Przegląd Prawno-Ekonomiczny

REVIEW OF LAW, BUSINESS & ECONOMICS

lipiec–sierpień–wrzesień

Nr 44/2
(3/2018)

WYDAWCA
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II | Wydział Zamiejscowy Prawa i Nauk o Społeczeństwie w Stalowej Woli

ADRES REDAKCJI
Redakcja „Przeglądu Prawno-Ekonomicznego" | 37-450 Stalowa Wola, ul. Ofiar Katynia 6a | e-mail: ppe@kul.pl

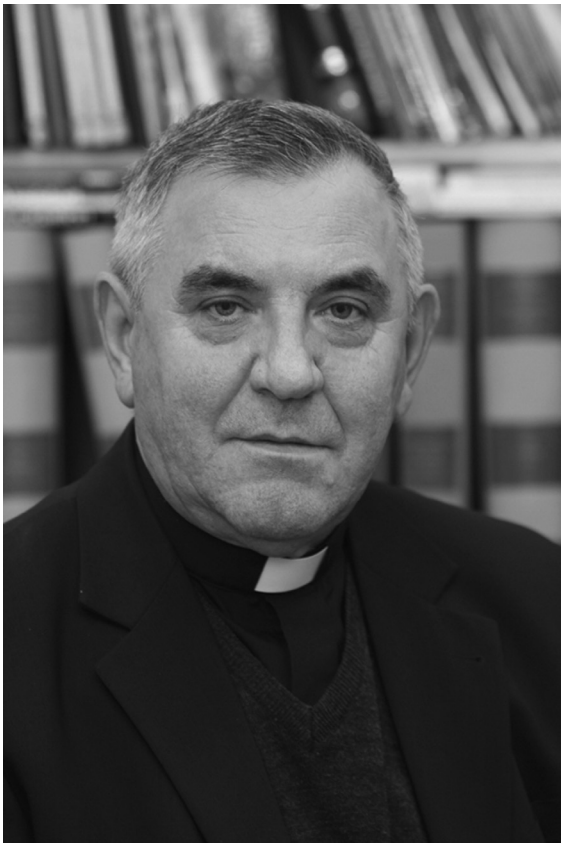
ZESPÓŁ REDAKCYJNY
dr Artur Lis – redaktor naczelny (editor-in-chief) | dr David W. Lutz (Holy Cross College w Notre Dame, USA) | dr Dariusz Żak – zastępcy redaktora naczelnego (associate editors) | dr hab. Grzegorz Wolak – sekretarz redakcji (administrative editor) | dr hab. Piotr T. Nowakowski – redaktor ds. międzynarodowych (international editor) | dr Filip Ciepły, dr Isaac Desta (Holy Cross College w Notre Dame, USA), dr Dorota Tokarska, dr Dominik Tyrawa, dr Timothy Wright (Holy Cross College w Notre Dame, USA) – redaktorzy tematyczni (subject editors) | dr Piotr Pomorski – redaktor statystyczny (statistical editor) | mgr Agnieszka Lis – redaktor językowy polskojęzyczny (Polish-language editor) | mgr Tomasz Deptuła (USA) – redaktor językowy anglojęzyczny (English-language editor) | prof. dr hab. Nikołaj Gołowaty (UKRAINA) – redaktor językowy rosyjskojęzyczny | dr Judyta Przyłuska-Schmitt – redaktor konsultant (consulting editor) | mgr Rafał Podleśny – redaktor techniczny (layout editor)

RADA NAUKOWA
ks. prof. dr hab. Antoni DĘBIŃSKI (Rektor KUL Lublin) | prof. dr hab. Thomas BURZYCKI (Holy Cross College w Notre Dame, USA) | prof. dr hab. Wiktor CZEPURKO (Ukraina) | dr hab. Leszek ĆWIKŁA (KUL Stalowa Wola) | prof. dr hab. Czesław DEPTUŁA (KUL Lublin) | dr hab. Marzena DYJAKOWSKA (KUL Lublin) | abp. prof. dr hab. Andrzej DZIĘGA (Szczecin) | dr hab. Krzysztof GRZEGORCZYK (Wyższa Szkoła Humanistyczno-Przyrodnicza w Sandomierzu) | nadkom. dr Dominik HRYSZKIEWICZ (Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie) | prof. dr hab. Aleks JUŁDASZEW (Interregional Academy of Personnel Management, Ukraina) | prof. dr hab. Marian KOZACZKA (KUL Stalowa Wola) | prof. dr hab. Andrzej KUCZUMOW (KUL Stalowa Wola) | prof. dr hab. Pantelis KYRMIZOGLOU (Alexander TEI of Thessaloniki, Greece) | dr hab. Antoni MAGDOŃ (KUL Stalowa Wola) | ks. prof. dr hab. Henryk MISZTAL (KUL Lublin) | prof. dr hab. Wojciech NASIEROWSKI (University of New Brunswick) | prof. dr hab. Jurij PACZKOWSKI (Ukraina) | prof. dr hab. Pylyp PYLYPENKO (Ukraina) | prof. dr hab. Anton STASCH (European Akademy of Technology & Management, Oedheim Niemcy) | prof. dr hab. Tomasz WIELICKI (California State University, Fresno) | ks. dr hab. Krzysztof WARCHAŁOWSKI (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego)

RECENZENCI ZEWNĘTRZNI
dr hab. Leszek BIELECKI (Wyższa Szkoła Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych w Kielcach) | dr Walentyn GOŁOWCZENKO (Interregional Academy of Personnel Management, Ukraina) | dr hab. Mirosław KARPIUK (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie) | dr Barbara Lubas (Nadbużańska Szkoła Wyższa w Siemiatyczach) | prof. dr hab. Oleksander MEREŻKO (Ukraina) | dr Kiril MURAWIEW (Interregional Academy of Personnel Management, Ukraina) | dr Łukasz Jerzy PIKUŁA (Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach) | ks. dr hab. Tomasz RAKOCZY (Uniwersytet Zielonogórski) | dr hab. Krystyna ROSŁANOWSKA-PLICHCIŃSKA (Wyższa Szkoła Zarządzania i Ekologii w Warszawie) | dr hab. Piotr RYGUŁA (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego) | dr hab. Romuald SZEREMIETIEW (Akademia Obrony Narodowej) | prof. dr hab. Jerzy Tomasz SZKUTNIK (Politechnika Częstochowska) | prof. dr hab. Dariusz SZPOPER (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie) | dr hab. Andrzej SZYMAŃSKI (Uniwersytet Opolski) | dr Agnieszka OGRODNIK-KALITA (Uniwersytet Pedagogiczny im. KEN w Krakowie)

DRUK I OPRAWA
VOLUMINA.PL DANIEL KRZANOWSKI | ul. Ks. Witolda 7-9, 71-063 Szczecin | tel. 91 812 09 08 | e-mail: druk@volumina.pl

ISSN 1898-2166 | Nakład 300 egz.



Ksiądz dr Marek Kozera

Spis treści

Artykuły

LESZEK ĆWIKŁA *Respublica bene ordinata". Udział elit prawosławnych w życiu politycznym w Rzeczypospolitej w XV – XVIII w. (część I)* | 21

FILIP CIEPŁY *Normatywna koherencja prawa i moralności* | 38

DOMINIK TYRAWA *Omnibus bonis expedit salvam esse rem publicam. Uwagi na tle modelu bezpieczeństwa w polskiej Konstytucji* | 50

KONRAD DYDA *Urząd proboszcza i wikariusza w kodyfikacjach prawa Kościoła łacińskiego* | 60

ADRIAN ROMKOWSKI *Artykuł 256 § 1 kk w świetle wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji zasady nullum crimen sine lege (certa)* | 72

JERZY NIKOŁAJEW *Kodeksowe uprawnienia skazanych i tymczasowo aresztowanych wynikające z realizacji wolności sumienia i religii. Norma prawna a praktyka* | 96

KAZIMIERA JUSZKA, KAROL JUSZKA *Badawcza weryfikacja przestrzegania zasad prowadzenia oględzin w sprawach o zabójstwa w Polsce* | 121

MAŁGORZATA SZYDŁO-KALINKA *Nadzór kuratora sądowego jako jedno z możliwych zarządzeń sądu opiekuńczego* | 131

PAULINA LEDWOŃ *Problemy interpretacyjne związane z procesem powstania odrębnej własności lokalu z mocy prawa* | 148

MATEUSZ ANIOŁ *Interpretacja sprawiedliwości jako konfliktu* | 157

ANNA MARIA BARAŃSKA *Cesja umowy w prawie włoskim* | 166

ŁUKASZ CHYLA *Prawne aspekty klonowania ludzi w perspektywie regulacji międzynarodowych* | 177

ALEKSANDRA RUDKOWSKA, PATRYCJA FIGUŁA *Rola sędziego w kształtowaniu polubownych metod rozwiązywania sporów w świetle przepisów kodeksu postępowania cywilnego* | 196

ANNA MOSKAL *Analiza krytyczna rozszerzania zakresu podmiotowego i przedmiotowego klauzuli sumienia po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015* | 212

PIOTR ARTUR OLECHOWSKI *Uwagi na temat Wojewódzkich Komisji do spraw orzekania o Zdarzeniach Medycznych w kontekście metod ADR* | 228

BARTŁOMIEJ ORAWIEC *Jakie wzory są chronione przez zarejestrowane wzory wspólnotowe w postaci obrazów przygotowanych przy wykorzystaniu programu komputerowego Computer Assisted Design (CAD)?* | 239

MAGDALENA STOPIAK *Nowe technologie a walka z oszustwami VAT* | 249

EWA KRUK *Kwestia dobrowolnego poddania się karze a niestawiennictwo oskarżyciela publicznego na rozprawę w trybie art. 46 § 2 k.p.k.* | 261

DAMIAN GIL *Nemo se ipse accusare tenetur a obecna sytuacja oskarżonego* | 271

AGNIESZKA KRAMEK *Uwalnianie nanoodpadów do środowiska – ryzyko, zagrożenia i aspekty prawne* | 285

PAULINA KOWALSKA *Błędne pouczenie sądu o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia a brak tej informacji* | 303

IWO JAROSZ *Krytyka instytucji kapitału zakładowego a Projekt Societas Unius Personae* | 316

JAKUB NIEMIEC *Uwagi na temat ładu korporacyjnego w Chińskiej Republice Ludowej* | 333

TOMASZ GUZIK *Zastosowania modelu homo oeconomicus w analizie ekonomicznej ugody administracyjnej (art. 114 k.p.a.)* | 348

WALDEMAR ZADWORNY, STANISŁAW GEMRA *Ocena jakości usług w transporcie zbiorowym na przykładzie Miejskiego Zakładu Komunikacji Spółka z o.o. w Jarosławiu* | 366

Glosa

GRZEGORZ WOLAK *Samodzielność tytułu do dziedziczenia z ustawy przez dalszych zstępnych a odrzucenie spadku. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 529/15* | 380

Recenzja

ARTUR LIS *Pavel Otmar Krafl, Polské provinciální synody 13.-15. století* | 397

Contents

Articles

LESZEK ĆWIKŁA *Respublica bene ordinata. Participation of Orthodox Elite in political life in the 15th and 18th century Republic. (part I)* | 21

FILIP CIEPŁY *Normative Coherence of Law and Morality* | 38

DOMINIK TYRAWA *Omnibus bonis expedit salvam esse rem publicam. Comments on the background of the security model in the Polish Constitution* | 50

KONRAD DYDA *The ecclesiastical office of parish priest and vicar in codifications of latin Church* | 60

ADRIAN ROMKOWSKI *Article 256 § 1 of Polish criminal code in the perspective of constitutional principle nullum crimen sine lege (certa) in article 42.1 of the Constitution* | 72

JERZY NIKOŁAJEW *Codex rights of convicts and detainees resulting from the implementation of freedom of conscience and religion. Legal norm and practice* | 96

KAZIMIERA JUSZKA, KAROL JUSZKA *Studies vetting the observance of rules for conducting forensic evidence by inspection in killing cases in Poland* | 121

MAŁGORZATA SZYDŁO-KALINKA *Supervision of a probation officer as one of the possible orders of the guardianship court* | 131

PAULINA LEDWOŃ *Interpretation problems related to the issue of the creation of a separate ownership of premises by virtue of law* | 148

MATEUSZ ANIOŁ *Interpretation of Justice as a Conflict* | 157

ANNA MARIA BARAŃSKA *Assignment of contract rights in Italian law* | 166

ŁUKASZ CHYLA *Legal aspects of human cloning under international regulations* | 177

ALEKSANDRA RUDKOWSKA, PATRYCJA FIGUŁA *Role of the judge in the forming of amicable methods of solving disputes in the light of provisions of the Code of Civil Procedure* | 196

ANNA MOSKAL *Critical analysis of the extension of subjective scope of conscience clause after the verdict of the Constitutional Tribunal from 7th October 2015* | 212

PIOTR ARTUR OLECHOWSKI *Comments on the Provincial Commission for the adjudication of Medical Events in the context of ADR methods* | 228

BARTŁOMIEJ ORAWIEC *What is the design protected by a CAD rendered Registered Community Design?* | 239

MAGDALENA STOPIAK *New technologies and the fight against VAT fraud* | 249

EWA KRUK *The issue of voluntary submission to penalty and non-appearance of the public prosecutor in the trial pursuant to Art. 46 § 2 of the Code of Criminal Procedure* | 261

DAMIAN GIL *Nemo se ipse accusare tenetur and the current situation of the accused* | 271

AGNIESZKA KRAMEK *Releasing nanowaste to the environment - risks, threats and legal aspects* | 295

PAULINA KOWALSKA *Erroneous court instruction on admissibility, date and manner of lodging an appeal and lack of this information* | 303

IWO JAROSZ *Critical approaches to share capital and the draft Societas Unius Personae Regulations* | 316

JAKUB NIEMIEC *Remarks on corporate governance in People's Republic of China* | 333

TOMASZ GUZIK *Applications of homo oeconomicus concept in economic analysis of Polish administrative agreement* | 348

WALDEMAR ZADWORNY, STANISŁAW GEMRA *Evaluation of public transport service quality based on Municipal Transport Company"Private Limited Company in Jarosław"* | 366

Gloss

GRZEGORZ WOLAK *Independence of the statutory inheritance right by remoter descendants and rejection of inheritance. Gloss to the decision of the Supreme Court of 15 June 2016, II CSK 529/15* | 380

Review

ARTUR LIS *Pavel Otmar Krafl, Polské provinciální synody 13.-15. století* | 397

Ks. dr Bartłomiej Krzos

Przedmowa

Szanowni Państwo,
różnorodność tematyczna zawartych w niniejszym numerze Przeglądu Prawno-Ekonomicznego artykułów, pozwala mieć nadzieję, że przyciągnie ona zainteresowanie szerokiego grona czytelników. Licząc na to, że wydane prace będą stanowić inspirację dla Czytelników, pragniemy podziękować wszystkim, którzy przyczynili się do powstania niniejszego jubileuszowego tomu dedykowanego księdzu Markowi Kozerze, a których wymienienie w jednym miejscu przekroczyłoby ramy krótkiego wstępu.

* * *

Ksiądz dr Marek Kozera – życie i działalność kapłańska, naukowa oraz patriotyczna

Księdza dra Marka Kozerę znam osobiście, przez kilka lat byliśmy sąsiadami. Co prawda ukończyłem Wyższe Seminarium Duchowne w Sandomierzu, z którym ksiądz Marek był i jest związany, jednak nie miałem przyjemności uczestniczyć w jego zajęciach. Pracę kapłańską i naukową księdza Marka znam częściowo z opowieści oraz z obserwacji, gdyż jak wspomniałem dane nam jest współpracować w kadrze naukowej Wyższego Seminarium Duchownego w Sandomierzu, jak również przez dwa i pół roku współpracowaliśmy na Wydziale Zamiejscowym Prawa i Nauk o Społeczeństwie Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II w Stalowej Woli.

Bardzo ucieszyła mnie prośba Redakcji naszego czasopisma naukowego o napisanie krótkiego biogramu księdza Marka Kozery. Artykuł ten, dedykowany dobremu kapłanowi, oddanemu patriocie i rzetelnemu naukowcowi znalazł się w specjalnym numerze *Przeglądu Prawno-Ekonomicznego* poświęconego osobie księdza Marka. Tym bardziej ucieszył mnie fakt, że po naszej krótkiej

rozmowie w zakrystii pewnego kościoła Ksiądz Profesor zgodził się udzielić wywiadu i odpowiedzieć na kilka pytań dotyczących jego życia i wielokierunkowej działalności.

Ksiądz doktor Marek Kozera urodził się 20 listopada 1951 r. w miejscowości Wysokin w dzisiejszym województwie mazowieckie. Miejscowość ta należała do parafii Odrzywół w diecezji sandomierskiej. W latach 1958-1965 uczęszczał do szkoły podstawowej w Odrzywole. W latach 1965-1969 uczył się w Liceum Ogólnokształcącym im. Stefana Żeromskiego w Opocznie. Po uzyskaniu świadectwa dojrzałości w 1969 r. wstąpił do Wyższego Seminarium Duchownego w Sandomierzu. Ponieważ były to czasy komunizmu, w latach 1970-1972 odbył zasadniczą służbę wojskową w specjalnej jednostce kleryckiej 4413 w Bartoszycach. 6 czerwca 1976 r. przyjął święcenia kapłańskie. Został skierowany do pracy duszpasterskiej w parafii Gielniów, gdzie przebywał do 1977 r. W latach 1977-1982 odbył studia specjalistyczne na kierunku filologia klasyczna – specjalizacja nauczycielska na Wydziale Nauk Humanistycznych KUL. W latach 1982-1999 był wykładowcą języka łacińskiego w Wyższym Seminarium Duchownym w Sandomierzu. W latach 1984-1987 pełnił tam funkcję prefekta, czyli wychowawcy kleryków, a w latach 1987-1995 funkcję wicerektora tego Seminarium. W 1990 r. został oddelegowany do dyspozycji ks. bpa Tadeusza Kondrusiewicza. Pomagał biskupowi w organizacji Wyższego Seminarium Duchownego w Grodnie na terenie dzisiejszej Białorusi. W latach 1995-1999 odbył kurs doktorancki z dojazdu w KUL, który to kurs uwieńczył doktoratem Nauk Humanistycznych w zakresie Literaturoznawstwa – Filologia Klasyczna na podstawie rozprawy *Pathos i apatheia w Gerontikonie*. Kolejne lata 1999-2006 ks. dr Kozera poświęcił pracy w Wyższym Seminarium Duchownym w Grodnie, gdzie na stałe przebywał. Prowadził tam wykłady z języka łacińskiego, języka greckiego i patrologii. W latach 1999-2001 pełnił funkcję ojca duchownego w tymże Seminarium, następnie w latach 2001-2006 był jego wicerektorem. Po I semestrze roku akademickiego 2005/2006 decyzją biskupa sandomierskiego został odwołany z Białorusi. W II semestrze tegoż roku akademickiego rozpoczął studia uzupełniające w Università Pontificia Salesiana w Rzymie, Institutum Altioris Latinitatis w zakresie łaciny prawniczej. Od października 2006 r. został zatrudniony w Katolickim Uniwersytecie Lubelskim Jana Pawła II w Wydziale Zamiejscowym Prawa i Nauk o Społeczeństwie w Stalowej Woli na stanowisku adiunkta.

Dalsza część niniejszego artykułu obejmuje już wywiad z ks. drem Markiem Kozerą i jego odpowiedzi na pytania dotyczące pracy na Wydziale Zamiejscowym

KUL w Stalowej Woli, pracy duszpasterskiej i naukowej na Kresach Wschodnich oraz działalności patriotycznej zarówno na Kresach Wschodnich jak i w Polsce.

B.K.: Co mógłby ksiądz profesor powiedzieć na temat jasnych stron pracy wykładowcy na Wydziale Zamiejscowym KUL w Stalowej Woli?

M.K: Moim głównym, podstawowym i podsumowującym wszystko wrażeniem jest atmosfera życzliwości, która panowała na Wydziale w początkach mojej pracy. Była to niemalże atmosfera rodzinna. Dotyczy to zwłaszcza okresu, kiedy zajęcia dydaktyczne Wydziału Zamiejscowego Prawa i Nauk o Gospodarce odbywały się w oddzielnym budynku koło stalowowolskiej konkatedry. Atmosferę tę wytwarzali przede wszystkim poszczególni dziekani wydziału. Trzeba tu wymienić pana profesora Romualda Szeremietiewa, księdza profesora Tomasza Rakoczego czy późniejszego dyrektora Instytutu Prawa i Ekonomii pana profesora Leszka Ćwikłę. Podobnie dobra atmosfera panowała również w dziekanacie. Panie pracujące w tej instytucji były zawsze życzliwe i każdego witały z uśmiechem. Zawsze też potrafiły rozładować napięcie i rozwiązywać konflikty między wykładowcą a studentami – jeśli takie zaistniały. Na wdzięczną uwagę zasługuje tutaj pani Małgorzata, pani Marzena i pani Anna: zawsze życzliwe zarówno dla wykładowców jak i dla studentów. Warto wspomnieć, że bardzo dobrze układały się również moje relacje z innymi wykładowcami. Zajęć miałem wtedy dużo, kolejne godziny wykładowe ułożone były jedna po drugiej, a czasu między wykładami nie było za wiele. Życzliwa atmosfera sprawiała, że obowiązywała taka niepisana „umowa": kto miał dłuższą przerwę między zajęciami przygotowywał kawę dla pozostałych, którzy mieli mniej czasu. Niekiedy nawet zamawiano jakieś kanapki czy sałatkę dla tych, którzy prowadzili zajęcia. Kiedy wykładowcy, pracownicy lub studenci mieli kłopoty, zwłaszcza chodzi o kłopoty typu rodzinnego czy osobistego, prosili o modlitwę. Nie zawsze musieli mówić, o co dokładnie chodzi, ale rozumieliśmy się mimo to w wielkim zaufaniu. O dobrych relacjach panujących na Wydziale świadczy również to, że pomimo tego, iż niektórzy od lat już tam nie pracują, wciąż utrzymuję z nimi kontakty.

Moje metody pracy ze studentami zaczerpnąłem ze studiów rzymskich, gdzie bardzo dobrze układały się nam relacje. Włoski profesor Calvano, pracujący na uniwersytecie Sapienza, który miał zajęcia z zakresu łaciny prawniczej na naszym instytucie Altioris Latinitatis, uczył nas, że nie wystarczy dać wiedzę słuchaczowi, ale trzeba go nauczyć korzystać z tej wiedzy. Kiedy po powrocie ze studiów rozpocząłem prowadzenie zajęć w Polsce na Wydziale Zamiejscowym KUL, okazało się, że umiejętności studentów w zakresie zakresu znajomości języka prawniczego, mocno przecież zlatynizowanego, są bardzo mizerne. Często

nie rozumieli oni podstawowych pojęć prawniczych ani tym bardziej używanych ogólnie pojęć i fraz pochodzących z języka łacińskiego. Zresztą szybko się okazało, że jest to nie tylko bolączka studentów prawa, skoro pani rzecznik jednej z czołowych instytucji w państwie nie widziała różnicy między „monitowaniem" i „monitorowaniem". Wobec zastanej sytuacji postanowiłem więc ułożyć swój własny – autorski program nauczania łaciny prawniczej. Został on oczywiście zaakceptowany przez władze uniwersytetu. Nauka ta była dobrze odbierana przez słuchaczy o czym świadczyły coroczne wyniki ewaluacji prowadzonej anonimowo przez studentów. Wyniki te były zawsze bardzo pozytywne, chociaż na sprawdzianach stosowałem całą skalę ocen łącznie z niedostatecznymi. Nigdy nie było jednak żadnego poważniejszego konfliktu między mną a moimi studentami. Bardzo dobrze oceniam także uczciwość studentów. Przed każdym sprawdzianem prosiłem, żeby ten, kto ma ściągę złożył ją na stole przede mną. Dzisiaj mam już całą kolekcję tych ściąg liczącą kilkadziesiąt sztuk. Mogę więc powiedzieć, że studenci postępowali uczciwie.

Szkoda że ta dobra atmosfera, o której wspomniałem, zaczęła się zmieniać na gorsze. Kiedy na skutek połączenia wydziałów wprowadziliśmy się do nowego budynku, oprócz studentów prawa pojawili się tam także studenci z innych kierunków. Ci już nie byli nam znani, ci już nie witali się z wykładowcami szerokim uśmiechem a z księdzem pozdrowieniem „Szczęść Boże". Atmosfera zmieniała się dalej na mniej korzystną, kiedy wszędzie zaczęło ubywać studentów, a w związku z tym – godzin wykładowych. Spowodowało to pewne redukcje w kadrze profesorskiej. Części wykładowców nie przedłużono umowy, a część została przyjęta przez macierzystą jednostkę Uniwersytetu w Lublinie. Dodatkowo na jednym z zebrań z ust przedstawiciela władz uczelni padło zaproszenie skierowane do studentów Wydziału Zamiejscowego: „czekamy na studentów w Lublinie". Rzeczywiście po takim stwierdzeniu kilkunastu dobrych studentów opuściło Stalową Wolę przenosząc się do Lublina. To i inne zdarzenia złożyły się moim zdaniem na początek końca Instytutu Prawa i Ekonomii na Wydziale Zamiejscowym KUL w Stalowej Woli.

B.K.: Co mógłby Ksiądz Profesor powiedzieć o swojej pracy kapłańskiej i naukowej na Kresach Wschodnich?

M.K.: Praca na Kresach Wschodnich to bardzo poważny rozdział w moim życiu kapłańskim. Rozpoczęła się ona tuż po moich święceniach, bo w roku 1976, wtedy jeszcze w czasach „głębokiego" Związku Radzieckiego. Udałem się wówczas do miejscowości Baranowicze. Proboszczem był tam wtedy ks. Stanisław Rogowski. Był on już wtedy bardzo zaawansowanym stadium choroby

Parkinsona. Jego msze święte wyglądały tak, że wierni wyprowadzali go do ołtarza pod ręce, on po cichu odprawiał Mszę świętą, a panowie w białych albach udzielali Komunii świętej. Mimo tej choroby ks. Rogowski spowiadał bardzo duże rzesze wiernych. Przybywali oni do Baranowicz pokonując bardzo wielkie odległości. Było to możliwe ze względu na położenie tej miejscowości w pobliżu węzła kolejowego. Moja pomoc duszpasterska, a zwłaszcza zastąpienie go w konfesjonale, była dla niego bardzo dużą ulgą. Jak wspomniałem, wierni bardzo licznie przybywali nieraz z odległości kilkuset kilometrów. Największe nasilenie było zwłaszcza w okresie Świąt Bożego Narodzenia i Wielkiejnocy. Korzystając z tego, że od roku 1977 byłem studentem KUL i mogłem w czasie świąt dysponować czasem moja pomoc była bardzo ważna dla księdza Stanisława. KGB prawdopodobnie widziało o tej pomocy w konfesjonale, ale funkcjonariusze nie interweniowali ze względu na stan zdrowia księdza Rogowskiego. Z odprawianiem Mszy świętej było już gorzej. Odprawiałem przy zamkniętym kościele, do którego ludzie byli wpuszczani potajemnie przez zakrystię. Przy ołtarzu stałem w towarzystwie mężczyzn ubranych w alby, którzy czytali czytania i modlitwę wiernych, a ja odmawiałem Modlitwę Eucharystyczną i dokonywałem konsekracji. Komunię świętą rozdzielaliśmy wspólnie. Warto wspomnieć, że w trakcie jednej z takich wizyt udało mi się nawiązać kontakt z wiernymi z Kazachstanu. Otrzymałem od nich zaproszenie i udałem się do tej egzotycznej krainy. Terenem mojej posługi była linia kolejowa między miejscowościami Krasnoarmiejsk i Karaganda. Podróżowałem koleją zatrzymując się w różnych miejscach. W miejscowościach wzdłuż tej linii kolejowej było wiele ośrodków, gdzie gromadzili się katolicy wielu narodowości. Byli to Polacy, Litwini, Łotysze i Niemcy. Msza święta dla nich wszystkich była odprawiona po łacinie, co dla mnie – studenta filologii klasycznej – nie stanowiło żadnej trudności. W czasie pobytu w Karagandzie odwiedziłem grób księdza Władysława Bukowińskiego, który wtedy znajdował się poza centrum miasta. W tamtym czasie w Karagandzie duszpasterzem był ksiądz Chira. Ponieważ nie znał on języka polskiego rozmawialiśmy po łacinie, bo tamto pokolenie księży świetnie znało ten język, a i dla mnie nie był on obcy. Po jego śmierci dowiedziałem się, że był on biskupem obrządku wschodniego, został w pewnym momencie zesłany do Kazachstanu i tam osiadł już na stałe.

Cały czas starałem się także pracować duszpastersko na Kresach na terenie obecnej Białorusi. Po śmierci księdza Rogowskiego proboszczem w Baranowiczach został ks. Antoni Hej. Jemu również pomagałem. Kiedy Białoruś odzyskała wolność religijną, ksiądz arcybiskup Kondrusiewicz poprosił mnie, żebym pomógł w organizowaniu Seminarium w Grodnie. Pełniłem wtedy funkcję wicedyrektora w Seminarium w Sandomierzu, znałem regulamin seminaryjny,

znałem dobrze *Ratio Studiorum*, a nadto język łaciński. Organizację seminarium w Grodnie zaczęliśmy od przygotowania po łacinie konieczne dokumenty, które były przesyłane do Rzymu do zatwierdzenie. Seminarium zostało w końcu utworzone. Po uroczystej inauguracji roku akademickiego zostałem jednak odwołany do Polski. Do Grodna dojeżdżałem kilkakrotnie w ciągu każdego roku akademickiego, przygotowując program studiów na poszczególne lata nauki. W roku 1999, po wizycie papieża Jana Pawła II w Sandomierzu, ksiądz biskup Wacław Świerzawski przychylił się do prośby księdza biskupa Kondrusiewicza i mojej i pozwolił mi wyjechać do Grodna do Seminarium. Tam pełniłem funkcje ojca duchownego i wicedyrektora. Rektorem funkcję rektora pełnił wtedy sam biskup. Ja uczyłem patrologii, języka greckiego i częściowo języka łacińskiego. Udało nam się także zorganizować teatr seminaryjny, który przy współpracy z ambasadą polską stał na tak wysokim poziomie, że wielokrotnie wystawiał swoje sztuki religijne nawet w mieście stołecznym Mińsku. W roku 2005 zostałem odwołany z Grodna przez biskupa Andrzeja Dzięgę i skierowany na studia uzupełniające do Rzymu.

B.K.: Prosilibyśmy jeszcze o kilka słów dotyczących działalności patriotycznej Księdza Profesora.

M.K.: Źródła tej działalności trzeba szukać w domu rodzinnym. Dziadek osiem lat służył w armii carskiej. Dosłużył się tam stopnia podoficerskiego. W roku 1920 w czasie wojny polsko-bolszewickiej przygotowywał rekrutów--ochotników do służby wojskowej. Mój tata z kolei służył w Armii Krajowej. Teraz muszę powiedzieć, że ten mój patriotyzm był lekkim, „tanim" patriotyzmem. Z prawdziwym patriotyzmem spotkałem się na Kresach Wschodnich. W Grodnie, w czasie polskich świąt narodowych, które na Białorusi były dniami roboczymi, klerycy, którzy czuli się Polakami ubierali się odświętnie i zbierali się na Sali, by pośpiewać pieśni patriotyczne. Polskość była zwalczana na Białorusi. Jako przykład można podać sytuację z miejscowości Trokiele, gdzie były groby polskich żołnierzy, którzy byli widoczni na zdjęciach w polskich mundurach. Tak zwani „nieznani sprawcy" zniszczyli te zdjęcia nagrobne, żeby nie było śladów polskich mundurów. Jako kolejny przykład podam jednego z księży, który czuł i czuje się Polakiem. Miał on w domu zegar. Zegar ten ustawiony był na czas Warszawski a nie na czas Białoruski. Jego koledzy Białorusini zaatakowali go kiedyś: „A ty co, w Polsce mieszkasz, że masz ten czas Warszawski?" On odpowiedział: „Mój dziadek go tak zostawił i ja go zmieniał nie będę, a wam od tego wara!" Patriotyzm na Kresach nie był rzeczą łatwą. Od nich więc nauczyłem się tego, jak trzeba go cenić. Po powrocie do Polski, kiedy znalazłem się na corocznym

Marszu Puławiaków upamiętniającym bohaterów Postania Styczniowego, byłem zachwycony widząc dwustu młodych ludzi, którzy w mundurach strzeleckich odbywa trudną i wyczerpującą drogę, by uczcić bohaterów poległych prawie 150 lat wcześniej. Tak oto zetknąłem się ze związkiem strzeleckim Strzelec Organizacja Społeczno-wychowawcza. Zauważyłem wtedy, że tej młodzieży trzeba już przypominać o wszystkich elementach hasła Bóg – Honor – Ojczyzna, a szczególnie pierwszy człon jakoś był zapomniany. Młodzież strzelecka potrafiła stać na zewnątrz kościoła podczas mszy świętych. Spokojna, konsekwentna formacja i tłumaczenie sprawiły, że strzelcy włączyli się w niektóre uroczystości kościelne, takie jak ogólna, miejska Droga Krzyżowa, procesja z relikwiami bł. Wincentego Kadłubka, czy też Światowe Dni Młodzieży. imponująco wyglądała procesja wieczorna z kościoła Podwyższenia Krzyża Świętego do sandomierskiej katedry. Strzelcy towarzyszyli procesji z zapalonymi pochodniami jednocześnie osłaniając, dbając o bezpieczeństwo i stanowiąc zabezpieczenie medyczne, gdyż większość była po kursach ratownika medycznego. W czasie procesji z relikwiami bł. Wincentego Kadłubka jakiś chuligan rzucił zapaloną petardę w kierunku niosących relikwie. jeden ze strzelców natychmiast rozbroił petardę przed wybuchem, a drugi rzucił się w pościg za chuliganem. Jedynie stanowczy rozkaz powrotu uchronił chuligana przed poważnymi konsekwencjami.

Działalność patriotyczna to również zaangażowanie się w Fundację „Niezłomni". Strzelcy wielokrotnie przeprowadzali zbiórki pieniężne, dzięki którym pracownicy tej fundacji odnaleźć mogli wiele grobów Żołnierzy Wyklętych. Co roku prowadzimy także modlitwy na cmentarzu katedralnym w Sandomierzu. W dzień Wszystkich Świętych organizowany jest tzw. Wieczór Partyzancki, gdzie wspominani są polegli pod Gieraszowem. Wspomnieniom tym towarzyszy oczywiście modlitwa. Działalność patriotyczna została doceniona przez przyznanie mi w roku ubiegłym medalu *Pro Patria*.

Zaangażowanie strzelców w obronę Małej Ojczyzny uwidoczniło się w szczególności w czasie powodzi w Sandomierzu w 2010 r. Łącznie przepracowaliśmy wtedy wraz z innymi jednostkami strzeleckimi około 3500 roboczogodzin. Strzelcy wsławili się zwłaszcza przy zabezpieczeniu lądowiska dla helikopterów, które zasypywały wyrwę w wale wiślanym, a także przy wzmacnianiu wałów. Zdarzały się także szybkie interwencje tam, gdzie wały były zagrożone. Naszej Sandomierski jednostce pomagali strzelcy z Ostrowca Świętokrzyskiego Rzeszowa Przemyśla i innych jednostek.

To, co zostało tutaj powiedziane, tylko po części opisuje bogate w doświadczenie i zaangażowanie życie kapłańskie i naukowe księdza Marka Kozery. Pracy

wychowawczej wśród kleryków sandomierskiego WSD, pracy w parafiach w Polsce i za granicą, wychowawczej pracy ze studentami i strzelcami oraz niemalże benedyktyńskiej pracy translatorskiej naszego Wykładowcy można by poświęcić wiele zapisanych stron.

Zostawiając prawdziwą wdzięczność w rękach dobrego Boga chcemy w sposób krótki, prosty i po ludzku powiedzieć „dziękujemy" i „Bóg zapłać" za wszystko to, co dzięki księdzu profesorowi stało się naszym udziałem. Dziękujemy za wszystko o czym pamiętamy i za to dobro, które zna tylko Pan Bóg.

Bibliografia ks. dr Marek Jan Kozera

Publikacje książkowe:

Święty Ambroży, Historia Nabota, tłumaczenie, wstęp, opracowanie ks. Marek Kozera, Sandomierz 1985.ss. 79.

Apoftegmaty Ojców Pustyni, t. 2. Kolekcja systematyczna, przekład ks. Marek Kozera, Kraków 1995, ss. 412.

Druga Księga Starców, tłumaczenie ks. Marek Kozera, Kraków 1996. ss. 258.

Ideały Ojców Pustyni, Lublin 2000 , ss. 269.

Artykuły naukowe:

Suavitas sermonis św. Ambrożego na przykładzie diatryby "De Nauthae historia", Vox Patrum 7 (1987), z. 12- 13, s. 237 – 246.

Kobieta w alfabetycznym i systematycznym zbiorze apoftegmatów Ojców pustyni, Roczniki Humanistyczne KUL 44 (1996) z. 3, s. 169- 178.

Antropologia Ojców pustyni zawarta w „Gerontikonie" w: Ku prawdzie we wspólnocie Boga i człowieka, Sandomierz 1997, s. 78 – 91.

Nieznane pisma Stolicy Apostolskiej do ks. Antoniego Rewery, wstęp, przygotowanie do druku i tłumaczenie, Studia Sandomierskie 13 (2006) z. 4, s. 133- 139.

