyważenia argumentów „za" i „przeciw", która wypadała bardzo różnie w zależności od szeregu założeń przyjmowanych przez podmioty argumentujące. Nie sposób jednak zaprzeczyć, że można było bronić tezy o istnieniu takiego dobra osobistego – można je było uznać za w tym czy w innym sensie obowiązujące.

4. Problem jednak w tym, że jak już wyżej powiedziano, mniej więcej do chwili wejścia w życie art. 446 § 4 k.c. nikt takiego dobra osobistego nie uznawał. Przepis ten został zresztą ustanowiony właśnie po to, aby umożliwić najbliższym zmarłego dochodzenie zadośćuczynienia[115]. Sądy zaczęły więc wiązać konsekwencje prawne ze zdarzeniami, z którymi takie konsekwencje przed chwilą wejścia w życie art. 446 § 4 k.c. nie były wiązane. Trafnie mówi się tu więc o „nagłej wolcie"[116]. Należy najdobitniej podkreślić, że sytuacja ta różni się fundamentalnie od wcześniej „odkrywanych" dóbr osobistych. Ta fundamentalna różnica polega zaś na tym, że przed chwilą wejścia w życie art. 446 § 4 k.c. konsekwentnie i jednolicie negowano istnienie dobra osobistego „więzi rodzinnych" i równie jednolicie i konsekwentnie odmawiano przyznawania z tego tytułu zadośćuczynień pieniężnych. W przypadku wcześniejszych „odkryć" (np. kultu pamięci po najbliższych osobach zmarłych) przeciwnie, nauka albo na ich temat milczała, albo do ewentualnej akceptacji w orzecznictwie odnosiła się z aprobującą zachętą. Samo orzecznictwo przyznaje zresztą niekiedy, że przed chwilą wejścia w życie art. 446 § 4 k.c. zadośćuczynienia pieniężne „nie były przedmiotem roszczeń dochodzonych przed sądami powszechnymi"[117]. Po raz pierwszy roszczenia takie zostały uwzględnione, i to w nieznanym początkowo szerzej wyroku sądu powszechnego, w 2005 r.[118], a po raz drugi w 2007 r.[119], a więc na krótko przed wejściem w życie art. 446 § 4 k.c. Podobnie zresztą jak w przypadku służebności przesyłu – zdarza się niekiedy sądom, dla uzasadnienia tezy, że orzecznictwo takie wykształciło się już wcześniej, powoływać judykaty niemające z badanym problemem żadnego związku[120]. Za kluczowe orzeczenie w tej kwestii zgodnie uznaje się uchwałę SN z dnia 22 października 2010 r., III CZP 76/10, powoływaną w dziesiątkach późniejszych judykatów[121], jakkolwiek Sąd Najwyższy po raz pierwszy dopuścił możliwość przyznania zadośćuczynienia już kilka miesięcy wcześniej[122]. Mniej więcej od jej publikacji można więc mówić o upowszechnieniu wiedzy o owym „odkryciu". Niekiedy skądinąd w orzecz-

115 Zob. uzasadnienie ustawy nowelizującej, druk sejmowy Sejmu VI kadencji nr 81.

116 Tak trafnie J. Pokrzywniak, *Refleksje wokół zmiany orzecznictwa w odniesieniu do zadośćuczynienia za śmierć lub poważny uszczerbek na zdrowiu najbliższego członka rodziny*, w druku. Tam też dokładniejszy opis historii orzecznictwa. Co do tego problemu zob. także wnikliwie E. Bagińska, *Dopuszczalność dochodzenia przez osoby bliskie zadośćuczynienia w związku z doznaniem poważnej szkody na osobie przez bezpośrednio poszkodowanego*, „Iustitia" 2016, nr 2, *passim*.

117 Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 4 listopada 2016 r., I ACa 1792/15, Lex nr 2179365 (zwracając uwagę na rozszerzającą wykładnię art. 446 § 3 k.c.). Podobnie np. wyrok SA w Warszawie z dnia 29 stycznia 2016 r., I ACa 618/15, Lex nr 2017666.

118 Wyrok SA. w Gdańsku z dnia 23 września 2005 r., I ACa 554/05, Legalis.

119 Zob. wyrok SA w Gdańsku z dnia 14 grudnia 2007 r., I ACa 1137/07, Legalis.

120 Np. wyrok SA w Łodzi z dnia 9 maja 2014 r., I ACa 1452/13, Lex nr 1474370 i wyrok SA w Łodzi z dnia 7 sierpnia 2014 r., I ACa 212/14, Lex nr 1506246, gdzie powołuje się wyrok SN z dnia 11 kwietnia 2006 r., I CSK 159/05, dotyczący kwestii „wizerunku celebrytów".

121 Tak np.: wyrok SA w Rzeszowie z dnia 25 września 2014 r., I ACa 239/14, Lex nr 1665845; wyrok SA w Katowicach z dnia 3 grudnia 2015 r., I ACa 706/15, Lex nr 1963858; wyrok SA w Łodzi z dnia 27 stycznia 2016 r., I ACa 1093/15, Lex nr 2000510; wyrok SA w Gdańsku z dnia 19 kwietnia 2016 r., I ACa 619/14, Lex nr 2265661. Podobnie w orzecznictwie SN zob. np. wyrok SN z dnia 4 lipca 2014 r., II CSK 621/13, Lex nr 1491132; wyrok SN z dnia 7 sierpnia 2014 r., II CSK 552/13, Lex nr 1504553.

122 Zob. wyrok SN z dnia 14 stycznia 2010 r., IV CSK 307/09, OSP 2011/10, poz. 11.

nictwie uczciwie się to zauważa, pisząc o „zmianie linii orzeczniczej”[123].

Nie jest więc tak, jakoby wprowadzenie art. 446 § 4 k.c. było jedynie „potwierdzeniem i ułatwieniem” dochodzenia zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej[124] i w konsekwencji, aby jego retroaktywne stosowanie (nazywane stosowaniem art. 23 k.c. w zw. z art. 448 k.c.) było usprawiedliwione w dawnym orzecznictwie. Nie jest też tak, aby powoływanie tego faktu było „ograniczaniem możliwości dochodzenia roszczeń przez pokrzywdzonych”[125]; trudno „ograniczać” bowiem coś, czego w ogóle nie było. Jawnym już nadużyciem są natomiast tezy, jakoby istnienie takiego dobra osobistego było dawniej „oczywiste” i właśnie owa rzekoma oczywistość stanowiła powód niezamieszczenia go w katalogu z art. 23 k.c.[126]

5. Refleksji wymaga jeszcze pytanie, czy rożnie nazywane dobro osobiste „odkryte” na gruncie art. 23 k.c. w zw. z art. 448 k.c. jest tożsame z dobrem osobistym z art. 446 § 4 k.c. Ramy niniejszego szkicu każą po raz kolejny syntetyzować wypowiadane w tej mierze poglądy. O ile w nauce pojawiają się lepiej lub gorzej uzasadnione tezy o mniejszych bądź większych różnicach między tymi dobrami, o tyle dla orzecznictwa są one przynajmniej co do istoty tożsame. Uznaje się bowiem *expressis verbis*, że dobro dawniej chronione na gruncie art. 23 k.c. w zw. z art. 448 k.c. uzyskało z jednej strony „wyraźną podstawę prawną”[127], z drugiej, że dochodzenie ochrony tego dobra zostało ułatwione i ograniczone do kręgu podmiotów wskazanych w tym przepisie[128]. Ustanowienie art. 446 § 4 k.c. bywa też interpretowane jako sygnał ustawodawcy co do wysokości przyznawanych zadośćuczynień pieniężnych z tytułu naruszenia dobra osobistego[129]. Wprost stwierdza się wreszcie, że art. 446 § 4 k.c. „nie kreuje nowego dobra osobistego”[130] oraz że zadośćuczynienia przyznawane na gruncie obu przepisów są „rodza-

123 Zob. np. wyrok SA w Warszawie z dnia 22 grudnia 2015 r., I ACa 475/15, Lex nr 1974108. Zob. także wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 marca 2015 r., I ACa 954/14, Lex nr 1771490.

124 W orzecznictwie wielokrotnie wypowiedziano pogląd, iż wprowadzenie art. 446 § 4 k.c. „potwierdza i ułatwia” dochodzenie roszczeń przez bliskich zmarłego; przy czym pogląd ten stawał się argumentem za stosowaniem art. 448 k.c. w tym sensie, że służył odparciu tezy, jakoby do chwili wejścia w życie tego przepisu przyznawanie zadośćuczynienia za śmierć osoby bliskiej nie było możliwe. Zob. zwłaszcza: wyrok SN z dnia 10 listopada 2010 r., II CSK 248/10, Legalis; wyrok SN z dnia 4 lipca 2014 r., II CSK 621/13, Lex nr 1491132. Zob. także: wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2012 r., I ACa 281/12, Legalis; wyrok SA w Krakowie z dnia 6 września 2012 r., I ACa 739/12, Legalis; wyrok SA w Poznaniu z dnia 27 lutego 2013 r., I ACa 65/13, Lex Nr 1313382; wyrok SA w Poznaniu z dnia 12września 2013 r., I ACa 618/13, Legalis. Odmiennie, trafnie wyrok SA w Szczecinie z dnia 27 marca 2013 r., I ACa 845/12, Legalis. O potwierdzeniu dopuszczalności dochodzenia ochrony: wyrok SA w Gdańsku z dnia 9 października 2014 r., I ACa 377/14, Lex nr 1668579; wyrok SA w Warszawie z dnia 22 grudnia 2015 r., I ACa 475/15, Lex nr 1974108.

125 Tak np. wyrok SA w Łodzi z dnia 27 stycznia 2016 r., I ACa 1093/15, Lex nr 2000510. Por. także np. wyrok SA w Warszawie z dnia 22 stycznia 2014 r., VI ACa 850/13, Lex nr 1448657.

126 Tak wyrok SA w Warszawie z dnia 4 listopada 2016 r., I ACa 1792/15, Lex nr 2179365. W wyroku SA w Warszawie z dnia 19 września 2014 r., I ACa 266/14, Lex nr 1537480, stwierdzono natomiast, że konieczność uwzględnienia więzi rodzinnych w otwartym katalogu art. 23 k.c. „nie ulega wątpliwości”.

127 Ostatnio np.: wyrok SN z dnia 4 lipca 2014 r., II CSK 621/13, Lex nr 1491132; wyrok SA w Warszawie z dnia 19 września 2014 r., I ACa 266/15, Lex 1537480; wyrok SA w Gdańsku z dnia 9 października 2014 r., I ACa 377/14, Lex nr 1668579.

128 Jedynie z ostatniego orzecznictwa zob. np.: wyrok SN z dnia 18 stycznia 2016 r., VI ACa 1826/14, Lex nr 2024151; wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2016 r., II CSK 719/15, OSNC 2017/5, poz. 60; postanowienie SN z dnia 21 kwietnia 2017 r., I CSK 472/16, Lex nr 2305912; wyrok SN z dnia 7 lipca 2017 r., V CSK 609/16, Lex nr 2332331; z orzecznictwa sądów powszechnych: wyrok SA w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2014 r., I ACa 321/14, Lex 1544949; wyrok SA w Warszawie z dnia 14 października 2014 r., I ACa 475/14, Lex nr 1537487; wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 marca 2015 r., I ACa 954/14, Lex nr 1771490; wyrok SA w Warszawie z dnia 29 stycznia 2016 r., I ACa 618/15, Lex nr 2017666; wyrok SA w Katowicach z dnia 13 kwietnia 2016 r., I ACa 1159/15, Lex nr 2061845; wyrok SA w Warszawie z dnia 29 kwietnia 2016 r., I ACa 1005/15, Lex nr 2075686; wyrok SA w Warszawie z dnia 4 listopada 2016 r., I ACa 1792/15, Lex nr 2179365.

129 Tak ostatnio np. wyrok SA w Krakowie z dnia 6 maja 2016 r., I ACa 80/16, Lex nr 2071294.

130 Np. wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 marca 2015 r., I ACa 954/14, Lex nr 1771490.

jowo tożsame”[131]. Przy wnikliwszej jednak analizie okazuje się, że teza o ułatwieniu dochodzenia roszczeń jest raczej nietrafna (powód w obu przypadkach musi wykazać zaistnienie takich samych przesłanek; co najwyżej na gruncie art. 446 § 4 k.c. domniemywa się istnienie silnych więzi między najbliższymi członkami rodziny, w przypadku art. 23 k.c. w zw. z art. 448 k.c. domniemanie to przybierało postać domniemania faktycznego). Podobnie nie znajduje potwierdzenie teza o ograniczeniu kręgu podmiotowego, a to wobec szerokiego rozumienia „rodziny” z art. 446 § 4 k.c. (obejmującej zwłaszcza konkubentów, choć także np. narzeczonych czy dzieci poczęte). Przesłanki określające wysokość doznanej krzywdy (a w konsekwencji wysokość należnego zadośćuczynienia pieniężnego), definiujące w pośredni sposób dobro osobiste, są w obu przypadkach również tożsame. Bardzo podobne są też sumy przyznawanych zadośćuczynień (jakkolwiek niekiedy w kontekście art. 23 w zw. z art. 448 k.c. podkreśla się „łagodzącą rolę czasu”; nie jest to jednak stanowisko dominujące). Mimo więc powyższych deklaracji (czy może po raz kolejny „masek”), mających zapewne oddalić zarzut, że art. 446 § 4 k.c. był jedynie superfluum ustawowym (skoro „więź z osobami najbliższymi” już wcześniej istniała jako dobro osobiste), chodzi ostatecznie o to samo dobro osobiste.

Podsumowując powyższe, uznać należy za sprawę drugorzędną to, czy zarzut retroaktywności odniesiony zostanie do art. 446 § 4 k.c., czy też do art. 448 k.c. w zw. z art. 23 k.c. Ponieważ jednak dobro „odkryte” na gruncie art. 23 k.c. w zw. z art. 448 k.c. ma w zasadzie taką samą treść (a chyba nawet dokładnie tę samą treść) jak dobro z art. 446 § 4 k.c., można wyrazić pogląd, że powoływanie się w judykatach na art. 448 k.c. w zw. z art. 23 k.c. stanowi kolejną już zasłonę czy maskę, mające ukryć ich retroaktywny charakter[132].

Retroaktywne stosowanie przepisów o zadośćuczynieniu za śmierć osoby najbliższej oznacza odkrycie z mocą wsteczną nowego dobra osobistego, którego istnienia nikt wcześniej nie uznawał.

6. Podobnie jak w przypadku refleksji nad służebnością przesyłu, należy zadać pytanie, czy nieprawoządna retroakcja znajduje uzasadnienie w skutkach społecznych lub wartościach, których realizację umożliwiła. Uzasadnieniem bowiem dla retroaktywnego stosowania art. 446 § 4 k.c. (ubranego w maskę art. 23 k.c. w zw. z art. 448 k.c.) jest bowiem argument ze sprawiedliwości (rozdzielczej). Rzeczą niedopuszczalną byłoby mianowicie różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów, które obiektywnie doznały takich samych szkód (krzywd) w zależności jedynie od przypadkowej w gruncie rzeczy okoliczności, tj. chwili śmierci osoby najbliższej[133]. Argument ten przemawia do wyobraź-

131 Tak wyrok SA w Krakowie z dnia 20 lutego 2014 r., I ACa 1586/13, Lex nr 1563512.

132 Najdobitniej ostatnio tezę o retroaktywności orzecznictwa wyraził J. Pokrzywniak, *Refleksje…*, w druku.

133 Zob. zwłaszcza wyrok SN z dnia 14 stycznia 2010 r., IV CSK 307/09, OSP 2011/10, poz. 11. Ostatnio najdobitniej wyrok SA w Łodzi z dnia 8 maja 2015 r., I ACa 1668/14, Lex nr 1746844 („Brak jest moralnej podstawy pozbawiającej osoby najbliższej zmarłego do dochodzenia zadośćuczynienia tylko dlatego, że śmierć bezpośrednio poszkodowanego nastąpiła przed dniem wejścia w życie art. 446 § 4 k.c.”). Podobnie np. wyrok SA w Łodzi z dnia 9 stycznia 2014 r., I ACa 459/13, OSA 2014/3, s. 54 i n. Argument „ze sprawiedliwości rozdzielczej”

ni zwłaszcza w zestawieniu sytuacji np. matki, która utraciła swe dziecko w wypadku komunikacyjnym w dniu 3 sierpnia 2008 r. – i może dochodzić zadośćuczynienia na podstawie art. 446 § 4 k.c. – oraz matki, której dziecko zginęło dzień wcześniej. Trudno zaprzeczyć, że ból, poczucie straty, osamotnienia, utrata poczucia sensu życia *etc.* odczuwane przez matkę, której dziecko zginęło w wypadku komunikacyjnym w dniu 3 sierpnia 2008 r., są czy były w społecznym odczuciu dokładnie takie same jak ból, poczucie straty, osamotnienia, utrata poczucia sensu życia *etc.* odczuwane przez matkę, której dziecko zginęło w wypadku komunikacyjnym dzień wcześniej. Cel ten wydaje się więc *prima facie* zrealizowany. Czy jednak na pewno?

Podniesienia wymagają przynajmniej dwie kwestie: sytuacja prawna podmiotów, których roszczenia były rozstrzygane przed nagłą zmianą wykładni (a właściwie przed wejściem w życie art. 446 § 4 k.c., którego retroaktywne stosowanie maskowano zmianą wykładni art. 23 k.c. w zw. z art. 448 k.c.) oraz konsekwencje przyjęcia sprawiedliwości jako najważniejszej (przełamującej wszystkie inne) dyrektywy wykładni.

Co do pierwszej sprawy, należy przypomnieć, że roszczenia osób dotkniętych śmiercią najbliższych były przed chwilą wejścia w życie art. 446 § 4 k.c. konsekwentnie oddalane. Stawia to pod poważnym znakiem zapytania realizację sprawiedliwości rozdzielczej przez orzecznictwo. Ponownie weźmy wcześniej powołany modelowy przykład i zauważmy, że roszczenie matki, której dziecko zginęło w wypadku komunikacyjnym np. w 2005 r., wytoczone w tym samym roku, zostałoby prawomocnie oddalone, natomiast roszczenie matki, której dziecko zginęło w wypadku komunikacyjnym w tym dniu, a która zwlekała z jego wytoczeniem np. do 2009 r. – zostałoby uwzględnione. Innymi słowy, roszczenia podnoszone na gruncie takich samych stanów faktycznych, z którymi występowano przed nagłą zmianą orzecznictwa spowodowanego wejściem w życie art. 446 § 4 k.c., a więc zwykle w sytuacji bardziej traumatycznej, bo bliższej śmierci osoby najbliższej, nie były uwzględniane, natomiast roszczenia podniesione po tej zmianie, niekiedy po wielu latach, uwzględniane już były.

Jeszcze poważniejsze wątpliwości budzi druga z sygnalizowanych wcześniej kwestii. Być może dążenie do zapewnienia sprawiedliwości niekiedy usprawiedliwia (*nomen omen*) łamanie innych dyrektyw wykładni; być może „dążenie do zapewnienia sprawiedliwości" jest wręcz jakąś naczelną dyrektywą wykładni, przełamującą wszystkie inne. W moim przekonaniu należałoby jednak taką dyrektywę otwarcie (by nie powiedzieć: uczciwie) sformułować – zamiast maskować retroakcję tezą o „odkrywaniu" jakichś nieznanych (a właściwie znanych, lecz jednolicie odrzucanych) dóbr osobistych. Jeśli sformułowaniu takiemu nie będą towarzyszyć daleko idące ograniczenia, tj. jeśli nie określi się, kiedy wystarczającą legitymacją dla praworządności danego orzeczenia jest jego sprawiedliwość (co dokładnie rozumie się pod „sprawiedliwością", też wymagałoby skądinąd wytłumaczenia), pojawia się ryzyko, że cała właściwie kultura prawna stanie się jedynie ozdobnikiem. Pozbawionym społecznego znaczenia zbiorem m.in. dyrektyw wykładni, do których odwołanie się byłoby czymś w gruncie rzeczy zupełnie dowolnym czy może: odwołanie się do której mogłoby przybierać formę czysto deklaratywną; za deklaracją ukryta byłaby zaś realizacja jakichś innych, nawet szlachetnych celów. Mgliście jawić się też wtedy będzie rola stanowienia prawa, skoro niezależnie od jego treści obowiązkiem sądów będzie wydawanie wyroków sprawiedliwych. Sądownictwo nie podjęło tymczasem jakichkolwiek prób ustosunkowania się do tych kwestii. Warto też podkreślić, że oprócz założonego celu społecznego orzecznictwo doprowadziło również do innych skutków, zapewne niezakładanych i nieuświadamianych.

Sprawą najszerzej znaną jest to, że ubezpieczyciele odpowiedzialności cywilnej posiadaczy mechanicznych środków komunikacji nie mieli możliwości uwzględnienia skonstruowanych przez retroaktywne orzecznictwo roszczeń przy kalkulacji wysokości składek ubezpieczeniowych. Towarzystwa ubezpieczeniowe zostały zmuszone do wypłaty zadośćuczynień, z którym to obowiązkiem wcześniej nie tyle nawet nie musiały, co wręcz nie mogły się liczyć. Rzecz jasna, podmiotom tym mało kto współczuł; ekonomiczne konsekwencje orzecznictwa wobec tych podmiotów

jest też właściwie jedynym, jaki przywołują autorzy popierający krytykowaną linię orzeczniczą, zob. ostatnio K. Osajda, *Zadośćuczynienie za doznanie przez bliskiego uszczerbku na zdrowiu wskutek wypadku*, „Państwo i Prawo" 2016, nr 1, s. 75.

(a służące „zwykłym ludziom dotkniętym tragediami") bywały wręcz przyjmowane z satysfakcją. Warto jednak zauważyć, po pierwsze, że towarzystwa ubezpieczeniowe są takimi samymi podmiotami prawa cywilnego jak ubezpieczeni i nie można legitymizować niepraworządnej wykładni tym, że jest sprzeczna z ich ekonomicznymi interesami. Ten argument na pewno nie przekona wszystkich, należy więc dodać, po drugie, że w perspektywie kilku lat retroaktywne orzecznictwo doprowadziło (jako jedna z przyczyn) do znaczącego wzrostu wysokości składek – obciążających wszystkich ubezpieczonych i ubezpieczających (ujmując rzecz kolokwialnie: kierowców)[134]. Ostatecznie więc to oni odczuli ekonomiczny ciężar retroaktywnego orzecznictwa. Retroaktywne orzecznictwo zakłóciło także konkurencję: spółki wchodzące na rynek ubezpieczeń komunikacyjnych od drugiej dekady XXI w., nie miały „w portfelu" starych umów, z tytułu których zmuszone byłyby spełniać nieprzewidywalne w chwili ich zawierania świadczenia[135].

Inny skutek jest trudniejszy do „twardego" wykazania. Niemniej, wedle najlepszej wiedzy piszącego te słowa, jest rzeczą w sądownictwie sądów cywilnych notoryjnie znaną, że wraz z rozpowszechnieniem się w społeczeństwie wiedzy o retroaktywnym orzecznictwie, powszechnie zaczęto występować nie tylko o zadośćuczynienia związane z niewyobrażalnymi niekiedy tragediami, lecz również, a nawet przede wszystkim, z historiami podkoloryzowanymi, by nie powiedzieć „ewidentnie naciąganymi", dla „zarobienia" choćby kilku tysięcy złotych na śmierci przysłowiowej cioci, o głębokim uczuciu do której powód przypomniał sobie po kilkunastu latach. Sądy powszechne, czując się związane utrwaloną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego, niemal zawsze przyznają zadośćuczynienia. Wymagałoby to oczywiście pogłębionych badań socjologicznych, niemniej można postawić hipotezę, że owa rozpowszechniona w społeczeństwie wiedza sprowadza się do tezy, że „jeśli ktoś z twoich bliskich zginął w wypadku samochodowym mniej niż 20 lat temu, to idź do sądu po pieniądze". Retroakcja motywowana współczuciem do powodów uwikłanych w tragiczne życiowe doświadczenia doprowadziła do niemal automatycznego przyznawania zadośćuczynienia każdemu, czyja oważ przysłowiowa ciocia „zginęła w wypadku przed upływem okresu przedawnienia". Nie podważą tych gorzkich obserwacji argumenty, że charakter więzi jest przez sąd każdorazowo badany – sąd niemal zawsze musi bowiem w znacznej (niekiedy wyłącznej) mierze oprzeć się na dowodzie z zeznań powoda i powołanych przez niego świadków. Dowodów takich nie sposób kwestionować, chyba że zarzucając kłamstwo (a przynajmniej grubą przesadę) co do opisu własnych albo cudzych uczuć czy stanów emocjonalnych.

Ostatecznie więc sprawiedliwość rozdzielcza przybrała postać sprawiedliwości miłosiernej, która, by przypomnieć Kazimierza Ajdukiewicza, notorycznie pomijanego w doktrynalnych ocenach orzecznictwa ukształtowanego na gruncie art. 446 § 4 k.c., o tyle jest istotnie sprawiedliwością, o ile czyniący ją podmiot sam obciąża się jej kosztami. Sprawiedliwość miłosierna czyniona z kieszeni cudzej staje się już niesprawiedliwością[136].

Niezależnie od powyższego, ugruntowane orzecznictwo naruszyło w poważnym stopniu wartości chronione czy zabezpieczane przez zasadę *lex retro non agit*. Naruszona została w pierwszym rzędzie autonomia podmiotów – na określoną ich kategorię nałożony został obowiązek, z którego istnienia w chwili zajścia zdarzeń aktualizujących powstanie tego obowiązku nie mogli sobie zdawać sprawy[137]. Naruszona chyba w jeszcze bardziej jaskrawy sposób została także pewność obrotu. Trudno przecież mówić o pewności obrotu w sytuacji, w której podmioty, podejmując określone działania (choćby takie, jak wyliczenie wysokości składek obowiązkowego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej posiadaczy mechanicznych środków komunikacji), zaskakiwane są decyzją prawodawcy (a właściwie Sądu Najwyższego), który przekreśla ekonomiczny sens tych działań – bez moż-

134 Nie jest to teza, którą dałoby się wylegitymować odwołaniem do „twardych" danych ekonomicznych. Rzecz uchodzi jednak za oczywistą wśród osób zajmujących się prawem ubezpieczeń; zob. także J. Pokrzywniak, *Refleksje*…, w druku.

135 Jw.

136 Zob. K. Ajdukiewicz, *O sprawiedliwości* (w:) tegoż, *Język i poznanie*, t. 2, Warszawa 2006, s. 365 i n.

137 Podobnie zwłaszcza wyrok SA w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2009 r., I ACa 480/09, Lex nr 756599.

liwości jakiejkolwiek reakcji ze strony tych podmiotów. Przynajmniej w kontekście odpowiedzialności ubezpieczycieli za szkody wyrządzone przez posiadaczy mechanicznych środków komunikacji, z którymi podmioty te zawarły umowę ubezpieczenia, naruszona została także sprawiedliwość (wyrównawcza, komutatywna) jako wartość przypisywana prawodawcy. W dużym uproszczeniu – ubezpieczyciele zostali zaskoczeni koniecznością wypłaty świadczeń nieadekwatnie wysokich w relacji do pobieranych składek, których to składek nie mieli szans odpowiednio skalkulować[138].

Motywem retroaktywnego stosowania przepisów o zadośćuczynieniu za śmierć osoby najbliższej stała się sprawiedliwość miłosierna, czyniona wszakże nie za swoje pieniądze.

5. *Wnioski*

Z przeprowadzonych wyżej badań wyprowadzić można przynajmniej kilka wniosków. W pierwszym rzędzie starano się wykazać, że przynajmniej dwie utrwalone linie orzecznicze, dotyczące wykładni przepisów konstruujących instytucje służebności przesyłu i zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej, mają charakter retroaktywny. Jest to przy tym retroaktywność w tym sensie niepraworządna, że nielegitymowana żadnymi przyjętymi w polskiej kulturze prawnej dyrektywami wykładni, a w najlepszym razie legitymowana nad wyraz nieprzekonująco wolą realizacji określonych celów społecznych (politycznych). Bez dokładnych badań wszystkich orzeczeń dotykających nowelizacji Kodeksu cywilnego trudno oczywiście ocenić skalę tego zjawiska. W każdym razie badania nad innymi nowelizacjami wskazywały na pojawiające się niekiedy „pokusy retroakcji”[139], które nie przerodziły się jednak w jawnie retroaktywne linie orzecznicze. Dalsze uwagi odniesione zostaną dla większej przejrzystości do obu linii orzeczniczych, chociaż ostrze ich krytyki zdecydowanie głębiej sięga retroaktywnego orzecznictwa dotyczącego służebności przesyłu.

Retroaktywność orzecznictwa w obu przypadkach ubrana była w maski stosowania innych, obowiązujących wcześniej przepisów prawnych. Retroaktywne stosowanie art. 305^1 i n. k.c. próbuje się zasłonić tezą o stosowaniu art. 285 i n. k.c. (ewentualnie innych przepisów), retroaktywne stosowanie art. 446 § 4 k.c. ukrywane jest za parawanem nowego dobra osobistego odkrytego na gruncie obowiązującego wcześniej art. 23 k.c. w zw. z art. 448 k.c. Należy podkreślić, że przepis ten mógłby stanowić podstawę dla uznania obowiązywania dobra osobistego „więzi z najbliższymi”, tyle że mniej więcej do chwili wejścia w życie art. 446 § 4 k.c. nikt (a już najmniej orzecznictwo) takiej podstawy w nim nie dostrzegał. Niekiedy, widząc zapewne, jak cienką powłokę te maski tworzą, retroakcję próbuje się uzasadnić istniejącym wcześniej orzecznictwem, którego retroakcja ma być jedynie potwierdzeniem czy kontynuacją. Możliwie uważne badania świadczą jednak, że obie linie orzecznicze nie znajdowały jakiegokolwiek uzasadnienia we wcześniejszym orzecznictwie. Maski wzmacniane czy bronione są wypowiedziami dyrektywalnymi, gdzie twierdzi się np., że konieczne jest „stanowcze odróżnianie” instytucji skonstruowanych przez nowelizację kodeksu od instytucji wykreowanych przez orzecznictwo rzekomo na podstawie przepisów wcześniej obowiązujących. Badania ukazały, że instytucje te są tożsame.

138 Podobnie tamże.

139 Zob. K. Mularski, *Problematyka intertemporalna zapisu windykacyjnego*, „Rejent” 2015, nr 5, s. 83 i n.

Należy wszakże podkreślić, że zasada *lex retro non agit* nie powinna być fetyszyzowana jako jakaś bezwzględna bariera ograniczająca prawodawcę zawsze i w każdych okolicznościach. Chroni ona określone wartości, zwłaszcza sprawiedliwość, autonomię woli i bezpieczeństwo prawne; naruszenie tej zasady prowadzi wprawdzie definicyjnie do naruszenia tych wartości, niemniej skala tego naruszenia może być *in casu* niewielka, a osiągnięte dzięki retroakcji korzyści (rozumiane jako realizacja innych wartości czy celów społecznych) znaczne. Retroaktywne stosowanie prawa wymaga więc, najprościej mówiąc, ważenia rozmaitych wartości i racji; wartości z jednej strony będą przez retroakcję naruszone, z drugiej – chronione czy realizowane. Pojawia się więc fundamentalne pytanie, czy retroaktywne orzecznictwo daje się wylegitymować w realizacji jakichś wartości czy celów społecznych. W świetle przeprowadzonych badań należy z dużą dozą przekonania stwierdzić, że założone skutki społeczne nie zostały osiągnięte wcale (albo osiągnięte w znikomym stopniu), natomiast skala naruszeń wartości chronionych przez zasadę *lex retro non agit* była niekiedy uderzająca. Warto w tym miejscu podkreślić, wracając w innym kontekście do problemu „masek", że owe założone skutki społeczne (motywy orzecznictwa) zazwyczaj nie były ujawniane, a należało się ich dopiero domyślać – i to zakładając dobrą wolę podmiotów stosujących prawo.

Niepraworządne retroaktywne orzecznictwo wywołało też szkody (trudno powiedzieć, jak znaczne) w polskiej kulturze prawnej, przede wszystkim w przyjętych (choć oczywiście w szczegółach dyskusyjnych i spornych) dyrektywach wykładni i inferencji. Widać to dobitnie po przeprowadzeniu zabiegu uogólnienia – oderwania tez głoszonych przez orzecznictwo od problemu służebności przesyłu czy zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej i potraktowania ich jako ważne dla całego systemu dyrektywy wykładni czy inferencji. Uogólnienie przynajmniej niektórych tez wypowiadanych dla usprawiedliwienia czy wylegitymowania retroakcji (np. tezy, że wystarczającą podstawą stosowania analogii *legis* jest społeczna doniosłość jakiegoś problemu, albo tezy, że brak podstaw administracyjnoprawnych dla ingerencji w prawo własności stanowi dostateczną podstawę ingerencji w świetle prawa cywilnego) prowadziłoby wręcz do upadku tej kultury. Jeśli teza brzmi zbyt mocno, warto uświadomić sobie, że wszystkie wypracowywane przez dziesięciolecia dyrektywy wykładni i inferencji staną się zbędne, jeśli uznać, że np. „potrzeba społeczna" legitymuje dostatecznie analogię z przepisu „mniej więcej" (a zwykle „mniej") dotyczącego określonego zagadnienia. Szkody wyrządzone kulturze prawnej na tym się jednak nie kończą. Łamanie ustalonych dyrektyw wykładni (inferencji) osłabia pewność prawa (podobnie zresztą jak jego retroaktywne stosowanie). W pewnym sensie lepiej by było, gdyby sądy (Sąd Najwyższy) otwarcie przypisały sobie kompetencje prawotwórcze dla usprawiedliwienia retroakcji, niż „kombinowały" z mniej lub bardziej nieprzekonującymi uzasadnieniami. Oprócz naruszania obowiązujących reguł wykładni i inferencji Sąd Najwyższy podważa także reguły posługiwania się językiem prawniczym – używa języka chwilami wręcz w jego funkcji kreatywnej (magicznej), próbując poprzez stworzenie neologizmu i jego projektującej definicji powołać do życia jakiś nowy byt.

Na najsurowszą zaś krytykę zasługuje świadome powoływanie w argumentacji zdań, co do których podmiot argumentujący wie, że są one zdaniami nieprawdziwymi. Faktu, że po raz pierwszy powołanie w drodze umowy, a w konsekwencji istnienie „służebności odpowiadającej" dopuszczono w orzecznictwie SN w 2003 r., a pełne doliczenie do okresu zasiedzenia służebności przesyłu czasu, w jakim na nieruchomości istniał stan faktyczny uzasadniający jej ustanowienie *de lege lata*, dopiero w 2008 r. – z którego to faktu Sąd Najwyższy zdaje sobie doskonale sprawę – nie podważy często przytaczana przez Sąd Najwyższy opinia, jakoby jego orzecznictwo dopuszczające istnienie tak czy inaczej nazwanej służebności przesyłu na takiej czy innej podstawie prawnej było ugruntowane już na długo przed 2008 r., a tym samym retroaktywne stosowanie przepisów o służebności przesyłu nie stanowiło dla nikogo zaskoczenia. To samo odnieść można do zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej, które po raz pierwszy zostało przyznane w 2005 r., a po raz drugi w 2007 r. Dodajmy, że dla potwierdzenia opinii o „nieuciążliwości" retroakcji zdarzało się Sądowi Najwyższemu niejednokrotnie powoływać również takie wcześniejsze orzeczenia,

które nie miały z rozpatrywanym zagadnieniem żadnego związku.

Naszkicowane wyżej orzecznictwo wymaga naświetlenia z innej jeszcze perspektywy. To, że sądy rozstrzygały kwestie *par excellance* polityczne na gruncie politycznoprawnej motywacji, wydaje się rzeczą oczywistą. Czy rozstrzygnie takich kwestii narusza przyjęte zasady podziału władzy, jest sprawą dyskusyjną, która nie może tu być badana. Pojawia się jednak inne pytanie, a mianowicie: czy ustawodawca mógłby ustanowić normy o treści takiej, jaką ustanowionym przez niego przepisom nadało orzecznictwo? Innymi słowy: czy ustawodawca mógłby nadać otwarcie retroaktywny charakter art. 305^1 i n. k.c. oraz art. 446 § 4 k.c.? Wydaje się, jakkolwiek sprawa wymagałaby bardziej pogłębionej analizy, że w obu przypadkach odpowiedź wypadałaby negatywnie[140]. W przypadku służebności przesyłu można bowiem mówić o naruszeniu konstytucyjnych standardów ochrony własności. Własność jest bowiem ograniczana na rzecz podmiotów prawa prywatnego (jakkolwiek realizujących funkcje o bezspornej doniosłości społecznej), bez respektowania kryteriów przewidzianych dla wywłaszczenia i bez możliwości obrony swego prawa przez właściciela. Naruszenie konstytucyjnych gwarancji dotyka przy tym, jak się zdaje, samej istoty (art. 31 ust. 3 zd. 2 oraz art. 64 ust. 3 Konstytucji RP) prawa własności. Wejście w życie aktu normatywnego, a właściwie ugruntowanie się jego zaskakującej wykładni prowadzi bowiem do ograniczenia prawa własności z chwilą wejścia ustawy nowelizującej w życie (albo nawet jeszcze wcześniej) na rzecz innych podmiotów prawa prywatnego, a stopień tego ograniczenia, jakkolwiek jest to już sprawa konkretnego stanu faktycznego, może niejednokrotnie podważać jego ekonomiczny sens czy funkcję. Ograniczenie nie spełnia też, jak się zdaje, wymogów proporcjonalności (art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji RP)[141]. Co więcej, chociaż szersze uzasadnienie tej tezy uwikłałoby od razu pracę w konieczność przyjęcia i uzasadnienia szeregu założeń teoretycznoprawnych, można zauważyć, że nie jest, jak się zdaje, spełnione nawet formalne kryterium ingerencji w prawo własności[142]. Trudno mówić, aby ingerencja na gruncie retroaktywnego orzecznictwa następowała na podstawie ustawy. W przeciwnym razie trudno byłoby sobie wyobrazić, w jaki sposób przepisy Konstytucji – dające możliwość ingerencji w wolności i prawa człowieka i obywatela jedynie na podstawie ustawy – mogłyby zostać naruszone, co pozbawiłoby je, przynajmniej w wymiarze praktycznym, mocy obowiązującej. Pogląd o niezgodności analizowanej tu linii orzeczniczej z Konstytucją RP wyrażany był już zresztą w nauce niejednokrotnie[143]. Trzeba jednak nadmienić, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu nie dopatrzył się w krytykowanym orzecznictwie naruszenia Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

Niepraworządne, retroaktywne stosowanie prawa wywołało szereg niekorzystnych prawnych, społecznych i ekonomicznych konsekwencji.

140 Tak ostatnio co do zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej J. Pokrzywniak, *Refleksje*…, w druku. Ogólnie w kontekście art. 2 Konstytucji M. Kłoda, *Zastosowanie*…, s. 39 i n.

141 Podobnie chyba L. Bosek, *Opinia prawna*…, s. 188.

142 Zdaje się, że podobnie K. Górska, *Problemy*…, s. 765.

143 Zestawienie literatury K. Mularski, *Problematyka*…, s. 136. Problem dostrzega też Sąd Najwyższy, nie widząc jednak w swym orzecznictwie naruszenia Konstytucji; zob. zwłaszcza uchwała SN z dnia 22 maja 2013 r., III CZP 18/13, OSNC 2013, nr 12, poz. 139; podobnie chyba uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 8 kwietnia 2014 r., III CZP 87/13, OSNC 2014, nr 7–8, poz. 68.

(art. 1 Protokołu 1 do Konwencji)[144]. W przypadku natomiast zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej podmioty odpowiedzialne za naprawienie szkód (przede wszystkim towarzystwa ubezpieczeniowe) zostały zmuszone do wypłaty zadośćuczynień, z którym to obowiązkiem nie miały możliwości się liczyć ani w chwili wyrządzenia szkody, ani w chwili zawierania umowy ubezpieczeniowej. Tezę o niekonstytucyjności analizowanych linii orzeczniczych potwierdzają dodatkowo wskazywane wcześniej wywołane przez te linie skutki w zakresie naruszenia wartości chronionych przez zasadę *lex retro non agit*.

Teza o niekonstytucyjności obu linii orzeczniczych (czy właściwie przyjętego w tych liniach sposobu rozumienia określonych przepisów prawnych) nie przekłada się w prosty sposób na postulat stwierdzenia tej niekonstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny. Wydaje się, że ewentualne orzeczenie uznające niekonstytucyjność przyjętych wyników wykładni przyniosłoby w chwili obecnej więcej społecznych szkód niż pożytków; w każdym razie chaos prawny wynikający zwłaszcza z orzeczenia niekonstytucyjności przepisów, na gruncie których orzekano zasiedzenie służebności „odpowiadającej" służebności przesyłu, byłby zapewne bezprecedensowy. Niemożliwe byłoby też odwrócenie społecznych skutków retroaktywnego stosowania art. 446 § 4 k.c. – dla ich odwrócenia konieczne byłoby m.in. dopłacenie przez ubezpieczonych do wcześniej zapłaconych składek. Pojawia się tu zresztą kolejny trudny problem, na ile Trybunał Konstytucyjny powinien w swoich orzeczeniach „twardo" stosować prawo (normy wyinterpretowane z Konstytucji), a na ile uwzględniać skutki społeczne wydawanych orzeczeń.

Biorąc pod uwagę wszystko to, co wyżej powiedziano, należy podkreślić, że niniejszy szkic powinien być traktowany przede wszystkim jako apel o nieuleganie pokusie wydawania orzeczeń, które pozornie realizując godne aprobaty cele społeczne, podważają w istocie zaufanie do stanowionego prawa i podmiotów to prawo stosujących, wywołując cały szereg innych, zdecydowanie niekorzystnych i trudnych początkowo do przewidzenia skutków.

144 Zob. decyzja ETPC z dnia 17 maja 2016 r. nr 8585/13. Zestawienie orzecznictwa ETPC dotyczącego zmian w przyjętej wykładni M. Kłoda, *Zastosowanie*…, s. 36 i n.

Bibliografia

Ajdukiewicz K., *O sprawiedliwości* (w:) tegoż, *Język i poznanie*, t. 1, Warszawa 1985, s. 365–377.

Bagińska E., *Dopuszczalność dochodzenia przez osoby bliskie zadośćuczynienia w związku z doznaniem poważnej szkody na osobie przez bezpośrednio poszkodowanego*, „Iustitia" 2016, nr 2, s. 69–78.

Balwicka-Szczyrba M., *Kilka uwag polemicznych na temat problematyki intertemporalnej służebności przesyłu*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2015, nr 4, s. 975–986.

Balwicka-Szczyrba M., *Możliwość nabycia służebności gruntowej w drodze zasiedzenia na rzecz przedsiębiorstwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa" 2010, nr 2, s. 111–117.

Bosek L., *Opinia prawna dotycząca zgodności z Konstytucją RP rozwiązań zaproponowanych w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (druk sejmowy nr 3595)*, „Zeszyty Prawnicze BAS" 2011, z. 3, s. 175–192.

Czarnecki R. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, oprac. F. Błahuta, Warszawa 1972, s. 722–730.

Czarnecki R., *Służebności gruntowe na tle prawa rzeczowego z 1946 r. oraz projektu Kodeksu cywilnego*, „Palestra" 1962, z. 6, s. 15–22.

Bieniek G., *Glosa do uchwały SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02*, „Rejent" 2003, z. 3, s. 130–139.

Gill A., Nowak-Far A., *Korzystanie przez przedsiębiorstwa ciepłownicze z sieci i urządzeń przesyłu energii cieplnej usytuowanych na cudzych gruntach*, „Prawo Spółek" 1999, z. 7–8, s. 73–81.

Gołębiowski K., *Glosa do wyroku SN z dnia 28 czerwca 2005 r., I CK 14/05, LEX nr 311349*, LEX/el/ 2012 (tekst).

Górska K., *Problemy intertemporalne zasiedzenia służebności przesyłu – uwagi polemiczne*, „Monitor Prawniczy" 2014, nr 14, s. 761–768.

Grochowski M., *Służebność przesyłu – problemy intertemporalne*, „Monitor Prawniczy" 2014, nr 1, s. 23–30.

Hart H.L.A., Pojęcie prawa, przeł. J. Woleński, Warszawa 1998.

Kłoda M., *Zastosowanie zasad prawa międzyczasowego prywatnego do skutków zmiany wykładni przyjętej w orzecznictwie*, „Państwo i Prawo" 2014, nr 2, s. 34–49.

Kuniewicz Z., *Glosa do wyroku SN z dnia 18 stycznia 2007 r., I CSK 223/06*, OSP 2008, z. 3, poz. 25, s. 161–165.

Lewandowski P., *Służebność przesyłu w prawie polskim*, Warszawa 2014.

Matusik G., *Własność urządzeń przesyłowych a prawa do gruntu*, Warszawa 2013.

Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003.

Mularski K., *Odpowiedź na uwagi polemiczne dotyczące problematyki intertemporalnej służebności przesyłu*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2016, nr 1, s. 207–214.

Mularski K., *Prawo intertemporalne z perspektywy nauki prawa cywilnego*, Warszawa 2015.

Mularski K., *Problematyka intertemporalna służebności przesyłu*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2015, nr 1, s. 91–152.

Mularski K., *Problematyka intertemporalna zapisu windykacyjnego*, „Rejent" 2015 nr 5, s. 83–113.

Osajda K., Zadośćuczynienie za doznanie przez bliskiego uszczerbku na zdrowiu wskutek wypadku, „Państwo i Prawo" 2016, nr 1, s. 73–86.

Pokrzywniak J., *Refleksje wokół zmiany orzecznictwa w odniesieniu do zadośćuczynienia za śmierć lub poważny uszczerbek na zdrowiu najbliższego członka rodziny*, w druku.

Sobolewski P. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. Cześć ogólna. Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny. Prawo o notariacie (art. 79–95 i 96–99)*, red. K. Osajda, seria „Komentarze Prawa Prywatnego", t. 1, Warszawa 2017, s. 53–55.

Supera Ł.P., *Ochrona uzasadnionych oczekiwań a wsteczne działanie wykładni orzeczniczej w prawie cywilnym*, https://pl.scribd.com/document/337762358/Ochrona-Uzasadnionych-oczekiwań-a-wsteczne-działanie-wykładni-w-prawie-cywilnym (dostęp 20.07.2017).

Zalewski M., *Wykonywanie praw do urządzeń przesyłowych (art. 49 k.c.)*, „Przegląd Sądowy" 2009, z. 5, s. 5–24.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego

Uchwała SN z dnia 17 stycznia 2003 r., III CZP 79/02, „Rejent" 2003, z. 3, s. 122 i n.

Wyrok SN z dnia 19 maja 2004 r., III CK 496/02, LEX nr 152776.

Wyrok SN z dnia 11 marca 2005 r., II CK 489/04, LEX nr 301735.

Wyroki SN z dnia 8 czerwca 2005 r.: V CK 679/80, LEX nr 311353 oraz V CK 680/04, LEX nr 180843.

Wyrok SN z dnia 17 czerwca 2005 r., III CK 685/04, LEX nr 277065.

Wyrok SN z dnia 28 czerwca 2005 r., I CK 14/05, LEX 311349.

Wyrok SN z dnia 11 kwietnia 2006 r., I CSK 159/05.

Wyrok SN z dnia 31 maja 2006 r., IV CSK 149/05, LEX nr 288681.

Postanowienie SN z dnia 8 października 2006 r., II CSK 112/06, LEX nr 193240, „Monitor Prawniczy" 2006, z. 19, s. 1016.

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 7 grudnia 2006 r., III CZP 99/0, Legalis.

Wyrok SN z dnia 18 stycznia 2007 r., I CSK 223/06, OSP 2008, z. 3, poz. 25.

Wyrok SN z dnia 9 marca 2007 r., II CSK 457/06, LEX nr 339717.

Wyrok SN z dnia 9 stycznia 2008 r., II CSK 432/07, LEX nr 365049.

Postanowienie SN z dnia 11 grudnia 2008 r., II CSK 314/08, LEX nr 490513.

Wyrok SN z dnia 12 grudnia 2008 r., II CSK 389/08, LEX nr 484715.

Wyrok SN z dnia 28 stycznia 2009 r., IV CSK 333/08, Legalis.

Postanowienie SN z dnia 16 września 2009 r., II CSK 103/09, LEX nr 530696.

Uchwała SN z dnia 7 października 2008 r., III CZP 89/09, LEX nr 458125.

Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2010 r., IV CSK 307/09, OSP 2011/10, poz. 11.

Postanowienie SN z dnia 22 lipca 2010 r., I CSK 606/09, LEX nr 737248.

Uchwała SN z dnia 22 października 2010 r. III CZP 76/10, OSNC 2011, z. B, poz. 42.

Wyrok SN z dnia 10 listopada 2010 r., II CSK 248/10, Legalis.

Uchwała SN z dnia 21 stycznia 2011 r., III CZP 124/10, OSNC 2011, nr 9, poz. 99.

Postanowienie SN z dnia 6 lipca 2011 r., I CSK 157/11, LEX nr 1050400.

Wyrok SN z dnia 8 lipca 2011 r., IV CSK 532/10, Biul. SN 2011/11, poz. 12.

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 9 sierpnia 2011 r., III CZP 10/11, OSNC 2011, nr 12, poz. 129.

Postanowienie SN z dnia 13 października 2011 r., V CSK 502/10, LEX na 1096048.

Postanowienie SN z dnia 9 grudnia 2011 r., III CZP 78/11, LEX nr 1106998.

Wyrok SN z dnia 1 lutego 2012 r., IV CSK 229/11, Legalis.

Postanowienie SN z dnia 18 kwietnia 2012 r., V CSK 190/11, LEX nr 1212828.

Postanowienie SN z dnia 5 lipca 2012 r., IV CSK 606/11, LEX nr 1218193.

Postanowienie SN z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 289/12, LEX nr 1288634.

Postanowienie SN z dnia 6 lutego 2013 r., V CSK 129/12, LEX nr 1294483.

Postanowienie SN z dnia 8 lutego 2013 r., IV CSK 317/12, LEX nr 1308150.

Uchwała SN z dnia 20 lutego 2013 r., III CZP 101/12, OSNC 2013, nr 7–8, poz. 88.

Uchwała SN z dnia 22 maja 2013 r., III CZP 18/13, OSNC 2013, nr 12, poz. 139.

Postanowienie SN z dnia 24 maja 2013 r., V CSK 287/12, OSNC 2014, nr 2, poz. 20.

Postanowienie SN z dnia 26 czerwca 2013 r., II CSK 626/12, LEX nr 1341262.
Uchwała SN z dnia 27 czerwca 2013 r., III CZP 31/13, OSNC 2014, nr 2, poz. 11.
Wyrok SN z dnia 10 lipca 2013 r., V CSK 320/12, LEX nr 1391372.
Postanowienie SN z dnia 23 października 2013 r., IV CSK 30/13, LEX nr 1389012.
Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 8 IV 2014 r., III CZP 87/13, OSNC 2014, nr 7–8, poz. 68.
Wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2014 r., V CSK 320/18, Lex nr 1463645.
Wyrok SN z dnia 4 lipca 2014 r., II CSK 621/13, Lex nr 1491132.
Wyrok SN z dnia 7 sierpnia 2014 r., II CSK 552/13, Lex nr 1504553.
Wyrok SN z dnia 17 kwietnia 2015 r., III CSK 173/14, Legalis.
Wyrok SN z dnia 18 stycznia 2016 r., VI ACa 1826/14, Lex nr 2024151.
Postanowienie SN z dnia 25 maja 2016 r., V CSK 547/15, Lex nr 2080888.
Wyrok SN z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 639/15, Lex nr 2075706.
Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2016 r., II CSK 719/15, OSNC 2017/5, poz. 60.
Postanowienie SN z dnia 5 października 2016 r., III CSK 328/15, Lex nr 2152887.
Uchwała SN z dnia 30 listopada 2016 r., III CZP 77/16, „Biuletyn SN" 2016/11, poz. 9.
Uchwała SN z dnia 8 grudnia 2016 r., III CZP 86/16, „Biuletyn SN" 2016/12, poz. 12.
Postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2017 r., V CSK 159/16, Lex nr 2269112.
Postanowienie SN z dnia 16 lutego 2017 r., I CSK 155/16, Lex nr 2269099.
Postanowienie SN z dnia 23 lutego 2017 r., V CSK 317/16, Lex nr 2297424.
Postanowienie SN z dnia 2 marca 2017 r., V CSK 356/16, Lex nr 2288122.
Postanowienie SN z dnia 13 kwietnia 2017 r., I CSK 261/16, Lex nr 2300169.
Postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 2017 r., II CSK 344/16, Lex nr 2329020.
Postanowienie SN z dnia 21 kwietnia 2017 r., I CSK 472/16, Lex nr 2305912.
Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 16 maja 2017 r., III CZP 101/16, „Biuletyn SN" 2017, nr 5, poz. 10–11.
Wyrok SN z dnia 7 lipca 2017 r., V CSK 609/16, Lex nr 2332331.

Orzecznictwo sądów apelacyjnych

Wyrok SA w Gdańsku z dnia 23 września 2005 r., I ACa 554/05, Legalis.
Wyrok SA w Gdańsku z dnia 14 grudnia 2007 r., I ACa 1137/07, Legalis.
Wyrok SA w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2009 r., I ACa 480/09, Lex nr 756599.
Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2012 r., I ACa 281/12, Legalis.
Wyrok SA w Krakowie z dnia 6 września 2012 r., I ACa 739/12, Legalis.
Wyrok SA w Poznaniu z dnia 27 lutego 2013 r., I ACa 65/13, Lex nr 1313382.
Wyrok SA w Szczecinie z dnia 27 marca 2013 r., I ACa 845/12, Legalis.
Wyrok SA w Poznaniu z dnia 12 września 2013 r., I ACa 618/13, Legalis.
Wyrok SA w Łodzi z dnia 9 stycznia 2014 r., I ACa 459/13, OSA 2014/3, s. 54 i n.
Wyrok SA w Warszawie z dnia 22 stycznia 2014 r., VI ACa 850/13, Lex nr 1448657.
Wyrok SA w Krakowie z dnia 20 lutego 2014 r., I ACa 1586/13, Lex nr 1563512.
Wyrok SA w Łodzi z dnia 9 maja 2014 r., I ACa 1452/13, Lex nr 1474370.
Wyrok SA w Łodzi z dnia 7 sierpnia 2014 r., I ACa 212/14, Lex nr 1506246.
Wyrok SA w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2014 r., I ACa 321/14, Lex 1544949.
Wyrok SA w Warszawie z dnia 19 września 2014 r., I ACa 266/14, Lex nr 1537480.
Wyrok SA w Rzeszowie z dnia 25 września 2014 r., I ACa 239/14, Lex nr 1665845.
Wyrok SA w Gdańsku z dnia 9 października 2014 r., I ACa 377/14, Lex nr 1668579.
Wyrok SA w Warszawie z dnia 14 października 2014 r., I ACa 475/14, Lex nr 1537487.
Wyrok SA w Katowicach z dnia 18 marca 2015 r., I ACa 1042/14, Lex nr 166747.
Wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 marca 2015 r., I ACa 954/14, Lex nr 1771490.
Wyrok SA w Łodzi z dnia 8 maja 2015 r., I ACa 1668/14, Lex nr 1746844.
Wyrok SA w Katowicach z dnia 3 grudnia 2015 r., I ACa 706/15, Lex nr 1963858.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 22 grudnia 2015 r., I ACa 475/15, Lex nr 1974108.

Wyrok SA w Łodzi z dnia 27 stycznia 2016 r., I ACa 1093/15, Lex nr 2000510.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 29 stycznia 2016 r., I ACa 618/15, Lex nr 2017666.

Wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 lutego 2016 r., I ACa 943/15, Lex nr 2002785.

Wyrok SA w Katowicach z dnia 13 kwietnia 2016 r., I ACa 1159/15, Lex nr 2061845.

Wyrok SA w Gdańsku z dnia 19 kwietnia 2016 r., I ACa 619/14, Lex nr 2265661.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 29 kwietnia 2016 r., I ACa 1005/15, Lex nr 2075686.

Wyrok SA w Krakowie z dnia 6 maja 2016 r., I ACa 80/16, Lex nr 2071294.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 4 listopada 2016 r., I ACa 1792/15, Lex nr 2179365.

Wyrok SA w Krakowie z dnia 30 grudnia 2016 r., I ACa 1020/16, Lex nr 2250196.

Maciej Ślifirczyk

Obejście prawa podatkowego w doktrynie orzeczniczej polskich sądów

Maciej Ślifirczyk

Doktor nauk prawnych, starszy wykładowca na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz radca prawny. Wielokrotny ekspert w procesie legislacyjnym. Autor publikacji z zakresu prawa podatkowego i cywilnego.