Wizytacja dziekańska parafii Brzostek z 1813 r. Wstęp, edycja i tłumaczenie ks. Marek Kozera, [w:] Z dziejów Brzostku. Studia i materiały, t.1 XIX - XX w., Brzostek 2007, s. 119 – 135.

Reskrypt udzielony przez Stolicę Apostolska na prośbę księdza Antoniego Rewery, Studia Sandomierskie 14 (2007), z.1. s. 155- 162.

Geneza kultu świętej Barbary przy kościele św. Pawła w Sandomierzu. Studia Sandomierskie 14 (2007), z. 2-4, s. 389-396.

Dokumenty Stolicy Apostolskiej nadające przywileje benedyktynkom sandomierskim i kościołowi św. Michała, Studia Sandomierskie 15 (2008), z. 1, s 125- 132.

Arcybractwo Matki Bożej Pocieszenia w Obrazowie, Kronika Diecezji Sandomierskiej 101 (2008) nr 7-8 s. 472- 488.

Parafia Brzostek w świetle wizytacji Radziwiłłowskiej, edycja, wstęp i tłumaczenie. [w:] Z dziejów Brzostku. Studia i materiały t. II, okres staropolski i czasy zaborów, red. B. Stanaszek, Brzostek 2009 s. 211- 228.

Wizytacja kościołów w Brzostku i Kleciach z 1610 roku. [w:] Z dziejów Brzostku. Studia i materiały t. II, okres staropolski i czasy zaborów, red. B. Stanaszek, Brzostek 2009 s. 211- 228.12.

Brzostek, dnia 4 czerwca 1793, ks. Thomas Felkier, delegat biskupa tarnowskiego wizytuje parafię Brzostek, [w:] Z dziejów Brzostku. Studia i materiały t. II, okres staropolski i czasy zaborów, red. B. Stanaszek, Brzostek 2009 s.306- 315.

Problem obrony życia nienarodzonych w pierwszych wiekach Kościoła, Studia Sandomierskie 16 (2009), z. 2-4, s. 187-197.

Problem obrony życia noworodków w pierwszych wiekach Kościoła, Studia Sandomierskie 16 (2009) z.3-4, s. 139- 145.

Filologia klasyczna i patrologia na łamach „Kroniki" w: Stulecie periodyku diecezjalnego „Kronika Diecezji Sandomierskiej" red. J. Krasiński, Sandomierz 2009, s. 371- 380.

Stan kościoła w mieście Brzostku i Kleciach w świetle wizytacji z 1618 roku, Studia Sandomierskie 17 (2010) z. 4, s. 109 - 119.

Argumentum w: ks. Z. Janiec, Wstawiennictwo Maryi. Studium liturgiczno- teologiczne na podstawie wybranych formularzy okresu zwykłego ze Zbioru Mszy „O Najświętszej Marii Pannie", Sandomierz 2010, s. 611- 614.

Stosunek chrześcijan pierwszych wieków do walk gladiatorskich, Studia Sandomierskie 18 (2011), nr 1, s. 215- 225.

Dokument z 1787 r. dotyczący szkoły trywialnej w Brzostku, wprowadzenie, edycja tekstu, tłumaczenie, Studia Sandomierskie 18 (2011), nr 1, s. 255- 265.

Stan parafii Gierczyce w świetle wizytacji biskupa Załuskiego z 1748 roku Studia Sandomierskie 18 (2011), nr 2, s. 233 - 246.

Sytuacja Świątynie dekanatu zawichojskiego i ich wyposażenie w świetle wizytacji biskupa Załuskiego z 1748 roku, Studia Sandomierskie 19 (2012), nr 1, s. 181-211.

Przywileje nadane Kozłowskiemu w Brzostku w 1643 roku, wstęp, edycja i tłumaczenie, komentarz, w: „Z dziejów Brzostku. Studia i materiały", t. 3, red. B. Stanaszek, Brzostek 2012, s. 54- 76.

Decretum occasione Agrorum Scultetialium Brzostkoviensium z roku 1560, wstęp, edycja i tłumaczenie, komentarz, w: „Z dziejów Brzostku. Studia i materiały", t. 3, red. B. Stanaszek, Brzostek 2012, s. 76-91

Król August II nadaje miastu Brzostek przywilej organizowania jarmarków, wstęp, edycja i tłumaczenie, komentarz, w: „Z dziejów Brzostku. Studia i materiały", t. 3, red. B. Stanaszek, Brzostek 2012, s. 155-161.

Wycena części gruntów miejskich z polecenia Jaśnie Wielmożnego Barona Wyszyńskiego, Komisarza Cyrkułu Dukielskiego, wstęp, edycja i tłumaczenie, komentarz, w: „Z dziejów Brzostku. Studia i materiały", t. 3, red. B. Stanaszek, Brzostek 2012, s.

Odwołanie mieszkańców Brzostku do Sądu Grodzkiego w Nowym Korczynie, z 1702 roku, wstęp, edycja i tłumaczenie, komentarz, w: „Z dziejów Brzostku. Studia i materiały", t. 3, red. B. Stanaszek, Brzostek 2012, s. 142- 147.

Tyniec, 19 stycznia 1643, Przywilej przeora klasztoru tynieckiego dla Gawła Kozłowskiego i jego żony Jadwigi w sprawie pola zwanego Pałackowskie, edycja tekstu, wstęp, tłumaczenie komentarz, w: „Z dziejów Brzostku. Studia i materiały", t. 3, red. B. Stanaszek, Brzostek 2012, s. 115- 121.

Stan materialno-prawny parafii Brzostek w świetle wizytacji z 1608 r., wstęp, tłumaczenie, komentarz, w: „Z dziejów Brzostku. Studia i materiały", t. 3, red. B. Stanaszek, Brzostek 2012, s. 91-115.

Świątynie dekanatu zawichojskiego i ich wyposażenie w świetle wizytacji biskupa Załuskiego z 1748 r. Studia Sandomierskie 19 (2012), nr 1. s. 181- 211.

Pilzno, 16 września 1789 roku, Prośba Magistratu miasta Pilzna do Cyrkułu w Tarnowie o przeprowadzenie drogi pocztowej przez to miasto, edycja tekstu, tłumaczenie, w: B Stanaszek (red) *Dzieje Stan materialno- prawny parafii Pilzno na przełomie XVI i XVII wieku w świetle wizytacji biskupich,* w: B Stanaszek (red) *Dzieje Pilzna*, Pilzno 2013, s. 71 – 95, *Pilzna*, Pilzno 2013, s. 206- 213,

Brzostek, 28 maja 1784, Władze miejskie w Brzostku dokonują wyceny części gruntów zwanych Pałackowskie przeznaczonych pod nowy cmentarz, edycja tekstu, tłumaczenie, komentarz w: B Stanaszek (red) *Stary cmentarz w Brzostku,* s. 28- 31, numer ISBN 978- 83-925845-2-0

Bractwa religijne w Archidiakonacie Zawichojskim w XVIII wieku, "Studia Sandomierskie" 20 (2013) nr.2. s. 5- 20.

Inskrypcja nagrobna Pawła Trojanowskiego z dawnego kościoła św. Krzyża w Brzostku, tłumaczenie w: „Z dziejów Brzostku. Studia i materiały", t.4, red. B. Stanaszek, Brzostek 2014, s. 66.

Dokumenty dotyczące sporu między Janem Żardeckim a wójtem Gawłem Kozłowskim i opactwem tynieckim z 1642 r. , wstęp, edycja, tłumaczenie w: „Z dziejów Brzostku. Studia i materiały", t.4, red. B. Stanaszek, Brzostek 2014, s.127- 141.

Stan parafii Brzostek w latach czterdziestych XIX w świetle wizytacji dziekańskich, wstęp, edycja, tłumaczenie komentarz, w: „Z dziejów Brzostku. Studia i materiały", t.4, red. B. Stanaszek, Brzostek 2014, s. 141- 157.

Mediacja, rys filologiczno-historyczny, w: „Przyszłość mediacji w polskim systemie prawa", red. T. Rakoczy, Lublin 2014, s. 9- 18.

Epitafia pamiątkowe, edycja tekstów, tłumaczenie, w: J. Dąbek, A. Łyko, Kościół i klasztor św. Józefa w Sandomierzu wczoraj i dziś, Sandomierz 2015, s. 65- 72.

Parafia w Ostrowcu w okresie staropolskim, w: *Parafia św. Michała w Ostrowcu Świętokrzyskim 1614- 2016*, red. B. Stanaszek, Ostrowiec Świętokrzyski 2016 s. 9-22.

Parafia w Ostrowcu od wojen północnych do połowy XVII w. – w świetle wizytacji kościelenych, w: *Parafia św. Michała w Ostrowcu Świętokrzyskim 1614- 2016*, red. B. Stanaszek, Ostrowiec Świętokrzyski 2016 s. 22-32.

Dokumenty związane z fundacją kościoła parafialnego w Ostrowcu, w: *Parafia św. Michała w Ostrowcu Świętokrzyskim 1614-2016*, red. B Stanaszek, Ostrowiec Świętokrzyski 2016 s. 353- 362.

Recenzje:

Joanna Misztal- Konecka, Monika Wójcik, Rzymskie prawo prywatne. Kazusy i ćwiczenia, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2007, ss. 192 [w:] Studia Sandomierskie 15 (2008) s. 141- 144.

Joanna Misztal- Konecka, Monika Wójcik, Rzymskie prawo prywatne. Kazusy i ćwiczenia, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2007, ss. 192 [w:] Przegląd Prawno-Ekonomiczny nr 3 (2/2008) s. 143- 147.

Joanna Misztal- Konecka, Monika Wójcik, Rzymskie prawo prywatne. Kazusy i ćwiczenia, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2007, ss. 192 [w:] Roczniki Nauk Prawnych, t. XVIII, nr 1- 2008, 275- 279.

Artykuły popularno-naukowe:

Przykazania Boże – fundamentem życia, Współczesna Ambona 11 (1983 z.1-2, s. 119- 122.

Pokusa, Współczesna Ambona 11 91983) z. 1-2, s. 139-142.

Odpowiedzialność za Boże dary, Współczesna Ambona 12 (1984) z. 5, s. 58-60.

Chrystus drogą życia, Współczesna Ambona 12 (1984) z. 3, s. 58-60.

Bóg bliski człowiekowi, Współczesna Ambona 12 (1984) z. 5, s. 94-96.

Troska, której na imię miłość, Współczesna Ambona 12 (1984) z. 4, s. 76- 79.

Człowiek znakiem Boga, Współczesna Ambona 13 (1985 z. 1, s. 47- 49.

Życie ludzkie wypełnieniem Bożych planów, Współczesna Ambona 13 (19850 z. 2, s. 38-40.

Wytrwałość cechą ucznia Chrystusowego, Współczesna Ambona 13 (1985) z. 2 s. 54- 56.

Trzeźwość przejawem mądrości, Współczesna Ambona 13 (1985) z. 3. s. 52- 54.

Ład serca oparty na Słowie Bożym, Współczesna Ambona 13 (1985) z. 4, s. 14-16.

Własne szczęście trzeba współtworzyć, Współczesna Ambona 14 (19860 z. 1, s.7-9.

Czas naszych powrotów, Współczesna Ambona 14, (1986) Z. 1, s. 82- 84.

Wytrwała przemiana, Współczesna Ambona 14 (1986) z. 2, s. 110-112.

Pamięć o zmarłych, Współczesna Ambona 14 (1986) z 4, s. 39-41.
Wiara naszą odpowiedzią na znaki Boga, Współczesna Ambona 15 (1987) z.1, s. 24- 26
Chrystus nie może być dla mnie obojętnym, Współczesna Ambona 15 (1987) z. 1, s. 43- 44.
Miłość wpisana w historię człowieka, Współczesna Ambona 15 (1987) z. 2, s. 99- 101.
Szacunek dla słowa, Współczesna Ambona 15 (1987) z. 3, s. 11-14.
Homilia ślubna, Współczesna Ambona 15 (1987) z.3, s. 100-102.
Troska o to, co jest najważniejsze, Współczesna Ambona 15 (1987) z. 4. s. 12- 14.
Jesteśmy dziećmi Bożymi, Współczesna Ambona 16 (1988) z. 1, s. 33- 36.
„Chleba naszego powszedniego daj nam dzisiaj", Współczesna Ambona 15 (1987) z. 2, s. 44- 46.
Bóg Panem historii, Współczesna Ambona 16 (1988) z. 4, s. 24- 26.
Wymagająca miłość Boga, Współczesna Ambona 17 (1989) z. 1, s. 86- 88.
Wiara podstawą uczciwości, Współczesna Ambona 17 (1989) z. 2, s. 79- 81.
Posłuszeństwo Bożym nakazom gwarantem pokoju w rodzinie, Współczesna Ambona 17 (1989) z.4, s. 114- 116.
Umocnieni Duchem Świętym, Współczesna Ambona 18 (1990) z. 2 s. 57- 59.
Uroczystości 350 rocznicy śmierci św. Andrzeja Boboli, „Kronika Diecezji Sandomierskiej" 100 (2007), nr 7-8, s. 549-555.

Artykuły prasowe:
Mądrość jest sztuką rozpoznawania dobra, Powołanie 56 (2009), nr 2, s. 38-40.
Obronili wiarę i kościół, Gość niedzielny nr 30, rok LXXXVI (26 lipca 2009) s. VIII.
W trosce o pamięć, Gość niedzielny nr 40, rok LXXXVI (4 października 2009) s. IV.
„Achwiara Chrysta i nasza" czastka 1, Słowo Życia 3 kwietnia 2011, numer 7, s. 2.
„Achwiara Chrysta i nasza" czastka 2, Słowo Życia 17 kwietnia 2011, numer 8, s. 2.

W imieniu komitetu redakcyjnego PPE
dr hab. Bartłomiej Krzos

Leszek Ćwikła

Respublica bene ordinata". Udział elit prawosławnych w życiu politycznym w Rzeczypospolitej w XV – XVIII w. (część I)*

Respublica bene ordinata. Participation of Orthodox Elite in political life in the 15th and 18th century Republic. (part I)

I.

Problem obsady stanowisk i urzędów w Rzeczypospolitej w XV-XVIII w. podjęty został już przed ponad stu laty przez J. Wolffa. W pracy „Senatorowie i dygnitarze Wielkiego Księstwa Litewskiego 1386-1795" dokonał on zestawienia urzędników ogólnolitewskich (ale nie ziemskich i powiatowych): starostów, ministrów i dygnitarzy[1]. Mimo drobnych pomyłek była to pod wieloma względami praca pionierska. Błędy autora skorygowali S. Ptaszycki[2] oraz Z. Radzimiński[3]. J. Wolff nie badał jednak kwestii wyznania osób piastujących różne funkcje w aparacie urzędniczym państwa. Również w późniejszym okresie zagadnieniem tym

* Niniejszy tekst stanowi znacznie poszerzoną i uaktualnioną wersję artykułu pt. *Respublica bene ordinata. Remarks on the Participation of Orthodox Elite in the Exercise of Power in the 15th and 16th Century Republic* [*„Respublica bene ordinata". Kilka uwag na temat udziału elit prawosławnych w sprawowaniu władzy w Rzeczypospolitej w XV – XVI w.*], który ukazał się w periodyku „Czasopys Kyjiwśkoho Uniwersytetu Prawa" 2011, nr 3, s. 306-311.

[1] J. Wolff, *Senatorowie i dygnitarze Wielkiego Księstwa Litewskiego 1386-1795*, Kraków 1885. Autor wyniki swoich badań zamieścił także w pracy: *Kniaziowie litewsko-ruscy od końca XIV wieku*, Warszawa 1895.

[2] S. Ptaszycki, *Dostojnicy litewscy. Rozbiór krytyczny i uzupełnienie dzieła Józefa Wolffa „Senatorowie i dygnitarze Wielkiego Księstwa Litewskiego (1388-1795)", Kraków 1885*, Warszawa 1886 (autor błędnie w tytule zamieszcza rok 1388 zamiast 1386).

[3] Z. Radzimiński, *Słowo o namiestnikach rusko-litewskich i marszałkach ziemi wołyńskiej*, Kraków 1885.

zajmowano się raczej ubocznie, traktując je z reguły w sposób ogólny. Tymczasem obecnie, gdy podejmuje się próby spojrzenia na Rzeczpospolitą jako na wspólne państwo Polaków, Litwinów, Ukraińców i Białorusinów, ma ono znaczenie pierwszorzędne.

Jak wiadomo, Rusini, będący wyznawcami prawosławia, pojawili się w granicach Królestwa Polskiego za panowania Kazimierza Wielkiego (1333-1370), kiedy to nastąpiło zajęcie ziem należących do książąt włodzimiersko – halickich, czyli tzw. Rusi Halickiej[4]. Prawosławni stanowili jedną trzecią ówczesnych mieszkańców państwa, które w ten sposób przestało być jednorodnym wyznaniowo[5]. W tym też czasie ekspansję wobec ziem ruskich prowadziło Wielkie Księstwo Litewskie i Rusini stali się również jego obywatelami. Ponieważ książęta litewscy do roku 1385 nie prześladowali prawosławnych, a nawet dążyli do stworzenia na Litwie niezależnej struktury organizacyjnej Kościoła prawosławnego, to ci traktowali Wielkie Księstwo jak własne państwo. Sytuacja uległa zmianie po unii w Krewie, kiedy to Litwa stała się katolicka. Wówczas Jagiellonowie zaczęli wprowadzać w obu państwach, pozostających w związku politycznym, ograniczenia wobec prawosławnych Rusinów, obawiając się ich politycznej konkurencji. Jednak ze względu na to, że prawosławni stanowili znaczący odsetek ludności Korony i Wielkiego Księstwa Litewskiego oraz mając na względzie przede wszystkim spokój wyznaniowy wśród swoich poddanych, ograniczeń tych do końca nie przestrzegali. Umożliwiło to możnym prawosławnym branie udziału w życiu politycznym obu państw, a szczególnie na etnicznych terenach Wielkiego Księstwa Litewskiego i ziem ruskich Korony. Stopniowo, w miarę postępów integracyjnych między Koroną i Wielkim Księstwem Litewskim Rzeczpospolita stawała się wspólnym państwem szlachty polskiej, litewskiej i ruskiej. Elity polityczne ruskie odgrywały wówczas ważną rolę polityczną w skali ogólnopaństwowej, gdyż prawosławni obywatele Rzeczypospolitej byli wynoszeni na wysokie stanowiska państwowe.

Należy pamiętać, iż ówczesna polityka personalna władców służyła realizacji ich własnej polityki; w jakimś sensie było to promowanie własnych ludzi przez króla. Królowi bowiem przysługiwała *potestas distributiva* w zakresie przywilejów, urzędów, godności oraz uposażeń. Przy tym możliwości oddziaływania na politykę panującego w zakresie rozdawania urzędów mieli dygnitarze – arystokraci, stanowiąc olbrzymie grupy nacisku. W zasadzie dla uzyskania urzędu

---

[4] Kazimierz Wielki najpierw podbił ziemię sanocką (1344 r.), a potem (1349-1366) halicką, brzeską, włodzimierską i krzemieniecką, zob. J. Drabina, *Religie na ziemiach Polski i Litwy w średniowieczu*, Kraków 1989, s. 85.

[5] J. Tazbir, *Tradycje tolerancji religijnej w Polsce*, Warszawa 1980, s. 12.

niższego szczebla konieczna była protekcja któregoś z najwyższych dygnitarzy. Przy nominacji ważna była też zamożność kandydata, gdyż trzeba było dysponować odpowiednio dużym majątkiem na początku kariery politycznej, który przy awansie brał pod uwagę władca. Dlatego też urzędy, szczególnie najwyższe godności ministerialne, piastowała stosunkowo nieliczna grupa przedstawicieli kilkunastu rodzin. Ludzie ci strzegli uprzywilejowania majątkowego i dlatego też często urzędy przechodziły z ojca na syna[6]. Wobec powyższego niektórzy, chcąc zdobyć wielką fortunę, powiększali swe dobra przez zakupy, zamiany i transakcje z innymi właścicielami ziemskimi, jak również w drodze spadkobrania oraz zawłaszczania domeny panującego. Co prawda przewaga możnowładztwa nie zamykała całkowicie możliwości awansu do elity najzdolniejszym i najzapobiegliwszym jednostkom, ale były to przypadki sporadyczne. Najczęściej awans wiązał się z wielkimi zasługami dla władcy i wieloma latami służby państwowej. Kwestia wyznawanej religii miała tu mniejsze znaczenie.

II.

Prawosławnych – aczkolwiek sporadycznie – widzimy na różnych stanowiskach państwowych już w Królestwie Polskim od momentu przyłączenia do niego Rusi Halickiej. Tak więc bojarzyn Piotr Iwanowicz był wojewodą żydaczowskim, a jego syn Dymitr – podskarbim koronnym. Dymitr, mieszkając w Krakowie, upowszechniał kulturę ruską wśród dworzan królewskich. Podkomorzym królewskim był wówczas pochodzący z Halicza Świętosław. Kasztelanem lubelskim został w 1359 r. Rusin Eustachy[7]. Sytuację postanowił wykorzystać zagrożony przez Kazimierza Wielkiego król czeski Jan, który pragnąc pozyskać przychylność kurii poinformował w 1345 r. papieża o obsadzaniu urzędów Rusinami. Papież Klemens VI w specjalnej bulli upomniał króla polskiego, oskarżając go o współpracę z pogańską Litwą i „schizmatycką" Rusią[8].

Podobnie przedstawicieli ruskiej szlachty spotykamy na urzędach czy piastujących różne dostojeństwa w ziemiach ruskich Korony w XV w. Na przykład Seńko Sjenowa był podkomorzym i tutorem przemyskim podczas konfederacji 1436-1437, Ignat z Kutyszcz był długoletnim sędzią halickim (1438-1471), Waśko z Rybotycz sędzią przemyskim (1460-1467). Wcześniej sędziami przemyskimi

---

[6] Nie zajmujemy się tutaj nierozstrzygniętą jeszcze ostatecznie przez naukę kwestią dziedziczenia urzędów w Polsce.

[7] A. Mironowicz, *Kościół prawosławny w państwie Piastów i Jagiellonów*, Białystok 2003, s. 123.

[8] A. Theiner, *Vetera Monumenta Poloniae et Lithuaniae*, t. 1: 1217-1409, Romae 1860, s. 628.

byli Jacko Bybelski i Olexno Porochnicki, stolnik i podstoli przemyski. W latach 1472-1477 podsędkiem był Hljib-Mikołaj z Sjenowa. Kasztelanem przemyskim w latach 1449-1454 był jeden z Porochnickich[9].

W tym czasie elity prawosławne w Królestwie Polskim zostały zrównane z katolickimi. W 1432 r. bojarstwo prawosławne ziemi łuckiej w związku z przyłączeniem jej do Korony zostało dopuszczone do przywilejów szlachty polskiej. Podobny charakter miał przywilej z 1430 r. wydany w Jedlni, który doprowadził do prawnego zrównania szlachty ruskiej z polską. Zrównanie to miało daleko idące skutki w tworzeniu się wspólnoty interesów stanowych i stopniowego kształtowania się narodu politycznego[10]. Proces ten – co potwierdzają prowadzone badania naukowe – był związany z polską ekspansją na wschód, szczególnie na Rusi Czerwonej czy Wołyniu, ale w XV-wiecznych źródłach doskonale widoczna jest – z wyjątkiem ziemi bełskiej[11] – szlachta pochodzenia ruskiego. Jak stwierdza A. Janeczek, „ma ona pełne prawo własności, dostęp do urzędów, uczestniczy w życiu publicznym, nie odróżniając się w tym od szlachty pochodzenia polskiego"[12].

W Wielkim Księstwie Litewskim w początkowym okresie po jego wejściu w związek państwowy z Królestwem Polskim istniały formalne zakazy udziału przedstawicieli elity prawosławnej w sprawowaniu władzy. Po raz pierwszy wyznawcy prawosławia zostali odsunięci od wyższych stanowisk państwowych w przywileju Władysława Jagiełły (ok. 1351-1434) z roku 1400[13]. Podobnie w akcie unii horodelskiej z 1413 r. (punkt 10) król zobowiązał się, iż ustanowione na wzór polskich urzędy wojewody oraz kasztelana wileńskiego i trockiego będą obsadzane wyłącznie przez katolików, podobnie jak i inne „urzędy wieczne ziemskie" (*oficia terrae perpetua*)[14]. Faktycznie środowisko, z którego

---

[9] Dane z indeksów: *Akta grodzkie i ziemskie z czasów Rzeczypospolitej Polskiej z archiwum tak zwanego bernardyńskiego we Lwowie*, t. 13 i 17, Lwów 1888-1901; M. Hruszewśkyj, *Istorija Ukrajiny-Rusy*, t. 6, Kyjiw-Lwiw 1907, s. 237.

[10] J. Półćwiartek, *Rola Kościoła na pograniczu etnicznym polsko-ruskim*, [w:] *Władze państwowe a związki wyznaniowe w Polsce XVI-XX wieku*, Warszawa 1968, s. 43.

[11] Według A. Janeczka, brak szlachty w ziemi bełskiej był efektem antybojarskiej polityki księcia mazowieckiego Siemowita IV, w którego posiadaniu znajdowała się ziemia bełska, polegającej na pozbawieniu bojarstwa ruskiego ziemi i nadawaniu jej przybyszom z Mazowsza. Jednak włączenie w 1462 r. ziemi bełskiej do Korony spowodowało nawiązanie kontaktów z Rusią i w latach 1570-1580 rody pochodzenia ruskiego w województwie bełskim stanowiły 15 procent, zob. A. Janeczek, *Osadnictwo pogranicza polsko-ruskiego. Województwo bełskie od schyłku XIV do początku XVII w.*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991, s. 73-80, 124.

[12] Tamże, s. 76.

[13] *Volumina legum* (dalej VL), t. 1, wyd. I. Ohryzko, Petersburg 1859, s. 27-29.

[14] *Unia horodelska z 1413 r.*, [w:] *Akta unii Polski z Litwą (1385-1791)*, wyd. S. Kutrzeba, W. Semkowicz, Kraków 1932, nr 51, s. 60-72; zob. też W. Biednow, *Prawosławnaja Cerkow w Polsze*

rekrutowali się najwyżsi dygnitarze, było dość hermetyczne (władza polityczna dzięki łączeniu urzędów skupiona była w rękach kilku zaledwie osób). Na niższe urzędy państwowe i dworskie panowie rada dopuszczali czasami wybitnych przedstawicieli niższych warstw ziemiańskich z Litwy lub zupełnie wyjątkowo członków elit lokalnych z prowincji ruskich Wielkiego Księstwa. W ten sposób, zgodnie z założeniami polityki elity litewskiej w Wielkim Księstwie Litewskim, zostało umocnione polityczne panowanie panów i bojarów litewskich z jednoczesnym wyłączeniem od udziału we władzy prawosławnych – ruskich, choć żywioł ruski stanowił zdecydowaną większość.

Jednak w ramach Wielkiego Księstwa na Rusi jeszcze w XV w. istniały dzielnice kniaziowskie, będące dziedzicznymi księstwami[15]. Władza kniaziów, w większości wyznania prawosławnego, miała udzielny charakter. Z pewnością byli oni też członkami rady hospodarskiej, która wówczas jeszcze nie była instytucją o dokładnie określonych kompetencjach, z racji samego tylko pochodzenia. Oczywiście chodzi o tzw. „szeroką radę". Początkowo hospodarowie postanowili wykorzystać kniaziów, stopniowo tracących udzielne księstwa, dla interesów państwa i osadzać ich na urzędach ziemskich. Jak dowodzi L. Korczak, już za panowania Witolda pełnili oni funkcje namiestnicze w pozbawionych udzielnego charakteru tzw. dzielnicach – aneksach. Tak więc namiestnikiem

---

i Litwie (po Volumina Legum), Jekatierinosław 1908, s. 25. Ograniczenia wprowadzone przez przywilej horodelski w stosunku do szlachty prawosławnej, z wyjątkiem obsadzania najwyższych urzędów, zostały zniesione przez przywilej trocki wielkiego księcia Zygmunta Kiejstutowicza w dniu 6 maja 1434 r. (*Codex epistolais saeculi decimi quinti*, wyd. A. Sokołowski, J. Szujski, A. Lewicki, t. 3, Kraków 1894, nr 22). Przekład przywileju na język polski znajduje się w pracy: W. Czermak, *Sprawa równouprawnienia schizmatyków i katolików na Litwie (1432-1563)*, „Rozprawy Akademii Umiejętności. Wydział Historyczno-Filozoficzny. Seria II" 19 (44) (1903), s. 374-376.

[15] Szczególne znaczenie przypadło na Rusi księstwu kijowskiemu, opanowanemu ostatecznie w połowie XIV w. przez Wielkie Księstwo Litewskie. W 1438 r., czyli po upadku Świdrygiełły na Rusi, stało się ono udzielnym księstwem pozostającym we władaniu prawosławnych Olelkowiczów: Aleksandra-Olelki i od 1454 r. Semena. Semen sprawował władzę jako dożywotni namiestnik wielkoksiążęcy, więc niektórzy uważają, że księstwo kijowskie straciło swój udzielny charakter już w 1454 r., zob. L. Korczak, *Litewska Rada Wielkoksiążęca w XV wieku*, Kraków 1998, s. 32. Jednak Semen inaczej rozumiał swoją funkcję i nadal tytułował się „księciem Wielkiego Księstwa Kijowskiego". Jednocześnie stał się on przeciwnikiem Kazimierza Jagiellończyka i był wysuwany przez opozycję antyjagiellońską do tronu wielkoksiążęcego. W celu wzmocnienia swej pozycji szukał porozumienia z Moskwą, popierał prawa metropolity moskiewskiego do zwierzchnictwa nad Cerkwią prawosławną na Rusi, a w roku 1460 uznał wielkiego księcia moskiewskiego za zwierzchnika prawosławnej Rusi. Po śmierci Semena w 1470 r. Kazimierz Jagiellończyk odsunął aspirującego do władzy w Kijowie Michała Olelkowicza i w 1471 r. utworzył na Kojowszczyźnie trzecie w Wielkim Księstwie Litewskim po Wilnie i Trokach województwo (*Urzędnicy województw kijowskiego i czernihowskiego XV-XVIII wieku. Spisy*, oprac. E. Janas i W. Kłaczewski, Kórnik 2002, s. 5-6). Michał Olelkowicz, będący wówczas jednym z przywódców litewskiego prawosławia, przeszedł do opozycji. Jego celem stało się obalenie Jagiellonów i zdobycie tronu wielkoksiążęcego.

połockim w 1409 r. był Iwan Semenowicz Baba Drucki, namiestnikiem kijowskim w latach 1422-1432 był Michał Iwanowicz Holszański, a namiestnikiem witebskim za panowania Świdrygiełły był Wasyl Semenowicz Krasny. Przy boku Świdrygiełły kniaziowie obejmowali nawet urzędy dworskie i masowo go poparli podczas wojny domowej[16]. Gdy zaczęto ściślej podporządkowywać poszczególne ziemie władzy hospodarskiej, nastąpił stopniowy upadek warstwy kniaziów, ponieważ zastępowano ich namiestnikami (starostami), powoływanymi przez hospodara i od niego bezpośrednio zależnymi. Mimo że namiestnicy zostali zrównani z innymi warstwami objętymi przywilejami, Kazimierz Jagiellończyk (1427-1492) powierzał im główne urzędy. Około 1486 r. namiestnikiem grodzieńskim został kniaź Aleksander Juriewicz Holszański, późniejszy kasztelan wileński. W roku 1485 namiestnictwo witebskie otrzymał kniaź Iwan Juriewicz Zasławski, a starostwo łuckie kniaź Semen Juriewicz Holszański, który później był wojewodą nowogródzkim i hetmanem[17]. Jeszcze na początku XVI w. książęta słuccy mieli dziedziczne prawo zasiadania w radzie[18]. Za Zygmunta Starego (1506-1548) widzimy ich jako uczestniczących w obradach sejmu, który zastąpił dawną „szeroką radę".

W połowie XV w. karierę polityczną zaczęli robić przedstawiciele magnackiej rodziny Sapiehów herbu Lis. Sapiehowie pochodzili z ruskich bojarów prawosławnych z ziemi smoleńskiej. Za protoplastę rodu uważa się Semena Sopihę (Sapiehę), utożsamianego z Semenem, pisarzem wielkiego księcia litewskiego, potem króla Kazimierza Jagiellończyka[19]. Sapiehowie byli podzieleni na linię czerejską i kodeńską. Najstarszym synem Semena był Bohdan, pisarz lub sekretarz Kazimierza Jagiellończyka, okolniczy smoleński, namiestnik mceński, lubecki i wysokodworski[20]. Syn Bohdana, Iwan, wprowadził Sapiehów do grona wybitnych rodzin. Był on pisarzem hospodarskim Kazimierza Jagiellończyka. W 1499 r. został namiestnikiem i dzierżawcą nowodworskim. W 1501 r. wyjechał w poselstwie od wielkiego księcia litewskiego Aleksandra (1461-1506) do Rzymu, aby w imieniu biskupa wileńskiego Wojciecha Tabora złożyć papieżowi Aleksandrowi VI sprawozdanie z realizacji unii florenckiej w Wielkim Księstwie Litewskim. W Rzymie po audiencji u papieża przystąpił do unii florenckiej. Po wyborze Aleksandra na tron polski i koronacji w grudniu 1501 r. został kanclerzem dworu

---

[16] L. Korczak, dz. cyt., s. 34-35.

[17] Tamże, s. 35.

[18] Tamże, s. 33.

[19] M. Michalewiczowa, *Sapieha Bohdan*, [w:] *Polski słownik biograficzny* (dalej PSB), t. 24, Wrocław-Warszawa-Kraków 1992-1993, s. 591.

[20] Tamże, s. 591-593.

Heleny. Za poselstwo do Moskwy w nagrodę uzyskał nominację na marszałka hospodarskiego (1504 r.). Wielokrotnie uczestniczył w obradach sejmu. Od 1508 r. był namiestnikiem witebskim, a po ustanowieniu województwa witebskiego w 1511 r. został wojewodą witebskim. Od 1513 r. pełnił funkcję wojewody podlaskiego. Zmarł w 1517 r.[21]

Z kolei najstarszy syn wojewody podlaskiego Iwana Semenowicza, Paweł Sapieha na Kodniu był marszałkiem hospodarskim. W 1556 r. został mianowany wojewodą podlaskim, a w 1558 r. otrzymał przywilej na województwo nowogródzkie. Był on wyznawcą prawosławia, chociaż skłaniał się ku protestantyzmowi i dlatego podczas sejmu lubelskiego 1569 r. zaliczano go do senatorów ewangelików[22]. Był on również pierwszym kasztelanem kijowskim po utworzeniu tego urzędu na skutek reformy administracyjno – sądowniczej przeprowadzonej w Wielkim Księstwie. Funkcję tę pełnił do śmierci w 1580 r.[23] Stryjeczny brat Pawła, Bohdan Sapieha (zmarły między 1599 a 1603 r.), był synem dworzanina hospodarskiego Fiodora Bohdanowicza. Był on dworzaninem i rewizorem hospodarskim oraz sędzią ziemskim trockim (od 1576 r.). Wyznawał on prawosławie i był członkiem bractwa św. Trójcy w Wilnie[24]. Z kolei Bohdan Sapieha na Boćkach (zm. w roku 1593), syn wojewody nowogródzkiego Pawła, również pełnił szereg ważnych urzędów: od 1566 r. był podkomorzym bielskim, od 1572 r. starostą homelskim, od 1579 r. kasztelanem brzeskim, od 1585 r. kasztelanem smoleńskim, a następnie w roku 1588 Zygmunt III Waza (1566-1632, król polski od 1587) nadał mu województwo mińskie. Będąc kasztelanem smoleńskim w lipcu 1585 r. wstawił się u króla w sprawie swych prawosławnych współwyznawców, aby ich nie zmuszano do przyjmowania nowego kalendarza po reformie papieża Grzegorza XIII. Przez całe swoje życie aktywnie działał na rzecz odrodzenia Cerkwi prawosławnej. Był członkiem bractwa św. Trójcy w Wilnie, stając się jednym z głównych jego opiekunów i dobroczyńców. Wraz z żoną darował bractwu kamienicę w Wilnie, a dochody z niej płynące przeznaczył na wsparcie prawosławnych świątyń, duchownych i ubogich. Wspólnie z wojewodą nowogródzkim Teodorem Skuminem Tyszkiewiczem przystąpił do prawosławnego bractwa stauropigialnego we Lwowie i deklarował ścisłą

---

[21] Taż, *Iwan Sapieha (zm. 1517)*, [w:] PSB, t. 24, s. 613-618.

[22] H. Lulewicz, *Paweł Sapieha na Kodniu (zm. 1579)*, [w:] PSB, t. 25, Warszawa-Kraków 1994, s. 128-131.

[23] Tenże, *Paweł Sapieha*, [w:] PSB, t. 25, s. 131-133.

[24] Tenże, *Bohdan Sapieha h. Lis*, [w:] PSB, t. 24, s. 593-594.

współpracę z nim w imieniu bractwa wileńskiego. Jego synowie przeszli z prawosławia na katolicyzm[25].

W II połowie XV w. w radzie wielkoksiążęcej zasiadali prawosławni Rusini: Iwan Ilinicz, namiestnik witebski, smoleński i bracławski, Jurasza Iwanowicz, namiestnik bracławski, wojewoda kijowski, Iwaszko Gojcewicz, namiestnik witebski, nowogródzki i połocki, Jerzy Semenowicz, kniaź holszański, Olelko Włodzimierzowicz, książę kijowski, Aleksander Sołtan, marszałek hospodarski i namiestnik nowogródzki i Stanko Sudywojowicz, marszałek hospodarski i namiestnik grodzieński[26].

W końcu XV w. i na początku XVI w., mimo formalnie obowiązującego zakazu udziału prawosławnych w radzie wielkoksiążęcej, liczba panów ruskich w niej zasiadających zwiększyła się. Od 1501 r. marszałkiem litewskim i namiestnikiem lidzkim został drugi syn Iwana Ilinicza, Jerzy Iwanowicz Ilinicz. W roku 1510 otrzymał on starostwo brzeskie, a w 1514 r. został starostą kowieńskim. W trzy lata później mianowano go marszałkiem nadwornym litewskim[27]. W 1500 r. starostą łuckim i marszałkiem ziemi wołyńskiej został na krótko Michał Ostrogski, brat kniazia Konstantego Iwanowicza Ostrogskiego. Sprawowanie przez niego urzędów przerwała w pierwszej połowie 1501 r. śmierć[28]. W latach 1493-1510, wbrew zakazom prawnym, kasztelanię wileńską piastował książę Aleksander Jurewicz Holszański[29].

W końcu XV i na początku XVI w. przykładem największej kariery politycznej, jaką zrobił prawosławny, był kniaź Konstanty Iwanowicz Ostrogski, młodszy brat Michała Ostrogskiego. Jemu to w roku 1497 Aleksander powierzył nowo utworzony urząd hetmana wielkiego litewskiego, czyli głównodowodzącego wojskami litewskimi[30]. W tym samym roku został on namiestnikiem (starostą) brasławskim, winnickim i zwinogrodzkim, od roku 1507 także łuckim. Również od 1507 r. był marszałkiem ziemi wołyńskiej. Książę zasłynął jako zwycięski wódz w wielu bitwach toczonych z Tatarami i wojskiem moskiewskim. Szczególnie opiewane przez potomnych było jego zwycięstwo pod Orszą w 1514 r. Osiągnięcia

---

[25] Tenże, *Sapieha Bohdan na Boćkach h. Lis*, [w:] PSB, t. 24, s. 594-596.

[26] L. Korczak, dz. cyt., s. 50, 80-81, 84-86, 94, 98, 100; A. Mironowicz, dz. cyt., s. 196.

[27] *Poczet rodów w Wielkiém Księstwie Litewskiém w XV i XVI wieku*, ułożył i wydał A. Boniecki, Warszawa 1887, s. 97; A. Moronowicz, *Podlaskie ośrodki i organizacje prawosławne w XVI i XVII wieku*, Białystok 1991, s. 98, przyp. 130.

[28] J. Wolff, *Kniaziowie*, s. 346; K. Pietkiewicz, *Wielkie Księstwo Litewskie pod rządami Aleksandra Jagiellończyka*, Poznań 1995, s. 100.

[29] *Urzędnicy centralni i dostojnicy Wielkiego Księstwa Litewskiego XIV–XVIII wieku*, opr. H. Lulewicz i A. Rachuba, Kórnik 1994; A. Mironowicz, *Kościół prawosławny w państwie Piastów*, s. 215-216.

[30] J. Wolff, *Senatorowie*, s. 448.

wojskowe zaowocowały w ten sposób, że jako pierwszy prawosławny zasiadł na czołowym miejscu w radzie hospodarskiej. Towarzyszyło temu nadanie dóbr ziemskich. Jeszcze przed 1500 r. otrzymał on od Aleksandra Jagiellończyka aż 10 przywilejów na dobra na Rusi południowej wraz z ulgami podatkowymi. W następnych latach uzyskiwał następne nadania (nawet w województwie trockim)[31]. W latach 1510-1522, za panowania Zygmunta I Starego „zasłużony hetman i zwycięzca spod Orszy" był kasztelanem wileńskim, a następnie ciesząc się szczególnym zaufaniem władcy, otrzymał godność wojewody trockiego (1522 r.). Monarcha, co prawda zastrzegł, że nominacja prawosławnego Rusiana na ten urząd była wyjątkiem, niemniej jednak po raz pierwszy doszło do wyraźnego złamania istniejących zakazów i co więcej – po zmianie dotychczasowej hierarchii w radzie wielkoksiążęcej, kniaź zajął w niej pierwsze miejsce. Wywołało to opór panów, więc panujący musiał wydać specjalny przywilej, w którym zaręczał, że w przyszłości na najwyższe urzędy będzie mianował jedynie Litwinów – katolików. Podczas sejmu grodzieńskiego w dniu 25 marca 1522 r. zobowiązał się: „ejusmodi dignitates atque officia cuicunque Ruteno dare aut conferre absque consilio majorum consiliariorum nostrorum, sed duntaxat Lithuano, catholice et romane fidei eedem dignitates conferri debent (...)"[32]. Bliskie kontakty z panującym powodowały, że kniaź Konstanty często przebywał w Krakowie, stykając się z kulturą łacińską, ale mimo częściowego ulegania jej, był przede wszystkim Rusinem i odgrywał wybitną rolę wśród prawosławnych (m.in. posiadał wpływ na obsadę części władyctw i archimandrii w metropolii kijowskiej)[33].

Zastrzeżenie urzędów wileńskich, trockich i ziemskich dożywotnich wyłącznie dla katolików król Zygmunt I Stary powtórzył w dokumencie wydanym na sejmie wileńskim w dniu 18 października 1529 r., z racji uznania Zygmunta Augusta wielkim księciem. Dodatkowo wprowadził zakaz dostępu prawosławnych do ścisłej rady wielkoksiążęcej oraz rozszerzył ograniczenia na urzędy nadworne. Czytamy tam: „Quae quidem dignitates: palatinatus, castellanatus necnon officia perpetua terrestria et curiae nostrae non conferantur a nobis et successoribus nostris nisi catholicae fidei culturibus et romanae ecclesiae subiectis (...) et ad consilia nostra, dum pro bono reipublicae tractantur, non admittantur nisi ipsi catholici et indigenae m. ducatus huius,

---

[31] K. Pietkiewicz, dz. cyt., s. 129, 136; T. Kempa, *Konstanty Wasyl Ostrogski (ok. 1524/1525-1608) wojewoda kijowski i marszałek ziemi wołyńskiej*, Toruń 1997, s. 16-18.

[32] *Acta Tomiciana per Stanislaum Gorski, can. Cracovien. et Plocensem*, t. 6, Posnaniae 1857, nr 36, s. 43-44.

[33] Z. Wojtkowiak, *Ostrogski Konstanty*, [w:] PSB, t. 24, s. 487; T. Kempa, dz. cyt., s. 19. Na przykład w 1507 r. król Zygmunt I Stary przekazał mu prawo obsady przełożonego w klasztorze św. Trójcy w Wilnie, zob. A. Mironowicz, *Kościół prawosławny w państwie Piastów*, s. 224.

quia saepe disparitas cultus et diuersitas nationum diversitatem inducit animorum et consilia patent talibus credita, quae traduntur secrete observanda"[34]. Postanowienia powyższe wynikały przede wszystkim z nacisku magnackich rodów ziem etnicznie litewskich, by zachować w swoim ręku najwyższe urzędy w Wielkim Księstwie Litewskim[35].

Jednak nie do końca się to udało, gdyż prawosławni nadal obejmowali różne urzędy – i to nawet te najwyższe. Dobrym przykładem będą tu przedstawiciele rodu Chodkiewiczów. Aleksander Iwanowicz Chodkiewicz (1457-1549) był od 1501 r. namiestnikiem puńskim, w latach 1505-1509 marszałkiem hospodarskim, od roku 1530 starostą knyszyńskim, a następnie w latach 1544-1549 wojewodą nowogródzkim. Podobnie jego syn Grzegorz (Hrehory) Chodkiewicz (ok. 1500-1572 lub 1573) był wyznania prawosławnego, ale mimo to pełnił szereg ważnych funkcji. W latach 1544-1559 był podkomorzym litewskim, następnie wojewodą witebskim (od 1554 r.), wojewodą kijowskim (od 1555 r.), kasztelanem trockim (od 1559 r.). Za zasługi w wojnie z Moskwą król Zygmunt August (1530-1572) mianował go kasztelanem wileńskim (od 1564 r.), hetmanem polnym litewskim (od 1561 r.) i wreszcie hetmanem wielkim litewskim (od 1566 r.)[36]. Jako wyznawca obrządku wschodniego troszczył się on o rozwój Cerkwi prawosławnej. W latach 1544-1561 kasztelanem trockim był Hieronim Chodkiewicz[37]. W tym samym czasie również innych przedstawicieli społeczności prawosławnej spotykamy jako piastujących różne urzędy. W roku 1551 na wojewodę nowogródzkiego został mianowany Aleksander Iwanowicz Połubiński. Ten sam urząd w latach 1551-1558 sprawował Iwan Hornostaj. Z kolei wojewodą podlaskim w latach 1558-1569 był Wasyl Tyszkiewicz[38].

---

[34] *Archiwum Komisji Historycznej*, t. 7, Kraków 1900, s. 280-281.

[35] Zdaniem A. Łapińskiego przywilej z 1529 r., podobnie jak dokument z 1522 r., skierowane były przeciwko wszystkim bez różnicy wyznania nieobywatelom Wielkiego Księstwa Litewskiego w ścisłym znaczeniu, a nie tylko przeciwko prawosławnym, zob. A. Łapiński, *Zygmunt Stary a Kościół prawosławny*, Warszawa 1937, s. 163. Innego zdania jest W. Czermak, który twierdzi, iż przywilej z roku 1529 uniemożliwiał piastowanie urzędów i godności nie wszystkim Rusinom, ale tylko Rusinom-schizmatykom, zob. W. Czermak, dz. cyt., s. 392.

[36] Przypadek Chodkiewiczów zasługuje na uwagę: hetman Hrehory pozostał prawosławny; jego brat Hieronim przeszedł na kalwinizm i miał syna Jana (1537-1579), który w trzydziestym roku został mianowany wielkim marszałkiem. Mnożenie się sekt zniechęciło go do protestantyzmu i na sejmie w 1572 r. przeszedł publicznie na katolicyzm, zob. A. Jobert, *Od Lutra do Mohyły. Polska wobec kryzysu chrześcijaństwa 1517–1648*, przeł. E. Sękowska, Warszawa 1994, s. 106.

[37] A. Mironowicz, *Kościół prawosławny w państwie Piastów*, s. 215-216.

[38] K. Chodynicki, *Geneza równouprawnienia schyzmatyków w Wielkim Ks. Litewskim. Stosunek Zygmunta Augusta do wyznania grecko-wschodniego*, „Przegląd Historyczny" 22 (1919-1920), s. 135.

W ciągu pierwszej połowy XVI w. prawdopodobnie wyodrębnił się specyficzny typ ruskiej szlachty – „gente Ruthenus natione Polonus" („z urodzenia Rusin, z narodowości Polak"), jak określił się wybitny ówczesny publicysta spod Przemyśla, uznany rzecznik złotej wolności szlacheckiej, całe życie walczący o pełne równouprawnienie prawosławnych, Stanisław Orzechowski[39]. Stało się to możliwe dzięki upodmiotowieniu szlachty ruskiej. Jak stwierdza N. Jakowenko, „dzięki udziałowi w życiu sejmikowym przeciętny szlachcic, nawet jeśli był tylko posiadaczem głosu wyborczego, włączał się w kategorie politycznego myślenia, w omawianie problemów ustroju państwa, polityki, prawa. To pozwalało łączyć świadomość ruskiego pochodzenia z poczuciem przynależności do polskiego narodu politycznego"[40].

Ostatnimi aktami formalnie ograniczającymi dostęp do urzędów w Rzeczypospolitej były dokumenty z 1547 r. i 1551 r., w których zostały potwierdzone postanowienia układu horodelskiego[41]. W dokumencie z 1547 r. król zobowiązał się w imieniu swoim i następców wszystkie dostojeństwa, województwa, kasztelanie oraz „urzędy wieczne ziemskie", a także urzędy dworskie nadawać tylko katolikom. Ponadto tylko katolicy mieli być dopuszczani do rady wielkoksiążęcej[42]. Podobnie w dokumencie z 1551 r. władca w imieniu swoim i swoich następców obiecał nienadawanie żadnych dostojeństw wyznawcom prawosławia oraz niedopuszcznie ich do rady wielkoksiążęcej[43]. Jednak już 7 czerwca 1563 – zgodnie z myślą sformułowaną w 1564 r. – żeby „różnice około unjej między niemi [tj. narodami polskim i litewskim – przyp. L. Ć.] porownać, a wszystko, coby tej tak

---

[39] Matka Orzechowskiego, Jadwiga Baraniecka, była córką księdza prawosławnego. Ojciec natomiast, także Stanisław, był szlachcicem polskim wyznania rzymskokatolickiego. Na temat działalności publicystycznej Stanisława Orzechowskiego zob. J. Starnawski, *Wstęp*, [w:] S. Orzechowski, *Wybór pism*, oprac. J. Starnawski, Wrocław 1972; J. Starnawski, *Stanisław Orzechowski w sądach współczesnych i potomnych*, [w:] *Z dziejów kultury i literatury ziemi przemyskiej*, t. 2, Przemyśl 1973, s. 11-21; B. Kosmanowa, *Stanisław Orzechowski (1513-1566) jako polemista religijny*, „Euhemer. Przegląd Religioznawczy" 4 (1975), s. 21-33.

[40] N. Jakowenko, *Historia Ukrainy od czasów najdawniejszych do końca XVIII wieku*, przeł. O. Hnatiuk, K. Kotyńska, Lublin 2000, s. 112-113. Według M. Hruszewskiego powyższy proces nastąpił już w ciągu XV w. Autor w następujący sposób go uzasadnia: „Wspólnota interesów klasowych i pragnienie zrównania się nie tylko *de iure*, ale i faktycznie z uprzywilejowanymi panami polskimi, osiągnięcie wszystkich wygód i honorów, na jakie mogła liczyć szlachta lub magnaci polscy, wpływ kultury szlacheckiej i katolickiego żywiołu, jaki rozwijał się tutaj i zalewał coraz dalsze i coraz więcej ziem ukraińskich, wreszcie – śluby mieszane z Polakami i na odwrót – wszystkie te czynniki i wpływy (...) dokonywały swego dzieła bardzo szybko" (M. Hruszewśkyj, dz. cyt., t. 6, s. 238, tł. moje.).

[41] Zdaniem K. Chodynickiego akty te dotyczyły wszystkich pochodzących spoza właściwego Wielkiego Księstwa Litewskiego bez różnicy wyznania, zob. K. Chodynicki, dz. cyt., s. 110-113.

[42] *Archiwum Komisji Prawniczej*, t. 7, s. 290.

[43] Tamże, s. 297.

świętej i tak potrzebnej i tak sławnej rzeczy przekazać miało, z drogi zwalić"[44], zniósł wszystkie ograniczenia (w istocie już wcześniej nieprzestrzegane). Przywilej stwierdzał, że „ot toho czasu nie tylko tyje panowie szliachta i bojary, albo potomkowie ich wsich zieml naszich toho sieho panstwa naszoho darowania priwiljew i nadania wsich wołnostiej i praw ziemskich używati i s nich sia weseliti majut, kotoryje sut' poddani Kostiełu rimskomu i kotorych też prodkowie klejnoty i herby w Korunie Polskoj prijmowali, ale też i wsi insze stanu rycerskoho i szliachetskoho jak litowskoho tak i ruskoho narodu, odnoby byli wiery chrestianskoje (...)". Podobnie „wsi rycerskoho stanu z narodu szliacheckoho liudi wiery chrestianskoje" mieli możność ubiegania się o wszelkie urzędy, godności i dostęp do rady wielkoksiążęcej. Odtąd „żaden stanu rycerskoho i szliachetskoho s storony zakonu swojeho buduczi wiery chrestianskoje człowik" nie mógł być odsuwany od korzystania z tych uprawnień[45]. Władca widział w tym krok w kierunku unii, której był gorącym i czynnym orędownikiem. Z tych też względów przywilej z 1563 r. został potwierdzony i uściślony (poprzez wymienienie obok szlachty kniaziów ruskich) 1 lipca 1568 r. w Horodle i na sejmie grodzieńskim, przygotowującym unię oraz w samym akcie unii lubelskiej w 1569 r.[46] W przywileju horodelskim czytamy: „tyje artykuły dwa w pierwszom priwilju naszom porownanyje, tak mieti choczem i zostawujem, a objasniajem jawnie i znacznie sim listom i priwiljem naszim tomu pierwszomu wilenskimu niczoho nie ubliżajuczi, odnoż szto tam w tom priwilji opisan panom szliachtie obojeho zakonu i wiery chrestianskoje rimskoho zakonu Litwie, a hreczeskoho Rusi, a kniaziej w onom priwilji nie naznaczono i nie postanowieno, ani o nich tam zmienki nie wczinieno, kotorych prodkowie i oni sami wsie to czinili, szto wyszej o narodie tom sławnom Welikoho Kniazstwa acz dwojeho zakonu chrestianskoho ludiej ale odnoho i odnakoho narodu opisano i pomienieno"[47]. O motywach swego działania mówił król w 1568 r. w następujący sposób: „tot to narod ruskij do takowoho społnoho złuczenia, y braterstwa unii chutliwi i hotowi sut i odnak zo wsimi to jest pospoł z bratieju Litwoju toho pożedajut i tomu sia majut i choczut mieti"[48].

---

[44] *Zygmunt August król polski i wielki książę litewski na sejmie w Warszawie 13 marca 1564 r. odstępuje sukcesję na Wielkie Księstwo Litewskie Koronie Polskiej*, [w:] *Akta unii Polski z Litwą*, nr 90, s. 179-180, (cyt. s. 180).

[45] *Monumenta Reformationis Polonicae et Lithuanicae*, seria I, z. 1, Wilno 1925², s. 14-19, (cyt. s. 16-17).

[46] J. Bardach, *Unia lubelska, jej geneza i znaczenie*, [w:] *Pamiętnik X Powszechnego Zjazdu Historyków Polskich w Lublinie w 1969 r.*, t. 3, Warszawa 1971, s. 399; K. Chodynicki, dz. cyt., s. 101-131.

[47] *Monumenta Reformationis Polonicae et Lithuanicae*, s. 20-28, (cyt. s. 24).

[48] Tamże, s. 27.

Podejmując decyzję o zniesieniu ograniczeń panujący zapewne pragnął zagwarantować wszystkim całkowitą równość praw politycznych. W tym czasie bowiem najwyższe godności na Litwie i w Polsce piastowało wielu protestantów, więc ograniczenia pod tym względem wyznawców o tyle starszego Kościoła wschodniego musiały być odbierane jako anachronizm. J. Bardach uważa, iż kwestia wyznania od połowy XVI w. przestała odgrywać istotniejszą rolę, gdyż magnaci Litwy ściślejszej przestali być wyłącznie reprezentantami katolicyzmu, w związku z ugruntowaniem się na tych terenach kalwinizmu. Jednocześnie reformacja objęła część rodów ruskich, co połączyło ich solidarnością wyznaniową z panami litewskimi[49]. Jego zdaniem do rezygnacji z powyższego przywileju skłoniło panów litewskich także to, iż w obliczu unii zależało im na uzyskaniu poparcia magnatów i szlachty ruskiej (prawosławnej) dla przeciwstawienia się inkorporacyjnym tendencjom Korony w stosunku do Wołynia i Podlasia[50]. Decyzja królewska była również formą jakiejś nagrody dla Rusinów, którzy okazali całkowitą lojalność i niezachwianą wierność podczas konfliktu zbrojnego z prawosławną Moskwą oraz była motywowana chęcią uzyskania w tej sprawie jeszcze większego poparcie z ich strony[51]. Król musiał też brać pod uwagę postawę samej szlachty. Otóż już na początku XVI stulecia, kiedy to szlachta rozpoczęła walkę o rządy w państwie i sięgnęła po nie poprzez uchwalenie konstytucji „Nihil novi", zapewniającej jej współudział we władzy ustawodawczej sprawowanej przez posłów sejmowych wybieranych przez ziemskie samorządy (sejmiki), udowodniła, że różnice wyznaniowe nie miały dla niej istotniejszego znaczenia. Dla obrony przed królem i senatorami najważniejsza była solidarność szlachecka, a nie kwestia wyznawanej religii, co doprowadziło do niespotykanej w skali europejskiej tolerancji religijnej. Wystarczy wspomnieć, że np. przywódcą ruchu egzekucyjnego i marszałkiem sejmu w czasach Zygmunta Augusta był pochodzący z prawosławnej rodziny protestant Mikołaj Sienicki[52]. Ostateczne równouprawnienie panów i szlachty prawosławnej wynikało też zapewne z wielokrotnie dawanych przez władcę dowodów przychylności dla Kościoła wschodniego, gdy występował on jako opiekun praw i majątku cerkwi[53].

---

[49] J. Bardach, *Studia z ustroju i prawa Wielkiego Księstwa Litewskiego. XIV-XVIII w.*, Warszawa 1970, s. 50.

[50] Tamże.

[51] O. Halecki, *Od unii florenckiej do unii brzeskiej*, przeł. A. Niklewicz, t. 1, Lublin 1997, s. 222-223; W. Piotrowicz, *Unia i dyzunia kościelna w Polsce*, Wilno 1933, s. 12.

[52] S. Grzybowski, *Mikołaj Sienicki. Demostenes sejmów polskich*, „Odrodzenie i Reformacja w Polsce" 2 (1957), s. 91-132.

[53] K. Chodynicki, dz. cyt., s. 80-93.

Szlachta prawosławna, wdzięczna królowi polskiemu za działania podjęte na rzecz zrównania jej statusu prawnego ze szlachtą polską, podczas wojen z Moskwą wiernie stała po stronie króla polskiego, w chwilach zagrożenia broniąc własnej ojczyzny. Jako przykład może posłużyć sytuacja, jaka miała miejsce po zdobyciu Smoleńska przez wojska moskiewskie. Wówczas prawosławny biskup Warsonofiusz oraz książęta i panowie smoleńscy dążyli do powrotu pod władzę Zygmunta I Starego, prowadząc pertraktacje w sprawie wydania mu miasta. A gdy się to nie udało bojarstwo prawosławne wyjechało na Litwę[54]. Za Zygmunta Augusta na czele wojska walczącego z Moskwą stał Grzegorz (Herhory) Chodkiewicz a negocjacje z nieprzyjacielem prowadził prawosławny Barkułab Iwanowicz Korsak. O treści rozmów monarcha informował prawosławnego Romana Sanguszkę[55]. Sanguszko był wojewodą bracławskim i hetmanem polnym litewskim. Nie ulega wątpliwości, że postawa taka wynikała z uznania przez społeczność ruską wyznania prawosławnego Korony i Wielkiego Księstwa Litewskiego jako własnego państwa. We wrześniu 1572 r. na sejmiku w Rudnikach żaden z trzech senatorów prawosławnych z Wielkiego Księstwa Litewskiego (kasztelan wileński Hrehory Chodkiewicz, kasztelan nowogródzki Hrehory Wołłowicz i wojewoda brzesko – litewski Jerzy Tyszkiewicz) nie opowiedzieli się za kandydaturą Iwana IV na króla polskiego. Magnateria litewska, która opowiadała się za kandydaturą carską, została oskarżona przez prawosławnego księcia Jerzego Olelkowicza Słuckiego za zdrajców Rzeczypospolitej[56].

Bibliografia do części I

Źródła

Acta Tomiciana per Stanislaum Gorski, can. Cracovien. et Plocensem, t. 6, Posnaniae 1857.

Akta grodzkie i ziemskie z czasów Rzeczypospolitej Polskiej z archiwum tak zwanego bernardyńskiego we Lwowie, t. 13 i 17, Lwów 1888-1901.

Akta unii Polski z Litwą (1385-1791), wyd. S. Kutrzeba, W. Semkowicz, Kraków 1932.

Archiwum Komisji Historycznej, t. 7, Kraków 1900.

Codex epistolais saeculi decimi quinti, wyd. A. Sokołowski, J. Szujski, A. Lewicki, t. 3, Kraków 1894.

---

[54] A. Łapiński, dz. cyt., s. 174; H. Kowalska, J. Wiśniewski, *Olelkowicz Jerzy*, [w:] PSB, t. 23, Kraków 1978, s. 743; H. Grala, *Kołpak Witołdowy czy czapka Monomacha. Dylematy wyznawców prawosławia w monarchii ostatnich Jagiellonów*, [w:] *Katolicyzm w Rosji i prawosławie w Polsce (XI-XX w.)*, pod red. J. Bardacha i T. Chynczewskiej-Hennel, Warszawa 1997, s. 58.

[55] K. Chodynicki, dz. cyt., s. 95-96.

[56] M. Krom, *Miż Rusju i Litwoj. Zapadnorusskije ziemli w sistiemie russko-litowskich otnoszenij konca XV–pierwoj trieti XVI w.*, Moskwa 1995, s. 204-209.

Monumenta Reformationis Polonicae et Lithuanicae, seria I, z. 1, wyd. 2, Wilno 1925.

Poczet rodów w Wielkiém Księstwie Litewskiém w XV i XVI wieku, ułożył i wydał A. Boniecki, Warszawa 1887.

Theiner A., *Vetera Monumenta Poloniae et Lithuaniae*, t. 1: 1217-1409, Romae 1860.

Urzędnicy centralni i dostojnicy Wielkiego Księstwa Litewskiego XIV–XVIII wieku, opr. H. Lulewicz i A. Rachuba, Kórnik 1994.

Urzędnicy województw kijowskiego i czernihowskiego XV-XVIII wieku. Spisy, oprac. E. Janas i W. Kłaczewski, Kórnik 2002.

Volumina legum, t. 1, wyd. I. Ohryzko, Petersburg 1859.

Opracowania

Bardach J., *Studia z ustroju i prawa Wielkiego Księstwa Litewskiego. XIV-XVIII w.*, Warszawa 1970.

Bardach J., *Unia lubelska, jej geneza i znaczenie*, [w:] *Pamiętnik X Powszechnego Zjazdu Historyków Polskich w Lublinie w 1969 r.*, t. 3, Warszawa 1971.

Biednow W., *Prawosławnaja Cerkow w Polsze i Litwie (po Volumina Legum)*, Jekatierinosław 1908.

Chodynicki K., *Geneza równouprawnienia schyzmatyków w Wielkim Ks. Litewskim. Stosunek Zygmunta Augusta do wyznania grecko-wschodniego*, „Przegląd Historyczny" 22 (1919-1920).

Czermak W., *Sprawa równouprawnienia schizmatyków i katolików na Litwie (1432-1563)*, „Rozprawy Akademii Umiejętności. Wydział Historyczno-Filozoficzny. Seria II" 19 (44) (1903).

Drabina J., *Religie na ziemiach Polski i Litwy w średniowieczu*, Kraków 1989.

Grala H., *Kołpak Witołdowy czy czapka Monomacha. Dylematy wyznawców prawosławia w monarchii ostatnich Jagiellonów*, [w:] *Katolicyzm w Rosji i prawosławie w Polsce (XI-XX w.)*, pod red. J. Bardacha i T. Chynczewskiej-Hennel, Warszawa 1997.

Grzybowski S., *Mikołaj Sienicki. Demostenes sejmów polskich*, „Odrodzenie i Reformacja w Polsce" 2 (1957).

Halecki O., *Od unii florenckiej do unii brzeskiej*, przeł. A. Niklewicz, t. 1, Lublin 1997.

Hruszewśkyj M., *Istorija Ukrajiny-Rusy*, t. 6, Kyjiw-Lwiw 1907.

Jakowenko N., *Historia Ukrainy od czasów najdawniejszych do końca XVIII wieku*, przeł. O. Hnatiuk, K. Kotyńska, Lublin 2000.

Janeczek A., *Osadnictwo pogranicza polsko-ruskiego. Województwo bełskie od schyłku XIV do początku XVII w.*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991.

Jobert A., *Od Lutra do Mohyły. Polska wobec kryzysu chrześcijaństwa 1517–1648*, przeł. E. Sękowska, Warszawa 1994.

Kempa T., *Konstanty Wasyl Ostrogski (ok. 1524/1525-1608) wojewoda kijowski i marszałek ziemi wołyńskiej*, Toruń 1997.

Korczak L., *Litewska Rada Wielkoksiążęca w XV wieku*, Kraków 1998.

Kosmanowa B., *Stanisław Orzechowski (1513-1566) jako polemista religijny*, „Euhemer. Przegląd Religioznawczy" 4 (1975).

Kowalska H., Wiśniewski J., *Olelkowicz Jerzy*, [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. 23, Kraków 1978.

Krom M., *Miż Rusju i Litwoj. Zapadnorusskije ziemli w sistiemie russko-litowskich otnoszenij konca XV–pierwoj trieti XVI w.*, Moskwa 1995.

Lulewicz H., *Bohdan Sapieha h. Lis*, [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. 24, Wrocław-Warszawa-Kraków 1992-1993.

Lulewicz H., *Paweł Sapieha na Kodniu (zm. 1579)*, [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. 25, Warszawa-Kraków 1994.

Lulewicz H., *Paweł Sapieha*, [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. 25, Warszawa-Kraków 1994.

Lulewicz H., *Sapieha Bohdan na Boćkach h. Lis*, [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. 24, Wrocław-Warszawa-Kraków 1992-1993.

Łapiński A., *Zygmunt Stary a Kościół prawosławny*, Warszawa 1937.

Michalewiczowa M., *Iwan Sapieha (zm. 1517)*, [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. 24, Wrocław-Warszawa-Kraków 1992-1993.

Michalewiczowa M., *Sapieha Bohdan*, [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. 24, Wrocław-Warszawa-Kraków 1992-1993.

Mironowicz A., *Kościół prawosławny w państwie Piastów i Jagiellonów*, Białystok 2003.

Moronowicz A., *Podlaskie ośrodki i organizacje prawosławne w XVI i XVII wieku*, Białystok 1991.

Pietkiewicz K., *Wielkie Księstwo Litewskie pod rządami Aleksandra Jagiellończyka*, Poznań 1995.

Piotrowicz W., *Unia i dyzunia kościelna w Polsce*, Wilno 1933.

Półćwiartek J., *Rola Kościoła na pograniczu etnicznym polsko-ruskim*, [w:] *Władze państwowe a związki wyznaniowe w Polsce XVI-XX wieku*, Warszawa 1968.

Ptaszycki S., *Dostojnicy litewscy. Rozbiór krytyczny i uzupełnienie dzieła Józefa Wolffa „Senatorowie i dygnitarze Wielkiego Księstwa Litewskiego (1388-1795)", Kraków 1885*, Warszawa 1886.

Radzimiński Z., *Słowo o namiestnikach rusko-litewskich i marszałkach ziemi wołyńskiej*, Kraków 1885.

Starnawski J., *Stanisław Orzechowski w sądach współczesnych i potomnych*, [w:] *Z dziejów kultury i literatury ziemi przemyskiej*, t. 2, Przemyśl 1973.

Starnawski J., *Wstęp*, [w:] S. Orzechowski, *Wybór pism*, oprac. J. Starnawski, Wrocław 1972.

Tazbir J., *Tradycje tolerancji religijnej w Polsce*, Warszawa 1980.

Wojtkowiak Z., *Ostrogski Konstanty*, [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. 24, Wrocław-Warszawa-Kraków 1992-1993.

Wolff J., *Senatorowie i dygnitarze Wielkiego Księstwa Litewskiego 1386-1795*, Kraków 1885. Wolff J., *Kniaziowie litewsko-ruscy od końca XIV wieku*, Warszawa 1895.

Streszczenie

W części I artykułu wskazano, że udział elit prawosławnych w życiu politycznym był możliwy dzięki prawnemu zrównaniu szlachty ruskiej z polską i litewską. Na terenie Królestwa Polskiego nastąpiło to w przywilejach z lat 1430 i 1432. W Wielkim Księstwie Litewskim początkowo istniały formalne zakazy udziału przedstawicieli elity prawosławnej w sprawowaniu władzy, ale w praktyce ograniczeń tych nie przestrzegano i kilku prawosławnych piastowało wysokie stanowiska państwowe. W końcu XV i na początku XVI w. największą karierę polityczną zrobił prawosławny kniaź Konstanty Iwanowicz Ostrogski. Formalne ograniczenia w dostępie do stanowisk i urzędów zostały zniesione dokumentem z 7 czerwca 1563 r., co zostało następnie potwierdzone i uściślone w przywileju z 1 lipca 1568 r. wydanym w Horodle i na sejmie grodzieńskim.

SŁOWA KLUCZOWE: Rzeczpospolita XV-XVIII w., historia prawosławia w Polsce, stanowiska i urzędy w Rzeczypospolitej w XV-XVIII w.

Summary

Part I of the article points out that the Orthodox elite's participation in the exercise of power was possible after the equalizing of the rights of the Ruthenian, Polish and Lithuanian nobility. In the Polish Kingdom, it was granted in the privilege charters dated 1430 and 1432. Initially, the Grand Duchy of Lithuania upheld formal ban on the participation of the Orthodox elite in government, but this was not observed in practice and a few Orthodox representatives held relatively high official positions. In the late 15th and early 16th century, Knyaz Konstantin Ivanovich Ostrogski, an Orthodox aristocrat, had the most remarkable career as a politician. Formal restrictions in holding positions and offices were abolished by a document dated 7 June 1563, which was subsequently reiterated and refined in the privilege charter dated 1 July 1568, issued in Horodlo and at the Diet of Grodno.

KEY WORDS: 15th and 18th century Republic, history of the Orthodox Church in Poland, offices in the 15th and 18th century Republic

Autor

Leszek Ćwikła – dr hab., dyrektor Instytutu Prawa i Ekonomii na Wydziale Zamiejscowym Prawa i Nauk o Społeczeństwie KUL w Stalowej Woli.

Filip Ciepły

Normatywna koherencja prawa i moralności

Normative Coherence of Law and Morality

Wprowadzenie

Słusznie wskazuje się, iż rozważania z zakresu aksjologii prawa, a więc metodyczna analiza wartości, na których opiera się czy to cały system prawny, czy też określony akt normatywny, ma ważkie znaczenie przy ustalaniu treści norm prawnych[1]. Badania aksjologiczne w ramach szczegółowych dyscyplin jurydycznych nie są jednak prowadzone ani często, ani bez trudności. Jest tak nie tylko ze względu na przedmiot i metodę tego rodzaju badań, a warto zaznaczyć, że przez długi czas w poszczególnych dogmatykach prawniczych analizy aksjologiczne były pomijane bądź marginalizowane, ale być może jest tak przede wszystkim dlatego, że wobec pluralizmu preferencji aksjologicznych, politycznych, światopoglądowych trudno w doktrynie uzyskać konsensus interpretacyjny w konstruowaniu przejrzystego i hierarchicznie uporządkowanego katalogu wartości prawnie relewantnych[2].

Bez względu na tego rodzaju trudności oraz rozpowszechniony, zwłaszcza w debatach politycznych i publicystycznych, pogląd o rzekomej neutralności moralnej państwa i prawa, w doktrynie zasadnie przyjmuje się, że każde prawo stanowione ma u swoich podstaw – niezależnie od tego na ile organ stanowiący lub stosujący prawo sobie to uświadamia – określony, zhierarchizowany system wartości, który powinien być brany pod uwagę przy odczytywaniu treści norm prawnych. Dokonując wykładni prawa nie sposób nie uznać istnienia określonych i relewantnych dla interpretacji prawa założeń aksjologicznych, w tym

---

[1] Zob. M. Kordela, *Aksjologia źródeł prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2016, nr 2, s. 15-26.

[2] Zob. P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997, s. 17-18.

konkretnych rozstrzygnięć moralnych prawodawcy (tego co dobre, a co złe), które pokazują, że dany stan rzeczy jest normatywnie przyjmowany i wskazywany za godny aprobaty albo dezaprobaty[3].

Prawo moralnie neutralne?

Na gruncie założeń pozytywizmu prawnego i traktowania prawa jako instrumentu kontroli lub inżynierii społecznej, w ramach doktryny demokratycznego państwa prawnego, podnoszono niekiedy tezę, że prawo i moralność są rozdzielone, tworząc dwa odrębne, niezależne od siebie normatywne obszary. W rzeczywistości w demokratycznym państwie prawnym nie da się jednak mówić o moralnej neutralności prawa w tym znaczeniu, że prawo nie wynika z uznanego w społeczeństwie systemu moralnego. Prawo jest zbiorem norm wyznaczających określone powinności zachowania się w postaci nakazów lub zakazów, jednak te nakazy i zakazy są ustalane przez prawodawcę właśnie ze względu na potrzebę ochrony fundamentalnych wartości uznawanych przez suwerena. Norma zawierająca zakaz lub nakaz określonego zachowania się jest wprowadzana do systemu prawnego ze względu na to, że według przekonania prawodawcy zachowanie jej przeciwne jest szkodliwe, gdyż narusza posiadające społeczną wartość dobro. Każda norma prawna chroni określone dobro, a więc jakąś wartość. U jej podstaw leżą zatem dokonane przez prawodawcę określone rozstrzygnięcia aksjologiczne[4]. Normy prawne są budowane na fundamencie konkretnych wartości, które normy te mają chronić i promować[5]. Normy prawne są postrzegane jako szczególny jurydyczny wehikuł wartości[6]. W tym sensie konkretny system prawny lub akt normatywny z natury rzeczy nie jest neutralny aksjologicznie, gdyż wywodzi się z danego systemu wartości i ochronie konkretnych wartości służy[7].

---

[3] Zob. M. Tarnawski, *Kodeks karny z 1969 r., założenia a rzeczywistość – wybrane problemy prawne i aksjologiczne*, w: A. Strzembosz (red.), *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu*, Lublin 1988, s. 55-56.

[4] A. Zoll, w: T. Bojarski (red.), *System prawa karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, Warszawa 2014, s. 229; A. Zoll, *Czy filozofia ma być służącą czy panią? (uwagi do pewnej wypowiedzi P.J.A. Feuerbacha)*, w: A. Zoll, J. Stelmach, J. Halberda (red.), *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczów Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 2001, s. 23.