✉ *m.slifirczyk@wpia.uw.edu.pl*

Tax Avoidance in the Judicial Doctrine of Polish Courts

The article presents conclusions from an examination of the judicial practice of Polish courts connected with the functioning of what is known as the judicial doctrine of the circumvention of the tax law. The study covers more than 500 judgments issued over the past 40 years, primarily by the Supreme Administrative Court, which have referred to the circumvention of the tax law. On this basis, an attempt is made to identify and systematise the characteristics of the facts that are considered relevant in order to classify those facts as circumventing the tax law. There is also an evaluation of their significance for the reasoning of the courts, as well as their broader context. The analysis allows a reconstruction of the typical approach that Polish courts take to tax avoidance, and offers guidance on the application of the current anti-avoidance rules, including the general anti-avoidance rule introduced to the General Tax Code.

1. Wprowadzenie

1. Pojawienie się po raz kolejny w systemie polskiego prawa podatkowego z dniem 15 lipca 2016 r. ogólnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania jest dobrą okazją do podsumowania wieloletnich doświadczeń związanych z występującą w praktyce sądowej koncepcją tzw. obejścia prawa podatkowego. Doświadczenia te mogą z jednej strony pozwolić na odtworzenie charakterystycznego dla polskiej praktyki podejścia do zjawiska unikania opodatkowania, z drugiej strony mogą ułatwić stosowanie obecnie obowiązujących regulacji prawnych służących przeciwdziałaniu temu zjawisku. Odrębną kwestią, którą w tej chwili trudno przesądzić, jest ewentualne dalsze stosowanie przez sądy wspomnianej koncepcji orzeczniczej, po wejściu w życie działu IIIa Ordynacji podatkowej[1].

1 W tym zakresie patrz także M. Ślifirczyk, *Wpływ regulacji prawa podatkowego na zasadność podnoszenia zarzutu obejścia prawa podatkowego – wybrane zagadnienia z praktyki orzeczniczej* (w:) *Ordynacja podatkowa. Stan obecny i kierunki zmian*, red. R. Dowgier, Białystok 2015, s. 295–305.

Wieloletnie i częste powoływanie się przez sądy na wcześniejsze wyroki oraz przejmowanie elementów ich uzasadnień pozwalają przyjąć, że w omawianym zakresie funkcjonuje pewnego rodzaju doktryna orzecznicza. W niniejszym opracowaniu wyznacznikiem pozwalającym na zaliczenie orzeczenia do zbioru orzeczeń reprezentujących wspomnianą doktrynę będzie samo odwołanie się w uzasadnieniu do pojęcia obejścia prawa podatkowego. W efekcie doktryna ta będzie ujmowana bardzo szeroko. Pierwsze orzeczenie ze wspomnianego zbioru pojawiło się już w latach siedemdziesiątych XX w.[2] Prawdziwy rozwój omawiana doktryna przeżywała jednak począwszy od pierwszej połowy lat dziewięćdziesiątych XX w. Wbrew opiniom, że została ona skutecznie wyeliminowana wyrokiem w tzw. sprawie Optimusa[3], sądy w dalszym ciągu odwoływały się do obejścia prawa podatkowego[4]. Ten niewątpliwy fenomen praktyki stosowania prawa nie doczekał się dotychczas kompleksowych badań[5]. Celem opracowania jest częściowe uzupełnienie tego braku.

Doktryna orzecznicza przeciwdziałająca obejściu prawa podatkowego budziła i budzi szereg kontrowersji związanych z samym jej rozumieniem, dopuszczalnością posługiwania się nią przez sądy czy też podstawą prawną jej stosowania. Niniejsze opracowanie nie będzie dotykało ich wszystkich. Głównym tematem analizy będzie ukształtowany w orzecznictwie sposób rozumienia obejścia prawa podatkowego oraz podawane w uzasadnieniach orzeczeń przez sądy, przy charakterystyce stanu faktycznego, przesłanki, które mają wskazywać na wystąpienie obejścia prawa podatkowego. Z tego punktu widzenia obejście prawa podatkowego będzie rozumiane jako określona prawna ocena danego stanu faktycznego. Taka optyka wydaje się współcześnie szczególnie uzasadniona z uwagi na już wspomniane wprowadzenie do systemu polskiego prawa podatkowego ogólnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania[6].

2. Trudność związana z poszukiwaniem uniwersalnego znaczenia obejścia prawa podatkowego w orzecznictwie wiąże się m.in. z tym, że orzecznicza doktryna obejścia prawa podatkowego nie jest doktryną wewnętrznie jednolitą. Występuje ona w szeregu odmianach – wynikających głównie z różnych podstaw prawnych postrzeganych jako oparcie dla odwołania się do obejścia prawa podatkowego[7]. Odmiany te cechują pewne różnice – zarówno co do argumentacji

2 Chodzi o wyrok SN z dnia 8 lutego 1978 r., II CR 1/78, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 1979, nr 8–9, s. 262.

3 Wyrok składu siedmiu sędziów NSA z dnia 24 listopada 2003 r., FSA 3/03.

4 O wpływie wyroku w sprawie Optimusa na doktrynę orzeczniczą zob. M. Ślifirczyk, *Znaczenie wyroku w sprawie Optimusa dla doktryny orzeczniczej obejścia prawa podatkowego* (w:) *Finanse publiczne i prawo finansowe – realia i perspektywy zmian. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Eugeniuszowi Ruśkowskiemu*, red. L. Etel, M. Tyniewicki, Białystok 2012, s. 520–529.

5 Do publikacji, które dotychczas najobszerniej poruszały tę kwestię, zaliczyć można zwłaszcza: B. Brzeziński, *Narodziny i upadek orzeczniczej doktryny obejścia prawa podatkowego*, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego" 2004, nr 1, s. 7–11; K.J. Stanik, K. Winiarski, *Praktyczne problemy nadużycia i obejścia prawa podatkowego*, Wrocław 2011.

6 Por. w tym zakresie także M. Ślifirczyk, *Draft of General Anti Avoidance Rule and judicial doctrine of circumvention of the tax law in the Polish tax law*, „Публичные финансы и налоговое право" (rocznik), вып. 6. *Anti-avoidance rules in the countries of the Central and Eastern Europe countries*, Воронеж 2016, s. 22–33.

7 Przykładowo pewną odrębnością cechuje się linia orzecznicza odwołująca się do obejścia prawa podatkowego w nawiązaniu do przepisów dotyczących podatku od towarów i usług wyłączających obniżenie kwoty oraz zwrot różnicy podatku lub zwrot podatku naliczonego w przypadku, gdy wystawione faktury potwierdzają czynności, do których mają zastosowanie przepisy art. 58 i 83 Kodeksu cywilnego (k.c.). Podobnie pewną odrębność posiada linia orzecznicza odwołująca się do obejścia prawa podatkowego w kontekście kosztów uzyskania przychodów w podatkach dochodowych. Odnotować trzeba także, że (zwłaszcza na gruncie podatku od towarów i usług) miała miejsce ewolucja powoływania się na „obejście prawa podatkowego", który to termin został w istotnej mierze zastąpiony terminem „nadużycie prawa", o znaczeniu wypracowanym m.in. w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Na ten temat np. M. Ślifirczyk, *Wybrane zagadnienia problematyki przeciwdziałania obejściu prawa podatkowego przed i po akcesji Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej* (w:) *Prawo europejskie – 5 lat doświadczeń w polskim prawie finansowym*, red. H. Litwińczuk, Warszawa 2010, s. 479–488. Zaznaczyć trzeba, że problematyka powoływania się na nadużycie prawa, bez jednoczesnego

i sposobu rozumienia obejścia prawa podatkowego, jak również w odniesieniu do oceny istotności określonych przesłanek dla stwierdzenia obejścia prawa podatkowego. Przepisy prawne regulujące poszczególne podatki mogą przy tym skłaniać do przyjmowania określonego rozumienia obejścia prawa podatkowego. Jak się zdaje, ma miejsce również pewna prawidłowość związana z tym, że w przypadkach, w których istniała – choćby odległa – podstawa prawna dająca możliwość powołania się na obejście prawa podatkowego, łatwiej przyjmowano w praktyce wystąpienie tego rodzaju sytuacji.

Stany faktyczne kwalifikowane jako obejście prawa podatkowego mają pewne cechy wspólne, czy też cechy, które zdecydowanie najczęściej prezentowane są w orzecznictwie jako wskazujące na wystąpienie obejścia prawa podatkowego. Bliższa analiza prowadzi do wniosku, że zbieżności te są nawet zaskakująco duże.

Mimo wyżej wskazanych rozbieżności wydaje się, że stany faktyczne kwalifikowane jako obejście prawa podatkowego mają pewne cechy wspólne, czy też cechy, które zdecydowanie najczęściej prezentowane są w orzecznictwie jako wskazujące na wystąpienie obejścia prawa podatkowego. Bliższa analiza prowadzi do wniosku, że zbieżności te są nawet zaskakująco duże. Na tej podstawie można spróbować dokonać pewnej syntezy poglądów oraz systematyki elementów stanów faktycznych, które przez sądy uważane są za istotne dla przyjęcia, że obejście prawa podatkowego wystąpiło bądź nie wystąpiło. Możliwe jest też podjęcie próby wskazania na znaczenie tych elementów. Wyżej zasygnalizowana niejednolitość orzecznictwa sprawia jednak, że dokonane uogólnienia nie zawsze znajdą odbicie we wszystkich wyrokach, które zaliczyć można do doktryny orzeczniczej obejścia prawa podatkowego. Nie ma też pełnego konsensusu w orzecznictwie co do znaczenia niektórych przesłanek dla wystąpienia obejścia prawa podatkowego. Dokonana synteza nie będzie zatem odzwierciedlać w pełni mozaiki poglądów orzecznictwa, będzie raczej stanowiła próbę uchwycenia poglądów i przekonań dominujących. Odrębną kwestią jest ustalenie konsekwencji wiązanych ze stwierdzeniem obejścia prawa podatkowego. W zależności od przyjmowanych koncepcji były one postrzegane bardzo różnie. To zagadnienie jest jednak poza zakresem niniejszego opracowania.

3. Podstawą dla prowadzonych rozważań jest przeprowadzone badanie orzecznictwa sądowego. Badanie to odnosiło się do uzasadnień wyroków, w których nawiązywano do pojęcia obejścia prawa podatkowego[8].

wskazywania na obejście prawa podatkowego, znajduje się zasadniczo poza zakresem niniejszego opracowania.

8 Przeprowadzone badanie stanowi zatem rodzaj opisu sądowego stosowania prawa, określanego jako tzw. opis materiału decyzji. Opis ten jest podstawą do uogólnień i dalszych wypowiedzi teoretycznych zawartych w niniejszym opracowaniu. O tego rodzaju metodzie badania zob. bliżej J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 18–22, 33. W badaniu uwzględniono łącznie ponad 500 wyroków z lat 1978–2016, czyli w zasadzie z całego okresu funkcjonowania omawianej doktryny orzeczniczej, wyselekcjonowanych na podstawie występujących w ich uzasadnieniach odwołaniach do obejścia prawa podatkowego lub określeń podobnych, przy

Sformułować w związku z tym trzeba kilka zastrzeżeń. Przede wszystkim czynione tu ustalenia są o tyle tylko poprawne, o ile treść uzasadnień w pełni odbija i prawidłowo wyraża sposób rozumowania sądu oraz wszystkie istotne czynniki przez niego uwzględniane przy dokonywaniu kwalifikacji danego stanu faktycznego[9]. Trzeba także zwrócić uwagę, że postępowanie sądowoadministracyjne ma specyficzny charakter. Co do istoty jest to bowiem postępowanie kasacyjne, a sąd administracyjny nie ustala samodzielnie stanu faktycznego sprawy, oceniając jedynie, jak z tego obowiązku wywiązał się organ administracji[10]. Treść uzasadnienia sądu może zatem pozostawać i niejednokrotnie pozostaje pod wpływem stanowiska wyrażonego przez organ podatkowy. To, jakie kwestie z omawianego zakresu poruszy sąd w swoim uzasadnieniu, jest z natury rzeczy blisko z tym związane. Dotyczy to także kwalifikacji danego stanu faktycznego sprawy jako stanowiącego obejście prawa podatkowego. Ponadto przedmiotem badania mogą być tylko uzasadnienia wyroków, które zostały wydane. Z punktu widzenia zasad funkcjonowania wielu współcześnie obowiązujących podatków (m.in. oparcia ich na tzw. samowymiarze) nieuzasadnione byłoby założenie, że wszystkie podatkowe stany faktyczne zostały zweryfikowane przez organy podatkowe. Podobnie nieuzasadnione byłoby założenie, że wszystkie przypadki obejścia prawa podatkowego zostały zidentyfikowane przez organy podatkowe, a zaskarżenie wydanych na tym tle decyzji podatkowych doprowadziło do wydania wyroków przez sądy administracyjne, w tym zwłaszcza przez NSA. Materiał badawczy w jakimś stopniu wykrzywia więc rzeczywistość, można mieć tylko nadzieję, że jego przypadkowość sprawia, że wykrzywienie to nie niweczy doniosłości poczynionych ustaleń. Brak orzeczeń sądowych w określonych obszarach również wydaje się przy tym mieć pewne znaczenie i może być podstawą formułowania określonych wniosków[11].

Przy wykorzystaniu materiału orzeczniczego przyjęto postawę maksymalnie wyrozumiałą wobec omawianych uzasadnień wyroków. Z tego względu do minimum ograniczone zostały wypowiedzi krytyczne. Celem opracowania nie jest bowiem negowanie orzecznictwa czy polemizowanie z nim, lecz próba odnalezienia przesłanek, które legły u podstaw wydawanych rozstrzygnięć, próba uchwycenia tego, czym dla danego składu sądowego było obejście prawa podatkowego. Jest to czynione w szczególności bez względu na to, czy wyrażone w orzeczeniach stanowisko posiada umocowanie prawne, jak również bez względu na to, czy w ocenie autora niniejszego opracowania stan faktyczny danej sprawy wskazuje na obejście prawa podatkowego, czy też prowadzi do wniosków przeciwnych.

2. Cechy stanu faktycznego kwalifikowanego w orzecznictwie jako obejście prawa podatkowego

2.1. Rodzaj czynności

Podstawowym elementem stanów faktycznych kwalifikowanych jako obejście prawa podatkowego wymagającym sprecyzowania jest rodzaj aktywności podatnika. Do tego elementu odnosi się zazwyczaj ocena, czy wystąpiło obejście prawa podatkowego,

czym badania te koncentrowały się głównie na orzecznictwie NSA. Dla selekcji orzeczeń wykorzystano przede wszystkim System Informacji Prawnej Lex (w odniesieniu do okresu 1978–2004) oraz Centralną Bazę Orzeczeń Sądów Administracyjnych (w odniesieniu do okresu 2004–2016), w wyjątkowych przypadkach analizie poddane zostały również orzeczenia dostępne w innych źródłach. Mimo dużej liczby przebadanych wyroków nie jest to całość orzecznictwa, które odwołuje się do obejścia prawa podatkowego. Wyselekcjonowana próba wydaje się jednak na tyle duża, że pozwala na formułowanie pewnych uogólnień. Zaznaczyć również trzeba, że w istotnej części z przebadanych wyroków odwołanie do obejścia prawa podatkowego nie miało znaczenia bądź dla rozstrzygnięcia sądowego, bądź też dla ustaleń czynionych w niniejszym opracowaniu. Z tego względu zostały one pominięte w dalszych analizach.

9 Uzasadnienie wyroku – jak trafnie zauważono w piśmiennictwie – jest racjonalizacją *ex post*, która nie zawsze pokrywa się z tokiem podejmowania decyzji. Patrz: J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie…*, s. 26.

10 Por. np. wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2011 r., I FSK 523/10.

11 Por. w tym zakresie M. Ślifirczyk, *The Acceptance of Tax Avoidance as an Element of Poland's Financial Policy* (w:) *Tax Law vs Tax Frauds and Tax Evasion*, vol. 2, eds. V. Babčák, A. Románová, I. Vojníková, P.J. Šefárik, Košice 2015, s. 291–299.

jak również z tym elementem wiązane są z reguły skutki przyjęcia takiej kwalifikacji. Orzecznictwo posługujące się doktryną obejścia prawa podatkowego rozumie wspomnianą aktywność podatnika bardzo szeroko. Mechanizm w tym zakresie występujący warunkowany jest również kontekstem prawnym, w jakim następuje odwołanie się do obejścia prawa podatkowego. Tam, gdzie jest to czynione poprzez opieranie skutków prawnych na stosowanym wprost lub odpowiednio art. 58 lub art. 83 k.c., oczywiste jest, że za możliwe do zakwalifikowania jako obejście prawa podatkowego będą uznawane jedynie czynności prawne. Podobnie będzie w przypadku opierania doktryny obejścia prawa podatkowego na art. 199a § 1 lub § 2 ordynacji podatkowej. W orzecznictwie dostrzec można jednak przypadki szerokiego postrzegania „czynności prawnej" wymienionej w tych przepisach. Za obejście prawa podatkowego może bowiem zostać uznany szereg czynności prawnych, zarówno takich, których stroną jest podatnik, jak i dokonywanych pomiędzy innymi podmiotami, które wiążą się z czynnościami dokonywanymi przez podatnika[12]. Opieranie doktryny obejścia prawa podatkowego na innym uzasadnieniu prawnym, niezwiązanym z ww. przepisami, sprzyja szerszemu postrzeganiu działań podatnika, jakie bywają uznawane za obejście prawa podatkowego. W tym zakresie wskazać należy na próby kwalifikowania jako obejścia prawa podatkowego w istocie także działań faktycznych[13]. Trudno znaleźć natomiast przykład zakwalifikowania jako obejścia prawa podatkowego – zaniechania podatnika. Wypowiedzi sugerujące przyjęcie tego rodzaju kwalifikacji w wyroku NSA z dnia 17 stycznia 2003 r., I SA/Po 3547/01[14], są – jak się zdaje – pewnym skrótem myślowym. Faktem jest, że jedną z okoliczności podnoszonych przez sąd i organy podatkowe w tej sprawie było zaniechanie skorzystania z pewnych możliwości prawnych, jednak bezpośrednio zakwestionowanym zachowaniem podatnika było skorzystanie z przywilejów wynikających z przepisów prawa podatkowego, a więc pewne działanie, a nie zaniechanie. Przywołany wyrok jest przykładem podważenia – z powołaniem się na obejście prawa podatkowego – nie tyle czynno-

Podstawowym elementem stanów faktycznych kwalifikowanych jako obejście prawa podatkowego wymagającym sprecyzowania jest rodzaj aktywności podatnika.

12 Np. wyrok NSA z dnia 14 lipca 1999 r., I SA/Gd 2444/98 oraz wyrok NSA z dnia 29 września 1998 r., I SA/Ka 2439/96.

13 Specyficzne rozumowanie zostało przeprowadzone w wyroku NSA z dnia 1 października 2003 r., I SA/Wr 1347/01. Sąd ten, powołując się na pozorność i obejście prawa podatkowego, uznał, że podatnik nabył samochód osobowy zamiast deklarowanego przez podatnika samochodu o innych cechach (ciężarowo-specjalizowanego): „Czynności, które nastąpiły po nabyciu przedmiotowego, osobowego samochodu, w konsekwencji których został on przerobiony na ciężarowo-specjalizowany, były bez znaczenia dla uzyskania przez skarżącego prawa do obniżenia podatku należnego o naliczony (…), pozostałe czynności podjęte przez skarżącego za pośrednictwem »AG« Robert R. w celu dokonania przeróbki samochodu na ciężarowo-specjalizowany i zmiany jego rodzaju w dowodzie rejestracyjnym, były czynnościami podjętymi dla pozoru i miały na celu umożliwienie skarżącemu skorzystanie z uprawnienia wynikającego z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku VAT". Por. również w tym zakresie wyrok NSA z dnia 25 listopada 2004 r., FSK 674/04.

14 Zob. B. Brzeziński, M. Kalinowski, *Glosa do wyroku NSA z dnia 17 stycznia 2003 r., I SA/Po 3547/01*, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego" 2004, nr 5, s. 482.

ści cywilnoprawnej dokonanej przez podatnika, lecz przyjętej przez niego kwalifikacji podatkowej.

Formułując bardziej ogólne obserwacje w odniesieniu do rodzaju czynności, które są kwalifikowane jako stanowiące obejście prawa podatkowego, stwierdzić trzeba, że w zdecydowanej większości przypadków są to umowy cywilnoprawne. Chodzi przy tym zarówno o umowy ze sfery obrotu gospodarczego, jak i zawierane poza tym obrotem. Kwestionowane bywało również nieuzasadnione skorzystanie z określonych przywilejów wynikających z przepisów prawa podatkowego.

2.2. Zakładany skutek podatkowy

1. Kolejnym niezbędnym elementem identyfikowanym przy okazji stwierdzania w praktyce obejścia prawa podatkowego był skutek podatkowy podjętych działań. Skutek ten – co skądinąd oczywiste – powinien być w jakiś sposób niekorzystny dla wierzyciela podatkowego, a przynosić korzyść dłużnikowi podatkowemu. Teoretycznie oczywiście można wyróżniać i rozważać dokonanie przez podatnika obejścia prawa podatkowego, które w założeniu nie generuje korzyści podatkowych. Takie przypadki, jak należy sądzić, nie stanowią jednak przedmiotu zainteresowania organów podatkowych i w efekcie nie znajdują odbicia w orzecznictwie. Nie stały się one również podstawą dla sformułowania w orzecznictwie doktryny obejścia prawa podatkowego.

Z powyższego wynika wniosek, że za obejście prawa podatkowego nie są uznawane sytuacje, co do których nie wykazano, że generują po stronie podatnika korzyści podatkowe kosztem wierzyciela podatkowego[15]. Z drugiej strony samo uzyskanie przez podatnika korzyści podatkowej w wyniku podjętych przez niego działań nie przesądza także o wystąpieniu obejścia prawa podatkowego[16].

Za obejście prawa podatkowego nie są uznawane sytuacje, co do których nie wykazano, że generują po stronie podatnika korzyści podatkowe kosztem wierzyciela podatkowego. Z drugiej strony samo uzyskanie przez podatnika korzyści podatkowej w wyniku podjętych przez niego działań nie przesądza także o wystąpieniu obejścia prawa podatkowego.

2. Korzyść podatkowa, jaka w założeniu ma być rezultatem obejścia prawa podatkowego, jest w orzecznictwie postrzegana szeroko. Przykładowo może być to zmniejszenie wysokości zobowiązania podatkowego, w szczególności na skutek wyliczenia niższej podstawy opodatkowania[17] czy też dokonania odliczeń od niej, uzyskanie zwrotu podatku[18] albo uzyskanie przysporzeń wynikających ze szczególnych przywi-

15 Por. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 lipca 2011 r., III SA/Wa 3239/10.

16 Np. w wyroku NSA z dnia 7 lipca 2004 r., FSK 261/04, stwierdzono: „Okoliczność, że Józef G. poniósł niższe obciążenia podatkowe niż gdyby inaczej ułożył swoje interesy, zdaniem Sądu, nie świadczy samo w sobie o obejściu przepisów art. 17 pkt 6 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych".

17 Wyroki NSA z dnia 1 września 2004 r., FSK 50/04, FSK 49/04 i FSK 51/04.

18 Wyrok NSA z dnia 14 lipca 1999 r., I SA/Gd 2444/98; wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd 1957/99; wyrok NSA z dnia 7 września 2005 r., I FSK 453/05; wyrok NSA z dnia 14 lipca 2005 r., FSK 2621/04.

lejów podatkowych[19]. Nie jest przy tym istotne, czy podatnik realnie uzyskał wspomnianą korzyść. Wystarczające jest, że celem podejmowanych czynności było osiągnięcie takiego efektu. Niekiedy w orzecznictwie stwierdza się wprost o działaniach w celu osiągnięcia korzyści podatkowych, co wydaje się wprawdzie pewnym skrótem myślowym, ale akcentuje właśnie omawianą kwestię.

2.3. Intencjonalność

1. Dalszą kluczową przesłanką zakwalifikowania danego stanu faktycznego jako stanowiącego obejście prawa podatkowego jest cel podejmowanych działań[20]. Celem tym jest właśnie obejście prawa podatkowego. Odwołanie się w uzasadnieniu wyroku do omawianej przesłanki w istocie sprawia, że staje się ona przesłanką decydującą i przesądzającą o kwalifikacji podjętych przez podatnika działań[21]. Jednocześnie traktowana jest ona również jako uzasadniająca uprawnienie do ich zakwestionowania przez organy podatkowe[22].

2. Zasadniczym problemem związanym z omawianą przesłanką są kwestie dowodowe. Stosunkowo często stwierdza się, że cel dokonanych działań stanowi element stanu faktycznego ustalanego w ramach postępowania podatkowego[23]. W orzecznictwie można znaleźć przykłady sytuacji, gdy zamiar obejścia prawa podatkowego był niemal bezpośrednio[24] lub pośrednio deklarowany przez podatnika[25]. Przypadki tego rodzaju należą jednak do wyjątkowych i związane są zapewne z przekonaniem podatnika, że obejście prawa podatkowego jest działaniem akceptowalnym. Nawet jednak i w tych sytuacjach cel podejmowanych przez podatnika działań postrzegany jest w sposób zobiektywizowany, a jego ustalenie następuje w kontekście innych okoliczności sprawy.

19 Wyrok NSA z dnia 17 stycznia 2003 r., I SA/Po 3547/01; utrzymane w mocy przez NSA wyroki WSA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2004 r., I SA/Wr 2242/01, I SA/Wr 2243/01, I SA/Wr 2244/01, I SA/Wr 2245/01, I SA/Wr 2246/01, I SA/Wr 2247/01.

20 Nie wydaje się istotne występujące niekiedy jednoczesne i równoległe posługiwanie się w orzeczeniach sformułowaniem „zamiar" i „cel" umowy. Tak np. w wyroku NSA z dnia 18 grudnia 1996 r., I SA/Lu 277/96.

21 Patrz wyrok NSA z dnia 7 lutego 2014 r., II FSK 362/12: „Na wstępie należy przywołać zasadę, zgodnie z którą w każdej sprawie, w której zachodzi podejrzenie, że podatnik układa bieg swoich interesów w celu obejścia przepisów prawa podatkowego, należy ocenić, czy działanie takie mieści się w ramach dozwolonej optymalizacji podatkowej, czy stanowi nadużycie (oszustwo) prawa podatkowego. Granicę pomiędzy taką kwalifikacją wyznacza cel, jaki przyświeca podatnikowi przy podejmowaniu danej aktywności".

22 Jak się zdaje, nawet w przypadkach, kiedy brak wyraźnego wskazania w uzasadnieniu wyroku na cel działań podatnika w postaci obejścia prawa podatkowego, nie oznacza to, że sąd uznaje ten element stanu faktycznego za nieistotny. Jest on raczej traktowany w okolicznościach danej sprawy jako oczywisty.

23 Zob.: wyrok NSA z dnia 18 grudnia 1996 r., I SA/Lu 277/96; wyrok NSA z dnia 19 marca 1997 r., SA/Ka 3005/95; wyrok NSA z dnia 9 września 2004 r., FSK 423/04; wyrok NSA z dnia 27 września 2005 r., FSK 2094/04; wyrok NSA z dnia 8 grudnia 2005 r., II FSK 25/05; wyrok NSA z dnia 8 lutego 2007 r., I FSK 422/06; wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2009 r., I FSK 1382/08; wyrok NSA z dnia 7 lutego 2014 r., II FSK 362/12.

24 Wyrok NSA z dnia 5 czerwca 1999 r., III SA 8122/98: „Z pewnością nie chodziło ustawodawcy o »ulgowe« potraktowanie wszelkich wypłat, wynikających z aktów nazwanych przez strony umowami renty, czy – jak w niniejszej sprawie – umowami o stypendium, w szczególności gdy zawierano je nie z uwagi na sytuację wymagającą od »dobroczyńcy« odpowiedniego wsparcia materialnego, lecz wyłącznie w celu zmniejszenia podatku, jaki tenże powinien zapłacić. Taka sytuacja zachodziła w przypadku skarżącego, który na rozprawie sądowej z rozbrajającą szczerością wyjaśnił, że do zawarcia obydwu umów zainspirowała go lektura publikacji zamieszczonej w Gazecie Prawnej".

25 Wyrok NSA z dnia 14 stycznia 2000 r., I SA/Lu 1224/98: „organy obu instancji w uzasadnieniach decyzji podały motywy rozstrzygnięcia, dokonały gruntownej analizy treści umów zawartych z udziałem M.G.-Z. Wykazały ich skutki prawnopodatkowe oraz zgodność z zasadami systemu oferowanego przez Spółkę W.L. Mechanizm tego systemu prowadził m.in. do osiągnięcia dochodu przez określone Spółki i osoby fizyczne biorące w nim udział. Zawierane w systemie »W.L.« umowy miały na celu zmniejszenie podstawy opodatkowania, a tym samym zobowiązanie z tytułu podatku dochodowego. W aktach sprawy znajduje się m.in. prospekt Spółki z o.o. W.L.; zasady działania systemu »W.L.«; wzory umów zawieranych przez podmioty biorących w nim udział i analizy ekonomiczne".

W większości przypadków do ustalenia celu podejmowanych działań dochodzi dopiero na bazie całokształtu oceny stanu faktycznego sprawy. Przypisanie zamiaru obejścia prawa podatkowego następuje zatem niejako w sposób pośredni, po dowiedzeniu innych przesłanek wskazujących na obejście prawa podatkowego, stanowiąc wniosek z nich wynikający[26]. W ten sposób stwierdzenie, że oceniane działania zostały podjęte w celu obejścia prawa podatkowego, stanowi zwieńczenie dokonanych ustaleń i jednocześnie ich określoną kwalifikację prawną. W tych przypadkach obiektywizacja celu działania jest szczególnie dobrze widoczna. Dla ilustracji przywołać można wypowiedź z wyroku NSA z dnia 14 lipca 2005 r., FSK 2621/04: „nie można zgodzić się z twierdzeniem strony skarżącej, iż nie ustalono zamiaru, jaki jej przyświecał podczas nabywania spornej linii. Zamiar ów można przecież zrekonstruować jedynie w drodze analizy okoliczności obiektywnych, w których doszło do podjęcia zakwestionowanej czynności prawnej". Jak się zdaje, za obiektywizacją czynionych ustaleń przemawiać może także wskazywanie w uzasadnieniach wielu wyroków nie tyle na zamiary podatnika, ile na rzeczywistą treść i cel danej czynności prawnej[27].

Niewątpliwie wykazanie celu w postaci obejścia prawa podatkowego jest w wielu przypadkach trudne, bowiem podatnik, uprzedzając działania organów podatkowych, może ukrywać rzeczywiste intencje przyświecające dokonywanym przez niego czynnościom. Zwrócił na to uwagę WSA w Warszawie w wyroku z dnia 6 lipca 2005 r., V SA 3877/03: „wskazać trzeba, że sam zamiar obejścia przepisów prawa nie musi (…) przybrać formy materialnej, a jego ustalenie może być efektem dociekań intelektualnych, opartych na określonych konstatacjach. Trudno byłoby oczekiwać, że działanie skarżącego – mające na celu obejście przepisów prawa – będzie *in principio* udokumentowane jakimś wyraźnym dowodem uzewnętrzniającym jego zamiar". Z tego względu w omawianym obszarze orzecznictwo niekiedy wprost uzasadnia swoje stanowisko poprzez odwołanie się do domniemań[28]. Chodzi w tym przypadku oczywiście o domniemania faktyczne, a nie prawne. Z reguły jednak – mimo oparcia rozumowania w istocie na wspomnianych domniemaniach – sądy otwarcie się do tego nie przyznają.

3. Pewne kontrowersje może budzić to, w jakim momencie powinien zaistnieć zamiar obejścia prawa podatkowego. W przywołanym wyżej wyroku WSA w Warszawie z dnia 6 lipca 2005 r. stwierdzono: „sam zamiar obejścia przepisów prawa nie musi być uzewnętrzniony przed podjęciem określonej działalności. Może on przejawić się w trakcie jej prowadzenia, a nawet po jej zakończeniu". Jak się zdaje, wypowiedź ta nie oznacza, że cel w postaci obejścia prawa podatkowego nie musi istnieć w momencie dokonywania działań stanowiących takie obejście i może zaistnieć po ich zakończeniu. Wniosek taki byłby trudny do zrozumienia i wręcz nielogiczny. Skoro bowiem taki cel wystąpił dopiero po przeprowadzeniu wspomnianych działań, to jaki cel miały te działania w momencie ich dokonywania? Jeśli był to inny cel aniżeli obejście prawa podatkowego, to w takim razie trzeba uznać, że doszło do zmiany celu podjętych działań po ich wykonaniu. Jeśli *ex post* można modyfikować cel dokonanych działań, to równie dobrze można byłoby uznać, że działania podjęte w celu obejścia prawa podatkowego po ich przeprowadzeniu mogą zostać uznane za dokonane w innym celu. Wnioski wynikające z przeprowadzonego rozważania wydają się trudne do zaakceptowania. Bardziej przekonujące i zgodne z językowym znaczeniem wyrazów „zamiar" czy „cel" jest uznanie, że muszą one poprzedzać podejmowane działania. Wynika to również z faktu uznania tych działań za racjonalne w szerokim tego słowa znaczeniu, obliczone przede wszystkim na uzyskanie korzyści podatkowych. Ze swojej natury muszą one stanowić zatem działania podporządkowane pewnemu uprzedniemu zamysłowi. Choć zwykle nie jest to deklarowane wprost w uzasadnieniach wyroków, to jednak właśnie na takim założeniu zdają się przede wszystkim bazować

26 Por. np. wyrok NSA z dnia 21 sierpnia 1996 r., SA/Gd 2876/95: „należy stwierdzić, że wszystkie podejmowane czynności i dokonane transakcje świadczyły jednakże o tym, iż celem zawartej umowy było obejście prawa podatkowego".

27 Zob.: wyrok NSA z dnia 14 stycznia 2000 r., I SA/Lu 1224/98; wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd 1957/99; wyrok NSA z dnia 27 września 2005 r., FSK 2094/04.

28 Zob. np. wyrok NSA z dnia 17 lipca 1998 r., III SA 683/97. Patrz jednak również: wyrok NSA z dnia 30 czerwca 1999 r., I SA/Lu 441/98.

sądy[29]. W przywołanym wcześniej cytacie z wyroku WSA w Warszawie z dnia 6 lipca 2005 r. nie chodzi zatem o pojawienie się zamiaru obejścia prawa podatkowego po dokonaniu wskazanych w nim działań, ale o to, że zamiar ten, choć istniał już wcześniej, dopiero wówczas zostaje uzewnętrzniony i może znaleźć potwierdzenie w określonych dowodach[30].

4. O ile zamiar obejścia prawa podatkowego po stronie podatnika wydaje się niezbędnym elementem dla przyjęcia, że do takiego obejścia istotnie doszło, wątpliwości mogą pojawić się co do tego, czy cel taki musi być celem jedynym. Wprawdzie w niektórych wyrokach stwierdzano wprost, że tego rodzaju zamiar był zamiarem wyłącznym, jednak nie zawsze przesądzało to negatywnie o dopuszczalności kwalifikowania jako obejście prawa podatkowego działań, którym towarzyszyły także inne cele[31]. W wielu orzeczeniach kwestia ta nie jest w ogóle precyzowana[32]. W niektórych wskazuje się z kolei, że omawiany cel powinien być celem zasadniczym[33]. Trzeba również pamiętać, że skuteczne wykazanie pozapodatkowych celów podejmowanych działań może prowadzić do zdyskwalifikowania zarzutu obejścia prawa podatkowego[34]. Oczywiście powinny być to cele na tyle istotne, aby samoistnie mogły uzasadnić podjęte działania. Jak z tego wynika, zdaje się przeważać stanowisko, że dla wystąpienia obejścia prawa podatkowego niezbędne jest, aby cel obejścia prawa podatkowego wystąpił jako główny, choć niekoniecznie jedyny cel podejmowanych działań[35].

5. Cel w postaci obejścia prawa podatkowego nie jest równoznaczny z zamiarem uzyskania korzyści podatkowej[36]. Chodzi w tym przypadku o coś więcej, o zamiar uzyskania tej korzyści w sposób nieakceptowalny. O tym, czy uzyskanie korzyści podatkowej może być zaakceptowane, rozstrzyga zgodność podjętych działań z normami prawa podatkowego. Oczywiście nie oznacza to samej tylko zgodności z literą prawa, bowiem cechą obejścia prawa podatkowego jest właśnie zgodność z literalnie rozumianymi przepisami[37].

29 Np. wyrok NSA z dnia 14 lipca 2005 r., FSK 2621/04.

30 Do podobnych wniosków prowadzi lektura wyroku NSA z dnia 30 czerwca 1999 r., I SA/Lu 441/98: „zawarcie po upływie okresu umowy leasingu umowy kupna-sprzedaży byłego przedmiotu leasingu nie ma, samo w sobie, wpływu na ocenę stosunku leasingu. Wprawdzie okoliczność taka może, chociaż wcale nie musi, świadczyć o zamiarze stron zawarcia od początku innej umowy niż umowa leasingu, jednak dokonanie takich ustaleń wymagałoby przeprowadzenia w tym kierunku szczegółowego postępowania dowodowego, czego w niniejszej sprawie nawet nie próbowano podejmować".

31 Zob. wyrok NSA z dnia 5 czerwca 1999 r., III SA 8122/98; wyrok NSA z dnia 14 lipca 1999 r., I SA/Gd 2444/98; wyrok NSA z dnia 8 lutego 2007 r., I FSK 422/06. Patrz jednak np. wskazania co do dalszego postępowania zawarte w wyroku WSA w Gdańsku z dnia 24 czerwca 2014 r., I SA/Gd 494/14. Wyraźnie co do tego, że cel obejścia prawa podatkowego powinien być celem jedynym, wypowiedział się np. NSA w wyroku z dnia 12 listopada 2010 r., II FSK 955/10: „skorzystanie przez podatnika z prawnie dopuszczalnego rozwiązania, które służy nie tylko osiągnięciu obranego celu gospodarczego, ale także przyczynia się do obniżenia wysokości potencjalnego zobowiązania podatkowego nie może być odczytywane przez organy podatkowe jako obejście prawa podatkowego, które powinno być sankcjonowane przez wojewódzkie sądy administracyjne. Jedynie w sytuacji, gdy dana czynność prawna służy tylko i wyłącznie uniknięciu ponoszenia zobowiązań publicznoprawnych można przyjąć ocenę, że mamy do czynienia z obejściem prawa podatkowego".

32 Zob. np. wyrok NSA z dnia 21 sierpnia 1996 r., SA/Gd 2876/95; wyrok NSA z dnia 18 grudnia 1996 r., I SA/Lu 277/96; wyrok NSA z dnia 19 marca 1997 r., SA/Ka 3005/95; wyrok NSA z dnia 17 lipca 1998 r., III SA 683/97; wyrok NSA z dnia 14 stycznia 2000 r., I SA/Lu 1224/98; wyrok NSA z dnia 14 lipca 2005 r., FSK 2621/04; wyrok NSA z dnia 27 września 2005 r., FSK 2094/04.

33 Jak należy sądzić, na takie stanowisko ma pewien wpływ orzecznictwo TSUE. Por. np. wskazania co do dalszego postępowania zawarte w wyroku NSA z dnia 6 kwietnia 2011 r., I FSK 523/10; podobnie wyrok NSA z dnia 8 lutego 2007 r., I FSK 422/06.

34 Patrz rozdz. 2.4. niniejszego opracowania.

35 Zob. np. wyrok NSA z dnia 7 lutego 2014 r., II FSK 362/12; wyrok WSA w Krakowie z dnia 25 października 2006 r., I SA/Kr 1554/04 oraz stanowisko WSA przytoczone w wyroku NSA z dnia 9 września 2004 r., FSK 423/04.

36 Por. wyrok NSA z dnia 17 kwietnia 2002 r., SA/Sz 1975/00.

37 Wyrok NSA z dnia 27 sierpnia 2005 r., FSK 2094/04: „organy podatkowe uprawnione były do oceny czy zamiarem podatnika było takie ukształtowanie swych stosunków z kontrahentami by przy zachowaniu ich formalnej zgodności z prawem zmierzały do osiągnięcia celu sprzecznego z prawem". Por. również: wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd

Istotna jest zatem ponadto zgodność z funkcją czy też celem określonych regulacji prawnych. W istocie zatem o stwierdzeniu obejścia prawa podatkowego przesądza zgodność działań podatnika z regulacjami prawa podatkowego interpretowanymi w sposób funkcjonalny (celowościowy)[38]. Cel w postaci obejścia prawa podatkowego to zatem zamiar, aby działać w sposób sprzeczny z funkcjonalnie rozumianymi przepisami prawa podatkowego, zamiar wykorzystania regulacji prawnych w sposób sprzeczny z intencją prawodawcy[39]. Stąd też w tym kontekście pojawia się także określenie nadużycia prawa[40]. Jeśli podjęty zamiar zostanie zrealizowany, tj. przybierze postać określonych działań, to wówczas wystąpi sytuacja obejścia prawa podatkowego. Uznanie działań za obejście prawa podatkowego będzie w związku z tym z reguły oznaczało uznanie ich za nieakceptowane[41].

2.4. Nieracjonalność podejmowanych działań

1. Dalszą przesłanką, niezwykle często powoływaną jako argument wskazujący na wystąpienie obejścia prawa podatkowego, jest nieracjonalność podejmowanych przez podatnika działań. Dotyczy to przede wszystkim tych sytuacji, w których nie ma możliwości zracjonalizowania działań podjętych przez podatnika na skutek ich reinterpretacji i ujawnienia prawdziwej istoty. Nawet jednak i w pozostałych przypadkach wskazanie na nieracjonalność wersji podawanej przez podatnika jest argumentem uzasadniającym dokonane przez organy podatkowe i sądy ustalenia faktyczne[42].

Cel w postaci obejścia prawa podatkowego to zamiar, aby działać w sposób sprzeczny z funkcjonalnie rozumianymi przepisami prawa podatkowego, zamiar wykorzystania regulacji prawnych w sposób sprzeczny z intencją prawodawcy.

2. W orzecznictwie dotyczącym obejścia prawa podatkowego ocena z punktu widzenia kryterium racjonalności ma zasadniczo wymiar ekonomiczny. Oznacza to, że za nieracjonalne są uważane działania nieposiadające uzasadnienia ekonomicznego, niezgodne z istotą działalności gospodarczej, nadmiernie kosztowne lub generujące niepotrzebne koszty, bądź też świadomie zmierzające do niewypłacalności[43]. Usta-

1957/99; wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2009 r., I FSK 1382/08; wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2011 r., I FSK 523/10.

38 Zob. np.: wyrok NSA z dnia 5 czerwca 1999 r., III SA 8122/98; wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2009 r., I FSK 1382/08.

39 Np. w wyroku NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd 1957/99, stwierdzono: „W tej sprawie skarżący, jak i pozostałe firmy powiązane kapitałowo i osobowo miały zamiar osiągnąć cel sprzeczny z wolą ustawodawcy tak ustalającym podatek od towarów i usług, aby nie stanowił on źródła bezpodstawnego przysporzenia nienależnych korzyści żadnej ze stron, a więc ani Skarbowi Państwa ani też podatnikowi". Z kolei w wyroku NSA z dnia 17 stycznia 2003 r., I SA/Po 3547/01, sąd stwierdził: „nie można czynić użytku z przywileju prawnego określonego w art. 14a ust. 1 ww. ustawy z motywów innych niż przewidziany w przepisach prawa podatkowego tj. z chęci zwiększenia korzyści finansowych, a nie ze względu na interes osób niepełnosprawnych".

40 Patrz np.: wyrok NSA z 8 lutego 2007 r., I FSK 422/06; wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2011 r., I FSK 523/10; wyrok NSA z dnia 7 lutego 2014 r., II FSK 362/12.

41 Patrz np. wyrok NSA z dnia 21 sierpnia 1996 r., SA/Gd 2876/95: „celem zawartej umowy było obejście prawa podatkowego, co nie może spotkać się z akceptacją".

42 Zob. np.: wyrok NSA z dnia 8 grudnia 2005 r., II FSK 25/05; wyrok NSA z dnia 12 lipca 2011 r., I FSK 985/10.

43 Zob.: wyrok NSA z dnia 24 kwietnia 1996 r., SA/Gd 2959/94; wyrok NSA z dnia 19 czerwca 1997 r., SA/Ka 3005/95; wyrok

W orzecznictwie dotyczącym obejścia prawa podatkowego ocena z punktu widzenia kryterium racjonalności ma zasadniczo wymiar ekonomiczny.

lenia w tym zakresie nie mogą być oczywiście dowolne[44]. Nieracjonalność podjętych działań wykazywano niejednokrotnie, zastawiając korzyści i koszty[45] bądź też skalę prowadzonej działalności z dokonywanymi nakładami[46], wysokość deklarowanych przychodów z okresem prowadzonej działalności[47] czy też dochody i koszty[48]. Niekiedy powoływano się również na interes działającego podmiotu[49], zestawiano działania podatnika z praktyką innych podmiotów[50] lub z „nor-

NSA z dnia 17 października 1997 r., I SA/Gd 273/96; wyrok NSA z dnia 20 listopada 2012 r., II FSK 1698/11; wyrok NSA z dnia 27 września 2007 r., II FSK 989/06; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 9 listopada 2004 r., I SA/Po 2348/03; wyroki NSA z dnia 12 lipca 2006 r., II FSK 980/05, II FSK 981/05; wyrok NSA z dnia 14 lipca 2005 r., FSK 2621/04; wyrok NSA z dnia 15 września 2004 r., FSK 472/04; wyrok NSA z dnia 9 września 2004 r., FSK 423/04; wyrok NSA z dnia 7 lutego 2014 r., II FSK 362/12; wyrok NSA z dnia 5 września 2016 r., I FSK 2/15.

44 Por. wyrok NSA z dnia 6 lutego 1998 r., I SA/Gd 1431/96.

45 Np. wyrok NSA z dnia 20 listopada 2012 r., II FSK 1698/11: „Zwrócono również uwagę na brak ekonomicznego uzasadnienia zlecania prac podwykonawcom, gdyż kosztowało to znaczenie drożej niż zatrudnienie pracowników" (podobnie: wyrok NSA z dnia 24 stycznia 2006 r., II FSK 254/05); wyrok NSA z dnia 27 września 2007 r., II FSK 989/06: „Wydatek na wynagrodzenie pośrednika, wyjątkowo wygórowany w zestawieniu z wartością sprzedawanej nieruchomości, a nadto nie poparty żadnymi innymi dowodami wykonania usługi, poza fakturą, a także brak dowodów na poszukiwanie innych tańszych wykonawców, trafnie ocenił WSA jako nieracjonalny gospodarczo. Skoro działalność gospodarcza oparta jest na logicznym założeniu, że składać się powinna z operacji korzystnych, jeżeli w ostatecznym rozrachunku ma przynieść powodzenie w postaci zysku (…)" (choć NSA nie powołał się w tym wyroku na obejście prawa podatkowego, na taką kwalifikację wskazywał sąd pierwszej instancji); wyrok WSA w Poznaniu z dnia 9 listopada 2004 r., I SA/Po 2348/03: „Zestawienie wielkości miesięcznych wydatków na najem pomieszczeń, zaliczanych do kosztów uzyskania przychodów tj. (…) zł, z miesięcznymi kosztami z tytułu amortyzacji, które wyniosły kwotę (…) zł, pozwala sformułować tezę, że takie ukształtowanie struktury kosztów podatkowych nie nosiło znamion racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej"; podobnie w wyrokach NSA z dnia 12 lipca 2006 r., II FSK 980/05 i II FSK 981/05. Patrz także ustalenia organów podatkowych przywołane w wyroku NSA z dnia 12 kwietnia 2007 r., I FSK 379/06. Charakterystyczna dla prezentowanej argumentacji jest wypowiedź zawarta w wyroku NSA z dnia 5 maja 1999 r., III SA 1620/97: „Osiągnięte w badanym okresie przychody z tytułu odsetek od obligacji były niewspółmiernie niskie w stosunku do poniesionych kosztów na nabycie tych obligacji, co w rezultacie przyniosło stratę. Faktyczną »korzyścią« tych transakcji było więc zmniejszenie podstawy opodatkowania i w konsekwencji należnego podatku". Por. również wyrok NSA z dnia 17 października 1997 r., I SA/Gd 273/96.

46 Np. wyrok NSA z dnia 24 kwietnia 1996 r., SA/Gd 2959/94: „nie ma logicznego uzasadnienia, by podmiot, który osiąga 4 934 388 000 zł brutto, przeznaczył 78 proc. tego dochodu na wydatki związane z doradztwem. (…) Nikt bowiem o zdrowym rozsądku nie może dla uzyskania choćby i najlepszych porad przeznaczyć 78 proc. dochodu". Patrz także wyrok NSA z dnia 19 sierpnia 2004 r., FSK 368/04.

47 Np. wyrok NSA z dnia 17 września 1999 r., I SA/Gd 1767/97.

48 Zob. wyrok NSA z dnia 17 października 1997 r., I SA/Gd 273/96.

49 Patrz np. utrzymane w mocy przez NSA wyroki WSA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2004 r.: I SA/Wr 2242/01, I SA/Wr 2243/01, I SA/Wr 2244/01, I SA/Wr 2245/01, I SA/Wr 2246/01, I SA/Wr 2247/01. W wyroku NSA z dnia 19 grudnia 1995 r., SA/Ka 2319/04 stwierdzono: „Organy skarbowe mają bowiem prawo badać czy skarżąca nie dokonała zbycia przedmiotowej tarcicy na warunkach rażąco dla siebie niekorzystnych i odbiegających od ogólnie stosowanych norm. Wtedy bowiem zachodzi podejrzenie, że umowa cywilnoprawna jest wykorzystywana do obejścia prawa podatkowego".

50 Wyrok NSA z dnia 27 kwietnia 1998 r., I SA/Ka 1525/96.

malnie ustalonymi działaniami gospodarczymi"[51]. Wskazywano także na to, że uzyskany efekt można było osiągnąć prościej z ekonomicznego punktu widzenia i logiki obrotu gospodarczego[52], bądź też nawet wiązano brak ekonomicznego efektu z fikcyjnością dokonanych transakcji[53].

Wyżej wymieniona ekonomiczna płaszczyzna oceny racjonalności sprawia, że w naturalny sposób jednym z głównych czynników wpływających na uznanie transakcji za racjonalną lub nieracjonalną są przyjęte w niej warunki realizacji świadczeń, a przede wszystkim ustalona przez strony wartość świadczeń. Ceny, marże lub wynagrodzenia rażąco odbiegające od stosowanych w obrocie są zwykle traktowane jako argument za nieracjonalnością dokonywanej transakcji[54]. Do takiego wniosku prowadzić również może nieuzasadnione stosowanie zawyżonych cen przy zakupie, a zaniżonych przy sprzedaży określonych dóbr[55]. Na nieracjonalność stosowanych cen czy wartości wskazywać może ponadto ich zmienianie, do którego dochodzi w stosunkowo krótkim czasie[56]. Omawiane rozbieżności dotyczące wartości świadczenia nie powinny mieć natomiast znaczenia, jeśli znajdą uzasadnienie w zmieniających się okolicznościach[57].

51 Wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd 1957/99.

52 Np. w wyroku NSA z dnia 14 lipca 1999 r., I SA/Gd 2444/98 m.in. z tego względu kwestionowano udział pośrednika w łańcuchu dokonanych transakcji.

53 Np. wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2009 r., I FSK 1382/08: „Z gospodarczego punktu widzenia fikcyjne przenoszenie rzeczy, przez osoby, które nie były jej właścicielem, bez ich wydania i zapłaty w krótkim odstępie czasowym wskazuje, że czynności te miały jedynie na celu obejście prawa podatkowego".

54 Zob. np.: wyrok NSA z dnia 27 kwietnia 1998 r., I SA/Ka 1525/96; wyrok NSA z dnia 25 czerwca 1998 r., I SA/Po 1883/97; wyrok NSA z dnia 29 października 1999 r., I SA/Lu 728/98; wyrok NSA z dnia 14 lipca 2005 r., FSK 2621/04.

55 Por. np. wyrok NSA z dnia 2 kwietnia 1996 r., SA/Ka 1405/95.

56 Zob.: wyrok NSA z dnia 25 czerwca 1998 r., I SA/Po 1883/97; wyrok NSA z dnia 21 stycznia 1999 r., I SA/Łd 228/97; wyrok NSA z dnia 29 maja 2015 r., I FSK 2125/13. Patrz także rozdz. 2.5 niniejszego opracowania.

57 Zob. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 lipca 2011 r., III SA/Wa 3239/10.

Podane wyżej przesłanki wskazujące na nieracjonalność prowadzą do wniosku, że zasadniczo racjonalność lub nieracjonalność działań oceniać należy w kontekście konkretnego przypadku i konkretnego podmiotu. To co dla jednego podmiotu w konkretnej sytuacji może być działaniem racjonalnym, w przypadku innego podmiotu może być uznane za działanie nieracjonalne.

2.5. Element czasu

W piśmiennictwie dostrzeżono związek elementu czasu z problematyką obejścia prawa podatkowego[58]. Taki związek wynika również z analizy orzecznictwa sądowego. Zauważyć przy tym należy, że element ten może mieć w różny sposób wpływ na ocenę danego zdarzenia jako stanowiącego obejście prawa podatkowego[59]. W tym zakresie wyróżnić można kilka charakterystycznych przypadków. W świetle orzecznictwa na obejście prawa podatkowego wskazywać może:

1) krótki okres (krótkie okresy) pomiędzy kolejnymi czynnościami prawnymi lub też zbieżność czasowa pomiędzy tymi czynnościami,
2) kolejność podejmowanych czynności prawnych,
3) moment dokonania czynności prawnej,
4) czas obowiązywania bądź powstania skutków prawnych wywołanych przez oceniane czynności prawne.

Zauważyć trzeba, że praktycznie nie ma możliwości oceny omawianego elementu i zaliczenia go do jednej z powyższych kategorii bez odniesień zewnętrznych. Te odniesienia wiązać się mogą z zestawieniem danego elementu z innymi cechami ocenianej czynności prawnej, bądź też polegać na porównaniu tego elementu z analogicznymi elementami w typowych

58 Por. Adam Nita, *Czynnik czasu w prawie podatkowym. Studium z dziedziny zobowiązań podatkowych*, Gdańsk 2007, s. 78–79.

59 Niekiedy element czasu nie będzie przy tym rozstrzygający, ponieważ może być instrumentalnie wykorzystywany przez działające podmioty. Por. np. wyrok NSA z dnia 5 września 2016 r., I FSK 2/15, w którym stwierdzono: „bez znaczenia jest argument, że »normą« jest chęć uzyskania korzyści podatkowej w krótkim okresie czasu, nie wyklucza on bowiem planowania działań mających przynieść takie skutki na przełomie dłuższego okresu (np. w celu uniknięcia obudzenia czujności organów podatkowych)".

Na obejście prawa podatkowego wskazywać może: krótki okres (krótkie okresy) pomiędzy kolejnymi czynnościami prawnymi lub też zbieżność czasowa pomiędzy tymi czynnościami, kolejność podejmowanych czynności prawnych, moment dokonania czynności prawnej, czas obowiązywania bądź powstania skutków prawnych wywołanych przez oceniane czynności prawne.

czynnościach prawnych lub wykorzystaniu go dla łącznej oceny zestawienia kilku działań.