[5] P. Winczorek, *Konstytucja i wartości*, w: J. Trzciński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997, s. 45-46.

[6] P. Winczorek, *Aksjologiczne problemy nowej Konstytucji PRL*, w: S. Zawadzki (red.), *Studia konstytucyjne*, t. I, *Teoretyczne i aksjologiczne problemy konstytucji*, Warszawa 1989, s. 216.

[7] S. Wronkowska, *Kryteria oceny prawa*, w: E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa (lata 1989-99)*, Toruń 2001, s. 44-45; J. Zakrzewska, *Spór o konstytucję*, Warszawa 1993, s. 200.

Podnoszona niekiedy w debatach publicznych teza o neutralności moralnej prawa nie oznacza ani ścisłej separacji, ani ścisłej zależności prawa i moralności. Nie oznacza również obojętności prawa na ważne problemy moralne ani aksjologicznej indyferencjacji porządku prawnego. Charakter stosunku prawa do moralności, w perspektywie akceptowalnego postulatu neutralności moralnej prawa, wyznacza jedynie jego treść opartą na fundamentalnym rozróżnieniu moralności prywatnej oraz publicznej[8]. Państwo i prawo nie może społeczności narzucić ścisłej orientacji ideowej jednostkom, ale jest odpowiedzialne za minimalny konsensus wartości w granicach swojego zobowiązania o dobro wspólne[9].

Trafnie wskazuje się, że połączenie prawa i moralności ma tego rodzaju charakter, że można mówić o recepcji społecznego porządku wartości przez prawo. Odnosi się to przede wszystkim do podstawowych wolności i praw człowieka oraz ogólnych zasad prawa, z których można odczytać tablicę wartości, które dane społeczeństwo uznaje za swoje[10]. Prawo, które jest istotną częścią szerszego systemu ocen i relacji społecznych, stanowi wytwór określonego kontekstu społecznego i dziedzictwa kulturowego, jest rezultatem dążeń społeczeństwa do wspólnotowego poszanowania i realizacji społecznie relewantnych wartości[11]. Przez stanowienie norm prawnych społeczeństwo daje określonym wartościom społecznym bezpośrednią moc wiążącą. Etyka społeczna potrzebuje uzupełniającego moralność porządku normatywnego, który zagwarantuje przeforsowanie koniecznego dla wspólnoty politycznej fundamentu aksjologicznego. Tę gwarancję może dać tylko prawo. Tym samym przez włączenie w prawo najważniejsze wartości mają udział w mocy wiążącej prawa[12]. Prawo wchłania pewne wartości i krystalizuje je w treści przepisów. Najbardziej doniosłe wartości niewyrażone formalnie w formie jurydycznej nie objawiałyby ani swojej ewidentności, ani skuteczności dla życia społecznego[13].

---

[8] M. Błachut, *Postulat neutralności moralnej prawa a konstytucyjna zasada równości*, Wrocław 2005, s. 171-172.

[9] B. Sutor, *Etyka polityczna. Ujęcie całościowe na gruncie chrześcijańskiej nauki społecznej*, Warszawa 1994, s. 221; Za: P. Winczorek, *Konstytucja i wartości…*, s. 50.

[10] A. Kość, *Relacja prawa i wartości w społeczeństwie otwartym*, w: I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 145.

[11] Por. P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych podstaw prawa we współczesnej polskiej filozofii i teorii prawa*, Kraków 1996, s. 5.

[12] A. Kość, *Relacja prawa…*, s. 144-145.

[13] M. Stasiak, *Prawo w funkcji humanizacji życia*, w: A. Dębiński, P. Stanisz, T. Barankiewicz, J. Potrzeszcz, W. Sz. Staszewski, A. Szarek-Zwijacz, M. Wójcik (red.), *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, Lublin 2013, s. 337.

Racjonalność i efektywność aksjologiczna prawa

Z punktu widzenia funkcjonowania prawa w konkretnych realiach społecznych należy stwierdzić, że system prawny pozbawiony wartości relewantnych w stosunku do treści jego norm byłby systemem całkowicie niezrozumiałym dla swoich adresatów. Jak podkreśla K. Pałecki nie chodzi w tym przypadku o semantyczne rozumienie języka, w jakim ten system wyartykułowano, ale o przyczyny, dla których dane normy zostały ustanowione. Bez możliwości ustalenia tych przyczyn, zarówno same normy, jak i podejmowane zgodnie z nimi działania jawią się jako przypadkowe lub oparte na całkowicie arbitralnych decyzjach prawodawcy oraz instytucji stosujących prawo. System prawa oddzielony od społecznie uznanych, głęboko zakorzenionych w społeczeństwie wartości jest pozbawiony racjonalności, tracąc podstawową wartość każdego systemu – podstawę rozstrzygnięcia o włączeniu do systemu[14].

Traktowanie prawa wyłącznie jako wyzutego z wartości instrumentu kontroli lub inżynierii społecznej, narzędzia implementacji obcej konkretnemu społeczeństwu ideologii, wdrażania jakiegoś rewolucyjnego projektu politycznego lub realizacji interesów grupy sprawującej władzę prowadzi do zerwania więzi z autonomicznym rozwojem prawa, który jest wynikiem jego wewnętrznej logiki, historii i korzeni cywilizacyjnych[15]. Prawo – samo nie będąc *de facto* wartością autonomiczną – musi mieć swoje konieczne, pewne, uprawomocniające oparcie w podstawowych wartościach moralnych uznanych w społeczeństwie[16]. Wartości te, stanowiąc sferę aksjologiczną prawa, decydują nie tylko o treści materialnej, ale i o poszanowaniu prawa[17].

Słusznie wskazuje się, że warunkiem efektywności systemu prawnego jest jego spójność. Nie jest to jednak tylko spójność formalna, polegająca na legitymowaniu się norm systemu upoważnieniami prawodawczymi opartymi na ustawie zasadniczej i zasadach prawa, lecz także spójność aksjologiczna, polegająca na tym, iż normy danego systemu prawnego znajdują uzasadnienie aksjologiczne

---

[14] K. Pałecki, *Zmiany w aksjologicznych podstawach prawa jako wskaźnik jego tranzycji*, w: K. Pałecki (red.), *Dynamika wartości w prawie*, Kraków 1997, s. 18-19. Por. T. Kaczmarek, *Wolność dysponowania życiem a prawo do godnej śmierci*, w: M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji Arłamów 16-18 maja 2005 r.*, Wolters Kluwer Polska 2006, s. 46.

[15] Por. J. Kochanowski, *Trzy powody czy też symptomy kryzysu prawa*, w: H. Izdebski, A. Stępkowski (red.), *Nadużycie prawa*, Warszawa 2003, s. 84-85; A. Kość, *Relacja prawa…*, s. 144.

[16] Por. P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych…*, s. 117.

[17] A. Bałandynowicz, *Prawo bez autorytetu – prawo pozbawione sumienia – a wykluczenie społeczne jednostek*, w: B. Pastwa-Wojciechowska (red.), *Człowiek w obliczu prawa*, Kraków 2008, s. 211-212.

w zidentyfikowanym, uznanym społecznie, odpowiednio uporządkowanym systemie wartości, którym realizacja norm prawnych ma służyć[18].

Pluralizm czy uniwersalizm aksjologiczny prawa?

Chociaż współczesne ideologie państwowe często wskazują jako wzorzec model tzw. społeczeństwa otwartego, w którym promuje się pluralizm wartości, co oznacza, że optymalnie powinny istnieć i współżyć grupowe systemy wartości, niemniej jednak realnie państwo nie może istnieć bez uniwersalnego, chronionego prawnie porządku wartości podstawowych. Tylko tam, gdzie jest stworzony wspólny grunt wartościowania, powstaje szansa rozpoczęcia procesu integracyjnego pluralistycznego społeczeństwa, z którego może wyłonić się porządek prawny[19]. Chociaż w tzw. pluralistycznym społeczeństwie wyklucza się możliwość przełożenia na język prawa jednego, partykularnego systemu moralnego, w społeczeństwie otwartym są bowiem obecne i ścierają się różne spojrzenia na etykę życia publicznego, niemniej jednak społeczeństwo tworzące jedno państwo, żeby przetrwać, musi odwoływać się do wartości wynikających ze wspólnych korzeni kulturowych, które umożliwią bezpieczne prowadzenie dialogu moralnego. Wspólnota potrzebuje tego rodzaju wartości, aby w ogóle móc istnieć. Implikuje to konieczność znalezienia, także w tzw. społeczeństwie pluralistycznym, zakresu norm etycznych akceptowanych przez wszystkich, a przynajmniej przez zdecydowaną większość[20]. Odwoływanie się w procesie tworzenia i stosowania prawa do zasadniczych, uniwersalnych wartości społecznych wymaga wysokiego stopnia świadomości i dojrzałości moralnej, znajomości i szacunku dla rodzimej kultury oraz jej dziedzictwa moralnego, jak również dozy praktycznej mądrości politycznej.

W gruncie rzeczy cały system prawny jako taki jest aksjologicznie nasycony. Pod tym względem szczególnie wyróżniona jest jednak ustawa zasadnicza. Istotną funkcją konstytucji jest jej funkcja integracyjna, polegająca na stworzeniu w miarę jednoznacznego obrazu wartości, celów i zasad rządzących państwem[21]. Słusznie zwraca się uwagę, że identyfikacja, analiza i walor argumentacyjny wartości konstytucyjnych pozwala na zachowanie spójności aksjologicznej całego

---

[18] Por. Z. Ziembiński, *Wartości konstytucyjne. Zarys problematyki*, Warszawa 1993, s. 97-109.

[19] A. Kość, *Relacja prawa…*, s. 135-142.

[20] A. Zoll, w: T. Bojarski (red.), *System prawa karnego. Tom 2…*, s. 229.

[21] A. Młynarska-Sobaczewska, *Normatywizacja pamięci zbiorowej w preambułach do konstytucji państw postkomunistycznych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2014, nr 2, s. 234.

systemu prawnego[22]. Wartości konstytucyjne wskazują kierunek rozwoju treści norm, umożliwiają także krytyczną ich analizę, wyznaczając kryterium porównawcze[23]. Aksjologia konstytucyjna określa w jakim duchu powinna być prowadzona wykładnia regulacji systemu prawnego. Odnoszenie się do wartości konstytucyjnych przeciwdziała wypełnianiu przepisów prawa dowolną treścią normatywną[24]. Zrekonstruowanie systemu wartości, jaki jest odzwierciedlony w tekście ustawy zasadniczej, jawi się jako jedno z podstawowych zadań nauki prawa[25].

Konstytucja każdego państwa, o ile została przyjęta w demokratycznej procedurze i jest faktycznie emanacją kultury moralnej suwerena, jak żaden inny akt w całym systemie prawnym wyraziście wskazuje na jego podstawy aksjologiczne. Z procedury uchwalania ustawy zasadniczej wynika, że leżący u jej podstaw system wartości jest uznawany przez przeważającą część społeczeństwa[26]. Konstytucja w państwie określa zatem nie tylko ustrój państwa i formalne reguły życia publicznego, ale nade wszystko wskazuje uniwersalny system aksjologiczny. Do spełnienia funkcji głównego nośnika wartości istotnych dla obywatelskiej wspólnoty państwowej predestynuje konstytucję jej specyficzna treść, zwierzchnia pozycja w hierarchii aktów normatywnych oraz wysoki autorytet społeczny[27]. Konstytucja jest podstawowym miejscem wyrażania wartości uznanych przez ustrojodawcę, a tym samym takich, jakimi powinien kierować się ustawodawca zwykły i inne podmioty tworzące i stosujące prawo. To konstytucja ustala, jakie wartości obowiązują na gruncie prawnym i powinny być realizowane przez organy władzy publicznej[28].

---

[22] K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, w: A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 303-304.

[23] Por. A. Łabno, *Sprawiedliwość jako najwyższa wartość porządku prawnego. Rozważania na tle art. 1 ust. 1 Konstytucji Hiszpanii z 1978 r.*, w: I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 182-183.

[24] Por. E. Hryniewicz-Lach, *Kara kryminalna w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015, s. 141-142.

[25] A. Młynarska-Sobaczewska, *Normatywizacja pamięci…*, s. 235.

[26] E. Gdulewicz, W. Zakrzewski, *Źródła prawa konstytucyjnego*, w: W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2002, s. 30; G. Kowalski, *Bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny jako wartości konstytucyjne*, w: J. Świtka, M. Kuć, G. Gozdór (red.), *Społeczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Lublin 2007, s. 83.

[27] P. Winczorek, *Konstytucja i wartości…*, s. 37.

[28] M.E. Stefaniuk, *Preambuła aktu normatywnego w doktrynie oraz w procesie stanowienia i stosowania polskiego prawa w latach 1989-2007*, Lublin 2009, s. 285-286.

Bezstronność państwa w sprawach światopoglądowych?

W polskim porządku konstytucyjnym może się jednak pojawić pytanie jak pogodzić zasadę uniwersalizmu systemu aksjologicznego opartego na podjętych przez ustrojodawcę rozstrzygnięciach moralnych z określoną w art. 25 ust. 2 Konstytucji RP zasadą bezstronności władz publicznych w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych. Otóż zasadę bezstronności władz należy odczytywać jako przedmiotowo ograniczoną do problematyki regulowanej w art. 25 Konstytucji, to jest do zasady równouprawnienia i autonomii kościołów i związków wyznaniowych. Zasada bezstronności władz publicznych w kwestiach religijnych, światopoglądowych i filozoficznych nie odnosi się do wszystkich spornych problemów o charakterze aksjologicznym. Dający się czasem słyszeć pogląd, że neutralność prawodawcy ma polegać na tym, że nie może ingerować on w jakikolwiek system wartości moralnych, choćby nawet najmniejszych grup obywateli danego państwa, jest nierealny i nieuzasadniony[29].

Co do niektórych, uznanych za uniwersalne, kwestii etycznych, filozoficznych i światopoglądowych ustrojodawca ewidentnie się odnosi, a ustawodawca zwykły realizując wartości, zasady i normy konstytucyjne w procesie legislacyjnym powinien owe rozstrzygnięcia moralne na płaszczyźnie ustawowej realizować. Wartości uniwersalne implementowane na płaszczyznę normatywną są przy tym, jak wskazano we wstępie, istotną wskazówką wykładniczą dla organów stosujących prawo. Rozstrzygnięcia moralne ustrojodawcy, ogniskujące się chociażby na takich wartościach jak życie, zdrowie, wolność, małżeństwo, macierzyństwo, rodzina, własność itd., stają się na mocy ustawy zasadniczej podstawą aksjologiczną całego systemu prawa polskiego i mają znaczenie dla kreowania prawa i interpretacji jego norm[30]. Rozstrzygnięcia aksjologiczne ustrojodawcy pozwalają na negatywną ocenę zachowań atakujących wartości konstytucyjne. Są to przede wszystkim zachowania określane ustawowo jako czyny zabronione pod groźbą kary (por. art. 42 ust. 1 Konstytucji RP). Decyzje aksjologiczne prawodawcy konstytucyjnego między innymi są także podstawą zakazu działalności partii politycznych odwołujących się do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu, a także tych, których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową (art. 13 Konstytucji RP).

---

[29] W. Łączkowski, *Trybunał Konstytucyjny a problem wartościowania prawa*, „Studia Iuridica" 1994, nr 21, s. 28.

[30] Por. S. Wronkowska, *Kryteria oceny…*, s. 200.

Z punktu widzenia zarówno teorii, jak i praktyki nie da się obronić tezy, że na gruncie systemu prawnego rozstrzygnięcia moralne stanowią wyłącznie kwestię indywidualnych emocji lub preferencji. Gdyby na płaszczyźnie normatywnej odrzucić istnienie jakiegokolwiek uprzywilejowanego, obiektywnego punktu widzenia, nie byłoby możliwości odrzucenia jakichkolwiek poglądów moralnych, nawet takich, które dopuszczają przykładowo takie zachowania jak zabójstwo rytualne, zabójstwo honorowe, ludobójstwo, kanibalizm, niewolnictwo, przemoc seksualna, eksploatacja małoletnich itp. Jak wyraziście wskazuje T. Pietrzykowski, gdyby prawodawca nie miał możliwości dokonywania rozstrzygnięć w zakresie podstawowych założeń aksjologicznych, rozumienie tego co jest dobre w perspektywie moralnej Rudolfa Hössa i Matki Teresy z Kalkuty sprowadzałoby się jedynie do akceptacji odmienności ich „preferencji" aksjologicznych[31].

Nawet badacz prawa próbujący skrupulatnie zachować postulat nauki wolnej od wartościowania musi zaakceptować fakt odwoływania się prawodawcy do jakiegoś systemu aksjologicznego, którego wybrane normy podnosi do rangi prawa. Model wykładni prawa uwzględniający fundament aksjologiczny nie traci waloru naukowości, gdy operuje się w jego ramach celami i ocenami uzasadnionymi przez odwołanie się do aprobowanego przez prawodawcę systemu aksjologicznego[32]. Warto dodać, że wartość argumentacyjną w hermeneutycznej metodzie identyfikacji wartości wpisanych w system normatywny mają nie tyko formułowane bezpośrednio w ustawie zasadniczej czy ustawach zwykłych nakazy realizowania lub chronienia określonych wartości, ale także innego rodzaju sformułowania wyrażające uznanie określonych wartości za istotne z punktu widzenia prawa. Tego rodzaju deklaracje, nawet jeżeli nie przybierają postaci określonych norm postępowania, wyznaczają jednak przesłanki ocenne dla stosowania reguł interpretacyjnych czy inferencyjnych, którymi tradycyjnie posługuje się dogmatyka prawnicza w toku egzegezy tekstów prawnych[33].

Podsumowanie

W obszarze, w którym ustrojodawca dokonał rozstrzygnięć aksjologicznych nieprawdziwa jest teza o neutralności moralnej państwa i stanowionego przez to państwo prawa. Istnieje pewien obszar reguł moralnych uznany przez

---

31 T. Pietrzykowski, *Wyzwania moralne. Etyczne problemy prawa*, Warszawa 2010, s. 32-33.
32 P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych…*, s. 75.
33 Z. Ziembiński, *Wartości konstytucyjne…*, s. 9.

prawodawcę za uniwersalny, to znaczy wspólny dla wszystkich adresatów norm prawnych, i w tym zakresie należy mówić nie o neutralności moralnej prawa, ale koherencji prawa z moralnością społeczną. Normy moralne z tego wspólnego obszaru stanowią obiektywną podstawę rozstrzygnięć prawotwórczych, a w związku z tym normatywna treść przepisów prawnych podlega weryfikacji z punktu widzenia systemu wartości leżącego u podstaw ustanowienia danych przepisów[34]. Moralnie „zdystansowany" lub „bezstronny" punkt widzenia[35] może dotyczyć wyłącznie zagadnień moralnych pominiętych przez prawodawcę w jego działalności prawotwórczej, przynależnych do sfery moralności prywatnej[36].

Fundament aksjologiczno-prawny funkcjonowania określonej zbiorowości politycznej stanowi przede wszystkim ustawa zasadnicza. Na wzorzec konstytucyjny należy patrzeć zatem nie tylko w wymiarze ściśle normatywnym, ale również w wymiarze aksjologicznym[37]. Zidentyfikowane przez ustrojodawcę, a w konsekwencji uwzględnione także przez ustawodawcę zwykłego, najistotniejsze wartości moralne, inkorporowane do norm konstytucyjnych, stają się wartościami prawnymi powszechnie obowiązującymi[38]. Stan rzeczy, w którym nie dałoby się ustalić aksjologicznych podstaw norm prawnych mógłby prowadzić do sytuacji, w której określenie treści normatywnej i wydanie rozstrzygnięcia zależałoby tylko od zręczności argumentacyjnej, a zatem do sytuacji, w której nie można byłoby mówić o praworządności[39].

Bibliografia

Bałandynowicz A., *Prawo bez autorytetu – prawo pozbawione sumienia – a wykluczenie społeczne jednostek*, w: B. Pastwa-Wojciechowska (red.), *Człowiek w obliczu prawa*, Kraków 2008.

Błachut M., *Postulat neutralności moralnej prawa a konstytucyjna zasada równości*, Wrocław 2005.

---

[34] Zob. P. Tuleja, *Normatywna treść…*, s. 17-18.

[35] Zob. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 247-248.

[36] Por. W. Łączkowski, *Aksjologiczne podstawy praworządności*, w: H. Cioch, A. Dębiński, J. Chaciński (red.), *Iustitia civitatis fundamentum. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Wiesława Chrzanowskiego*, Lublin 2003, s. 633; Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Roszczenie do bezstronności*, w: J. Stelmach (red.), *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003, s. 73.

[37] J. Karp, *Sprawiedliwość społeczna. Szkice ze współczesnej teorii konstytucjonalizmu i praktyki polskiego prawa ustrojowego*, Kraków 2004, s. 162-163.

[38] K. Pałecki, *Prawoznawstwo. Zarys wykładu. Prawo w porządku społecznym*, Warszawa 2003, s. 82.

[39] Por. E. Hryniewicz-Lach, *Kara kryminalna…*, s. 141-142.

Dutkiewicz P., *Problem aksjologicznych podstaw prawa we współczesnej polskiej filozofii i teorii prawa*, Kraków 1996.

Gdulewicz E., W. Zakrzewski, *Źródła prawa konstytucyjnego*, w: W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2002.

Grabowski A., *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009.

Hryniewicz-Lach E., *Kara kryminalna w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015.

Kaczmarek T., *Wolność dysponowania życiem a prawo do godnej śmierci*, w: M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji Arłamów 16-18 maja 2005 r.*, Wolters Kluwer Polska 2006.

Karp J., *Sprawiedliwość społeczna. Szkice ze współczesnej teorii konstytucjonalizmu i praktyki polskiego prawa ustrojowego*, Kraków 2004.

Kochanowski J., *Trzy powody czy też symptomy kryzysu prawa*, w: H. Izdebski, A. Stępkowski (red.), *Nadużycie prawa*, Warszawa 2003.

Kordela M., *Aksjologia źródeł prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2016, nr 2.

Kość A., *Relacja prawa i wartości w społeczeństwie otwartym*, w: I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003.

Kowalski G., *Bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny jako wartości konstytucyjne*, w: J. Świtka, M. Kuć, G. Gozdór (red.), *Społeczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Lublin 2007.

Łabno A., *Sprawiedliwość jako najwyższa wartość porządku prawnego. Rozważania na tle art. 1 ust. 1 Konstytucji Hiszpanii z 1978 r.*, w: I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003.

Łączkowski W., *Aksjologiczne podstawy praworządności*, w: H. Cioch, A. Dębiński, J. Chaciński (red.), *Iustitia civitatis fundamentum. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Wiesława Chrzanowskiego*, Lublin 2003.

Łączkowski W., *Trybunał Konstytucyjny a problem wartościowania prawa*, „Studia Iuridica" 1994, nr 21.

Młynarska-Sobaczewska A., *Normatywizacja pamięci zbiorowej w preambułach do konstytucji państw postkomunistycznych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2014, nr 2.

Pałecki K., *Prawoznawstwo. Zarys wykładu. Prawo w porządku społecznym*, Warszawa 2003.

Pałecki K., *Zmiany w aksjologicznych podstawach prawa jako wskaźnik jego tranzycji*, w: K. Pałecki (red.), *Dynamika wartości w prawie*, Kraków 1997.

Pietrzykowski T., *Wyzwania moralne. Etyczne problemy prawa*, Warszawa 2010.

Stasiak M., *Prawo w funkcji humanizacji życia*, w: A. Dębiński, P. Stanisz, T. Barankiewicz, J. Potrzeszcz, W. Sz. Staszewski, A. Szarek-Zwijacz, M. Wójcik (red.), *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, Lublin 2013.

Stefaniuk M.E., *Preambuła aktu normatywnego w doktrynie oraz w procesie stanowienia i stosowania polskiego prawa w latach 1989-2007*, Lublin 2009.

Sutor B., *Etyka polityczna. Ujęcie całościowe na gruncie chrześcijańskiej nauki społecznej*, Warszawa 1994.

Tarnawski M., *Kodeks karny z 1969 r., założenia a rzeczywistość – wybrane problemy prawne i aksjologiczne*, w: A. Strzembosz (red.), *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu*, Lublin 1988.

Tobor Z., Pietrzykowski T., *Roszczenie do bezstronności*, w: J. Stelmach (red.), *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003.

Tuleja P., *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997.

Winczorek P., *Aksjologiczne problemy nowej Konstytucji PRL*, w: S. Zawadzki (red.), *Studia konstytucyjne*, t. I, *Teoretyczne i aksjologiczne problemy konstytucji*, Warszawa 1989.

Winczorek P., *Konstytucja i wartości*, w: J. Trzciński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997.

Wojtyczek K., *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, w: A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001.

Wronkowska S., *Kryteria oceny prawa*, w: E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa (lata 1989-99)*, Toruń 2001.

Zakrzewska J., *Spór o konstytucję*, Warszawa 1993.

Ziembiński Z., *Wartości konstytucyjne. Zarys problematyki*, Warszawa 1993.

Zoll A., w: T. Bojarski (red.), *System prawa karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, Warszawa 2014.

Zoll A., *Czy filozofia ma być służącą czy panią? (uwagi do pewnej wypowiedzi P.J.A. Feuerbacha)*, w: A. Zoll, J. Stelmach, J. Halberda (red.), *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczów Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 2001.

Streszczenie

Artykuł obejmuje rozważania z zakresu aksjologii prawa odnoszące się do podnoszonej w debatach publicznych tezy o moralnej neutralności prawa. Autor podkreśla, że prawo zawsze wywodzi się z określonego systemu wartości i w zakresie, w którym prawodawca dokonał rozstrzygnięć aksjologicznych teza o neutralności moralnej prawa jest fałszywa.

W tym zakresie należy mówić nie o moralnej neutralności, ale aksjologicznej koherencji prawa z danym systemem moralnym. Normy moralne uwzględnione przez prawodawcę w akcie prawotwórczym należy postrzegać jako obiektywną podstawę aksjologiczną rozstrzygnięć legislacyjnych. Z tego punktu widzenia weryfikacji podlega normatywna treść przepisów prawa.

SŁOWA KLUCZOWE: aksjologia prawa, teoria prawa, neutralność moralna prawa, racjonalność aksjologiczna prawa, koherencja aksjologiczna prawa i moralności

Summary

Article, written from the perspective of axiology of law, refers to the thesis of moral neutrality law. The author states that the law is always based on a certain system of values. The assumption of the moral neutrality of the law is false in the area in which the legislature has previously made his axiological decisions. In this area, you should not tell about the moral neutrality, but axiological coherence of law with the moral system. Moral standards, adopted by the legislature, provide the objective axiological basis for legislative decisions and consistently for the interpretation of the law.

KEYWORDS: axiology of law, theory of law, moral neutrality of law, axiological rationality of law, axiological coherence of law and morality

Autor

Filip Ciepły – doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego i Postępowania Karnego Wydziału Zamiejscowego Prawa i Nauk o Społeczeństwie w Stalowej Woli Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II.

Dominik Tyrawa

Omnibus bonis expedit salvam esse rem publicam[1]. Uwagi na tle modelu bezpieczeństwa w polskiej Konstytucji

Omnibus bonis expedit salvam esse rem publicam. Comments on the background of the security model in the Polish Constitution

I. Wprowadzenie

Bezpieczeństwo, jedna z pierwotnych potrzeb psychologicznych człowieka, obecnie stała się nie tylko wdzięcznym tematem badawczym, ale też swoistą modą naukową. W społeczeństwach rozwiniętych potrzeba bezpieczeństwa, a dokładniej nie potrzeba, czyli coś co jest pożądane i poszukiwane, a stan rzeczywistości, obecnie jest czymś oczywistym, wedle powszechnego myślenia, czymś danym na zawsze i bezwarunkowo.

Taki sposób myślenia może być brutalnie zweryfikowany, gdyż wystarczy że pojawi się jakaś anomalia i dotychczasowe myślenie staje się tylko i wyłącznie przeszłością, a teraźniejszość brutalnie weryfikuje sposób postrzegania rzeczywistości. Wystarczy wskazać choćby kazus wschodniej Ukrainy, gdzie wojna domowa w brutalny sposób zweryfikowała nie tylko postrzeganie bezpieczeństwa, ale stworzyła wiele pytań o stałość bezpieczeństwa jako takiego, ze szczególnym uwzględnieniem poszczególnych bezpieczeństw rodzajowych, jak choćby bezpieczeństwo państwa, bezpieczeństwo publiczne, bezpieczeństwo polityczne, bezpieczeństwo ekonomiczne, bezpieczeństwo socjalne, bezpieczeństwo militarne czy bezpieczeństwo energetyczne.

---

[1] Paremia łacińska: Dla wszystkich prawych obywateli korzystne jest bezpieczeństwo państwa.

Przykłady, gdzie stan bezpieczeństwa jest brutalnie konfrontowany z rzeczywistością czasu i miejsca można mnożyć. Czasami jedno wydarzenie, kilka tysięcy kilometrów od miejsca, w którym się znajdujemy, może spowodować potężne konsekwencje w innych, oddalonych od tego miejsca lokalizacjach. Żadne symulacje, plany, programy czy strategie nie są w stanie uchwycić istoty wszystkich konsekwencji, które mogą być powiązane z takim zdarzeniem.

Jak już zostało wspomniane, zwiększone badania w zakresie bezpieczeństwa są obecnie swoistą modą naukową. Jak słusznie zauważa w pierwszych akapitach swojej książki E.A. Kołodziej, półki biblioteczne w każdym mieście czy college'u zawalone są książkami o bezpieczeństwie[2]. Mimo tego odmienianie tego pojęcia przez przypadki szczególne, analizowanie wszelkich zagrożeń z tym związanych, poszukiwanie odpowiedzi o właściwość czy efektywność poszczególnych rozwiązań to nie tylko konieczność, ale tez swoiste zobowiązanie.

Bezpieczeństwo formułowane w sposób ogólny, jak i poszczególne bezpieczeństwa rodzajowe, wymagają nie tylko ogólnej prezentacji czy badań, ale także szczegółowych analiz, zawsze w kontekście potrzeb człowieka. Bez realizacji potrzeby bezpieczeństwa, człowiek, jego zdrowie i życie, godność mogą być zagrożone, nie tylko wprost, ale także pośrednio.

To krótkie opracowanie nie powstałoby, gdyby nie osoba księdza doktora Marka Kozery, któremu opracowanie to chcę dedykować. Ksiądz doktor, zarówno jako wytrawny badacz, jak i ceniony dydaktyk, porusza się w obszarach badawczych, w którym ja jako Autor nie koniecznie się odnajduję. Dlatego też chcę dedykować to opracowanie, które ma ogólny walor poznawczy, niemniej uniwersalizm poruszanych problemów pozwala żywić nadzieję łaskawego odbioru tego opracowania.

II. Pojęcie bezpieczeństwa

Zarówno polskie akty normatywne, jak i akty prawa międzynarodowego w częsty sposób odwołują się do pojęcia „bezpieczeństwa". Jednak dokładna analiza tychże odniesień powoduje, że badacz podejmujący ten temat, po dogłębnej analizie tej problematyki może odczuwać daleko posunięty niedosyt. Wszak powszechnym jest używanie pojęcia bezpieczeństwa jako takiego, bez definiowania go, niemalże uznając, że mamy do czynienia z pewną oczywistością, pojęciem powszechnie znanym, akceptowanym, definiowanym w sposób jednoznaczny.

---

[2] E.A. Kołodziej, *Security and International Relations*, Cambridge 2005, s. 5.

Pojęcie bezpieczeństwa każdorazowo winno być powiązane z człowiekiem, odnoszone do niego, jego potrzeb, pragnień, możliwości itp. Jak najbardziej słusznym jest pogląd, wedle którego abstrakcyjna budowa bezpieczeństwa, która nie ma odniesienia do ludzi, jest nic nie warta[3].

Aby właściwie dookreślić czym jest bezpieczeństwo koniecznym jest nawiązanie do psychologii, do tzw. teorii realizacji A. Maslowa. Autor ten opisał potrzeby ludzkie poprzez tzw. piramidę. U jej podstaw leżą potrzeby fizjologiczne, to jest: potrzeba pożywienia, mieszkania, odzieży czy prokreacji. Charakter tych potrzeb powoduje, że mają one najsilniejsze oddziaływanie, człowiek w pierwszej kolejności dąży do ich zaspokojenia. Potrafią one zdominować człowieka, co może prowadzić np. do sytuacji, w której człowiek dążąc do ich zaspokojenia, naraża inne potrzeby na szwank, np. bezpieczeństwo, szacunek, uznanie. U człowieka, który nie zaspokoił potrzeb pierwotnych, wszystkie inne potrzeby przestają istnieć lub zostają zepchnięte na dalszy plan. Przykładem w tym zakresie niech będzie głód, który dominując nad człowiekiem wypiera z jego świadomości inne potrzeby[4].

Dopiero po zaspokojeniu potrzeb pierwotnych, u człowieka pojawiają się inne potrzeby, do których zaspokojenia będzie dążył. Maslow tworząc ich hierarchię, wskazał najpierw potrzebę bezpieczeństwa, następnie potrzebę przynależności i miłości, potrzebę szacunku oraz na koniec potrzebę samorealizacji[5].

Potrzeba bezpieczeństwa wyraża się w poszukiwaniu właśnie bezpieczeństwa i stałości. W jej zakresie można wyróżnić dążenie do zależności, poszukiwania protekcji, unikania sytuacji o niejasnym charakterze, unikania chaosu, dążenia do ładu, porządku i praworządności[6]. Maslow potrzebę tę analizował szczególnie w kontekście dzieci i neurotyków, ponieważ to u takich osób potrzeba ta występuje najwyraźniej[7].

Wydaje się, że potrzeba ta w dzisiejszych czasach jest pomijana czy traktowana jako coś oczywistego. W społeczeństwach rozwiniętych, gdzie życie ludzkie ma charakter stabilny, gdzie potrzeby fizjologiczne zaspokaja się w bezproblemowy, łatwy i przyjemny sposób, gdzie mamy do czynienia ze społecznym naciskiem na „ja" i potrzeby psychiczne, rola bezpieczeństwa jest marginalizowana. Dopiero, w sytuacji zagrożeń, gdy następują realne zagrożenia prawa, porządku

---

[3] J. Boć, *Konstytucja a prawo administracyjne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2011, nr 2, s. 66.

[4] A. Maslow, *Motywacja i osobowość*, Warszawa 2009, s. 63-65.

[5] *Ibidem*, s. 65-71.

[6] *Ibidem*, s. 65-68.

[7] A. Wiśniewski, D. Sleszyński, *Koncepcja hierarchicznej struktury potrzeb w teorii Abrahama H. Maslowa*, „Studia Philosophiae Christianae" 1976, nr 12, s. 196.

czy władzy[8], następuje powrót do potrzeby bezpieczeństwa i traktowanie jej nie jako czegoś oczywistego, tylko pożądanego. Zagrożenie potrzeby bezpieczeństwa jest prostą drogą do zagrożenia innych potrzeb pierwotnych i w przypadku jego zagrożenia może pojawić się np. widmo głodu.

Zapewnienie poczucia bezpieczeństwa to obecnie podstawa ludzkiej egzystencji[9], a jego postrzeganie zależy od różnych czynników. Bezpieczeństwo jako takie jest definiowane jako „stan niezagrożenia, spokoju, pewności"[10], „wolność od lęku i niepewności"[11] czy też „stan psychiczny lub prawny, w którym jednostka ma poczucie pewności, oparcie w drugiej osobie lub sprawnie działającym systemie prawnym; przeciwieństwo zagrożenia"[12]. Wedle innych ujęć jest to „stan, który daje poczucie pewności i gwarancję jego zachowania oraz szansę na doskonalenie. Jedną z podstawowych potrzeb człowieka jest sytuacja odznaczająca się brakiem ryzyka utraty czegoś, co człowiek szczególnie ceni"[13], „na przykład: zdrowia, pracy, szacunku, uczuć, dóbr materialnych"[14].

Próbując dookreślić pojęcie bezpieczeństwa wydaje się koniecznym traktowanie tego pojęcia jako potrzeby pierwotnej, elementarnej i naczelnej. Pierwotność należy rozumieć jako fakt wywodzenia się tego pojęcia z natury ludzkiej, niejako wpisania go w naturę i ściśle skorelowanie z godnością człowieka. Elementarność trzeba powiązać z życiem jednostki i z faktem, że pojęcie to będzie miało charakter podstawowy.

III. Model konstytucyjny bezpieczeństwa w Polsce

Bezpieczeństwo to wartość konstytucyjna, ale też konstytucyjne prawo jednostki. Wyszczególniane jest w wielu aktach konstytucyjnych na świecie. Z jednej strony mamy w tym przypadku pokłosie powielenia rozwiązań z zakresu prawa międzynarodowego, gdzie prawo do bezpieczeństwa jest wyrażane wprost, z drugiej zaś strony mamy do czynienia z regulowaniem tego pojęcia w sposób autonomiczny,

---

[8] A. Maslow, *Motywacja i osobowość*, s. 68.

[9] Zob. W. Gizicki, *Bezpieczeństwo jako proces polityczno-społeczny*, [w:] J. Świtka, M. Kuć, G. Gozdór (red.), *Społeczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Lublin 2007, s. 18.

[10] H. Szkiłądź (red.), *Słownik języka polskiego PWN. T. 1: A-K*, Warszawa 1995, s. 139.

[11] T. Szubrycht (red.), *Leksykon bezpieczeństwa morskiego*, Gdynia 2008, s. 17.