Ad 1). Przypadek wymieniony w tym punkcie odnosi się oczywiście przede wszystkim do sytuacji, w których jedno świadczenie dzielone jest na części realizowane jednocześnie lub w krótkich odstępach czasu[60]. Nie chodzi jednak wyłącznie o sytuacje tego rodzaju. Krótki okres np. pomiędzy nabyciem i zbyciem składnika majątkowego może bowiem oznaczać nieistotność takiej operacji z punktu widzenia zasadniczej działalności podmiotu dokonującego tej operacji, a tym samym wskazywać na jej nieracjonal-

60 Zob. np. wyrok SN z dnia 20 grudnia 2001 r., III RN 163/00. Por. również np. stan faktyczny analizowany w wyroku NSA z dnia 23 marca 2005 r., FSK 1911/04. Szereg transakcji dokonanych w tym samym dniu (przy uwzględnieniu dodatkowych okoliczności) uznano w nim za stanowiące w istocie sprzedaż jednego przedsiębiorstwa. W wyroku WSA powołano się w tym kontekście na obejście prawa podatkowego, jednak rozpatrując skargę kasacyjną, NSA pod wyraźnym wpływem wcześniejszego wyroku składu siedmiu sędziów NSA z dnia 24 listopada 2003 r., FSA 3/03 (w tzw. sprawie Optimusa), uznał, że „Wojewódzki Sąd Administracyjny istotnie odwołał się w końcowej części uzasadnienia do koncepcji obejścia przepisów prawa podatkowego, co należy ocenić jako niekonsekwencję w stosunku do wcześniejszych wywodów. Wspomniana niekonsekwencja nie mogła jednak mieć wpływu na wynik sprawy, skoro podstawę rozstrzygnięcia stanowił art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT. Innymi słowy, oddalenie skargi nie było skutkiem zastosowania klauzuli obejścia prawa, lecz wynikało z niekwestionowanego w skardze kasacyjnej ustalenia faktycznego, że przedmiotem czynności cywilnoprawnej była sprzedaż przedsiębiorstwa, nie podlegająca przepisom ustawy o VAT". Wyraźnie na obejście prawa podatkowego wskazano natomiast w utrzymanych w mocy przez NSA wyrokach WSA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2004 r.: I SA/Wr 2242/01, I SA/Wr 2243/01, I SA/Wr 2244/01, I SA/Wr 2245/01, I SA/Wr 2246/01, I SA/Wr 2247/01. Stwierdzono w nich: „Zdaniem organów podatkowych, jakkolwiek wartość żadnej z zakwestionowanych faktur wystawionych przez ZPChr nie przekraczała kwot ustalonych w przepisie art. 3 ustawy o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm.), to wystawienie kilku faktur, w wykonaniu kilku zamówień tego samego podmiotu w tym samym dniu, niemalże w tym samym czasie, przy dostarczeniu zamówionego towaru jednym transportem, miało na celu obejście przepisu § 54 ust. 5 pkt. 1 rozporz. przez ominięcie warunku zapłaty za faktury za pośrednictwem banku i skorzystanie z prawa odliczenia podatku naliczonego od podatku należnego na zasadach ogólnych (art. 19 ustawy o podatku VAT), co było szczególnie korzystne dla strony wobec ustalenia, iż należności z tytułu wystawionych faktur strona skarżąca regulowała z kilkumiesięcznym opóźnieniem. (…) Zdaniem Sądu badającego zgodność z prawem zaskarżonej decyzji, rozumowaniu organów podatkowych nie można zarzucić dowolności ani też naruszenia obowiązujących przepisów prawa". Patrz także: wyrok NSA z dnia 23 marca 1998 r., I SA/Ka 1281/96.

ność[61]. To czy odstęp czasu jest z omawianego punktu widzenia wystarczająco krótki, zależy oczywiście od specyfiki danej sytuacji. Generalnie chodzi o to, aby rozbieżność czasowa nie wpływała na realne znaczenie dokonanych działań. Przykładem mogą być sytuacje, w których w krótkim czasie dojdzie do nieuzasadnionej szczególnymi okolicznościami bardzo dużej zmiany ceny danego dobra w kolejnych transakcjach[62], bądź też do nabycia i nieuzasadnionego zwrotu istotnego składnika majątku[63], albo jego dalszego zbycia[64]. Upływ jedynie krótkiego czasu nie będzie jednak wpływał na ocenę tego rodzaju zdarzeń, jeśli w tym okresie zmieniły się okoliczności w taki sposób, że mogą uzasadniać działanie podatnika[65].

Ad 2). Przypadek wskazany w tym punkcie jest z kolei związany z podjęciem niejednoczesnych działań, które np. prowadzą do osiągnięcia z powrotem identycznego lub podobnego stanu, do tego, jaki istniał pierwotnie[66]. Oczywiście sytuacje te nie są rozłączne z omówionymi w ramach wcześniejszego punktu i może się zdarzać nawet stosunkowo często, że odstęp czasowy pomiędzy podejmowanymi działaniami będzie krótki (niekiedy będzie to zresztą wpisane w logikę podejmowanych działań zmierzających do uniknięcia opodatkowania)[67]. Kolejność podejmowanych działań może wskazywać na osiągnięcie celu w postaci obejścia prawa podatkowego[68], choć nie musi tego przesądzać[69].

Ad 3). W świetle orzecznictwa dla zakwalifikowania czynności prawnej jako stanowiącej obejście prawa podatkowego istotny był niekiedy sam moment jej dokonania. Przykładowo za taką kwalifikacją przemawiało dokonanie czynności w trakcie trwającej już kontroli podatkowej czy postępowania podatkowego lub sądowego[70]. Znaczenie omawianych okoliczności

61 Chodzi oczywiście o sytuacje, w których istota działalności danego podmiotu nie polega lub nie zakłada wykonywania tego rodzaju operacji. Zob. np. wyrok NSA z dnia 15 stycznia 2016 r., II FSK 3162/13.

62 Przykładowo w wyroku NSA z dnia 25 listopada 2005 r., I FSK 259/05, uzasadniając potrzebę weryfikacji przez organy podatkowe działań podjętych przez podatników, stwierdzono: „na skutek kilku transakcji pomiędzy powiązanymi podmiotami, na z góry ustalonych warunkach, w krótkim okresie czasu, doszło do wzrostu wartości maszyn i urządzeń o kilkadziesiąt razy". Podobnie wyrok NSA z dnia 14 lipca 2005 r., FSK 2621/04: „Słusznie (…) Wojewódzki Sąd Administracyjny w ramach dokonanej przezeń oceny zgodności z prawem zaskarżonej decyzji wskazał na fakt bardzo znacznego wzrostu tej ceny, jaki nastąpił w okresie sierpnia i września 2001 r. Nietrudno dostrzec, że w kolejnych transakcjach narastała ona wręcz lawinowo, co oczywiście równocześnie powiększało w proporcjonalnym stopniu wysokość podatku naliczonego związanego z tymi transakcjami". Zob. także: wyrok NSA z dnia 25 czerwca 1998 r., I SA/Po 1883/97; wyrok NSA z dnia 21 stycznia 1999 r., I SA/Łd 228/97; wyrok NSA z dnia 29 października 1999 r., I SA/Lu 728/98.

63 Np. wyrok NSA z dnia 19 sierpnia 2004 r., FSK 368/04.

64 Zob. np.: wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd 1957/99; wyrok NSA z dnia 25 listopada 2004 r., FSK 674/04; wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2009 r., I FSK 1382/08; wyrok NSA z dnia 29 maja 2015 r., I FSK 2125/13.

65 Zob. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 lipca 2011 r., III SA/Wa 3239/10.

66 Por. np.: wyrok NSA z dnia 10 listopada 1994 r., SA/Po 1652/94; wyrok NSA z dnia 29 września 1998 r., I SA/Ka 2439/96; wyrok NSA z dnia 14 lipca 1999 r., I SA/Gd 2444/98; wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd 1957/99.

67 Por. np. stan faktyczny w wyroku NSA z dnia 19 sierpnia 2004 r., FSK 368/04 i wyroku NSA z dnia 14 lipca 1999 r., I SA/Gd 2444/98. Zob. ponadto: wyrok NSA z dnia 13 listopada 1997 r., I SA/Po 1821/95; wyrok NSA z dnia 29 maja 2015 r., I FSK 2125/13.

68 Zob.: wyrok NSA z dnia 13 listopada 1997 r., I SA/Po 1821/95; wyrok NSA z dnia 14 stycznia 2000 r., I SA/Lu 1224/98; wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd 1957/99; wyrok NSA z dnia 14 grudnia 2004 r., FSK 827/04; wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2009 r., I FSK 1382/08; wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2011 r., I FSK 523/10; wyrok NSA z dnia 7 lutego 2014 r., II FSK 362/12. Por. także wyrok NSA z dnia 5 września 2016 r., I FSK 2/15.

69 Np. wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 1999 r., I SA/Lu 441/98.

70 Na okoliczność tę – choć nie bezpośrednio w związku z zarzutem obejścia prawa podatkowego – wskazano w wyroku NSA z dnia 16 listopada 2007 r., II FSK 1311/06. Pewnego podobieństwa w argumentacji można doszukać się również w wyroku NSA z dnia 14 lipca 2005 r., FSK 2621/04, w którym wskazano: „Trafnie (…) Wojewódzki Sąd Administracyjny wyeksponował inną istotną okoliczność konstatując, że nabycie linii produkcyjnej nie służyło rzeczywistym celom gospodarczym. Dopiero bowiem na etapie postępowania

dobrze jest widoczne w wywodzie zawartym w uzasadnieniu wyroku NSA z dnia 24 lipca 2007 r., II FSK 956/06: „Wyciągnięte z analizy (…) materiału wnioski, że przedłożenie dokumentu porozumienia, jak i złożenie późniejszych zeznań stron sprzecznych z wcześniejszymi ich wyjaśnieniami, było działaniem świadomym, mającym na celu obejście przepisów prawa podatkowego, były zdaniem Sądu logiczne, zgodne z doświadczeniem życiowym i zasadami poprawnego rozumowania; nie przekraczały granic swobodnej oceny dowodów, wyznaczonych przez art. 191 ordynacji podatkowej. Nieprawdopodobnym bowiem było, aby strony umowy pożyczki, której przedmiotem była kwota o znacznej wysokości, ustalając termin jej zwrotu nie brały pod uwagę kwestii oprocentowania i tylko przez »przypadek« – jak wskazały – zawarły zapis, że jest to pożyczka nieoprocentowana, by już następnego dnia ustnie ustalić kwestię odpłatności z tytułu zawartej umowy, potwierdzoną w formie pisemnego porozumienia po upływie czterech lat od dnia jej zawarcia". Zauważyć trzeba, że wyrok ten, choć powołano się w nim na obejście prawa podatkowego, w istocie dotyczy oceny dowodów w postępowaniu podatkowym, bądź też stwierdzenia pozorności określonych działań. Zagadnienia te w praktyce bardzo często są jednak rozpatrywane łącznie. Z obejściem prawa podatkowego wiązano również sytuacje, w których czynności prawne dokonywane były *ex post* i w istocie służyły osiągnięciu zakładanych celów we w pełni znanych już uwarunkowaniach faktycznych[71]. Z drugiej strony trzeba zwrócić uwagę na okres pomiędzy momentem podjęcia działań przez podatnika a datą późniejszego wejścia w życie przepisów, których zastosowania uniknięto. Jeśli okres ten jest odpowiednio długi, dyskwalifikuje to zarzut obejścia prawa podatkowego[72].

Ad 4). W świetle orzecznictwa czas pozostawania w mocy określonych stosunków prawnych również może wskazywać na obejście prawa podatkowego[73]. Dotyczy to zarówno zbyt krótkich, jak i zbyt długich okresów, zaś ocena w tym zakresie wiązana jest z ich racjonalnością ekonomiczną. Chodzić przy tym może nawet nie bezpośrednio o same zapisy dotyczące okresu trwania stosunku prawnego, ale także o możliwość jego zakończenia stosunkowo szybko na drodze wypowiedzenia umowy[74]. Podobnie istotne może być to, kiedy wystąpią skutki prawne związane z daną czynnością prawną. Przykładowo takie znaczenie

kasacyjnego skarżąca Spółka podniosła, skądinąd niczym nie popierając swoich twierdzeń, że podjęła działania zmierzające do produkcyjnego wykorzystania tej linii". Por. również wyrok NSA z dnia 15 października 1999 r., I SA/Wr 929/98.

71 Np. stan faktyczny rozstrzygany w wyroku WSA we Wrocławiu z 1 lutego 2005 r., I SA/Wr 1251/03. Por. również wyrok NSA z dnia 17 października 1997 r., I SA/Gd 273/96.

72 Por. np. wyrok NSA z dnia 17 kwietnia 1996 r., III SA 447/95: „Analiza skargi wskazuje, że jej zasadnicze zarzuty oparte są wiernie na tezach wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 1994 r., III ARN 84/94, na który to wyrok strona skarżąca zresztą wyraźnie się powołuje. Powołane orzeczenie Sądu Najwyższego powtarza tezę znacznie wcześniejszego wyroku tego Sądu (z dnia 8 lutego 1978 r., II Cv 1/78), że organy podatkowe nie mają obowiązku respektowania tych postanowień czynności prawnych, które zmierzają do obejścia prawa podatkowego. W rozpatrywanej sprawie obawa taka nie zachodziła, skoro umowa zawarta została przez podatnika w styczniu 1992 r., a więc na półtora roku przed wejściem w życie przepisów o podatku od towarów i usług". Por. także wyrok NSA z dnia 21 czerwca 1996 r., III SA 550/95.

73 Np. w wyroku NSA z dnia 18 lipca 1997 r., I SA/Gd 798/96, zaakceptowane zostało stanowisko organów podatkowych, które m.in. uznały, że „[z]ebrany w przedmiotowej sprawie materiał dowodowy, z którego bezsprzecznie wynika, iż (…) zawarte umowy obowiązywały jedynie w krótkim okresie czasu (1 maja – 4 lipca 1993 r.) umożliwiającym skorzystanie z niższej stawki podatku obrotowego od usług konfekcjonowania [dawał] w ocenie Izby podstawę do przyjęcia zasadnego poglądu, że sporne umowy zostały zawarte jedynie w celu obejścia norm prawa podatkowego". Zob. także: wyrok NSA z dnia 8 kwietnia 1998 r., SA/Rz 1283/97; wyrok NSA z dnia 26 lutego 1999 r., I SA/Gd 1187/97.

74 Patrz np. wyrok NSA z dnia 8 grudnia 2005 r., II FSK 25/05: „Sąd I instancji zanalizował w uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia wskazane postanowienie umowne, uznając, iż zawarcie go w umowie było nieuzasadnione ekonomicznie i służyło obejściu przepisów prawa podatkowego. (…) Sąd uznał bowiem, w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, iż brak ekonomicznego uzasadnienia dla braku ograniczeń w wypowiedzeniu prawa do nabycia przedmiotu leasingu przez leasingodawcę. Skoro z góry założono, że suma rat leasingowych będzie znacząco przekraczała wartość przedmiotu leasingu, nieograniczona wystąpieniem szczególnych okoliczności klauzula o wypowiedzeniu prawa do jego nabycia przez leasingodawcę jest nieracjonalna ekonomicznie".

może mieć znaczna rozbieżność pomiędzy szybko osiąganymi korzystnymi skutkami podatkowymi a poważnie odroczonym w czasie momentem dokonania zapłaty kwot wynikających z umowy[75].

2.6. Powiązania między podmiotami

Przyczyny traktowania w odmienny sposób relacji pomiędzy podmiotami wzajemnie sobie znanymi i relacji pomiędzy podmiotami zupełnie postronnymi są analogiczne do przyczyn, dla których odmiennie oceniana jest wiarygodność podmiotów w obu tych sytuacjach. Zeznania świadka niepowiązanego w żaden sposób z podmiotem, wobec którego prowadzone jest postępowanie, uznaje się z reguły za bardziej obiektywne[76]. Podobnie przyjmuje się, że relacje prawne i ekonomiczne między takimi podmiotami będą bardziej odpowiadać realiom rynkowym i będą pozbawione ukrytych elementów. Istnienie rozbudowanych powiązań między stronami danej czynności prawnej jest natomiast uznawane za ułatwienie dla podejmowania działań niestandardowych, zakłócających równowagę pomiędzy prawami i obowiązkami stron w ramach jednej transakcji, odbiegających od normalnych praktyk rynkowych[77]. Czynione jest przy tym założenie, że strony danej czynności z racji istniejących już wcześniej relacji posiadają z reguły pewną wiedzę o kontekście postępowania kontrahenta[78]. Powiązania pomiędzy podmiotami zaangażowanymi w przeprowadzenie danej operacji gospodarczej ułatwiają również prezentowanie wspólnego stanowiska wobec organów podatkowych i tym samym utrudniają organom podatkowym wykazanie rzeczywistego celu prowadzonych operacji. Wszystko to sprawia, że z punktu widzenia władzy podatkowej transakcje pomiędzy podmiotami powiązanymi stanowią naturalny obszar ryzyka występowania nadużyć podatkowych. Taki wniosek znajduje również potwierdzenie w praktyce stosowania tzw. cen transferowych. Regulacje przeciwdziałające stosowaniu cen transferowych dowodzą jednocześnie innego traktowania relacji pomiędzy podmiotami powiązanymi – w stosunku do analogicznych relacji łączących podmioty postronne. W orzecznictwie dotyczącym obejścia prawa podatkowego, zwłaszcza w jego początkowym okresie, regulacje przeciwdziałające stosowaniu cen transferowych były przy tym postrzegane jako rodzaj szczególnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania[79].

Wyżej przedstawione uwarunkowania miały wpływ na postrzeganie w orzecznictwie relacji pomiędzy podmiotami powiązanymi jako czynnika sprzyjającego unikaniu opodatkowania lub dokonywaniu działań pozornych. Sprawia to, że w przypadku wystąpienia okoliczności, które mogą być interpretowane jako prowadzące do unikania opodatkowania lub pozorności, taka kwalifikacja jest dużo łatwiejsza do przyjęcia,

75 W wyrokach NSA z dnia 14 grudnia 2004 r., FSK 827/04 i FSK 826/04, przedmiotem oceny była sytuacja, w której w zawartej umowie przyjęto wieloletni termin płatności z możliwością jego dalszego przedłużenia. Na tym tle sąd stwierdził: „W sytuacji, gdy skarżąca Spółka zaliczyła do środków trwałych prawo do znaku towarowego, za który nie poniosła wydatków związanych z jego nabyciem, a następnie dokonywała odpisów amortyzacyjnych powodując znaczne obniżenie podstawy opodatkowania, to takie zachowanie z gospodarczego punktu widzenia nie mogło być akceptowane".

76 Patrz np. F. Arntzen, *Psychologia zeznań świadków*, Warszawa 1989, s. 170.

77 Warto zwrócić uwagę na obserwację poczynioną przez sąd w odniesieniu do stanu faktycznego rozstrzyganego wyrokiem NSA z dnia 29 października 2003 r., I SA/Ka 1825/02 (utrzymanego w mocy wyrokiem NSA z dnia 15 września 2004 r., FSK 472/04), w którym stwierdzono, że zagwarantowanie w umowach prawa do nabycia przedmiotów przez wskazane osoby trzecie i fakt ich nabycia przez podmioty powiązane ze spółką cywilną świadczą o zamiarze obejścia przepisów podatkowych, gdyż w innym przypadku umowy takie nie miałyby ekonomicznego sensu. Jak z tego wynika, zwróceniu uwagi na powiązania pomiędzy podmiotami towarzyszyła ocena racjonalności dokonywanych działań.

78 Przykładowo wskazać można na wypowiedź z wyroku NSA z dnia 14 lipca 2005 r., FSK 2621/04: „trudno też ocenić jako wiarygodne twierdzenia skarżącej Spółki, iż nie była jej znana cena, za jaką wcześniej nabyto linię. Niepodobna bowiem założyć, że profesjonalny przedsiębiorcy dokonując transakcji z podmiotem pozostającym z nim w stałych kontaktach gospodarczych, wykazuje tak dalece posuniętą niewiedzę".

79 Np.: wyrok NSA z dnia 4 lipca 1996 r., I SA/Kr 33/96; wyrok NSA z dnia 20 października 1997 r., I SA/Ka 905/96; wyrok NSA z dnia 27 września 2005 r., FSK 2094/04. Por. również wyrok NSA z dnia 2 kwietnia 1996 r., SA/Ka 1405/95.

jeśli zdarzenia dotyczą podmiotów powiązanych[80]. Jak zauważył NSA jeszcze w wyroku z dnia 9 maja 1996 r., SA/Gd 836/95: „Nie da się (…) wykluczyć, że obok zasadniczej działalności spółka cywilna o tej samej nazwie i siedzibie co Oddział skarżącej Spółki mogła też podejmować działalność jaką prowadzić miał Oddział. Zasady doświadczenia życiowego uczą, że podmioty gospodarcze, o tej samej nazwie i siedzibie związane nadto przez udział osób będących udziałowcami tak w jednej jak i w drugiej jednostce często nadużywają tej możliwości. Stąd też w interesie takich podmiotów jest zachowanie szczególnej staranności w prowadzeniu dokumentacji swej działalności". Na powiązania pomiędzy podmiotami kwestionowanych transakcji zwracano uwagę w odniesieniu do stanów faktycznych rozstrzyganych w wielu innych wyrokach[81]. W istocie uznać zatem można, że w omawianym zakresie funkcjonuje w orzecznictwie swego rodzaju domniemanie faktyczne ułatwiające potraktowanie określonych okoliczności jako przesądzających o wystąpieniu obejścia prawa podatkowego[82]. Istnienie powiązań pomiędzy podmiotami pozwala

W przypadku wystąpienia okoliczności, które mogą być interpretowane jako prowadzące do unikania opodatkowania lub pozorności, taka kwalifikacja jest dużo łatwiejsza do przyjęcia, jeśli zdarzenia dotyczą podmiotów powiązanych.

80 Np. w wyroku NSA z dnia 8 lipca 1998 r., III SA 1686/97, stwierdzono: „W uzupełnieniu można dodać, że okoliczności sprawy, a zwłaszcza więzy rodzinne między wspólnikami z jednej strony i brak określenia zakresu obowiązków w umowach o pracę z drugiej strony, przemawiały za pozornością tych umów (art. 83 § 1 k.c.) i wskazywały na zamiar obejścia art. 16 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 1993 r. Nr 106, poz. 482 ze zm.)".

81 Zob.: wyrok NSA z dnia 19 marca 1998 r., SA/Bk 317/97; wyrok NSA z dnia 21 stycznia 1999 r., I SA/Łd 228/97; wyrok NSA z dnia 5 maja 999, III SA 1620/97; wyrok NSA z dnia 14 stycznia 2000 r., I SA/Lu 1224/98; wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd 1957/99; wyrok NSA z dnia 17 stycznia 2003 r., I SA/Po 3547/01; wyrok NSA z dnia 9 września 2004 r., FSK 423/04; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 9 listopada 2004 r., I SA/Po 2348/03; wyroki NSA z dnia 14 grudnia 2004 r., FSK 827/04 i FSK 826/04; wyrok NSA z dnia 25 listopada 2005 r., I FSK 259/05; wyrok NSA z dnia 13 stycznia 2006 r., I FSK 499/05; wyroki NSA z dnia 12 lipca 2006 r., II FSK 980/05 i II FSK 981/05; wyrok NSA z dnia 8 lutego 2007 r., I FSK 422/06; wyrok NSA z dnia 29 maja 2015 r., I FSK 2125/13; wyrok NSA z dnia 7 lutego 2014 r., II FSK 362/12; wyrok NSA z dnia 18 lutego 2009 r., I FSK 1918/07; wyrok NSA z dnia 5 września 2016 r., I FSK 2/15 (powiązania między podmiotami uznano w dwóch ostatnich wyrokach za jeden z argumentów na rzecz pozorności dokonanych czynności). Patrz także orzeczenie WSA w Warszawie wskazane w tekście W. Serafińskiego, *Optymalizacja podatkowa czy obejście prawa*, „Rzeczpospolita" z dnia 24 kwietnia 2014 r. Por. ponadto wyrok NSA z dnia 17 października 1997 r., I SA/Gd 273/96.

82 Tak np. w wyroku NSA z dnia 8 lutego 2007 r., I FSK 422/06 stwierdzono m.in.: „Włączenie się do obrotu gospodarczego podatnika prowadzącego zakład pracy chronionej, będącego podmiotem powiązanym ze Skarżącą Spółką, a przy tym wykonującym usługi na rzecz Skarżącej na jej maszynach i w jej pomieszczeniach świadczy o tym jak prawidłowo uznały organy i Sąd pierwszej instancji, że wyłącznym celem tych działań było osiągnięcie korzyści majątkowych ze środków budżetowych". Z wypowiedzi tej wynika, że w istocie nie ma bezpośredniego dowodu wskazującego na motywację podjętych działań, przekonanie w tym zakresie kształtowane jest jako pewnego rodzaju domniemanie faktyczne wywodzone z kilku okoliczności, w tym z faktu, iż czynności dokonywano pomiędzy podmiotami powiązanymi.

w szczególności przyjąć, że podejmowane przez nie działania mają wspólny cel polegający na obejściu prawa podatkowego, oraz uznać korzyści podatkowe, jakie ma uzyskać jeden z tych podmiotów, za korzyści wspólne. Posługiwanie się w omawianym zakresie domniemaniem faktycznym w istocie przerzuca ciężar przeciwdowodu na podatnika. Omawiana przesłanka nie warunkuje zatem obejścia prawa podatkowego, ale ułatwia jego dowiedzenie. Jednocześnie sprawia, że w stosunku do podmiotów powiązanych stosowany jest w praktyce dużo większy rygoryzm dowodowy niż w stosunku do innych podmiotów[83]. Odnotować jednak trzeba, że nie w każdym przypadku, w którym wykazano istnienie powiązań pomiędzy zaangażowanymi podmiotami, wystarczyło to dla wykazania obejścia prawa podatkowego[84].

2.7. Kwalifikowanie jako obejście prawa podatkowego wcześniejszych, podobnych stanów faktycznych

Jak się zdaje, czynnikiem, który sprzyja kwalifikowaniu określonych stanów faktycznych jako stanowiących obejście prawa podatkowego, są orzeczenia, w których podobne sytuacje oceniono właśnie w ten sposób. Powtarzalność pewnych schematów optymalizacyjnych generuje bowiem w praktyce domniemanie, że wystąpienie takiego schematu w danym stanie faktycznym również służy obejściu prawa podatkowego. W ten sposób ułatwione jest w szczególności dowodzenie celu działania podatnika. O wystąpieniu tego rodzaju prawidłowości świadczą liczne grupy orzeczeń odnoszących się do podobnych pod pewnymi względami sytuacji faktycznych i prawnych. Przykładowo wskazać można na sprawy, w których obejście prawa podatkowego wiązano z pewnymi aspektami działalności zakładów pracy chronionej[85], umowami leasingu[86], bądź umowami renty lub stypendium[87].

Podobne znaczenie może mieć także okoliczność, że podmiot występujący w badanym stanie faktycznym już wcześniej dokonywał działań zakwalifikowanych jako obejście prawa podatkowego. Sytuacji takiej dotyczył wyrok NSA z dnia 19 sierpnia 2004 r., FSK 368/04, w którym sąd stwierdził: „Słusznie (…) organ odwoławczy zwraca uwagę w odpowiedzi na skargę (zresztą jest o tym także mowa w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku), iż taki mechanizm działania u skarżącej nie był odosobniony, gdyż obrót środkami trwałymi występował także w innych okresach, w których skargi również zostały oddalone”[88].

2.8. Specyfika przepisów prawnych, których zastosowania uniknięto

1. Na zakwalifikowanie danej sytuacji jako obejścia prawa podatkowego wpływ mają również przepisy, których zastosowania uniknięto. Ocenie podlegają bowiem nie tylko zachowania podatnika, ale rów-

83 Warto zwrócić uwagę, że również ustawodawca wprowadza większe wymagania dowodowe w stosunku do transakcji pomiędzy podmiotami powiązanymi. Patrz np.: art. 25a ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 2032 z późn. zm.); art. 9a ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1888 z późn. zm.).

84 Por. stan faktyczny w sprawie rozstrzyganej w wyroku NSA z dnia 7 lipca 2004 r., FSK 261/04, oraz stanowisko w tym zakresie sądu pierwszej instancji.

85 Wyrok NSA z dnia 14 lipca 1999 r., I SA/Gd 2444/98; wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd 1957/99; wyrok NSA z dnia 17 stycznia 2003 r., I SA/Po 3547/01; wyroki WSA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2004 r.: I SA/Wr 2242/01, I SA/Wr 2243/01, I SA/Wr 2244/01, I SA/Wr 2245/01, I SA/Wr 2246/01, I SA/Wr 2247/01; wyrok NSA z dnia 19 sierpnia 2004 r., FSK 368/04; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 11 stycznia 2006 r., SA/Sz 2318/03; wyrok NSA z dnia 12 lipca 2006 r., II FSK 980/05.

86 Wyrok SN z dnia 4 lutego 1994 r., III ARN 84/93; wyrok NSA z dnia 8 kwietnia 1998 r., SA/Rz 1283/97; wyrok NSA z dnia 17 lipca 1998 r., III SA 683/97; wyrok NSA z dnia 29 września 1998 r., I SA/Ka 2439/96; wyrok NSA z dnia 26 lutego 1999 r., I SA/Gd 1187/97; wyrok NSA z dnia 15 lipca 1999 r., I SA/Po 1831/98; wyrok NSA z dnia 29 października 2003 r., I SA/Ka 1825/02; wyroki NSA z dnia 1 września 2004 r.: FSK 49/04, FSK 50/04 i FSK 51/04; wyrok NSA z dnia 8 grudnia 2005 r., II FSK 25/05.

87 Wyrok NSA z dnia 5 czerwca 1999 r., III SA 8122/98; wyrok NSA z dnia 29 października 2004 r., FSK 1191/04; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2005 r., FSK 1456/04; wyroki NSA z dnia 8 marca 2005 r.: FSK 1554/04 i FSK 1555/04; wyrok NSA z dnia 17 maja 2005 r., FSK 1812/04; wyrok NSA z dnia 31 maja 2005 r., FSK 1806/04.

88 Zob. także wyrok NSA z dnia 27 kwietnia 1998 r., I SA/Ka 1525/96.

nież regulacje prawne, które te zachowania wywołują. Wadliwymi regulacjami podatkowymi od dość dawna usprawiedliwiano nawet uchylanie się od opodatkowania. Jak stwierdzano w polskim piśmiennictwie z zakresu prawa finansowego na początku XX w.: „Niekiedy wadliwy system podatkowy niemal zniewala podatnika do defraudacji, dla ocalenia przynajmniej cząstki dochodu dla siebie”[89]. Tym bardziej za usprawiedliwione uznać należałoby zatem w takiej sytuacji podjęcie działań zorientowanych na obejście wadliwej regulacji prawnej[90]. Ślady takiego rozumowania widoczne są także w orzecznictwie, choć ze zrozumiałych względów orzeczenia bazujące na takim przekonaniu nie są liczne. Najbardziej znanym orzeczeniem, które można zaliczyć do tej kategorii, jest wyrok NSA w składzie siedmiu sędziów z dnia 24 listopada 2003 r., FSA 3/03, w tzw. sprawie Optimusa. Odrzucając możliwość zakwalifikowania rozstrzyganego przypadku jako obejścia prawa podatkowego, sąd zwrócił uwagę na naruszenie zasady zaufania przez organy podatkowe oraz potencjalnie dyskryminujący polskich producentów (w stosunku do zagranicznych) charakter regulacji, których zastosowania chciał uniknąć podatnik. Właśnie wskazanie na tę ostatnią okoliczność oraz uznanie jej znaczenia dla przyjmowanej kwalifikacji prawnej stanowi jeden z głównych walorów przywołanego orzeczenia[91]. Jak z tego wynika, nie będą stanowiły obejścia prawa podatkowego (unikania opodatkowania) działania podejmowane przez podatnika w celu wyeliminowania konieczności zastosowania wadliwej regulacji prawnej.

Nie będą stanowiły obejścia prawa podatkowego (unikania opodatkowania) działania podejmowane przez podatnika w celu wyeliminowania konieczności zastosowania wadliwej regulacji prawnej.

2. Odnosząc się do zagadnienia relacji pomiędzy doktryną obejścia prawa podatkowego a legislacją, należy zwrócić uwagę na kolejną kwestię. Jak wspomniano, stwierdzenie obejścia prawa podatkowego wiąże się zarówno z oceną działań podatnika, jak i regulacji prawa podatkowego, których zastosowania chce uniknąć podatnik. Dla zaakceptowania lub odmowy akceptacji działań podatnika znaczenie ma zatem również sposób rozumienia istotnych w danej sprawie przepisów prawa podatkowego oraz właściwe odczytanie celu przyświecającego prawodawcy[92].

3. Sposób rozumienia obejścia prawa podatkowego – podsumowanie

Przeprowadzona analiza daje podstawy do sformułowania wniosków bardziej ogólnych, dotyczących sposobu rozumienia obejścia prawa podatkowego

89 S. Głąbiński, *Nauka skarbowości z dodatkiem o skarbowości Austrii i Galicji*, Lwów 1911, s. 369. Jedynie fragmentarycznie poruszając tę kwestię i nie sięgając w czasy bardziej odległe, wskazać można, że w omawianej sytuacji usprawiedliwiał uchylanie się od opodatkowania także Adam Smith. Zob.: tenże, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, t. 2, Warszawa 1954, s. 586–587; A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2010, s. 41. Co do dopuszczalności sprzeciwu wobec niesprawiedliwego prawa patrz np. Św. Tomasz z Akwinu, *Suma teologiczna*, t. 13, *Prawo*, przeł. P. Bełch, Londyn 1986, s. 87–89.

90 Próbę takiego rozumowania stanowi np. stanowisko zaprezentowane przez wnioskodawcę we wniosku o uzyskanie interpretacji indywidualnej z dnia 19 września 2008 r., IP-PB3-423-953/08-4/AG.

91 Szerzej na ten temat M. Ślifirczyk, *Znaczenie wyroku…*, s. 520–529.

92 Do kwestii tej nawiązałem także w rozdz. 2.3. niniejszego opracowania.

w polskim orzecznictwie sądowym. Omówione przesłanki zakwalifikowania danego stanu faktycznego jako stanowiącego obejście prawa podatkowego nie muszą – wszystkie – występować jednocześnie. Dla stwierdzenia obejścia prawa podatkowego zawsze wymagana jest jednak kombinacja co najmniej kilku z nich, przy czym niektóre z przesłanek mają zasadniczo znaczenie podstawowe i w praktyce ich wystąpienie jest niezbędne.

wynika ścisły związek koncepcji obejścia prawa podatkowego z wykładnią funkcjonalną (celowościową). Odniesienie do niewadliwości regulacji prawnych wskazuje z kolei na potrzebę ich oceny w świetle zasad konstytucyjnych oraz zasad podatkowych. Oczywiście przyjąć należy domniemanie, że przepisy korzystają z waloru niewadliwości. Wykazanie jednak, że mamy do czynienia z regulacją wadliwą, powinno wpływać na ocenę działań podejmowanych przez podatnika.

Obejście prawa podatkowego zdefiniować można jako podejmowanie przez podatnika działań (w szczególności czynności prawnych) obliczonych na sprzeczne z intencjami prawodawcy wykorzystanie niewadliwych regulacji podatkowych, które w założeniu mają wywołać po stronie podatnika korzystne skutki podatkowe, a jednocześnie być niekorzystne dla wierzyciela podatkowego.

Mając powyższe na uwadze, wyróżnić można cechy stanu faktycznego, które mogą być uważane za konstytutywne dla obejścia prawa podatkowego, oraz cechy pozostałe, stanowiące argument wspierający – przede wszystkim w płaszczyźnie oceny dowodów – formułowane przez sąd wnioski. Obejście prawa podatkowego w omawianym ujęciu zdefiniować można zatem jako podejmowanie przez podatnika działań (w szczególności czynności prawnych) obliczonych na sprzeczne z intencjami prawodawcy wykorzystanie niewadliwych regulacji podatkowych, które w założeniu mają wywołać po stronie podatnika korzystne skutki podatkowe, a jednocześnie być niekorzystne dla wierzyciela podatkowego[93]. Z powołanej definicji

Jak wspomniano, dalsze podawane w orzecznictwie elementy stanu faktycznego potwierdzające jego kwalifikację jako obejście prawa podatkowego ułatwiają wykazanie ww. elementów konstytutywnych. Bardzo poważną rolę w tym zakresie odgrywa nieracjonalność działań podatnika czy też ustalenie faktu podejmowania działań w kręgu podmiotów powiązanych. Stwierdzenie tego rodzaju okoliczności pozwala na sformułowanie wniosku, że podejmowane działania służą właśnie celowemu, a jednocześnie nieakceptowanemu przez prawodawcę wykorzystaniu określonych regulacji podatkowych, jak również że

93 Takie ujęcie obejścia prawa podatkowego w świetle orzecznictwa odbiega od wcześniej formułowanego. Zob. np. B. Brzeziński, *Narodziny i upadek*..., s. 11: „Analiza orzecznictwa NSA, w którym posługiwano się pojęciem pozwoliła na stwierdzenie, że obejście prawa podatkowego to taka sytuacja, w której podatnik ściśle przestrzega prawa podatkowego w sposób budzący dezaprobatę Sądu sięgającą tak daleko, że wpływa to w istotny sposób na rozstrzygnięcie sprawy".

nastąpiło uzyskanie korzyści z podejmowanych działań. Uwzględnianie elementu czasu ułatwia z kolei wykazanie, że podejmowane działania bądź są obliczone wyłącznie na korzystny efekt podatkowy, bądź też mają charakter nieracjonalny. Argumentem na rzecz zakwalifikowania danego stanu faktycznego jako stanowiącego obejście prawa podatkowego są także wcześniejsze orzeczenia kwalifikujące podobne sytuacje jako obejście prawa podatkowego.

Na uwagę zasługuje ekstrapolacja mechanizmów ujętych w istniejących w chwili orzekania rozwiązaniach prawnych oraz poszukiwanie w nich oparcia dla bardziej ogólnych przekonań, które to przekonania prowadzą z kolei do zakwalifikowania niektórych stanów faktycznych jako stanowiących obejście prawa podatkowego. Obowiązywanie wspomnianych regulacji zdaje się umacniać sąd w przekonaniu, że jego odwołanie do obejścia prawa podatkowego nie jest bezpodstawne.

Warto ponadto zauważyć, że nawiązania do obejścia prawa podatkowego pojawiają się niejednokrotnie w uzasadnieniach wyroków także wówczas, gdy nie jest to główna podstawa wydawanego rozstrzygnięcia. Nawiązanie to staje się w takiej sytuacji dodatkowym argumentem wzmacniającym wywód sądu i przemawiającym na rzecz podejmowanego rozstrzygnięcia.

Bibliografia

Brzeziński B., *Narodziny i upadek orzeczniczej doktryny obejścia prawa podatkowego*, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego" 2004, nr 1, s. 7–13.

Brzeziński B., Kalinowski M., *Glosa do wyroku NSA z dnia 17 stycznia 2003 r., I SA/Po 3547/01*, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego" 2004, nr 5, s. 479–483.

Brzeziński B., *Wykładnia prawa podatkowego*, Gdańsk 2013.

Gomułowicz A., Małecki J., *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2010.

Kalinowski M., *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym*, Toruń 2001.

Karwat P., *Obejście prawa podatkowego*, Warszawa 2003.

Kujawski G., *Klauzula generalna unikania opodatkowania. Komentarz do zmian w ordynacji podatkowej. Granice regulacji*, Warszawa 2017.

Litwińczuk H., Karwat P., Ślifirczyk M., *Interes fiskalny państwa a interes podatnika. Kontrowersje związane z wprowadzeniem w Polsce ogólnej klauzuli przeciwdziałającej unikaniu opodatkowania* (w:) *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, red. T. Giaro, Warszawa 2012, s. 159–180.

Mudrecki A., *Wykładnia gospodarcza w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego* (w:) *Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego w Polsce. Optymalizacja podatkowa a obejście prawa podatkowego*, red. M. Münnich, A. Zdunek, Lublin 2012, s. 135–145.

Olesińska A., *Klauzula ogólna przeciwko unikaniu opodatkowania*, Toruń 2013.

Radzikowski K., *Obejście prawa podatkowego w najnowszym orzecznictwie sądów administracyjnych*, „Przegląd Podatkowy" 2010, nr 6, s. 10–20.

Stanik K.J., Winiarski K., *Praktyczne problemy nadużycia i obejścia prawa podatkowego*, Wrocław 2011.

Ślifirczyk M., *Draft of General Anti Avoidance Rule and judicial doctrine of circumvention of the tax law in the Polish tax law*, „Публичные финансы и налоговое право" (rocznik), вып. 6, *Anti-avoidance rules in the countries of the Central and Eastern Europe countries*, Воронеж 2016, s. 22–33.

Ślifirczyk M., *The Acceptance of Tax Avoidance as an Element of Poland's Financial Policy* (w:) *Tax Law vs Tax Frauds and Tax Evasion*, vol. 2, eds. V. Babčák, A. Románová, I. Vojníková, Košice 2015, s. 291–299.

Ślifirczyk M., *Wpływ regulacji prawa podatkowego na zasadność podnoszenia zarzutu obejścia prawa podatkowego – wybrane zagadnienia z praktyki orzeczniczej* (w:) *Ordynacja podatkowa. Stan obecny i kierunki zmian*, red. R. Dowgier, Białystok 2015, s. 295–305.

Ślifirczyk M., *Wybrane zagadnienia problematyki przeciwdziałania obejściu prawa podatkowego przed i po akcesji Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej* (w:) *Prawo europejskie – 5 lat doświadczeń w polskim prawie finansowym*, Warszawa 2010, s. 479–488.

Ślifirczyk M., *Znaczenie wyroku w sprawie Optimusa dla doktryny orzeczniczej obejścia prawa podatkowego* (w:) *Finanse publiczne i prawo finansowe – realia i perspektywy zmian. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Eugeniuszowi Ruśkowskiemu*, red. L. Etel, M. Tyniewicki, Białystok 2012, s. 520–529.

Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972.

Wrzesińska-Nowacka A., *Granice między unikaniem opodatkowania a uchylaniem się od niego na tle wybranych orzeczeń sądów administracyjnych* (w:) *Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego w Polsce. Optymalizacja podatkowa a obejście prawa podatkowego*, red. M. Münnich, A. Zdunek, Lublin 2012, s. 173–193.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego[94]

Wyrok SN z dnia 8 lutego 1978 r., II CR 1/78.
Wyrok SN z dnia 4 lutego 1994 r., III ARN 84/93.
Wyrok SN z dnia 20 grudnia 2001 r., III RN 163/00.

Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego

Wyrok NSA z dnia 10 listopada 1994 r., SA/Po 1652/94.
Wyrok NSA z dnia 19 grudnia 1995 r., SA/Ka 2319/04.
Wyrok NSA z dnia 2 kwietnia 1996 r., SA/Ka 1405/95.
Wyrok NSA z dnia 17 kwietnia 1996 r., III SA 447/95.
Wyrok NSA z dnia 24 kwietnia 1996 r., SA/Gd 2959/94.
Wyrok NSA z dnia 9 maja 1996 r., SA/Gd 836/95.
Wyrok NSA z dnia 21 czerwca 1996 r., III SA 550/95.
Wyrok NSA z dnia 4 lipca 1996 r., I SA/Kr 33/96.
Wyrok NSA z dnia 21 sierpnia 1996 r., SA/Gd 2876/95.
Wyrok NSA z dnia 18 grudnia 1996 r., I SA/Lu 277/96
Wyrok NSA z dnia 19 marca 1997 r., SA/Ka 3005/95.
Wyrok NSA z dnia 19 czerwca 1997 r., SA/Ka 3005/95.
Wyroku NSA z dnia 18 lipca 1997 r., I SA/Gd 798/96,
Wyrok NSA z dnia 17 października 1997 r., I SA/Gd 273/96.
Wyrok NSA z dnia 20 października 1997 r., I SA/Ka 905/96.
Wyrok NSA z dnia 13 listopada 1997 r., I SA/Po 1821/95.
Wyrok NSA z dnia 6 lutego 1998 r., I SA/Gd 1431/96.
Wyrok NSA z dnia 19 marca 1998 r., SA/Bk 317/97.
Wyrok NSA z dnia 23 marca 1998 r., I SA/Ka 1281/96.
Wyrok NSA z dnia 8 kwietnia 1998 r., SA/Rz 1283/97.
Wyrok NSA z dnia 27 kwietnia 1998 r., I SA/Ka 1525/96.
Wyrok NSA z dnia 25 czerwca 1998 r., I SA/Po 1883/97.
Wyrok NSA z dnia 8 lipca 1998 r., III SA 1686/97.
Wyrok NSA z dnia 17 lipca 1998 r., III SA 683/97.
Wyrok NSA z dnia 29 września 1998 r., I SA/Ka 2439/96.
Wyrok NSA z dnia 21 stycznia 1999 r., I SA/Łd 228/97.
Wyrok NSA z dnia 26 lutego 1999 r., I SA/Gd 1187/97.
Wyrok NSA z dnia 5 maja 1999 r., III SA 1620/97.
Wyrok NSA z dnia 5 czerwca 1999 r., III SA 8122/98.
Wyrok NSA z dnia 30 czerwca 1999 r., I SA/Lu 441/98.
Wyrok NSA z dnia 14 lipca 1999 r., I SA/Gd 2444/98.
Wyrok NSA z dnia 15 lipca 1999 r., I SA/Po 1831/98.
Wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 1999 r., I SA/Lu 441/98.
Wyrok NSA z dnia 17 września 1999 r., I SA/Gd 1767/97.
Wyrok NSA z dnia 15 października 1999 r., I SA/Wr 929/98.
Wyrok NSA z dnia 29 października 1999 r., I SA/Lu 728/98.
Wyrok NSA z dnia 14 stycznia 2000 r., I SA/Lu 1224/98.
Wyrok NSA z dnia 17 kwietnia 2002 r., SA/Sz 1975/00.
Wyrok NSA z dnia 29 sierpnia 2002 r., I SA/Gd 1957/99.
Wyrok NSA z dnia 17 stycznia 2003 r., I SA/Po 3547/01.
Wyrok NSA z dnia 1 października 2003 r., I SA/Wr 1347/01.
Wyrok NSA z dnia 29 października 2003 r., I SA/Ka 1825/02.
Wyrok NSA z dnia 24 listopada 2003 r., FSA 3/03.
Wyrok NSA z dnia 7 lipca 2004 r., FSK 261/04.
Wyrok NSA z dnia 19 sierpnia 2004 r., FSK 368/04.
Wyrok NSA z dnia 1 września 2004 r., FSK 49/04.
Wyrok NSA z dnia 1 września 2004 r., FSK 50/04.
Wyrok NSA z dnia 1 września 2004 r., FSK 51/04.
Wyrok NSA z dnia 9 września 2004 r., FSK 423/04.
Wyrok NSA z dnia 15 września 2004 r., FSK 472/04.
Wyrok NSA z dnia 29 października 2004 r., FSK 1191/04.
Wyrok NSA z dnia 25 listopada 2004 r., FSK 674/04.
Wyrok NSA z dnia 14 grudnia 2004 r., FSK 826/04.
Wyrok NSA z dnia 14 grudnia 2004 r., FSK 827/04.
Wyrok NSA z dnia 28 lutego 2005 r., FSK 1456/04.
Wyrok NSA z dnia 8 marca 2005 r., FSK 1554/04.
Wyrok NSA z dnia 8 marca 2005 r., FSK 1555/04.
Wyrok NSA z dnia 23 marca 2005 r., FSK 1911/04.
Wyrok NSA z dnia 17 maja 2005 r., FSK 1812/04.
Wyrok NSA z dnia 31 maja 2005 r., FSK 1806/04.
Wyrok NSA z dnia 14 lipca 2005 r., FSK 2621/04.
Wyrok NSA z dnia 27 sierpnia 2005 r., FSK 2094/04.
Wyrok NSA z dnia 7 września 2005 r., I FSK 453/05.
Wyrok NSA z dnia 27 września 2005 r., FSK 2094/04.
Wyrok NSA z dnia 25 listopada 2005 r., I FSK 259/05.
Wyrok NSA z dnia 8 grudnia 2005 r., II FSK 25/05.
Wyrok NSA z dnia 13 stycznia 2006 r., I FSK 499/05.
Wyrok NSA z dnia 24 stycznia 2006 r., II FSK 254/05.
Wyrok NSA z dnia 12 lipca 2006 r., II FSK 980/05.
Wyrok NSA z dnia 12 lipca 2006 r., II FSK 981/05.
Wyrok NSA z dnia 8 lutego 2007 r., I FSK 422/06.
Wyrok NSA z dnia 12 kwietnia 2007 r., I FSK 379/06.
Wyrok NSA z dnia 24 lipca 2007 r., II FSK 956/06.
Wyrok NSA z dnia 27 września 2007 r., II FSK 989/06.
Wyrok NSA z dnia 16 listopada 2007 r., II FSK 1311/06.
Wyrok NSA z dnia 18 lutego 2009 r., I FSK 1918/07.
Wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2009 r., I FSK 1382/08.
Wyrok NSA z dnia 12 listopada 2010 r., II FSK 955/10.
Wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2011 r., I FSK 523/10.
Wyrok NSA z dnia 12 lipca 2011 r., I FSK 985/10.
Wyrok NSA z dnia 20 listopada 2012 r., II FSK 1698/11.
Wyrok NSA z dnia 7 lutego 2014 r., II FSK 362/12.

94 Sporządzony wykaz orzecznictwa SN, jak również NSA i WSA ograniczony został do wyroków, które były w tekście wzmiankowane.

Wyrok NSA z dnia 29 maja 2015 r., I FSK 2125/13.
Wyrok NSA z dnia 15 stycznia 2016 r., II FSK 3162/13.
Wyrok NSA z dnia 5 września 2016 r., I FSK 2/15.

Orzecznictwo wojewódzkich sądów administracyjnych

Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 24 czerwca 2014 r., I SA/Gd 494/14.
Wyrok WSA w Krakowie z dnia 25 października 2006 r., I SA/Kr 1554/04.
Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 9 listopada 2004 r., I SA/Po 2348/03.
Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 11 stycznia 2006 r., SA/Sz 2318/03.
Wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 lipca 2005 r., V SA 3877/03.
Wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 lipca 2011 r., III SA/Wa 3239/10.
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2004 r., I SA/Wr 2242/01.
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2004 r., I SA/Wr 2243/01.
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2004 r., I SA/Wr 2244/01.
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2004 r., I SA/Wr 2245/01.
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2004 r., I SA/Wr 2246/01.
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 11 lutego 2004 r., I SA/Wr 2247/01.
Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 1 lutego 2005 r., I SA/Wr 1251/03.

Tymoteusz Zych

Rozwój nowoczesnych konstrukcji prawnych obywatelstwa i bezpaństwowości w świetle tezy Hannah Arendt o aporetyczności oświeceniowej koncepcji praw człowieka

Tymoteusz Zych

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

✉ *t.zych@uksw.edu.pl*

The Development of Modern Legal Constructions of Citizenship and Statelessness in Light of Hannah Arendt's Thesis on the Aporetic Character of the Enlightenment Concept of Human Rights

The article analyses the development of modern legal constructions of citizenship and statelessness in light of the key observations concerning the modern legal and political paradigm raised by Hannah Arendt. Studying the fallacies of the modern notion of citizenship, Arendt claims that the problem of statelessness is conditioned by a radical shift in understanding of politics, which took place during the enlightenment. Moreover, she proves that the fate of the stateless is symbolic for all modern people. Remedies to the challenges of modernity, which are based on the same modern political paradigm, are therefore considered by Arendt as aporetic. The study examines the adequacy of Arendt's account of the European premodern concept of community and analyses the reception of her thoughts by later thinkers. It is concluded by brief analysis of the aptness of Arendt's thoughts in reference to the key contemporary legal problems.

Wraz z utraconym obywatelstwem traci się kontakt z rzeczywistym życiem[1]
Hannah Arendt

Hannah Arendt jest myślicielką, której poglądy wymykają się klasycznym klasyfikacjom doktryn prawno-politycznych. Jej stanowiska przywołują na poparcie swoich tez zarówno myśliciele konserwatywni, jak i przedstawiciele myśli lewicowej[2]. Od głównego nurtu myśli konserwatywnej dzielą Arendt propozycje odpowiedzi na wyzwania stawiane przez nowoczesność. W obliczu oświeceniowej krytyki fundamentów ładu przednowoczesnego – autorytetu, tradycji i religii – za zasadnicze wyzwanie uważa ona wydobycie człowieka z kondycji nastawionego na instrumentalną realizację celów *animal laborans*, poprzez przywrócenie należytej roli ludzkiemu działaniu w sferze politycznej, stanowiącemu rzeczywistą przestrzeń wolności[3]. Nie ma dla niej zasadniczego znaczenia podporządkowanie podejmowanych działań historycznemu doświadczeniu, a wyemancypowanie sfer polityki i religii postrzega myślicielka afirmatywnie, upatrując w nim nawet warunku rozwoju ludzkiej zbiorowości[4].

W obliczu oświeceniowej krytyki fundamentów ładu przednowoczesnego – autorytetu, tradycji i religii – Arendt za zasadnicze wyzwanie uważa wydobycie człowieka z kondycji nastawionego na instrumentalną realizację celów *animal laborans*, poprzez przywrócenie należytej roli ludzkiemu działaniu w sferze politycznej, stanowiącemu rzeczywistą przestrzeń wolności.

1 H. Arendt, *The Burden of Our Times*, London 1951, s. 436. W angielskim oryginale Arendt posługuje się terminem worldliness („to be stripped *of* citizenship *is* to be stripped *of worldliness*"), w czytelny sposób nawiązującym do Heideggerowskiego *Weltlichkeit* („bycie w świecie", „świat, który światuje") z pracy *Bycie i czas*. Gdyby przyjąć w tym kontekście terminologię Heideggerowską, należałoby przetłumaczyć jej słowa jako „być pozbawionym obywatelstwa, to być pozbawionym świata". *The Burden of Our Times* to pierwsze brytyjskie wydanie *Korzeni totalitaryzmu*; w dalszej części niniejszego artykułu przywoływane będzie polskie tłumaczenie, dokonane na podstawie wydania z 1973 r., H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, przeł. D. Grinberg, M. Szawiel, wyd. 4, Warszawa 2012.

2 Ma to znamienny wyraz w tytule jej biografii: I.L. Horowitz, *Hannah Arendt: Radical Conservative*, New Brunswick–London 2012).

3 Por. H. Arendt, *Kondycja ludzka*, przeł. A. Łagodzka, Warszawa 2000, s. 52; taż, *Wprowadzenie w politykę* (w:) tejże, *Polityka jako obietnica*, przeł. W. Madej, M. Godyń, Warszawa 2007, s. 171. To w podporządkowaniu sfery polityki działaniom o charakterze instrumentalnym, które doprowadziło do rozwoju biurokracji, a w konsekwencji do wyabstrahowania odpowiedzialności za podejmowane przez państwo działania od osobistych relacji pomiędzy ludźmi, Arent upatruje źródeł rozwoju nowoczesnych form despotyzmu, H. Arendt, *O przemocy*, przeł. A. Łagodzka, W. Madej, Warszawa 1999, s. 103–106.

4 „Konserwatyści – pisała Arendt – którzy przylgnęli do tradycji i przeszłości jak do fetyszy, które miały zapobiec ziszczeniu się przyszłości, nie rozumiejąc, że zaistnienie w rzeczywistości politycznej rewolucji jako wydarzenia lub jako zagrożenia

Zarazem z konserwatystami łączy Arendt szereg diagnoz na temat kryzysu życia politycznego, który został zapoczątkowany w okresie oświecenia. Ma to ewidentny wyraz w rozważaniach Arendt dotyczących problematyki bezpaństwowości, które stały się dla niej przesłanką do krytyki nowoczesnej koncepcji obywatelstwa oraz postawienia tezy o aporetyczności nowoczesnej idei praw człowieka. W tych wymiarach intuicje żydowskiej myślicielki, choć opierają się w istotnym stopniu na odmiennych przesłankach, wykazują istotne filiacje z poglądami myślicieli konserwatywnych.

Znamienna jest różnorodność stanowisk myślicieli rozwijających poglądy Arendt na temat bezpaństwowości i nowoczesnej koncepcji obywatelstwa. Do myśli Arendt nawiązywali często lewicowi krytycy idei oświecenia oraz zwolennicy koncepcji radykalnej demokracji[5]. Na uwagę zasługuje jednak, że stała się ona inspiracją także dla myślicieli, którzy bywali kojarzeni z prawicą – we Francji poglądy Arendt dotyczące problematyki bezpaństwowości rozwijali przedstawiciele „nowej myśli francuskiej", jak Alain Renaut czy Luc Ferry. Jej stanowiska były zarazem poddawane gruntownej krytyce przez francuskich neomarksistów, w tym Jacques'a Rancière'a oraz Etienne'a Balibara.

W niniejszym artykule analiza spostrzeżeń Arendt na temat zjawiska bezpaństwowości usytuowana została w kontekście dla tego problemu zasadniczym – a mianowicie w związku z rozwojem i kryzysem nowoczesnej koncepcji obywatelstwa, która uzyskała dojrzałą formę w okresie rewolucji francuskiej. W pierwszej części tekstu rozwój nowoczesnego modelu obywatelstwa zostaje zestawiony z pojmowaniem obywatelstwa i poddaństwa w przednowoczesnym paradygmacie życia publicznego. Następnie naświetlone zostaną problem bezpaństwowości we współczesnym świecie, uwarunkowany przez nowoczesną koncepcję obywatelstwa, oraz rozważania Hannah Arendt poświęcone tej problematyce. W końcowej części artykułu zwięźle zarysowane zostaną najważniejsze kierunki recepcji poglądów Arendt na temat problematyki bezpaństwowości, a także podjęta zostanie próba oceny adekwatności najważniejszych tez stawianych przez Arendt oraz głównych podnoszonych wobec nich zarzutów.