[12] B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996, s. 51.

[13] J. Borkowski, *Słownik terminów z zakresu psychologii dowodzenia i zarządzania*, Warszawa 2000, s. 17.

[14] J. Kaczmarek, W. Łepkowski, B. Zdrodowski (red.), *Słownik terminów z zakresu bezpieczeństwa narodowego*, Warszawa 2008, s. 14.

uwzględniający specyfikę danego państwa, szczególne problemy polityczne, ekonomiczne czy społeczne. Najważniejszym powodem takich działań jest fakt, że w tym przypadku mamy do czynienia z jedną z podstawowych potrzeb człowieka.

Bezpieczeństwo jako wartość konstytucyjna, ale też prawo podstawowe przysługujące jednostce, zostało wskazane w niektórych konstytucjach państw europejskiej. W tym zakresie można wskazać choćby: Bułgarię, Cypr, Finlandię, Francję, Hiszpanię, Holandię, Maltę, Portugalię, Rumunię, Słowenię, Szwecję czy Węgry.

W Konstytucji RP pojęcie bezpieczeństwa zostało użyte w różnych konfiguracjach. W preambule nie znajdziemy tego pojęcia. Ustrojodawca tworząc podstawowe rozwiązania normatywne, nadając im sens aksjologiczny i programowy, nie zdecydował się wykorzystać tego pojęcia. Mamy w niej tylko i wyłącznie odwołanie do pojęcia wolności, które można i należy jednak powiązać z pojęciem bezpieczeństwa, czy konkretniej z prawem do bezpieczeństwa, ale też z godnością osoby ludzkiej.

Pojęcie bezpieczeństwa zostało uwzględnione w art. 5 Konstytucji RP[15]. Przepis ten określa funkcje państwa, czyli kierunki jego działania oraz cele, które państwo winno realizować. Wyszczególnienie tych kierunków i celów w jednym miejscu jest bardzo istotne, ponieważ mamy w tym przypadku do czynienia z konkretnymi kompetencjami i zadaniami organów państwa w ogóle, ze szczególnym uwzględnieniem organów konstytucyjnych, czyli posiadających źródło swojego działania właśnie w ustawie zasadniczej[16].

Opisując wskazane kierunki działania państwa i jego cele, które można określić jako cele najbardziej podstawowe i o najwyższej doniosłości, należy zwrócić uwagę na to, że kluczową funkcją jest strzeżenie niepodległości i nienaruszalności terytorium Rzeczypospolitej. Te dwa wymogi są ze sobą ściśle powiązane. Mamy w tym przypadku do czynienia z przepisem programowym, który wymaga od wszelkich czynników władzy publicznej, aby włączyły się, za pomocą wszystkich posiadanych przez nie kompetencji, we wskazane tam działania[17].

Regulacja konstytucyjna tworzy zasadę, wedle której państwo polskie jest zobligowane do zapewnienia bezpieczeństwa obywatelom. To zadanie ma polegać na przeciwdziałaniu wszelkim zagrożeniom i zamachom w stosunku do

---

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

[16] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002, s. 17-18.

[17] „Analiza przepisów konstytucyjnych prowadzi do wniosku, że zadania różnych organów mogą nakładać się na siebie. Ochrona niepodległości państwa i niepodzielności jego terytorium oraz zapewnienie bezpieczeństwa i nienaruszalności jego granic jest konstytucyjnym zadaniem Prezydenta RP, Rady Ministrów oraz wszelkich innych organów władzy publicznej", zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 czerwca 2008 r., K 52/07, LEX nr 395169.

obywateli, w szczególności działaniom o charakterze bezprawnym. Zapewnienie bezpieczeństwa obywatelom należy odczytywać w sposób wąski, czyli powinno być odpowiedzią na zagrożenia i zamachy, przy czym działania w tym zakresie mogą mięć zarówno charakter realny, jak i profilaktyczny i odnosić się będą do rzeczywistych, jak i potencjalnych sytuacji. Wskazana klauzula nie pozwala jednak na wprowadzenie ograniczeń praw i wolności oraz nie daje możliwości ochrony człowieka, przed zagrożeniami z jego własnej strony, np. szkodliwymi działaniami w stosunku do własnego zdrowia czy wręcz życia.

Konstytucyjna zasada bezpieczeństwa wyrażona w art. 5 „polega na zapewnieniu bezpieczeństwa obywateli, co powinno przybierać postać m.in. przeciwdziałania, w tym poprzez działania profilaktyczne, rzeczywistym lub potencjalnym, ale realnym, bezprawnym zagrożeniom i zamachom wobec obywateli"[18]. W przypadku tej zasady bezpieczeństwo „jest jedną z fundamentalnych potrzeb podmiotu i zarazem jednym z najważniejszych celów jego działania, niezależnie od tego, czy podmiotem tym jest jednostka ludzka, czy państwo"[19]. Zasada bezpieczeństwa ma charakter szeroki, obejmując m.in. różne rodzaje bezpieczeństwa[20]. W sytuacjach kolizyjnych zasada ta przeważa nad interesem indywidualnym jednostki[21], a bezpieczeństwo jako takie jest jedną z najistotniejszych wartości chronionych konstytucyjnie[22].

Bez wątpienia mamy w tym przypadku do czynienia z zobowiązaniem po stronie państwa, aby tak tworzyć system bezpieczeństwa (zarówno system ustrojowy, jak i materialno-proceduralny), aby z jednej strony chronić funkcjonowanie państwa, a z drugiej strony zapewnić jednostce poczucie bezpieczeństwa. Nie jest to jednak zobowiązanie, wedle którego mamy prawo do bezpiecznego państwa[23], dodatkowo jednostka nie może żądać od państwa takiej ochrony, jaką uznaje ona za odpowiednią[24]. To po stronie państwa jest takie dookreślenie systemu

---

[18] P. Daniluk, *Amnestia i jej konstytucyjne uwarunkowania*, „Przegląd Sejmowy" 2014, nr 3, s. 74.

[19] M. Serowaniec, W. Woch, *Kategoria bezpieczeństwa w ujęciu prawno-filozoficznym*, „Studia Iuridica Toruniensia" 2016, nr 1, s. 162.

[20] Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 73.

[21] Wyrok wojewódzkiego sądu administracyjne w Olsztynie z dnia 22 grudnia 2016 r., II SA/Ol 1276/16, LEX nr 2189505.

[22] Wyrok wojewódzkiego sądu administracyjne w Olsztynie z dnia 20 grudnia 2016 r., II SA/Ol 1010/16, LEX nr 2189334.

[23] D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999, s. 107.

[24] P. Sarnecki, *Normy programowe w Konstytucji i odpowiadające im wolności obywatelskie*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003, s. 254.

bezpieczeństwa, który będzie współgrał z możliwościami działania państwa w tym zakresie.

Pojęcie bezpieczeństwa jest też wykorzystywane w dalszych regulacjach konstytucyjnych. W tym zakresie można wskazać art. 26 Konstytucji, wedle którego Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej służą zapewnieniu bezpieczeństwa i mamy w tym przypadku pogłębienie zasady bezpieczeństwa.

Termin „bezpieczeństwo" jest też wykorzystywany w odniesieniu do: prawa do sądu, gdzie bezpieczeństwo państwa może stanowić podstawę wyłączenia jawności rozprawy[25], wolności sumienia i wyznania, gdzie wolność uzewnętrzniania religii może być ograniczona, gdy jest to konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa[26], prawa do informacji publicznej, gdzie bezpieczeństwo państwa może stanowić jedną z podstaw ograniczenia tego prawa[27] czy też poprzez wyodrębnienie rodzajowe bezpieczeństwa, tj. wskazanie bezpieczeństwa ekologicznego, które władze publiczne prowadząc politykę winny zapewnić, zarówno współczesnemu, jak i przyszłym pokoleniom[28]. Ponadto bezpieczeństwo użyte zostało w odniesieniu do ochrony konsumentów, użytkowników i najemców[29] oraz jako zadanie organów konstytucyjnych, tj. Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej[30], Rady Bezpieczeństwo Narodowego[31], Rady Ministrów[32], a także w kontekście stanu wyjątkowego[33]. Dlatego też można stwierdzić, że pojęcie to ma różne konotacje konstytucyjne[34].

Opisując model bezpieczeństwa w Konstytucji RP nie wolno także pominąć dalszych rozdziałów, niż rozdział pierwszy czy drugi, Konstytucji RP, ze szczególnym uwzględnieniem systemu konstytucyjnych organów państwa. Organy te wprost wskazuje Konstytucja. Dodatkowo wyszczególnione są ich kompetencje, które winny mieć charakter rozłączny, czyli nie powinny się krzyżować w ramach działania innych organów, chyba że wyraźnie zostanie wskazana konieczność współdziałania tych podmiotów. Przy czym współdziałanie nie może być swoistym alibi dla braku wyraźnego dookreślenia kto jest za co odpowiedzialny. Jako przykład szczególny w tym zakresie należy wskazać choćby konieczność

---

[25] Art. 45 ust. 2 Konstytucji RP.
[26] Art. 53 ust. 5 Konstytucji RP.
[27] Art. 61 ust. 3 Konstytucji RP.
[28] Art. 74 ust. 1 Konstytucji RP.
[29] Art. 76 Konstytucji RP.
[30] Art. 126 ust. 2 oraz art. 130 Konstytucji RP.
[31] Art. 135 Konstytucji RP.
[32] Art. 146 ust. 4 pkt 7 i 8 Konstytucji RP.
[33] Art. 230 ust. 1 Konstytucji RP.
[34] Zob. w tym zakresie A. Bień-Kacała, *Bezpieczeństwo w Konstytucji RP z 1997 r. – wstępna diagnoza*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2015, nr 2, s. 11 i n.

współdziałania Prezydenta RP z Radą Ministrów w zakresie prowadzenie polityki zagranicznej państwa. Na płaszczyźnie tej regulacji pojawiły się problemy faktyczne w tym zakresie, słynny spór o krzesło w ramach funkcjonowania przedstawicieli państwa polskiego w strukturach Unii Europejskiej. Trybunał Konstytucyjny w tym zakresie, bazując na normie konstytucyjnej, wydał iście salomonowy wyrok (postanowienie), który *de facto* nic nie rozstrzygnął[35].

Podsumowując, bezpieczeństwo jest bez wątpienia wartością konstytucyjną, zarówno w innych krajach europejskich, jak i w polskiej ustawie zasadniczej. Zawężając rozważania tylko do polskiego systemu prawnego należy zauważyć, że ustrojodawca wprost uregulował tylko zasadę bezpieczeństwa, jako zobowiązanie państwa polskiego do działań, które będą miały na celu ochronę jednostki, ze szczególnym uwzględnieniem obywatela, przed niebezpieczeństwem.

Zasada ta ma charakter ogólny, to oznacza, że jej konkretyzacja winna nastąpić w ustawach szczególnych. Na szczeblu konstytucyjnym zasada ta jest pogłębieniem zasady niepodległości i nienaruszalności granic. Tylko pełna realizacja zasady niepodległości i nienaruszalności granic pozwala w sposób szczególny zagwarantować inne elementy wyszczególnione w art. 5 Konstytucji RP, m.in. także bezpieczeństwa. Trzeba zauważyć, że wspomniana zasada rodzi zobowiązanie ze strony państwa polskiego do zapewnienia bezpieczeństwa, nie konkretyzując jakie działania mają być podjęte w tym zakresie. To państwo polskie, uwzględniając możliwości administracyjne, finansowe oraz ekonomiczne, realizując cele polityczne i gospodarcze może, poprzez rozwiązania ustrojowo-instytucjonalne, jak i materialno-proceduralne, w ramach działań szczególnych i ustaw szczególnych, ze szczególnym uwzględnieniem przepisów prawa administracyjnego, konkretyzuje tę zasadę na szczeblu ustawowym i wykonawczym.

IV. Podsumowanie

Dla wszystkich prawych obywateli korzystne jest bezpieczeństwo państwa to łacińska paremia, którą rozpoczęty został ten artykuł. Bezpieczeństwo państwa to niezwykle złożona problematyka, gdzie główną rolę odgrywają właśnie regulacje prawne.

Prawy obywatel, który w sposób w pełny i świadomy realizuje swoje obowiązki w stosunku do państwa, na zasadzie wzajemności ma prawo oczekiwać

[35] Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 maja 2009 r., Kpt 2/08 (M.P. nr 1747, poz. 478).

właściwych rozwiązań prawnych, które nie tylko gwarantują bezpieczeństwo państwa, a w szczególny sposób przekładają się na bezpieczeństwo osobiste człowieka.

Polski model konstytucyjny bezpieczeństwa ma tylko i wyłącznie charakter ogólny i wprowadzający. Mamy w tym przypadku do czynienia z bardzo ostrożnym sformułowaniem potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa po stronie organów państwa, a nie wyartykułowaniem indywidualnego prawa do bezpieczeństwa. Taki ostrożnie sformułowany model przenosi główny ciężar regulacji na poziom ustawowy.

Bibliografia

Akty normatywne

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

Orzecznictwo

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 czerwca 2008 r., K 52/07, LEX nr 395169.

Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 maja 2009 r., Kpt 2/08 (M.P. nr 1747, poz. 478).

Wyrok wojewódzkiego sądu administracyjnego w Olsztynie z dnia 20 grudnia 2016 r., II SA/Ol 1010/16, LEX nr 2189334.

Wyrok wojewódzkiego sądu administracyjnego w Olsztynie z dnia 22 grudnia 2016 r., II SA/Ol 1276/16, LEX nr 2189505.

Literatura

B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.

A. Bień-Kacała, *Bezpieczeństwo w Konstytucji RP z 1997 r. – wstępna diagnoza*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2015, nr 2.

J. Boć, *Konstytucja a prawo administracyjne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2011, nr 2.

J. Borkowski, *Słownik terminów z zakresu psychologii dowodzenia i zarządzania*, Warszawa 2000.

P. Daniluk, *Amnestia i jej konstytucyjne uwarunkowania*, „Przegląd Sejmowy" 2014, nr 3.

D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999.

B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996.

W. Gizicki, *Bezpieczeństwo jako proces polityczno-społeczny*, [w:] J. Świtka, M. Kuć, G. Gozdór (red.), *Społeczno-moralna potrzeba bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Lublin 2007.

J. Kaczmarek, W. Łepkowski, B. Zdrodowski (red.), *Słownik terminów z zakresu bezpieczeństwa narodowego*, Warszawa 2008.

E.A. Kołodziej, *Security and International Relations*, Cambridge 2005.

A. Maslow, *Motywacja i osobowość*, Warszawa 2009.

P. Sarnecki, *Normy programowe w Konstytucji i odpowiadające im wolności obywatelskie*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003.

M. Serowaniec, W. Woch, *Kategoria bezpieczeństwa w ujęciu prawno-filozoficznym*, „Studia Iuridica Toruniensia" 2016, nr 1.

W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002.

H. Szkiłądź (red.), *Słownik języka polskiego PWN. T. 1: A-K*, Warszawa 1995.

T. Szubrycht (red.), *Leksykon bezpieczeństwa morskiego*, Gdynia 2008.

A. Wiśniewski, D. Sleszyński, *Koncepcja hierarchicznej struktury potrzeb w teorii Abrahama H. Maslowa*, „Studia Philosophiae Christianae" 1976, nr 12.

Streszczenie

W artykule tym, o charakterze wprowadzającym, zaprezentowany został model bezpieczeństwa w polskiej ustawie zasadniczej. Model ten ma charakter ogólny, a jego konkretyzacja następuje na poziomie konstytucyjnym. Model ten współgra z potrzebami psychologicznymi człowieka.

SŁOWA KLUCZOWE: bezpieczeństwo, Konstytucja, model bezpieczeństwa, potrzeby ludzkie

Summary

In this article, the introductory character, introduced in the Polish security model was the basic law. This model is of a general nature, and its instantiation follows a constitutional level. This model matches the psychological needs of man.

KEY WORDS: security, the Constitution, security model, human needs

Autor

Dominik Tyrawa – dr, adiunkt w Instytucie Prawa i Ekonomii Wydziału Zamiejscowego Prawa i Nauk o Społeczeństwie w Stalowej Woli Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, autor kilkudziesięciu publikacji z zakresu prawa publicznego.

Konrad Dyda

Urząd proboszcza i wikariusza w kodyfikacjach prawa Kościoła łacińskiego

The ecclesiastical office of parish priest and vicar in codifications of latin Church

Wstęp

Prawo Kościoła, analogicznie do innych systemów jurydycznych, jest zbiorem norm regulujących życie społeczności – w tym wypadku Ludu Bożego. Zasadnicza odmienności jurysprudencji kościelnej wynika z natury Kościoła jako wspólnoty nadprzyrodzonej, której głównym celem jest uświęcenie i zbawienie człowieka. Nie zmienia to faktu, że prawo kanoniczne można badać metodami właściwymi dla świeckiego prawodawstwa, a jego rola w codziennym życiu Kościoła i jego wiernych jest nie do przecenienia – zwłaszcza w zakresie prawa sakramentów, czy ustroju hierarchicznego. Niniejsza praca traktuje o zagadnieniach wchodzących w skład drugiego z wymienionych obszarów. Celem prezentowanego artykułu jest analiza regulacji prawnych dotyczących urzędów proboszcza i wikariusza w historycznym Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1917 roku oraz obowiązującym Kodeksie z 1983 roku.

Dla lepszego zrozumienia badanej problematyki zostaną poczynione uwagi natury historycznej nad rozwojem tych urzędów kościelnych w Kościele łacińskim. Punktem wyjścia rozważań będzie pojęcie parafii, z której funkcjonowaniem posługa wikariusza i proboszcza jest bezpośrednio związana.

1. Pojęcie Parafii

Parafia jest podstawową komórką organizacyjną Kościoła Katolickiego[1]. Stanowi ją określona wspólnota wiernych, utworzona na stałe w Kościele partykularnym. Począwszy od IV wieku terminem „parafia" oznaczano terytorium na którym władzę sprawował biskup. W tym okresie prezbiterzy, mieszkający dotąd w mieście biskupim zaczęli tworzyć wspólnoty wokół nowych świątyń wznoszonych poza miastem będącym rezydencją biskupa. Stąd też ówcześnie parafia była strukturą porównywalną do dzisiejszej diecezji. Od ok. VI w. termin „parafia" zaczęto używać w znaczeniu dzisiejszym[2].

Zgodnie z kan. 216 § 1 Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1917 roku[3] diecezję należało podzielić na oddzielne części terytorialne i przydzielić do nich kościół wraz z określonym ludem i własnym pasterzem. Ówcześni kanoniści wypracowali definicję parafii zgodnie z którą jest nią część diecezji posiadająca własny kościół, własny lud i własnego duszpasterza sprawującego na mocy prawa posługę duszpasterską. Kodeks z 1917 roku rozróżniał parafie inkorporowane, nieinkorporowane; usuwalne, nieusuwalne; terytorialne, personalne; macierzyste, filialne oraz diecezjalne i zakonne[4]. Natomiast koncepcja parafii zawarta w obowiązującym Kodeksie koresponduje z wypowiedziami Soboru Watykańskiego II na temat jej natury. Co prawda w dokumentach ostatniego soboru brak definicji tego pojęcia, jednak analiza wypowiedzi Ojców soborowych pozwala wysunąć wniosek, iż według nich parafia to wspólnota wiernych podlegających kierownictwu prezbitera, który dzięki swojemu posłuszeństwu władzy biskupa gwarantuje jedność wspólnoty parafialnej z Kościołem partykularnym[5].

Parafia jest wspólnotą o strukturze hierarchicznej do której przynależy określona grupa wiernych z proboszczem jako jej pasterzem. Proboszcz zostaje mianowany na swój urząd przez biskupa, którego jest niejako „alter ego". Stąd też w pewien sposób parafia jest Kościołem podporządkowanym diecezji – jako modelowemu Kościołowi partykularnemu. Podstawowym celem parafii jest zapewnienie konkretnej wspólnoty, blisko ze sobą zjednoczonych wiernych.

---

[1] Sobór Watykański II, Dekret o Apostolstwie Świeckich *Apostolicam Auctositatem,* AAS 58 (1966), pp. 837-864, *Dokumenty Soboru Watykańskiego II. Konstytucje. Dekrety. Deklaracje,* Poznań 2002, s. 425-472.

[2] W. Góralski, *Lud Boży. Kościelne prawo osobowe,* Częstochowa 2006, s. 276-277.

[3] *Codex Iuris Canonici. Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus*, AAS O9 II (1917), pp.1-521, dalej: KPK/17, kan. - kanon

[4] E. Sztafrowski, *Parafia w hierarchicznej strukturze Kościoła,* „Prawo Kanoniczne", 3-4(1991), s. 54-55. 51-74

[5] L. Gerosa, *Prawo Kościoła,* Poznań 1999, s. 351.

Posoborowa odnowa prawa kanonicznego koncentrowała się na elemencie wspólnotowym parafii, uzewnętrzniającym się w celebracjach liturgicznych, inicjatywach duszpasterskich, spotkaniach wiernych w dialogu i przyjaźni. Parafia nie powinna się zamykać sama w sobie, ale otwierać się na wspólnotowość diecezjalną we współpracy z biskupem i prezbiterium diecezjalnym oraz Kościołem powszechnym[6].

Zgodnie z obowiązującym Kodeksem Prawa Kanonicznego pasterzem parafii jest proboszcz, sprawujący swoją funkcję pod zwierzchnictwem biskupa diecezjalnego (kan.515§1)[7], który mu powierza jurysdykcję w imieniu Kościoła. Władza, jaka przysługuje proboszczowi, jest zwyczajna i w swoim zakresie własna, czyli wykonuje on ją w imieniu własnym. Znaczy to, że proboszcz nie jest wikariuszem biskupa[8]. Tylko biskup diecezjalny posiada kompetencję do tworzenia, zniesienia i zmiany granic parafii, a każda z nich z mocy prawa posiada osobowość prawną (kan. 515§2,3). Z tego tytułu wynika zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Wszelkie akty tej osoby prawnej są podejmowane przez proboszcza[9], oczywiście w ramach ograniczeń wynikających z przepisów prawa zarówno powszechnego, jaki partykularnego. Parafia z natury rzeczy powinna być terytorialna, jednak prawo zezwala aby tworzyć jej odpowiedniki personalne (kan. 518).

2. Urząd Proboszcza

Prawodawca kościelny w KPK/17 definiował proboszcza jako kapłana lub osobę moralną (instytucje kościelne, z którymi zostały złączone parafie, np. kapituły, klasztory), której została powierzona parafia jako tytuł (źródło utrzymania), połączony z duszpasterstwem spełnianym pod władzą ordynariusza (kan. 451). Zgodnie z nieobowiązującym już kodeksem samo stanowisko proboszcza nie dawało mu jurysdykcji „in foro externo", a jego urzędem było officium duszpasterskie. Proboszcz był delegatem biskupa, lecz działał własną powagą

---

[6] F. Coccopalmerio, *Il concetto di parrocchia nel CIC 1983,* [w:] *Parafia w prawie kanonicznym i prawie polskim, red. S. Głódź, J. Krukowski, M. Sitarz*, Lublin 2013, s. 7- 37.

[7] *Codex Iuris Canonici. Auctoritate Joannis Pauli PP. II promulgatus*, AAS 75 II (1983), pp. 1-317*; Kodeks Prawa Kanonicznego, przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu Polski*, Poznań 1984, dalej: KPK/83.

[8] Por. J.Krukowski, *Parafie, proboszczowie i wikariusze parafialni,* [w:] *Komentarz do Kodeksu prawa kanonicznego. Księga II. Lud Boży. Część II. Strój hierarchiczny Kościoła*, red. J. Krukowski, Poznań 2005, s. 417–418.

[9] Tamże.

(„potestate propria et ordinaria"), stąd też biskup diecezjalny mógł pozbawić proboszcza władzy duszpasterskiej tylko z ważnego powodu, ale jako pasterz diecezji zawsze miał prawo wykonywać funkcje duszpasterskie wobec parafian danego proboszcza.

Ówczesne prawo kanoniczne rozróżniało następujące kategorie proboszczó[w:] habitualnych (gdy proboszczem była osoba moralna, które miała zatroszczyć się o sprawowanie urzędu przez konkretną osobę), aktualnych (tych, którzy faktycznie spełniali duszpasterstwo); usuwalnych, nieusuwalnych; związanych z terytorium parafii (terytorialnych) lub tylko z wiernymi bez względu na to, gdzie oni mieszkają (personalnych); świeckich i zakonnych.

Kodeks z 1917 roku przewidywał szeroki katalog obowiązków proboszcza. Zadania związane z uświęcaniem powierzonych sobie wiernych obejmowały m.in.: sprawowanie Eucharystii i troskę o godne jej przyjmowanie przez wiernych (kan. 468, kan. 514, kan. 743, kan. 761, kan. 760, kan. 787, kan. 854, kan. 863, kan. 1018, kan. 939), uroczyste udzielanie chrztu, sprawowanie sakramentu pokuty (kan. 873, kan. 899), celebrowanie sakramentu namaszczenia chorych (kan. 848, kan. 859), asystowanie przy zawieraniu sakramentu małżeństwa i błogosławienie małżonków (kan. 998, kan. 1000, kan. 1019), odprawianie pogrzebów (kan. 1230), błogosławienie domów, świecenie palm, wody chrzcielnej w Wielką Sobotę, prowadzenie procesji poza kościołem, odprawienie nieszporów (kan. 567, kan. 2256). Prawodawca zobowiązywał też proboszcza do szeregu czynności z zakresu przepowiadania Słowa Bożego, takich jak: głoszenie kazań (kan. 1333, kan.1334), organizacja misji (kan. 1349), przestrzeganie przed czytaniem złych książek (kan. 1405), dbanie o nawrócenie wiernych (kan. 1350). Poza tym proboszcz był zobligowany do troszczenia się o zabudowania kościelne i parafialne (kan. 1523), aplikowania mszy św. za powierzony sobie lud oraz prowadzenia kancelarii parafialnej[10].

Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 roku nieco odmiennie, w duchu odnowy soborowej, reguluje sprawowanie urzędu proboszcza. Podstawowym kryterium stawianym przez prawo kandydatom na ten urząd, wymaganym do jego ważnego objęcia, jest przyjęcie święceń prezbiteratu (kan. 521§1). Poza tym od prezbiterów mających być mianowanymi na urząd proboszcza prawodawca wymaga odznaczania się zdrową nauką, gorliwością pasterską oraz innymi cnotami, które są potrzebne do kierowania daną parafią (kan. 521§1,2). Kwalifikacje te powinny być sprawdzone w odpowiedni sposób. Przed nominację kandydata biskup może wysłuchać opinii dziekana, innych kapłanów jak również wiernych

[10] Zob. I. Grabowski, *Prawo kanoniczne według nowego kodeksu,* Lwów 1927, s. 270-278.

świeckich (kan. 524). Funkcji proboszcza nie powinna spełniać osoba prawna, chyba, że zostanie powierzona kleryckiemu lub zakonnemu instytutowi życia konsekrowanego. W takim wypadku jeden z prezbiterów powinien pełnić urząd proboszcza (kan. 520§1). Dokładny sposób dokonania takiego powierzenia reguluje kan. 520§2. Zasadą jest również, że jeden kapłan stoi na czele jednej parafii (kan. 526§1). Ponadto proboszcz ma obowiązek rezydowania w domu parafialnym w pobliżu kościoła (kan. 533 §1).

Procedura prowizji kanonicznej na urząd proboszcza obejmuje następujące etapy: 1. wyznaczenie kandydata na urząd, 2. nominację, 3. wprowadzenie w urzędowanie przez ordynariusza (lub jego delegata) i objęcie urzędu przez proboszcza. Przed rozpoczęciem swoich zadań powinien on złożyć wyznanie wiary (kan. 833). Dopiero po dokonaniu wszystkich aktów prowizji kanonicznej proboszcz zyskuje swoje uprawnienia[11]. Sprawuje on swój urząd pod władzą biskupa diecezjalnego w sensie eklezjologicznym i prawnym. W pierwszym znaczeniu poprzez budowanie wspólnoty Kościoła w danej parafii, natomiast w drugim ze względu na nominację[12]. Jest ona podstawą wykonywania urzędu. Proboszcz, jako przedstawiciel władzy Kościoła w każdej parafii powołany jest przede wszystkim do wykonywania zadań nauczania, uświęcania i rządzenia (kan. 519). Dokonuje tego poprzez sprawowanie sakramentów, sakramentaliów i głoszenie Słowa Bożego. Zadania i obowiązki proboszcza z zakresu „munus sanctificandi" są przez niego wykonywane zwłaszcza w sprawowaniu liturgii zgodnie z zasadami prawa[13]. Tego typu zobowiązania pasterza parafii uprawniają wiernych do domagania się posługi duszpasterskiej ze strony swojego proboszcza[14].

K. Graczyk wyróżnia trojakiego rodzaju władzę proboszcza: 1) jurysdykcję zewnętrzną sakramentalną i pozasakramentalną; 2) władzę ojcowską („potestas domestica") czuwania nad wiernymi i pouczania ich (napominania); 3) władzę administrowania parafią, prowadzenia dzieł miłosierdzia, nadzoru nad stowarzyszeniami i bractwami religijnymi[15]. W aspekcie pierwszym należy zdefiniować na czym polega jurysdykcja zewnętrzna i wewnętrzna. Władza rządzenia sprawowana w zakresie zewnętrznym („in foro externo") powoduje skutki jawne

---

[11] J. Krukowski, *Parafie, proboszczowie….,* 427n.

[12] K. Graczyk, *Prawno – społeczna funkcja proboszcza w świetle przepisów prawa Kościoła Katolickiego,* „Studia Włocławskie" 13(2011), s.73n.

[13] J. Krukowski, *Kompetencje proboszcza w realizacji uświęcającego zadania Kościoła,* [w:] *Parafia w prawie kanonicznym i prawie polskim,* red. S. Głódź, J. Krukowski, M. Sitarz, Lublin 2013, s. 197-216.

[14] Tamże.

[15] Tamże.

wobec społeczności, dające się stwierdzić i udowodnić, natomiast wykonywana w zakresie wewnętrznym („in foro interno") zaradza potrzebom sumienia pod osłoną tajemnicy[16].

Prawodawca kościelny rezerwuje także pewnie funkcje specjalnie powierzone proboszczowi. Należą do nich: udzielanie chrztu, sakramentu bierzmowania osobom znajdującym się w niebezpieczeństwie śmierci, namaszczenia chorych i Wiatyku, a także apostolskiego błogosławieństwa; asystowanie przy zawieraniu małżeństw i błogosławienie ich, celebrowanie pogrzebów, święcenie źródła chrzcielnego w okresie wielkanocnym, prowadzenie procesji poza kościołem oraz dokonywanie uroczystych poświęceń poza kościołem, bardziej uroczyste sprawowanie Eucharystii w niedzielę i święta (kan. 530). Specyficzną formą sprawowania posługi duszpasterskiej proboszcza jest aplikowanie mszy św. za powierzony sobie lud w każdą niedzielę i uroczystość (kan. 534§1).

Jakkolwiek zwyczajnymi szafarzami chrztu, na mocy kan. 861 §1, są biskup, prezbiter i diakon, to jednak żadnemu z nich nie wolno udzielać tego sakramentu na obcym terytorium bez zezwolenia udzielonego przez własnego proboszcza (kan. 862). Oczywiście z szafowaniem chrztu wiążą się inne obowiązki proboszcza: pouczenie wiernych o prawidłowym udzielaniu tego sakramentu (kan. 861§2), przygotowania rodziców naturalnych i chrzestnych oraz wpisanie tego aktu do księgi ochrzczonych (kan. 877§1). W przypadku sakramentu bierzmowania, jeżeli po stronie kandydata zaistnieje niebezpieczeństwo śmierci, upoważnienie do jego udzielenia zyskuje każdy prezbiter. Jednak, z racji na swój urząd, na pierwszym miejscu otrzymuje je proboszcz[17]. Kompetencję do udzielania wiatyku, sakramentu namaszczenia chorych i błogosławieństwa papieskiego również zostały przyznane proboszczowi (kan. 530 n.3) z zachowaniem odpowiednich przepisów. Do ważnego asystowania przy zawieraniu małżeństwa chrześcijańskiego w imieniu Kościoła Kodeks Prawa Kanonicznego upoważnia ordynariusza miejsca i proboszcza parafii. Asystowanie przy zawieraniu tego sakramentu nie jest funkcją powierzoną tylko pasterzowi parafii. Jednakże inny kapłan lub diakon może asystować przy zawieraniu małżeństwa jedynie na podstawie delegacji udzielonej przez proboszcza lub ordynariusza miejsca (kan. 1108§1).

Do funkcji specjalnie powierzonych proboszczowi z zakresu władzy rządzenia prawodawca przypisuje: dyspensowanie od przeszkód małżeńskich osób

---

[16] T. Pawluk, *Prawo Kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II. Tom 1. Zagadnienia wstępne i normy ogólne,* Olsztyn 1985, s.153.

[17] L. Adamowicz, *Wprowadzenie do prawa sakramentów św. według Kodeksu Prawa Kanonicznego i Kodeksu Kanonów Katolickich Kościołów Wschodnich,* Lublin 1999, s.80.

znajdujących się w niebezpieczeństwie śmierci i wypadku naglącym (kan. 1079-1080), uprawnienie do udzielania dyspens od ślubu prywatnego (kan. 1196), władzę do zawieszania, dyspensowania lub złagodzenia przysięgi (kan. 1203) lub dyspensowanie od obowiązku przestrzegania dni świątecznych i postu (kan.1245).

Kolejnym ważnym obszarem działalności duszpasterskiej proboszcza są funkcje z zakresu władzy nauczania[18]. Zasada ogólna stanowi, że jego obowiązkiem jest zatroszczyć się o to, aby przebywającym w parafii było głoszone Słowo Boże (kan. 528§1). Ojcowie Soboru Watykańskiego II pouczają, że przepowiadanie Słowa Bożego powinno dokonywać się w duchu misyjnym[19]. Nauczanie to ma być skierowany to wszystkich przebywających w parafii, zarówno posiadających zamieszkanie stałe, jak i czasowe. Z dokumentów soborowych wynika, że głoszenie Słowa Bożego powinno być skierowane zwłaszcza do tych, którzy zaprzestali praktyk religijnych albo wyznawania prawdziwej wiary. Najbardziej dostępnym dla wiernych świeckich sposobem zgłębiania Słowa Bożego jest homilia będąca integralną częścią mszy św. Jest to forma głoszenia Słowa Bożego, za pomocą której w ciągu roku są wykładane normy życia chrześcijańskiego i tajemnice wiary (kan. 767§1). Bardzo pożyteczne jest organizowanie przez proboszcza misji i rekolekcji, tak aby dać sposobność do głębszego wniknięcia w tajemnicę Słowa Bożego i przemyślenie własnego życia. Jednocześnie ustawodawca kościelny nakazuje proboszczowi troszczyć się o nauczenie katechetyczne, które powinno się dokonywać w oparciu o doktrynę i praktykę życia chrześcijańskiego[20].

Z pewnością owocne wykonywanie tych zadań jest związane z dobrym zapoznaniem się z problemami i warunkami życia wiernych dla których proboszcz jest ustanawiany. Prawodawca obliguje go zwłaszcza do nawiedzania rodzin, uczestniczenia w troskach wiernych, wspierania chorych, otaczania troską biednych i cierpiących, popierania wzrostu życia chrześcijańskiego w rodzinach (kan. 529). Z analizy tego przepisu wynika, że duszpasterstwo prowadzone przez proboszcza ma mieć źródło w głębokim współczuciu i rozumieniu trosk wiernych, zwłaszcza tych doczesnych. Stąd też prawodawca stanowi, że posługa ta powinna cieszyć się stałością. Nie oznacza to nieusuwalności lub stałości bezwzględnej, które obowiązywały w prawie kościelnym do momentu ogłoszenia przez

---

[18] Zob. J. Krzywda, *Kompetencje proboszcza w realizacji misji nauczycielskiej Kościoła,* [w:] *Parafia w prawie kanonicznym i prawie polski,* red. S. Głódź, J. Krukowski, M. Sitarz, Lublina 2013, s. 183-195.

[19] Sobór Watykański II, Dekret o pasterskich zadaniach biskupów *Christus Dominus,* AAS 58 (1966), pp. 673-702, *Dokumenty Soboru Watykańskiego II. Tekst polski,* Poznań 2002, s. 473-504, dalej: CH.

[20] J. Krukowski, *Parafie, proboszczowie…..,* s. 431-432.

papieża Pawła VI w roku 1966 motu proprio „Ecclesiae Sanctae"[21]. Stabilność urzędu proboszcza oznacza, że nie wolno biskupowi bez dostatecznej przyczyny usuwać go lub przenosić. W postępowaniu zmierzającym do przeniesienia lub usunięcia proboszcza należy zachować przepisy proceduralne określone przez prawodawcę[22] (por. kan. 1748-1752). Ustawodawca kościelny regulując procedurę przenoszenia proboszczów, wielokrotnie podkreśla, że ma mieć ona na względzie kanoniczą słuszność i dobro dusz pojęte jako troska o ich zbawienie. Taka troska jest nie tylko wyznacznikiem działalności duszpasterskiej, ale najwyższym prawem Kościoła w ogóle[23]. Warto wspomnieć, że w okresie wakatu urzędu biskupa diecezjalnego istnieją znaczne obostrzenia w możliwości zmian na urzędzie proboszcza gorącej miłości.