Obywatelstwo i poddaństwo w przednowoczesnym paradygmacie życia publicznego

Pojęcie obywatelstwa znane starożytnym Ateńczykom w zasadniczy sposób różniło się od nowoczesnej koncepcji przyjmowanej współcześnie. Arystoteles w słynnym fragmencie *Polityki* pisał, że „ten, kto nie żyje w społeczeństwie, jest albo zwierzęciem, albo bogiem[6]", definiując człowieka jako *zoon politikon*[7] – istotę, w której naturze leży życie we wspólnocie. Rozumiane na sposób grecki obywatelstwo nie warunkowało udziału w zbiorowości czy podmiotowości człowieka. Wiązało się raczej ze sferą obowiązków niż praw, choć prawa polityczne, do których później Benjamin Constant odnosił się, pisząc o *liberté des anciens*, przynależały wyłącznie obywatelom. Obywatelstwo było zarezerwowane tylko dla części mieszkańców *polis* – tych, którzy byli zdolni ponieść określone ciężary na rzecz państwa i spełniali pewne dodatkowe kryteria[8]. Obywatelstwo nie było w tym rozumieniu

pokazało w istocie, że ta tradycja utraciła swoje umocowanie, swój początek i zasadę, że została odcięta", H. Arendt, *O rewolucji*, przeł. M. Godyń, Kraków 1991, s. 153–154. Co ciekawe, stwierdzenie to poprzedza przeprowadzona w tej samej pracy zaledwie kilkadziesiąt stron wcześniej krytyka filozofii dziejów Georga Hegla, w której Arendt zwraca uwagę, jak głęboko zakorzenione w kulturze współczesnej jest Heglowskie rozumienie konieczności, tamże, s. 19–57.

5 W dalszej części niniejszego artykułu analizie poddane zostaną prace G. Agambena: esej nawiązujący tytułem bezpośrednio do tekstu H. Arendt *My, uchodźcy* z 1943 r. – G. Agamben, *My, uchodźcy*, przeł. K. Gawlicz, „Recykling Idei" 2005, nr 7, oraz książka tegoż, *Homo sacer. Suwerenna władza i nagie życie*, przeł. M. Salwa, Warszawa 2008, w szczególności s. 101–162. Z podobnej perspektywy formułowane są także głosy krytyczne wobec stanowiska H. Arendt, por. M. Bradley *Rethinking Refugeehood: Statelessness, Repatriation and Refugee Agency*, „Review of International Studies" 2014, vol. 40, nr 1, s. 101–123.

6 Arystoteles, *Polityka* (w:) tegoż, *Polityka*, przeł. L. Piotrowicz, Warszawa 2004, s. 25–26 (ks. 1, rozdz. 1).

7 Tamże.

8 Por. m.in. R. Christ, *The Bad Citizen in Classical Athens*, Bloomington 2006, s. 1–14.

równoznaczne ani z pojęciem człowieczeństwa, ani z przynależnością do wspólnoty[9].

Pozostaje przedmiotem sporu, czy instytucja obywatelstwa może być traktowana jako stały składnik przedoświeceniowego paradygmatu życia publicznego, czy właściwsze byłoby stwierdzenie, że po okresie jej regresu nowy koncept obywatelstwa rodzi się dopiero w XVII i XVIII w.[10] Niezależnie od rozstrzygnięcia tego problemu, które wiąże się z istnieniem odrębnej – i w pewnych okresach współistniejącej z obywatelstwem – kategorii poddaństwa, nie zmienił się przez ten okres sposób pojmowania ontycznych zależności pomiędzy jednostką a zbiorowością. Także zachodnie chrześcijańskie średniowiecze, którego główny nurt ostatecznie za sprawą scholastyków, w tym w szczególności św. Tomasza z Akwinu, przyjął schedę arystotelizmu, stawiało społeczną naturę człowieka jako jego cechę ontyczną, pierwotną wobec ustanowionego przez rządzących porządku[11].

Istotny jest też kontekst prawny przednowoczesnego modelu obywatelstwa i poddaństwa, a mianowicie związanie człowieka z prawem, które z racji pochodzenia jest dla niego właściwe – czyli zasada personalizmu. W dojrzałej średniowiecznej formule dotyczyło ono co do zasady prawa materialnego, a nie norm prawa procesowego[12]. Również brak ścisłego rozdziału sfery prywatnej od sfery publicznej w czasach przedoświeceniowych, co szczególnie podkreśla Arendt[13], nie pozostawał bez znaczenia dla sposobu pojmowania uczestnictwa w zbiorowości.

Przednowoczesne rozumienie obywatelstwa wiązało się raczej ze sferą obowiązków niż praw.

Także próba rekonstrukcji wczesnonowożytnej koncepcji obywatelstwa pozwala zidentyfikować dwie przesłanki jego posiadania – samą przynależność do wspólnoty oraz służbę na jej rzecz. Johannes Althusius, jeden z przedstawicieli szkoły prawa naturalnego, pisał, że obywatele różnią się od obcokrajowców tym, że ci ostatni „muszą dostosować się do praw i zwyczajów miejsca, w którym przyszło im przebywać”[14]. Obywatelem jest ten, kto w pełni uczestniczy w życiu zbiorowości (Althusius używa słowa *polituema*). Dzięki obywatelom, poświęcającym swoje życie na rzecz państwa (*civitas*), „można o nim mówić, że jest nieśmiertelne”[15]. Brak tak rozumianego statusu obywatela nie był jednak równoznaczny z wyłączeniem z określonej zbiorowości ludzkiej – z założenia tylko część jej członków, działających na rzecz dobra wspólnego, można uważać za obywateli.

9 Trzeba jednak mieć tutaj na względzie, że sam Arystoteles nie uznawał niewolników za ludzi w tym samym znaczeniu, co wolnych. Arendt zwraca jednak uwagę, że nawet ten status nie wykluczał ich ze wspólnoty ludzkiej – byli bowiem niezbędni do jej funkcjonowania, H. Arendt, *Korzenie…*, s. 415.

10 Za tezą o „odrodzeniu obywatelstwa” w czasach oświecenia opowiadają się m.in. A. Fahrmeir, *Citizenship. The Rise and Fall of Modern Concept*, New Haven–London 2007, s. 9–21, oraz W. Kymlicka, W. Norman, *Return of the Citizen: a Recent Survey of the Global Trends*, „Ethics” 1994, vol. 104, nr 2, s. 352–381. Inaczej m.in. P. Riesenberg, *Citizenship in the Western Tradition: Plato to Rousseau*, University of North Carolina 1992, s. 267–275).

11 Por. m.in. św. Tomasz z Akwinu, *O królowaniu – królowi Cypru*, przeł. M. Matyszkowicz, Warszawa 2006, rozdz. I, 2. Na marginesie trzeba dodać, że sama Arendt podchodzi krytycznie do tłumaczenia na łacinę Arystotelesowskiego terminu *zoon politikon* jako *animal socialis*, którego dokonał św. Tomasz i które jest wykorzystywane w tekście głównym niniejszego artykułu. Upatruje w nim źródeł późniejszego błędnego odbioru myśli greckiej i zastąpienia autentycznego życia społecznego przez ład instytucjonalny, H. Arendt, *Myślenie*, przeł. H. Buczyńska-Garewicz, Warszawa 2000, s. 133.

12 Por. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2017, s. 33–37.

13 H. Arendt, *Kondycja…*, w szczególności s. 50–73.

14 Cyt. za A. Fahrmeir, *Citizenship…*, s. 238.

15 Por. tamże, s. 239.

We wszystkich społeczeństwach przednowoczesnych występował problem osób i grup wypędzonych lub wykluczonych z różnie pojmowanych zbiorowości. Różne formy tego zjawiska – jak zostało to już wskazane – występowały niezmiennie w całych dziejach ludzkości. Ich diametralnie odmienny od nowoczesnej bezpaństwowości charakter objawiał się przede wszystkim w zakresie ich oddziaływania – ograniczeniu do pewnego obszaru lub sfery życia. Dawny banita mógł w innym kraju wieść względnie normalne życie; ekskomunikowany przestawał przynależeć do wspólnoty Kościoła, ale nadal mógł uczestniczyć w życiu zawodowym czy społecznym zbiorowości; wypędzeni z Hiszpanii lub Anglii Żydzi mogli znaleźć schronienie w innych państwach[16].

W przednowoczesnej Europie podróże pomiędzy różnymi obszarami były możliwe mimo wielości zwyczajów i władców. Brak było oczywiście, znanych czasom współczesnym, środków, które pozwalały na skuteczną eliminację takiej możliwości. Niemniej, nawet jeszcze w wieku XVIII – czyli w okresie, gdy idee oświecenia znajdowały już swój wyraz w polityce państw absolutystycznych – wydawanie paszportów ograniczało się do wąskiej grupy osób, których obecność w innym kraju miała walor polityczny. Pierwsze próby wprowadzenia obowiązku posiadania paszportów przez wszystkich podróżujących – jak ta podjęta przez cesarza Józefa II w Austrii – pozostawały „martwym prawem" nie tyle ze względu na brak technicznych możliwości ich urzeczywistnienia, ale w związku z tym, że nawet dla cesarskich urzędników koncept „sztucznego państwa" pozostawał wciąż jeszcze abstrakcją[17].

Nowoczesna koncepcja obywatelstwa

Nowoczesna koncepcja obywatelstwa uformowała się w okresie oświecenia, a po raz pierwszy została wprowadzona w życie w okresie rewolucji francuskiej. Rewolucja, inspirowana w największym stopniu dorobkiem francuskiego oświecenia, całkowicie zerwała z przyjmowanym we wcześniejszych stuleciach sposobem rozumienia relacji pomiędzy człowiekiem a zbiorowością ludzką. Znalazło to wyraz w szeregu nowych instytucji, z których znaczna część zachowała się do dnia dzisiejszego, a które znalazły najbardziej czytelny wyraz po objęciu władzy przez stronnictwo jakobinów w czerwcu 1793 r.[18] Organiczne pojmowanie społeczeństwa zostało ostatecznie zastąpione przez mechanicystyczną koncepcję polityki.

Mimo że źródeł tego stanu rzeczy można dopatrywać się już w schyłkowym okresie *ancien régime* i w ogóle w przeobrażeniach ustrojowych zachodzących w europejskich monarchiach doby absolutyzmu oświeconego[19] oraz w założeniach ustroju Stanów Zjednoczonych Ameryki, dopiero rewolucja we Francji w pełni – przy nieznanym do tej pory zaangażowaniu przymusu administracyjnego – wprowadziła w życie idee liberalne[20]. Wcześniej obowiązujące normy, legitymizowane przez wielowiekową tradycję, miało zastąpić prawo ustalane przez obywateli za pośrednictwem ich reprezentantów[21].

16 Por. m.in. tamże, s. 10–15.

17 Por. tamże, s. 46–50.

18 Por. m.in. R. Brubaker, *The French Revolution and the Invention of Citizenship*, „French Politics and Society" 1989, vol. 7, nr 3, s. 44–48.

19 Por. m.in. znane rozważania: A. de Tocqueville, *Dawny ustrój i rewolucja*, przeł. H. Szumańska-Grossowa, Kraków–Warszawa 1994, w szczególności s. 84–86, s. 175–176, s. 215–216. We współczesnej literaturze polskiej na temat ciągłości pomiędzy *ancien régime* a Francją porewolucyjną, zarówno w wymiarze instytucjonalnym, jak i w zakresie założeń ideowych determinujących rozwój instytucji ustrojowych, pisze szeroko m.in. A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w nowoczesnej Europie. Sądowa kontrola władzy dyskrecjonalnej w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010, w szczególności s. 21–26.

20 Arendt w esejach *O rewolucji* zestawia z ideami rewolucji francuskiej proces kształtowania się założeń ustroju amerykańskiego, wskazując, że projekt amerykański w inny sposób zaabsorbował autorytet i tradycję, od których rewolucja francuska kategorycznie się odcina, H. Arendt, *O rewolucji…*, w szczególności s. 296–319.

21 Por. K. Sójka-Zielińska, *Zagadnienia swobody wykładni sędziowskiej w pracach nad Kodeksem Napoleona* (w:) *Profesorowi Janowi Kodrębskiemu in memoriam*, red. A. Pikulska-Robaszkiewicz, Łódź 2000, s. 399–408; taż, *Sędzia: automat czy racjonalista? Z dylematów doktryny humanitarnej Wieku Oświecenia* (w:) *Historia integra. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Stanisławowi Salmonowiczowi w siedemdziesięciolecie urodzin*, red. D. Janicka, R. Łaszewski, Toruń 2001, s. 273–284.

Rewolucyjni obywatele, przynależący do nowoczesnego *nation*, mieli uczestniczyć we wspólnocie politycznej ze względu na posiadanie określonego statusu prawnego[22] i fizyczną obecność na określonym terytorium. Nie byli już reprezentantami stanów czy grup społecznych składających się na zbiorowość. Miało to szczególnie istotne implikacje dla osób z zewnątrz, obcych, nieposiadających w sensie formalnym statusu obywateli.

Po raz pierwszy na skalę masową wydawane są paszporty – niedopuszczalna jest podróż za granicę bez zgody organu państwa[23]. Osoby z zewnątrz, próbujące przekroczyć granicę Francji, muszą oczekiwać na granicy kraju, aż urzędnicy w Paryżu wydadzą im zgodę na wjazd do tego państwa. Dotychczasowy podział na członków zbiorowości i obcych, opierający się przede wszystkim na rozróżnieniu mieszkańców określonego obszaru i osób, które nie są jego mieszkańcami, zostaje zastąpiony nową, znacznie trudniejszą do przekroczenia barierą[24].

Nie bez przyczyny Arendt uznaje właśnie problem paszportów za jeden z punktów wyjściowych dla rozważań o problemie uchodźstwa. To wraz z ich wprowadzeniem kończy się ostatecznie okres w dziejach Europy, gdy mieszkańcy różnych jej obszarów mogą się poruszać po obszarze kontynentu bez istotnych ograniczeń. Wraz z ukształtowaniem się nowoczesnego modelu obywatelstwa, stopniowo stworzono także fizyczne ograniczenia możliwości przemieszczania się pomiędzy państwami.

W roku 1793 został wydany mieszkańcom Paryża nakaz noszenia kokard, które miały określać ich status. Kokardy w kolorach: czerwonym, niebieskim i białym mieli nosić – odpowiednio – mieszkańcy młodociani, dorośli i obcy, niebędący obywatelami. Regulację tę tłumaczono troską o bezpieczeństwo obcokrajowców. To na ich kokardach miał widnieć napis *hospitalité* (gościnność), który mieszkańcom miasta miał przypominać o ich obowiązkach wobec gości, a obcokrajowcom o tym, jaki jest ich faktyczny status[25].

Proces formowania się nowoczesnej koncepcji obywatelstwa wiązał się ze zwalczaniem lokalnych i regionalnych odrębności nie tylko w wymiarze związanym bezpośrednio z ustrojem feudalnym, ale także w odniesieniu do języka i zwyczaju. Szczególnie znamienny jest fakt, że we Francji w 1792 r. zaledwie trzy miliony spośród 28 milionów mieszkańców posługiwało się paryską odmianą języka francuskiego[26]. Konsekwentnie prowadzona kampania na rzecz likwidacji tych przejawów zróżnicowania wewnętrznego, w tym *terreur linguistique* w okresie rządów jakobińskich – doprowadziły na przestrzeni kilku dziesięcioleci do niemal całkowitego zaniku języków lokalnych. Triada „państwo–ludność–terytorium", wykluczająca bezpaństwowców poza wspólnotę, wiąże się w swojej klasycznej, osadzonej w utylitaryzmie formule z nieuniknionym dążeniem do wprowadzenia w państwie jednolitego porządku, opierającego się na zespole rozwiązań, które w mniemaniu jego twórców byłyby jak najbardziej korzystne dla jak największej liczby jednostek. Drugą stroną problemu bezpaństwowości okazuje się być uniformizacja[27].

Pojmowanie obywatelstwa jako węzła prawnego łączącego człowieka z państwem rozprzestrzeniło się w Europie wraz z podbojami Napoleona. Równolegle – na drodze procesu ewolucyjnego – ukształtowało się ono w Anglii i w jej koloniach. Zanim nowoczesne pojmowanie obywatelstwa zostało przyjęte w całej Europie, miało minąć ponad stulecie. Zarówno w Niemczech, jak i w Anglii[28] status obywateli na przestrzeni kolejnych dziesięcioleci uzyskiwały rzesze ludzi, którzy – wciąż będąc poddanymi władcy – zdobywali prawa polityczne. Po I wojnie światowej status obywatela posiadali już

22 Z czasem będzie to pojmowany w oparciu o założenia pozytywizmu prawniczego status obywatela.

23 A. Fahrmeir, *Citizenship*…, s. 43–44.

24 Tamże, s. 45.

25 P. Riesenberg, *Citizenship*…, s. 247–249.

26 Por. m.in. M. De Certeau, D. Julia, J. Revel, *Une politique de la langue: la Révolution française et les patois. L'enquête Grégoire*, Paris 2002, s. 6–22.

27 Tamże.

28 Chociaż znane są zasadnicze odrębności w zakresie sposobu absorpcji podstawowych składników nowoczesnego porządku społecznego przez czołowych myślicieli oświecenia angielskiego i przedstawicieli oświecenia francuskiego czy – szerzej – kontynentalnego, to długofalowe implikacje ich poglądów w zakresie myśli politycznej wydają się być zaskakująco zbieżne, por. m.in. J. Van Horn Melton, *The Rise of the Public in Enlightenment Europe*, Cambridge 2001, s. 273–277.

wszyscy dorośli mieszkańcy tych państw oraz szeregu innych, nowo ukonstytuowanych krajów Europy. Stał się on wówczas równoznaczny nie tylko z możliwością wpływania na skład ciała przedstawicielskiego stanowiącego prawo, ale także z faktem przynależności do wspólnoty zamieszkującej obszar danego kraju[29].

Podsumowując, można stwierdzić, że samo pojęcie obywatelstwa posiada obecnie przynajmniej dwa zasadnicze znaczenia[31]. Pierwsze z nich, nawiązujące do starożytnych *polis*, to obywatelstwo jako aktywne uczestnictwo w życiu społeczeństwa. Drugie – to formalnoprawny związek pomiędzy jednostką i państwem. Obie te konotacje występują równolegle, choć oczywiście w rozważaniach nad problemem bezpaństwowości w czasach pooświeceniowych istotniejsze znaczenie ma druga z nich.

W paradygmacie pooświeceniowym zasadnicze znaczenie zyskuje rozumienie obywatelstwa jako formalnoprawnego związku między jednostką i państwem.

Wiele spośród opisanych powyżej rozwiązań – zarówno w wymiarze formalnym, jak i w zakresie uwarunkowań doktrynalnych – ma kontynuację w instytucjach funkcjonujących w państwach początków XXI wieku. Inne, przynajmniej na płaszczyźnie retoryki, zostały dzisiaj porzucone. Śmiało można powiedzieć, że – mimo coraz odważniej formułowanych przez ostatnie dziesięciolecia wątpliwości – to właśnie opisana powyżej koncepcja obywatelstwa jest podstawą funkcjonowania współczesnych państw[30].

Zjawisko bezpaństwowości we współczesnym świecie. Uregulowania prawne i stan faktyczny

Bezpaństwowość jest współcześnie definiowana jako brak przynależności państwowej – sytuacja, w której określona osoba nie posiada obywatelstwa żadnego kraju[32]. Pojęcie to ukształtowane jest w opozycji do

29 Por. m.in. A. Fahrmeir, *Citizenship*..., s. 89–123. Co szczególnie znamienne, w Imperium Brytyjskim do początków XX w. statusu obywateli w zasadzie nie uzyskiwali mieszkańcy kolonii. Ograniczał się on tylko do części – a z czasem do całości – ludności Wysp Brytyjskich, por. tamże, s. 42–43.

30 Pewne zdziwienie może budzić fakt, że te bardzo dobrze udokumentowane historycznie wydarzenia bywają przedstawiane przez część czołowych współczesnych myślicieli w sposób niepełny, co niejednokrotnie współgra z aprioryczne przyjętymi tezami. J. Habermas w eseju *Obywatelstwo a tożsamość narodowa* dowodzi, że pojmowanie narodu jako otwartej zbiorowości, do której dostęp jest osiągalny dla każdego chętnego, w opozycji do dawnej idei grupy złączonej więzami krwi, ma swoje źródła w czasach rewolucji francuskiej, podając na dowód fragment francuskiej ustawy z 1793 r. zezwalającej każdemu cudzoziemcowi, przebywającemu we Francji przez co najmniej rok, na uzyskanie obywatelstwa tego kraju, J. Habermas, *Obywatelstwo a tożsamość narodowa*, Warszawa 1993, s. 25–26. Niemiecki myśliciel nie dodaje jednak, że wymieniona przez niego ustawa obowiązywała przez zaledwie dwa miesiące, a została zarówno poprzedzona, jak i zastąpiona przez regulacje dużo surowsze niż w okresie *ancien regime*, por. A. Fahrmeir, *Citizenship*..., s. 15–17. Biorąc pod uwagę charakter aktualnego ustawodawstwa większości krajów zachodnich w zakresie naturalizacji, paralel można się doszukiwać raczej w związku z pozostałymi ustawami okresu rewolucyjnego.

31 Zaproponowane zestawienie nie wyczerpuje jednak występujących we współczesnym dyskursie publicznym znaczeń słowa „obywatelstwo", z których większość jednak stanowi warianty dwóch podstawowych sposobów rozumienia tego pojęcia, które zostały przywołane.

32 Konwencja o statusie bezpaństwowców z dnia 28 września 1954 r. (UNTS, vol. 360, s. 117) definiuje w art. 1 bezpań-

nowoczesnego konceptu obywatelstwa, który, jak zostało opisane, rozumiany jest jako więź prawna państwa z jednostką, warunkująca przynależność do wspólnoty[33].

W literaturze rozróżnia się pojęcia bezpaństwowości *de iure* i bezpaństwowości *de facto*. Pierwsze z nich odnosi się do osób, które formalnie nie posiadają obywatelstwa żadnego kraju ze względu na to, że je utraciły, bądź nigdy go nie nabyły. Drugie z tych sformułowań określa szerszą grupę – wszystkie osoby, które, formalnie będąc obywatelami państw, nie mogą skutecznie egzekwować praw wynikających ze swojego statusu[34]. Na oba te pojęcia nakłada się kategoria uchodźców, czyli tych osób, które pod przymusem musiały opuścić swoje państwo zamieszkania[35]. W dobie masowej migracji ta ostatnia grupa jest w dyskursie publicznym niezwykle często mylona z posiadającą zupełnie inny charakter znacznie szerszą kategorią migrantów, którzy zmieniają miejsce zamieszkania z innych przyczyn, najczęściej z powodów ekonomicznych[36].

Ustawodawstwa poszczególnych państw różnią się w zakresie definicji bezpaństwowości. W niektórych przypadkach za apatrydę uznawana jest osoba, która nie posiada w sensie formalnym obywatelstwa żadnego państwa, w innych z kolei jednostka, która nie ma prawnych możliwości ubiegania się o obywatelstwo jakiegokolwiek kraju, a w jeszcze innych – ci, którzy nie posiadają żadnych dowodów pozwalających na potwierdzenie prawnego statusu obywatela[37].

Człowiek może zostać bezpaństwowcem w sposób dwojaki – pierwotnie lub wtórnie. Bezpaństwowość pierwotna występuje wówczas, gdy dana osoba w momencie urodzenia nie uzyskuje obywatelstwa żadnego kraju. Może to mieć miejsce, jeżeli zaistnieje negatywna kolizja praw dotyczących nadawania obywatelstwa kraju pochodzenia rodziców i państwa przyjścia na świat nowo urodzonej osoby[38]. Wiąże się to z faktem, że poszczególne państwa nadają swoje obywatelstwo według różnych kryteriów, stanowiących warianty znanych historycznie zasad *iuris sanguinis* (prawa krwi) lub *iuris soli* (prawa ziemi)[39]. Bezpaństwowość pierwotna może również wystąpić w przypadku dzieci bezpaństwowców, które rodzą się na terytorium, na którym nie funkcjonuje zasada *ius soli*.

Większość bezpaństwowców uzyskała ten status w sposób wtórny, rodząc się jako obywatele określonych państw. Mogło to nastąpić w sytuacji pozbawienia danej osoby obywatelstwa przez władze państwa, dobrowolnego zrzeczenia się obywatelstwa, upadku państwa lub zmiany granic[40].

Najważniejszą międzynarodową instytucją, która ma na celu ochronę praw uchodźców, jest Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców, urząd powołany w 1950 r. Prowadzi on

stwowca jako „osobę nie uważaną za obywatela przez żadne państwo zgodnie z jego prawem".

33 Por. m.in. D. Held, *Between State and Civil Society: Citizenship* (w:) *Citizenship*, ed. G. Andrews, London 1991, s. 19–21; J.G.A. Pocock, *The Ideal of Citizenship Since Classical Times* (w:) *The Citizenship Debates: A Reader*, ed. G. Shafir, Minneapolis 1998, s. 2–4.

34 Por. m.in. A. Rytel, *Źródła bezpaństwowości oraz próby jej zapobiegania i ograniczania*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2005, t. 13, s. 281–282.

35 Art. 1 konwencji o statusie uchodźców, sporządzonej w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r., nr 119, poz. 515) stwierdza, że uchodźca to osoba, która spełnia następujące warunki:
a) przebywa poza swoim krajem pochodzenia;
b) żywi uzasadnioną obawę przed prześladowaniem ze względu na rasę, religię, narodowość, przynależność to określonej grupy społecznej lub poglądy polityczne;
c) z powodu tych obaw nie może lub nie chce korzystać z ochrony swojego kraju pochodzenia.

36 Do tego stanu rzeczy przyczynia się sytuacja, gdy o status uchodźcy masowo ubiegają się osoby, które zmieniają miejsce zamieszkania z przyczyn czysto ekonomicznych. W języku dyskursu medialnego pojęcia „migrant" i „uchodźca" niezwykle często stosowane są zamiennie – chociaż ich znaczenie w języku prawnym i faktyczny status osób należących do tych kategorii różnią się zasadniczo.

37 C. Batchelor, *Statelessness and the Problem of Resolving the Nationality Status*, „International Journal of Refugee Law" 1998, nr 1–2 (10), s. 166–169.

38 Por. m.in. tamże, s. 170–172; R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005, s. 257–260.

39 Tak więc np. dziecko obywateli kraju, w którym obowiązuje *ius soli*, może, rodząc się na terytorium państwa, w którym obowiązuje *ius sanguinis*, nie uzyskać żadnego obywatelstwa.

40 Por. m.in. C. Batchelor, *Statelessness*…, s. 172, A. Rytel, *Źródła*…, s. 282.

statystyki dotyczące różnych kategorii osób nieposiadających praw obywatelskich lub niemogących ich egzekwować. Obraz, który się z owych statystyk wyłania, wskazuje na to, że ostatnie dziesięciolecia są okresem bezprecedensowego nasilania się zjawiska bezpaństwowości i wzrostu liczby uchodźców. Pod koniec 2013 r. żyło na świecie 3 469 278 osób, które nie posiadały obywatelstwa żadnego państwa i 11 milionów uchodźców[41]. Zjawiska te występują oczywiście ze zwiększonym nasileniem na tych obszarach, gdzie w ostatnich dziesięcioleciach miały miejsce istotne przekształcenia polityczne[42].

Bezpaństwowość zaistniała jako zjawisko masowe po zakończeniu I wojny światowej i podpisaniu traktatu wersalskiego. Wówczas, wraz ze zmianami granic i upadkiem szeregu dotychczas istniejących państw, znaczna część ludności Europy (przede wszystkim środkowej i wschodniej części kontynentu) została pozbawiona obywatelstwa wcześniej istniejących krajów. Zmiany granic wymusiły albo przesiedlenia, albo przyjęcie obywatelstwa nowego państwa większościowego, jeśli taka możliwość istniała. Ponadto rewolucja październikowa i późniejsze zwycięstwo Armii Czerwonej spowodowały masową emigrację dawnych rosyjskich elit, których przedstawiciele pozbawieni zostali więzi prawnej z nowo powstałym państwem sowieckim[43]. Od tego momentu problem dużych grup bezpaństwowców jest stale obecny w polityce międzynarodowej. Znamienne jest, że zjawisko bezpaństwowości zyskało charakter masowy wraz z upadkiem przednowoczesnych struktur ustrojowych w większości państw Europy i rozpoczęciem niepodzielnej dominacji nowoczesnego modelu filozofii polityki.

Pierwszą próbę zmierzenia się z tą sytuacją podjął Fridtjof Nansen, który jako Wysoki Komisarz powstałej po I wojnie światowej Ligi Narodów przeprowadził inicjatywę przyznania bezpaństwowcom dokumentów identyfikacyjnych, nazwanych od jego nazwiska „paszportami nansenowskimi". Po wprowadzeniu w 1921 r. pozwalały one apatrydom na przekraczanie granic i podróże. Obecnie nie są już wydawane, ale zastąpiono je dokumentami o podobnym charakterze, za których wydawanie odpowiedzialna jest ONZ[44].

W późniejszym okresie podjęto liczne starania na rzecz likwidacji problemu bezpaństwowości, których skutkiem było wprowadzenie szeregu regulacji wewnątrzpaństwowych i powstanie szeregu umów międzynarodowych, mających na celu wykluczenie opisanych powyżej sytuacji, kiedy to zjawisko może zaistnieć.

Pierwszą z nich była konwencja z 1930 r. w sprawie prawnych zagadnień dotyczących kolizji ustaw o obywatelstwie[45], która w art. 8 uzależnia utratę dotychczasowego obywatelstwa przez kobietę wycho-

41 „UNHCR Statistical Yearbook" 2014, Annex, http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=54cf9bc29&query=UNHCR%20Statistical%20Yearbook%202014 (dostęp 27.08.2016), s. 81. W sumie osób, które objęte były mandatem UNHCR, na koniec 2013 r. było 42 865 397, tamże, s. 81. Według stanu na koniec 2009 r. całkowita liczba osób nieposiadających obywatelstwa żadnego państwa, uchodźców i innych, dotkniętych analogicznymi formami wykluczenia, uniemożliwiającymi skuteczne korzystanie z praw obywatelskich, wynosiła 36 460 806. Wśród nich było 6 559 573 bezpaństwowców i 8 806 867 uchodźców, „UNHCR Statistical Yearbook" 2009, Annex, http://www.unhcr.org/4ce5327f9.html (dostęp 14.05.2015), s. 60.

42 Opisywane zjawiska nie mają równej intensywności na wszystkich obszarach geograficznych. Liczba uchodźców i bezpaństwowców najwyższa jest na obszarze Azji i Pacyfiku, Bliskiego Wschodu i Afryki Północnej oraz Europy. Po uwzględnieniu potencjału demograficznego każdego z tych obszarów liczba uchodźców w Europie okazuje się relatywnie wyższa niż na innych obszarach. Uchodźcy (bez uwzględnienia innych kategorii) są obecni w Europie w liczbie 1 647 500. Dla porównania – w obu Amerykach to 812 300, a w dużo ludniejszej Azji (region z wyłączeniem Bliskiego Wschodu, a przy uwzględnieniu Australii i Oceanii) 3 856 000. Por. „UNHCR Statistical Yearbook" 2004, *Annex*, s. 21. Trzeba tutaj dodać, że zaledwie znikoma część spośród uchodźców przebywających w Europie pochodzi z innych państw tego kontynentu, tamże, s. 24.

43 Por. m.in. H. Arendt, *Korzenie*…, s. 376–379.

44 L. Ryne, *Fridtjof Nansen: Man of many facets*, http://www.mnc.net/norway/Nansen.htm (dostęp 23.05.2015) ONZ wydaje obecnie tzw. szare paszporty, tj. „dowody tożsamości" oraz „dokumenty tożsamości dla uchodźców" (te ostatnie gwarantują także wpuszczenie bezpaństwowca do kraju, który wydał dokument).

45 Konwencja w sprawie prawnych zagadnień dotyczących kolizji ustaw o obywatelstwie oraz protokół dotyczący przypadku bezpaństwowości, podpisane w Hadze dnia 12 kwietnia

dzącą za mąż od uzyskania przez nią obywatelstwa państwa męża; jeśli w trakcie trwania małżeństwa kobieta traci obywatelstwo ze względu na zmianę obywatelstwa przez męża, utrata ta jest warunkowana przez uzyskanie przez nią nowego obywatelstwa męża (art. 9 konwencji). Sporządzone później konwencja z 1957 r. o obywatelstwie kobiet zamężnych[46] (w art. 1) i konwencja z 1979 r. o eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet[47] (w art. 9) formułują zasadę równouprawnienia małżonków, zgodnie z którą obywatelstwo jednego spośród małżonków nie może mieć wpływu na utratę obywatelstwa przez drugiego podczas trwania związku małżeńskiego.

Kluczowymi dokumentami regulującymi obecnie status bezpaństwowców są: konwencja z 1954 r. o statusie bezpaństwowców i konwencja z 1961 r. o ograniczaniu bezpaństwowości. Ta ostatnia zakłada przyznanie obywatelstwa państwa urodzenia osobom, które w chwili narodzin są zagrożone uzyskaniem statusu bezpaństwowca[48], eliminuje możliwość zostania bezpaństwowcem w przypadku utraty lub zrzeczenia się obywatelstwa[49] i ogranicza możliwość odebrania obywatelstwa do enumeratywnie sformułowanego katalogu sytuacji[50].

Tak dokładne regulacje nie powstrzymały jednak wzrostu liczby bezpaństwowców na świecie – wpłynęła na to stosunkowo niska liczba państw, które ratyfikowały wymienione konwencje[51], jak i brak skutecznych środków prawnych, które umożliwiałyby egzekucję ich postanowień.

Problem bezpaństwowości jest także przedmiotem Powszechnej deklaracji praw człowieka uchwalonej przez ZO ONZ rezolucją 217/III A w dniu 10 grudnia 1948 r. Jej artykuł 15 głosi, że „[k]ażdy człowiek ma prawo do posiadania obywatelstwa. Nie wolno nikogo pozbawiać samowolnie obywatelstwa ani nikomu odmawiać prawa do zmiany obywatelstwa”[52]. „Prawo do nabycia obywatelstwa” jest także gwarantowane przez art. 25 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[53]. Mimo przyjęcia tych sformułowań nie stworzono w aktach prawa międzynarodowego procedury, za pomocą której bezpaństwowcy mogliby dochodzić swojego „prawa do obywatelstwa” lub „prawa do nabycia obywatelstwa” – choć w regionalnych systemach ochrony praw człowieka instytucje sądownicze stawiały tezy m.in. o niezgodności arbitralnego odbierania obywatelstwa z wiążącymi normami prawa międzynarodowego[54]. Obecnie bezpaństwowcy przebywają w niemal

1930 r., ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 5 czerwca 1934 r. (Dz.U. z 1937 r., nr 47 poz. 361).

46 Konwencja o obywatelstwie kobiet zamężnych, otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 20 lutego 1957 r. (Dz.U. z 1959 r., nr 56, poz. 334).

47 Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz.U. z 1982 r., nr 10, poz. 71), por. art. 9, stanowiący, że „Państwa-Strony zapewnią kobietom równe prawa z mężczyznami w zakresie nabywania, zmiany lub zachowania obywatelstwa. W szczególności zapewnią one, że ani małżeństwo z cudzoziemcem, ani zmiana obywatelstwa przez małżonka podczas trwania małżeństwa nie spowodują automatycznie zmiany obywatelstwa małżonki ani nie uczynią jej bezpaństwowcem, ani też nie zmuszą jej do przyjęcia obywatelstwa małżonka”.

48 Por. art. 1, 2, 3 i 4 Konwencji o ograniczaniu bezpaństwowości z dnia 30 sierpnia 1961 r. (UNTS, vol. 989, s. 175).

49 Por. art. 5, 6 i 7 tejże konwencji.

50 Por. art. 8 i 9 tejże konwencji.

51 Konwencję z 1954 r. ratyfikowało dotychczas 90 państw, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en (dostęp 04.02.2018), a konwencję z 1961 r. 71 państw, https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=0800000280035afb (dostęp 04.02.2018). Oznacza to istotny wzrost w porównaniu do 2005 r., gdy obie konwencje ratyfikowane były – odpowiednio – przez 57 państw oraz 30 państw, por. M. Achiron, *Obywatelstwo a bezpaństwowość. Przewodnik dla parlamentarzystów*, Geneva 2005 s. 53–55.

52 *Universal Declaration of Human Rights*, http://www.un-documents.net/a3r217.htm (dostęp 04.02.2018).

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

54 Tak m.in. Europejski Trybunał Praw Człowieka w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 czerwca 2016 r. w sprawie *Ramadan przeciwko Malcie*, skarga nr 76136/12, gdzie stwierdził, że arbitralne odebranie obywatelstwa może stanowić naruszenie art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284), ustanawiającego gwarancje prawa do ochrony życia prywatnego i rodzinnego.

wszystkich krajach będących członkami Organizacji Narodów Zjednoczonych[55].

Bezpaństwowiec jako prototyp człowieka nowoczesnego. Problem bezpaństwowości w myśli Arendt

Hannah Arendt, która nie posiadała obywatelstwa żadnego kraju przez okres 14 lat[56], w swojej pierwszej publikacji poświęconej problematyce bezpaństwowości, opublikowanym w 1943 r. artykule *My, uchodźcy*[57], postawiła tezę, że bezpaństwowcy mają symboliczne znaczenie z perspektywy oceny losu człowieka w nowoczesnym społeczeństwie, wyprzedzając innych w stanie nieuchronnego odizolowania od wspólnoty. Odnosząc się do wydarzeń drugiej wojny światowej, pisała, że „uchodźcy stanowią awangardę swoich narodów – jeśli te narody zechcą zachować swoją tożsamość"[58]. Dola bezpaństwowców najpełniej według niej charakteryzuje zasadniczą cechę człowieka współczesnego w ogóle i stanowi wyznacznik jego kondycji.

> **Dla Arendt bezpaństwowcy mają symboliczne znaczenie z perspektywy oceny losu człowieka w nowoczesnym społeczeństwie, wyprzedzając innych w stanie nieuchronnego odizolowania od wspólnoty.**

Całkowite i formalne wykluczenie ze wspólnoty oraz brak możliwości aktywnego uczestnictwa w jej życiu stanowią bowiem najdalej posuniętą formę zjawisk, które oddziaływają na większość osób żyjących dziś w krajach Zachodu: wzajemne wyobcowanie, upadek życia społecznego i całkowita dominacja nowocześnie pojmowanego państwa, funkcjonującego jako substytut dawnych form życia w zbiorowości.

Jednym z zasadniczych błędów nowoczesnego projektu przebudowy życia politycznego było naiwne przekonanie, że tożsamość człowieka może być kształtowana w sposób plastyczny, podczas gdy w rzeczywistości nie może być ona swobodnie kształtowana ani przez czynniki zewnętrzne, ani nawet przez niego samego. Arendt podaje w tym kontekście kuriozalny przykład Żyda, który mieszkając w Berlinie, deklarował integralny związek z Niemcami, później przebywając w Wiedniu, próbował uchodzić za stuprocentowego Austriaka, wreszcie, zmuszony do emigracji do Paryża, deklarował, że stanie się prawdziwym

55 Por. „UNHCR Statistical Yearbook" 2009, s. 57–60.

56 Ten okres w życiu żydowskiej myślicielki rozpoczął się wraz z odebraniem jej obywatelstwa niemieckiego w 1937 r., a zakończył się dopiero w 1951 r., wraz z uzyskaniem obywatelstwa USA, po dziesięcioletnim pobycie w tym kraju. Okoliczności życiowe – na co zwraca uwagę sama autorka – miały bezpośredni wpływ nie tylko na szczególną uwagę, jaką poświęciła ona problemowi bezpaństwowości, ale też na szereg spostrzeżeń i stanowisk, które formułowała właśnie z tego powodu z taką ostrością i precyzją. Wpływ osobistych przeżyć H. Arendt (związanych z pozbawieniem obywatelstwa) na jej poglądy w sensie całościowym opisuje R.J. Bernstein, *Hannah Arendt on the Stateless*, „Parallax" 2005, vol. 11, nr 1, s. 46–60.

57 H. Arendt, *We refugees* (w:) *Altogether Elsewhere. Writers in Exile*, Boston–New York 1994, s. 111–142.
Tekst został przełożony na język polski przez Halinę Bortnowską i po raz pierwszy opublikowany w „Znaku" w latach 80., a później wielokrotnie przedrukowywany, por. H. Arendt, *My, uchodźcy*, przeł. H. Bortnowska (w:) tejże, *Pisma żydowskie*, przeł. M. Godoń i in., Warszawa 2012, s. 299–310. Tłumaczka z niezrozumiałych przyczyn dokonała ingerencji merytorycznych w tekst oryginalny (por. w szczególności konkluzje tekstu Arendt na s. 310 przywoływanego wydania). Z tego względu w niniejszym artykule przywoływany jest bezpośrednio tekst oryginału.

58 H. Arendt, *We refugees…*, s. 119.

Francuzem[59]. Żydzi zdaniem Arendt, przyznając się do tego, jaka w istocie jest ich tożsamość, obnażają w pełni podstawowy problem świata pooświeceniowego – ponieważ w związku z tożsamością żydowską nie byliby wprost chronieni przez żadne z nowoczesnych państw, zostali skazani na to, aby „obnażyć swoje czyste człowieczeństwo[60]". A nowoczesny świat to miejsce, gdzie w istocie – mimo sformułowanego niegdyś katalogu praw człowieka – „człowiek jako taki przestał istnieć[61]". Jego status określa państwo wydające świadectwa urodzenia i paszporty, które „przestały być już tylko dokumentami urzędowymi, a stały się determinantami społecznej pozycji jednostki", określając, czy przynależy ona do zbiorowości, czy została z niej wykluczona[62]. Być bezpaństwowcem w świecie, gdzie prawa wyznaczają państwa, to „znaleźć się w sytuacji, w której człowiek nie jest chroniony przez żadne zasady i żadną konwencję[63]".

Najszerzej problematykę bezpaństwowości analizuje H. Arendt w pracy *Korzenie totalitaryzmu* opublikowanej w 1951 r.[64] Podnosząc – co już zostało w niniejszym artykule wspomniane – że problem bezpaństwowości na szeroką skalę zaistniał w polityce międzynarodowej po zakończeniu I wojny światowej, wraz z powstaniem nowych państw narodowych i upadkiem dotychczas istniejącego ładu politycznego[65], źródeł zwiększenia się liczby bezpaństwowców dopatruje się ona jednak w dużo szerszym kontekście intelektualnym; zwraca też uwagę, że nowoczesne państwa opierają się na sformułowanym ostatecznie pod koniec wieku XIX paradygmacie państwowości, łączącym trzy elementy – naród, terytorium i państwo[66].

Jednym z zasadniczych błędów nowoczesnego projektu przebudowy życia politycznego było naiwne przekonanie, że tożsamość człowieka może być kształtowana w sposób plastyczny, podczas gdy w rzeczywistości nie może być ona swobodnie formowana ani przez czynniki zewnętrzne, ani nawet przez niego samego.

Analizując problematykę zależności pomiędzy jednostką a zbiorowością, autorka postawiła w *Korzeniach totalitaryzmu* tezę, która *prima facie* może wydawać się kontrowersyjna – stwierdziła bowiem, że los niewolnika w czasach starożytnych był w pewnym sensie lepszy niż los współczesnego bezpaństwowca, bo „nawet niewolnicy należeli w pewnym stopniu do ludzkiej społeczności"[67]. Stanowisko to jest bardzo znamienne nie tylko dla jej poglądów na kwestię bezpaństwowości, ale w ogóle dla jej myśli politycznej, w której centralną pozycję zajmuje działanie w sferze politycznej. Arendt zwraca uwagę, że niewolnik – jakkolwiek traktowany

59 Tamże, s. 112–113.

60 Tamże, s. 114.

61 Tamże, s. 116–117.

62 Tamże, s. 122–124.

63 Tamże, s. 130.

64 Warto przypomnieć, że do końca lat 80. żadne z dzieł H. Arendt nie zostało wydane w PRL.

65 H. Arendt, *Korzenie*…, s. 376–382.

66 Por. m.in. J. Kostrubiec, *Georg Jellinek – klasyk niemieckiej nauki o państwie (w 95. rocznicę śmierci)*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2006, t. 7, s. 39–68.

67 H. Arendt, *Korzenie*…, s. 415.

jako *instrumentum vocale* – pełnił jednak zasadniczą rolę w funkcjonowaniu społeczeństwa; bez pracy niewolników zbiorowość nie mogła się wówczas obyć. Niewolnik był w społeczeństwie jednostką najniżej postawioną w hierarchii, ale konieczną do funkcjonowania całości. Tymczasem współczesny bezpaństwowiec zostaje z ludzkiej zbiorowości wykluczony – w sensie, jaki wcześniej był nieznany.

Hannah Arendt proponuje test, który pozwoliłby w sposób ostateczny stwierdzić, czy człowiek został zmuszony do tego, by znaleźć się poza prawem. Chodzi o określenie, czy ktoś – nawet w sposób krótkotrwały – może poprawić swoją sytuację prawną przez popełnienie przestępstwa. Wynik tego sprawdzianu w odniesieniu do nowoczesnego bezpaństwowca okazuje się pozytywny – „jako przestępca nawet bezpaństwowiec nie może być traktowany gorzej niż inny przestępca, a więc będzie traktowany jak ktokolwiek inny[68]". Popełniając przestępstwo, bezpaństwowiec nie tylko unika groźby deportacji, ale też podlega tym samym prawom co wszyscy obywatele państwa.

Bezpaństwowość jest dla H. Arendt czymś więcej niż tylko kontynuacją dawnych form wykluczenia ze zbiorowości. Także w dawnych społeczeństwach wypędzenia i migracje zdarzały się niejednokrotnie. Zawsze jednak oznaczały one wykluczenie z konkretnej wspólnoty, nie przekreślając możliwości kontynuowania życia w innym miejscu. Nowoczesne, sformalizowane obywatelstwo, które każe bezpaństwowcom uczestniczyć w skomplikowanej procedurze administracyjnej niedającej szans powodzenia, *de facto* taką możliwość wyklucza. Jak pisze Arendt, „czymś bez precedensu jest nie tyle utrata domu, co niemożność znalezienia nowego[69]". W obliczu masowej skali zjawisk bezpaństwowości i uchodźstwa dwie istniejące na gruncie pozytywistycznym metody likwidacji tych problemów – repatriacja i naturalizacja – okazują się zdaniem Arendt bezużyteczne[70].

Symboliczne znaczenie ma w tym kontekście upadek tradycyjnego prawa do azylu. O ile formalnie instytucja ta została do czasów Arendt zachowana, to była ona niedostępna dla bezpaństwowców – pozbawionych praw obywatelskich ze względu na przynależność do grupy etnicznej, narodowej lub religijnej, a nie za poglądy polityczne czy cechy osobiste. Choć osoby prześladowane ze względu na poglądy polityczne wciąż mogły być beneficjentami tak sformułowanego prawa, to stanowiły jedynie bardzo nieznaczną część ogólnej liczby bezpaństwowców[71].

Arendt definiuje nowoczesną koncepcję obywatelstwa jako „prawo do posiadania praw[72]". Ludzie pozbawieni tak rozumianego obywatelstwa nie mają praw, bo te przynależne są tylko członkom społeczeństwa – a przynależność jednostki do zbiorowości warunkowana jest przez jej status formalnoprawny. Stanowi to w znacznej mierze zakwestionowanie człowieczeństwa tych osób – Arendt dowodzi, że istota ludzka spełnia się w działaniu, życiu wśród innych ludzi i interakcji z nimi[73]. Ekskluzja o niespotykanej wcześniej skali nie mogłaby mieć miejsca bez radykalnej zmiany sposobu funkcjonowania państwa i pojmowania prawa, które na gruncie nowoczesnego paradygmatu ma stanowić tylko przedmiot konwencji[74]. Instytucja „prawa do posiadania praw" jest *novum*, które w takiej formie nie występowało wcześniej wśród ludzi[75].

Autorka *Korzeni totalitaryzmu* zwraca uwagę, że nowoczesnym substytutem fundamentów cywilizacji przedoświeceniowej – zwyczaju, tradycji i autorytetu – stała się koncepcja praw człowieka, wyeksplikowana w amerykańskiej Deklaracji Niepodległości oraz – w nieco innej formie i przy odmiennej legitymizacji – francuskiej Deklaracji praw człowieka i obywatela z 1789 r. „Od tej pory – pisze – źródłem prawa ma być człowiek, a nie boskie przykazanie ani zwyczaj historyczny"[76]. Arendt uważa, że ta koncepcja praw człowieka nie jest adekwatna do rzeczywistości społecznej, a fiasko nowoczesnej formuły praw człowieka stanowi zasadniczą przyczynę nie tylko współczesnych

68 Tamże, s. 401.

69 Tamże, s. 410.

70 Tamże, s. 397–399.

71 Tamże, s. 400, s. 413–414.

72 Tamże, s. 406.

73 To właśnie działanie (*action*), w które immanentnie wpisany jest charakter intersubiektywny, stanowi wyróżnik kondycji ludzkiej – produkcja (*labor*) i praca twórcza (*work*) nie świadczą o człowieku w takim stopniu jak uczestnictwo w społeczeństwie, H. Arendt, *Kondycja*…, s. 220–236.

74 Por. tamże, s. 280–289.

75 Tamże, s. 406–407.

76 Tamże, s. 406.

problemów związanych z bezpaństwowością i uchodźstwem, ale szeregu ważnych kwestii życia społecznego.

Myślicielka reprezentuje w tym zakresie poglądy stanowiące w istotnej mierze powtórzenie stanowisk Edmunda Burke'a, który w *Rozważaniach o rewolucji we Francji* pisał, że pojmowane w sposób generalny prawa człowieka są abstrakcją i nie gwarantują wprost niczego, bo prawa ludzie zyskują jako członkowie określonej zbiorowości – wyrastają one „z wnętrza narodu", a ich legitymizacja opiera się na „wieczystym dziedziczeniu"[77]. W *Korzeniach* Arendt wyraża przekonanie, że zarówno dla bezpaństwowców, jak i dla więźniów obozów koncentracyjnych, „abstrakcyjna nagość bycia istotą ludzką stanowiła (…) największe zagrożenie (…). Byli oni uważani za dzikusów i, bojąc się, że w końcu zostaną uznani za zwierzęta, upierali się przy swojej narodowości (…) jako jedynym śladzie związków z ludzkością[78]". Paradoksalny i aporetyczny charakter oświeceniowej koncepcji praw człowieka podsumowuje autorka, zwracając uwagę na jej rzeczywiste implikacje:

„Jeżeli istota ludzka traci swój status polityczny, powinna, zgodnie z tym, co wynika z wrodzonych i niezbędnych praw człowieka, znaleźć się w takiej dokładnie sytuacji, jaką przewidują te prawa ogólne. W rzeczywistości jest zupełnie odwrotnie. Wydaje się, że człowiek, będący tylko człowiekiem i niczym innym, właśnie utracił te cechy, które umożliwiały innym traktowanie go jako bliźniego. Jest to jedną z przyczyn tego, że trudniej jest zniszczyć osobowość przestępcy (…) niż człowieka, któremu zabroniono wszelkiej wspólnoty ludzkiej odpowiedzialności[79]".

Arendt uważa, że już w samym tytule rewolucyjnej Deklaracji praw człowieka i obywatela pojawia się dwuznaczność, trudno bowiem orzec, czy zadeklarowane tam prawa odnoszą się do wszystkich ludzi, czy tylko do obywateli Francji, a jeśli mogłyby być wykonywane przez wszystkich ludzi – nie jest jasne, jaki podmiot miałby je gwarantować i czuwać nad ich realizacją[80].

Z tego i innych powodów w państwach porewolucyjnych idea „uniwersalnych praw człowieka" została *de facto* wprowadzona tylko na poziomie określonych katalogów praw obywatelskich, które odnosiły się jedynie do osób formalnie dysponujących obywatelstwem określonego kraju. Te nowoczesne, liberalne państwa, gdzie szereg dawniej istniejących partykularyzmów został zastąpiony przez podstawową zasadę równości wobec prawa, napotkały zasadniczy problem w postaci bezpaństwowców. Sprawiali oni, jako jednostki *de facto* wyjęte spod prawa, że powstawał paradoks związany z samą istotą praw człowieka – zakładanej równości wobec prawa towarzyszyła bowiem niespotykana wcześniej skala nierówności[81]. Arendt podkreśla, że nie stworzono nigdy żadnej formy „narodu bezpaństwowców", akcentującej znaczenie praw człowieka – nie pojawiły się nawet żadne istotniejsze inicjatywy zmierzające w tym kierunku. Każda z grup, które zostały pozbawione przynależności państwowej, tym bardziej zaznaczała swoją narodową odrębność – głównie po to, by rzeczywiście zachować swoją podmiotowość – jako Żydów czy Ormian, a nie „po prostu ludzi"[82].

Autorka z dużym dystansem podchodzi do koncepcji rozwiązania problemu bezpaństwowców poprzez utworzenie „rządu światowego". „Rząd taki – pisze – rzeczywiście jest w zasięgu możliwości, ale można podejrzewać, że mógłby się znacznie różnić od wersji lansowanej przez idealistycznie nastawione organizacje[83]". Podkreśla, że w erze dominacji myślenia utylitarnego podlegałby on dokładnie tym samym ograniczeniom co rządy państw narodowych, a ucisk wobec mniejszości wcale nie musiałby być lżejszy. W czasach, gdy religia i tradycja nie mogą już zapewnić innego pojmowania prawa, niż takie, które opiera się na „zrównaniu tego, co słuszne z tym, co dobre", nie sposób oczekiwać, że ponadnarodowe instytucje będą kierowały się innymi przesłankami niż poszczególne państwa[84].

Do zagadnienia bezpaństwowości powróciła Arendt jeszcze w opublikowanej w 1963 r. pracy *Eichmann w Jerozolimie. Rzecz o banalności zła*, w której, posługując się jako pretekstem historią przeprowadzonego

77 Por. E. Burke, *Rozważania o rewolucji we Francji*, przeł. D. Lachowska, Warszawa 2008, s. 92.

78 H. Arendt, *Korzenie*…, s. 418–419.

79 Tamże, s. 419.

80 Tamże, s. 407–408.

81 Tamże, s. 411–412.

82 Tamże, s. 413.

83 Tamże, s. 417.

84 Tamże, s. 417–418.

w Jerozolimie na początku lat 60. procesu przeciwko nazistowskiemu zbrodniarzowi Adolfowi Eichmannowi, raz jeszcze dowodzi, że przesłanki ideowe, które doprowadziły do Holokaustu i innych zbrodni okresu II wojny światowej, dalece wykraczają poza problematykę niemieckiego nacjonalizmu i specyficznych uwarunkowań, w jakich znalazły się Niemcy po 1933 r.[85] Żydowska myślicielka przypomina raz jeszcze, jak głęboko w nowoczesny projekt ładu politycznego wpisane są czynniki, które stały się zarzewiem totalitaryzmu. Kreśląc portret Eichmanna, Arendt zwraca uwagę, że w jego postawie trudno dopatrzyć się cech patologicznego i głębokiego antysemityzmu. Sam oskarżony twierdzi nawet – co nie uchodzi uwadze autorki – że sympatyzował z ruchem syjonistycznym. Jest on, jak Arendt zdaje się sugerować, tylko elementem nowoczesnej biurokratycznej machiny – funkcjonariuszem, który wykonywał swoje zadania. To jego bierna służba, a nie nienawiść doprowadziły do zbrodni, które zostały przeprowadzone pod jego kierownictwem. Co więcej, Eichmann usiłował podczas procesu tłumaczyć, że działał zgodnie z literą obowiązującego, ustanowionego przez państwo, prawa pozytywnego[86].

Ponadto, zwracając uwagę na udział samych Żydów w Holokauście, Arendt twierdzi, że zasymilowani Żydzi z państw zachodnich, w tym z Niemiec, uznawali żydowskich bezpaństwowców i Żydów ze wschodniej Europy za „coś w rodzaju odrębnego narodu". To przekonanie, wiążące się niejednokrotnie z innym statusem formalnoprawnym tych osób, pozwoliło im pozbyć się skrupułów, gdy w sensie organizacyjnym współpracowali przy tworzeniu machiny, która ostatecznie pochłonęła także ich samych[87].

Problem bezpaństwowości wpisuje się w sposób integralny w kompleksowo sformułowaną przez Arendt krytykę nowoczesności, która porzuca pojęcia autorytetu i tradycji, by zastąpić je szeregiem konstruktów opartych na zsubiektywizowanym pojmowaniu rozumności. Krytyka ta nie obejmuje wszystkich aspektów projektu nowoczesnego, a w zerwaniu nici tradycji Arendt dostrzega także szereg dobrych stron. Mimo że myślicielka daleka jest od bezkrytycznej apologii społeczeństwa przednowoczesnego w jakiejkolwiek z jego form, zasadnicze ostrze jej krytyki wymierzone jest w koncepcje liberalne – z ich osią, którą stanowi rozdział sfery publicznej i prywatnej.