3. Urząd wikariusza

W obecnej sytuacji Kościoła rzadko zdarza się, aby proboszcz sam mógł podołać zadaniom jakie stawia przed nim prawo kanoniczne. W związku z tym ustanawia się wikariuszy, czyli kapłanów przydzielonych parafii przez biskupa diecezjalnego celem wspomagania proboszcza w jego posłudze duszpasterskiej[24]. Wikariusz parafialny partycypuje we wszystkich zadaniach proboszcza, za wyjątkiem tych, które prawodawca zastrzega jemu samemu. Proboszcz koordynuje całość działalności duszpasterskiej, której winien podporządkować się wikariusz, ale zawsze w duchu miłości i braterskiego zrozumienia[25]. W przeciwieństwie do obecnie obowiązującego prawa, Kodeks z 1917 r. wyróżniał pięć kategorii wikariuszy: osoby prawnej („vicarius actualis, vel curatus, vel perpetuus"), zarządca („vicarius oeconomus"), zastępca („vicarius subsitutus"), pomocnik („vicarius audytor"), współpracownik („vicarius cooperator"). Wikariuszem osoby prawnej był kapłan spełniający obowiązki duszpasterskie w parafii złączonej z osobą prawną (np. zakonem lub kapitułą). Z kolei wikariusz zastępca zastępował czasowo nieobecnego proboszcza lub pozbawionego parafii wyrokiem sądowym, od którego został wniesiony rekurs do Stolicy Apostolskiej. Zadanie wikariusza pomocnika polegało na wspieraniu

---

[21] Paweł VI, *Motu proprio Ecclesiae Sanctae,* AAS 58(1966) 757-787, tekst polski za: *Posoborowe prawodawstwo kościelne. T.1. Zeszyt 1*,s. 31-34, Warszawa 1969.

[22] K. Graczyk, *Prawno – społeczna…*, s.73.

[23] Zob.: R. Sobański, *Nauki podstawowe prawa kanonicznego. Teologia prawa kościelnego,* Warszawa 2001, s. 114-123.

[24] T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II. Tom II. Lud Boży jego nauczanie i uświęcanie,* Olsztyn 2002, s. 254.

[25] CH n.30.

proboszcza niemogącego podołać wszystkim obowiązkom duszpasterskim z racji wieku, stanu zdrowia, niedoświadczenia lub z innej stałej przyczyny. W takim przypadku wikariuszowi przysługiwały wszelkie uprawnienia i obowiązki proboszczowskie za wyjątkiem aplikowania mszy św. za powierzony sobie lud. Analogiczne prawa i obowiązki Kodeks Pio-Benedyktyński nakładał na wikariusza kooperatora, z tą różnicą, że był on ustanawiany dla proboszcza, który nie mógł sprostać obowiązkom parafialnym z racji dużej ilości wiernych bądź rozległości terytorialnej parafii. Poza tym dodatkowe zadania dla wikariusza kooperatora mogło przewidywać prawo partykularne, pismo nominacyjne lub zlecenie proboszcza. Kanon 476 § 7 KPK/17 roku nakładał na proboszcza obowiązek wdrażania wikariusza do pracy duszpasterskiej, czuwania nad nim oraz zdawania sprawy, przynajmniej raz w roku ordynariuszowi o poczynaniach swojego współpracownika

Zgodnie z obowiązującym Kodeksem wikariusza parafialnego ustanawia się ilekroć wyda się to konieczne lub pożyteczne. Liczba wikariuszy zależna jest od potrzeb danej parafii. Wikariusz wspiera proboszcza swoją radą i gorliwością w pracy duszpasterskiej (kan. 545 §2). Może być on ustanowiony, aby świadczył pomoc w wypełnianiu posługi pasterskiej w odniesieniu do całej parafii, określonego terytorium bądź grupy wiernych (kan. 545§2). Swobodnie mianuje go biskup diecezjalny, jeżeli uzna to za stosowne może wysłuchać zdania proboszcza lub proboszczów danego dekanatu (kan. 547). Do ważności nominacji wymaga się święceń prezbiteratu (kan. 546).

Z racji swego urzędu wikariusz parafialny nie otrzymuje władzy zwyczajnej w zakresie pasterskiej posługi w parafii[26]. Jeśli biskup diecezjalny nie udzieli wyraźnie wikariuszowi upoważnienia do asystowaniu przy zawarciu małżeństwa sakramentalnego, wikariusz nie może być świadkiem kwalifikowanym. W takiej sytuacji proboszcz ma prawo udzielić mu delegacji ogólnej, którą wikariusz może subdelegować[27].

Dokładne obowiązki wikariusza najczęściej są regulowane w prawie partykularnym diecezji lub piśmie nominacyjnym. Należy pamiętać, że wikariusz w kwestiach duszpasterskich jest podporządkowany proboszczowi. Stąd też powinien regularnie informować proboszcza o swoich zamierzeniach duszpasterskich, tak aby w pracy kapłańskiej istniała prawdziwa jedność (kan. 548). Aby zapewnić lepszą komunikację i życie braterskie pomiędzy proboszczem a wikariuszem prawodawca zaleca praktykowanie przez nich jakiejś formy życia wspólnego

---

[26] Zob. W. Góralski, *Wikariusz parafialny,* [w:] *Parafia w prawie kanonicznym i w prawie polskim,* red. S. Głódź, J. Krukowski, M. Sitarz, Lublin 2013, s. 77-104.

[27] Tamże.

(kan. 550 §2). W przypadku nieobecności proboszcza, jeżeli biskup diecezji nie postanowił inaczej, wikariusz przejmuje jego wszystkie obowiązki, za wyjątkiem ofiarowania mszy św. za powierzony lud. Biskup diecezjalny lub administrator diecezji mogą usunąć wikariusza parafialnego z słusznej przyczyny (kan. 552).

Zakończenie

Posoborowa odnowa prawa kanonicznego zmierzała m.in. do uproszczenia wielu instytucji kanonicznych, zwłaszcza z zakresu ustroju hierarchicznego Kościoła. Stąd też znaczącą ewolucję w kodyfikacjach Kościoła łacińskiego przeszły urzędy proboszcza i wikariusza. Jej charakterystyczną cechą było odejście od rozróżniania rodzajów tychże urzędów kościelnych. Proboszcz jest własnym pasterzem parafii, jednak pełnienie przez niego posługi duszpasterskiej winno być znakiem komunii kościelnej wyrażającym się w posłuszeństwie biskupowi diecezjalnemu. Obowiązkiem i prawem proboszcza jest spełnianie wszystkich czynności liturgicznych w parafii, zwłaszcza tych bardziej uroczystych i związanych ze sprawowaniem sakramentów wtajemniczenia chrześcijańskiego.

Głównym zadaniem wikariusza parafialnego jest wspomaganie proboszcza parafii, co nie oznacza iż jest on pozbawiony własnej inicjatywy w działalności duszpasterskiej. Prawo obliguje go do konsultacji z proboszczem swoich zamierzeń duszpasterskich, a jego upoważnienie do sprawowania niektórych czynności liturgicznych (np. asystowania przy zawieraniu sakramentu małżeństwa) może pochodzić od proboszcza parafii lub stosownych władz diecezji.

Zgodnie z ostatnim kanonem Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 roku „zbawienie dusz winno być w Kościele najwyższym prawem". To właśnie troska o zbawienie powierzonej sobie części Ludu Bożego powinna determinować poczynania duszpasterskie – zarówno w sferze szafowania dobrami duchowymi jak i zarządzania sprawami doczesnymi Kościoła - proboszcza i wikariusza. W tej perspektywie normy prawne regulujące funkcjonowanie tych dwóch podstawowych urzędów kościelnych znajdują swój głęboki sens oraz właściwe wyjaśnienie.

Bibliografia

Adamowicz L., *Wprowadzenie do prawa sakramentów św. według Kodeksu Prawa Kanonicznego i Kodeksu Kanonów Katolickich Kościołów Wschodnich,* Lublin 1999.

Codex Iuris Canonici. Auctoritate Joannis Pauli PP. II promulgatus, AAS 75 II (1983), pp. 1-317*; Kodeks Prawa Kanonicznego, przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu Polski*, Poznań 1984.

Codex Iuris Canonici. Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus, AAS O9 II (1917), pp.1-521,

F. Coccopalmerio, *Il concetto di parrocchia nel CIC 1983,* [w:] *Parafia w prawie kanonicznym i prawie polskim, red. S. Głódź, J. Krukowski, M. Sitarz*, Lublin 2013, s. 7- 37.

Gerosa L., *Prawo Kościoła,* Poznań 1999, s. 351.

Góralski W., *Lud Boży. Kościelne prawo osobowe,* Częstochowa 2006, s. 276-277.

Grabowski I., *Prawo kanoniczne według nowego kodeksu,* Lwów 1927.

Graczyk K., *Prawno – społeczna funkcja proboszcza w świetle przepisów prawa Kościoła Katolickiego,* „Studia Włocławskie" 13(2011), s. 62-80.

Krukowski J., *Kompetencje proboszcza w realizacji uświęcającego zadania Kościoła,* [w:] *Parafia w prawie kanonicznym i prawie polskim,* red. S. Głódź, J. Krukowski, M. Sitarz, Lublin 2013, s. 197-216.

Krukowski J., *Parafie, proboszczowie i wikariusze parafialni,* [w:] *Komentarz do Kodeksu prawa kanonicznego. Księga II. Lud Boży. Część II. Strój hierarchiczny Kościoła*, red. J. Krukowski, Poznań 2005, s. 417–418.

Krzywda J., *Kompetencje proboszcza w realizacji misji nauczycielskiej Kościoła,* [w:] *Parafia w prawie kanonicznym i prawie polski,* red. S. Głódź, J. Krukowski, M. Sitarz, Lublina 2013, s. 183-195.

Paweł VI, *Motu proprio Ecclesiae Sanctae,* AAS 58(1966) 757-787, tekst polski za: *Posoborowe prawodawstwo kościelne. T.1. Zeszyt 1*,s.31-34, Warszawa 1969.

Pawluk T., *Prawo Kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II. Tom 1. Zagadnienia wstępne i normy ogólne,* Olsztyn 1985.

Pawluk T., *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II. Tom II. Lud Boży jego nauczanie i uświęcanie,* Olsztyn 2002.

Sobański R., *Nauki podstawowe prawa kanonicznego. Teologia prawa kościelnego,* Warszawa 2001.

Sobór Watykański II, Dekret o Apostolstwie Świeckich *Apostolicam Auctositatem,* AAS 58 (1966),pp. 837-864, *Dokumenty Soboru Watykańskiego II. Konstytucje. Dekrety. Deklaracje,* Poznań 2002, s. 425-472.

Sobór Watykański II, Dekret o pasterskich zadaniach biskupów *Christus Dominus,* AAS 58 (1966), pp. 673-702, *Dokumenty Soboru Watykańskiego II. Tekst polski,* Poznań 2002, s. 473-504

Sztafrowski E., *Parafia w hierarchicznej strukturze Kościoła,* „Prawo Kanoniczne", 3-4(1991), s. 51-74.

W. Góralski, *Wikariusz parafialny,* [w:] *Parafia w prawie kanonicznym i w prawie polskim,* red. S. Głódź, J. Krukowski, M. Sitarz, Lublin 2013, s. 77-104.

Streszczenie

Posoborowa odnowa prawa kanonicznego zmierzała m.in. do uproszczenia wielu instytucji kanonicznych, zwłaszcza z zakresu ustroju hierarchicznego Kościoła. Stąd też znaczącą ewolucję w kodyfikacjach Kościoła łacińskiego przeszły urzędy proboszcza i wikariusza. Jej charakterystyczną cechą jest odejście od rozróżniania rodzajów tychże urzędów kościelnych. Obowiązkiem i prawem proboszcza jest spełnianie wszystkich czynności liturgicznych w parafii, zwłaszcza tych bardziej uroczystych i związanych ze sprawowaniem sakramentów wtajemniczenia chrześcijańskiego. Głównym zadaniem wikariusza parafialnego jest wspieranie proboszcza we wszystkich zamierzeniach.

SŁOWA KLUCZOWE: proboszcz, wikariusz, Kodeks Prawa Kanonicznego

Summary

The post-conciliar renewal of canon law aimed, among others, to simplify many of the canonical institutions, especially in the field of hierarchical system of the Church. Hence, a significant evolution in the codifications of the Latin Church passed the offices of parish priest and vicar. Its characteristic feature is a departure from distinguishing between these types of ecclesiastical offices. It is the duty and the right of the pastor is to meet all the liturgical celebrations in the parish, especially those more solemn and related to the exercise of the sacraments of Christian initiation. In all these activities support the parish priest vicar.

KEY WORDS: parish priest, vicar, code of canon law

Autor

Konrad Dyda - mgr prawa oraz mgr lic. prawa kanonicznego. Obecnie doktorant w Katedrze Prawa Wyznaniowgo KUL. W pracy naukowej zajmuje się koncepcją i ochroną wolności myśli, sumienia i religii oraz prawem wyznaniowym Polski Ludowej – zwłaszcza w zakresie budownictwa sakralnego, a także prawem Państwa Watykańskiego.

Adrian Romkowski

Artykuł 256 § 1 kk w świetle wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji zasady nullum crimen sine lege (certa)

Article 256 § 1 of Polish criminal code in the perspective of constitutional principle nullum crimen sine lege (certa) in article 42.1 of the Constitution

I. Wstęp

W dobie powszechnie wyrażanych opinii na temat konieczności intensyfikacji i rozszerzenia prawnokarnej ochrony przed czynami mającymi charakter tzw. „przestępstw z nienawiści"[1], poza zakresem rozważań pozostawia się relację polskich „przestępstw z nienawiści"[2] do norm konstytucyjnych, a ściślej – ich zgodność z wyznaczanymi przez Konstytucję[3] standardami.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest typologiczno-wykładnicza analiza jednego ze znanych kodeksowi karnemu z 1997 r.[4] (dalej: kk) „przestępstw z nienawiści", zdefiniowanego w art. 256 § 1, penalizującego publiczne propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa lub (publiczne) nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, w perspektywie wyrażo-

---

[1] Por. przykładowo rekomendacje 120.64-120.72 Rady Praw Człowieka ONZ z dnia 22 września 2017 r. w stosunku do Polski, dotyczące rozszerzenia prawnokarnej ochrony przed tzw. „przestępstwami z nienawiści" także na osoby/grupy „LQBTQI".

[2] Za „przestępstwa z nienawiści", stypizowane w polskim prawie karnym, uważa się czyny zabronione określone w art. 119, art. 256 i art. 257 kk (por. M. Duda, *Przestępstwa z nienawiści. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2016, s. 163). Wydaje się jednak, że do wyliczenia tego należałoby także dodać art. 126a kk.

[3] Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.

[4] Dz. U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.

nej w art. 42 ust. 1 Konstytucji zasady *nullum crimen sine lege (certa)*, w celu udowodnienia hipotezy o niezgodności regulacji typizującej owo przestępstwo ze wspomnianym unormowaniem konstytucyjnym.

Analiza prowadzona będzie zgodnie z metodą naukową analizy krytycznej, bazującej na rozumowaniu indukcyjnym.

II. Art. 256 § 1 – analiza typologiczno-wykładnicza

Typ czynu zabronionego, określony w art. 256 § 1 kk, chroni zarówno ogólne (generalne), jak i indywidualne dobra prawne: ogólnym dobrem prawnym podlegającym ochronie jest porządek publiczny, w tym istniejący ład prawny i polityczny[5], czy precyzyjniej: wartości konstytucyjne określające ustrój państwa[6], zaś dobrami indywidualnymi, chronionymi w zakresie znamienia „nawoływania do nienawiści" – bezpieczeństwo i cześć osób należących do grup spełniających wskazane przez ustawodawcę kryteria, na które to grupy miałaby być nakierowana nienawiść[7]. Przestępstwo zdefiniowane w art. 256 § 1 jest występkiem o powszechnym znamieniu podmiotu, umyślnej stronie podmiotowej, ograniczonej wyłącznie do zamiaru bezpośredniego[8], zagrożonym karą grzywny, karą ograniczenia wolności i karą pozbawienia wolności do lat 2.

Pierwszą z czynności wykonawczych typu wieloodmianowego, jakim jest art. 256 § 1 kk, jest „(publiczne) propagowanie" „faszystowskiego" lub „innego totalitarnego ustroju państwa". Znamię „publiczności" propagowania nie budzi większych wątpliwości interpretacyjnych. Zgodnie bowiem z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem, o „publicznym" działaniu sprawcy mowa być może tylko wtedy, gdy treść (propagowana) mogła być odebrana przez bliżej nieokreśloną liczbę osób ze względu na miejsce, okoliczności i sposób działania sprawcy, które stwarzały sytuację, by działanie sprawcy dotarło do nieoznaczonego kręgu adresatów[9].

---

[5] A. Michalska-Warias, *Komentarz do art. 256*, [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 222-316*, Warszawa 2017, s. 363.

[6] K. Wiak, *Komentarz do art. 256*, [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1170.

[7] A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 363.

[8] A. Lach, *Komentarz do art. 256*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1111.

[9] Por. J. Raglewski, *Komentarz do art. 213 kk*, [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212-277d*, Warszawa 2017, s. 67. Por. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 1933 r., sygn. akt III K 545/33, LEX nr 389985 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 września 1973 r., sygn. akt VI KZP 26/73, LEX nr 18637. Uwagi

„Propagowaniem" jest z kolei takie zachowanie, które polega na szerzeniu wiedzy o totalitarnym ustroju państwa i popieraniu go, postulowaniu wprowadzenia go, głoszeniu z zamiarem przekonania do słuszności ustroju innych osób[10].

Znamionami przedmiotowymi, do których odnosi się pierwsza z czynności sprawczych typu z art. 256 § 1 kk są „(ustrój) faszystowski" oraz „inny totalitarny ustrój państwa". Pojęcia te, jako niezwykle nieprecyzyjne (wbrew temu, co niemalże bez wyjątku twierdzi się w piśmiennictwie[11] i orzecznictwie[12]), wymagają szerszego omówienia w perspektywie konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege* (*certa*).

Analizę znamion „(ustroju) faszystowskiego" i „innego totalitarnego ustroju państwa" rozpocząć należy od widocznego *prima facie* już na gruncie intuicji interpretacyjnych założenia, że żaden, oprócz faszyzmu, ustrój, nie został przez ustawodawcę uznany za *per se* totalitarny. W kontekście bowiem powszechnie przyjmowanego w teorii prawa założenia o racjonalności prawodawcy należy zakładać, że gdyby jakikolwiek inny, oprócz faszyzmu, ustrój, miał zostać przez ustawodawcę uznany za „totalitarny", to ustrój ów musiałby zostać wymieniony wprost obok faszyzmu. Pozwala to zatem na wysnucie pierwszej z wątpliwości tyczących rekonstrukcji podstaw odpowiedzialności na gruncie art. 256 § 1: na podstawie jakich właściwie kryteriów i z jakich powodów, a przeto, z jakimi konsekwencjami dla stosowania prawa, ustawodawca za ustrój nietotalitarny (a przynajmniej nie w każdym przypadku totalitarny) uznał, przykładowo, komunizm tudzież całą gamę innych ustrojów, które w historii ludzkości odcisnęły

---

odnośnie „publiczności" propagowania będzie tak że można odnieść do czynności wykonawczej „nawoływania do nienawiści", które to „nawoływanie" również musi być dokonywane „publicznie".

[10] Z. Ćwiąkalski, *Komentarz do art. 256*, [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *op. cit.*, s. 521. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że Z. Ćwiąkalski, a także S. Hoc, na którego ów komentator się powołuje, popełniają błąd mylenia znamienia „ustroju" z ideologią. Penalizacji na gruncie art. 256 § 1 nie podlega publiczne propagowanie ani faszystowskiej, ani innej totalitarnej ideologii, o czym będzie mowa w dalszej części analizy.

[11] Por. m.in. Z. Ćwiąkalski, *op. cit.*, s. 522-523; K. Wiak, *op. cit.*, s. 1171-1172. A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 366 wskazuje, że podczas stosowania normy z art. 256 § 1 kk mogą pojawić się pewne wątpliwości dotyczące sytuacji, w której propagowane byłyby jedynie konkretne rozwiązania ustrojowe, charakterystyczne dla ustrojów totalitarnych. Najpełniej jednak na wątpliwości w wykładni znamion typu z art. 256 § 1 kk wskazuje T. Scheffler, *Przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa (art. 256 kk). Analiza doktrynologiczna wybranych wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury. Część ogólna*, [w:] Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem 34, Nr 4/2012, s. 97 i n.

[12] Por. przykładowo postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt V KK 98/11, LEX nr 950444, w którym SN stwierdził, że *„postąpieniem zbytecznym jest korzystanie w sprawie z pomocy biegłego dla zdefiniowania „ustroju totalitarnego", skoro znaczenie tego pojęcia wśród historyków jest utrwalone i można tu mówić o notorium sądowym (art. 168 k.p.k.)"*.

się piętnem totalitaryzmu, zaś ustrój „faszystowski" zdecydował się wymienić *expressis verbis*, uznając go za *ex definitione* totalitarny?[13]

Pozostawiając przez chwilę powyższe wątpliwości poza sferą rozważań (z uwagi na systematykę i spójność wywodu), należy wskazać, że kryminalizacji na gruncie art. 256 § 1 kk podlega propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego „ustroju państwa". Odwołując się do wykładni pojęcia „ustroju państwa", bazującej na piśmiennictwie prawniczym (z uwagi na to, że, stosownie do pierwszej z dyrektyw teorii derywacyjnej wykładni[14], pojęcie to nie posiada swojej definicji legalnej), należy wskazać, że „ustrój państwa" to „całokształt organizacji państwa i metod działania władzy państwowej"[15]. „U jego [tj. ustroju – dop. A.R.] podstaw leżą założenia sformułowane w normach prawnych"[16]. W nieco innym ujęciu, „ustrojem państwa" jest mechanizm funkcjonowania, w określonym czasie i na określonym terytorium, władz publicznych, uregulowany w odrębnym akcie lub aktach (najczęściej nazywanym „konstytucją" lub „prawem konstytucyjnym"), na kanwie porządku ideowego uznawanego za gwarantujący ład społeczny i gospodarczy[17]. „Ustrój państwa" jest zatem, jak słusznie wskazuje T. Scheffler, zawsze „fenomenem występującym na płaszczyźnie zjawisk fizykalnych (…), nie zaś w sferze idei"[18] (czyli jest czymś, co istnieje lub istniało

---

[13] O wątpliwości tej będzie mowa szerzej w dalszej części analizy. Warto zaznaczyć, że zasadności przytaczanej wątpliwości nie neguje argument stwierdzający, że ustrój faszystowski wymieniony został jako przykład ustroju spełniającego kryterium ustroju totalitarnego (tak A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 364). Równie dobrze można by bowiem konstatować, że skoro ustawodawca nie chciał wyczerpująco wymieniać wszystkich możliwych ustrojów totalitarnych znanych ludzkości (co jest całkowicie zrozumiałe ze względu na fakt, iż działanie takie doprowadziłoby do niezwykłej kazuistyki art. 256 § 1 kk i jeszcze większej nieprzejrzystości wynikającej z niego normy), to mógł posłużyć się otwartym znamieniem „totalitarnego ustroju państwa" (skoro, zdaniem zwolenników tezy o ustawowej określoności wspomnianego typu czynu zabronionego, i tak całkowicie precyzyjna jest wykładnia znamienia „totalitarnego ustroju państwa"). Arbitralny wybór „(ustroju) faszystowskiego" jako „przykładu" ustroju totalitarnego powoduje liczne wątpliwości tyczące tego, czy ustrój ten wyznacza swoiste kryteria totalitaryzmu, a zatem wszystko, co z tymi kryteriami niezgodne, nie mogłoby być uznane za ustrój totalitarny, czy też jest jedynie „przykładem", niewpływającym istotnie na interpretację znamienia „innego totalitarnego ustroju państwa". Słusznie na zbędność wymieniania „(ustroju) faszystowskiego" obok znamienia „innego totalitarnego ustroju państwa" zwrócił uwagę M. Siwicki, *Propaganda faszyzmu, totalitaryzmu oraz akty dyskryminacji*, [w:] Państwo i Prawo Nr 11/2008, s. 70. O wątpliwości tej będzie mowa szerzej w dalszej części opracowania.

[14] Na temat dyrektyw teorii derywacyjnej wykładni prawa por. przykładowo M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, [w:] Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny z. 3/2006, s. 95-101.

[15] B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2017, s. 11.

[16] *Ibidem*.

[17] Por. T. Scheffler, *op. cit.*, s. 98-99.

[18] *Ibidem*, s. 99.

w rzeczywistości, w konkretnym czasie i miejscu). Takie pojmowanie analizowanego znamienia pozwala wyraziście oddzielić „ustrój" od „ideologii" i „doktryny", co oznacza, że do spektrum kryminalizacji wyznaczonego przez art. 256 § 1 kk nie należy „publiczne propagowanie" żadnej, w tym także faszystowskiej i innej totalitarnej, ideologii oraz doktryny. Rozróżnienie to ma kapitalne znaczenie ze względu na fakt, że po dziś dzień poszczególni komentatorzy[19] wspomnianego przepisu mieszają pojęcie „ustroju" z „ideologią", posługując się zakazaną przez art. 42 ust. 1 Konstytucji wykładnią rozszerzającą przesłanek odpowiedzialności w prawie karnym[20]. Należy jednak wskazać, że o ile sama konstrukcja znamienia „ustroju" jest jednoznaczna, w praktyce niezwykle trudno będzie odróżniać przypadki propagowania „ustroju" od „propagowania ideologii", lecz będzie to problem nie obowiązywania, a stosowania prawa.

Rozpoczynając analizę pierwszego ze znamion, do których odnosi się pierwsza z czynności sprawczych określonych w art. 256 § 1 kk, tj. znamienia „(ustroju) faszystowskiego", warto wskazać na rozbieżności, jakie powstają na gruncie ustalania desygnatów tego, zdawałoby się, jednoznacznego pojęcia, wpływając istotnie na ustalanie spektrum kryminalizacji normy wyrażonej przez art. 256 § 1 kk. Problem z tymże znamieniem ujawnia się bowiem i na płaszczyźnie obowiązywania, i na płaszczyźnie stosowania prawa, wszak samo pojęcie „faszyzmu" („ustroju faszystowskiego") nawet wśród badaczy ustrojów i ideologii jest wysoce niejednoznaczne[21].

Zgodnie z encyklopedią PWN[22], faszyzm[23] to „*masowy ruch polityczny, ideologia o skrajnie nacjonalistycznym charakterze, totalitarny reżim polityczny we*

---

[19] Będzie o tym mowa w dalszej części opracowania.

[20] Wspomniany błąd interpretacyjny wynika prawdopodobnie z reminiscencji normatywnego „poprzednika" art. 256 § 1 kk, tj. art. 270 § 2 kk z 1969 r., w którym kryminalizowane było „publiczne pochwalanie faszyzmu". W poprzednim stanie prawnym zakazane było więc nie tylko propagowanie (pochwalanie) „ustroju faszystowskiego", ale „faszyzmu" także jako ideologii.

[21] Por. M. Marszał, *Faszyzm i jego oblicza*, [w:] Ł. Machaj (red.), *Varia doctrinalia*, Wrocław 2012, s. 27 i n. Autor ten, powołując się na jednego z najwybitniejszych badaczy faszyzmu, Renzo de Felice, wskazuje, że możliwe jest wyróżnienie aż dziewięciu różnych interpretacji pojęcia „faszyzmu". Por. także: M. Zmierczak, *Spory o istotę faszyzmu. Dzieje i krytyka.*, Poznań 1988. W zakresie piśmiennictwa prawniczego, na kontrowersje w zakresie znamion „(ustroju) faszystowskiego" i „(ustroju) totalitarnego" na gruncie art. 256 § 1 kk wskazuje jedynie M. Mozgawa, *Komentarz aktualizowany do art. 256 Kodeksu karnego*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX nr 10653, jednakże zaledwie sygnalizując problem. Dodatkowo, autor ten „miesza" pojęcie „ustroju" i „ideologii".

[22] https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/faszyzm;3900060.html, (dostęp: 27.02.2018).

[23] Do zdekodowania kręgu desygnatów pojęcia „ustroju faszystowskiego" konieczne jest, zrekonstruowanie znaczenia „faszyzmu" także jako ideologii i doktryny. Ma to znaczenie z tego względu, że w zależności od tego, co zostanie uznane za „faszyzm", poszczególne, znane historycznie ustroje, klasyfikować można jako faszystowskie lub niefaszystowskie.

Włoszech po wyeliminowaniu opozycji parlamentarnej w połowie lat 20. XX w.". Ta sama jednak encyklopedia, próbując bliżej definiować „faszyzm", zwraca uwagę, że „*o zakres terminu i istotę faszyzmu toczą się spory wśród uczonych i polityków, nacechowane emocjami i niewolne od politycznych implikacji*"[24]. Komentatorzy kk, próbując bliżej rekonstruować desygnaty znamienia „(ustroju) faszystowskiego", jednolicie odwołują się do licznych definicji encyklopedycznych[25]. Skutkuje to różnorodnym rozumieniem tego pojęcia, które wykładane w sposób encyklopedyczny[26] prowadzić może do wielu absurdów i nieporozumień, w zależności od tego, która z definicji „faszyzmu" uznana zostałaby za wiążącą. Wszystkich definicji „faszyzmu", z uwagi na ich mnogość, nie sposób w niniejszym opracowaniu przytoczyć. Wskazując jednak kryteria, na które powołują się zgodnie wszyscy komentatorzy analizowanego przepisu, i które także wśród politologów nie budzą wątpliwości, wskazać należy następujące cechy ustroju faszystowskiego: kult państwa, łączący się z zasadą wodzostwa, pojęcie „wodza" jako ucieleśnienie państwa, narodu, prawości, nieomylności, piastującego wszelką władzę „ostateczną", totalitaryzm ustroju oparty o monopartyjność, likwidacja wolności i praw obywatelskich. Takie postrzeganie „ustroju faszystowskiego" prezentowane jest także w orzecznictwie[27].

---

[24] Pojęcie „faszyzmu", o czym już była mowa, bywa niezwykle niejednolicie i niespójnie przedstawiane we współczesnej literaturze naukowej, bardzo często w zupełnym oderwaniu od pierwotnych założeń ideologii faszystowskiej, co pozwala na niemal dowolne manipulowanie kręgiem desygnatów tegoż pojęcia. Por. przykładowo M. Kozakiewicz, *Różne oblicza faszyzmu we współczesnej Europie*, Warszawa 2015.

[25] Tak m.in. Z. Ćwiąkalski, *op.cit.*, s. 522-523; A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 364-365; K. Wiak, *op. cit.*, s. 1240. A. Michalska-Warias i K. Wiak słusznie rozróżniają pojęcie „ustroju" i „ideologii", czego nie czyni Z. Ćwiąkalski.

[26] Przykładowo, *Encyklopedia białych plam*, Tom VI, Radom 2001, s. 61, pod hasłem „faszyzm" wyróżnia „faszyzm *w sensie ścisłym*" i „faszyzm *w sensie szerokim*". Pod pojęciem „faszyzmu *w sensie szerokim*" rozumie się „*ruchy polityczne, doktryny i systemy w innych krajach, wzorujące się, nawiązujące, lub w różnym stopniu zbliżone do f. włoskiego, będące, podobnie jak on, połączeniem pierwiastków syndykalizmu, socjalizmu i nacjonalizmu, niejednokrotnie jednak różniące się pod wieloma względami, i od niego, i pomiędzy sobą, a w zależności od tych różnic zbliżające się już to do prawicowego autorytaryzmu, już to do lewicowego populizmu, nadto zarazem antyliberalne i antykomunistyczne*". I na tym przykładzie doskonale widać, że encyklopedyczne ujmowanie „faszyzmu" jest równie dalekie od precyzji.

[27] Por. przytaczane już postanowienie SN z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt V KK 98/11, w którym wskazano, że „*(…)ustrój faszystowski, będący jedną z odmian ustroju totalitarnego (…) znamionują nie tyle (lub nie tylko) szowinizm, ale głównie stosowanie terroru policyjnego wobec przeciwników politycznych, istnienie jednej partii o charakterze wodzowskim, likwidacja wolności i praw obywatelskich*". SN sam daje więc wyraz temu, że pojęcie „faszyzmu" („ustroju faszystowskiego") nie jest współcześnie jednoznaczne i precyzyjne, posługując się przy wyliczeniu jego cech sformułowaniem „głównie".

B. Mussolini, jeden z twórców i głównych ideologów faszyzmu, twierdził, iż „(…)dla faszysty wszystko mieści się w państwie, i poza państwem nie istnieje nic ludzkiego, ani duchowego, ani tym bardziej nie posiada jakiejkolwiek wartości. W takim pojęciu faszyzm jest totalitarny, a państwo faszystowskie, jako synteza i zjednoczenie wszelkich wartości, daje sens właściwy całemu życiu narodu, rozwija je i potęguje"[28]. Mussolini ponadto, pokrótce definiując, czym jest faszyzm, posługiwał się stworzoną przez L. Sturzo formułą: „nic poza lub ponad państwem, nic przeciwko państwu; wszystko w państwie, wszystko dla państwa"[29]. Oznacza to, że faszyzmem, zdaniem głównych ideologów tej doktryny, jest przekonanie o wszechwładzy państwa i jego nie tylko dominującej, ale wyłącznej roli w regulowaniu i kształtowaniu całości życia tak jednostek, jak i społeczeństwa (narodu) jako takiego.

Przyjęcie tej optyki w procesie wykładni art. 256 § 1 kk dodatkowo komplikowałoby interpretację znamienia „(ustroju) faszystowskiego" ze względu na fakt, że prowadzić by mogło do jeszcze większych wątpliwości tyczących tego, gdzie przebiega granica pomiędzy propagowaniem ustrojów autorytarnych i etatystycznych a propagowaniem ustroju faszystowskiego. Jak bowiem wspominano, zdefiniowanie tego, czym jest „faszyzm" (jako ideologia i jako doktryna) jest podstawą ustalania desygnatów pojęcia „ustroju faszystowskiego", zatem nieostrość tego, co jest „faszyzmem", powoduje daleko idące wątpliwości tyczące tego, które z historycznie znanych ustrojów uznać należałoby za ustroje „faszystowskie" (poza, naturalnie, oczywistym w tym względzie faszystowskim ustrojem włoskim).

Polski ustawodawca, o czym była już mowa, uznał ustrój faszystowski za *ex definitione* totalitarny, przyjmując, że historycznie nieznany był „faszyzm nietotalitarny". Na gruncie wykładni pojawia się zatem wątpliwość, czy „totalitaryzm" ustroju faszystowskiego odnosi się jedynie do „całości" ustroju jako takiego, czy także do poszczególnych jego części składowych. Jak nietrudno zauważyć, przyjęcie drugiej z perspektyw prowadziłoby do absurdalnych konsekwencji, co z kolei oznacza, że w odniesieniu do tego znamienia konieczne jest stosowanie zawężającej wykładni korygującej[30], której rezultatem będzie wniosek, iż do

---

[28] B. Mussolini, *Doktryna faszyzmu*, przekł. S. Gniadek, P. Sandauer, Lwów 1935, s. 22.

[29] L. Sturzo, *Politica e morale*, Bolonia 1972, s. 19.

[30] Wykładnia korygująca polega na modyfikacji tego, co wynika z wykładni językowej, poprzez zastosowanie wykładni rozszerzającej lub wykładni zawężającej, ze względu na zastosowanie reguł funkcjonalnych i systemowych (por. K. Płeszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 21). Z uwagi na wynikający z art. 42 ust. 1 Konstytucji zakaz stosowania wykładni rozszerzającej w prawie karnym (*a contrario* - nakaz stosowania wykładni zawężającej w każdej sytuacji, w której wykładnia językowa może budzić choćby najmniejsze wątpliwości), konieczne jest zatem

spektrum kryminalizacji normy z art. 256 § 1 kk należy publiczne propagowanie jedynie „całości" ustroju faszystowskiego, a nie poszczególnych jego elementów. Konkluzja ta prowadzi natomiast do jeszcze jednej wątpliwości, o której będzie mowa poniżej.

Niewątpliwym *ratio legis* kryminalizacji „publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa" były straszliwe doświadczenia historyczne, w tym zwłaszcza XX-wieczne, związane z nazizmem, faszyzmem tudzież komunizmem, w najróżniejszych ich wariacjach, i towarzysząca tym doświadczeniom obawa, by doktryny te, w całkowicie demokratyczny sposób, ponownie nie zyskały, całkowitego lub częściowego, wpływu na władzę. Dążąc zatem do jak najwęższego wykładania znamienia „(ustroju) faszystowskiego" w analizowanym przepisie, mając na uwadze fakt, że kryminalizowane jest propagowanie „ustroju" faszystowskiego, a zatem fenomenu istniejącego historycznie lub obecnie, należałoby zadać pytanie o to, czy obszarem kryminalizacji objęte jest odwoływanie się jedynie do faszyzmu włoskiego, czy także to innych historycznie znanych ustrojów faszystowskich, takich jak np. frankizmu (faszyzmu hiszpańskiego), austrofaszyzmu, a nawet nazizmu, itd.