Arendt konsekwentnie przypomina, że w nowoczesny projekt ładu politycznego wpisane są czynniki, które stały się zarzewiem totalitaryzmu.

Zdziwienie może budzić to, że Arendt, która bardzo wnikliwie bada zarówno relacje pomiędzy jednostką a zbiorowością w przednowoczesnym społeczeństwie, jak i znaczenie zwyczaju w paradygmacie przednowoczesnym, nie poświęca większej uwagi przemianom sposobu pojmowania racjonalności, które nastąpiły w głównym nurcie europejskiej refleksji filozoficznej w XVII i XVIII wieku[88]. W konsekwencji, gdy Arendt podejmuje problematykę przednowoczesnych koncepcji sprawiedliwości, nie rozróżnia ich w sposób czytelny od poglądów głoszonych przez przedstawicieli oświeceniowej szkoły prawa natury, jedynie na marginesie prowadzonych wywodów sygnalizując ich odmienną legitymizację[89].

85 H. Arendt, *Eichmann w Jerozolimie. Rzecz o banalności zła*, przeł. A. Szostukiewicz, Kraków 1998, w szczególności s. 30–36, s. 60–62.

86 Tamże, s. 30–36.

87 Tamże, s. 60–62.

88 Por. A. MacIntyre, *Czyja sprawiedliwość? Jaka racjonalność?*, przeł. A. Chmielewski i in., Warszawa 2007, s. 205; w najnowszej literaturze polskiej por. A. Stępkowski, *Prawo – Rozum – Autonomia. Nauczanie Jana Pawła II a nowoczesne rozumienie normatywności*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 2 (28), s. 3–10.

89 Tak m.in. H. Arendt, *Korzenie…*, s. 406–421.

Recepcja stanowisk Arendt w zakresie problematyki bezpaństwowości

Diagnozy sformułowane przez Arendt znalazły kontynuację w pracach współczesnych myślicieli różnych nurtów. Wydarzenia polityczne ostatnich dziesięcioleci XX wieku i początków kolejnego stulecia oraz gwałtowne przemiany demograficzne, których doświadczają niemal wszystkie regiony świata, sprawiły, że tematyka poruszana przez Arendt stała się być może jeszcze bardziej aktualna niż w okresie jej życia. Większość spośród formułowanych obecnie ocen dotyczących bezpaństwowości przedstawiają myśliciele podejmujący krytykę projektu oświeceniowego. Uznając aporetyczność nowoczesnej koncepcji praw człowieka i dostrzegając implikacje przyjęcia nowoczesnej konstrukcji obywatelstwa, remediów poszukują w ramach tego samego paradygmatu. W poglądach znacznej części kontynuatorów myśli Arendt, w szczególności myślicieli, którym bliskie są idee radykalnej demokracji, często zaciera się granica pomiędzy kategoriami imigranta, uchodźcy i bezpaństwowca, mająca w perspektywie jej rozważań znaczenie zasadnicze.

Najgłośniejszą na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci publikacją poświęconą problematyce bezpaństwowości był wydany w 1994 r. esej włoskiego filozofa Giorgio Agambena, nawiązujący tytułem do artykułu Arendt z 1943 r.[90] Podkreślając trafność zasadniczych diagnoz autorki *Korzeni totalitaryzmu* w zakresie implikacji uczynienia przedmiotem ochrony prawnej „nagiego życia", autor zestawia jej stanowiska z realiami Europy końca XX wieku. Szereg zjawisk politycznych i społecznych – jak upadek Związku Sowieckiego i Jugosławii, masowa emigracja mieszkańców biednego Południa na bogatą Północ – doprowadził w jego opinii do wyjęcia „poza nawias życia społecznego" tysięcy osób. Agamben wiąże ze sobą obecność rzeszy imigrantów o nieuregulowanym statusie w krajach rozwiniętych ze spadającym poziomem uczestnictwa mieszkańców państw Zachodu w życiu politycznym, wskazując na coraz głębszy kryzys w zakresie rozumienia znaczenia partycypacji jednostki w zbiorowości[91].

Problematyka nowoczesnej koncepcji obywatelstwa oraz bezpaństwowości stała się tematem rozważań Agambena także w opublikowanej w 1995 r. pracy *Homo sacer. Suwerenna władza i nagie życie*. W kontekście stanowisk Arendt sytuuje on podjęte przez Michela Foucault rozważania na temat zrodzonej w okresie oświecenia biopolityki i zwraca uwagę, że u podstaw nowoczesnego porządku politycznego leży uczynienie przedmiotem władzy państwowej nie obywatela czy poddanego, ale ciała ludzkiego[92]. W konsekwencji zasadniczym podmiotem nowoczesnej polityki staje się nie człowiek jako wolny i świadomy podmiot polityczny"[93], ale właśnie „nagie życie", które stało się „wręcz fundamentem (…) legitymizacji i suwerenności" nowoczesnego państwa[94]. Na skutek tej redefinicji zależności znaczeniowych pomiędzy pojęciami „człowiek – obywatel", ten ostatni staje się w modelu politycznym ukształtowanym po rewolucji w istocie „członkiem suwerena"[95]. Zdaniem Agambena model ten stanowi zasadnicze zagrożenie dla ludzkości, którego najdalej idącym dotychczas przejawem było funkcjonowanie Trzeciej Rzeszy.

Włoski myśliciel przywołuje znaną prawu rzymskiemu figurę *homo sacer* – człowieka, którego każdy może zabić, ale który zarazem nie może zostać złożony w ofierze – a rzymski model tej instytucji tłumaczy ambiwalencją pojęcia *sacrum*[96]. Figura ta służy Agambenowi do opisu sytuacji różnych kategorii wykluczonych, w tym bezpaństwowców i uchodźców, ujawniając najdalej idące implikacje nowoczesnego modelu suwerenności, w którym wszyscy ludzie są potencjalnymi

90 G. Agamben, *My, uchodźcy…*

91 Tamże.

92 Jak podnosi Agamben, znamienny jest w tym kontekście tak tytuł, jak i treść angielskiej ustawy *Habeas Corpus Act* z 1679 r. Zestawia w tym kontekście sformułowania użyte w Wielkiej Karcie Swobód z 1215 r., królewskim akcie Jana bez Ziemi, który operuje w podobnym kontekście pojęciem *homo*, z treścią nowoczesnego *Habeas Corpus Act*, w którym przedmiotem ochrony staje się właśnie *corpus*, G. Agamben, *Homo sacer…*, s. 168–172.

93 Tamże, s. 176.

94 Tamże, w szczególności s. 174–175. Jak podkreśla Agamben, to nagie życie w czasach przedrewolucyjnych było „z politycznego punktu widzenia obojętne i należało, jako życie należące do boskich stworzeń, do Boga", a w starożytności „było wyraźnie rozróżnione od życia politycznego", tamże, s. 174–175.

95 Tamże, s. 178.

96 Tamże, s. 105–112.

homines sacri[97]. Trudno jedynie wyjaśnić, dlaczego Agamben, prowadząc analizę procesu kształtowania się nowoczesnych relacji władzy i związanej z nimi nowoczesnej kategorii obywatelstwa, tak oszczędnie wskazuje na ich implikacje w ustroju Związku Sowieckiego i innych lewicowych państw totalitarnych, zarazem niekonsekwentnie określa krąg wykluczonych.

Zdziwienie może budzić także to, że Agamben rozwiązanie opisanych problemów widzi w ramach paradygmatu nowoczesnego, sięgając jedynie fragmentarycznie do pewnych rozwiązań zakorzenionych w myśli klasycznej. Proponuje on przejście do nowego pojmowania obywatelstwa, które miałoby charakter „eksterytorialny, a nawet aterytorialny". W związku z nieuchronną jego zdaniem klęską idei „Europy narodów", na takie rozwiązanie powinna się zdecydować Unia Europejska. Pozwoliłoby to na wyeliminowanie problemu bezpaństwowości[98].

Do prac Arendt na temat obywatelstwa i bezpaństwowości afirmatywnie nawiązuje także Zygmunt Bauman w *Nowoczesności i Zagładzie*, w zasadniczej mierze parafrazując poglądy tej żydowskiej myślicielki. Najważniejszej przesłanki, która doprowadziła do Holokaustu, upatruje on w związaniu jednostki z pojmowanym w sposób nowoczesny państwem, które pozbawia ją poczucia podmiotowej odpowiedzialności za dokonywane czyny. Żydzi – jako nienależący do wspólnoty narodowej konstytuowanej przez nowoczesne państwo – mogli paść ofiarami bez żadnych skrupułów ze strony oprawców[99]. Także całemu szeregowi innych myślicieli, krytycznie nastawionych do założeń nowoczesnego liberalizmu, jak Andrew Arato i Jean L. Cohen, problem bezpaństwowości naświetlony przez H. Arendt jawi się jako paradoks, pozwalający na wskazanie największych braków projektu liberalnego[100].

Do stanowisk Arendt nawiązuje w eseju *Obywatelstwo a tożsamość narodowa* także Jürgen Habermas. Z jednej strony zwraca on uwagę na trafność tezy Arendt, że to właśnie bezpaństwowość stanowi „symbol losu człowieka w XX wieku[101]" jako takiego. Z drugiej strony w sposób wręcz rażący ignoruje zasadniczą treść stanowiska Arendt, dowodząc, że „rozdzielenie pojęć narodu i przynależności do wspólnoty" jest owocem myśli doby oświecenia, i rozwijając zaskakujące w świetle faktów historycznych stanowisko, zgodnie z którym „rewolucja francuska wprowadziła środki prawne, pozwalające na szybkie uzyskanie statusu obywatela[102]".

> **Agamben ujawnia najdalej idące implikacje nowoczesnego modelu suwerenności, w którym wszyscy ludzie są potencjalnymi *homines sacri*.**

Nie brak zarazem myślicieli podważających aktualność sformułowanych przez Arendt poglądów[103]. Zwracają oni uwagę na istotną zmianę kontekstu, w którym jawi się problem uchodźstwa – od czasów, kiedy Arendt tworzyła *Korzenie totalitaryzmu*. Jej konstatacje, odnoszące się do nowoczesnego państwa narodowego, miałyby stracić swoją adekwatność w czasach, gdy koncept ten w ich opinii traci na znaczeniu – nie

97 Tamże, w szczególności s. 101–126.

98 G. Agamben, *My, uchodźcy…*

99 Z. Bauman, *Nowoczesność i Zagłada*, przeł. T. Kunz, Kraków 2008.

100 Por. m.in. A. Arato, J. Cohen, *Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt*, „Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory" 2009, vol. 16, nr 2, s. 307–330.

101 J. Habermas, *Obywatelstwo a tożsamość narodowa: rozważania nad przyszłością Europy*, przeł. B. Markiewicz, Warszawa 1993, s. 26.

102 Tamże, s. 7–8.

103 Por. M. Bradley, *Rethinking…*, s. 2–3.

tylko bowiem związanie instytucji państwa z narodowością, ale także zdolność rządu centralnego danego państwa do efektywnego egzekwowania suwerennej władzy miałyby na przestrzeni ostatniego półwiecza stracić znaczenie[104]. Myśliciele reprezentujący ten pogląd zwracają uwagę, że większość międzynarodowych umów mających na celu ograniczenie zjawiska bezpaństwowości została sporządzona już po przedstawieniu przez Arendt jej stanowiska.

Chyba najistotniejsze zastrzeżenie wiąże się z rozwojem ruchu praw człowieka, który jeszcze w 1951 r. myślicielka ta mogła postrzegać jako „marginalny", a który w ciągu kolejnych dziesięcioleci zyskał, w szczególności w Europie i w Ameryce, ogromne znaczenie i na stałe wrósł w retorykę najważniejszych sił politycznych[105]. Zwraca się uwagę, że – mimo wątpliwości dotyczących braku środków pozwalających na realizację części zadeklarowanych w niej praw – Powszechna deklaracja praw człowieka z 1948 r. wpłynęła na bezprecedensowy rozwój międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka, w ramach którego udało się nie tylko stworzyć szereg umów międzynarodowych gwarantujących prawa człowieka bez względu na posiadanie obywatelstwa, ale także ustanowić instytucje sądownicze pozwalające na egzekwowanie przysługujących praw, w tym Europejski Trybunał Praw Człowieka i Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka[106]. Nie ulega też wątpliwości, że znacznemu wzmocnieniu uległy na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci konstytucyjne gwarancje praw człowieka przysługujących każdemu niezależnie od obywatelstwa.

Do likwidacji lub znacznego ograniczenia problemu bezpaństwowości może się przyczynić także instytucja repatriacji, której regulacja na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci znacznie się rozwinęła, zarówno w perspektywie norm prawa międzynarodowego, gdzie – poprzez szereg przyjętych na przestrzeni poprzednich dziesięcioleci wiążących umów międzynarodowych – pojawiły się gwarancje prawa do repatriacji, jak i w ustawodawstwach poszczególnych państw[107].

Nie mogąc odmówić większości z tych stanowisk trafności, trudno jest się jednak ustrzec wrażenia, że dotykają one przede wszystkim warstwy powierzchniowej koncepcji Arendt i okoliczności społeczno-politycznych, które towarzyszyły w perspektywie diachronicznej ich powstaniu, nie odnosząc się do dynamiki szerszych procesów warunkujących rozwój i kryzys nowoczesnej koncepcji obywatelstwa. Trzeba w tym kontekście uznać, że jakkolwiek rozwój systemu ochrony praw człowieka przyczynił się w ostatnich dziesięcioleciach do istotnej poprawy sytuacji prawnej bezpaństwowców, to na poziomie analizy metaprawnej podstawowe tezy postawione przez Arendt zachowują w sposób niezmienny aktualność.

Z pozycji neomarksizmu krytyki poglądów Arendt na bezpaństwowość dokonał Jacques Rancière. Wskazywał on na rażące jego zdaniem paradoksy, które miałyby wiązać się z pojmowaniem polityczności przez tę myślicielkę. Negował występujące u Arendt ontyczne rozgraniczenie podmiotowości człowieka i polityczności – skoro bowiem bezpaństwowiec jest wykluczony ze społeczeństwa, należy uznać, że kategoria polityczności pozostaje w stosunku do niego bytem odrębnym. Dowodził, że w istocie również „człowiek" jest kategorią polityczną, mogącą być przedmiotem sporu[108].

Nie tracą na znaczeniu postulaty ustanowienia obywatelstwa światowego. W obecnych wciąż koncepcjach i wariantach mogłoby ono stanowić zarówno substytut obywatelstwa państw narodowych, jak i jego uzupełnienie, swoiste „drugie obywatelstwo", które chroniłoby przed bezpaństwowością w sytuacji utraty obywatelstwa dotychczas posiadanego[109]. Rzecznicy koncepcji obywatelstwa światowego zwracają uwagę

104 Tamże, s. 4.

105 Tamże, s. 8.

106 Por. m.in. A. Gundogdu, *Rightlessness in an Age of Rights: Hannah Arendt and the Contemporary Struggles of Migrants*, Oxford 2015, w szczególności rozdz. 2.

107 Szeroko na ten temat m.in. M. Zieck, *UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees: A Legal Analysis*, Hague–Boston–London 1997, w szczególności s. 124–126.

108 A. Schaap, *Enacting the Right to have Rights. Jacques Rancière's Critique of Hannah Arendt*, „European Journal of Political Theory" 2011, vol. 10, nr 1, s. 22–45. Dla Rancière'a problem bezpaństwowości nie jest zjawiskiem wyjątkowym i zasadniczym w kontekście myślenia o polityczności.

109 Por. m.in. B. Hernandez-Truyol, M. Hawk, *Travelling the Boundaries of Statelessness: Global Passports and Citizenship*, „Cleveland State Law Review" 2004–2005, vol. 52, s. 102–110.

na zjawiska globalizacji, coraz powszechniejszego przyjmowania przez tę samą osobę drugiego i kolejnych obywatelstw czy przenoszenia suwerenności na poziom ponadpaństwowy. Miałyby one wskazywać, że istnieją duże szanse, by obywatelstwo światowe zostało ukonstytuowane już w niedalekiej przyszłości. Instytucja taka miałaby zostać ustanowiona na mocy traktatu międzynarodowego pomiędzy istniejącymi krajami[110].

Wnioski

Dynamika zjawisk scharakteryzowanych przez Arendt nie zmniejszyła się na przestrzeni kilku dziesięcioleci, które minęły od śmierci myślicielki. Choć diagnozy Arendt dotyczące problematyki bezpaństwowości oraz obywatelstwa abstrahują – jak zostało wspomniane – od zasadniczego zwrotu w sposobie pojmowania sprawiedliwości, który dokonał się w XVII i XVIII w. i który nie pozostał bez wpływu na problemy analizowane przez tę myślicielkę, stały się one inspiracją dla całego szeregu krytyków oświeceniowej wizji państwa, prawa i społeczeństwa.

Pewne zdziwienie budzić może fakt, że do stanowisk Arendt nawiązują niemal wyłącznie myśliciele lewicowi. Większość kontynuatorów jej myśli filozoficznej dostrzega luki i niekonsekwencje w projekcie oświeceniowym, ale czynią to niejako wybiórczo, np. w sposób niezrozumiały pomijając w swoich analizach zbrodnie totalitarnych reżimów komunistycznych. W kontekście zasadniczych sporów bioetycznych współczesności kontrowersje budzić też może definiowanie jako „wykluczonych" w nowoczesnym paradygmacie politycznym uchodźców, przy braku refleksji nad losem innych grup, których „nagie życie" nie jest objęte ochroną prawną.

Kontynuatorzy myśli Arendt, pozostając w kręgu problemów wiążących się z nowoczesną koncepcją obywatelstwa, bezpaństwowości i praw człowieka, poszukują rozwiązań najczęściej w ramach tego samego paradygmatu nowoczesnego, rzadko sięgając do konstrukcji, które rzeczywiście wykraczałyby poza oświeceniowy model myślenia o społeczeństwie, państwie i prawie. W większości wskazują oni na potrzebę przeniesienia suwerenności na poziom kontynentalny czy światowy. Duże nadzieje wiążą z przyszłym rozwojem Unii Europejskiej, która miałaby przybrać stopniowo formę „superpaństwa". Wspólnota w swojej nowej formie, wyposażona w szerokie kompetencje, miałaby mocą swoich regulacji wykluczyć możliwość powstawania bezpaństwowości i uchodźstwa. Podobne rozwiązania w innych regionach świata, a wreszcie – ukonstytuowanie jakiejś formy „rządu światowego" miałyby przynieść rozwiązanie holistyczne. W tym kontekście nie sposób nie zwrócić uwagi, że powstała na gruncie Traktatu z Maastricht instytucja obywatelstwa Unii Europejskiej stanowi odzwierciedlenie tego samego nowoczesnego paradygmatu, który ukształtował konstrukcję obywatelstwa suwerennych państw – przysługuje ono obywatelom państw członkowskich, stanowiąc uzupełnienie obywatelstwa państwa[111], a zarazem jest wprost definiowane jako prawo do posiadania praw[112].

Nie można nie spostrzec, że ta wizja ma źródła w tym samym nurcie intelektualnym i opiera się na

110 Por. tamże, s. 107–110. Koncepcja ta z oczywistych powodów musi budzić wątpliwości. Większość z istotnych argumentów, które mogą wskazywać na nierealny charakter takiego pomysłu, została już omówiona powyżej. Część z argumentów podnosi sama H. Arendt. W tym miejscu warto tylko dodać, że ponieważ poszczególne państwa w różnym stopniu mogłyby ponieść koszty proponowanego rozwiązania, przyjęcie powszechnie uznawanego traktatu, który ustanawiałby proponowaną instytucję, miałoby niewielkie szanse przy aprobacie całej społeczności międzynarodowej, co z kolei stanowi konieczną przesłankę jego skuteczności. Tak czy inaczej, byłby to traktat ustanowiony wolą suwerennych państw narodowych.

111 Art. 9 TUE (wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2016 C 202, s. 1). Przepis ten stanowi, że „we wszystkich swoich działaniach Unia przestrzega zasady równości swoich obywateli, którzy są traktowani z jednakową uwagą przez jej instytucje, organy i jednostki organizacyjne. Obywatelem Unii jest każda osoba mająca obywatelstwo Państwa Członkowskiego. Obywatelstwo Unii ma charakter dodatkowy w stosunku do obywatelstwa krajowego i nie zastępuje go".

112 Art. 20 ust. 2 TFUE (wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2016 C 202, s. 1). Stanowi, że „obywatele Unii korzystają z praw i podlegają obowiązkom przewidzianym w Traktatach". Jak dotąd, nie został jednak sformułowany żaden obowiązek wynikający z obywatelstwa Unii Europejskiej.

tych samych przesłankach ideowych, co czynniki, które doprowadziły do powstania samego problemu. Podobnie rozumiana suwerenność, przeniesiona na poziom wyższy niż państwowy, w praktyce stanowiłaby nośnik tych samych implikacji, co suwerenność państwowa ukształtowana w okresie oświecenia – przy czym z oczywistych przyczyn możliwość kontrolowania arbitralnych rozstrzygnięć władzy byłaby znacznie bardziej ograniczona. Tylko pozornie paradoksem jest, że projekty formułowane przez ponowoczesnych krytyków oświecenia wykazują zaskakujące powinowactwo względem założeń czołowych myślicieli doby oświecenia dotyczące ukształtowania instytucji obywatelstwa, czy wręcz stanowią ich dosłowne powtórzenie[113].

Na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci ujawnił się szereg nowych wymiarów analizowanych problemów. Można dostrzec zaskakujące filiacje pomiędzy popularnym współcześnie konceptem multikulturalizmu – który należy jednoznacznie rozgraniczyć od postaw tolerancji i otwartości – a oświeceniowym modelem uniformizacji, będącym podstawą kształtowania się w XIX w. nowoczesnych państw. Tak jak rewolucyjne *état-nation* miało zlikwidować istniejące zróżnicowanie tradycji lokalnych i wielostopniowość struktur *imperium* w ustroju feudalnym, zastępując je nową syntezą kulturową, tylko w niewielkim stopniu odwołującą się do tradycji, tak koncept multikulturalizmu, który w praktyce wyklucza afirmację wspólnych tradycji kulturowych przez zbiorowości, niesie ze sobą ryzyko uniformizacji kulturowej – tym razem już w wymiarze kontynentalnym i globalnym.

Pojmowana w sposób nowoczesny suwerenność, przeniesiona na poziom ponadpaństwowy, w praktyce stanowiłaby nośnik tych samych implikacji co suwerenność państwowa ukształtowana w okresie oświecenia, a zarazem możliwość kontrolowania arbitralnych rozstrzygnięć władzy byłaby znacznie bardziej ograniczona.

Równolegle dostrzec trzeba, że w świetle rozważań Arendt coraz szerzej komentowane zjawisko „inflacji praw człowieka", które nie zawsze wpływa na zwiększenie realnego poziomu ochrony praw podstawowych, a niejednokrotnie prowadzi także do zatarcia granic pomiędzy nimi a innymi prawami podmiotowymi przysługującymi człowiekowi w porządku prawnym[114], może się w kolejnych dziesięcioleciach nadal pogłębiać, będąc okolicznością wynikającą z samej istoty

113 Ciekawostką jest, że J. Bentham, jeden z twórców nowoczesnych koncepcji uniformizacji prawa, które w pierwszej kolejności zostały zrealizowane w wymiarze krajowym, stworzył powszechnie dzisiaj używany neologizm „międzynarodowy" (*international*) właśnie przy okazji opisu projektu międzynarodowej kodyfikacji prawa o charakterze jednolitym. Użył go po raz pierwszy w opublikowanej w 1780 r. pracy *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*. Na stronie University College of London zob. *Neologisms of Jeremy Bentham*, https://www.ucl.ac.uk/bentham-project/tools/neologisms (dostęp 26.08.2015).

114 W zakresie różnych ujęć tego problemu m.in. J. Griffin, *On Human Rights*, Oxford 2008, w szczególności s. 9–28, s. 191–211; J. Cornides, *Human Rights pitted against Man*, „International Journal of Human Rights" 2008, vol. 12, nr 1, s. 107–134.

oświeceniowego paradygmatu prawa i polityki, a nie skutkiem odstępstwa od jego założeń. Także postulaty ograniczenia obowiązywania praw człowieka do kategorii „osób”[115] w czytelny sposób korespondują z analizami Arendt dotyczącymi „prawa do posiadania praw” i możliwości arbitralnego pozbawienia go określonych kategorii ludzi. Te i inne paradoksalne implikacje podstaw nowoczesnego paradygmatu prawno-politycznego, których intuicje dostrzegalne są w stanowiskach Arendt, wymagają stałej refleksji – niezmiennie wyznaczają one bowiem kierunki rozwoju prawa międzynarodowego i krajowych ustawodawstw.

Postulaty ograniczenia obowiązywania praw człowieka do kategorii „osób” przywodzą na myśl analizy Arendt dotyczące „prawa do posiadania praw” i możliwości arbitralnego pozbawienia go określonych kategorii ludzi.

Bibliografia

Achiron M., *Obywatelstwo a bezpaństwowość. Przewodnik dla parlamentarzystów*, Geneva 2005.

Agamben G., *My, uchodźcy*, przeł. K. Gawlicz, „Recykling Idei” 2005, nr 7.

Agamben G., *Homo sacer. Suwerenna władza i nagie życie*, przeł. M. Salwa, Warszawa 2008.

Arato A., Cohen J., *Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt*, „Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory” 2009, vol. 16, nr 2, s. 307–330.

Arendt H., *Eichmann w Jerozolimie. Rzecz o banalności zła*, przeł. A. Szostukiewicz, Kraków 1998.

Arendt H., *Kondycja ludzka*, przeł. A. Łagodzka, Warszawa 2000.

Arendt H., *Korzenie totalitaryzmu*, przeł. D. Grinberg, M. Szawiel, wyd. 4, Warszawa 2012.

Arendt H., *Myślenie*, przeł. H. Buczyńska-Garewicz, Warszawa 2000.

Arendt H., *My, uchodźcy*, przeł. H. Bortnowska (w:) tejże, *Pisma żydowskie*, przeł. M. Godoń i in., Warszawa 2012, s. 299–310.

Arendt H., *O przemocy*, przeł. A. Łagodzka, W. Madej, Warszawa 1999.

Arendt H., *O rewolucji*, przeł. M. Godyń, Kraków 1991.

Arendt H., *Polityka jako obietnica*, przeł. W. Madej, M. Godyń, Warszawa 2007.

Arendt H., *The Burden of Our Times*, London 1951.

Arendt H., *We refugees* (w:) *Altogether Elsewhere. Writers in Exile*, Boston–New York 1994, s. 111–142.

Arystoteles, *Polityka*, przeł. L. Piotrowicz, Warszawa 2004.

Bauman Z., *Nowoczesność i Zagłada*, przeł. T. Kunz, Kraków 2008.

Batchelor C., *Statelessness and the Problem of Resolving the Nationality Status*, „International Journal of Refugee Law” 1998, nr 1–2 (10), s. 156–183.

Bernstein R.J., *Hannah Arendt on the Stateless*, „Parallax” 2005, vol. 11, nr 1, s. 46–60.

Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005.

Bradley M., *Rethinking Refugeehood: Statelessness, Repatriation and Refugee Agency*, „Review of International Studies” 2014, vol. 40, nr 1, s. 101–123.

Brubaker R., *The French Revolution and the Invention of Citizenship*, „French Politics and Society” 1989, vol. 7, nr 3, s. 30–49.

Burke E., *Rozważania o rewolucji we Francji*, przeł. D. Lachowska, Warszawa 2008.

Certeau M. de, Julia D., Revel J., *Une politique de la langue: la Révolution française et les patois. L'enquête Grégoire*, Paris 2002.

Cornides J., *Human Rights pitted against Man*, „International Journal of Human Rights” 2008, vol. 12, nr 1, s. 107–134.

Christ R., *The Bad Citizen in Classical Athens*, Bloomington 2006.

115 Por. m.in. C. Wellman, *Real Rights*, Oxford 1995, s. 137–156; J. Griffin, *On Human Rights*…, w szczególności s. 29–56.

Fahmeir A., *Citizenship. The Rise and Fall of Modern Concept*, New Haven–London 2007.

Griffin J., *On Human Rights*, Oxford 2008.

A. Gundogdu, *Rightlessness in an Age of Rights: Hannah Arendt and the Contemporary Struggles of Migrants*, Oxford 2015.

Habermas J., *Obywatelstwo a tożsamość narodowa: rozważania nad przyszłością Europy*, przeł. B. Markiewicz, Warszawa 1993.

Held D., *Between State and Civil Society: Citizenship* (w:) *Citizenship*, ed. G. Andrews, London 1991, s. 19–40.

Hernandez-Truyol B., Hawk M., *Travelling the Boundaries of Statelessness: Global Passports and Citizenship*, „Cleveland State Law Review" 2004–2005, vol. 52, s. 97–112.

Horowitz I.L., *Hannah Arendt: Radical Conservative*, New Brunswick–London 2012.

Kostrubiec J., *Georg Jellinek – klasyk niemieckiej nauki o państwie (w 95. rocznicę śmierci)*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2006, t. 7, s. 39–68.

Kymlicka W., Norman W., *Return of the Citizen: a Recent Survey of the Global Trends*, „Ethics" 1994, vol. 104, nr 2, s. 352–381.

MacIntyre A., *Czyja sprawiedliwość? Jaka racjonalność?*, przeł. A. Chmielewski i in., Warszawa 2007.

Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2017.

Pocock J.G.A., *The Ideal of Citizenship Since Classical Times* (w:) *The Citizenship Debates: A Reader*, ed. G. Shafir, Minneapolis 1998, s. 2–31.

Riesenberg P., *Citizenship in the Western Tradition: Plato to Rousseau*, University of North Carolina 1992.

Ryne L., *Fridtjof Nansen: Man of many facets*, http://www.mnc.net/norway/Nansen.htm (dostęp 23.05.2015).

Rytel A., *Źródła bezpaństwowości oraz próby jej zapobiegania i ograniczania*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2005, t. 13, s. 281–296.

Schaap A., *Enacting the Right to have Rights. Jacques Rancière's Critique of Hannah Arendt*, „European Journal of Political Theory" 2011, vol. 10, nr 1, s. 22–45.

Sójka-Zielińska K., *Zagadnienia swobody wykładni sędziowskiej w pracach nad Kodeksem Napoleona* (w:) *Profesorowi Janowi Kodrębskiemu in memoriam*, red. A. Pikulska-Robaszkiewicz, Łódź 2000, s. 399–408.

Sójka-Zielińska K., *Sędzia: automat czy racjonalista? Z dylematów doktryny humanitarnej Wieku Oświecenia* (w:) *Historia integra. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Stanisławowi Salmonowiczowi w siedemdziesięciolecie urodzin*, red. D. Janicka, R. Łaszewski, Toruń 2001, s. 273–284.

Stępkowski A., *Prawo – Rozum – Autonomia. Nauczanie Jana Pawła II a nowoczesne rozumienie normatywności*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 2 (28), s. 3–10.

Stępkowski A., *Zasada proporcjonalności w nowoczesnej Europie. Sądowa kontrola władzy dyskrecjonalnej w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010.

Św. Tomasz z Akwinu, *O królowaniu – królowi Cypru*, przeł. M. Matyszkowicz, Warszawa 2006.

Tocqueville A. de, *Dawny ustrój i rewolucja*, przeł. H. Szumańska-Grossowa, Kraków–Warszawa 1994.

„UNHCR Statistical Yearbook" 2004, 2009, 2014, http://www.unhcr.org/statistical-yearbooks.html (dostęp 27.08.2016).

University College of London, *Neologisms of Jeremy Bentham*, https://www.ucl.ac.uk/Bentham-project/tools/neologisms (dostęp 26.08.2016).

Van Horn Melton J., *The Rise of the Public in Enlightenment Europe*, Cambridge 2001.

Wellman C., *Real Rights*, Oxford 1995.

Zieck M., *UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees: A Legal Analysis*, Hague–Boston–London 1997.

Akty normatywne

Konwencja o obywatelstwie kobiet zamężnych, otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 20 lutego 1957 r. (Dz.U. z 1959 r., nr 56, poz. 334).

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284).

Konwencja o ograniczaniu bezpaństwowości z dnia 30 sierpnia 1961 r. (*Convention on the Reduction of Statelessness*), „United Nations Treaty Series", vol. 989, s. 175.

Konwencja o statusie bezpaństwowców z dnia 28 września 1954 r. (*Convention relating to the Stateless Persons*), „United Nations Treaty Series", vol. 360, s. 117.

Konwencja o statusie uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r., nr 119, poz. 515).

Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz.U. z 1982 r., nr 10, poz. 71).

Konwencja w sprawie pewnych zagadnień dotyczących kolizji ustaw o obywatelstwie oraz protokół dotyczący przypadku bezpaństwowości, podpisane w Hadze dnia 12 kwietnia 1930 r., ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 5 czerwca 1934 r. (Dz.U. z 1937 r., nr 47, poz. 361).

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

Sławomir Piekarczyk

Nieposłuszeństwo obywatelskie i sędziowskie w obliczu kryzysu konstytucyjnego

Sławomir Piekarczyk

Doktorant w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, aplikant notarialny w Izbie Notarialnej w Łodzi.

✉ *slawomir.piekarczyk@op.pl*

Civil Disobedience and Judicial Disobedience in the Face of a Constitutional Crisis

Tha article tends to resolve two problems related to a constitutional crisis. In the first instance it asks – whether certain acts of people subjected to law and associated directly with a constitutional crisis shall be, perforce, recognized as the disobedience in view of the law, if one deems – on the one hand – Hans Kelsen's positivistic idea, and on the other hand – the claims put forward on the concept of Gustav Radbruch's Formula. The conclusions that can be drawn from the conducted analyses are the basis for deliberations about the second paper's problem – whether citizens actions which are contrary to statutory law, but made in belief of their constitutional rights, shall be, perforce, recognized as civil disobedience, in the light of the fact that the presumption of the constitutionality mechanism is limited due to the Constitutional Court's state of affairs.

1. Wprowadzenie

Prawo, w przedmiotowym ujęciu tego konstruktu, w sposób oczywisty wiąże się z obowiązkiem jego adresatów do przestrzegania składających się na nie norm. Obowiązek ten dotyczy zarówno zwykłych obywateli, jak również podmiotów sprawujących w imieniu państwa określone zadania związane ze sferą *imperium*. Uzasadnieniem dla obowiązywania norm prawnych stanowią normy prawne zawarte w akcie prawotwórczym zajmującym wyższe miejsce w hierarchii źródeł prawa. W Kelsenowskim ujęciu, zakładającym taki właśnie model systemu prawnego (zwany metaforycznie „piramidą kelsenowską"[1]), o tym –

1 Sam H. Kelsen posługiwał się w tym zakresie pojęciem *Stufenbau*, co oznaczać może nie tylko strukturę piramidy, ale także strukturę hierarchiczną, por. M. Stelzer, *The Constitution of the Republic of Austria. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland–Oregon 2011, s. 23. Zaznaczyć także należy, iż teoria szczeblowej budowy systemu prawnego została przez Kelsena zaczerpnięta z prac jego ucznia A. Merkla, zob.

czym jest prawo, decydują takie właśnie powiązania formalne – obiektywnym sensem określonego i rzeczywistego zachowania pewnej grupy ludzi jest ustanowienie normy prawnej[2], ilekroć norma prawna zawarta w akcie hierarchicznie nadrzędnym taki sens owemu ich zachowaniu nadaje[3]. Nauka dotycząca takiego modelu powiązań została przez tego wybitnego uczonego nazwana czystą teorią prawa (*Reine Rechtslehre*), która z założenia winna być wolna od wszelkich pozaprawnych elementów[4].

Pomimo tak atrakcyjnej dla porządku prawnego idei – problemem, który stanowi *clou* sporu wielu przedstawicieli świata prawniczego, jest związek prawa z moralnością, czyli jej antynomią zakładającą inkorporowanie wartości moralnych do pojęcia prawa, pozbawiające go tym samym jego czystego charakteru[5]. Argumentów w owym sporze na przestrzeni wieków padło tak wiele, że nie sposób ich wszystkich zebrać, zwłaszcza w ograniczonym treściowo opracowaniu. Na szczególną uwagę w tym zakresie zasługują tezy wyrażone przez Gustava Radbrucha u schyłku pierwszej połowy XX w.[6], znane pod nazwą „formuła Radbrucha", nadaną twierdzeniom uczonego przez piśmiennictwo. Autor ten oparł swoje poglądy na doświadczeniach państwa totalitarnego zasadzającego się na ideologii narodowego socjalizmu.

Na formułę Radbrucha składać się mają trzy tezy, choć co do takiej trychotomii oraz znaczenia owych tez trudno wypowiedzieć się w sposób kategoryczny[7].

H. Schambeck, *Nauka prawa Hansa Kelsena*, przeł. A. Kustra, I. Wróblewska, „Studia Iuridica Toruniensia", t. 8, s. 38 i n.

2 „To, co stan faktyczny czyni aktem prawnym (albo bezprawnym), nie jest jego faktycznością, nie jest jego naturalnym bytem, to znaczy zdeterminowanym w zakresie swej przyczynowości, zawartym w systemie natury, lecz jest obiektywnym sensem, połączonym z tym aktem, jest znaczeniem, które ma. Ten specyficznie prawniczy sens, charakterystyczne dla niego znaczenie prawne, uzyskuje wspomniany stan faktyczny za sprawą normy, która swą treścią odnosi się doń, która nadaje mu prawne znaczenie, w wyniku czego akt ten może być interpretowany zgodnie z tą normą. Norma funkcjonuje jak schemat interpretacyjny", H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, przeł. R. Szubert, red. A. Bosiacki, Warszawa 2014, s. 58.

3 „Ponieważ przy dynamicznym charakterze prawa norma obowiązuje dlatego, jeżeli i o ile została stworzona w określony sposób, to znaczy w sposób określony przez inną normę, ona właśnie stanowi bezpośredni powód obowiązywania dla tamtej normy. Stosunek pomiędzy normą regulującą tworzenie innej normy a normą stworzoną zgodnie z tą regulacją może zostać przedstawiony w obrazie przestrzennym jako nadrzędny i podrzędny. Norma regulująca tworzenie jest normą wyższą, norma stworzona zgodnie z ustaleniem jest normą niższą", H. Kelsen, *Czysta teoria*…, s. 335.

4 Tamże, s. 55. Jednakże uzasadnieniem dla obowiązywania systemu norm jest w ujęciu Kelsena norma podstawowa (*Grundnorm*) będąca hipotezą, która uzasadnia obowiązywanie, lecz sama nie wymaga uzasadnienia. Przyjęcie tej normy przez autora podaje w wątpliwość całkowitą czystość jego teorii, por. np. J. Stelmach, *Pozytywistyczne mity metody prawniczej*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 3 (11), s. 11.

5 Nie chodzi tutaj bynajmniej o formalne ustanowienie norm odznaczających się określonym stopniem realizacji wartości moralnych, lecz o separację prawa od moralności w tym sensie, że niespozytywizowane normy moralne (niespełniające kryteriów tetycznych) nie powinny pełnić walidacyjnej funkcji derogacyjnej ani prawotwórczej wobec norm prawa pozytywnego, zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 132 i n. Adekwatnie oddaje to przywoływane często (w różnych wersjach) twierdzenie J. Austina: „The existence of a law is one thing: its merits or demerits are another thing. Whether a law be, is one inquiry: whether it ought to be, or whether it agree with a given or assumed test, is another and a distinct inquiry", J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1832, s. 278.

6 Zwrócić należy uwagę, iż wcześniejsze poglądy autora wyrażone w dziele *Rechtsphilosophie* z 1932 r. (w jęz. polskim G. Radbruch, *Filozofia prawa*, przeł. E. Nowak, Warszawa 2009) postrzegane są przez komentatorów jako realizujące *par excellence* wartość, jaką jest bezpieczeństwo prawne (*Rechtssicherheit*) przed sprawiedliwością w węższym znaczeniu, czyli równością (*Gerechtigkeit*) oraz celowością (*zweckmäßigkeit*), co zbliża koncepcję uczonego do pozytywistycznej koncepcji H. Kelsena, zob. m.in. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001, *passim*; na dyskusyjność tego poglądu, w artykule recenzyjnym związanym z powyższą pozycją, zwraca uwagę D. Bogacz, *Formuła i filozofia prawa Gustava Radbrucha*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2002, z. 3, s. 257 i n.

7 Zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie*…, Kraków 2009, s. 13 i n. oraz przywołane tam stosowne pozycje piśmiennicze.

Pierwszą z nich określa się „tezą o rażącej sprzeczności" (*Unerträglichkeitsthese*). Jej istota polega na tym, iż prawo pozytywne obowiązuje pomimo jego niecelowości lub niesprawiedliwości, chyba że sprzeczność tego prawa ze sprawiedliwością osiąga niedającą się znieść miarę[8]. Tym samym sformułować można wniosek *a contrario*, iż teza ta nie dotyczy każdego prawa niesprawiedliwego, ale tylko takiego, które charakteryzuje się stopniem rażącym. Druga – „teza o braku charakteru prawnego" (*Verleugnungsthese*) odnosi się do ustaw świadomie przeczących równości będącej rdzeniem sprawiedliwości. Ustawy takie od początku pozbawione są charakteru prawnego[9]. Trzecia wreszcie – „teza o bezbronności środowisk prawniczych" (*Wehrlosigkeitsthese*), odnosi się do zachowań w rodzaju braku oporu wobec dogmatu o ważności prawa pozytywnego, jakiekolwiek nieludzkie by to prawo było[10].

Zarówno twierdzenia Hansa Kelsena jak i Radbrucha stanowią jedne z reprezentatywnych podejść do ogólnego problemu związanego z pytaniem, czym jest prawo, szczególnie w ujęciu przedmiotowym. Sporu tego niepodobna rozwiązać bez zaangażowania ideologii. Koncepcje pozytywistyczne z założenia realizować mają wartość, jaką jest bezpieczeństwo prawne (pewność prawa), natomiast prawnonaturalne (używając dla określenia tych koncepcji owych nazw w dużym uproszczeniu) realizować mają wartość sprawiedliwości, w tym przyrodzoną równość jednostek. Podobnie te pierwsze mają z założenia czynić pojęcie prawa w najwyższym stopniu precyzyjne.

Koncepcje pozytywistyczne z założenia realizować mają wartość, jaką jest bezpieczeństwo prawne (pewność prawa), natomiast prawnonaturalne realizować mają wartość sprawiedliwości, w tym przyrodzoną równość jednostek. Podobnie te pierwsze mają z założenia czynić pojęcie prawa w najwyższym stopniu precyzyjne.

W zależności od tego, który z przedstawionych paradygmatów pojęcia „prawa" zostanie przyjęty, inaczej kształtować się może obowiązek jego przestrzegania w konkretnych przypadkach. W konsekwencji również te same przejawy ludzkich zachowań będzie można przez ich pryzmat odmiennie kwalifikować. Nie pozostaje to bez znaczenia dla kluczowych z perspektywy niniejszego opracowania zagadnień, jakimi są z jednej

8 „Konflikt między sprawiedliwością a bezpieczeństwem prawnym dałby się rozstrzygnąć w ten sposób, że prawo stanowione, gwarantowane przez ustawy i władzę, zachowałoby prymat nawet mimo niecelowości i niesprawiedliwej treści – z wyjątkiem sytuacji, kiedy ustawa w stopniu tak nieznośnym przeczy sprawiedliwości, że ta ostatnia musi ostatecznie przeważyć nad »prawem niesprawiedliwym«", G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo* (w:) tegoż, *Filozofia*…, s. 250.

9 „da się (…) przeprowadzić ścisłą granicę tam, gdzie nikt nie dąży do sprawiedliwości i gdzie ustawodawstwo świadomie ignoruje równość, która jest jądrem sprawiedliwości; wówczas bowiem ustawa nie jest li tylko »prawem niesprawiedliwym«, lecz traci w ogóle rangę i charakter prawa", tamże.

10 „W rzeczywistości pozytywizm żywiący przekonanie, że »prawo znaczy prawo« uczynił niemiecki cech prawniczy bezbronnym wobec praw stanowionych samowolnie lub w celach przestępczych", G. Radbruch, *Ustawowe*…, s. 249.

strony „nieposłuszeństwo obywatelskie", a z drugiej „nieposłuszeństwo sędziowskie" (dla uproszczenia oba te pojęcia dalej określał będę zbiorczo jako „nieposłuszeństwo wobec prawa").

W przedmiocie istoty owych konstruktów, jakkolwiek by ich nie nazwać, napisano już tak wiele[11], iż jednoznaczne wskazanie odpowiadających im desygnatów wymagałoby powzięcia osobnych, obszernych badań. Takie przedsięwzięcie z perspektywy postawionych w niniejszej pracy problemów nie jest jednak ani konieczne, ani celowe. Dla właściwego zrozumienia zawartych w dalszych rozważaniach twierdzeń wystarczające jest wskazanie na znaczenia owych pojęć – niejako pokrywające się z prawniczymi intuicjami w tym zakresie.

I tak pojęcie „nieposłuszeństwo wobec prawa" w opracowaniu niniejszym występować będzie w znaczeniu „aktu publicznego, dokonanego bez użycia przemocy, dyktowanego sumieniem aczkolwiek politycznego, sprzecznego z prawem, zwykle mającego na celu doprowadzenie do zmiany prawa bądź kierunków polityki rządu"[12], z kilkoma jednak wyjaśnieniami. Po pierwsze, z powyższej definicji analizowana będzie wyłącznie przesłanka „sprzeczności z prawem", podczas gdy reszta pozostanie założona entymematycznie. Po drugie, w odniesieniu do elementów pojęcia „nieposłuszeństwo wobec prawa", jakimi są „nieposłuszeństwo obywatelskie" oraz „nieposłuszeństwo sędziowskie", należy zdawać sobie sprawę z bardzo istotnych różnic dotyczących charakteru działań objętych tymi pojęciami podmiotów. Sędziowie mianowicie mają dogodniejsze od obywateli możliwości legalnego wychodzenia z trudnych sytuacji (*hard case*) – na gruncie obowiązującego prawa (co raczej bliższe jest pojęciu aktywizmu sędziowskiego)[13]. Po trzecie, niniejsze opracowanie nie dotyka kwestii etycznych związanych z samą dopuszczalnością (czy to abstrakcyjną, czy konkretną) nieposłuszeństwa wobec prawa (nie wartościuje, nie ocenia takich postaw), a raczej czyni przedmiotem refleksji konkretne zagadnienia związane z kryzysem konstytucyjnym, które choć *prima facie* kojarzyć się mogą z owym pojęciem, niekoniecznie odpowiadać muszą jego istocie.

Mając tak poczynione wstępne ustalenia teoretyczne, autor niniejszego opracowania poprzez wskazanie kluczowych elementów konkretnych postaw, a co za tym idzie działań prawnych związanych z kryzysem konstytucyjnym, stawia sobie za cel próbę odpowiedzi na pytanie: czy określone (potencjalne bądź rzeczywiste) zachowania podmiotów, które pretendować mogą do określenia ich pojęciem nieposłuszeństwa wobec prawa, w istocie stanowią ich desygnat? Analizy skoncentrują się wokół zagadnień ściśle związanych ze sporem wokół Trybunału Konstytucyjnego i obejmować będą kwestie aktów nieuznawania wydawanych przy udziale

11 W samej polskiej literaturze wskazać można na opracowania dotyczące zagadnienia nieposłuszeństwa obywatelskiego (*civil disobedience*), takie jak m.in.: A. Szutta, *Obywatelskie nieposłuszeństwo. Próba określenia pojęcia*, Warszawa 2011; M. du Vall, *Nieposłuszeństwo obywatelskie w XXI wieku* (w:) *Dylematy polskiej demokracji*, red. Ł. Danel, J. Kornaś, Kraków 2012, s. 189–203; A. Gadkowski, K. Różański, Ł. Sokołowski, *Nieposłuszeństwo obywatelskie a państwo demokratyczne*, „Refleksje" 2014, nr 10, s. 135–152; A. Wilczyńska, *Wokół definicji cywilnego nieposłuszeństwa* (w:) *W kręgu teorii prawa i zagadnień prawa europejskiego*, red. T. Pietrzykowski, Sosnowiec 2007, s. 133–148. Co się natomiast tyczy pojęcia nieposłuszeństwa sędziowskiego (*judicial disobedience*), upowszechnionego pod tą nazwą w literaturze (w szczególności zagranicznej) w późniejszym czasie, zob. J. Zajadło, *Nieposłuszeństwo sędziowskie*, „Państwo i Prawo" 2016, nr 1, s. 18–39 oraz przywołane tam stosowne pozycje piśmiennicze.

12 Taką definicją za H.A. Bedau posłużył się J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, A. Romaniuk, J. Pasek, Warszawa 2009, s. 523.

13 Zwraca na to uwagę J. Zajadło, pisząc, że „istnieje oczywiście bardzo istotna różnica między obywatelskim a sędziowskim nieposłuszeństwem. W tym pierwszym przypadku mamy bowiem do czynienia ze świadomym złamaniem prawa w szeroko pojętym interesie publicznym z jednoczesną gotowością do poniesienia odpowiedzialności z tego tytułu. W drugim natomiast sędzia musi poszukiwać wyjścia z sytuacji na gruncie obowiązującego prawa – albo w drodze odpowiedniej interpretacji prawa w poszukiwaniu słusznego rozstrzygnięcia (wymiar indywidualny), albo w drodze bezpośredniego odwołania się do konstytucji w obronie konstytucyjnej aksjologii obejmującej także zasadę trójpodziału władzy (wymiar instytucjonalny). Tkwi w tym oczywiście pewien paradoks – o ile bowiem nieposłuszeństwo obywatelskie jest z natury rzeczy postawą alegalistyczną, o tyle nieposłuszeństwo sędziowskie wręcz przeciwnie – właśnie postawą legalistyczną", J. Zajadło, *Nieposłuszeństwo*…, s. 36 i n.

sędziów, których ważność wyboru jest kwestionowana, rozstrzygnięć „nowego" Trybunału Konstytucyjnego[14] za orzeczenia, oraz nieuznawania sędzi obecnie faktycznie piastującej urząd Prezesa TK za osobę prawnie umocowaną do reprezentowania tego organu. Na podstawie wyciągniętych wniosków podjęta zostanie dalsza refleksja związana z kwestią nieposłuszeństwa obywatelskiego w obliczu skutków sporu wokół Trybunału. Przedmiotowe rozważania uwzględniać będą zarówno koncepcje prawa nazywane na potrzeby artykułu umownie pozytywistycznymi, w oparciu o ich Kelsenowskie ujęcie, jak również te, których wzorcem będą tezy składające się na formułę Radbrucha.

2. *Postawy wobec działań „nowego" Trybunału Konstytucyjnego*

Zarzewiem sporu składającego się na kryzys konstytucyjny było dokonanie przez Sejm VII kadencji na jego ostatnim posiedzeniu, na podstawie nowej ustawy o Trybunale Konstytucyjnym[15], wyboru pięciu sędziów, którzy mieli zastąpić sędziów kończących swoje kadencje – odpowiednio – 6 listopada 2015 r. (trzech sędziów) oraz 2 i 8 grudnia 2015 r. (dwóch sędziów). O ile dokonanie wyboru trzech sędziów z kadencjami od 7 listopada 2015 r. mieściło się w ramach dobrych demokratycznych obyczajów, o tyle wybór dwóch sędziów z kadencjami od 3 i 9 grudnia 2015 r. stanowił jawny przejaw kalkulacji politycznych. Wygaśnięcie kadencji sędziów ustępujących miejscem tym ostatnim było bowiem zdarzeniem, które przypadało już na okres VIII kadencji Sejmu, a więc przejściowy przepis art. 137 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, w zakresie, w jakim dotyczył sędziów TK, którym kadencja upłynęła 2 i 8 grudnia 2015 r., umożliwiający wybór sędziów *pro futuro* był niezgodny z art. 194 ust. 1 Konstytucji RP, czemu dał wyraz Trybunał Konstytucyjny w swoim wyroku[16], wskazując jednocześnie, że wybór trzech sędziów zaczynających kadencję 7 listopada dokonany został zgodnie z prawem.

Zanim jeszcze został wydany rzeczony wyrok, prawodawca uchwalił nowelizację ustawy o Trybunale Konstytucyjnym[17], która umożliwiać miała m.in. powtórny wybór sędziów TK, którym kadencja upływała w 2015 r. (pięciu sędziów wybranych przez Sejm VII kadencji), powodować wygaśnięcie kadencji (po upływie trzech miesięcy od wejścia ustawy w życie) dotychczasowego prezesa oraz wiceprezesa TK, oraz konstytuować rozpoczęcie biegu kadencji sędziego TK od momentu złożenia ślubowania przed Prezydentem RP – w terminie 30 dni od dnia wyboru. Sejm podjął także uchwały w sprawie stwierdzenia braku mocy prawnej uchwał o wyborze pięciu sędziów TK przez Sejm poprzedniej kadencji[18], a w dniu poprzedzającym wydanie wyroku dokonał wyboru pięciu sędziów TK, którzy zostali zaprzysiężeni przez Prezydenta RP jeszcze w nocy z 2 na 3 grudnia 2015 r. W konsekwencji – od dnia wydania wyroku funkcjonowało w Trybunale oprócz sędziów, których wybór nie jest kwestionowany, trzech sędziów legalnie wybranych przez Sejm VII kadencji, a niezaprzysiężonych przez Prezydenta RP (Roman Hauser, Krzysz-

14 Pojęcia tego używam umownie, by rozgraniczyć stan tej instytucji po dniu 20 grudnia 2016 r., tj. po dacie dopuszczenia owych sędziów, których ważność wyboru jest kwestionowana, do orzekania.

15 Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 293), akt utracił moc.

16 Wyrok TK z dnia 3 grudnia 2015 r., K 34/15 (Dz.U. z 2015 r., poz. 2129), szczególnie pkt 6.14–6.19 uzasadnienia prawnego. Zob. także A. Dziadzio, *Quis custodiet custodes ipsos? Trybunał Konstytucyjny jako (nie) obiektywny strażnik konstytucji. Uwagi na kanwie orzeczenia K 34/15 Trybunału Konstytucyjnego z 3 grudnia 2015 r.*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 5 (31), s. 12–29.

17 Ustawa z dnia 19 listopada 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 2015 r., poz. 1928). Zmiany dokonane ustawą zostały przez Trybunał zakwestionowane wyrokiem TK z dnia 9 grudnia 2015 r., K 35/15 (Dz.U. z 2015 r., poz. 2147).

18 Zob. uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie stwierdzenia braku mocy prawnej uchwał Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 8 października 2015 r. w sprawie wyboru sędziego Trybunału Konstytucyjnego opublikowanej w „Monitorze Polskim" z 23 października 2015 r. (MP z 2015 r., poz. 1131–1135). Uchwały te zostały zaskarżone do Trybunału, który umorzył postępowanie (postanowienie TK z dnia 7 stycznia 2016 r., U 8/15, OTK-A 2016, poz. 1) ze względu na to, że nie mają one charakteru normatywnego (prawotwórczego), a indywidualno-konkretny, zob. szerzej P. Radziewicz, *Kontrola konstytucyjności uchwał Sejmu (uwagi na marginesie postanowienia TK w sprawie U 8/15)*, „Państwo i Prawo" 2016, nr 7, s. 45–65.

tof Ślebzak, Andrzej Jakubecki), jak również pięciu sędziów wybranych przez Sejm VIII kadencji, w tym trzech obsadzonych nadprogramowo *contra legem* (Henryk Cioch, Lech Morawski, Mariusz Muszyński) i w związku z tym niedopuszczonych do orzekania.

W dniu 19 grudnia 2016 r., po upływie kadencji Prezesa Trybunału – prof. Andrzeja Rzeplińskiego, zostały ogłoszone w Dzienniku Ustaw trzy ustawy[19], na podstawie których m.in. z dniem 20 grudnia Prezydent RP powierzył pełnienie obowiązków Prezesa TK sędzi Julii Przyłębskiej, która jeszcze tego samego dnia dopuściła do orzekania sędziów, których ważność wyboru jest kwestionowana. W dniu następnym sędzia J. Przyłębska została przez Prezydenta RP powołana na stanowisko Prezesa Trybunału Konstytucyjnego. Zwrócić uwagę należy, iż akt tego powołania budzi wątpliwości co do jego legalności, związane z brzmieniem przepisów ustawy wprowadzającej[20]. Wątpliwości te przedstawione zostały do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu przez Sąd Apelacyjny w Warszawie[21], gdyż kwestia legalności wyboru Prezesa TK przesądza o tym, czy tak wybrana osoba ma należyte umocowanie do reprezentacji tego organu. W dniu 12 września 2017 r. Sąd Najwyższy postanowił odmówić podjęcia uchwały rozstrzygającej przedstawione zagadnienie prawne z przyczyn proceduralnych.