Na pytanie to nie sposób udzielić jednoznacznej odpowiedzi, nawet mając na uwadze konieczność stosowania korekty poprzez wykładnię zawężającą znamienia „(ustroju) faszystowskiego". Pojęcie „(ustroju) faszystowskiego" rozumiane być może bardzo niejednolicie i niepodobna w tym świetle posługiwać się logiczną kategorią najwęższego możliwego kręgu desygnatów tegoż terminu, nie wiedząc, do czego właściwie ta kategoria miałaby się odnosić. Nie jest w żadnej mierze możliwe, na bazie wykładni zawężającej, przyjęcie takiej interpretacji znamienia „(ustroju) faszystowskiego", która ograniczałaby spektrum kryminalizacji do „publicznego propagowania" jedynie faszystowskiego ustroju włoskiego. Żadne bowiem kryteria normatywne tudzież pozanormatywne nie pozwalałyby, na poziomie logicznego ustalania kręgu desygnatów „(ustroju) faszystowskiego", stwierdzić, że „(ustrojem) faszystowskim" w rozumieniu art. 256 § 1 jest jedynie faszyzm włoski, a nie, przykładowo, także (bądź wyłącznie!) hiszpański lub jakikolwiek inny z historycznych ustrojów faszystowskich

jak najwęższe wykładanie znamienia „faszyzmu" w art. 256 § 1 kk. Wykładnia ta prowadzić będzie zatem do wniosku, że aby ponieść odpowiedzialność karną na mocy tego przepisu, „publicznie propagować" trzeba całość ustroju faszystowskiego, nie zaś jego poszczególne elementy, które *per se* wcale nie muszą mieć charakteru totalitarnego (przykładowo, faszyści postulowali wprowadzenie ośmiogodzinnego dnia pracy tudzież opowiadali się za całkowitym zorganizowaniem służby zdrowia przez państwo).

(dodatkowo z wątpliwością, w odniesieniu do niejednolitości pojęcia „faszyzmu", które z ustrojów należałoby uznać za „faszystowskie", a które nie).

Powyższe wątpliwości interpretacyjne świadczą jednoznacznie o tym, jak wysoce nieklarowne wykładniczo jest znamię „(ustroju) faszystowskiego".

Przechodząc do drugiego ze znamion, do których odnosi się pierwsza z czynności sprawczych wymienionych w art. 256 § 1 kk, tj. do znamienia „innego totalitarnego ustroju państwa", należy nadmienić, że i w tym przypadku wśród komentatorów tego przepisu dominuje powoływanie się na definicje encyklopedyczne pojęcia „totalitaryzmu"[31]. Zgodnie z definicją encyklopedyczną, totalitaryzm to „*system rządów (oraz wspierająca go ideologia) charakterystyczny dla XX-wiecznych państw, w których ambicje modernizacyjne i mocarstwowe szły w parze z rozczarowaniem do demokracji, jej kryzysem lub niedostatkiem; w tym sensie totalitaryzm jest uważany za skrajną i specyficzną postać rządów autorytarnych (autorytaryzm), nowoczesną odmianą tyranii i despotyzmu zapewniającą rządzącym o wiele skuteczniejszą kontrolę społeczeństwa*"[32]. Jako cechy charakterystyczne totalitaryzmu w piśmiennictwie prawniczym, podążając za encyklopediami, wskazuje się: jedną, oficjalną i dominującą ideologię, permanentną rewolucję, zerwanie z przeszłością, terror policyjny, system monopartyjny, cenzurę i centralnie kierowaną propagandę, podporządkowanie społeczeństwa i jednostek państwu, utrzymywanie ciągłej mobilizacji ze względu na konieczność zwalczania wrogów wewnętrznych i zewnętrznych, dążenie do stworzenia człowieka nowego typu, etc. W literaturze podkreśla się jednak, że „*nie istnieje jedna, zupełna i powszechnie akceptowana definicja totalitarnego państwa*"[33]. Uprzedzając rozważania z dalszej części artykułu należy nadmienić, że dokonywanie encyklopedycznej i autonomicznej wykładni znamienia „innego totalitarnego ustroju państwa" jest nieprawidłowe, bowiem znamię to, w kontekście poprzedzającego je znamienia „(ustroju) faszystowskiego", nie jest znamieniem samoistnym.

Wykładnia znamienia „totalitaryzmu" („innego totalitarnego ustroju państwa") nastręcza przeto wielorakich trudności, dodatkowo potęgowanych przez

---

[31] Tak m.in. Z. Ćwiąkalski, *op.cit.*, s. 522; A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 364; K. Wiak, *op. cit.*, s. 1240; T. Bojarski, *Publiczne propagowanie faszyzmu*, [w:] L. Gardocki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 8. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2013, s. 768-769.

[32] https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/totalitaryzm;4010281.html, (dostęp: 27.02.2018).

[33] P. Bachmat, *Przestępstwa z art. 256 i 257 k.k. - analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, Warszawa 2005, s. 14. Autor ten przytacza wiele różnorodnych ujęć „totalitaryzmu", prezentowanych w politologii, zaznaczając, że jakkolwiek można wyróżnić pewne konstytutywne elementy tego pojęcia, to jego „*kontury (…) pozostają nadal płynne*" (P. Bachmat, *op. cit.*, s. 15).

wspomniany fakt, że znamię „(ustroju) faszystowskiego" zostało niejako „wyciągnięte przed nawias" w art. 256 § 1 kk.

Bliższego rozważenia wymagają zatem normatywne konsekwencje zastosowanego przez ustawodawcę zabiegu. Wymienienie we wspomnianej regulacji „(ustroju) faszystowskiego" *expressis verbis* prowadzić może do zasadnej wątpliwości tyczącej tego, czy znamię „innego totalitarnego ustroju państwa" wykładane być powinno przez ścisły związek ze znamieniem „(ustroju) faszystowskiego" (innymi słowy: czy kryteria i cechy „totalitarnego ustroju państwa" wyznaczane są przez ustrój faszystowski, a każdy inny ustrój, który tych kryteriów by nie spełniał, nie mógłby być uznany za ustrój totalitarny), czy też zupełnie autonomicznie, wyłącznie jako każdy inny totalitaryzm, nieposiadający cech wspólnych z faszyzmem. Druga z interpretacji, zważywszy na fakt, że ustawodawca posłużył się w konstrukcji znamion alternatywą zwykłą w postaci spójnika „lub", a także ze względu na fakt, że niemożliwe jest doszukanie się (ani historycznie znanego, ani nawet „wyobrażonego") takiego ustroju totalitarnego, który z żadną z konstytuujących totalitaryzm faszyzmu cech nie miałby nic wspólnego, wydaje się być wykluczona.

W związku z tym, całkowicie niejasne jest, czy wymienienie *expressis verbis* „(ustroju) faszystowskiego" jako „przykładu" ustroju totalitarnego służyć ma wytyczeniu wspomnianego katalogu cech, jakie posiadać powinien ustrój totalitarny (niejako na zasadzie zerojedynkowej, czyli albo dany ustrój posiada wszystkie właściwości składające się na totalitaryzm faszyzmu i jest przez to ustrojem totalitarnym, albo też wszystkich z tych właściwości nie posiada, a przez to za totalitarny uznany być nie może[34]), czy też wystarczy, aby ustrój posiadał przynajmniej jedną „cechę" spośród cech konstytuujących totalitaryzm faszyzmu, by mógł zostać uznany za „totalitarny" w rozumieniu art. 256 § 1 kk (przykładowo, tylko terror polityczny), zgodnie z rozumowaniem *a fortiori* w postaci *a maiori ad minus*.

Jakkolwiek *prima facie* zdawałoby się, że pierwsza z powyższych interpretacji znamienia „innego totalitarnego ustroju państwa" nieco zbyt wąsko i wbrew *ratio legis* przepisu zakreślałaby spektrum kryminalizacji na podstawie normy z art. 256 § 1 kk, warto zwrócić uwagę na fakt, że z jakichś przyczyn ustawodawca zdecydował się na wymienienie „(ustroju) faszystowskiego" (i to właśnie jego, a nie np. komunizmu czy jakiegokolwiek innego ustroju totalitarnego znanego

[34] Interpretacja ta może być o tyle politologicznie uzasadniona, że wskazuje się na niemalże „bliźniaczość" wszystkich ustrojów totalitarnych (przykładowo, faszyzmu, nazizmu i komunizmu), które różniły się od siebie nie tyle założeniami ustrojowymi, ile podłożem ideologicznym, a także środkami wykorzystywanymi przez władzę totalitarną do realizacji celów państwa totalitarnego.

ludzkości) *expressis verbis*, zamiast posłużyć się samym znamieniem „totalitarnego ustroju państwa" (a przecież w takiej sytuacji nie budziłoby żadnych wątpliwości to, że ustrój faszystowski byłby desygnatem tegoż znamienia, czemu zresztą wyraz dał sam ustawodawca, pomiędzy „(ustrojem) faszystowskim" a „innym totalitarnym ustrojem państwa" umieszczając spójnik alternatywy zwykłej „lub"). Przyjmując zatem teoretycznoprawną koncepcję racjonalności prawodawcy, a także wynikające z niej założenie, że ów racjonalny prawodawca nie umieszcza w tekście prawnym wyrażeń zbędnych (redundantnych), należy skonstatować, że swoiste „wyciągnięcie przed nawias" znamienia „faszyzmu" oznacza, iż każdy „inny totalitarny ustrój państwa" charakteryzować się musi tymi samymi cechami, którymi charakteryzuje się ustrój faszystowski, z pewnymi rzecz jasna modalnościami w zakresie ideologii, środków działania, etc. W przeciwnym bowiem razie, nie posiadając właściwych faszyzmowi cech totalitarnych (wszystkich, a nie tylko pojedynczych), ustrój nie mógłby być uznany za totalitarny.

Interpretacja ta, jakkolwiek wydawać się może kontrintuicyjna, konieczna jest ze względu na gwarancyjną funkcję prawa karnego, określoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji oraz ze względu na wynikający z niej nakaz stosowania wykładni zawężającej przepisów statuujących podstawy odpowiedzialności karnej. W sytuacji bowiem, w której wolą ustawodawcy nie byłoby uczynienie z faszyzmu „wzorca"/„szkieletu" „totalitaryzmu" w art. 256 § 1 kk, prawodawca posłużyłby się zapewne „ogólniejszym" znamieniem „totalitarnego ustroju państwa". Skoro jednak ustawodawca „(ustrój) faszystowski" wskazał w przepisie typizującym *expressis verbis*, to oznacza to, że uczynił to po to, by skonstruować normatywny wzorzec totalitaryzmu i nic, co z tym wzorcem nie byłoby całościowo zgodne, za „ustrój totalitarny" nie powinno być uznane.

Na gruncie art. 256 § 1 nie podlega zatem kryminalizacji zachowanie polegające na „publicznym propagowaniu" ustrojów mających tylko część elementów wspólnych z elementami konstytuującymi „totalitaryzm" faszyzmu. Nie są zatem objęte zakresem normowania zachowania polegające na, przykładowo, „publicznym propagowaniu" ustroju demokratycznego lub monarchicznego z jedną oficjalną i obowiązującą wszystkich ideologią, ustroju demokratycznego z silnie rozbudowanym aparatem kontroli, cenzury i policji, ustroju autorytarnego, opartego o system wodzowski a nawet ustroju autorytarnego z elementami represji czy terroru wobec opozycji (przykładowo, ustroju wprowadzonego przez Augusto Pinocheta w Chile). Podobnie, poza zakresem kryminalizacji art. 256 § 1 kk, w zakresie „publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa", znajduje się „publiczne propagowanie"

eksterminacji/dyskryminacji jakiejś grupy ludności w ramach polityki państwa, stanowiące element ustroju nazistowskiego czy komunistycznego. W zależności od charakteru tego zachowania, stanowić może ono realizację m.in. znamion części drugiej art. 256 § 1 („nawoływania do nienawiści"), art. 126a w zw. z art. 118 lub 118a, a w pewnych przypadkach także art. 257 kk lub nawet art. 18 § 2 w zw. z art. 148 § 2 pkt 3 kk.

W rezultacie, w zakresie ustalania desygnatów znamienia „innego totalitarnego ustroju państwa" w art. 256 § 1 kk ujawnią się te same wątpliwości, które ujawniać się będą także podczas ustalania desygnatów znamienia „(ustroju) faszystowskiego". Podobnie bowiem, jak w przypadku „(ustroju) faszystowskiego", jakkolwiek większych problemów nie nastręczy ustalenie tego, co stanowiło istotę (rdzeń) totalitaryzmu, wysoce problematyczne i nieostre będzie ustalenie granic tego, co konstytuuje „totalitaryzm", zwłaszcza w kontekście profuzji różnorodnych ocen historyczno-politologicznych. Co więcej, mając na uwadze to, że znamię „innego totalitarnego ustroju państwa" w art. 256 § 1 kk wykładane być musi w ścisłym związku ze znamieniem „(ustroju) faszystowskiego" (które, jak wspominano, wyznacza swoisty „szkielet" tego, co zdaniem ustawodawcy winno być rozumiane pod pojęciem „totalitaryzmu"), także w przypadku znamienia „innego totalitarnego ustroju państwa" aktualne będą wszystkie te wątpliwości, które tyczyły samego znamienia „(ustroju) faszystowskiego" (skoro „(ustrój) faszystowski" ma być, wedle ustawodawcy, ustrojem definiującym cechy totalitaryzmu, to pojawiać się mogą pytania o to, czy chodzi o faszyzm *sensu stricto*, czy *sensu largo*, a oprócz tego, o który (które) z historycznych ustrojów faszystowskich, itd.).

Oczywistym skutkiem takiego ukształtowania przesłanki odpowiedzialności za „publiczne propagowanie innego [niż faszystowski] ustroju totalitarnego" jest jej bardzo wysoka nieprzejrzystość i nieostrość. Każdorazowo bowiem, w zależności od tego, które z ujęć „(ustroju) faszystowskiego" organ stosujący normę wynikającą z art. 256 § 1 kk uznałby za „właściwe", zmieniałby się także krąg desygnatów znamienia „innego totalitarnego ustroju państwa"[35].

---

[35] Jak wspomniano, niedopuszczalna jest autonomiczna wykładnia znamienia „innego totalitarnego ustroju państwa" w oderwaniu od znamienia „faszyzmu". Oczywiście nie oznacza to, że w każdym przypadku organ stosujący normę będzie musiał dokonywać wykładni znamienia „faszyzmu" po to, by ustalić, czym charakteryzował się jego totalitaryzm, zwłaszcza jeśli „publicznie propagowany" byłby ustrój *prima facie* totalitarny (np. stalinowski komunizm). W każdym jednak przypadku, w którym „publicznie propagowano" by ustrój, który nie jest powszechnie uważany za totalitarny (co tyczyć się może nawet ideologii neomarksistowskich, neofaszystowskich* czy neonazistowskich*), konieczna byłaby dokładna wykładnia znamienia „faszyzmu" pod kątem

Konsekutywnym znamieniem czynności wykonawczej typu czynu zabronionego określonego w art. 256 § 1 kk jest „nawoływanie" do „nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość".

„Nawoływaniem", zgodnie z jednolicie prezentowanym zarówno w doktrynie[36], jak i w orzecznictwie[37] stanowiskiem, jest zachowanie polegające na namawianiu, skłanianiu, podburzaniu bez względu na to, czy zachowanie to odniosło planowany przez sprawcę skutek[38].

„Nawoływanie" tyczyć musi „nienawiści" na tle „różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość". Abstrahując od deliberacji tyczących tego, dlaczego ustawodawca zdecydował się na prawnokarną ochronę przed „nienawiścią" grup wyróżnionych na podstawie takich, a nie innych kryteriów, arbitralnie odmawiając ochrony grupom wyróżnionym na podstawie szeregu innych cech, należy zwrócić uwagę na nieostre znamię „nienawiści", zarówno w kontekście nieprecyzyjności językowej tego terminu, jak i w kontekście płynnych granic pomiędzy „nienawiścią" a krytyką czy niechęcią.

„Nienawiścią", zgodnie ze stanowiskiem SN[39], jest uczucie „*silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub całych grup*

---

wyodrębnienia konstytuujących totalitaryzm tegoż ustroju cech i zdekodowania normatywnego wzorca „totalitaryzmu" na gruncie art. 256 § 1 kk.

*przy założeniu oczywiście, w związku z wcześniej przedstawionymi wątpliwościami, że pojęcie „faszyzmu" w art. 256 § 1 kk nie obejmowałoby neofaszyzmu/neonazizmu w jakichkolwiek jego modalnościach.

[36] Por. Z. Ćwiąkalski, *op.cit.*, s. 523-524; A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 366; K. Wiak, *op. cit.*, s. 1241.

[37] Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 września 2013 r., sygn. akt II AKa 301/13, LEX nr 1422288.

[38] Jako niesłuszne uznać należy zatem stanowisko przedstawione przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 5 lutego 2007 r., sygn. akt IV KK 406/06, LEX nr 245307, który stwierdził, że „*Nawoływanie do nienawiści z powodów wymienionych w art. 256 k.k. - w tym na tle różnic narodowościowych - sprowadza się do tego typu wypowiedzi, które wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub całych grup społecznych czy wyznaniowych bądź też z uwagi na formę wypowiedzi podtrzymują i nasilają takie negatywne nastawienia i podkreślają tym samym uprzywilejowanie, wyższość określonego narodu, grupy etnicznej, rasy lub wyznania*", opowiedział się za skutkowym charakterem „nawoływania do nienawiści". Słuszność należy bowiem przyznać temu poglądowi, który typ czynu zabronionego z art. 256 § 1 kk uznaje w obu odmianach za bezskutowy. Efektem „nawoływania do nienawiści" nie musi być wzbudzenie jakichkolwiek negatywnych uczuć wobec poszczególnych grup, ani tym bardziej podtrzymanie i nasilanie negatywnego nastawienia wobec tychże grup.

[39] Cytowane w przypisie wcześniejszym postanowienie SN, sygn. akt IV KK 406/06. Interpretację tę przyjmują także poszczególni komentatorzy kk. Por. Z. Ćwiąkalski, *op.cit.*, s. 523; A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 366.

społecznych czy wyznaniowych". Interpretacja ta jest jednak zbyt szeroka i wykracza poza granice wykładni odwołującej się do języka ogólnego. „Nienawiści" wszak, wedle definicji słownikowej, oznacza „uczucie silnej niechęci, wrogości do kogoś lub do czegoś"[40]. Zgodnie z zakazem stosowania wykładni rozszerzającej w prawie karnym, należy zatem ograniczyć się do rezultatów wykładni odwołującej się do języka ogólnego pojęcia „nienawiści", interpretując je wedle drugiej ze wskazanych formuł, odrzucając przyjmowaną przez SN perspektywę, jakoby „nienawiść" była, oprócz znaczeń, jakie pojęcie to ma w języku ogólnym, także „złością" lub „brakiem akceptacji".

„Nienawiść" na gruncie art. 256 § 1 kk musi być więc „silną niechęcią" lub „wrogością" wobec jednostek/grup na wskazanym przez ustawodawcę tle. Ta eksplanacja niczego jednak nie wyjaśnia, a nawet wprowadza kolejne wątpliwości odnośnie tego, gdzie właściwie rozpoczyna się „silna" niechęć oraz czymże są „niechęć" i „wrogość". Niechęć, w najprostszym wyjaśnieniu, oznacza „brak chęci", a także „nieprzyjazne uczucia względem czegoś"[41], natomiast „wrogość" jest „nieprzyjaznym usposobieniem wobec czegoś" tudzież „zwalczaniem czegoś"[42].

Oznacza to, że „nienawiść", na gruncie wykładni językowej art. 256 § 1 kk, określić można jako „silnie nieprzyjazny stosunek do jednostki/grupy osób", a także „chęć zwalczania tychże jednostek/grup". Doskonale zatem widać, że wytyczenie precyzyjnych granic znamienia „nienawiści" jest niemożliwe; każdorazowo wszakże podnoszone mogłyby być wątpliwości odnośnie tego, czymże jest „nieprzyjazny stosunek" i kiedy zaczyna on być „silny", a także czym dokładnie jest „zwalczanie" określonych jednostek/grup. Kazuistyka na gruncie wykładni językowej tego znamienia nie miałaby właściwie końca.

Oprócz niuansów lingwistycznych wpływających na nieprecyzyjność pojęcia „nienawiści", znamię to jest szczególnie nieostre w kontekście wyznaczenia granicy, zarówno *in abstracto*, jak i *in concreto*, pomiędzy „nawoływaniem do nienawiści" a radykalną krytyką. O ile bowiem kwalifikacja normatywna jednych wypowiedzi nie nastręczy żadnych trudności i *prima facie* oznaczać będzie nawoływanie do nienawiści, o tyle w przypadku całej gamy innych, uznanie ich za „nawoływanie do nienawiści" będzie niezwykle relatywne i ocenne.

Praktycznym przykładem trudności zakwalifikowania (lub niezakwalifikowania) zachowania jako realizującego znamiona drugiej z czynności wykonawczych

---

[40] https://sjp.pwn.pl/sjp/nienawisc;2489079.html, (dostęp: 06.05.2018).
[41] https://sjp.pwn.pl/sjp/niechec;2488424.html, (dostęp: 06.05.2018).
[42] https://sjp.pwn.pl/szukaj/wrogość.html, (dostęp: 06.05.2018).

wyrażonych w art. 256 § 1 kk może być sytuacja, w której publicznie wygłoszony zostałby pogląd o treści: „wszyscy powinniśmy być przeciwni wpuszczaniu ciapatych [pejoratywne określenie ciemnoskórych ludzi wyznania muzułmańskiego – dop. A.R.] do Polski, bo to kompletna dzicz i bydło. Won stąd, ciapate śmiecie!" (wypowiedź ta jest autentyczną opinią wygłoszoną na jednym z forów internetowych). Pomijając semantyczny błąd niniejszej deklamacji (pierwsza część dotyczy „niewpuszczania określonych osób do Polski, druga zaś – „wyganiania" ich z Polski, co logicznie się wyklucza), należy wskazać, że wypowiedź ta realizuje niewątpliwie znamię „publicznego nawoływania" („wszyscy powinniśmy" jako wzywanie/zachęcanie, dokonane na forum internetowym, czyli w miejscu publicznym[43]), mając także charakter wyrażenia silnej niechęci do wyróżnionej na podstawie kryteriów wskazanych w art. 256 § 1 kk grupy ludzi *de facto* z powodu ich przynależności narodowej/rasowej/religijnej, motywowanej jednak nie tyle samą niechęcią narodową/rasową/religijną, ile uprzedzeniami wynikającymi z (prawdziwych lub nieprawdziwych) przekonań o szczególnym niebezpieczeństwie społecznym tychże grup. W perspektywie znamienia „nienawiści" pojawia się zatem problem, czy wypowiedź ta jest już przejawem „nawoływania" do niej, czy też jedynie wyrazem radykalnej krytyki (obojętnie, czy słusznej, czy niesłusznej), czy też nawet „nawoływaniem", ale do niechęci, a nie nienawiści. Powyższa sytuacja byłaby jeszcze trudniejsza w normatywnej ocenie, gdyby w wypowiedzi wyrażającej identyczną treść nie posłużono się pejoratywnymi tudzież obraźliwymi określeniami. Na tym przykładzie widać więc, jak poważne trudności praktyczne tworzyć może znamię „nienawiści".

Kończąc analizę typologiczno-normatywną art. 256 § 1 kk, zwięzłej wykładni należy poddać znamiona, do których odnosi się „nawoływanie do nienawiści".

„Nawoływanie" dokonywanie być musi „na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość". W zakresie wykładni tychże znamion należy zgodzić się z prezentowanymi w piśmiennictwie poglądami, iż oznacza to, że „nawoływanie do nienawiści" odnosić się powinno do charakterystycznych dla danego narodu/grupy etnicznej/rasy/wyznania/braku wyznania cech[44]. Konieczne jest jednak dodanie, że cechy te nie muszą być cechami rzeczywistymi czy zgodnymi z prawdą, a mogą wynikać np. ze stereotypów czy najróżniejszych uprzedzeń niemających odzwierciedlenia

[43] Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. akt IV KK 296/17, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/e-Sprawa.aspx?ItemSID=6240-ce0d61b0-fe80-4050-bec5-582cc7606e5a&ListName=esprawa2017&Search=IV%20KK%20296/17%E2%80%8B], (dostęp: 06.05.2018).

[44] Por. A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 366; K. Wiak, *op. cit.*, s. 1241.

w rzeczywistości. Słusznie wskazuje się także, że w praktyce „nawoływanie do nienawiści" na tle wskazanych kryteriów oznaczać będzie wypowiedzi wskazujące, choćby pośrednio, na „*uprzywilejowanie, wyższość nad innymi jakiegoś narodu, grupy etnicznej, rasy lub wyznania*"[45].

III. Art. 256 § 1 kk a art. 42 ust. 1 Konstytucji i zasada *nullum crimen sine lege (certa)*

Dokonawszy analizy budzących wątpliwość w świetle wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji zasady *nullum crimen sine lege (certa)* znamion art. 256 § 1 kk, należy przedstawić płynące z tejże analizy wnioski, pokrótce odwołując się także do dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny oceny zgodności ze wspomnianą normą konstytucyjną wyrażonego w art. 256 § 1 kk znamienia „nawoływania do nienawiści", dokonanego w wyniku rozpoznania skargi konstytucyjnej[46].

Konkluzją przeprowadzonych w niniejszym opracowaniu analiz jest fakt, iż art. 256 § 1 kk, zarówno w przypadku pierwszej z czynności wykonawczych i odnoszących się do niej znamion („publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa"), jak i w przypadku drugiej z czynności wykonawczych i odnoszącej się do niej znamion („(publicznego) nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość"), należy uznać za niezgodny z wyrażoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji zasadą *nullum crimen sine lege (certa)*.

W orzecznictwie TK wskazuje się, że obowiązkiem ustawodawcy jest „*takie wskazanie czynu zabronionego (jego znamion), aby zarówno dla adresata normy prawnokarnej, jak i organów stosujących prawo i dokonujących «odkodowania» treści regulacji w drodze wykładni normy prawa karnego nie budziło wątpliwości to, czy określone zachowanie in concreto wypełnia te znamiona. Skoro bowiem ustawa wprowadza sankcję w przypadku zachowań zabronionych, nie może pozostawiać jednostki w nieświadomości czy nawet niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą takiej sankcji*"[47]. Ponadto, wskazuje się także, że „*zasada określoności ustawy karnej nie wyklucza (...)*

[45] Z. Ćwiąkalski, *op. cit.*, s. 524.

[46] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 2014 r., sygn. akt SK 65/12, LEX nr 1430364.

[47] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. akt SK 22/02, LEX nr 82401, pkt III.4 orzeczenia. Na orzeczenie to powołał się Trybunał we wspomnianym wcześniej wyroku SK 65/12.

posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi lub ocennymi, jeśli ich desygnaty można ustalić (...). Znaczenie tych określeń nie jest jednak ustalane w próżni prawnej, co mogłoby rodzić niepewność, lecz poprzez analizę dorobku doktryny, a zwłaszcza orzecznictwa sądowego, które autorytatywnie usuwa istniejące obiektywnie wątpliwości"[48].

Odwołując się do przytoczonych powyżej kryteriów badania konstytucyjności przepisu karnego w perspektywie art. 42 ust. 1 Konstytucji, należy wskazać, że art. 256 § 1 kk w sposób oczywisty narusza zasadę dostatecznej określoności ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Jak bowiem wykazano, już samo, zdawałoby się, oczywiste znamię „faszystowskiego (ustroju państwa)" jest wysoce nieprecyzyjne, powodując wątpliwości dotyczące tego, propagowanie którego z faszystowskich ustrojów podlega kryminalizacji (faszyzmu włoskiego, hiszpańskiego (tzw. frankizmu), austrofaszyzmu (faszyzmu austriackiego), itd.), które to wątpliwości w żadnej mierze nie mogą być rozstrzygnięte poprzez zastosowanie wykładni zawężającej tego znamienia. Co więcej, samo pojęcie „faszyzmu" jest interpretowane w literaturze analizującej historie doktryn i ustrojów na tyle niejednoznacznie, że próbując określić, czym ów „faszyzm" jest, niezwykle trudne jest w praktyce uznanie wielu znanych historycznie ustrojów za faszystowskie lub niefaszystowskie, poza przypadkami oczywistymi (faszyzm włoski).

Ponadto, zważywszy na fakt, że „wyciągnięte przed nawias" znamię „(ustroju) faszystowskiego" ma charakter normatywnego „wzorca" odnoszącego się do drugiego ze znamion przedmiotowych pierwszej z czynności wykonawczych, „innego totalitarnego ustroju państwa" w zakresie rekonstruowania prawnie relewantnych przesłanek „totalitaryzmu", wątpliwości tyczące tego, czym, na gruncie art. 256 § 1 kk, jest „ustrój faszystowski" rozciągają się niejako automatycznie na drugie ze wspomnianych znamion, powodując, że każdorazowo, w zależności od przyjętej optyki, zmieniać się mogą kryteria tego, jakimi cechami charakteryzuje się ustrój „totalitarny", co z kolei samoistnie wpływa na niejednorodność i niestabilność spektrum kryminalizacji, jakie wyznacza art. 256 § 1 kk.

W efekcie należy uznać, że znamiona „publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa" są nieostre i niejednoznaczne zarówno na płaszczyźnie obowiązywania, jak i stosowania prawa, co skutkować może niemożnością zdekodowania wystarczająco precyzyjnej normy sankcjonowanej, a przez to – niezrealizowaniem zasady prewencji generalnej

[48] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 września 2005 r., sygn. akt SK 13/05, LEX nr 165330, pkt III.2.4 orzeczenia. I na to orzeczenie TK powołał się w sprawie SK 65/12.

i skrajnie odmiennymi ocenami faktycznie tożsamych zachowań przez organy stosujące prawo.

Podobnie rzecz ma się z drugą częścią art. 256 § 1 kk, czyli „nawoływaniem do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość". O ile pojęcie „nawoływania" rzeczywiście jest tak językowo, jak i doktrynalnie oraz orzeczniczo jednoznaczne, nie budząc większych wykładniczych wątpliwości[49], o tyle samo znamię „nienawiści" jest wysoce nieprecyzyjne zarówno na gruncie wykładni odnoszącej się tak do języka prawniczego, jak i ogólnego („nienawiść" jest bowiem m.in. „silną niechęcią", a to z kolei potęguje wątpliwości odnośnie tego, czym właściwie jest „niechęć" i kiedy zaczyna ona być „silna"), jak również na gruncie jej funkcjonalnego odgraniczenia od krytyki, zwłaszcza tej radykalnej tudzież niecenzuralnej.

Sytuacji w żadnej mierze nie koryguje dorobek orzecznictwa i literatury, który przecież, zdaniem Trybunału, w przypadku znamion „nieprecyzyjnych" powinien zapełniać „próżnię" nieostrości. Orzecznictwo (ściślej: Sąd Najwyższy) nieprzejrzyście i na podstawie ogólnych kryteriów definiuje cechy „ustroju faszystowskiego", z kolei w przypadku znamienia „innego totalitarnego ustroju państwa" SN, zupełnie nie dostrzegając problemów z jego wykładnią zarówno w perspektywie „wyciągniętego przed nawias" „faszystowskiego (ustroju państwa)", jak będącej tego pochodną nieprecyzyjności pojęcia „innego totalitarnego ustroju państwa", uznał wykładnię znamienia „ustroju totalitarnego" za „notorium sądowe" o „ustalonym znaczeniu tego pojęcia wśród historyków". Podejście takie było naturalnie aktem „zignorowania" przez sąd oczywistych i widocznych *prima facie* wątpliwości wykładniczych, choćby w zakresie tego, że pojęcie „totalitarnego ustroju państwa" jest właśnie, wbrew twierdzeniu SN, wysoce sporne tak wśród historyków, jak i politologów, co wykazano w niniejszym opracowaniu.

Wątpliwości „ignorowanych" przez SN nie klaryfikują w żadnej mierze wypowiedzi doktryny tyczące wykładni wspomnianych znamion art. 256 § 1 kk. Niemalże wszyscy aktualnie komentujący ów przepis kk[50] podczas rekonstrukcji znamion typu czynu zabronionego powołują się na przytoczone powyżej poglądy orzecznictwa, same zaś pojęcia „faszystowskiego" lub „innego totalitarnego ustroju państwa" wykładają oparłszy się o definicje encyklopedyczne. Definicje te jednakowoż również są niejednorodne, opierając się o najróżniejsze opraco-

[49] Tak też wskazał TK we wspomnianej sprawie SK 65/12, pkt III.6.4 orzeczenia.

[50] Por. Z. Ćwiąkalski, *op.cit.*, s. 522-523; A. Lach, *op. cit.*, s. 1112.; A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 364-366; K. Wiak, *op. cit.*, s. 1240.

wania historyczno-politologiczne. To z kolei powoduje powstawanie swoistego „błędnego koła", które sprawia, że doktryna, zamiast jednoznacznie rozwikływać wątpliwości tyczące wykładni znamion przestępstwa z art. 256 § 1 kk, tylko je dodatkowo potęguje.

Identycznie rzecz ma się z orzecznictwem w zakresie znamion „nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość". Pomijając fakt, że SN niesłusznie „nawoływaniu" przyznaje skutkowy charakter, wskazując, że „nawoływanie do nienawiści" oznaczać musi „*wzbudzanie niechęci, złości, braku akceptacji, a nawet uczucia wściekłości z tych powodów* [tj. powodów wskazanych w art. 256 § 1 kk – dop. A.R.] (…) *albo też podtrzymywanie i nasilanie tego nastawienia*"[51], warto przypomnieć, że sąd wyszedł tutaj daleko poza granice wykładni językowej pojęć „nawoływać" i „nienawiść", przez co dokonał zakazanej przez art. 42 ust. 1 Konstytucji wykładni rozszerzającej znamion typu czynu zabronionego. Na wykładnię tę również bez zastrzeżeń powołują się poszczególni komentatorzy kk[52].

Ponadto, w odniesieniu do znamienia „nienawiści", SN posłużył się nieostrym sformułowaniem, iż „nienawiść" jest „najsilniejszą negatywną emocją (zbliżoną do «wrogości»)"[53]. Niczego to jednak nie wyjaśnia, a wykładnia językowa „nienawiści" oparta o odwołania do słowników języka polskiego, na której bazują jedynie nieliczni z komentatorów[54], również nie daje satysfakcjonujących efektów w kontekście doprecyzowania tego znamienia na tyle, by można uznać je za mieszące się w granicach „luzu" interpretacyjnego, którego granice wyznaczane są przez art. 42 ust. 1 Konstytucji.

W świetle powyższego, jako całkowicie nieuzasadnione należy uznać stanowisko TK wyrażone we wspomnianym wyroku w sprawie o sygn. akt SK 65/12, w którym Trybunał stwierdził, że „*niedookreśloność i nieostrość zaskarżonego zwrotu «nawołuje do nienawiści» nie osiąga takiego stopnia, który należałoby uznać za niezgodny z zasadą określoności przepisów wyrażoną w art. 42 ust. 1 i art. 2 Konstytucji. Znaczenie zaskarżonego zwrotu «nawołuje do nienawiści» może być ustalone przede wszystkim przez odwołanie się do znaczeń, jakie mają występujące w tym zwrocie słowa w ogólnym (powszechnym) języku polskim. Dodatkowo zwrot ten jest doprecyzowany przez kontekst normatywny tworzony przez przepisy kodeksu karnego z 1997 r. Istnieją też gwarancje proceduralne nadania*

---

[51] Przytaczane we wcześniejszej części opracowania postanowienie IV KK 406/06.

[52] Por. Z. Ćwiąkalski, *op.cit.*, s. 523; A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 366.

[53] Parafraza pkt. 2 uzasadnienia prawnego postanowienia V KK 98/11.

[54] Por. A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 366.

takiego znaczenia zwrotowi «nawołuje do nienawiści», które będzie zgodne ze standardami konstytucyjnymi i prawnomiędzynarodowymi chroniącymi prawa człowieka. Taką gwarancją jest kontrola instancyjna oraz możliwość podejmowania uchwał wyjaśniających zagadnienia prawne przez Sąd Najwyższy"[55].

Jak wykazano, wykładnia znamienia „nienawiści", odwołująca się do języka ogólnego (potocznego), nie tylko nie pozwala na wyznaczenie precyzyjnych (czy przynajmniej dostatecznych) granic tego pojęcia, ale dodatkowo interpretację tegoż znamienia problematyzuje. Pomocne w tym zakresie nie są także ani orzecznictwo, ani doktryna, które to albo konsekwentnie „ignorują" nieostrości wynikające z konstrukcji znamion art. 256 § 1 kk, uznając je za całkowicie klarowne i niebudzące wątpliwości, albo też, nieostrości te dostrzegając, sygnalizują jedynie problem, nie wchodząc w głębsze rozważania dotyczące jego istoty.

IV. Podsumowanie

Rezultatem przeprowadzonej w niniejszym opracowaniu analizy jest jednoznaczny wniosek o niezgodności art. 256 § 1 kk z art. 42 ust. 1 Konstytucji, wyrażającym zasadę *nullum crimen sine lege (certa)*, przejawiającą się m.in. w nakazie tworzenia przez ustawodawcę (w obszarze prawa represyjnego) typów czynów zabronionych charakteryzujących się wystarczającą („dostateczną") określonością i precyzją ich ustawowych znamion. Przepis ten, ze względu na wysoce nieostrą i nieprecyzyjną konstrukcję znamion „publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa" oraz „(publicznego) nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość", nie pozwala na takie rekonstruowanie podstaw odpowiedzialności zarówno na poziomie wykładni odwołującej się do języka prawniczego (judykatury i piśmiennictwa), jak i języka ogólnego (potocznego), które zgodne byłoby z zasadą ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej. Pomocna w tym względzie nie jest także wykładnia odwołująca się do języka prawnego i kontekstów normatywnych, bowiem pojęcia „ustroju faszystowskiego" (czy szerzej: faszyzmu), „ustroju totalitarnego" oraz „nienawiści" nie pojawiają się w żadnych innych przepisach w systemie prawa.

[55] Pkt III.6.6 wspomnianego orzeczenia.