Ustalenia powyższe pozwalają zwrócić uwagę na dwa (krzyżujące się w pewnym zakresie) zagadnienia. Pierwsze z nich sprowadzić można do pytania: dlaczego rozstrzygnięcia „nowego" Trybunału Konstytucyjnego nie są przez prawników najczęściej uznawane za wiążące (mające moc powszechnie obowiązującą) i ostateczne? – stosownie do art. 190 ust. 1 Konstytucji RP. *Prima facie* powiedzieć przecież można, że relewantne zmiany przeprowadzane są przez władzę polityczną mającą demokratyczną, pochodzącą z powszechnych wyborów legitymację do działania w imieniu suwerena, przy czym udzielony mandat jest wolny, a nie imperatywny. Jako że krytykę takiego argumentu przeprowadziłem już w innym miejscu[22], w niniejszym opracowaniu akcent postawiony zostanie na kwestię ciągu walidacyjnego.

Jak było to już zasygnalizowane, w modelu Kelsenowskim uzasadnieniem obowiązywania jednej normy jest norma zawarta w akcie nadrzędnym. Norma z kolei jest pewnym schematem interpretacyjnym nadającym sens (prawny albo bezprawny) określanemu aktowi zachowania człowieka (lub określonej grupy

19 Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2016 r., poz. 2072; ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz.U. z 2016 r., poz. 2073); ustawa z dnia 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz.U. z 2016 r., poz. 2074) – dalej: ustawa wprowadzająca.

20 Dotyczą one przede wszystkim takich kwestii, jak: brak uczestnictwa sędziego S. Rymara w posiedzeniu Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, podczas gdy art. 21 ust. 2 ustawy wprowadzającej stanowi, że w posiedzeniu uczestniczą sędziowie Trybunału, którzy złożyli ślubowanie wobec Prezydenta Rzeczypospolitej (wątpliwość co do tego, czy wyrażona norma dotyczy z konieczności wszystkich sędziów); brak podjęcia uchwały Zgromadzenia o przedstawieniu Prezydentowi kandydatów na stanowisko Prezesa TK, wymaganej przez art. 21 ust. 8 ustawy wprowadzającej; uznanie jako drugiego kandydata na stanowisko Prezesa TK sędziego, którego ważność wyboru jest kwestionowana, co równoznaczne jest obowiązkowi sędziego pełniącego obowiązki Prezesa TK do powtórzenia procedury, stosownie do art. 21 ust. 10 i 11 ustawy zmieniającej.

21 Sprawa została przekazana z Izby Cywilnej SN do Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych SN, za sygn. akt III SZP 2/17.

22 „Arguments derived from the above reasoning, however, only seemed to deprive the legitimacy of the Court's competences, while in fact strengthening its democratic legitimacy. Their dual character results from the fact that the Polish Constitutional Court as the body (like the parliament and the president) de *lege lata* is the institution which is anchored in the Constitution adopted by the National Assembly of 451 votes, and – which further strengthened its validity – approved directly by the people in a referendum. Thus, the democratic legitimacy of the Constitutional Court (as an organ) also comes from the sovereign, and therefore the possibility of its withdrawal should also come from the sovereign, and this requires granting the Parliament the power to change the Constitution, which in turn implies the need to obtain a particular, qualified majority by the authority", S. Piekarczyk, *Constitutional crisis in Poland as a negative model of Hans Kelsen's constitutional judiciary idea*, „Polish Law Review" 2016, vol. 2, s. 65.

ludzi), dokonanemu w czasie i w przestrzeni. Zatem nie tylko wydawanie ustaw ma swój normatywny sens, ale także wydawanie orzeczeń przez Trybunał Konstytucyjny. Wszystko to wynika z norm aktu podstawowego, jakim jest Konstytucja RP. W polskim systemie prawnym ustawa zasadnicza przyznała jednak Trybunałowi kompetencję derogacyjną do formalnego eliminowania niezgodnych z nią norm aktów prawotwórczych podrzędnych wobec niej hierarchicznie.

Nie tylko wydawanie ustaw ma swój normatywny sens, ale także wydawanie orzeczeń przez Trybunał Konstytucyjny. Wszystko to wynika z norm aktu podstawowego, jakim jest Konstytucja RP.

Aplikując powyższe do przedstawionego wcześniej stanu faktycznego, można w oparciu o najistotniejsze jego elementy sformułować ciąg walidacyjny, wyrażony przy pomocy sylogizmu:

Przesłanka 1. Uchwalona została ustawa o Trybunale Konstytucyjnym z dnia 25 czerwca 2015 r., na podstawie której został dokonany wybór pięciu sędziów tego organu.

Przesłanka 2. Trybunał Konstytucyjny stwierdził niezgodność art. 137 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, w zakresie, w jakim dotyczył sędziów TK, którym kadencja upłynęła 2 i 8 grudnia 2015 r., umożliwiający wybór sędziów *pro futuro*, z art. 194 ust. 1 Konstytucji RP (wyrok K 34/15).

Przesłanka 3. Sejm podjął uchwały o braku mocy prawnej uchwał w sprawie stwierdzenia braku mocy prawnej uchwał o wyborze pięciu sędziów TK przez Sejm VII kadencji, które zostały przez Trybunał w oparciu o normy konstytucyjne[23] zakwalifikowane jako uchwały niezawierające norm prawnych ani niewywołujące skutków prawnych, tj. mające charakter zbliżony do rezolucji, deklaracji, apeli i oświadczeń (jakie przewiduje art. 69 regulaminu Sejmu[24], zatem niemające znaczenia dla ciągu walidacyjnego).

Przesłanka 4. Sejm na podstawie ustawy nowelizującej ustawę o Trybunale Konstytucyjnym z dnia 19 listopada 2015 r. (której zmiany zostały zakwestionowane przez Trybunał wyrokiem K 35/15) podjął uchwały o ponownym wyborze pięciu sędziów Trybunału. Ich

23 Trybunał potwierdził zatem zawartą w uzasadnieniu do wyroku TK z dnia 3 grudnia 2015 r., K 34/15 tezę – „Zgodnie z art. 69 Regulaminu Sejmu, uchwały z 25 listopada 2015 r. należy traktować jako akty prawne o charakterze wewnętrznym, mające cechy częściowo oświadczenia, częściowo zaś rezolucji. Z prawnego punktu widzenia ich treścią jest – po pierwsze – przedstawienie politycznego stanowiska Sejmu w konkretnej sprawie, która w danym momencie została oceniona przez izbę jako doniosła, po drugie zaś – niewiążące prawnie wezwanie organu państwa (*in casu* Prezydenta) do określonego działania. Uchwały z 25 listopada 2015 r. nie są rozstrzygnięciami o charakterze konkretnym i indywidualnym w ramach tzw. funkcji kreacyjnej Sejmu, polegającej na obsadzaniu bądź zwalnianiu przewidzianych prawem stanowisk i funkcji publicznych. W tym sensie są one kategorialnie różne od uchwał Sejmu w sprawie wyboru sędziego Trybunału, przez które Sejm realizuje m.in. swoją kompetencję określoną w art. 194 ust. 1 Konstytucji. Uchwały z 25 listopada 2015 r. i zawarte w nich stwierdzenia (oświadczenia) z definicji nie wpłynęły zatem na moc prawną uchwał Sejmu VII kadencji w sprawie wyboru sędziów Trybunału, których kadencje zakończyły się 6 listopada, 2 i 8 grudnia 2015 r. – nie mogły wywrzeć w tej mierze żadnego skutku prawnego i nie rzutują na moc obowiązującą art. 137 ustawy o TK. Wbrew zawartej w nich deklaracji, następstwa uchwał z 25 listopada 2015 r. należy tłumaczyć zgodnie z ich prawną naturą oraz pozycją w systematyce uchwał Sejmu", postanowienie TK z dnia 7 stycznia 2016 r., U 8/15.

24 Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. MP z 2012 r., poz. 32 z późn. zm.).

skuteczność (oprócz konieczności dopełnienia pozostałych wymogów formalnych) dotyczyła wyłącznie wyboru sędziów na stanowiska nieobsadzone, a zatem w związku z wyrokiem K 34/15 jedynie uchwały o wyborze dwóch sędziów (na miejsce tych, którym kadencja upłynęła 2 i 8 grudnia 2015 r.) stanowiły realizację kompetencji kreacyjnej Sejmu, na podstawie art. 194 ust. 1 Konstytucji RP. Uchwały dotyczące trzech pozostałych sędziów nie wywołały natomiast skutków prawnych.

Przesłanka 5. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Konstytucji RP orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne, a ust. 3 tego przepisu *expressis verbis* potwierdza, że orzeczenia TK pozbawiają kontrolowane akty normatywne mocy obowiązującej[25].

Wniosek 1. Wyrok Trybunału K 34/15 ma moc powszechnie obowiązującą i jest ostateczny oraz pozbawia w określonym zakresie art. 137 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym mocy obowiązującej.

Wniosek 2. Legalnymi sędziami TK są trzej powołani przez Sejm VII kadencji i dwaj powołani przez Sejm VIII kadencji.

Wniosek 3. Trzy osoby dopuszczone do orzekania (sędziowie, których ważność wyboru jest kwestionowana) nie mają umocowania uzasadnionego przez obowiązujące normy prawne, *ergo* nie są sędziami Trybunału (dalej określać ich będę, wyłącznie w celu odróżnienia od sędziów należycie umocowanych, jako „nie-sędziowie").

Konkluzje powyższego sylogizmu pozwalają stwierdzić, iż obiektywnym sensem wydania przez Trybunał rozstrzygnięć było formalne derogowanie określonych niezgodnych z prawem norm, a to z uwagi na przesłankę, że ustawa zasadnicza taki właśnie sens normatywny działaniu grupy ludzi składającej się na ten organ nadała. Stwierdzenie, że takie działanie sędziów Trybunału było nielegalne, wymagałoby zatem wykazania, że nie są oni sędziami TK (przeprowadzenia w oparciu o obowiązujące normy prawne rozumowania, którego wnioski prowadziłyby do konstatacji, iż zostali wybrani sprzecznie z prawem).

Drugim kluczowym zagadnieniem jest kwestia reprezentacji Trybunału Konstytucyjnego. Nie ma potrzeby powtarzania wszystkich wątpliwości, jakie w tym przedmiocie zostały sformułowane przez Sąd Apelacyjny w Warszawie[26], wystarczy bowiem przeprowadzenie rozumowania przy wykorzystaniu wniosku nr 3 przedstawionego wyżej sylogizmu jako jednej z jego przesłanek. I tak:

Przesłanka 1. Stosownie do art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed TK, Prezes Trybunału reprezentuje Trybunał na zewnątrz.

Przesłanka 2. Stosownie do art. 21 ust. 11 ustawy wprowadzającej, w przypadku gdy w trybie wyłaniania kandydatów na Prezesa TK przez Zgromadzenie Ogólne nie doszło do wyłonienia co najmniej dwóch sędziów, sędzia pełniący obowiązki Prezesa TK zamyka posiedzenie i ponownie zwołuje Zgromadzenie Ogólne w sprawie przedstawiania kandydatów na stanowisko Prezesa TK Prezydentowi RP.

Przesłanka 3. W „głosowaniu"[27] jako kandydaci na stanowisko Prezesa TK wyłonieni zostali sędzia oraz nie-sędzia.

Przesłanka 4. Trzy osoby dopuszczone do orzekania (nie-sędziowie) nie mają umocowania uzasadnionego przez obowiązujące normy prawne, *ergo* nie są sędziami.

Wniosek 1. W trybie wyłaniania kandydatów na Prezesa TK przez Zgromadzenie Ogólne nie doszło do wyłonienia co najmniej dwóch sędziów, *ergo* Zgromadzenie powinno być ponownie zwołane, a procedura powinna zostać powtórzona.

Wniosek 2. Sędzia obecnie faktycznie piastująca urząd Prezesa TK prawnie nie jest prezesem Trybunału, *ergo* nie ma umocowania do reprezentacji tego organu.

Przedstawione rozumowania odpowiadają *par excellence* Kelsenowskiemu – pozytywistycznemu postrzeganiu prawa. Zatem przyjmując wynikające z nich wnioski, skonstatować należałoby, iż akty nieuznawania wydawanych przy udziale nie-sędziów rozstrzygnięć „nowego" Trybunału za orzeczenia oraz akty nieuznawania sędzi obecnie faktycznie piastującej

25 *A fortiori* przepis ten odnosi się również do poszczególnych przepisów lub wyrażonych przez określone przepisy norm.

26 Zob. przyp. 20.

27 Pominięto tutaj kwestię, czy samo głosowanie, również z uczestnictwem nie-sędziów, doszło w świetle prawa do skutku.

urząd Prezesa TK za osobę prawnie umocowaną do reprezentowania tego organu nie mogą być traktowane jako przejaw nieposłuszeństwa wobec prawa, gdyż zachowania takie nie wypełniają przesłanki niezgodności z prawem, immanentnej temu pojęciu. W tym ujęciu, choć subiektywnym sensem aktów woli niektórych sędziów „nowego" Trybunału oraz nie-sędziów jest wydawanie mających moc powszechnie obowiązującą i ostatecznych orzeczeń, nie pokrywa się to z obiektywnym znaczeniem tychże aktów[28].

Strona reprezentująca przeciwny pogląd powołuje się jednak często, bezpośrednio bądź pośrednio, na normy moralne. Znamienne dla takiego punktu widzenia jest odwoływanie się do idei, które czy to przedstawiciele tej strony, czy osoby komentujące relewantne wypowiedzi porównują z twierdzeniami składającymi się na formułę Radbrucha. Reprezentatywne w tym zakresie są wypowiedzi o prymacie dobra narodu nad prawem[29]. W istocie, gdyby przyjąć

Akty nieuznawania wydawanych przy udziale nie-sędziów rozstrzygnięć „nowego" Trybunału za orzeczenia oraz akty nieuznawania osoby obecnie faktycznie piastującej urząd Prezesa TK za osobę prawnie umocowaną do reprezentowania tego organu nie mogą być traktowane jako przejaw nieposłuszeństwa wobec prawa, gdyż zachowania takie nie wypełniają przesłanki niezgodności z prawem, immanentnej temu pojęciu.

28 Obrazowo przedstawia to H. Kelsen: „»Powinność« jest subiektywnym sensem aktu woli człowieka, który skierowany jest intencjonalnie na zachowanie drugiego. Nie każdy taki akt posiada jednak taki sens także w znaczeniu obiektywnym. Tylko kiedy także obiektywnie ma sens powinności, mówimy, że powinność stanowi »normę«. (…) Dzieje się tak, gdy aktowi woli, którego subiektywnym sensem jest powinność, nadawany jest ów obiektywny sens przez normę, gdy akt ten staje się upoważniony poprzez normę, która dzięki temu uznana jest za normę »wyższą«. Polecenie wydane przez gangstera, aby dać mu określoną sumę pieniędzy, ma ten sam subiektywny sens, co polecenie urzędnika podatkowego, a mianowicie sens, aby jednostka, do której skierowane jest polecenie, wyasygnowała określoną kwotę pieniędzy. Ale jedynie polecenie urzędnika podatkowego, a nie polecenie gangstera, ma sens ważnej normy, obowiązującej adresata, tylko ten jedyny akt, a nie ten drugi, jest aktem normotwórczym, ponieważ akt urzędnika podatkowego uzasadniony jest ustawą skarbową, podczas gdy akt gangstera nie polega na żadnej upoważniającej go doń normie. To, że akt ustawodawczy, który zawiera w sposób subiektywny sens powinności, posiada ten sens również w sposób obiektywny, to znaczy zawiera sens obowiązującej normy, zachodzi dlatego, że obiektywny sens nadaje aktowi ustawodawczemu konstytucja", H. Kelsen, *Czysta teoria*…, s. 63 i n.

29 Jakkolwiek w opracowaniach naukowych z dziedziny prawa unikam raczej posiłkowania się cytatami wypowiedzi polityków, tak z uwagi na częściowo filozoficznoprawny charakter niniejszej pracy, a także dla ukazania pewnej idei, którą zdaje się kierować obecna władza polityczna; jako reprezentatywną w tym zakresie wskazać można wypowiedź

koncepcję G. Radbrucha, pojęcie prawa miałoby inne znaczenie niż w ujęciu Kelsenowskim. Dystansując się już od wypowiedzi o ściśle politycznym i publicystycznym zabarwieniu, można by postawić pytanie: czy przyjęcie tego odmiennego znaczenia pojęcia prawa powodowałoby, iż akty nieuznawania wydawanych przy udziale nie-sędziów rozstrzygnięć „nowego" Trybunału za orzeczenia oraz akty nieuznawania sędzi obecnie faktycznie piastującej urząd Prezesa TK za osobę prawnie umocowaną do reprezentowania tego organu można by adekwatnie określić jako nieposłuszeństwo wobec prawa? Odpowiedź na nie wymaga jednak aplikacji ustaleń faktycznych do wzorca, jaki stanowią stosowne twierdzenia G. Radbrucha.

Po pierwsze, istotną kwestią, na którą należy zwrócić uwagę, jest pewne „przesunięcie podmiotowe" względem twierdzeń składających się na formułę Radbrucha. W ujęciu uczonego bowiem podmiotem, którego akty podlegały ocenie pod kątem ich prawnego charakteru, był prawodawca, co sytuowało w pozycji oceniających inne podmioty, w szczególności prawników stosujących prawo. W stanie faktycznym, jaki składa się na kryzys konstytucyjny w Polsce, do przedmiotowej argumentacji odwołuje się strona stanowiąca obecnie władzę polityczną, czyli w istocie również ustawodawca zwykły. Tym samym kwestionowanym aktem prawotwórczym okazała się Konstytucja, a na jej podstawie także wyroki Trybunału Konstytucyjnego.

Po drugie, twierdzenia G. Radbrucha nie dotyczą każdego prawa niesprawiedliwego, lecz tylko co najmniej tak niesprawiedliwego, że jego sprzeczność z tą wartością osiąga niedającą się znieść miarę. Pomimo tak nieostrego kryterium ocennego – nawet gdyby uznać Konstytucję RP za niesprawiedliwą (co już powodować może daleko idące wątpliwości), uznanie rażącego stopnia owej niesprawiedliwości byłoby zdecydowanie mocno przesadzone. Konsekwencję takiego stanu rzeczy stanowiłoby najpewniej udzielenie w wyborach mandatu tym partiom politycznym (grupom interesu), które miałyby odpowiednią większość do jej zmiany, także gdy na jej podstawie zapadałyby rażąco niesprawiedliwe orzeczenia TK. Z uwagi na to, że tak się nie stało, uznać należy, iż Konstytucja nadal (co potwierdza także jej art. 8) stanowi najwyższe prawo Rzeczypospolitej Polskiej. Zatem wszelkie akty władzy politycznej powinny odznaczać się zgodnością z ustawą zasadniczą. Ujęcie takie nie tylko nie jest sprzeczne z postrzeganiem prawa przez G. Radbrucha, ale jest także realizacją jego idei. Jak pisał autor, „Wymogiem sprawiedliwości jest także to, aby prawo było stabilne (*sicher*), tzn. abyśmy mieli pewność, że jutro, w innym miejscu, będzie się je interpretować nie inaczej, niż czyni się to dzisiaj i w tym miejscu"[30]. Gwarantem bezpieczeństwa prawnego względem zgodności aktów prawotwórczych zajmujących podkonstytucyjne miejsce w hierarchii źródeł prawa z Konstytucją jest istnienie jednego organu, który władny jest nadawać treść normatywną jej nieostrym sformułowaniom. W Polsce taką gwarancję stanowił właśnie Trybunał Konstytucyjny[31].

posła (działającego wtedy w ramach ugrupowania Kukiz'15), Marszałka Seniora Sejmu VIII kadencji K. Morawieckiego podczas 2. posiedzenia Sejmu w dniu 25 listopada 2015 r.: „Prawo to nie świętość. (…) Nad prawem jest dobro Narodu. Jeżeli prawo to dobro zaburza, to nie wolno nam uważać to za coś, czego nie możemy naruszyć, czego nie możemy zmienić (…) bo prawo ma służyć nam. Prawo, które nie służy Narodowi, to jest bezprawie", która to wypowiedź spotkała się z uznaniem większości sejmowej. W wypowiedziach medialnych K. Morawiecki posiłkował się w tym kontekście także powiedzeniem ks. S. Konarskiego: „Prawo, choćby najświętsze, prawem być przestaje, kiedy szczęściu Narodu przeciwnym się staje". Tę ideę rozwijał także wicepremier (obecnie premier) polskiego rządu M. Morawiecki (w programie *Conflict Zone* na angielskojęzycznym kanale DW News, zob. http://p.dw.com/p/2XhEC (dostęp 15.07.2017), otwarcie czyniąc krytykę pozytywizmu prawniczego, przy wykorzystaniu przykładów przestrzegania nieludzkiego prawa w nazistowskich Niemczech. Takie ujmowanie rzeczy przez przywołanych polityków budzi skojarzenia komentatorów z twierdzeniami składającymi się na formułę Radbrucha oraz ich uzasadnieniem, co dało asumpt dla przyjęcia właśnie koncepcji tego wybitnego filozofa prawa jako jednego z wzorców analiz zawartych w niniejszym opracowaniu.

30 G. Radbruch, *Ustawowe…*, s. 250.

31 Zob. szeroko S. Piekarczyk, *Pewność prawa – wartość rozwinięta w dialogu konstytucyjnym a pewność norm ustawy zasadniczej. Rozważania w kontekście praw człowieka* (w:) *Ochrona praw człowieka w wymiarze uniwersalnym. Aksjologia – instytucje – nowe wyzwania – praktyka*, red. J. Jaskiernia, K. Spryszak, t. 1, Toruń 2017, s. 97–113.

Po trzecie wreszcie, jak było to już wskazane, strona polityczna, powołująca się na wartości moralne, dla legitymizacji swoich sprzecznych z obowiązującym prawem pozytywnym działań powołuje się na dobro narodu-suwerena. I w tym zakresie twierdzenia G. Radbrucha, który na ostatnim miejscu w hierarchii wartości kładzie celowość prawa, pozwalając, by ustąpiła bezpieczeństwu prawnemu oraz będącej na pierwszym miejscu sprawiedliwości, dają adekwatną oraz dobitną odpowiedź na taki argument – „Znaczyłoby to (twierdzenie, że prawem jest to, co jest korzystne dla ludzi – dop. S.P.), że jeśli samowola, zerwanie umowy, przestępstwo przynoszą korzyść ludziom, to są one prawem. W praktyce oznacza to, że prawem jest to, w czym władze państwa widzą korzyść dla wszystkich; ale prawem będzie tu również pierwszy lepszy kaprys i wymysł władzy, każda kara wymierzana bez paragrafu i wyroku, każde bezprawne morderstwo dokonane na nieuleczalnie chorym. Może to również oznaczać, że własna korzyść władz będzie traktowana jako dobro wspólne. W ten oto sposób utożsamienie prawa z rzekomą lub oczekiwaną korzyścią społeczną uczyniło z państwa prawa państwo bezprawia”[32]. Jak pisze autor w innym miejscu, „prawo nie jest w żadnym wypadku tym, co »korzystne dla ludu«. Przeciwnie, dla ludu korzystne może być ostatecznie tylko to, co jest prawem, co gwarantuje bezpieczeństwo prawne i pozwala dążyć do sprawiedliwości”[33].

Odnosząc powyższe *passusy* do Trybunału Konstytucyjnego, postawić można *prima facie* argument, że także ten organ, wydając orzeczenie, kierować się może swoim subiektywnym (w tym także politycznym) postrzeganiem sprawiedliwości. Zgodzić się należy, iż ostatecznie o treści prawa, szczególnie przepisów zawierających nieostre predykaty (a takich jest w Konstytucji RP najwięcej), decyduje czynnik ludzki, a co za tym idzie – procesy związane z indywidualnymi postawami określonych osób. Jednakże, nie zaprzestając dyskusji o poprawianiu gwarancyjnego wymiaru dla jak najwyższej realizacji wartości, jaką jest sprawiedliwość, nietrudno zauważyć, iż tylko organ odrębny i niezależny od władzy wydającej akty prawotwórcze może rzetelnie dokonywać ich oceny pod kątem zgodności z ustawą zasadniczą[34]. Nie oznacza to, że każde

Ważne jest, by osoby zasiadające w Trybunale cechowały się wysoką wiedzą prawniczą oraz nieskazitelnym charakterem, a także niezależnością i niezawisłością. Zapewnieniu takich przymiotów sędziowskich sprzyjać powinny stosowne regulacje prawne, a dyskusja nad ich treścią odbywać się winna z poszanowaniem elementarnych zasad komunikacyjnych.

32 G. Radbruch, *Pięć minut filozofii prawa* (w:) tegoż, *Filozofia*…, s. 241 i n.

33 G. Radbruch, *Ustawowe*…, s. 249.

34 „Jeżeli chodzi o gwarancje konstytucyjności, to rozwiązaniem oczywistym – jak w żadnym innym wypadku gwarancji zgodności z prawem – mogłoby by się wydawać powierzenie unieważnienia niezgodnego z prawem aktu temu organowi,

orzeczenie z konieczności stanowić musi rozstrzygnięcie uznawane przez wszystkich za sprawiedliwe, proces orzekania często bowiem związany jest z ważeniem określonych wartości i racji pozostających ze sobą w konflikcie[35]. Tym niemniej właśnie dlatego tak ważne jest, by osoby zasiadające w Trybunale cechowały się wysoką wiedzą prawniczą oraz nieskazitelnym charakterem, a także niezależnością i niezawisłością. Zapewnieniu takich przymiotów sędziowskich sprzyjać powinny stosowne regulacje prawne, a dyskusja nad ich treścią odbywać się winna z poszanowaniem elementarnych zasad komunikacyjnych.

W świetle powyższych ustaleń, formułując odpowiedź na postawione pytanie, stwierdzić należy, iż również przyjęcie Radbruchowskiego – odmiennego znaczenia pojęcia prawa niż to, które zaproponował H. Kelsen, powodowałoby, iż aktów nieuznawania wydawanych przy udziale nie-sędziów rozstrzygnięć „nowego" Trybunału za orzeczenia oraz aktów nieuznawania sędzi obecnie faktycznie piastującej urząd Prezesa TK za osobę prawnie umocowaną do reprezentowania tego organu nie można zakwalifikować jako przejawów nieposłuszeństwa wobec prawa. Subiektywne bowiem przeświadczenie władz politycznych o niesprawiedliwości Konstytucji nie stanowi przyczyny do nieuznawania jej postanowień za obowiązujące – oddalania się od wartości, jaką jest bezpieczeństwo prawne.

3. *Kwestia nieposłuszeństwa obywatelskiego wobec ustaw zwykłych a ograniczone domniemanie ich konstytucyjności*

Powyższe rozważania dotyczyły zagadnienia nieposłuszeństwa wobec prawa w kontekście sporu wokół Trybunału Konstytucyjnego, będącego przyczyną oraz istotnym elementem kryzysu konstytucyjnego. Jakkolwiek wnioski poczynionych ustaleń, zdawałoby się, nie powinny być dla prawnika czymś zaskakującym, dużo trudniejszym zagadnieniem są implikacje skutków owego kryzysu dla kwestii nieposłuszeństwa obywatelskiego (wyłączając nieposłuszeństwo sędziowskie) wobec poszczególnych ustawowych regulacji prawnych wydawanych w tym stanie rzeczy. Problemem jest tutaj w szczególności kwestia, czy i na ile można mówić o domniemaniu konstytucyjności ustaw, skoro nie działa jedyny – odrębny i niezależny od władzy ustawodawczej i wykonawczej – organ kompetentny, by formalnie ustawy te derogować w przypadku ich sprzeczności z ustawą zasadniczą.

Sam mechanizm, który dziś określany jest jako domniemanie konstytucyjności, był przedmiotem refleksji H. Kelsena. Uczony, stojąc na stanowisku, że sąd konstytucyjny wyposażony powinien być w kompetencję uchylania ustaw, a więc w istocie ustawodawczą (ustawodawstwo negatywne)[36], dokonał rozróżnienia aktów prawotwórczych na akty *a priori* nieważne (można je określić jako „nieakty") oraz takie, które do stwierdzenia ich nieważności wymagają wydania innego aktu prawnego, we właściwym trybie, przez kompetentny organ – akty unieważnialne[37]. Z uwagi na to, że wydanie przez Trybunał Konstytucyjny orzeczenia formalnie derogującego normy ustawowe stanowi w tym ujęciu funkcję prawodawczą, do momentu jego ogłoszenia nie może wywoływać skutków derogujących, podobnie jak nieogłoszony akt prawotwórczy. Tym samym zakwestionowane normy obowiązują i są zaledwie unieważnialne[38], a podmiot, który odmówi

który go wydał. Zarazem w żadnym innym wypadku rozwiązanie, o którym mowa, nie byłoby tak bardzo nieadekwatne jak właśnie w tym. (…) tylko organ odrębny od ustawodawcy, niezależny od niego oraz od każdego innego dzierżyciela władzy państwowej może być powołany do unieważniania niezgodnych z konstytucją aktów ustawodawcy. Na tym polega instytucja sądu konstytucyjnego", H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, przeł. B. Banaszkiewicz, Warszawa 2009, s. 38.

35 Zob. szerzej np. G. Maroń, *Formuła ważenia zasad prawa jako mechanizm usuwania ich kolizji na przykładzie koncepcji Roberta Alexego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza" 2009, z. 59, s. 86–106 oraz przywołane tam pozycje piśmiennicze; S. Piekarczyk, *Paradoks różnic minimalnych a nieostrość języka prawnego*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2017, nr 1, s. 96 i n.

36 H. Kelsen, *Istota i rozwój*…, s. 39 i n.

37 Tamże, s. 30 i n.

38 „Jeśli chodzi o akt nieważny, to każdy podmiot – zarówno organ państwowy, jak i poddany – jest upoważniony do badania go pod względem zgodności z prawem i do uznania za akt niezgodny z prawem, a w konsekwencji za akt nieważny, niewiążący. Tylko o tyle, o ile pozytywny porządek prawny

im posłuszeństwa, narażony jest na ryzyko poniesienia z tego tytułu odpowiedzialności (niezależnie od tego, czy jest sędzią lub innym organem stosującym prawo, czy po prostu podporządkowanym prawu obywatelem).

Jak widać, założenie istnienia mechanizmu domniemania konstytucyjności jest w ujęciu Kelsenowskim związane z założeniem o istnieniu kompetentnego organu, odrębnego i niezależnego od władz, które wydają akty prawotwórcze mogące stanowić przedmiot kontroli – akty unieważnialne. Czy zatem w obecnej sytuacji, w której organ taki jak Trybunał Konstytucyjny nie ma prawnej legitymacji, w tym sensie, że jego akty są *a priori* nieważne, można mówić o aktach prawodawcy, że przysługuje im domniemanie konstytucyjności – że są unieważnialne? Kto bowiem (oprócz organu, który je wydał) w obecnych warunkach władny jest akty owe unieważnić? Wydaje się, że wobec braku takiej możliwości zasada domniemania konstytucyjności jest ograniczona, co nie oznacza jeszcze domniemania niekonstytucyjności. Problem ten rozważać należy jednak osobno w dwu aspektach – z perspektywy sędziowskiej oraz z perspektywy obywateli. Ta pierwsza perspektywa – dotycząca zagadnienia rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw – była przedmiotem ciekawych i szerokich dyskusji na konferencji „Sędzia a konstytucja. Kryzys sądownictwa konstytucyjnego a rozproszona kontrola zgodności prawa z konstytucją", która odbyła się 3 marca 2017 r. w Katowicach[39]; zakres rozważań ograniczony tu zostanie do omówienia aspektu związanego z perspektywą obywatelską.

Niejednokrotnie prawodawca uchwala ustawy, których normy budzić mogą wątpliwości prawników co do zgodności z konstytucją. Wobec braku możliwości zweryfikowania takich norm przez sąd konstytucyjny pojawiać się niejednokrotnie może stan faktyczny, gdy obywatel postawiony zostanie w sytuacji konieczności dokonania oceny w przedmiocie legalności swojego działania. Skutkiem tej oceny może być konstatacja, że pomimo iż ustawa zakazuje mu określonego zachowania lub też je nakazuje, normy konstytucyjne wprost zezwalają mu korzystać ze swojego prawa, a tym samym dane działanie nie jest nielegalne. Problemem jest tutaj jednak kryterium owej oceny – wobec często nieostrych sformułowań zawartych w przepisach Konstytucji. By ukazać praktyczny jego wymiar, posłużę się przykładem dotyczącym możliwości realizacji prawa do zgromadzeń, nie przesądzając przy tym o niekonstytucyjności relewantnych unormowań ustawowych.

Wydaje się, że w obecnej sytuacji zasada domniemania konstytucyjności jest ograniczona, co nie oznacza jeszcze domniemania niekonstytucyjności.

Z dniem 13 grudnia 2016 r. prawodawca dokonał nowelizacji ustawy – Prawo o zgromadzeniach[40] (dalej: pr. zgr.) w ten sposób, że wprowadził do jej treści instytucję zgromadzeń organizowanych cyklicznie. Istota takich rozwiązań sprowadza się do uprzywilejowania zgromadzeń spełniających określone w usta-

ogranicza tę kompetencję każdego podmiotu do badania dowolnego aktu funkcjonującego w sensie subiektywnym jako akt prawny i do rozstrzygania w każdych okolicznościach o jego zgodności z prawem, powierzając wykonanie tej kompetencji, przy spełnieniu określonych warunków, wyłącznie określonym organom, akt dotknięty jakąś wadą prawną nie jest już *a priori* nieważny, lecz może być uznany jedynie za akt unieważnialny. Gdyby nie było takich ograniczeń, to każdy wadliwy akt prawny musiałby być uważany za nieważny, czyli z prawnego punktu widzenia traktowany jako nieakt", H. Kelsen, *Istota i rozwój…*, s. 30 i n.

39 Pełny zapis audiowizualny tej konferencji znaleźć można na serwisie Youtube, https://www.youtube.com/watch?v=TZ_fMCenQQQ (dostęp 15.07.2017).

40 Ustawa z dnia 13 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo o zgromadzeniach (Dz.U. z 2017 r., poz. 579).

wie kryteria[41], względem innych zgromadzeń, które *a contrario* nazwać można „nieuprzywilejowanymi". Uprzywilejowanie to polega na obowiązku wydania przez organ gminy decyzji o zakazie zgromadzenia nieuprzywilejowanego wobec zgromadzeń mających status organizowanych cyklicznie, odbywających się stale w miejscu (w szczególności w odległości mniejszej niż 100 m pomiędzy zgromadzeniami) i czasie, w którym miało się odbyć nieuprzywilejowane zgromadzenie (art. 26b ust 3 i 4 pr. zgr.). Ponadto zgromadzeniom organizowanym cyklicznie przysługuje pierwszeństwo wyboru miejsca i czasu zorganizowania zgromadzenia (art. 12 ust. 1 *in fine* pr. zgr.).

Projekt ustawy nowelizującej został negatywnie zaopiniowany m.in. przez Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego[42]. Ogólne wątpliwości dotyczyły kwestii konstytucyjności rozwiązań ograniczających wolność zgromadzeń niektórych obywateli (gwarantujących to dobro jedynie niektórym obywatelom i ich organizacjom), podczas gdy tak Konstytucja RP, jak i ratyfikowane przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowe przyznają prawo do swobodnego pokojowego zgromadzania się każdemu. Prawodawca, tworząc regulacje, powinien czynić to tak, by ograniczenia tego prawa były „proporcjonalne, a zatem wąsko zakreślone, neutralne wobec przekazu (*content-neutral*) i możliwie najmniej intruzywne". Opiniodawca zwrócił przy tym uwagę, iż „dobrostan osób sprawujących aktualnie władzę oraz ograniczenie obecności kontrprzekazu w przestrzeni publicznej po to, aby dominowały w nim słowa i wartości uważane przez nich za słuszne, niewątpliwie nie stanowią aksjologii porządku konstytucyjnego w demokratycznym państwie prawnym. Charakteryzują one natomiast państwa autorytarne". Po przeprowadzeniu szczegółowych analiz dotyczących zgodności proponowanych rozwiązań z Konstytucją RP opiniodawca sformułował konkluzję: „Opiniowany projekt jako całość jest projektem antykonstytucyjnym i sprzecznym z zasadami prawa międzynarodowego"[43].

Dla zupełności rozważań wskazać również należy, iż w dniu 16 marca 2017 r. przy udziale nie-sędziów wydany został „wyrok" „nowego" Trybunału Konstytucyjnego stwierdzający zgodność z Konstytucją podanych w wątpliwość przez Prezydenta RP rozwiązań[44]. W związku z tym, iż przywołane rozstrzygnięcie w świetle poczynionych wcześniej analiz nie stanowi wyroku (jest aktem nieważnym *a priori* w ujęciu Kelsenowskim), nie ma mocy powszechnie obowiązującej, a więc jest prawnie irrelewantne – w dalszych analizach zostanie ono pominięte.

W powyższym przykładzie zwrócić należy uwagę na trzy istotne elementy. Z jednej strony obowiązuje ustawa, która ogranicza wolność zgromadzeń. Z drugiej strony obowiązuje Konstytucja RP, jak również ratyfikowane przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowe, przyznające obywatelom prawo do zgromadzeń (czy raczej deklarujące ich wolność w tym zakresie). Trzecim elementem jest natomiast opinia Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, czyli dokument nie tylko niestanowiący w polskim porządku konstytucyjnym źródła prawa, ale również niebędący orzeczeniem. Przechodząc do sedna problemu, zasadne jest postawienie pytania – czy pomimo obowiązywania ustawy odbycie zgromadzenia

41 Stosownie do art. 26a pr. zgr. (Dz.U. z 2015 r., poz. 1485 z późn. zm.) status takich zgromadzeń uzyskać mogą na mocy decyzji wojewody zgromadzenia, które są organizowane przez tego samego organizatora w tym samym miejscu lub na tej samej trasie co najmniej 4 razy w roku według opracowanego terminarza lub co najmniej raz w roku w dniach świąt państwowych i narodowych, a tego rodzaju wydarzenia odbywały się w ciągu ostatnich 3 lat, chociażby nie w formie zgromadzeń i miały na celu w szczególności uczczenie doniosłych i istotnych dla historii Rzeczypospolitej Polskiej wydarzeń.

42 Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, Opinia z dnia 30 listopada 2016 r. do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o zgromadzeniach, BSA I-021-499/16, http://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/NewForm/021-499_16%20Uwagi%20SN%20do%20projektu%20ustawy%20o%20zm.%20ustawy%20-%20Prawo%20o%20zgromadzeniach.pdf (dostęp 15.07.2017).

43 W ocenie opiniodawcy: „Wielokrotnie narusza on: art. 2, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 57, art. 163, art. 228 ust. 1 i art. 233 ust. 1 Konstytucji RP oraz normy wiążące członka Rady Europy (art. 11 ust. 1 EKPC), a także wynikające z zobowiązań międzynarodowych Polski (art. 21 MPPOiP)".

44 Rozstrzygnięcie: „wyrok TK" z dnia 16 marca 2017 r., Kp 1/17 (MP z 2017 r., poz. 265).

z naruszeniem jej przepisów, w obecnych warunkach, z konieczności stanowić musi przejaw nieposłuszeństwa obywatelskiego?

Próbując odpowiedzieć na powyższy dylemat, zwrócić należy uwagę, iż – jak zostało to zasygnalizowane – w obliczu kryzysu konstytucyjnego mechanizm domniemania konstytucyjności doznaje pewnych ograniczeń. Oznacza to, że w określonych przypadkach przykładzie ów trzeci, nieposiadający mocy obowiązującej element – opinia Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego – może być jednym z ogniw łączących obywatela z normatywną treścią Konstytucji, legitymując prawnie jego działania oraz – w konsekwencji – ograniczając możliwość określenia ich jako nieposłuszeństwo obywatelskie. Oprócz tego zasadnym jest odwoływanie się do dorobku orzeczniczego kom-

Rolą sądów powinno być zapewnienie, by w obecnych warunkach przedmiot dowodzenia nie sprowadzał się tylko do tego, czy określony podmiot złamał prawo, ale również do tego, czy jego przeświadczenie o legalności działania miało uzasadnione podstawy w treści Konstytucji oraz stosownych *communis opinio doctorum*.

wydaje się być usprawiedliwione korzystanie z praw i wolności bezpośrednio przyznanych przez ustawę zasadniczą, nawet jeśli działania takie sprzeczne byłyby z regulacjami ustawowymi (na zasadzie reguły kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori*). Jednakże na tym tle uwidacznia się inny, postawiony już wcześniej problem – na jakiej podstawie (według jakiego kryterium) obywatel, niebędący najczęściej wykształconym prawnikiem, ma dokonać takiej oceny? Konstytucja zawiera przecież szereg wartości, których kolizje rozstrzygane są przez kompetentne organy w procedurze ważenia, a trudno wymagać takiego działania od osób niebędących profesjonalistami. Brak odpowiedniego kryterium oceny powodować może niebezpieczeństwo anarchii. Wydaje się, że w obecnych warunkach nie ma lepszego rozwiązania, jak odwoływanie się do *communis opinio doctorum*[45]. W wyżej przedstawionym

45 Pojęcie to, oznaczające powszechną opinię uczonych, ma swoje historyczne konotacje. Związane jest ono bowiem *par excellence* z recypowaniem rozwiązań znanych prawu rzymskiemu do systemu prawnego I Rzeszy Niemieckiej (jako *ius commune*). Istota tej instytucji, mówiąc najogólniej, sprowadzała się do tego, że w przypadkach trudnych sądy często bardziej wiązały się opiniami uczonych prawników wyrażonymi w komentarzach do tekstu aktu prawnego niż samym tekstem tego aktu. Instytucję tę wprost przewidywała *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 r., stanowiąc w art. 105 konstytuującym powinność sądów, by zwracały się po wskazówki do znawców prawa w kwestii tego, jak rozumieć i prawidłowo zastosować określone niezrozumiałe przepisy (*Aktenversendung*). Por. P. Święcicka, *Prawo rzymskie w okresie Renesansu i Baroku. Humanistyczny wymiar europejskiej kultury prawnej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2012, t. 64, z. 1, s. 14 i n.; C. Crawford, *Legalizing Medicine: Early Modern Legal Systems and the Growth of Medico-legal Knowledge* (w:) *Legal Medicine in History*, eds. M. Clark, C. Crawford, Cambridge University Press 1994, s. 103 i n.; L. Petrażycki, *Law and Morality*, przeł. H.W. Babb, New Brunswick–London 2011, s. 280 i n.; A. Padoa-Schioppa, *A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge University Press 2007, s. 297 i n.

petentnych najwyższych sądów krajowych i międzynarodowych, w szczególności *acquis constitutionnel* oraz *acquis communautaire*, a także do wspólnych opinii wydanych przez wydziały prawa. Rozwiązanie takie chociaż w pewnym stopniu przybliżyć może do realizacji wartości, jaką jest bezpieczeństwo prawne.

4. Refleksja końcowa

Wnioski wyciągnięte na podstawie przeprowadzonych rozważań pozwalają na niezbyt optymistyczną konstatację. Mianowicie obecny stan rzeczy z perspektywy poznania tego, czym jest prawo, obrazowo, ale trafnie określany jest jako „chaos konstytucyjny". Z jednej bowiem strony obowiązuje Konstytucja, z drugiej panuje legicentryzm[46] usiłujący pozbawić ją w istocie normatywnego wymiaru. Jednocześnie wydawanym w tym stanie rzeczy ustawom (którym przysługuje przecież przymiot obowiązywania prawnego) nie można – co do zasady – odmawiać posłuszeństwa.

Jakkolwiek mechanizm bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy stanowić może pewną gwarancję, że prawa człowieka nie będą łamane, bądź efektywność ich łamania w konkretnych przypadkach zostanie odpowiednio ograniczona, tak w sytuacji, gdy obywatel podejmie działanie w warunkach nagłych, do czasu wydania stosownego orzeczenia on sam będzie podmiotem oceniającym, czy realizuje swoje prawa zadeklarowane w ustawie zasadniczej. Niejednokrotnie działanie takie w jego subiektywnym przeświadczeniu stanowić może akt zgodny z Konstytucją, podczas gdy obiektywnie będzie ono w świetle jej norm wątpliwe. W konsekwencji, gdy dojdzie do postępowania w przedmiocie jego odpowiedzialności, rolą sadów powinno być zapewnienie, by w obecnych warunkach przedmiot dowodzenia nie sprowadzał się tylko do tego, czy złamał on prawo, ale również do tego, czy jego przeświadczenie o legalności działania miało uzasadnione podstawy w treści Konstytucji oraz stosownych *communis opinio doctorum*. Trudno bowiem wymagać od przeciętnego obywatela profesjonalizmu, którym odznaczać się powinni wykształceni prawnicy, tak jak szczególnie trudno wymagać, by przed swoim działaniem dokonał profesjonalnej procedury ważenia wartości.

46 Pojęcie legicentryzmu odnosi się do idei, w której właśnie ustawodawca zwykły, jako przedstawiciel woli suwerena, władny jest stanowić całe prawo w formie ustawy (absolutyzm parlamentu). Zaprzeczeniem legicentryzmu z jednej strony jest konstytucjonalizm, a z drugiej nihilizm prawny, zob. szerzej H. Izdebski, *Konstytucjonalizm – legicentryzm – ustawowy nihilizm prawny. O powołaniu naszych czasów do nauki konstytucji*, „Państwo i Prawo" 2016, nr 6, s. 5–24.

Bibliografia

Austin J., *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1832.

Bogacz D., *Formuła i filozofia prawa Gustava Radbrucha*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2002, z. 3, s. 257–267.

Crawford C., *Legalizing medicine: early modern legal systems and the growth of medico-legal knowledge* (w:) *Legal medicine in history*, eds. M. Clark, C. Crawford, Cambridge 1994, s. 89–116.

Dziadzio A., *Quis custodiet custodes ipsos? Trybunał Konstytucyjny jako (nie) obiektywny strażnik konstytucji. Uwagi na kanwie orzeczenia K 34/15 Trybunału Konstytucyjnego z 3 grudnia 2015 r.*, „Forum Prawnicze" 2015, nr 5 (31), s. 12–29.

Gadkowski A., Różański K., Sokołowski Ł., *Nieposłuszeństwo obywatelskie a państwo demokratyczne*, „Refleksje" 2014, nr 10, s. 135–152.

Grabowski A., *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009.

Izdebski H., *Konstytucjonalizm – legicentryzm – ustawowy nihilizm prawny. O powołaniu naszych czasów do nauki konstytucji*, „Państwo i Prawo" 2016, nr 6, s. 5–24.

Kelsen H., *Czysta teoria prawa*, przeł. R. Szubert, red. A. Bosiacki, Warszawa 2014.

Kelsen H., *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, przeł. B. Banaszkiewicz, Warszawa 2009.

Maroń G., *Formuła ważenia zasad prawa jako mechanizm usuwania ich kolizji na przykładzie koncepcji Roberta Alexego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza" 2009, z. 59, s. 86–106.

Padoa-Schioppa A., *A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge 2007.

Petrażycki L., *Law and Morality*, przeł. H.W. Babb, New Brunswick–London 2011.

Piekarczyk S., *Constitutional crisis in Poland as a negative model of Hans Kelsen's constitutional judiciary idea*, „Polish Law Review" 2016, vol. 2, s. 58–72.

Piekarczyk S., *Paradoks różnic minimalnych a nieostrość języka prawnego*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2017, nr 1, s. 90–101.

Piekarczyk S., *Pewność prawa – wartość rozwinięta w dialogu konstytucyjnym a pewność norm ustawy zasadniczej. Rozważania w kontekście praw człowieka* (w:) *Ochrona praw człowieka w wymiarze uniwersalnym. Aksjologia – instytucje – nowe wyzwania – praktyka*, red. J. Jaskiernia, K. Spryszak, t. 1, Toruń 2017, s. 97–113.

Radbruch G., *Filozofia prawa*, przeł. E. Nowak, Warszawa 2009.

Radbruch G., *Pięć minut filozofii prawa* (w:) *Filozofia prawa*, przeł. E. Nowak, Warszawa 2009, s. 241–243.

Radbruch G., *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo* (w:) tegoż, *Filozofia prawa*, przeł. E. Nowak, Warszawa 2009, s. 244–254.

Radziewicz P., *Kontrola konstytucyjności uchwał Sejmu (uwagi na marginesie postanowienia TK w sprawie U 8/15)*, „Państwo i Prawo" 2016, nr 7, s. 45–65.

Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, A. Romaniuk, J. Pasek, Warszawa 2009.

Schambeck H., *Nauka prawa Hansa Kelsena*, przeł. A. Kustra, I. Wróblewska, „Studia Iuridica Toruniensia", t. 8, s. 34–47.

Stelmach J., *Pozytywistyczne mity metody prawniczej*, „Forum Prawnicze" 2012, nr 3 (11), s. 7–14.

Stelzer M., *The Constitution of the Republic of Austria. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland–Oregon 2011.

Święcicka P., *Prawo rzymskie w okresie Renesansu i Baroku. Humanistyczny wymiar europejskiej kultury prawnej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne" 2012, t. 64, z. 1, s. 9–36.

Szutta A., *Obywatelskie nieposłuszeństwo. Próba określenia pojęcia*, Warszawa 2011.

Vall M. du, *Nieposłuszeństwo obywatelskie w XXI wieku* (w:) *Dylematy polskiej demokracji*, red. Ł. Danel, J. Kornaś, Kraków 2012, s. 189–203.

Wilczyńska A., *Wokół definicji cywilnego nieposłuszeństwa* (w:) *W kręgu teorii prawa i zagadnień prawa europejskiego*, red. T. Pietrzykowski, Sosnowiec 2007, s. 133–148.

Zajadło J., *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

Zajadło J., *Nieposłuszeństwo sędziowskie*, „Państwo i Prawo" 2016, nr 1, s. 18–39.

Janusz Roszkiewicz

Prawo *nasciturusa* do życia w prawie konstytucyjnym i prawie międzynarodowym

Janusz Roszkiewicz

Doktorant w Katedrze Prawa Konstytucyjnego w Instytucie Nauk o Państwie i Prawie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Asystent radcy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej.

✉ *jbp.roszkiewicz@gmail.com*

Nasciturus' Right to Life in the Light of Constitutional Law and International Law

Human life in the prenatal phase enjoys legal protection under the constitutional law in Europe, international law and European Union law. The intensity of this protection varies considerably depending on the adopted solutions in the area of abortion, research on embryos and the selection of embryos in the procedure of artificial insemination. In some legal systems the embryo or foetus is recognized as a subject of the right to life equally with a born person, while in other "developing life" is treated as an objective value, which, however, is lower in the hierarchy than the rights of a born citizen. It should be noted that even countries with a very wide access to abortion consider the need to ensure the minimum of legal protection of nasciturus e.g. France, which by ratifying the Oviedo Convention has underwritten the commitment to guarantee respect for the dignity of unborn human beings by on-going scientific research.

Współczesny prawodawca unika jednoznacznego określenia zakresu podmiotowego prawa do życia – rozstrzygnięcia, czy przysługuje ono tylko osobom narodzonym, czy też również osobom nienarodzonym. Prowadzi to do wzrostu roli sądów i doktryny prawa przy ustalaniu treści gwarancji wynikających z prawa do życia, a zwłaszcza przesądzeniu kwestii, czy obejmują one obowiązek ustanowienia generalnego zakazu aborcji oraz innych praktyk zmierzających do unicestwienia embriona lub płodu ludzkiego, na co zwraca uwagę Marek Zubik: „W pluralistycznym światopoglądowo społeczeństwie pewną metodą (niekoniecznie jednak w pełni satysfakcjonującą) jest używanie przez prawodawcę ogólnych i wieloznacznych zwrotów. Prowadzi to jednak w praktyce stosowania tychże przepisów do tego, że ostatecznie sądy muszą interpretować treści konkretnych pojęć. Z kolei te najczęściej unikają zajęcia jedno-

znacznego i jednolitego stanowiska”[1]. Przedmiotem niniejszego artykułu będzie identyfikacja kryteriów ustalania zakresu podmiotowego prawa do życia, streszczenie poglądów doktryny i orzecznictwa na temat prawa do życia w wybranych aktach prawa konstytucyjnego, międzynarodowego i europejskiego oraz podjęcie próby odpowiedzi na pytanie, czy *nasciturus* może zostać uznany w ich świetle za podmiot prawa do życia.

Początek nasciturusa

Nasciturus oznacza dosłownie „mający się urodzić”[2], choć w słownikach zwykło się tłumaczyć to określenie w sposób przyjęty w prawie cywilnym, tj. jako „dziecko jeszcze nieurodzone, które na podstawie ustawy może uzyskać zdolność prawną pod warunkiem, że urodzi się żywe”[3]. Zasadniczo można wyróżnić trzy etapy rozwoju ludzkiego organizmu w prenatalnym okresie życia:

1) okres rozwoju listków zarodkowych (od zapłodnienia do trzeciego tygodnia),
2) okres rozwoju zarodkowego (od czwartego do ósmego tygodnia),
3) okres rozwoju płodowego (od dziewiątego tygodnia do porodu)[4].

Organizm w pierwszych dwóch etapach zwykło określać się embrionem, natomiast w etapie trzecim – płodem. Niekiedy wyróżnia się jeszcze tzw. preembrion, czyli zarodek przed zagnieżdżeniem się w macicy matki[5]. Dla uproszczenia wywodu dalej, mówiąc o *nasciturusie*, będę miał zawsze na myśli nienarodzoną istotę ludzką, bez względu na sposób jej powstania czy etap rozwoju.

Rozróżnienie między preembrionem, embrionem a płodem stanowi podstawę do postawienia tezy o stopniowalności ochrony prawnej *nasciturusa* w zależności od fazy jego rozwoju.

W doktrynie nie ma jednolitego stanowiska co do etapu, od którego *nasciturusowi* przysługuje ochrona prawna. Można wyróżnić następujące punkty zaczepienia:

1) owulacja – wedle pierwszego poglądu już niezapłodnionej komórce jajowej przysługuje przymiot godności ludzkiej, choć jeszcze nie prawo do życia[6];
2) kariogamia – szerzej reprezentowane jest jednak stanowisko wiążące początek życia ludzkiego z momentem zapłodnienia komórki jajowej[7];
3) nidacja – zagnieżdżenie zarodka w macicy (proces zaczyna się 8–10 dnia po zapłodnieniu, a kończy około 14–15 dnia)[8];
4) narodziny[9].

Na etapie owulacji i kariogamii *nasciturus* ma postać preembriona, który z jednej strony cechuje się niepowtarzalnym kodem genetycznym (genomem), a z drugiej – składa się z wielu komórek totipotencjalnych, z których każda może przekształcić się w dowolną tkankę lub komórkę, a nawet w inny zarodek[10].

1 M. Zubik, *Ochrona prawna początku życia człowieka w rozwiązaniach międzynarodowych i konstytucyjnych w Europie*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3, s. 21.

2 W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, wyd. 1 internetowe, http://www.slownik-online.pl/kopalinski/208279CAD7163C68C125659D005E1068.php (dostęp 07.06.2017).

3 *Słownik języka polskiego PWN*, wyd. internetowe, http://sjp.pwn.pl/sjp/nasciturus;2568804.html (07.06.2017).

4 K. Ostrowski, *Embriologia człowieka. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 1985, s. 89.

5 Zob. A. McLaren, *Pre-embryo?*, „Nature” 1978, nr 328, s. 10.

6 Ch. Starck, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen* (w:) *Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages*, t. 1, München 1986, s. 7–58 (w części A).

7 D. Murswiek, *Art. 2* (w:) *Grundgesetz. Kommentar*, Hrsg. M. Sachs, wyd. 3, München 2003, nb. 143, 145; H. Schulze-Fielitz, *Art. 2 Abs. 2* (w:) *Grundgesetz. Kommentar*, Hrsg. H. Dreier, t. 1, wyd. 2, Tübingen, 2004, nb. 29; D. Lorenz (w:) *Handbuch des Staatsrecht*, Hrsg. H. Bethge, t. 6, wyd. 1, Heidelberg 1989, § 128, nb. 12; R. Beckmann, *Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik*, „Medizinrecht” 2001, t. 19, nr 4, s. 169–171; S. Djie, *Präimplantationsdiagnostik aus rechtlicher Sicht*, Shaker Verlag 2001, s. 36.

8 Ch. Starck, *Art. 2 Abs. 2* (w:) H. v. Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, t. 1, wyd. 4, 1999, nb. 176; H. Dreier, *Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2002, z. 9, s. 377.

9 K. G. Wernicke, *Art. 2 Abs. 2* (w:) *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Hrsg. R. Dolzer, K. Vogel, K. Graßhof, pkt I b.

10 Z. Bielańska-Osuchowska, *Embriologia*, Warszawa 2001, s. 349–350.

Najprościej rzecz ujmując, w tym stadium możliwe jest podzielenie się zarodka na dwa odrębne zarodki (bliźniaki). Zdaniem niektórych embriologów w tym stadium „genetycznie niepowtarzalnemu, lecz nie ujednostkowionemu zarodkowi brak jeszcze określonej jednostkowości, niezmiennej ludzkiej tożsamości”[11]. Dopiero po upływie około dwóch tygodni od zapłodnienia, z chwilą zagnieżdżenia w macicy zarodek traci zdolność do dzielenia się, co dla niektórych embriologów stanowi argument za uznaniem nidacji za przełomowy punkt graniczny, ponieważ znamionuje go „początek jednostkowości” – „Kiedy uformuje się smuga pierwotna (charakterystyczne nagromadzenie komórek świadczące o ukształtowaniu się zarodka właściwego – przyp. J.R.), możemy po raz pierwszy rozpoznać i wyznaczyć zarysy odrębnego, spójnego istnienia, jednostki, która przez wzrost i różnicowanie może się przekształcić w dorosłą istotę ludzką”[12]. Mimo tych zastrzeżeń najbliższy jest mi pogląd wiążący początek życia ludzkiego z momentem zapłodnienia, ponieważ to w momencie połączenia się gamety męskiej i żeńskiej „powstaje nowa, centralnie zorganizowana jedność, całkiem różna od struktury plemnika, jaja czy matczynej komórki; ta nowa jednostka ma określony kod genetyczny i duże potencjalne możliwości. Przy założeniu normalnej dostępności pożywienia i sprzyjającego środowiska ta rodzicielska komórka ma zdolność kierowania własnym rozwojem w taki sposób, że ukształtowany zostaje mózg, zdolny do wszystkich tych czynności, o których uważaliśmy, że są charakterystyczne dla istot ludzkich, czynności, które wykonywać może osoba. Zdolności owe istnieją już w materiale genetycznym komórki rodzicielskiej. (…) Zapłodniona komórka jest nową osobą ludzką”[13]. Krótko mówiąc, o człowieczeństwie zarodka decyduje jego genetyczna niepowtarzalność. Potencjalna możliwość podziału zarodka ludzkiego nie stanowi moim zdaniem argumentu za ograniczeniem ochrony prawnej, skoro owocem takiego podziału są inne zarodki ludzkie, a więc potencjalne podmioty prawa.

Reguły ustalania zakresu podmiotowego praw i wolności konstytucyjnych

W dyskusji na temat dopuszczalności uznania *nasciturusa* za podmiot prawa do życia z reguły padają argumenty natury językowej (wskazujące na brak wyraźnej wzmianki o osobach nienarodzonych w przepisach ustanawiających ochronę prawną życia), historycznej (odwołujące się do poglądów uczestników prac nad projektem danego aktu prawnego) lub pozaprawnej (odrzucające tezę o podmiotowości prawnej osób nienarodzonych ze względu na brak konsensusu w naukach przyrodniczych i filozoficznych co do początku życia ludzkiego).

O człowieczeństwie zarodka decyduje jego genetyczna niepowtarzalność. Potencjalna możliwość podziału zarodka ludzkiego nie stanowi argumentu za ograniczeniem ochrony prawnej.

Szczegółowo odniosę się do tej argumentacji w dalszej części artykułu przy omawianiu stanu prawnego na gruncie poszczególnych aktów normatywnych. W tym miejscu chciałbym jedynie zauważyć, że wska-

11 R. O'Rahilly, E. Müller, *Human Embryology and Teratology*, New York 1991, s. 6.

12 A. McLaren, *Where to Draw the Line?*, „Proceedings of the Royal Institution of G.B.” 1984, vol. 56, s. 110–112.

13 T.V. Daly, *The Status of Embryonic Human Life – A Crucial Issue in Genetic Counselling*' (w:) *Health Care Priorities in Australia: Proceedings of the 1985 Annual Conference on Bioethics*, ed. N. Tonti-Filippini, Melbourne 1985, s. 55, 191.

zane kryteria – językowe, historyczne i pozaprawne – mają drugorzędne znaczenie przy ustalaniu zakresu podmiotowego praw i wolności konstytucyjnych.

Ani kryterium językowe czy historyczne, które nigdy nie są decydujące, ani kryterium pozaprawne, które jest arbitralne, nie przesądzają o zakresie podmiotowym żadnego prawa czy wolności. Taki pogląd jest oczywisty w przypadku oceny podmiotowości prawnej osób prawnych, które są uznawane za podmiot określonego prawa bądź wolności, jeśli charakter określonej osoby prawnej odpowiada treści prawa, na które ona się powołuje[14]. Językowe brzmienie przepisu ma w tym przypadku znaczenie drugorzędne – nikt przecież nie kwestionuje prawa osoby prawnej do wolności gospodarczej, opierając się na argumencie z dosłownego brzmienia przepisów Konstytucji RP i umów międzynarodowych, które nie mówią wprost o osobach prawnych. Istnieje bowiem oczywisty związek pomiędzy charakterem osób prawnych jako form organizacyjnych gromadzenia i utrzymywania majątku oraz prowadzenia działalności gospodarczej – a własnością prywatną i wolnością gospodarczą. Z kolei kryterium pozaprawne może mieć znaczenie jedynie w przypadku wyraźnego posłużenia się przez ustawodawcę pojęciem specjalistycznym, wymagającym sięgnięcia do dorobku innych dziedzin nauki.

Z reguły ustawodawca posługuje się jednak pojęciami z języka potocznego, co zmusza interpretatora do sięgnięcia po bardziej użyteczne kryterium oceny. W takiej sytuacji decydujące dla ustalenia zakresu podmiotowego wydaje się kryterium „odpowiedniości" pomiędzy charakterem (treścią) danego prawa a charakterem podmiotu (możliwością skorzystania przez niego z tego prawa).

Dziecko poczęte (preembrion, embrion, płód) jest podmiotem tych praw i wolności, które mogą mieć do niego zastosowanie ze względu na jego charakter jako pewnego bytu.

Moim zdaniem należy konsekwentnie posługiwać się tym samym kryterium przy ocenie podmiotowości prawnej *nasciturusa*. A zatem dziecko poczęte (preembrion, embrion, płód) jest podmiotem tych praw i wolności, które mogą mieć do niego zastosowanie ze względu na jego charakter jako pewnego bytu. Podstawowym przymiotem *nasciturusa* jest istnienie będące konstytutywnym elementem godności ludzkiej[15], a gwarancją zachowania jego istnienia jest konstytucyjne prawo do prawnej ochrony życia, a więc można mówić o odpowiedniości charakteru podmiotu (dziecka poczętego) oraz charakteru prawa. *Nasciturus* posiada zatem na gruncie prawa konstytucyjnego cząstkową zdolność prawną (*partielle Grundrechtsfähigkeit*), co oznacza, że może być podmiotem niektórych praw człowieka, a w szczególności prawa do życia[16].

W związku z powyższym nie ma moim zdaniem podstaw do różnicowania ochrony *nasciturusa* według

14 Zob. B. Banaszak, J. Boć, M. Jabłoński (w:) *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 143. Zob. też: L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 99; J. Trzciński, *Podmiotowy zakres skargi konstytucyjnej* (w:) *Konstytucja. Wybory. Parlament*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 210.

15 L. Bosek, *Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, „Przegląd Sądowy" 2008, nr 1, s. 32–59.

16 Zob. szerzej na ten temat H. Hofmann, *Das Lebenrecht des Nasciturus. Zivilrechtliche Aspekte der Abtreibung* (maszynopis pracy doktorskiej), 6 stycznia 1992, s. 45–59.

kryterium sposobu jego powstania[17] albo kryterium etapu jego rozwoju. Po pierwsze, dla konstytucyjnoprawnej ochrony życia ludzkiego nie ma znaczenia, czy „akt powstania" (*Herstellungsakt*) istoty ludzkiej nastąpił w drodze naturalnego współżycia dwojga ludzi czy w drodze zapłodnienia in vitro[18]. Decydujące znaczenie ma przymiot „istnienia", który można przypisać zarówno embrionowi poczętemu „naturalnie", jak i temu poczętemu „sztucznie". Po drugie, w tym kontekście nie ma również znaczenia etap rozwoju *nasciturusa,* ponieważ od momentu powstania już zawsze będzie „istniał". Co więcej, zasada efektywności prawa konstytucyjnego wymaga objęcia ochroną prawną takiego dobra jak życie ludzkie tak wcześnie, jak to tylko możliwe[19].

Nasciturus posiada na gruncie prawa konstytucyjnego cząstkową zdolność prawną, co oznacza, że może być podmiotem niektórych praw człowieka, a w szczególności prawa do życia.

1. Europejskie standardy konstytucyjne

W większości państw europejskich ustrojodawca posłużył się techniką ogólnego sformułowania prawa do życia w konstytucji poprzez użycie podobnych wariantów formuły „każdemu przysługuje prawo do życia". Jedynie w pięciu krajach – Czechach[20], Słowacji[21], Irlandii[22], Andorze[23] oraz na Węgrzech[24] – przepis gwarantujący prawo do życia został skonkretyzowany wyraźną deklaracją o ochronie od poczęcia. Forma przepisu nie przesądza jednak o jego treści, czego dowodzi przykład Malty, w której obowiązuje całkowity zakaz aborcji, chociaż konstytucja gwarantuje prawo do życia w ogólny sposób[25].

17 Tak – moim zdaniem niesłusznie – M. Hergenden (w:) *Grundgesetz Kommentar*, Hrsg. M. Sachs, München 2003, s. 54.

18 Tak H. Lang, *Art. 2 Abs. 2* (w:) *BeckOK Grundgesetz*, Hrsg. V. Epping, Ch. Hillgruber, wyd. 32, Beck Online, nb. 59.

19 Tamże.

20 Art. 6 ust. 1 Karty podstawowych praw i wolności (integralnej części czeskiej konstytucji): „Każdy ma prawo do życia. Życie człowieka jest godne ochrony jeszcze przed urodzeniem", *Konstytucja Republiki Czeskiej*, przeł. M. Kruk-Jarosz (w:) *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, red. W. Staśkiewicz, Warszawa 2011, s. 207.

21 Art. 15 ust. 1 słowackiej konstytucji: „1. Każdy ma prawo do życia. Życie ludzkie zasługuje na ochronę jeszcze przed narodzeniem" (w:) *Konstytucja Republiki Słowackiej*, przeł. K. Skotnicki (w:) *Konstytucje państw…*, s. 697.

22 Art. 40 ust. 3 irlandzkiej konstytucji: „Państwo uznaje prawo do życia nienarodzonych" (w:) *Konstytucja Irlandii*, przeł. S. Grabowska (w:) *Konstytucje państw…*, s. 395. 25 maja 2018 r. odbyło się referendum ogólnokrajowe, w którym większość głosujących Irlandczyków opowiedziała się za skreśleniem tego przepisu i wprowadzeniem w jego miejsce odesłania do ustawy w zakresie określania przesłanek dopuszczalności aborcji.

23 Art. 8 andorskiej konstytucji: „Konstytucja uznaje prawo do życia oraz w pełni je chroni w różnych jego fazach", *Konstytucja Księstwa Andory*, przeł. M. Bobiński, seria „Konstytucje Świata", Warszawa 2014, s. 88.

24 Art. II węgierskiej konstytucji: „Godność ludzka jest nienaruszalna. Każdy człowiek ma prawo do życia i poszanowania ludzkiej godności; życie zarodka ludzkiego, począwszy od poczęcia, podlega ochronie", *Ustawa zasadnicza Węgier*, przeł. J. Snopek, seria „Konstytucje Świata", Warszawa 2012.

25 Art. 32 maltańskiej konstytucji: „Każdemu, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z poszanowania praw i wolności innych oraz interesu publicznego, przysługują na Malcie podstawowe prawa i wolności jednostki, to znaczy prawo do poszanowania bez względu na rasę, pochodzenie, poglądy polityczne, kolor skóry, wyznanie lub płeć każdego i wszystkich niżej wymienionych dóbr: (a) życia, wolności, bezpieczeństwa osobistego, korzystania z własności i ochrony prawnej…", *Konstytucja Malty*, przeł. J. Winczorek (w:) *Konstytucje państw…*, Warszawa 2011, s. 476.

W orzecznictwie europejskich sądów konstytucyjnych można wyróżnić dwie tendencje w ocenie problemu ochrony życia poczętego. Pierwsza nie uznaje *nasciturusa* za podmiot prawa do życia, ale traktuje życie poczęte jako wartość podlegającą ochronie w ramach zasady godności ludzkiej. Takie stanowisko zajął m.in. włoski Sąd Konstytucyjny w orzeczeniach z dnia 18 lutego 1975 r. (27/1975) i z 10 lutego 1981 r. (26/1981); szwajcarski Trybunał Federalny w orzeczeniu z dnia 22 grudnia 1993 r.[26]; hiszpański Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniach z dnia 11 kwietnia 1985 r. (35/1985), z 19 grudnia 1996 r. (212/1996) i z 7 czerwca 1999 r. (116/1999) oraz francuska Rada Konstytucyjna w decyzjach z dnia 15 stycznia 1975 r. (74-54) i 27 czerwca 2001 r. (2001-446). W świetle tego poglądu *nasciturus* nie jest osobą, dlatego w razie konfliktu pomiędzy jego interesem a prawem matki do życia, prawem do ochrony zdrowia lub innym prawem – pierwszeństwo należy zawsze przyznać prawom matki. Konstytucja dopuszcza więc uśmiercenie *nasciturusa*, ale przesłanki dopuszczalności aborcji czy też niszczenia embrionów poczętych *in vitro* powinny być jasne i uzasadnione – niedozwolone byłoby sformułowanie kryteriów całkowicie arbitralnych, tym bardziej niedopuszczalna byłaby rezygnacja z określenia jakichkolwiek kryteriów. Druga tendencja idzie o krok dalej i kwalifikuje *nasciturusa* jako podmiot konstytucyjnego prawa do życia na równi z człowiekiem już urodzonym. W tym kierunku podążył niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny w Karlsruhe (dalej: FTK), który w orzeczeniu z dnia 2 lutego 1975 r. (1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74)[27] uznał ustawę legalizującą aborcję na żądanie za niezgodną z konstytucyjnym prawem do życia. Trybunał podkreślił wówczas, że godność ludzka przysługuje każdej istocie ludzkiej i „nie jest przy tym decydujące, czy podmiot godności jest świadom jej posiadania i zdaje sobie sprawę z jej ochrony". Warto w tym miejscu zauważyć, że niemiecki ustrojodawca posłużył się wspomnianą wyżej ogólną formułą prawa do życia: „Każdy ma prawo do życia i do nietykalności osobistej"[28]. Dokonując wykładni tego zdania, FTK uznał, że w świetle aktualnej wiedzy medycznej początek życia ludzkiego następuje z chwilą zagnieżdżenia się zarodka w macicy, tj. 14. dnia po poczęciu: „W ten sposób zapoczątkowany proces rozwoju ma charakter ciągły, co oznacza, że wprowadzenie ostrych linii podziału pomiędzy poszczególnymi stadiami rozwoju nie jest możliwe. Ten proces nie kończy się z chwilą narodzin, np. charakterystyczny dla ludzkiej osobowości fenomen samoświadomości pojawia się dopiero po upływie dłuższego czasu od przyjścia na świat. Dlatego też ochrona gwarantowana przez art. 2 ust. 2 zdanie 1 Ustawy Zasadniczej nie może zostać ograniczona ani do osoby »kompletnej« po narodzeniu, ani też do *nasciturusa* zdolnego do samodzielnego przeżycia [poza organizmem matki]. Prawo do życia zostało zagwarantowane każdemu, kto »żyje«; nie można dokonywać rozróżnień pomiędzy pojedynczymi odcinkami rozwoju życia przed narodzeniem, ani też pomiędzy życiem nienarodzonym a narodzonym. Nie można dokonywać żadnych rozróżnień między rozmaitymi stadiami rozwoju życia przed narodzeniem ani też pomiędzy dziećmi narodzonymi a nienarodzonymi. »Każdym« w rozumieniu art. 2 ust. 2 Ustawy Zasadniczej jest »każdy żyjący«, czyli innymi słowy: każda posiadająca życie jednostka ludzka; »każdy« zatem obejmuje nienarodzone istoty ludzkie".

W orzeczeniu z dnia 28 maja 1993 r. (2 BvF 2/90 i 4, 5/92)[29] Trybunał w Karlsruhe zmodyfikował swoje stanowisko. Z jednej strony wyprowadził z konstytucyjnej zasady godności ludzkiej obowiązek ustawodawcy do ochrony życia w fazie prenatalnej, który powinien zostać zrealizowany poprzez ustanowienie generalnego zakazu aborcji. Z drugiej jednak strony FTK stwierdził, że prawo do życia nie podlega absolutnej ochronie i dopuścił – pod pewnymi warunkami – wyjątki od tego zakazu. Usankcjonowało to trwający do dnia dzisiejszego karkołomny stan prawny, w którym formalnemu zakazowi aborcji towarzyszy przywilej niekaralności lekarzy naruszających ten zakaz oraz

26 Brak numeru orzeczenia, zob. *Auszug aus dem Urteil der I.* öffentlichrechtlichen *Abteilung vom 22. Dezember 1993 i.S. L. und Mitbeteiligte gegen Kanton Basel-Stadt (staatsrechtliche Beschwerde)*, BGE 119 IA.

27 Wyrok I Senatu FTK z dnia 25 lutego 1975 r., 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE, 39, 1, 4).

28 Art. 2 ust. 2 zdanie pierwsze Ustawy Zasadniczej RFN (Bundesgesetzblatt, s. 1 z późn. zm.)

29 Wyrok II Senatu FTK z dnia 28 maja 1993, 2 BvF 2/90 i 4, 5/92 (BVerfGE 88, 203).

taki sam przywilej dla matek, przysługujący im pod warunkiem odbycia konsultacji lekarskiej[30].

Podsumowując tę część rozważań, można powiedzieć, że orzecznictwo państw Europy Zachodniej – odwrotnie niż orzecznictwo amerykańskie, z którego wywodzi się konstrukcja „prawa do usunięcia ciąży" – traktuje zakaz aborcji jako zasadę, a sytuacje, w których jest ona dopuszczalna, są skonstruowane w kształcie wyjątków[31].

Orzecznictwo państw Europy Zachodniej traktuje zakaz aborcji jako zasadę, a sytuacje, w których jest ona dopuszczalna, są skonstruowane w kształcie wyjątków.

2. Konstytucja RP

Polski ustrojodawca sformułował prawo do życia w sposób ogólny – zgodnie z art. 38 Konstytucji RP „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia". Przepis nie zawiera definicji legalnej wyrazu „człowiek", co zdaniem części doktryny stanowi świadomy zabieg mający na celu uniknięcie jednoznacznego rozstrzygnięcia kontrowersyjnej kwestii początku życia ludzkiego[32]. Ciężar ustalenia treści pojęcia „człowiek" został więc przesunięty na organy władzy sądowniczej, a zwłaszcza na Trybunał Konstytucyjny.

Punktem wyjścia do rozważań nad statusem *nasciturusa* w polskim porządku konstytucyjnym jest orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96[33], w którym wyprowadził on z zasady demokratycznego państwa prawa obowiązek respektowania przez państwo życia ludzkiego w fazie prenatalnej. Jest to jedyne orzeczenie polskiego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie statusu prawnego nienarodzonej istoty ludzkiej, choć niejedyne w sprawie prawa do życia[34]. Orzeczenie to jest często – i niesłusznie – przywoływane jako koronny argument przemawiający za absolutną ochroną życia poczętego (całkowitym zakazem aborcji)[35]. Tymczasem Trybunał we wspomnianym orzeczeniu

30 § 218a niemieckiego kodeksu karnego (StGB), BGBl. I S. 3322 z późn. zm.

31 Zob. zdanie odrębne L. Garlickiego do orzeczenia TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, nb. 222.

32 Zob.: R. Grabowski, *Spory wokół modelu życia w Konstytucji RP z 1997 r.*, „Przegląd Prawa i Administracji" 2005, t. 68, s. 79 i n.; B. Banaszak, *Art. 38* (w:) tegoż, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis, pkt 1.

33 Cytowane orzeczenia polskiego TK, Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych dostępne są w systemach informacji prawnej – Legalis oraz LEX.

34 Zob. np.: wyrok TK z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98; wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03; wyrok TK z dnia 22 lipca 2008 r., K 24/07; wyrok TK z dnia 30 września 2008 r., K 44/07. Zob. też orzecznictwo SN na temat dopuszczalności kwalifikowania możliwości aborcji w ustawowo określonych okolicznościach jako dobra osobistego, odpowiedź negatywna – uchwała SN z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06; odpowiedź pozytywna: wyroki SN z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03; z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08; z dnia 6 maja 2010 r. II CSK 580/09; uchwała SN z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05.

35 Zob. np. uzasadnienie do obywatelskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 3806/VII kadencja), s. 1; uzasadnienie do obywatelskiego projektu ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 4222/VI kadencja), s. 1 (oznaczona jako s. 5).

wyraźnie zaznaczył, iż „[s]twierdzenie, że życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi wartość konstytucyjną podlegającą ochronie nie oznacza, że intensywność tej ochrony w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach ma być taka sama". Z tego punktu widzenia ochrona życia poczętego może zostać ograniczona, pod warunkiem poszanowania zasady proporcjonalności. Przyczyną zakwestionowania przez Trybunał ustawy wprowadzającej aborcję z tzw. przyczyn społecznych (w razie znalezienia się przez matkę w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej), będącej przedmiotem zaskarżenia, było nieproporcjonalne ograniczenie ochrony prawnej *nasciturusa* przysługującej z mocy konstytucji: „Nie przesądził jednak, czy ludzki zarodek lub płód należy uznać za »osobę« (»każdego«) w rozumieniu podmiotu innych wolności i praw konstytucyjnych"[36]. Innymi słowy, „norma, według której życie ludzkie, w tym życie w fazie prenatalnej, stanowi wartość konstytucyjną, nie przesądza jeszcze kwestii, że w pewnych wyjątkowych sytuacjach ochrona tej wartości może zostać ograniczona lub nawet wyłączona ze względu na konieczność ochrony lub realizacji innych wartości, praw czy wolności konstytucyjnych"[37]. Marek Zubik wzmacnia tę argumentację, odwołując się do formuły „klauzul-barier", która została wykorzystana przez ustrojodawcę przy takich wartościach, prawach i wolnościach jak nienaruszalność godności ludzkiej (art. 30 Konstytucji RP) czy zakaz stosowania kar cielesnych (art. 40 zdanie drugie Konstytucji), ale nie przy prawie do życia (art. 38 Konstytucji), co jego zdaniem świadczy o dopuszczalności wyjątków od prawnej ochrony dziecka poczętego[38]. W literaturze najszerzej reprezentowane jest stanowisko uznające życie ludzkie w fazie prenatalnej za wartość konstytucyjną, której przysługuje słabsza ochrona niż życiu ludzi narodzonych[39]. W myśl tego zapatrywania „*nasciturusowi* nie przysługuje wprawdzie prawo do życia i prawo do ochrony życia jako międzynarodowe i konstytucyjne prawo człowieka, aczkolwiek zasługuje na odpowiednią ochronę przedmiotową (wynikającą z zasady godności ludzkiej – przyp. J.R.)"[40].

Rozróżnienie między prawem do życia a odpowiednią ochroną życia, na którym opiera się powyższa koncepcja, budzi wątpliwości logiczne. Michał Królikowski dopatruje się w takim zapatrywaniu dewitalizacji godności człowieka: „chodzi tutaj o takie zjawisko, które prowadzi do rozszczepienia dwóch pojęć – godności człowieka i prawa do życia. Pierwsze z nich otrzymuje status absolutny, nienaruszalny, niedopuszczający żadnej koncesji. Drugie jest postrzegane jako prawo o wysokiej randze, ale ograniczone podmiotowo (…). Tak znaczna dysharmonia wartościowania godności i życia człowieka jest możliwa tylko wówczas, gdy absolutnie ujmowana godność człowieka staje się abstrakcyjną koncepcją pozbawioną wyraźnie treści, z pewnością zaś nie wyraża się w prawie do życia"[41]. Z kolei Tomasz Sroka zauważa, że brzmienie art. 38 Konstytucji nie daje podstaw do wyodrębnienia dwóch różnych treściowo norm określających odmienne zakresy podmiotowe i przedmiotowe ochrony tej samej wartości konstytucyjnej, jaką jest życie każdego człowieka[42]. Dlatego też zarówno T. Sroka, jak i M. Królikowski uważają, że Konstytucja RP chroni w równym stopniu nienarodzoną istotę ludzką w każdej fazie jej rozwoju[43]. Po-

36 M. Zubik, *Ochrona prawna*…, s. 38.

37 M. Granat, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 6)*, „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 6, s. 144–145.

38 M. Zubik, *Ochrona prawna*…, s. 22.

39 Zob.: zdania odrębne L. Garlickiego i W. Sokolewicza do cytowanego powyżej orzeczenia TK, K 26/96; E. Zielińska, *Konstytucyjna ochrona prawa do życia od momentu poczęcia. Uwagi krytyczne do projektu zmiany art. 38 Konstytucji*, „Państwo i Prawo" 2007, nr 3, s. 5–12; A. Ławniczak, *Art. 38* (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczkowska, Warszawa 2014, LEX, pkt 3; B. Banaszak, M. Jabłoński (w:) *Konstytucje Rzeczypospolitej*…, s. 78; W. Lang, *Glosa do orzeczenia TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96*, „Przegląd Sejmowy" 1997, nr 6, s. 170–171.

40 E. Zielińska, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany art. 38 Konstytucji RP*, „Przed Pierwszym Czytaniem" 2007, nr 3, s. 13.

41 M. Królikowski, *Art. 152* (w:) *Kodeks karny. Część szczególna* (komentarz), red. M. Królikowski, R. Zawłocki, t. 1, *Komentarz do artykułów 117–221*, Warszawa 2017, Legalis, nb. 14.

42 T. Sroka, *Art. 38* (w:) *Konstytucja RP* (komentarz), red. M. Safjan, L. Bosek, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, Legalis, nb. 102.

43 Tamże, Legalis, nb. 101; M. Królikowski, *Art. 152*…, Legalis, nb. 12.

dobne stanowisko zajmują m.in. Leszek Bosek[44], Piotr Radziewicz[45], Andrzej Zoll[46] czy Radosław Krajewski[47].

Niektórzy autorzy jednak nie uznają w ogóle *nasciturusa* za „człowieka" w rozumieniu art. 38 Konstytucji, argumentując, że skoro przepis nie mówi wprost o ochronie osób nienarodzonych, to odnosi się on przede wszystkim do osób narodzonych. Taki punkt widzenia reprezentują m.in. Piotr Winczorek[48] oraz Wiesław Skrzydło[49]. Z kolei Bogusław Banaszak odwołuje się do argumentu z przebiegu prac parlamentarnych nad projektem Konstytucji RP, w trakcie których odrzucono brzmienie przepisu zawierające zwrot o ochronie od momentu poczęcia[50]. W poglądzie tych autorów doszło do odwrócenia zasady *in dubio pro vita humana* na rzecz *in dubio contra vita humana* – wątpliwości co do statusu prawnego *nasciturusa* zostały bowiem przez nich rozstrzygnięte na jego niekorzyść. Już z tego powodu ich stanowisko budzi wątpliwości. Odwołanie się do dosłownego brzmienia przepisu (tj. pominięcia wzmianki o nienarodzonych) jest nieprzekonujące także dlatego, ponieważ, podążając tym tokiem rozumowania, należałoby odmówić jakichkolwiek praw i wolności osobom prawnym, ponieważ przepisy konstytucyjne milczą również o nich. Jak już wspomniałem powyżej, o zakresie podmiotowym prawa lub wolności decyduje przede wszystkim jego treść oraz charakter podmiotu, który miałby się na to prawo lub wolność powołać. Nie do przyjęcia jest też sugestia B. Banaszaka, zgodnie z którą ustrojodawca świadomie zrezygnował z ochrony prawnej *nasciturusa*. Pogłębiona analiza protokołów z posiedzeń Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego wskazuje na to, że ocena treści art. 38 Konstytucji nie była wśród parlamentarzystów jednoznaczna – z jednej strony w 1995 r. faktycznie odrzucono zwrot mówiący o ochronie od poczęcia, z drugiej jednak strony w 1997 r. Marek Borowski – będący autorem art. 38 w aktualnym brzmieniu – w trakcie debaty wyraził przekonanie, że „płód jest naturalnie istotą ludzką", a „Konstytucja RP dostarcza podstaw dla takiej konkluzji"[51]. Poważne wątpliwości budzi domyślne założenie wszystkich trzech autorów, że prawodawca jest władny decydować o tym, komu przysługuje prawo do życia, a komu nie. Źródłem prawa do życia nie jest Konstytucja RP, lecz godność człowieka – zakres podmiotowy tego prawa nie jest więc zależny od woli prawodawcy, nawet konstytucyjnego.

W polskiej doktrynie – inaczej niż za granicą – przedmiotem sporu jest nie tyle sama kwestia ochrony prawnej życia *nasciturusa*, co zakres tej ochrony, a zwłaszcza granice swobody ustawodawcy w określaniu przesłanek dopuszczalności aborcji. Zgodnie z art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (dalej: ustawa o aborcji)[52] – aborcja może być dokonana w przypadku, gdy:

1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej (tzw. przesłanka medyczna),
2) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (przesłanka eugeniczna[53]),

44 L. Bosek, *Opinia prawna na temat struktury normatywnej i konsekwencji prawnych propozycji poprawki do projektu ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przed Pierwszym Czytaniem" 2007, nr 3, s. 78.

45 P. Radziewicz, *Opinia prawna w sprawie propozycji poprawki do projektu ustawy o zmianie Konstytucji (druk sejmowy nr 993), wprowadzającego zmiany w art. 38 Konstytucji*, „Przed Pierwszym Czytaniem" 2007, nr 3, s. 84.

46 A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, „Przed Pierwszym Czytaniem" 2007, nr 3, s. 102–105.

47 R. Krajewski, *Prawne kontrowersje ochrony życia człowieka. Studium z prawa polskiego i prawa kanonicznego*, Płock 2004, s. 9.

48 P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 57.

49 W. Skrzydło, *Art. 38* (w:) tegoż, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.

50 Za przyjęciem normy niezawierającej zwrotu o ochronie życia od poczęcia opowiedziało się 30 spośród 43 głosujących członków Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, „Biuletyn KKZN" 1995, nr 12, s. 92. Zob. B. Banaszak, *Art. 38*…

51 „Biuletyn KKZN" 1997, nr 45, s. 45–46.

52 Dz.U. z 1993 r., nr 17, poz. 78 z późn. zm.

53 Z uwagi na negatywne konotacje związane z pojęciem eugeniki E. Zielińska zaproponowała zastąpienie tego określenia

3) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (przesłanka kryminalna).

W 2008 r. pierwsza przesłanka była przedmiotem zainteresowania Rzecznika Praw Obywatelskich, który rozważał zaskarżenie jej do Trybunału Konstytucyjnego[54]. Zdaniem Rzecznika art. 4a ust. 1 pkt 1 ustawy o aborcji był niezgodny z zasadą poprawnej legislacji wynikającą z art. 2 Konstytucji w zakresie, w jakim posługuje się niedookreślonym zwrotem „zdrowia kobiety": „Arbitralność takiego określenia przesłanki dopuszczalności przerywania ciąży wynika przede wszystkim z tego, że ustawodawca w sposób dowolny zrównał wartość, jakim jest życie płodu, z szeroko pojmowanym zdrowiem kobiety ciężarnej. Ogólne odniesienie się do ochrony zdrowia kobiety ciężarnej, w zderzeniu z życiem płodu niezależnie od stadium jego rozwoju, należy uznać za niedopuszczalne zwłaszcza wówczas, gdy na ich podstawie zezwala się na pozbawienie życia ludzkiego, a więc naruszenie, jak to precyzuje sam ustawodawca w preambule, »fundamentalnego dobra człowieka«"[55]. Warte odnotowania są trzy spostrzeżenia RPO, które do dziś zachowują aktualność: po pierwsze, posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „zdrowie kobiety ciężarnej" wskazuje na dopuszczalność uśmiercenia nienarodzonej istoty ludzkiej nawet w przypadku błahego zagrożenia dla zdrowia; po drugie, mimo tak szeroko zakreślonego kontratypu przyjęto nieograniczony margines czasowy, w którym można dokonać aborcji (a więc nawet w przypadku, gdy płód osiągnie zdolność do samodzielnego przeżycia poza organizmem matki)[56]; po trzecie, ocena wystąpienia tej przesłanki została pozostawiona swobodnej decyzji lekarza, który przeprowadza aborcję, ponieważ ustawa o aborcji nie przewiduje żadnej procedury stwierdzenia zagrożenia dla zdrowia matki[57]. Ostatecznie jednak Trybunał nie miał okazji wypowiedzieć się co do konstytucyjności tego przepisu, ponieważ Rzecznik wycofał się z zamiaru jego zaskarżenia.

Jak dotąd, Trybunał nie oceniał również konstytucyjności przesłanki eugenicznej oraz kryminalnej. Obie natomiast są przedmiotem ożywionej dyskusji w literaturze. I tak przykładowo Włodzimierz Wróbel, uznając za niekonstytucyjną przesłankę eugeniczną[58], wyraził pogląd o konstytucyjności przesłanki pochodzenia ciąży z czynu zabronionego, wychodząc z założenia, że przymuszenie matki do urodzenia dziecka gwałciciela wiązałoby się z nadmiernym cierpieniem i prowadziłoby do naruszenia konstytucyjnego zakazu nieludzkiego traktowania[59].

Nie podzielam tego poglądu. Nawet zakładając, że brak dostępu do aborcji można uznać za nieludzkie traktowanie w rozumieniu art. 40 Konstytucji, to W. Wróbel nie wyjaśnia, w jaki sposób doprowadził do rozstrzygnięcia kolizji pomiędzy prawem poczętego z gwałtu dziecka do ochrony życia a wspomnianym zakazem. Ograniczenie prawa do życia jest dopuszczalne na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, tj. wyłącznie ze względu na bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochronę środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Zakaz nieludzkiego traktowania, na który powołuje się cytowany autor, stanowi źródło praw podmiotowych (np. prawa do godnego odbywania kary pozbawienia wolności[60] lub prawa więźnia do odpowiedniej powierzchni mieszkalnej[61]), a więc mieści się w ostatniej przesłance usprawiedliwiającej ograniczenie praw i wolności, jednak W. Wróbel nie precyzuje, które prawo podmiotowe ma na myśli. Próbą obrony jego stanowiska mogłoby być wyprowadzenie z art. 40

zwrotem „przesłanka teratologiczna" (teratologia to nauka zajmująca się badaniem wad rozwojowych i potworności u ludzi i zwierząt, por. *Słownik języka polskiego PWN*, wyd. internetowe, http://sjp.pwn.pl/sjp/teratologia;2577945.html – dostęp 22.12.2016), zob. E. Zielińska, *Oceny prawnokarne przerywania ciąży. Studium porównawcze*, Warszawa 1986, s. 212–213.

54 Zob. projekt wniosku RPO, https://www.rpo.gov.pl/pliki/1202901674.pdf (dostęp 22.12.2016).

55 Tamże, s. 11.

56 Tamże, s. 12.

57 Tamże, s. 13.

58 W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, „Przed Pierwszym Czytaniem" 2007, nr 3, s. 32.

59 Tamże, s. 33.

60 Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2013 r., I ACa 617/13.

61 N. Pawłowska, *Prawo podmiotowe więźniów do powierzchni mieszkalnej*, „Państwo i Prawo" 2007, nr 6, s. 85.

Konstytucji – co chyba było też *implicite* intencją autora – prawa podmiotowego matki do uśmiercenia dziecka poczętego wskutek czynu zabronionego, co hipotetycznie mieściłoby się już w katalogu z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Taka interpretacja budzi jednak wątpliwości[62]. Po pierwsze, w polskim orzecznictwie jak dotąd nie wyprowadzano prawa podmiotowego do aborcji z art. 40 Konstytucji, więc tego rodzaju teza wymagałaby wyraźnego wyartykułowania w tekście oraz obszernego uzasadnienia. Po drugie, w materiałach prac nad projektem Konstytucji RP nie ma śladu wskazującego na intencję zawarcia w jej art. 40 jakiejś treści światopoglądowej, a zwłaszcza dotyczącej tak kontrowersyjnej materii jak aborcja[63]. Wręcz przeciwnie – zakaz tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania rozumiano tak ściśle, że zdecydowano się go uzupełnić o zakaz kar cielesnych, ponieważ uznano, że nie da się go wywieść z pierwszego zakazu[64]. Po trzecie, także wykładnia językowo-logiczna wyklucza tak szeroką interpretację art. 40 Konstytucji – „nieludzkie traktowanie ma miejsce, gdy sprawca ingeruje w sferę psychicznej lub fizycznej aktywności człowieka w sposób w danych okolicznościach nieuzasadniony"[65]. O ile zbrodnia gwałciciela jest bez wątpienia formą nieludzkiego traktowania, bezprawną ingerencją w fizyczną i psychiczną integralność kobiety, to samo powstrzymanie się państwa od zapewnienia dostępu do aborcji w przypadku poczęcia dziecka wskutek czynu zabronionego taką ingerencją nie jest. Ingerencja polega bowiem na działaniu, a nie na zaniechaniu. Warto też postawić pytanie, czy aborcję jako taką można uznać za „ludzkie" potraktowanie ofiary gwałtu, biorąc pod uwagę ryzyko pogłębienia traumy zgwałconej kobiety, która może być narażona na dodatkowe cierpienie z powodu śmierci swojego – choć poczętego wbrew jej woli – dziecka[66].

Życie ludzkie w fazie prenatalnej jest nie tylko wartością, ale jest objęte ochroną jako prawo podmiotowe, którego ewentualne ograniczenie musi mieć charakter proporcjonalny.

O ile jednak nie można mówić o konsensusie w literaturze i orzecznictwie co do intensywności ochrony życia poczętego w szczególnych okolicznościach i poszczególnych etapach rozwoju, to wprowadzenie aborcji na żądanie jest uznawane przez zdecydowaną większość przedstawicieli nauki za konstytucyjnie niedopuszczalne[67].

62 Co prawda, W. Wróbel w swoich wywodach nie pisze wprost o „prawie do aborcji", ale przeciwstawienie przez niego prawa do życia *nasciturusa* zakazowi nieludzkiego traktowania *implicite* zakłada istnienie prawa matki do aborcji. Z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji tylko w ten sposób można by uzasadnić ograniczenie prawa do życia dziecka poczętego, które skądinąd W. Wróbel sam uznaje. Prawa i wolności konstytucyjne można ograniczać m.in. ze względu na ochronę praw i wolności innych osób, natomiast zakaz tortur z art. 40 sam w sobie nie może być podstawą ograniczenia praw i wolności.

63 Por.: „Biuletyn KKZN" 1995, nr 10, s. 178–179; nr 11, s. 213; nr 15, s. 52.

64 „Biuletyn KKZN" 1995 r., nr 15, s. 54.

65 M. Królikowski, K. Szczucki, *Art. 40* (w:) *Konstytucja RP* (komentarz)…, Legalis, pkt 3.

66 W naukach psychiatrycznych określono to cierpienie mianem „syndromu poaborcyjnego" (*post abortion syndrom*) lub „rozpaczy poaborcyjnej" (*post abortion distress*) – zob. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – Revised* (podręcznik Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego), Washington 1987, s. 250 i n.

67 Tak M. Zubik, *Ochrona prawna*…, s. 43; A. Bałaban, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 1)*, „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 6,

W doktrynie występują również zwolennicy poglądu o pełnej ochronie życia poczętego na gruncie Konstytucji RP. Paweł Sarnecki uznawał każdą przesłankę dopuszczającą aborcję – z wyjątkiem tej dotyczącej zagrożenia życia matki – za niezgodną z art. 31 ust. 3 zdanie drugie Konstytucji: „Z natury rzeczy zanegowanie prawa do życia nie może podlegać »ograniczeniom«, lecz wyłącznie na jego unicestwieniu. »Życie« nie ma swego »rdzenia, jądra« oraz swoich »elementów dodatkowych, otoczki« (…). Art. 31 ust. 3 dopuszcza ograniczenia praw, ale nakazuje przyczyny dopuszczalności, w szczególności te wskazane w opiniowanym projekcie ustawy, nie znajdują, moim zdaniem, podstawy w tekście Konstytucji, który jest jednak tekstem niejako »uciekającym« od rozważanego zagadnienia”[68]. Podobne zapatrywanie zdaje się wyrażać Ch. Starck na tle rozważań o konflikcie między prawem embrionu do życia a wolnością badań naukowych: „»ważenie dóbr« w postaci prawa embrionu do życia i oczekiwanych korzyści z badań z użyciem embrionów dla leczenia chorób i przedłużenia życia jest z góry niedopuszczalne. Tylko w prawo

Każdy wypadek ograniczenia prawnej ochrony życia ludzkiego musi być traktowany jako środek o charakterze *ultima ratio*.

zachowanie ich istoty. Przerwanie ciąży oznacza oczywiście odrzucenie tego nakazu. Właściwym sposobem regulacji problemu aborcji byłoby więc bardziej jednoznaczne »zaczepienie« go w Konstytucji. Skoro jednak mielibyśmy tu do czynienia z przekreśleniem istoty pewnego prawa, tym większa ostrożność winna nami kierować, jeśli miano by uznawać konstytucyjną dopuszczalność aborcji. Unicestwienie prawa do życia dziecka nienarodzonego uzasadnione być może, moim zdaniem, jedynie z uwagi na prawo do życia jego matki (równoważne mu niejako), co znajduje swoją podstawę w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Inne do życia napastnika wolno ingerować w celu obrony przed dokonanym przez niego atakiem. Embrion nikogo nie atakuje”[69].

Uważam, że życie ludzkie w fazie prenatalnej jest nie tylko wartością, ale jest objęte ochroną jako prawo podmiotowe, którego ewentualne ograniczenie musi mieć charakter proporcjonalny. Wprowadzenie wyjątku od prawa do ochrony życia ludzkiego byłoby możliwe wyłącznie w sytuacji, w której jest niewątpliwe, że nie da się ono pogodzić z analogicznymi prawami innych osób. Każdy wypadek ograniczenia prawnej ochrony życia ludzkiego – w stosunku do standardów ogólnych – musi być więc traktowany jako środek o charakterze *ultima ratio*. Moim zdaniem art. 4a ust. 1 ustawy o aborcji jest niezgodny z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Żadna z przesłanek dopuszczalności aborcji wymieniona w tym przepisie nie spełnia wymogów wynikających z zasady proporcjonalności, tj. niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sen-*

s. 114. Podobnie tamże, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 6: M. Masternak-Kubiak, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 3)*, s. 120–121; T. Jasudowicz, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 4)*, s. 127; M. Granat, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 6)*, s. 145; R. Piotrowski, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 8)*, s. 153–156; A. Szmyt, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 9)*, s. 158–159. Inaczej tamże, W. Lang, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 2)*, s. 115–118.

68 P. Sarnecki, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 7)*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 6, s. 152.

69 Ch. Starck, *Wolność badań naukowych i jej granice*, przeł. P. Czarny, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3, s. 55–56.

su stricto. Szczegółowa analiza ich konstytucyjności wykracza jednak poza ramy niniejszego artykułu.

4. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych

W Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych[70] (dalej: Pakt) dla określenia zakresu podmiotowego praw posłużono się trojaką terminologią – „każdy" (*everyone*), „osoba" (*person*) oraz „istota ludzka" (*human being*). Każdemu przysługuje m.in. prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 9 ust. 1) oraz wolność myśli, sumienia i wyznania (art. 18 ust. 1). Osoby są równe przed sądami i trybunałami (art. 14 ust. 1) i wobec prawa (art. 26), a w razie pozbawienia wolności muszą być traktowane humanitarnie (art. 10 ust. 1). Pojęciem istoty ludzkiej posłużono się tylko raz – w art. 6 ust. 1, zgodnie z którym „[k]ażda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia". Ponieważ zgodnie z podstawową regułą wykładni pojęć brzmiących odmiennie nie należy rozumieć jednolicie, lecz odmiennie, wydaje się, że w ramach Paktu przez „istotę ludzką" należy rozumieć każdego człowieka, zarówno narodzonego, jak i nienarodzonego. Taki kierunek wykładni zdaje się potwierdzać art. 6 ust. 5 Paktu, który zakazuje wykonywania wyroków śmierci wobec kobiet ciężarnych. W świetle *travaux préparatoires* celem ust. 5 było „ocalenie życia niewinnego nienarodzonego dziecka"[71]. Treść ust. 5 rzutuje na treść ust. 1 – wydaje się zatem, że *nasciturus* jest podmiotem prawa do życia zagwarantowanego przez art. 6 ust. 1 Paktu.

W polskiej literaturze przedmiotu unika się jednoznacznych wypowiedzi na temat zakresu podmiotowego art. 6 ust. 1 Paktu, zasłaniając się brakiem „definicji takich pojęć jak »życie« czy »śmierć« człowieka" oraz ryzykiem zdominowania „dyskusji przez wpływy światopoglądowe i oceny moralne"[72]. Z kolei w literaturze zagranicznej formułowano co prawda pogląd, że aborcja stanowi naruszenie prawa do życia w rozumieniu Paktu, ale wydaje się on raczej odosobniony[73]. Więcej uwagi poświęca się rzekomemu naruszaniu praw człowieka przez zbyt „restrykcyjne" ustawodawstwo antyaborcyjne[74] – z tego punktu widzenia „aborcje w świetle art. 6 [Paktu] są nie tylko dopuszczalne, ale w pewnych określonych okolicznościach wręcz nakazane"[75]. Także Komitet Praw Człowieka ONZ jak dotąd nie wypowiedział się wprost na temat prawa *nasciturusa* do życia, skupiając się raczej na zagadnieniu dostępu do aborcji[76]. W decyzji *Karen Noella Llantoy Huaman przeciwko Peru* uznał on, że odmowa uśmiercenia płodu cierpiącego na bezmózgowie stanowi naruszenie zakazu okrutnego i nieludzkiego traktowania (art. 7 Paktu), ponieważ powoduje u matki psychiczne cierpienia związane z kontynuacją ciąży oraz śmiercią dziecka krótko po narodzinach[77]. Chociaż kwestia zakresu podmiotowego prawa do życia nie była przedmiotem rozważań Komitetu, to w polskiej literaturze wyrażono pogląd, że z tej decyzji „wyraźnie wynika, że aborcja jako taka nie stoi w sprzeczności z postanowieniami Paktu"[78]. Podobne stanowisko Komitet zajął w uwagach koń-

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

71 *Travaux préparatoires for the International Covenant on Civil and Political Rights*, A/C.3/SR.819, pkt 17 i 33.

72 A. Gliszczyńska-Grabias, *Art. 6* (w:) *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012, s. 157.

73 Por. B. Ramcharan, *The Right to Life* „Netherlands International Law Review" 1983, vol. 30, s. 122.

74 S. Joseph, J. Schultz, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, Oxford 2004, s. 189–191.

75 R. Hofmann, N. Boldt, *Art. 6* (w:) tychże, *Internationaler Bürgerrechtepakt*, wyd. 1, Beck Online 2005, nb. 3.

76 W 2017 r. opublikowano projekt komentarza Komitetu do art. 6, w którym sformułowano pogląd, że dostęp do aborcji eugenicznej oraz dostęp do aborcji z przyczyn kryminalnych chroni prawo do życia ciężarnych kobiet. Zob. projekt, General comment No. 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life (Revised draft prepared by the Rapporteur), pkt 9, a także liczne opinie i komentarze państw, organizacji pozarządowych oraz przedstawicieli nauki: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GC36-Article6Righttolife.aspx (dostęp 29.03.2018).

77 Decyzja Komitetu Praw Człowieka ONZ z dnia 24 października 2005 r. w sprawie *Karen Noella Llantoy Huaman przeciwko Peru*, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003.

78 J. Kondratiewa-Bryzik, *Sprawa K. L. v. Peru przed Komitetem Praw Człowieka ONZ, 3 stycznia 2008 r.*, „Prawo i Medycyna",

cowych do sprawozdania Polski za lata 2008–2015 z realizacji postanowień Paktu, wzywając polskie władze do „zagwarantowania kobietom skutecznego dostępu do bezpiecznej legalnej aborcji w całym kraju[79]. Użyteczność orzecznictwa Komitetu dla rozwiązania problemów interpretacyjnych związanych z art. 6 ust. 1 Paktu jest jednak niewielka, ponieważ w ogóle nie uzasadnia on swojego stanowiska, ani nawet nie wskazuje podstawy prawnej dla formułowania prawa do tzw. legalnej aborcji.

5. Konwencja o prawach dziecka

Konwencja ONZ o prawach dziecka[80] jest jedną z niewielu umów międzynarodowych, która wprost odnosi się do statusu prawnego *nasciturusa*. Zgodnie z dziewiątym umocowaniem preambuły do tej konwencji, które odwołuje się do Deklaracji praw dziecka, „dziecko, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu". Definicja legalna dziecka z art. 1 konwencji została sformułowana już dwuznacznie: „W rozumieniu niniejszej konwencji »dziecko« oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletniość". Relacja pomiędzy umocowaniem dziewiątym do preambuły a art. 1 konwencji nie jest jasna. Według większościowego poglądu występującego w doktrynie wzmianka o ochronie prawnej dziecka nienarodzonego na równi z dzieckiem narodzonym ma jedynie charakter postulatu, którego realizacja należy do swobodnej decyzji państw-stron[81]. Ma to wynikać z niewiążącego charakteru preambuły. Adam Łopatka traktuje umocowanie dziewiąte jako formę kompromisu przyjętego pomiędzy tymi państwami, w których aborcja była legalna, oraz państwami, w których została ona zakazana: „Zawarta w konwencji definicja dziecka, tym co tego chcą, nie uniemożliwia przyjmować, że dziecko zaczyna się z chwilą urodzenia. Podobnie nie uniemożliwia ona przyjmować, tym co tego chcą, że dziecko zaczyna się w momencie poczęcia. Stwarza ona też możliwość przyjęcia, że płód staje się dzieckiem w pewnym momencie ciąży. Propozycja Malty, aby zapisać, że dzieckiem jest »każda istota ludzka od jej poczęcia« nie zyskała uznania (…). Aby jednak umożliwić, tym co tego chcą, przyjęcie poglądu, że dziecko zaczyna istnieć w chwili poczęcia, do preambuły konwencji wprowadzono cytat z Deklaracji praw dziecka (1959), że dziecko potrzebuje odpowiedniej ochrony przed, jak i po urodzeniu. Słowo »odpowiedniej« wskazuje, że o tym, jaka ochrona jest odpowiednia, decyduje zainteresowane państwo"[82]. W konsekwencji to „państwo, które ratyfikuje konwencję, decyduje o tym, od jakiego momentu istota ludzka jest dzieckiem, z tym jednak, że na pewno nie może to być moment późniejszy, niż chwila odłączenia dziecka od organizmu matki. Państwo ma też prawo rozstrzygać, jaka ochrona prawna jest dla danego okresu rozwoju dziecka nienarodzonego »odpowiednia«, tzn. które z praw dziecka przewidzianych w konwencji w danym momencie istocie ludzkiej nienarodzonej przysługują. O tym więc, czy istocie ludzkiej przed urodzeniem się przysługuje prawo do życia i przeżycia, i czy życie to musi być przez nie bezwarunkowo chronione, decyduje państwo-strona konwencji"[83]. Autor uzasadnia swoje stanowisko wykładnią historyczną art. 1 konwencji, odwołując się do przebiegu prac przygotowawczych, w trakcie których przedstawiciele Norwegii, Holandii, Indii, Chin, Związku Socjalistycznych Republik Sowieckich, Danii, Australii, Szwecji, Niemieckiej Republiki Demokratycznej oraz Kanady wyrazili

3 stycznia 2008, wyd. internetowe, http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=67 (dostęp 29.12.2016).

79 *Uwagi końcowe dotyczące siódmego sprawozdania okresowego Rzeczypospolitej Polskiej* (polskie tłumaczenie robocze), https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/CCPR_C_POL_CO_7_25815%20-%20pol%20-2.pdf (dostęp 17.06.2017), pkt 24.

80 Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r., nr 120, poz. 526).

81 G. van Bueren, *The International Law of the Child*, Dordrecht–Boston–London 1995, s. 33; B. Gronowska (w:) *O prawach dziecka*, red. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1994, s. 14; M. Kozakiewicz, *Pojęcie dziecka* (w:) *Konwencja o prawach dziecka a prawo polskie*, red. A. Łopatka, Warszawa 1991, s. 9.

82 A. Łopatka, *Kto jest dzieckiem?* (w:) *Konwencja o prawach*…, s. 18.

83 Tamże, s. 19.

sprzeciw wobec propozycji poprawek delegacji Republiki Federalnej Niemiec oraz Filipin dotyczących wprowadzenia do preambuły wyraźnej wzmianki o ochronie prawnej życia od poczęcia. Część z tych państw wyraziła przekonanie, że „dziecko nie jest osobą w sensie dosłownym, której prawa mogłyby być chronione”[84].

Według poglądu mniejszościowego preambuła ma charakter wiążący i decyduje o zakresie podmiotowym prawa do życia zagwarantowanego w art. 6 ust. 1 konwencji[85]. Zwolennicy tego stanowiska odwołują się do art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów[86], zgodnie z którym umowę międzynarodową należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście (ust. 1), a kontekst obejmuje m.in. tekst umowy, w skład której wchodzi również preambuła i załączniki (ust. 2). Jeśli więc preambuła mówi o ochronie prawnej dziecka „zarówno przed, jak i po urodzeniu”, to „dzieckiem” w rozumieniu konwencji jest istota ludzka od momentu poczęcia do ukończenia 18. roku życia.

Bliższe jest mi drugie stanowisko. Po pierwsze, prawo umów międzynarodowych – skodyfikowane w jednym akcie prawnym, tj. w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów – jednoznacznie wskazuje na preambułę jako jedną z dyrektyw interpretacyjnych do umowy międzynarodowej, mającą pierwszeństwo przed dyrektywami wynikającymi z protokołów z prac przygotowawczych (por. art. 31 i art. 32 konwencji wiedeńskiej). Po drugie, pogląd o niewiążącym, pozbawionym znaczenia charakterze preambuły jest sprzeczny z podstawową regułą wykładni, zgodnie z którą nie wolno interpretować tekstu prawnego w taki sposób, że jego fragmenty stają się zbędne. Po trzecie, nie bez znaczenia jest zdefiniowanie dziecka w art. 1 konwencji jako „istoty ludzkiej” (*human being*) w wieku poniżej 18. roku życia, a nie jako „osoby”, co wydaje się sugerować, że dzieckiem jest również *nasciturus*. *Last but not least*, trafnie zauważa M. Piechowiak, że „[s]koro niedojrzałość nie tylko nie jest racją traktowania dziecka jak »mniej-człowieka«, ale jest racją szczególnej troski, to jest to dodatkowy argument na rzecz tezy, że posiadanie godności i podstawowych praw jest niezależne od dojrzałości bytu ludzkiego, jego zdolności fizycznych czy umysłowych”[87]. Jak zostało to już wspomniane, system praw człowieka opiera się na założeniu, że prawo jedynie poświadcza istnienie podstawowych praw i wolności człowieka, natomiast ich nie kreuje, ponieważ ich źródłem jest nienaruszalna godność ludzka. Etap rozwoju człowieka nie może stanowić kryterium decydującego o ochronie prawnej jego życia.

6. Europejska konwencja praw człowieka

Zgodnie z art. 2 ust. 1 zdanie pierwsze europejskiej konwencji praw człowieka[88] (dalej: EKPC) „Prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę” (*Everyone's right to life shall be protected by law*). Artykuł 2 EKPC, podobnie jak analogiczne przepisy Powszechnej deklaracji praw człowieka, Paktu oraz Konwencji o prawach dziecka, nie odnosi się wprost do nienarodzonej istoty ludzkiej. W doktrynie zwraca się niekiedy uwagę na kontekst podpisywania EKPC, który może mieć duże znaczenie dla interpretacji jej art. 2 – w 1950 r. niemal we wszystkich państwach-stronach obowiązywały przepisy całkowicie zakazujące aborcji z wyjątkiem przypadku zagrożenia życia matki[89]. Na tym tle kluczowe jest pytanie, czy pojęcie „każdy” (*everyone*) obejmuje również dzieci poczęte.

84 „It was also pointed out by some delegations that an unborn child is not literally a person whose rights could already be protected”, zob. http://uvallsc.s3.amazonaws.com/travaux/s3fs-public/E-CN_4-1989-48.pdf?null (dostęp 30.12.2016), § 36, s. 10.

85 Zob. np. R. Joseph, *Human Rights and the Unborn Child*, Leiden–Boston 2009, s. 121–123 oraz P.W. Smits, *The Right to Life of the Unborn Child in International Documents. Decisions and Opinions*, Bedum 1995, s. 48–51.

86 Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990 r., nr 74, poz. 439).

87 M. Piechowiak, *Preambuła* (w:) *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, red. T. Smyczyński, Poznań 1999, s. 18.

88 Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284).

89 Pośrednio wspomina o tym Europejska Komisja Praw Człowieka w decyzji z dnia 13 maja 1980 r. w sprawie *Paton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 3 Eur. H.R. Rep. 408, § 20.

Jeśli państwa-strony przez „każdego" rozumiały również *nasciturusa*, to odmówienie mu ochrony ze względu na współczesne okoliczności nie byłoby już tylko *interpretacją*, lecz niedopuszczalną *rewizją* art. 2[90].

Za szeroką interpretacją pojęcia „każdy" przemawia przebieg prac nad projektem konwencji o prawach człowieka, w trakcie których wyraźnie odrzucono propozycje sformułowania zakresu podmiotowego prawa do życia za pomocą formuł o węższym znaczeniu, tj. „każda osoba" (*each person*) „wszystkie jednostki" (*all individuals*)[91]. Co ważne, żadne państwo-strona nie zgłosiło zastrzeżenia o dopuszczalności legalizacji aborcji w trybie przewidzianym w art. 64 EKPC[92].

Nie bez znaczenia jest argument natury językowej. W autentycznej francuskiej wersji językowej tej konwencji również posłużono się sformułowaniem o szerszym znaczeniu – *toute personne* („ktoś", „każdy") zamiast *homme* („człowiek"). W niemieckim tłumaczeniu w art. 2 mówi się z kolei o *Mensch* („człowieku"), podobnie jak w tłumaczeniu polskim (zob. wyżej) – należy jednak przy tym pamiętać, że tylko wersja angielska i francuska mają walor autentyczności[93]. Co ciekawe, posłużenie się przez niemieckiego oraz polskiego tłumacza wyrażeniem o węższym znaczeniu nie stanęło na przeszkodzie utrwaleniu się linii orzeczniczej w obydwu krajach, w myśl której „człowiekiem" w rozumieniu przepisów konstytucyjnych i międzynarodowych jest również nienarodzona istota ludzka (o czym była już mowa powyżej).

Argumentem na rzecz rozszerzającej wykładni art. 2 EKPC jest także „klasowy" (*class*) charakter prawa do życia. Pewne prawa i wolności ze względu na swoją istotę mają generalny, a nie indywidualny charakter, co oznacza, że przysługują one nie tyle konkretnym jednostkom, co gatunkowi ludzkiemu jako takiemu. *Nasciturus* na każdym etapie rozwoju bez wątpienia przynależy zaś do gatunku ludzkiego[94].

W literaturze jednak jest silnie reprezentowane stanowisko, że tekst EKPC nie daje wyraźnej odpowiedzi na trudne moralnie pytania o początek życia ludzkiego oraz dopuszczalność aborcji[95]. Zwraca się przy tym uwagę, że w orzecznictwie strasburskim unikano jak dotąd osądzania konkretnych rozwiązań przyjętych w krajowych porządkach prawnych[96].

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: ETPC) brak jednoznacznego stanowiska na temat podmiotowości prawnej dziecka poczętego. W sprawie *Vo przeciwko Francji* Trybunał zaznaczył, że dziecko poczęte nie jest „wprost" chronione przez art. 2 EKPC[97]. Z uwagi na brak konsensusu w Europie co do tej kwestii, „rozwiązanie problemu, kiedy następuje początek życia, pozostaje w sferze marginesu swobody, który generalnie

90 K. Freeman, *The Unborn Child and the European Convention on Human Rights: To Whom Does Everyone's Right to Life Belong?*, „Emory International Law Review" 1994, vol. 8, nr 2, s. 647–648.

91 *Collected Edition on the „Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights* 78–80, vol. 6, Hague 1985, s. 200, 240; *Collected Edition on the „Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights* 8–16, 258, vol. 1, Hague 1975, s. 182.

92 Zob. *Reservations and Declarations for Treaty No.005 – Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005/declarations (dostęp 24.05.2017).

93 Na ten niuans zwracają też w komentarzu do art. 2 EKPC uwagę Ch. Grabenwater, K. Pabel, *Art. 2* (w:) *Europäische Menschenrechtskonvention*, Hrsg. Ch. Grabenwater, K. Pabel, wyd. 6, Beck Online 2016, nb. 1.

94 K. Freeman, *The Unborn Child*…, s. 650–651.

95 J. Meyer-Ladewig, B. Huber, *Art. 2* (w:) *Europäische Menschenrechtskonvention*, Hrsg. J. Meyer-Ladewig, M. Nettesheim, S. von Raumer, wyd. 4, Beck Online 2017, nb. 3; B. Valerius, *Art. 2* (w:) *Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra*, Hrsg. J.-P. Graf, Beck Online; C. Ovey, R. White, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Oxford 2002, s. 53–54; A.H. Robertson, J.G. Merrills, *Human Rights in Europe. A study of the European Convention on Human Rights*, Manchester 1993, s. 33–34; L. Garlicki, *Art. 2* (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, red. tegoż, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, Legalis, nb. 8.

96 K. Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, wyd. 4, London 2011, s. 269–270.

97 Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie *Vo przeciwko Francji*, § 80. Wszystkie orzeczenia Europejskiej Komisji Praw Człowieka oraz ETPC są dostępne w internetowej bazie HUDOC, hudoc.echr.coe.int.

przysługuje w tej sferze państwom członkowskim”[98]. „W najlepszym razie – dodał Trybunał – można mówić o zgodności państw co do tego, że embrion/płód przynależy do rodzaju ludzkiego”. Tym niemniej „potencjał tej istoty i jej zdolność do stania się osobą” z pewnością „wymaga ochrony w imię godności ludzkiej, co nie czyni jej jednak »osobą« mającą »prawo do życia« w rozumieniu artykułu 2”[99].

Z kolei w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ETPC wyraźnie wyłączył embriony ludzkie pozostające poza łonem matki spod ochrony art. 2 EKPC[100]. W starszym orzecznictwie – jeszcze Komisji Praw Człowieka – widoczna była tendencja do uznawania ograniczonej ochrony życia poczętego. W sprawach *X. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*[101] oraz *H. przeciwko Norwegii*[102] Komisja stwierdziła wprost, że art. 2 EKPC nie przyznaje płodom bezwzględnego prawa do życia, ale jednocześnie – wyraźnie unikając tego wątku – nie wykluczyła alternatywnej interpretacji przewidującej słabszą, ale jednak istniejącą ochronę prawną *nasciturusa*. Nie była jednak pod tym względem konsekwentna – w sprawie *Paton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*[103] Komisja stwierdziła, że pojęcie „każdy” (*everyone*) z art. 2 EKPC nie odnosi się do *nasciturusa*. Linia orzecznicza Trybunału waha się więc między poglądem o ochronie *nasciturusa* jako podmiotu godności ludzkiej, choć nie prawa do życia (*Vo przeciwko Francji*), a poglądem o braku jakiejkolwiek ochrony (*Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*). W przypadku sprawy *Evans* wydaje się, że Trybunał sympatyzuje z wyżej opisaną koncepcją rozróżniającą między *nasciturusem* a *pronasciturusem*, a więc między istotą rozwijającą się w łonie matki a embrionem „w probówce”. Jak już wspominałem powyżej, charakter aktu powstania człowieka nie powinien mieć znaczenia dla ochrony jego życia, ponieważ bez względu na to, czy do poczęcia doszło w sposób „naturalny”, czy „sztuczny”, to „efekt” pozostaje ten sam – powstaje istota ludzka wyposażona w jedyny i niepowtarzalny kod genetyczny. Mimo to z punktu widzenia orzecznictwa strasburskiego „interesy prawne dziecka są ledwie dopuszczone jako hipoteza, co uzasadnia tezę o ich »podporządkowanym« [prawom matki] statusie”[104].

Stanowisko w tych sprawach zawsze opierało się na koncepcji marginesu swobody legislacyjnej państw-stron, do której Trybunał odwołuje się w sprawach, w których odmawia ustalenia minimalnego poziomu ochrony interesów chronionych przez EKPC[105]. Podstawą zawężenia zakresu podmiotowego art. 2 EKPC jest brak konsensusu w Europie co do takich kwestii jak sposób regulacji zapłodnienia pozaustrojowego[106], prawna i naukowa definicja życia ludzkiego[107] oraz natura i status embriona lub płodu[108].

Taka wykładnia zakresu podmiotowego prawa do życia odbiega od orzecznictwa europejskich sądów konstytucyjnych, które są zgodne co do potrzeby zagwarantowania *nasciturusowi* minimalnego standardu ochrony, chociaż różnią się co do tego, co powinno obejmować to minimum. Nie kwestionując dopuszczalności posługiwania się wykładnią EKPC z odwołaniem się do konsensusu w Europie co do zasady, mam wątpliwości, czy może ona mieć zastosowanie co do kwestii tak fundamentalnej jak ochrona życia ludzkiego. Życie stanowi podstawowy przymiot egzystencji, bez którego niemożliwe jest korzystanie z jakichkolwiek praw i wolności, więc to przede wszystkim ochrona życia ludzkiego powinna mieć absolutny lub prawie absolutny charakter[109]. Tymczasem Trybunał w Strasburgu pozostawił uznaniu państw-stron nie

98 *Vo przeciwko Francji*, § 82. Zob. też decyzję Komisji z dnia 30 listopada 1994 r. w sprawie *Reeve przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, HUDOC.

99 *Vo przeciwko Francji*, § 84.

100 Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r. w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 56 i 81.

101 Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 15 maja 1980 r. w sprawie *X. przeciwko Wielkiej Brytanii*.

102 Decyzja Komisji Praw Człowieka z dnia 19 maja 1992 r. w sprawie *H. przeciwko Norwegii*.

103 Decyzja Komisji z dnia 13 maja 1980 r. w sprawie *Paton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

104 I.C. Kamiński, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 20 marca 2007 r., 5410/03*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 4, s. 41–46.

105 L. Bosek, *Medycznie wspomagana prokreacja* (w:) *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, red. M. Safjan, Warszawa 2011, s. 125.

106 *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 81.

107 *Vo przeciwko Francji*, § 82.

108 Tamże, § 84.

109 Czy też być traktowane jako „prawo najwyższe” – zob. Komentarz ogólny Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 6 z 30 kwiet-

tylko kwestię początku życia ludzkiego, ale również kwestię jego końca[110]. Uznanie problemu początku i końca życia ludzkiego za kwestię mieszczącą się w granicach marginesu swobody prawodawców krajowych jest równoznaczne z upoważnieniem państw-stron do określania podmiotowych granic również innych praw i wolności. Z takim stanowiskiem wiąże się moim zdaniem ryzyko postępującej relatywizacji ochrony życia ludzkiego i w konsekwencji – osłabienia ochrony innych praw i wolności konwencyjnych, takich jak wolność osobista czy własność.

pretację wszystkich postanowień tej konwencji, a nie tylko tych, co do których istnieje europejski konsensus. Odmawianie przez Trybunał ustalenia minimalnego standardu ochrony z uwagi na brak europejskiego konsensusu kłóci się z zasadą uniwersalizmu, zgodnie z którą EKPC określa powszechnie obowiązujące minimalne standardy ochrony praw człowieka[112]. Pod tym względem jako „konstytucyjny instrument europejskiego porządku publicznego"[113] pełni ona podobną funkcję w europejskim porządku prawnym co konstytucja w porządku krajowym – ma wyznaczać

Uznanie problemu początku i końca życia ludzkiego za kwestię mieszczącą się w granicach marginesu swobody prawodawców krajowych jest równoznaczne z upoważnieniem państw-stron do określania podmiotowych granic również innych praw i wolności. Z takim stanowiskiem wiąże się ryzyko postępującej relatywizacji ochrony życia ludzkiego.

Pozostawienie państwom-stronom autonomii w określaniu zakresu podmiotowego ochrony życia ludzkiego kłóci się też z samą koncepcją marginesu swobody, która z założenia miała się odnosić wyłącznie do praw i wolności ograniczonych w ich uniwersalnej treści, natomiast nie miała mieć zastosowania do praw o absolutnym bądź prawie absolutnym charakterze[111]. Rezygnacja z określenia zakresu podmiotowego art. 2 EKPC wydaje się też niedopuszczalna z punktu widzenia art. 32 ust. 1 EKPC, który wyraźnie powierza Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka intergranice swobody prawodawców krajowych.

Słabość „argumentu z braku konsensusu" w przypadku interpretacji art. 2 EKPC została dostrzeżona w zdaniach odrębnych do wyroku w sprawie *Vo przeciwko Francji*. Według sędziów Jean-Paula Costa i Kristaq'a Traja niezdolność osiągnięcia konsensusu co do definicji życia ludzkiego nie stoi na przeszkodzie zdefiniowaniu tego pojęcia przez prawo: „Do zadań prawników, a zwłaszcza sędziów, w szczególności sędziów praw człowieka należy identyfikacja pojęć (…). Dlaczego Trybunał miałby nie potraktować pojęć »każdego« i »prawa do życia« (których Europejska konwencja praw człowieka nie definiuje) w taki sam sposób, w jaki potraktował pojęcia »praw

nia 1982 r., http://www.refworld.org/docid/45388400a.html (dostęp 07.06.2017).

110 Zob. np. wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 5 czerwca 2015 r. w sprawie *Lambert i inni przeciwko Francji*, § 144.

111 Zob. L. Garlicki, *Art. 1* (w:) *Konwencja o Ochronie…*, Legalis, nb. 18.

112 Tamże, nb. 15.

113 Wyrok ETPC z dnia 23 marca 1995 r. w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji*, § 75.

i obowiązków o charakterze cywilnym«, »oskarżenia w wytoczonej sprawie karnej« i »trybunałów«, nawet jeśli wiązałyby się one z pojęciami filozoficznymi, a nie technicznymi?"[114] Brak konsensusu w Europie co do znaczenia określonego pojęcia prawnego nie stanowi podstawy do rezygnacji ze sformułowania definicji tego pojęcia. Zdaniem sędziów Costa i Traja życie przed narodzeniem mieści się w pojęciu życia ludzkiego w rozumieniu art. 2 EKPC[115]. Bardziej dosadnie postawił sprawę sędzia Georg Ress: „Nie może być marginesu swobody co do zakresu zastosowania artykułu 2. Moim zdaniem, margines swobody może zostać pozostawiony przy określaniu środków podejmowanych dla realizacji pozytywnych obowiązków wynikających z zastosowania artykułu 2, natomiast nie jest możliwe ograniczenie zakresu zastosowania artykułu 2 poprzez odwołanie się do marginesu swobody"[116]. Innymi słowy, państwa-strony mogą dysponować pewną swobodą w decydowaniu o sposobach ochrony życia ludzkiego, natomiast nie mogą decydować, komu ta ochrona przysługuje, a komu nie – zakres podmiotowy art. 2 EKPC znajduje się poza autonomią legislacyjną państw-stron. Sędzia Ress wyraził też przekonanie, że prawo do życia wyrażone w art. 2 EKPC przysługuje również dzieciom poczętym. Powołał się przy tym na art. 31 ust. 1 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, zgodnie z którym pojęcia używane w umowach międzynarodowych należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle ich przedmiotu i celu: „Historycznie rzecz biorąc, prawnicy rozumieli pojęcie »każdego« (*toute personne*) jako obejmujące istotę ludzką przed urodzeniem, a także przede wszystkim pojęcie »życia« jako obejmujące całokształt życia ludzkiego od chwili poczęcia, co wiąże się z uznaniem narodzin jako etapu w rozwoju, który zaczyna się od momentu wyodrębnienia się niezależnego bytu i trwa do jego śmierci"[117]. W podobnym tonie wypowiedzieli się również sędziowie Antonella Mularoni oraz Viera Strážnická, które zwróciły uwagę, że samo istnienie ustawodawstwa regulującego przesłanki dopuszczalności aborcji wskazuje na istnienie konsensusu wśród państw-stron co do tego, że życie *nasciturusa* powinno podlegać ochronie prawnej. Przesłanki dopuszczalności aborcji stanowią w tym kontekście wyjątki od reguły, która nakazuje chronić życie przed urodzeniem[118].

Podzielam spostrzeżenia sędziów wyrażone w wyżej opisanych zdaniach odrębnych, choć najbliżej jest mi do stanowiska sędziego Ressa. Zakres podmiotowy prawa do życia nie może być określany swobodnie przez państwa-strony. Problem ten ma znaczenie nie tylko dla oceny dopuszczalności aborcji, ale również dla innych wyzwań, przed którymi staje współczesna cywilizacja związana z rozwojem biomedycyny. Europejski Trybunał Praw Człowieka nie udziela na te wyzwania satysfakcjonującej odpowiedzi[119].

7. Konwencja biomedyczna z Oviedo

Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny[120] (dalej: konwencja biomedyczna lub z Oviedo) wniosła do międzynarodowego porządku prawnego nowatorskie rozwiązania: „jest to bowiem jedyna, jak dotychczas, próba określenia zasad podstawowych w obszarze tak szerokim, obejmującym zarówno klasyczne problemy biomedycyny (uczestnictwo w interwencji medycznej, sposoby ochrony interesów jednostki), jak i wprost odnoszące się do nowoczesnej biotechnologii (eksperymenty medyczne, testy i in-

114 Zdanie odrębne sędziów Jean-Paul Costa i Kristaq Traja do wyroku ETPC w sprawie *Vo przeciwko Francji*, § 7.

115 Tamże, § 16.

116 Zdanie odrębne sędziego Georga Ressa do wyroku ETPC w sprawie *Vo przeciwko Francji*, § 8.

117 Tamże, § 4.

118 Zdanie odrębne sędziów Antonelli Mularoni oraz Viery Strážnickiej do wyroku ETPC w sprawie *Vo przeciwko Francji* (bez podziału na paragrafy).

119 Zob. krytycznie na temat powściągliwości ETPC w sprawie *Vo przeciwko Francji* na temat statusu płodu ludzkiego, J. Pichon, *Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France*, „German Law Journal" 2006, vol. 07, nr 4, s. 433–444.

120 Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny zawarta 4 kwietnia 1997 r. w Oviedo. Według stanu na dzień 20 grudnia 2016 r. podpisało ją 35 państw, z czego 29 ją ratyfikowało.

terwencje genetyczne, zabiegi transplantacyjne)"[121]. W literaturze zagranicznej konwencja z Oviedo jest postrzegana jako „kodeks minimalnych wymagań" wiążących państwa-strony, które mogą jednak w ramach swoich porządków krajowych zaprowadzić wyższe standardy[122].

W konwencji z Oviedo, podobnie jak w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, wprowadzono rozróżnienie pomiędzy „istotą ludzką" a „każdym" lub „osobą", które z pewnością nie jest przypadkowe. Zabieg ten można traktować jako próbę kompromisu w kwestii ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej – wobec braku konsensusu w Europie co do znaczenia słowa „każdy" (*everyone*) pozostawiono doprecyzowanie jego treści państwom-stronom: „W ten sposób prawo krajowe może uściślić znaczenie pojęcia »każdy« i ewentualnie spowodować nieco odmienny standard ochrony prawnej w zakresie podmiotowym"[123]. Konwencja nie definiuje też pojęcia „istota ludzka", ale w świetle oficjalnego sprawozdania wyjaśniającego – przez pojęcie „osoba" należy rozumieć człowieka narodzonego, natomiast istota ludzka podlega ochronie od momentu, gdy zaczyna się życie ludzkie (*as soon as life began*)[124].

Dobrą stroną takiego rozwiązania jest „ustanowienie minimalnych wspólnych standardów ochrony w państwach, które przystąpiły do konwencji", tj. objęcie ochroną prawa „każdego przedstawiciela gatunku ludzkiego od momentu, gdy tylko jego życie w sensie biologicznym się zaczyna"[125]. W przypadku *nasciturusa* to minimum obejmuje poszanowanie jego godności (art. 1 *in principio* konwencji biomedycznej), prymat jego interesu i dobra nad wyłącznym interesem społeczeństwa lub nauki (art. 2 tej konwencji), ograniczenie swobody dokonywania interwencji wobec genomu (art. 13), zakaz wykorzystywania technik medycznych wspomaganej prokreacji w celu wyboru płci dziecka (art. 14), nakaz zapewnienia odpowiedniej ochrony prawnej embrionom poczętym *in vitro* i zakaz tworzenia embrionów do celów naukowych (art. 18), zakaz handlu embrionami ludzkimi (art. 21)[126], a także wynikający *implicite* z tych postanowień obowiązek określenia definicji legalnej embriona w ramach prawa krajowego[127]. W przypadku człowieka narodzonego minimalny standard ochrony jest wyższy i oprócz wymienionych powyżej gwarancji obejmuje on m.in. prawo do poszanowania integralności oraz innych podstawowych praw i wolności (art. 1 *in fine*), zakaz dokonywania interwencji medycznych z przyczyn nieterapeutycznych wobec osób niezdolnych do wyrażenia zgody (*a contrario* z art. 6 ust. 1) i zakaz dyskryminacji ze względu na dziedzictwo genetyczne (art. 11).

Podstawowe pytanie brzmi, czy przez minimalną ochronę prawną należy rozumieć zagwarantowanie *nasciturusowi* prawa do życia, skoro konwencja biomedyczna wyłącza istoty ludzkie spod ochrony integralności oraz innych podstawowych praw i wolności (*a contrario* z art. 1). Zważywszy na brzmienie art. 1 konwencji z Oviedo oraz na to, że prawo do życia jest

121 M. Safjan, *Konwencja Bioetyczna – jej znaczenie dla kształtowania standardu prawnego* (w:) *Zastosowanie biologii w medycynie a godność osoby ludzkiej. Aspekty etyczne i prawne*, red. T. Mazurczak, Warszawa 2003, s. 31.

122 E. Doppelfeld, *Entstehungsgeschichte und Regelungsgehalt* (w:) *Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?=The Convention on Human Rights and Biomedicine of the Council of Europe – a suitable model for world-wide regulation?*, Hrsg. J. Taupitz, Berlin 2002, s. 26.

123 A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Art. 3* (w:) *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, Legalis, nb. 4.

124 *Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, Oviedo, 4.IV.1997, https://rm.coe.int/16800ccde5 (dostęp 17.06.2017), pkt 18–19, s. 4.

125 A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Art. 3*…

126 Zgodnie z art. 21 konwencji biomedycznej ciało ludzkie i jego części nie mogą same w sobie stanowić źródła zysku. Moim zdaniem przepis ten nie tylko zakazuje handlu ludzkimi zwłokami oraz organami, ale stoi też na przeszkodzie handlowi embrionami, np. w ramach praktyki macierzyństwa zastępczego. Zob. Ł. Żukowski, *Problemy prawne i etyczne umów o macierzyństwo zastępcze – uwagi na tle rozwiązań przyjętych w Izraelu* (w:) *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, red. A. Tabor i in., Wrocław 2013, s. 317.

127 E. Sarnacka, *Ochrona genomu ludzkiego* (w:) *Temida w dobie rewolucji biotechnologicznej*, red. O. Nawrot, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Gdańsk 2015, s. 193 i n.

prawem podstawowym, wydaje się, że prawodawca w tym przypadku świadomie zrezygnował z ochrony życia w fazie prenatalnej – z jednym wyjątkiem przewidzianym w art. 18 ust. 1 konwencji biomedycznej, który formułuje obowiązek zapewnienia „odpowiedniej" ochrony prawnej embrionom poczętym poza organizmem matki, tj. *in vitro*; „odpowiedniość" w tym przypadku powinna oznaczać co najmniej ochronę ich życia[128].

Taki też był chyba cel posłużenia się pojęciami osoby, której przysługują prawa, oraz istoty, która może liczyć – jedynie – na ochronę godności. Przy takim rozróżnieniu istota ludzka jest podmiotem godności ludzkiej jako byt przynależny do rodzaju ludzkiego, ale zasadniczo nie jest podmiotem prawa do życia, które przysługuje tylko osobom. Konwencja biomedyczna nie przesądza więc o dopuszczalności bądź niedopuszczalności aborcji, pozostawiając w tym względzie swobodę państwom-stronom[129].

Takie rozwiązanie może prowadzić do arbitralności w określaniu granic ochrony życia ludzkiego, a „interpretacja tego, kto jest osobą, pozostaje deklaratywna. Opiera się bądź na określonym momencie morfogenezy, bądź na zespole cech stanowiących ekspresję rozumności i wolności. Można wówczas wskazać na istoty ludzkie, które nie są osobami, ponieważ nie rozwinęły jeszcze określonych cech, nie mogą ich rozwinąć lub na skutek wieku i chorób uległy one zanikowi"[130].

To, że każdemu człowiekowi przysługuje prawo do ochrony prawnej życia, wynika z prawa naturalnego, co prawo międzynarodowe i krajowe jedynie poświadcza. Jeśli *nasciturusowi* przysługuje prawo do ochrony prawnej życia, to powinno ono wynikać również z prawa naturalnego, a nie z decyzji prawodawcy.

Innymi słowy, uznanie, że ustawodawca krajowy ma władzę decydowania, kto jest osobą, czyli zasługuje na pełną ochronę prawną, a kto istotą ludzką zasługującą na ochronę cząstkową, jest *de facto* równoznaczne z uznaniem, że to prawo pozytywne określa, kto jest człowiekiem. Takie postawienie sprawy kłóci się zaś z fundamentalnym założeniem zachodniego systemu praw człowieka, zgodnie z którym ustawodawca nie kreuje praw człowieka, lecz jedynie deklaruje ich poszanowanie. Źródłem praw człowieka nie jest konstytucja, ustawa ani umowa międzynarodowa, lecz godność ludzka, która pozostaje wartością absolutną (nienaruszalną) i suprakonstytucyjną – istniejącą ponad wszelkim porządkiem prawnym[131].

To, że każdemu człowiekowi przysługuje prawo do ochrony prawnej życia, wynika z prawa naturalnego,

128 Zob. jednak krytyczne uwagi L. Boska, który art. 18 konwencji z Oviedo uznaje za „pusty treściowo" ze względu na odesłanie do prawa krajowego – L. Bosek, *Badania biomedyczne a Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie* (w:) *Badania naukowe w świetle etyki i prawa*, red. T. Stawecki, E. Podrez, Warszawa 2012, s. 235.

129 D. Karkowska, *Europejska konwencja bioetyczna* (w:) tejże, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, rozdz. II, *Prawo jako narzędzie międzynarodowej polityki zdrowotnej*, s. 74–77.

130 Tamże.

131 L. Garlicki, *Polskie prawo…*, s. 91; zob. też wyrok TK z dnia 15 listopada 2000 r., P 12/99.

co prawo międzynarodowe i krajowe jedynie poświadcza. Jeśli *nasciturusowi* przysługuje prawo do ochrony prawnej życia, to powinno ono wynikać również z prawa naturalnego, a nie z decyzji prawodawcy.

Doceniając intencję autorów konwencji biomedycznej, którym zależało na uniknięciu sporów światopoglądowych pomiędzy państwami w celu uzgodnienia powszechnego minimalnego standardu ochrony dla istoty ludzkiej w fazie prenatalnej, nie można jednak nie dostrzegać poważnej niespójności rozwiązania przyjętego w art. 1 tej konwencji, w którym wyraźnie oderwano ochronę godności ludzkiej od poszanowania integralności oraz innych podstawowych praw i wolności. W tym miejscu należy wyrazić wątpliwość, czy państwa, w których aborcja jest legalna, mogą wywiązać się z obowiązku ochrony godności *nasciturusa* w inny sposób niż poprzez ochronę jego integralności oraz innych podstawowych praw i wolności. Sami autorzy konwencji z Oviedo zdają się temu przeczyć, zapewniając *nasciturusowi* ochronę przed różnymi formami ingerencji właśnie w jego integralność, np. przed arbitralnymi ingerencjami w genom.

Pomimo powyższych zastrzeżeń nie można zaprzeczyć, że konwencja z Oviedo stanowi jedyny akt prawa międzynarodowego, który podejmuje próbę utworzenia ram prawnych dla szybkiego i w dużym stopniu niekontrolowanego postępu naukowego w dziedzinie biologii i medycyny.

8. Karta praw podstawowych Unii Europejskiej

W systemie prawnym Unii Europejskiej najważniejszym aktem gwarantującym prawa i wolności jest Karta praw podstawowych UE[132]. Dla rozważań nad statusem prawnym *nasciturusa* szczególne znaczenie mają:

- art. 1: „Godność człowieka jest nienaruszalna. Musi być szanowana i chroniona";
- art. 2 ust. 1: „Każdy ma prawo do życia";
- art. 3 ust. 1: „Każdy ma prawo do poszanowania jego integralności fizycznej i psychicznej";
- art. 3 ust. 2 lit. b): „W dziedzinach medycyny i biologii muszą być szanowane w szczególności: (…) zakaz praktyk eugenicznych, w szczególności tych, których celem jest selekcja osób";
- art. 3 ust. 2 lit. d): „(…) zakaz reprodukcyjnego klonowania istot ludzkich".

Sposób sformułowania pierwszych dwóch przepisów nie różni się znacząco od brzmienia podobnych przepisów zawartych w innych umowach międzynarodowych. Różni się natomiast kontekst systemowy, w jakim osadzony jest art. 1 oraz art. 2 ust. 1 karty, tj. ich umiejscowienie przed art. 3, który formułuje dość szczegółowe wymagania dotyczące poszanowania integralności fizycznej i psychicznej człowieka w biologii i medycynie. Ten ostatni przepis został ustanowiony z myślą o wykorzystaniu niektórych rozwiązań przyjętych w konwencji z Oviedo[133], co upoważnia do wykorzystania tej konwencji jako źródła wskazówek pomocnych w interpretacji ww. postanowień Karty praw podstawowych UE.

Jeśli zatem art. 1 karty mówi, że ochronie podlega godność „człowieka", to wątpliwości co do znaczenia tego pojęcia należy w moim przekonaniu rozstrzygać w duchu art. 1 konwencji z Oviedo, który traktuje *nasciturusa* jako podmiot godności ludzkiej. W literaturze niemieckiej sformułowano oryginalną linię argumentacyjną uzasadniającą rozszerzającą wykładnię zakresu podmiotowego godności ludzkiej, która składa się z czterech argumentów, tj. z rodzaju ludzkiego (*Speziesargument*), kontynuacji (*Kontinuumsargument*), tożsamości (*Identitätsargument*) oraz potencjalności (*Potentialitätsargument*), łącznie określanych jako *SKIP-Argumente*. Opierają się one na następującym rozumowaniu:

1) argument z rodzaju (*Spezies*): a) każdy członek rodzaju ludzkiego ma (przyrodzoną) godność, b) każdy embrion ludzki należy do rodzaju ludzkiego, a zatem c) każdy embrion ludzki ma godność;
2) argument z kontynuacji (*Kontinuum*): a) każda istota ludzka, która ma pewne właściwości lub zdolności, ma godność, b) każdy embrion ludzki staje się (rozwija się) w normalnych warunkach, stopniowo (*kontinuierlich*) i bez moralnie relewantnych etapów istotą ludzką, która ma pewne

132 Dz.Urz. UE, C 83/02 z 30.3.2010.

133 *Text of the explanations relating to the complete text of the Charter as set out in CHARTE 4487/00 CONVENT 50*, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_en.pdf (dostęp 17.06.2017), s. 5.

właściwości lub zdolności (np. autonomię jako zdolność do wyznaczania celów, wolność, zdolności poznawcze, samoświadomość, preferencje, interesy), a zatem c) każdy embrion ludzki ma godność;

3) argument z tożsamości (*Identität*): a) każda istota ludzka, która ma pewne właściwości lub zdolności, ma godność, b) dorośli ludzie, którzy mają pewne właściwości lub zdolności, są pod względem moralnym tożsami z embrionami ludzkimi, c) każdy embrion ludzki ma godność;
4) argument z potencjalności (*Potentialität*): a) każda istota, która potencjalnie posiada pewne właściwości lub zdolności, ma godność, b) każdy embrion ludzki jest istotą, która potencjalnie ma pewne właściwości lub zdolności, a zatem c) każdy embrion ludzki ma godność[134].

Jeśli chodzi więc o art. 1 karty, należy się zgodzić z L. Boskiem, zdaniem którego „na gruncie Karty godność człowieka jest cechą normatywną związaną z biologiczną egzystencją istoty ludzkiej, a więc życiem ludzkim, także w okresie prenatalnym"[135]. Wydaje się, że to samo można powiedzieć o art. 2 karty, tj. życie człowieka jest cechą związaną z biologiczno-fizyczną egzystencją istoty ludzkiej[136].

W literaturze niemieckiej zastanawiano się nad możliwością wykorzystania orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego na temat statusu dziecka poczętego (zob. omówienie odpowiednich orzeczeń powyżej) do wykładni art. 1 karty. Uznano, że wykorzystanie dorobku FTK na forum europejskim byłoby możliwe jedynie w oparciu o wspólne wartości państw należących do UE. Tymczasem w kwestii nienarodzonego życia ludzkiego nie ma zgodnego stanowiska w Unii, a więc można mówić o „heterogeniczności" krajów europejskich w tej materii[137].

Karta praw podstawowych, inaczej niż konwencja biomedyczna, nie wprowadza zróżnicowanego standardu ochrony życia dla ludzi narodzonych i nienarodzonych. Jak słusznie oceniają Andrzej Wróbel oraz Ireneusz C. Kamiński, „podmiotem prawa do życia jest (każdy) człowiek rozumiany jako żyjąca istota ludzka. Ponieważ życie stanowi w istocie pewien stan fizjologiczno-biologiczny, nie mają prawnego znaczenia zdolności psychiczne i intelektualne człowieka, jego zdolność do komunikowania się z innymi, inteligencja emocjonalna, pełnosprawność itd."[138] Życie ludzkie podlega zatem ochronie jako dobro samo w sobie, a nie jako nośnik jakichś pośrednich cech, takich jak samoświadomość, zdolność przeżywania emocji czy możność odczuwania bólu. To, że *nasciturus* nie posiada świadomości, nie przeżywa emocji, a w początkowych etapach rozwoju nie odczuwa bólu, nie przeczy faktowi, że żyje. Skoro zaś żyje, to jego życie podlega ochronie prawnej – wszelkie wątpliwości co do zakresu tej ochrony należy zaś rozstrzygać na korzyść *nasciturusa*, ponieważ „prawo do życia, ściśle związane z godnością osoby ludzkiej i stanowiące warunek korzystania z innych praw oraz wolności, musi pozostać zasadą, a wszelkie wyjątki od zakazu pozbawiania życia należy poddać ścisłej i niezwykle rygorystycznej wykładni"[139]. Brak dosłownej wzmianki o ludziach nienarodzonych w art. 2 karty w żadnym wypadku nie oznacza pozbawienia ochrony *nasciturusa* – jak była już o tym mowa powyżej, decydujące dla określenia zakresu podmiotowego prawa lub wolności jest nie kryterium językowe, lecz kryterium „odpowiedniości" treści danego prawa oraz charakteru podmiotu, któremu miałoby ono przysługiwać. Treścią prawa do życia jest ochrona przed wszelkimi działaniami i zaniechaniami, które zmierzają do unicestwienia istoty ludzkiej, natomiast embrion/płód charakteryzuje się przymiotem istnienia, którego zachowanie

134 G. Damschen, D. Schonecker, *Argumente und Probleme in der Embryonendebatte – ein Überblick* (w:) *Der moralische Status menschlicher Embryonen*, Hrsg. G. Damschen, D. Schonecker, Berlin 2002, s. 2–5, cyt. za: A. Wróbel, *Art. 1* (w:) *Karta Praw…*, nb. 46.

135 L. Bosek, *Ochrona godności człowieka w prawie Unii Europejskiej a konstytucyjne granice przekazywania kompetencji państwa*, „Przegląd Sejmowy" 2008, nr 2, s. 69.

136 H. Jarass, *Art. 2* (w:) tegoż, *Charta der Grundrechte der EU. Kommentar*, wyd. 3, Beck Online 2016, nb. 5.

137 Ch. Callies, *Art. 1* (w:) *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, Hrsg. Ch. Calliess, M. Ruffert, wyd. 5, Beck Online 2016, nb. 14.

138 A. Wróbel, I.C. Kamiński, *Art. 2* (w:) *Karta Praw…*, nb. 11.

139 Tamże, nb. 2.

jest niezbędne dla rozwinięcia się w istotę zdolną do przeżycia poza organizmem matki.

Odrębną kwestią jest problematyka dopuszczalności przerywania ciąży w świetle art. 2 Karty praw podstawowych UE. Komentując ten artykuł, A. Wróbel oraz I.C. Kamiński zdają się delikatnie sugerować, że aborcja ze względów społecznych, a zwłaszcza aborcja na żądanie byłaby niezgodna z art. 2 karty: „Można bowiem argumentować, że w ostatniej z sytuacji nie dochodzi w ogóle do jakiegokolwiek ważenia (a tym bardziej równoważenia) interesów kobiety (matki) i płodu, a w przypadku aborcji uzasadnianej racjami społecznymi te racje są niewspółmierne wobec interesów płodu”[140].

Wspomniani autorzy nie mają jednak zastrzeżeń co do dopuszczalności aborcji w celu uchylenia zagrożenia dla życia i zdrowia kobiety, motywując to „istotnymi interesami kobiety”. Wyrażają też pogląd, że brak dostępu do tzw. legalnej aborcji w przypadku poważnego i nieodwracalnego upośledzenia płodu oraz w przypadku pochodzenia ciąży z gwałtu stanowi nieludzkie traktowanie zabronione na mocy art. 4 karty. Pogląd ten nie został szerzej uzasadniony – autorzy powołali się jedynie na decyzję Komitetu Praw Człowieka ONZ w sprawie *Karen Noella Llantoy Huamán przeciwko Peru*, która dotyczyła odmowy aborcji w przypadku zdiagnozowania bezmózgowia dziecka niedającego mu szansy na przeżycie poza organizmem matki, natomiast w ogóle nie odnosiła się do kwestii aborcji z przyczyny eugenicznej lub kryminalnej. W orzecznictwie międzynarodowym unika się tak daleko idącej interpretacji zakazu nieludzkiego traktowania, czego przykładem jest wyrok w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce*, w którym Europejski Trybunał Praw Człowieka odmówił uznania uniemożliwienia dostępu do aborcji za nieludzkie lub poniżające traktowanie[141]. Również w literaturze przedmiotu analiza treści koncentruje się na zagadnieniach związanych z bezpośrednim naruszeniem integralności cielesnej lub fizycznej[142]. Wydaje się więc, że w obecnym stanie prawnym nie ma podstaw do wywodzenia z zakazu nieludzkiego lub poniżającego traktowania prawa podmiotowego do aborcji z przyczyny eugenicznej lub kryminalnej.

Nawet w państwach o bardzo szerokim dostępie do aborcji uznaje się potrzebę zapewnienia minimalnej ochrony prawnej nasciturusowi, czego przykładem jest Francja, która dokonując ratyfikacji konwencji z Oviedo zaciągnęła zobowiązanie do ustanowienia gwarancji poszanowania godności nienarodzonych istot ludzkich przy prowadzonych badaniach naukowych.

Podsumowanie

Życie ludzkie w fazie prenatalnej stanowi dobro prawne podlegające ochronie konstytucji państw europejskich, prawa międzynarodowego oraz prawa

140 Tamże, nb, 21.

141 Wyrok ETPC z dnia 20 marca 2007 r. w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce*, § 66.

142 L. Garlicki, *Art. 3* (w:) *Konwencja o Ochronie…*; J. Sobczak, *Art. 4* (w:) *Karta Praw…*

Unii Europejskiej. Intensywność tej ochrony różni się znacznie w zależności od przyjmowanych rozwiązań w dziedzinie aborcji, badań na embrionach oraz selekcji zarodków w ramach procedury sztucznego zapłodnienia. W niektórych systemach prawnych embrion lub płód jest uznawany za podmiot prawa do życia na równi z narodzonym człowiekiem, natomiast w innych „powstające życie" traktuje się jako pewną obiektywną wartość, która jednak stoi niżej w hierarchii niż prawa i interesy człowieka narodzonego. Należy podkreślić, że nawet w państwach o bardzo szerokim dostępie do aborcji uznaje się potrzebę zapewnienia minimalnej ochrony prawnej *nasciturusowi*, czego przykładem jest Francja, która dokonując ratyfikacji konwencji z Oviedo zaciągnęła zobowiązanie do ustanowienia gwarancji poszanowania godności nienarodzonych istot ludzkich przy prowadzonych badaniach naukowych.

Zakres podmiotowy prawa do życia w prawie konstytucyjnym i międzynarodowym jest z reguły formułowany ogólnie, w sposób utrudniający jednoznaczne rozstrzygnięcie, czy *nasciturusowi* przysługuje prawo do życia. W konsekwencji w orzecznictwie sądów konstytucyjnych oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dominuje pogląd o „podporządkowanym" statusie nienarodzonej istoty ludzkiej wobec człowieka narodzonego, opierający się na założeniu, że brak definicji legalnej człowieka oraz życia ludzkiego nakazuje powściągliwość w tej materii. Wydaje się jednak, że wykorzystując podstawowe reguły wykładni, można odkodować z ogólnych formuł precyzyjne normy określające status prawny *nasciturusa*. W moim przekonaniu zakres podmiotowy prawa do życia należy ustalać w sposób analogiczny do zakresu podmiotowego innych praw i wolności, przyjęty w odniesieniu do osób prawnych, tj. poprzez zestawienie treści danego prawa podmiotowego z charakterem podmiotu, który miałby z tego prawa skorzystać. Treść prawa do życia rozumianego jako wolność od wszelkich działań i zaniechań zmierzających do unicestwienia człowieka odpowiada charakterowi embriona oraz płodu ludzkiego, których podstawowym przymiotem jest właśnie życie (istnienie). Z tego powodu uważam, że *nasciturus* posiada na gruncie prawa międzynarodowego i konstytucyjnego cząstkową zdolność prawną i w związku z tym jest podmiotem prawa do życia.

Bibliografia

Bałaban A., *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 1)*, „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 6, s. 113–114.

Banaszak B., *Art. 38* (w:) tegoż, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis, pkt 1.

Beckmann R., *Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnosti,* „Medizinrecht" 2001, t. 19, nr 4, s. 169–177.

Bielańska-Osuchowska Z., *Embriologia*, Warszawa 2001.

Bosek L., *Badania biomedyczne a Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie* (w:) *Badania naukowe w świetle etyki i prawa*, red. T. Stawecki, E. Podrez, Warszawa 2012, s. 230–241.

Bosek L., *Ochrona godności człowieka w prawie Unii Europejskiej a konstytucyjne granice przekazywania kompetencji państwa*, „Przegląd Sejmowy" 2008, nr 2, s. 61–92.

Bosek L., *Opinia prawna na temat struktury normatywnej i konsekwencji prawnych propozycji poprawki do projektu ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* „Przed Pierwszym Czytaniem" 2007, nr 3, *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, s. 75–81.

Bosek L., *Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich* „Przegląd Sądowy" 2008, nr 1, s. 32–59.

Bueren G. van, *The International Law of the Child*, Dordrecht–Boston–London 1995.

Callies Ch., *Art. 1* (w:), *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, Hrsg. Ch. Calliess, M. Ruffert, wyd. 5, Beck Online 2016, nb. 14.

Daly T.V., *The Status of Embryonic Human Life – A Crucial Issue in Genetic Counselling'* (w:) *Health Care Priorities in Australia: Proceedings of the 1985 Annual Conference on Bioethics*, ed. N. Tonti-Filippini, Melbourne 1985, s. 55–195.

Damschen G., Schonecker D., *Argumente und Probleme in der Embryonendebatte – ein Überblick* (w:) *Der moralische Status menschlicher Embryonen*, Hrsg. G. Damschen, D. Schonecker, Berlin 2002, s. 1–10.

Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – Revised (podręcznik Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego), Washington 1987.

Djie S., *Präimplantationsdiagnostik aus rechtlicher Sicht*, Shaker Verlag 2001.

Doppelfeld E., *Entstehungsgeschichte und Regelungsgehalt* (w:) *Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?=The Convention on Human Rights and Biomedicine of the Council*

of Europe – a suitable model for world-wide regulation?, Hrsg. J. Taupitz, Berlin 2002, s. 15–27.

Dreier H., *Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes*, „Zeitschrift für Rechtspolitik" 2002, z. 9, s. 377–383.

Freeman K., *The Unborn Child and the European Convention on Human Rights: To Whom Does Everyone's Right to Life Belong?*, „Emory International Law Review" 1994, vol. 8, nr 2, s. 615–665.

Garlicki L., *Art. 1* (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. tenże, Warszawa 2010, Legalis, nb. 15, 18.

Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2014.

Gliszczyńska-Grabias A., *Art. 6* (w:) *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012, s. 99–167.

Grabenwater Ch., Pabel K., *Art. 2* (w:) *Europäische Menschenrechtskonvention*, Hrsg. Ch. Grabenwater, K. Pabel, wyd. 6, Beck Online 2016, nb. 1.

Grabowski R., *Spory wokół modelu życia w Konstytucji RP z 1997 r.*, „Przegląd Prawa i Administracji" 2005, t. 68, s. 79–102.

Granat M., *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 6)*, „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 6, s. 139–148.

Gronowska B., Jasudowicz T., Mik C., *O prawach dziecka*, Toruń 1994.

Hergenden M. (w:) *Grundgesetz Kommentar*, Hrsg. M. Sachs, wyd. 3, München 2003.

Hofmann H., *Das Lebenrecht des Nasciturus. Zivilrechtliche Aspekte der Abtreibung* (maszynopis pracy doktorskiej), 6 stycznia 1992.

Hofmann R., Boldt N., *Art. 6* (w:) tychże, *Internationaler Bürgerrechtepakt*, wyd. 1, Beck Online 2005, nb. 3.

Jarass H., *Art. 2* (w:) tegoż, *Charta der Grundrechte der EU. Kommentar*, wyd. 3, Beck Online 2016, nb. 5.

Jasudowicz T., *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 4)*, „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 6, s. 121–134.

Joseph R., *Human Rights and the Unborn Child*, Leiden–Boston 2009.

Joseph S., Schultz J., Castan M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, Oxford 2004.

Kamiński I.C., *Glosa do wyroku ETPC z dnia 20 marca 2007 r., 5410/03*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2008, nr 4, s. 41–46.

Karkowska D., *Europejska konwencja bioetyczna* (w:) tejże, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, rozdz. II *Prawo jako narzędzie międzynarodowej polityki zdrowotnej*, s. 74–77.

Kondratiewa-Bryzik J., *Sprawa K. L. v. Peru przed Komitetem Praw Człowieka ONZ*, „Prawo i Medycyna", 3 stycznia 2008, wyd. internetowe, http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=67 (dostęp 29.12.2016).

Konstytucja Księstwa Andory, przeł. M. Bobiński, seria „Konstytucje Świata", Warszawa 2014. s. 81–138.

Konstytucja Malty, przeł. Winczorek J. (w:) *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, red. W. Staśkiewicz, Warszawa 2011, s. 473–518.

Konstytucja Republiki Czeskiej, przeł. M. Kruk-Jarosz (w:) *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, red. W. Staśkiewicz, Warszawa 2011, s. 193–212.

Konstytucja Republiki Irlandii, przeł. S. Grabowska (w:) *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, red. W. Staśkiewicz, Warszawa 2011, s. 395–417.

Konstytucja Republiki Słowackiej, przeł. K. Skotnicki (w:) *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, red. W. Staśkiewicz, Warszawa 2011, s. 695–723.

Konstytucja. Wybory. Parlament, red. L. Garlicki, Warszawa 2000.

Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku, red. J. Boć, Wrocław 1998.

Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia, red. T. Smyczyński, Poznań 1999.

Konwencja o prawach dziecka a prawo polskie, red. A. Łopatka, Warszawa 1991.

Kopaliński W., *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, wyd. 1 internetowe, http://www.slownik-online.pl/kopalinski/208279CAD7163C68C125659D005E1068.php (dostęp 07.06.2017).

Krajewski R., *Prawne kontrowersje ochrony życia człowieka. Studium z prawa polskiego i prawa kanonicznego*, Płock 2004.

Królikowski M., *Art. 152* (w:) *Kodeks karny. Część szczególna* (komentarz), red. M. Królikowski, R. Zawłocki, t. 1, *Komentarz do artykułów 117–221*, Warszawa 2017, Legalis, nb. 14.

Królikowski M., Szczucki K., *Art. 40* (w:) *Konstytucja RP* (komentarz), red. M. Safjan, L. Bosek, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, Legalis, pkt 3.

Lang H., *Art. 2 Abs. 2* (w:) *BeckOK Grundgesetz*, Hrsg. V. Epping, Ch. Hillgruber, wyd. 32, Beck Online, nb. 59.

Lang W., *Glosa do orzeczenia TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96*, „Przegląd Sejmowy" 1997, nr 6, s. 170–171.

Lang W., *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 2)* „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 6, s. 115–118.

Lorenz D. (w:) *Handbuch des Staatsrecht*, Hrsg. H. Bethge, t. 6, wyd. 1, Heidelberg 1989, § 128, nb. 12.

Ławniczak A., *Art. 38* (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczkowska, Warszawa 2014, LEX, pkt 3.

Masternak-Kubiak M., *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 3)*, „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 6, s. 118–121.

McLaren A., *Pre-embryo?*, „Nature" 1987, nr 328, s. 10.

McLaren A., *Where to Draw the Line?*, „Proceedings of the Royal Institution of G.B" 1984, vol. 56, s. 101–121.

Meyer-Ladewig J., Huber B., *Art. 2* (w:) *Europäische Menschenrechtskonvention*, Hrsg. J. Meyer-Ladewig, M. Nettesheim, S. von Raumer, wyd. 4, Beck Online 2017, nb. 3.

Murswiek D., *Art. 2* (w:) *Grundgesetz. Kommentar*, Hrsg. M. Sachs, wyd. 3, München 2003, nb. 143, 145.

O'Rahilly R., Müller E., *Human Embryology and Teratology*, New York 1991.

Ostrowski K., *Embriologia człowieka. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 1985.

Ovey C., White R., *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Oxford 2002.

Pawłowska N., *Prawo podmiotowe więźniów do powierzchni mieszkalnej*, „Państwo i Prawo" 2007, nr 6, s. 76–89.

Pichon J., *Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France*, „German Law Journal" 2006, vol. 07, nr 4, s. 433–444.

Piotrowski R., *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 8)*, „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 6, s. 153–155.

Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami, red. M. Safjan, Warszawa 2011.

Radziewicz P., *Opinia prawna w sprawie propozycji poprawki do projektu ustawy o zmianie Konstytucji (druk sejmowy nr 993), wprowadzającego zmiany w art. 38 Konstytucji*, „Przed Pierwszym Czytaniem" 2007, nr 3, s. 81–87.

Ramcharan B., *The Right to Life*, „Netherlands International Law Review" 1983, nr 30, s. 297–329.

Reid K., *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, wyd. 4, London 2011.

Robertson A.H., Merrills J.G, *Human Rights in Europe. A study of the European Convention on Human Rights*, Manchester 1993.

Sarnacka E., *Ochrona genomu ludzkiego* (w:) *Temida w dobie rewolucji biotechnologicznej*, red. O. Nawrot, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Gdańsk 2015.

Sarnecki P., *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 7)*, „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 6, s. 149–152.

Schulze-Fielitz H., *Art. 2 Abs. 2* (w:) *Grundgesetz. Kommentar*, Hrsg. H. Dreier, t. 1, wyd. 2, Tübingen 2004, Beck Online nb. 29.

Skrzydło W., *Art. 38* (w:) tegoż, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.

Smits P.W., *The Right to Life of the Unborn Child in International Documents. Decisions and Opinions*, Bedum 1995.

Sroka T., *Art. 38* (w:) *Konstytucja RP* (komentarz), red. M. Safjan, L. Bosek, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, Legalis, nb. 12, 102.

Starck Ch., *Wolność badań naukowych i jej granice*, przeł. P. Czarny, „Przegląd Sejmowy" 2007, nr 3, s. 45–58.

Starck Ch., *Art. 2 Abs. 2* (w:) *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, Hsrg. H. v. Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck, Bd. 1, wyd. 4, Bonn 1999, nb. 176.

Starck Ch., *Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen* (w:) *Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages*, t. 1, München 1986, s. 7–58 (w części A).

Szmyt A., *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie (nr 9)*, „Przegląd Sejmowy" 2004, nr 6, s. 155–159.

Valerius B., *Art. 2* (w:) *Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra*, Hrsg. J.-P. Graf, Beck Online.

Wernicke K. G., *Art. 2* Abs. *2* (w:) *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Hrsg. R. Dolzer, K. Vogel, K. Graßhof, pkt I b.

Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000.

Wnukiewicz-Kozłowska A., *Art. 3* (w:) *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, Legalis, nb. 4.

Wróbel A., Kamiński I.C., *Art. 2* (w:) *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2012, Legalis, nb. 11.

Wróbel W., *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, „Przed Pierwszym Czytaniem" 2007, nr 3, s. 29–33.

Zastosowanie biologii w medycynie a godność osoby ludzkiej. Aspekty etyczne i prawne, red. T. Mazurczak, Warszawa 2003.

Zielińska E., *Konstytucyjna ochrona prawa do życia od momentu poczęcia. Uwagi krytyczne do projektu zmiany art. 38 Konstytucji*, „Państwo i Prawo" 2007, nr 3, s. 5–12.

E. Zielińska, *Oceny prawnokarne przerywania ciąży. Studium porównawcze*, Warszawa 1986.

Zielińska E., *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany art. 38 Konstytucji RP*, „Przed Pierwszym Czytaniem" 2007, nr 3, s. 11–15.

Zoll A., *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, „Przed Pierwszym Czytaniem" 2007, nr 3, s. 102–105.

Zubik M., *Ochrona prawna początku życia człowieka w rozwiązaniach międzynarodowych i konstytucyjnych w Europie*, „Przegląd Sejmowy" 2007, nr 3, s. 21–44.

Żukowski Ł., *Problemy prawne i etyczne umów o macierzyństwo zastępcze – uwagi na tle rozwiązań przyjętych w Izraelu* (w:) *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, red. A. Tabor i in., Wrocław 2013.

Orzecznictwo polskie

Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96.

Wyrok TK z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98.

Wyrok TK z dnia 15 listopada 2000 r., P 12/99.

Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03.

Wyrok TK z dnia 22 lipca 2008 r., K 24/07.

Wyrok TK z dnia 30 września 2008 r., K 44/07.

Wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03.

Uchwała SN z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05.

Uchwała SN z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06.

Wyrok SN z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08.

Wyrok SN z dnia 6 maja 2010 r. II CSK 580/09.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2013 r., I ACa 617/13.

Orzecznictwo międzynarodowe

Decyzja Komitetu Praw Człowieka ONZ z dnia 24 października 2005 r. w sprawie *Karen Noella Llantoy Huaman przeciwko Peru*, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003.

Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 13 maja 1980 r. w sprawie *Paton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 3 Eur. H.R. Rep. 408.

Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 15 maja 1980 r. w sprawie *X. przeciwko Wielkiej Brytanii*.

Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 19 maja 1992 r. w sprawie *H. przeciwko Norwegii*.

Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie *Vo przeciwko Francji*.

Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r. w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 5 czerwca 2015 r. w sprawie *Lambert i inni przeciwko Francji*.

Wyrok ETPC z dnia 23 marca 1995 r. w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji*.

Wyrok ETPC z dnia 20 marca 2007 r. w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce*.

Orzecznictwo krajów europejskich

Wyrok I Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec z 25 lutego 1975 r., 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74.

Wyrok II Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec z 28 maja 1993, 2 BvF 2/90 i 4, 5/92.

Orzeczenie Sądu Konstytucyjnego Włoch z dnia 18 lutego 1975 r., 27/1975.

Orzeczenie Sądu Konstytucyjnego Włoch z dnia 10 lutego 1981 r., 26/1981.

Orzeczenie Trybunału Federalnego Szwajcarii z dnia 22 grudnia 1993 r.

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego Hiszpanii z dnia 11 kwietnia 1985 r., 35/1985.

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego Hiszpanii z dnia 19 grudnia 1996 r., 212/1996.

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego Hiszpanii z dnia 7 czerwca 1999 r., 116/1999.

Decyzja Rady Konstytucyjnej Francji z dnia 15 stycznia 1975 r., 74-54.

Decyzja Rady Konstytucyjnej Francji z dnia 27 czerwca 2001 r., 2001-446.