Ponadto, na zakończenie rozważań przytoczyć należy prezentowane w doktrynie amerykańskiej stanowisko, że penalizacja tzw. „mowy nienawiści"[56] posłużyć może nie tylko do zwalczania jej oczywistych i skrajnych przypadków, ale także do wykluczania z debaty publicznej poglądów, które mogłyby być uznane za „nieprawomyślne"[57]. Zatem, oprócz niezgodności art. 256 § 1 z zasadą *nullum crimen sine lege*, jako niezwykle niebezpieczne postrzegać należy zjawisko tworzenia takich typów czynów zabronionych, które „dzięki" nieprecyzyjnej konstrukcji znamion pozwalałyby na wykorzystywanie prawa karnego do ograniczania (a nawet zwalczania) wolności słowa. W świetle postulowanej przez wiele środowisk „konieczności" rozszerzenia kryteriów, ze względu na które jednostki/grupy podlegałyby ochronie przed „nawoływaniem do nienawiści"[58], zjawisko to prowadzić może do instrumentalnego wykorzystywania prawa karnego na bardzo szeroką skalę.

Bibliografia

Akty prawne

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

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz. U. 1997 nr 88 poz. 553 z późn. zm.

Orzecznictwo

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 września 1973 r., sygn. akt VI KZP 26/73, LEX nr 18637.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 1933 r., sygn. akt III K 545/33, LEX nr 389985.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. akt SK 22/02, LEX nr 82401.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 września 2005 r., sygn. akt SK 13/05, LEX nr 165330.

---

[56] „Mowa nienawiści" jest zjawiskiem szerszym od zakresu normowania wyznaczonego przez art. 256 § 1, jednakże przestępstwo stypizowane w tym przepisie zalicza się do wspomnianej kategorii.

[57] Por. A. Dziadzio, *Wolność słowa a mowa nienawiści - dawniej i dziś*, [w:] Forum Prawnicze Nr 4/2015, s. 5.

[58] Por. przykładowo projekt ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny z 2018 r., w którym do katalogu cech, ze względu na które zakazane jest „nawoływanie do nienawiści", projektodawcy postulują dodanie „płci, tożsamości płciowej, wieku, niepełnosprawności" oraz „orientacji seksualnej", http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-853-2018/$file/8-020-853-2018.pdf, (dostęp: 27.02.2018).

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 2014 r., sygn. akt SK 65/12, LEX nr 1430364.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 września 2013 r., sygn. akt II AKa 301/13, LEX nr 1422288.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2007 r., sygn. akt IV KK 406/06, LEX nr 245307.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt V KK 98/11, LEX nr 950444.

Literatura

Bachmat P., *Przestępstwa z art. 256 i 257 k.k. – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, Warszawa 2005.

Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2017.

Bojarski T., *Publiczne propagowanie faszyzmu*, [w:] L. Gardocki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 8. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2013.

Ćwiąkalski Z., *Komentarz do art. 256*, [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212-277d*, Warszawa 2017.

Duda M., *Przestępstwa z nienawiści. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2016.

Encyklopedia białych plam, Tom VI, Radom 2001.

Dziadzio A., *Wolność słowa a mowa nienawiści – dawniej i dziś*, [w:] Forum Prawnicze Nr 4/2015

Kozakiewicz M., *Różne oblicza faszyzmu we współczesnej Europie*, Warszawa 2015.

Lach A., *Komentarz do art. 256*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.

Marszał M., *Faszyzm i jego oblicza*, [w:] Ł. Machaj (red.), *Varia doctrinalia*, Wrocław 2012.

Michalska-Warias A., *Komentarz do art. 256*, [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 222-316*, Warszawa 2017.

Mozgawa M., *Komentarz aktualizowany do art. 256 Kodeksu karnego*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX nr 10653.

Mussolini B., *Doktryna faszyzmu*, przekł. S. Gniadek, P. Sandauer, Lwów 1935.

Płeszka K., *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010.

Raglewski J., *Komentarz do art. 213 kk*, [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212-277d*, Warszawa 2017.

Rekomendacje 120.64-120.72 Rady Praw Człowieka ONZ z dnia 22 września 2017 r. w stosunku do Polski.

Scheffler T., *Przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa (art. 256 kk). Analiza doktrynologiczna wybranych wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury. Część ogólna*, [w:] Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem 34, Nr 4/2012.

Siwicki M., *Propaganda faszyzmu, totalitaryzmu oraz akty dyskryminacji*, [w:] Państwo i Prawo Nr 11/2008.

Sturzo L., *Politica e morale*, Bolonia 1972.

Wiak K., *Komentarz do art. 256*, [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017.

Zieliński M., *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, [w:] Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny z. 3/2006.

Zmierczak M., *Spory o istotę faszyzmu. Dzieje i krytyka.*, Poznań 1988.

Źródła internetowe

https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/faszyzm;3900060.html.

https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/totalitaryzm;4010281.html.

https://sjp.pwn.pl/sjp/niechec;2488424.html.

https://sjp.pwn.pl/sjp/nienawisc;2489079.html.

https://sjp.pwn.pl/szukaj/wrogość.html.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. akt IV KK 296/17 (dostęp online na dzień 06.05.2018) http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/e-Sprawa.aspx?ItemSID=6240-ce0d61b0-fe80-4050-bec5-582cc7606e5a&ListName=esprawa2017&Search=IV%20KK%20296/17%E2%80%8B.

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z 2018 r., źródło: http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-853-2018/$file/8-020-853-2018.pdf.

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest typologiczno-wykładnicza analiza art. 256 § 1 kk w świetle wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji zasady *nullum crimen sine lege (certa)*, w celu udowodnienia hipotezy o niezgodności tejże regulacji ze wspomnianym unormowaniem konstytucyjnym. W artykule przedstawiono wszystkie aspekty wykładni budzących wątpliwość w perspektywie zgodności z Konstytucją znamion art. 256 § 1 kk, czyli znamion „faszystowskiego (ustroju państwa)", „innego totalitarnego ustroju państwa" oraz „nienawiści", ich interpretacji dokonując zarówno w pryzmacie wykładni językowej i systemowej, jak i także w pryzmacie dorobku piśmiennictwa i judykatury. W opracowaniu przedstawiono kompleksową analizę wypowiedzi doktryny prawniczej,

orzecznictwa Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego tyczących problematyki wykładni znamion art. 256 § 1 kk, wskazując na popełniane w toku dokonywanej dotychczas analizy błędy i prezentując prawidłowy sposób interpretacji kontrowersyjnych znamion. Rezultatem przeprowadzonych badań jest wykazanie niezgodności art. 256 § 1 kk z wynikającą z art. 42 ust. 1 Konstytucji zasadą dostatecznej określoności ustawowych znamion typu czynu zabronionego.

SŁOWA KLUCZOWE: art. 256 § 1 kk, art. 42 ust. 1 Konstytucji, *nullum crimen sine lege*.

Summary

The subject of the article is a typological and interpretative analysis of article 256 § 1 of Polish criminal code in the perspective of article 42.1 of Polish Constitution (which expresses the principle *nullum crimen sine lege (certa)*), made in order to prove that the criminal regulation is contrary to the constitutional one. The article presents all aspects of interpretation of article 256 § 1 of the criminal code that raise doubts in the perspective of compatibility with the Constitution. The interpretation of the phrases "fascist state system", "other totalitarian state system" and "hatred" was made both linguistically and systemically, as well there were adduced all views presented on that matter both in literature and judicature of the Supreme Court and the Constitutional Tribunal. In the study were indicated errors made commonly in the process of interpretation of article 256 § 1 and also was presented the correct way of interpretation of controversial issues. The analysis showed that article 256 § 1 of the criminal code is contrary to principles resulting from article 42.1 of Constitution.

KEY WORDS: article 256 § 1 of Polish criminal code, article 42.1 of Polish Constitution, *nullum crimen sine lege*.

Autor

Adrian Romkowski - absolwent prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prezes Koła Naukowego Polityki Gospodarczej TBSP UJ w latach 2015-2016. Zainteresowania badawcze: teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej, prawo karne procesowe, teorie kar, przestępczość gospodarcza i finansowa, filozofia i teoria prawa. Email: ad.rom@op.pl.

Jerzy Nikołajew

Kodeksowe uprawnienia skazanych i tymczasowo aresztowanych wynikające z realizacji wolności sumienia i religii. Norma prawna a praktyka

Codex rights of convicts and detainees resulting from the implementation of freedom of conscience and religion. Legal norm and practice

Wprowadzenie

Prawo osób pozbawionych wolności do swobodnego wyboru i uzewnętrzniania światopoglądu znalazło szczegółową egzemplifikację w dyspozycji art. 106 Kodeksu karnego wykonawczego (dalej: kkw)[1]. Szczególne uprawnienia osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych zostały wymienione również w przepisach określających sytuację prawną poszczególnych związków wyznaniowych[2]. Konkretne uprawnienia religijne gwarantowane przez

[1] Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. Nr 90, poz. 557, z późn. zm.

[2] Chodzi tu o art. 17 Konkordatu z 28 lipca 1993 r. zawartego pomiędzy Stolicą Apostolską i Rzecząpospolitą Polską (Dz. U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318.), art. 32 ustawy z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 29 poz. 154 z późn. zm.), art. 28 ustawy z 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 66, poz. 287 z późn. zm.), art. 23 ustawy z 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 73, poz. 323 z późn. zm.), art. 17 ustawy z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Polskokatolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 97, poz. 481 z późn. zm.), art. 18 ustawy z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 97, poz. 482 z późn. zm.), art. 20 ustawy z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 97, poz. 480 z późn. zm.), art. 20 ustawy z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa

ustawodawcę karno-wykonawczego łączą się ze sobą na zasadzie wynikania. Stąd też na pierwszym miejscu w sposób generalny zapewniono skazanym i tymczasowo aresztowanym na wykonywanie praktyk i korzystanie z posług religijnych. Następnie określono konkretne formy realizacji praktyk religijnych. Tu, *in specie* wymienione zostało prawo do bezpośredniego uczestnictwa w nabożeństwach odprawianych w zakładach karnych w dni świąteczne. Dalej konsekwentnie zagwarantowano skazanym, którzy nie mogą bezpośrednio uczestniczyć w nabożeństwach prawo do bezpośredniego ich słuchania z wykorzystaniem środków masowego przekazu. Kolejne uprawnienia dotyczą posiadania książek, pism, przedmiotów niezbędnych do realizacji praktyk religijnych, a w dalszej kolejności wymieniono prawo do uczestnictwa w nauczaniu religii, udziału w działalności charytatywnej i społecznej Kościoła oraz indywidualnych spotkań z duchownymi Kościoła lub innego związku wyznaniowego, do którego osadzony należy. Konstrukcja uprawnień następujących po sobie wydaje się być przemyślana.

1. Prawo do wykonywania praktyk religijnych

Zgodnie z art. 106 kkw osadzonym w zakładach karnych i aresztach śledczych zapewniono przede wszystkim prawo do wykonywania praktyk religijnych. Podobnym sformułowaniem posłużono się również w ustawie o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, w Konkordacie, w ustawie o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego oraz w innych ustawach określających stosunek państwa do poszczególnych związków wyznaniowych.

Wykonywanie praktyk religijnych to działanie polegające przede wszystkim na uczestniczeniu w sprawowaniu kultu publicznego lub prywatnego. W pierwszym chodzi o udział w nabożeństwach, liturgii i obrzędach, a w drugim o prywatne praktyki religijne. Wykonywanie praktyk to także dokonywanie innych czynności nakazanych, bądź zalecanych przez doktrynę danej wspólnoty

do Kościoła Ewangelicko-Metodystycznego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 97, poz. 479 z późn. zm.), art. 16 ustawy z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Starokatolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 41, poz. 252 z późn. zm.), art. 19 ustawy z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 41, poz. 254 z późn. zm.), art. 15 ustawy z 17 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 41, poz. 253 z późn. zm.), art. 15 ustawy z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 41, poz. 251 z późn. zm.). Kwestie te zostały unormowane również w art. 2 pkt 2 i art. 4 ustawy z 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (tj. Dz. U. z 2000 r. Nr 26, poz. 319 z późn. zm.).

religijnej (jak np. obmycia rytualne, posty, umartwienia, jałmużna, spełnianie dobrych uczynków)[3]. Natomiast „praktykowanie" obejmuje również postępowanie według zasad religijnych.

Uprawianie kultu jest przypisane związkom wyznaniowym bardziej niż członkom tych wspólnot. Wyróżnia się kult publiczny i prywatny. Kult publiczny w określonej formie może być sprawowany w imieniu danego Kościoła za zgodą właściwych władz i przez odpowiednie osoby. Członkowie wspólnot religijnych nie mogą z własnej woli sprawować kultu publicznego, a jedynie brać w nim udział. Wykonywanie praktyk religijnych może być realizowane indywidualnie, bądź wspólnie z innymi, a także publicznie bądź prywatnie.

Z dokonanego zestawienia wynika, że art. 106 § 1 i 2 kkw w zakresie wykonywania praktyk religijnych przez więźniów jest zasadniczo zgodny ze standardami międzynarodowymi i zasadami Konstytucji RP. Niemniej jednak wątpliwości budzi ograniczenie uprawnień więźniów do wykonywania praktyk religijnych, bez uwzględnienia prawa do postępowania zgodnie z zasadami religijnymi. Ponadto przyjęcie mało precyzyjnych określeń ustawowych może skutkować nienależytym respektowaniem uprawnień osób pozbawionych wolności. Ogólność zastosowanych sformułowań wymaga przynajmniej wyczulenia i wrażliwości osób kierujących zakładami karnymi i aresztami śledczymi na różnorodność praktyk religijnych.

W polskim prawie karno-wykonawczym praktyki religijne stanowią uprawnienie, a nie obowiązek więźniów. Wcześniej na podstawie regulaminu więziennego z 1931 r. więźniów poddawano oddziaływaniu religijnemu, a praktyki religijne były obowiązkiem osób odbywających karę pozbawienia wolności[4]. Obecnie obowiązujący Kodeks karny wykonawczy nie przewiduje religijnego oddziaływania na więźniów, a tym samym praktykowanie religijne nie może być więźniom narzucane. Takie właśnie rozwiązanie przyjęto w większości systemów penitencjarnych europejskich i USA. Tym niemniej do 1976 r. włoscy więźniowie zobowiązani byli ustawowo do wykonywania praktyk religijnych w izolacji penitencjarnej.

Obecnie osoby rozpoczynające odbywanie kary pozbawienia wolności, bądź areszt tymczasowy są informowane o możliwościach praktykowania religii w więzieniu już w pierwszych dniach pobytu. W ramach tzw. rozmowy

---

[3] Praktyki religijne są więc szczególną konsekwencją wyznawanej wiary i zaangażowania kościelnego. Zob. W. Świątkiewicz, *Praktyki religijne,* [w:] M. Libiszowska - Żółtkowska, J. Mariański, (red.), *Leksykon socjologii,* Warszawa 2004, s. 311.

[4] Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 20 czerwca 1931 r. w sprawie regulaminu więziennego (Dz.U. Nr 71, poz. 577).

informacyjnej i później – wstępnej, osadzeni zapoznawani są z zakresem ich uprawnień i obowiązków, a także z porządkiem wewnętrznym w zakresie czasu i miejsca wykonywania praktyk religijnych i posług.

Prawo skazanych do uzewnętrzniania swego wyznania poprzez praktykowanie religijne uznał wyraźnie Europejski Trybunał Praw Człowieka[5]. Ponadto o prawie do praktyk religijnych więźniów jest mowa w regule 46 Europejskich Reguł Więziennych, w której jednak praktyki religijne poszerzono o praktyki duchowe i moralne.

Wykonywanie większości praktyk religijnych i przestrzeganie przez osadzonych zwyczajów religijnych w więzieniu jest w praktyce dopuszczalne. Dotyczy do głównie udziału więźniów w życiu sakramentalnym i modlitwie. Szczególnie modlitwa stanowi ten obszar praktykowania religijnego więźniów, wobec którego administracja penitencjarna generalnie nie stawia ograniczeń. Skazani i tymczasowo aresztowani mogą swobodnie modlić się w celi mieszkalnej w tzw. czasie wolnym od innych zajęć.

We współczesnej rzeczywistości więziennej osadzonym nie stawia się żadnych ograniczeń w praktykowaniu spowiedzi. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że pełne zagwarantowanie prawa do wykonywania tej praktyki religijnej wymaga nie tylko zapewnienia więźniom możliwości jej odbycia, ale domaga się uszanowania tajemnicy spowiedzi. O praktycznym wymiarze tego problemu świadczy fakt, że podejmowane były nielegalne działania zmierzające do nagrywania treści spowiedzi penitentów – więźniów. W jednym wypadku sprawa związana była z udzielaniem Sakramentu Pokuty w podsłuchiwanym – według opinii kapelana – pomieszczeniu radiowęzła zakładu karnego w Białej Podlaskiej w okresie stanu wojennego. Drugi incydent dotyczył próby procesowego wykorzystania nagrania spowiedzi aresztanta w jednym z więzień amerykańskich. W obydwu przypadkach swoboda praktykowania religijnego więźniów nie była zapewniona[6].

Generalnie umożliwia się katolikom - więźniom zachowanie postu ścisłego w Popielec i Wielki Piątek, przygotowując bezmięsne potrawy. Praktyka ta dotyczy także bezmięsnych obiadów w każdy piątek. Nie występują także problemy związane z możliwością przestrzegania takich praktyk i zwyczajów religijnych w środowisku więziennym jak: dzielenie się opłatkiem na Boże Narodzenie,

---

[5] Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Poltoratskiy p-ko Ukrainie z 29 kwietnia 2003 r., sekcja IV, skarga nr 38812/97, ECHR 2003/5.

[6] Zob. J. Nikołajew, *Duszpasterstwo wśród internowanych na Lubelszczyźnie*, [w:] J. Świtka, M. Kuć (red.), *Więziennictwo na Lubelszczyźnie w okresie stanu wojennego*, Lublin 2008, s. 143; M. Jurzyk, *Prawna ochrona tajemnicy spowiedzi w Stanach Zjednoczonych*, „Studia z Prawa Wyznaniowego" 2001 t. 3, s. 4 – 6.

święcenie pokarmów na Wielkanoc, wspólne kolędowanie, udział w nabożeństwach majowych i różańcowych, Drodze Krzyżowej i Gorzkich Żalach. *A priori* nie ogranicza się również prawa niekatolików do wykonywania praktyk zalecanych przez wyznawane przez nich religie. Jednak niektóre praktyki religijne, ze względu na izolacyjny charakter kary pozbawienia wolności, nie mogą być realizowane w więzieniu, bądź wykonywanie ich wiąże się z poważnymi utrudnieniami (omówienie ograniczeń w zakresie poszczególnych praktyk religijnych więźniów stanowi przedmiot rozważań zawartych w osobnym podrozdziale). Standard korzystania przez więźniów z praktyk religijnych powinien być jednakowy niezależnie od rodzaju zakładu karnego, a różnice mogą pojawiać się w zależności od typu zakładu karnego[7].

2. Prawo do korzystania z posług religijnych

Prawo do wykonywania niektórych praktyk religijnych jest ściśle powiązane z prawem do korzystania z posług religijnych, które – zgodnie z art. 106 kkw – zostało wyraźnie zapewnione osadzonym w zakładach karnych i aresztach śledczych. Umieszczenie tego prawa w katalogu uprawnień gwarantowanych więźniom stanowi logiczną konsekwencję generalnych gwarancji zawartych w Konstytucji RP oraz aktach prawa międzynarodowego. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że o prawie do korzystania z posług religijnych nie mówią one w sposób wyraźny. Zapewniają natomiast prawo do uczestniczenia w obrzędach religijnych, co stanowi swego rodzaju ekwiwalent tego prawa. Ustrojodawca zapewnił ponadto prawo do korzystania z pomocy religijnej bez względu na miejsce przebywania (art. 53 ust. 2).

Konstytucja i akty prawa międzynarodowego, używając w sensie podmiotowym określeń „każdy" lub „nikt", pośrednio odnoszą się także do możliwości korzystania z posług religijnych przez więźniów, choć nie czynią z nich osobnej kategorii. Dopiero reguły 41 i 42 Europejskich Reguł Więziennych umożliwiają więźniom uczestnictwo w odprawianych nabożeństwach. Oznacza to prawo więźniów do korzystania ze świadczenia pomocy religijnej w formie zinstytucjonalizowanej posługi ze strony odpowiednich przedstawicieli religijnych.

Prawo do korzystania z posług religijnych zostało wyraźnie uwzględnione w tzw. ustawach indywidualnych, co dodatkowo podkreśla jego znaczenie.

---

[7] Zob. J. Migdał, *Polski system penitencjarny w latach 1956 – 2008 w ujęciu doktrynalnym, normatywnym i funkcjonalnym. Kontynuacja czy zmiana?*, Gdańsk 2008, s. 390.

Wyjątek stanowią tu akty normatywne dotyczące staroobrzędowców, muzułmanów i karaimów, które nie odnoszą się wprost do osób pozbawionych wolności. Jednak trudno o inną wykładnię, niż rozszerzająca również na osoby uwięzione, skoro uprawnienia te dotyczą wszystkich, zwłaszcza że w ustawie o gwarancjach wolności sumienia i wyznania zawarto odniesienia do osób skazanych i tymczasowo aresztowanych w zakresie korzystania z posług religijnych (art. 19 ust. 1 pkt 4).

Posługi religijne z udziałem więźniów mogą mieć charakter sakramentalny (w przypadku tych religii, które uznają sakramenty). W każdym razie korzystanie z tego prawa wymaga spotkania z duchownym (lub inną osobą wyznaczoną do ich reprezentowania). Więźniowie wyznania rzymskokatolickiego w warunkach izolacji najczęściej korzystają z Sakramentu Pokuty i Eucharystii. W praktyce gwarantuje się im możliwość spowiedzi nie tylko przy okazji świąt Bożego Narodzenia i Wielkanocy, ale także bezpośrednio przed lub po Eucharystii sprawowanej w więzieniu.

Więźniowie katoliccy korzystają bez istotnych ograniczeń z Sakramentu Małżeństwa, Chrztu, Bierzmowania i Namaszczenia Chorych. Oprócz tego w posłudze więziennej wykorzystywane są także sakramentalia. Jednak w przypadku dostępu osadzonych do przyjęcia sakramentu kapłaństwa pojawiają się trudne do pokonania przeszkody kanoniczne. Zgodnie bowiem z kanonem 1029 KPK święcenia diakońskie lub kapłańskie może przyjąć osoba o odpowiedniej opinii i moralności. W sytuacji więźniów, zwłaszcza tych prawomocnie skazanych, przesłanka ta może być spełniona tylko w sytuacjach wyjątkowych[8].

3. Prawo do uczestnictwa w nabożeństwach odprawianych w zakładzie karnym

Zgodnie z art. 106 kkw osadzonym w zakładach karnych i aresztach śledczych zapewniono wyraźnie prawo do uczestnictwa w nabożeństwach. Przepisy prawa międzynarodowego nie odnoszą się wprost do więźniów, ale do wszystkich osób. Dopiero reguła 42 Europejskich Reguł Więziennych przewiduje wyraźne prawo więźniów do uczestnictwa w obrzędach religijnych. Pominięto je jednak w ustawach określających sytuację wyznawców religii zielonoświątkowej, żydowskiej, muzułmańskiej, karaimskiej i staroobrzędowców.

---

[8] Zob. T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II .Tom II. Lud Boży, jego nauczanie i uświęcenie*, Olsztyn 1986, s. 101.

Wyjaśnienie treści omówionego prawa wymaga – po pierwsze – omówienia pojęcia „nabożeństwa"[9]. Według religii katolickiej najważniejszą kategorię nabożeństw stanowią Msze św., chociaż praktykowane są również np. nabożeństwa maryjne, ku czci świętych oraz nabożeństwa okolicznościowe. Takie rozumienie „nabożeństwa", jako spotkania o charakterze kultowym, prowadzonego przez osobę duchowną zasadniczo może być, *per analogiam*, stosowane również w odniesieniu do innych religii. Ostatecznie jednak prawo wyjaśnienia co według założeń doktrynalnych konkretnej religii może być uznane za nabożeństwo należy pozostawić właściwym przedstawicielom związku wyznaniowego. Ważne jest to zwłaszcza na etapie przygotowania porozumienia o świadczenia posług religijnych w zakładzie karnym lub areszcie śledczym, opracowania porządku wewnętrznego jednostki penitencjarnej i ustalenia dni świątecznych w czasie których nabożeństwa religijne są sprawowane[10].

Istotne dla właściwego zinterpretowania prawa do bezpośredniego uczestnictwa w nabożeństwach odprawianych w zakładzie karnym jest także wyjaśnienie pojęcia „bezpośredniości", którego używa ustawodawca w art. 106 § 2 kkw. Zastosowanie tego pojęcia wyłącza „pośredniość" i uprawnia więźniów do osobistego uczestnictwa w nabożeństwach. Taka konstrukcja gwarantuje osadzonym nie tylko prawo do słuchania nabożeństw, ale do aktywnego w nich udziału (np. poprzez przyjęcie Komunii Świętej, czy uczestnictwa w spowiedzi). Bezpośredniość może oznaczać także osobową relację osadzonego i kapelana sprawującego nabożeństwo w warunkach więziennych. Powodem ograniczania lub wstrzymania odprawiania nabożeństw w więzieniu i bezpośredniego uczestnictwa więźniów jest sytuacja nadzwyczajnego zagrożenia sanitarno-epidemiologicznego lub bezpieczeństwa więzienia. Prawo do wprowadzenia takich ograniczeń o charakterze czasowym przysługuje dyrektorowi zakładu karnego lub aresztu śledczego i dotyczyć może całej populacji więźniów lub ich części wyodrębnionej według kryterium pobytu w poszczególnych budynkach. Siedmiodniowe ograniczenia lub zakazy wymagają powiadomienia sędziego

---

[9] Encyklopedia katolicka podaje, że nabożeństwo to cześć religijna wyrażająca się zarówno w celebracjach liturgicznych, jak i pozaliturgicznych praktykach kultowych ujętych w normy kościelno – prawne lub zwyczajowe, a stanowiących tzw. pobożne praktyki ludu chrześcijańskiego (*pia exercitia populi christiani*). Zob. K. Stola, *Nabożeństwo*, [w:] *Encyklopedia katolicka*, t. XIII, Lublin 2009, s. 613.

[10] Wskazanie dni świątecznych w porozumieniu o świadczenie posług religijnych w zakładzie karnym możliwe jest na podstawie ustaleń konkordatu i ustaw indywidualnych (zob. A. Mezglewski, *Działalność własna Kościołów i innych związków wyznaniowych*,[w:] A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz, *Prawo wyznaniowe*, Lublin 2011, s. 196 i n).

penitencjarnego. W przypadku zdarzeń o takim charakterze osadzonym zapewnia się możliwość słuchania nabożeństw w sposób jedynie pośredni.

Jeszcze inną kwestią pozostaje sprawa konieczności właściwej organizacji nabożeństw na terenie zakładu karnego. Obowiązek jej zapewnienia spoczywa niewątpliwe na administracji penitencjarnej. Uprawniony wydaje się więc wniosek, że również przez nie powinny być ponoszone związane z tym koszty, chociaż sprawa nie jest całkowicie wolna od niejasności. W Polsce problem ten nie był rozpatrywany w trybie administracyjnym lub sądowym. Natomiast Trybunał Konstytucyjny Szwajcarii uznał, że nabożeństwa na terenie więzień mogą być organizowane wtedy, gdy nie obciąża to nadmiernie funkcjonowania zakładu, niemniej więźniowi przysługuje roszczenie o zorganizowanie nabożeństwa.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 2 września 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad wykonywania praktyk religijnych, korzystania posług religijnych w zakładach karnych i aresztach śledczych, wskazując miejsca sprawowania nabożeństw dla osadzonych, wymienia kaplice, inne odpowiednio przystosowane do tego celu pomieszczenia oraz miejsca wewnątrz więzienia przeznaczone do tego zgodnie z porządkiem wewnętrznym[11]. Według KPK „kaplica" to „miejsce przeznaczone za zezwoleniem ordynariusza do sprawowania kultu Bożego dla pożytku jakiejś wspólnoty lub grupy wiernych, którzy się w nim zbierają, do którego za zgodą kompetentnego przełożonego mogą przychodzić także inni wierni"[12]. Zgodnie z prawem kanonicznym pomieszczenie kaplicy powinno być zarezerwowane dla kultu bożego. W realiach polskich, ze względu na przeludnienie więzień, jest to jednak trudne do zrealizowania. Niejednokrotnie nabożeństwa odprawiane są w pomieszczeniach, które w innych godzinach są wykorzystywane do celów kulturalnych, rekreacyjnych, a nawet sportowych. Zgodnie z cytowanym wyżej rozporządzeniem miejsca te mają być „odpowiednio przystosowane" do odbywania w nich nabożeństw i spotkań o charakterze religijnym. Nie zdefiniowano jednak, na czym ma polegać „odpowiedniość przystosowania" tych pomieszczeń, czyli jakie elementy wyposażenia powinny w nich się znaleźć. W konsekwencji, pomieszczenia przeznaczone do celów kultowych w różnych więzieniach są wyposażane niejednolicie.

Spornym zagadnieniem może być kwestia budowy i wyposażenia kaplic więziennych. Generalnie przyjmuje się, że obowiązek utworzenia kaplicy spoczywa na administracji penitencjarnej, a jej wyposażeniem zajmują się wspólnie administracja penitencjarna i parafia, na terenie której znajduje się więzienie.

---

[11] Dz.U. Nr 159, poz. 1546.

[12] Kan. 1223 KPK.

Brak unormowań w tym względzie utrudnia wypracowanie jednolitego wzorca postępowania.

Analizując zagadnienie uczestniczenie w nabożeństwach przez więźniów należy się odnieść także do terminów ich sprawowania. Trudno mieć wątpliwości, że możliwość uczestniczenia w nabożeństwach powinna być więźniom zapewniona, zwłaszcza w dni będące świętami religijnymi, zgodnie z regułami przyjętymi na gruncie wyznawanej przez nich religii. Wynika to jasno z przepisów tzw. ustaw indywidualnych[13]. Katalog dni, w których skazani mają prawo do uczestniczenia w nabożeństwach obejmuje w szczególności święta religijne określone w przepisach o stosunku państwa do poszczególnych grup religijnych. W aktach normatywnych dotyczących Kościoła Katolickiego (tj. w Konkordacie oraz w ustawie z 17 maja 1989 r.) jest mowa o dniach świątecznych ustawowo wolnych od pracy, określonych mianem świąt katolickich[14]. Katalogi dni uznawanych za świąteczne są jednak uwzględnione również w innych ustawach indywidualnych[15]. Osoby należące do związków wyznaniowych objętych tymi regulacjami mają wówczas prawo do zwolnienia od pracy lub nauki. Ponadto w art. 4 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 2 pkt 2 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania generalnie zapewnia się więźniom prawo do obchodzenia świąt religijnych, a zgodnie z art. 42 ust. 1 tej ustawy osoby należące do Kościołów i innych związków wyznaniowych, których święta nie są dniami ustawowo wolnymi od pracy mogą uzyskać zwolnienie z pracy lub nauki na czas tych świąt[16]. Dotyczy to także skazanych zatrudnionych i pobierających naukę w szkołach

---

[13] Zob. np. art. 32 ust. 2 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego oraz art. 23 ust. 2 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko – Augsburskiego.

[14] Taki charakter mają wszystkie niedziele oraz następujące święta: 1 stycznia – uroczystość świętej Bożej Rodzicielki Maryi, drugi dzień Wielkiej Nocy, dzień Bożego Ciała, 15 sierpnia – uroczystość Wniebowzięcia Najświętszej Maryi Panny, 1 listopada – dzień Wszystkich Świętych, 25 grudnia – pierwszy dzień Bożego Narodzenia i 26 grudnia – drugi dzień Bożego Narodzenia.

[15] Do art. 14 ust. 1 ustawy o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego w RP wpisano następujące święta prawosławne: 7 stycznia – pierwszy dzień Bożego Narodzenia, 8 stycznia – drugi dzień Bożego Narodzenia, 19 stycznia – Chrzest Pański, 7 kwietnia – Zwiastowanie Najświętszej Maryi Panny, drugi dzień Wielkiej Nocy, 19 sierpnia – Przemienienie Pańskie, 28 sierpnia – Zaśnięcie Najświętszej Maryi Panny. Natomiast w art. 11 ust. 1 ustawy o stosunku państwa do gmin wyznaniowych żydowskich uwzględniono następujące święta: Nowy Rok, Dzień Pojednania, Święto Szałasów, Zgromadzenie Ósmego Dnia, Radość Tory, Pesach, Szawuot. Ponadto zwolnienie od nauki i pracy w określone święta religijne przysługuje na podstawie ustaw indywidualnych wyznawcom następujących Kościołów: Ewangelicko – Augsburskiego, Ewangelicko – Reformowanego, Ewangelicko – Metodystycznego, Zielonoświątkowego, Chrześcijan Baptystów, Kościoła Katolickiego Mariawitów.

[16] Ogólne zasady zwolnień od nauki i pracy w celu obchodzenia świąt religijnych zostały określone w rozporządzeniu Ministrów Pracy i Polityki Socjalnej i Edukacji Narodowej z 11 marca 1999 r. w sprawie zwolnień od pracy lub nauki osób należących do Kościołów i innych związków

więziennych i poza więzieniem. Ważne dla prawidłowej realizacji praw osadzonych jest więc to, aby władze więzienia posiadały wiedzę na temat terminów świąt religijnych, zwłaszcza tych ruchomych i wywodzących się z tradycji religijnych niechrześcijańskich. Wykaz terminów świątecznych, dostarczanych władzom więzienia przez duchownych, może zapewnić bezkonfliktową realizację prawa do uczestniczenia w nabożeństwach w dni świąteczne. Jest to o tyle ważne, że w porządkach wewnętrznych zakładów karnych i aresztów śledczych określa się dni i godziny sprawowania nabożeństw (identyczne ustalenia mogą być zawarte w porozumieniach o świadczenie posług religijnych na terenie więzienia)[17].

4. Prawo do słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu

Prawo skazanych do bezpośredniego słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu nie wynika wprost z żadnego z aktów prawa międzynarodowego. Nie wspomina się w nich także o takiej formie odbioru nabożeństw religijnych w stosunku do kogokolwiek. Uprawnienia związane ze słuchaniem nabożeństw za pomocą massmediów nie zostały uwzględnione również w postanowieniach Konstytucji RP. Za przyjęciem takiego rozwiązania przemawia fakt przypisania uprawnień pośredniego uczestnictwa w nabożeństwach przez transmisję tylko tej części wiernych, którzy pozostając w sytuacji dla siebie przymusowej, nie mogą tego czynić w inny sposób (czyli bezpośrednio). Taką kategorią wyznawców pozostają niewątpliwie więźniowie oraz osoby chore, zwłaszcza terminalnie.

Możliwość słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu została zapisana wprost w trzech ustawach indywidualnych: katolickiej, prawosławnej i ewangelicko-augsburskiej. Jest to z pewnością odpowiedź na oczekiwania strony kościelnej. Na przykład zgodnie z KPK wierni, którzy nie mogą uczestniczyć we Mszy św. w niedziele i święta, są zachęcani do tego, aby poświęcili odpowiedni czas na modlitwę. W tym przypadku pomocne okazać się może słuchanie (oglądanie) nabożeństw. W pozostałych aktach normatywnych

wyznaniowych w celu obchodzenia świąt religijnych nie będących dniami ustawowo wolnymi od pracy (Dz. U. nr 26, poz. 235).

[17] Zob. § 13 rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno - porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności, (Dz.U. Nr 152, poz. 1493) i § 13 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania, (Dz.U. Nr 152, poz. 1494).

regulujących sytuację prawną poszczególnych związków wyznaniowych, nie ma wyraźnych, ani dorozumianych odniesień do tego prawa. Szczególnie zastanawiający jest fakt zupełnego pominięcia tej kwestii w ustawie o gwarancjach wolności sumienia i wyznania. Tym bardziej należy więc dowartościować unormowanie zawarte w art. 106 kkw.

Zasadniczym dla rozważań związanych z tym uprawnieniem osadzonych jest omówienie pojęcia „słuchania". W dzisiejszych czasach niezrozumiałe wydaje się ograniczenie omawianego uprawnienia wyłącznie do funkcji audio, co wskazuje na możliwość wykorzystania przekaźników jedynie fonicznych. Wyklucza się więc możliwość korzystania z funkcji wizualnej lub audiowizualanej. Przyjęcie takiego rozwiązania wiąże się zapewne z tradycją powstania pierwszego w miarę kompletnego przepisu dotyczącego uprawnień religijnych osadzonych w okresie powojennym, czyli zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z 17 września 1981 r.[18], gdzie wyraźnie mówi się o transmisji radiowej. W przepisach przyjmowanych w następnych latach kopiowano to rozwiązanie, pomimo zmian i postępu technologicznego (technologie cyfrowe dźwięku i obrazu). W 1981 r. przekaz radiowy był najbardziej rozpowszechnioną metodą przesyłania informacji. Natomiast w obecnej dobie, chociaż nadal wykorzystywany, wydaje się anachroniczny. Wówczas (tj. bezpośrednio po 1981 r.) osadzeni, głównie tymczasowo aresztowani mogli słuchać radiowego przekazu Mszy św. transmitowanej przez I Program Polskiego Radia z Kościoła Św. Krzyża w Warszawie w każdą niedzielę o godz. 9.00. Obecnie w związku z upowszechnieniem się innych kanałów zwłaszcza telewizyjnych zasadne byłoby zastąpienie pojęcia „słuchania" określeniem „odbiór". Bez wątpliwości możliwe byłoby korzystanie z przekazu telewizyjnego nabożeństw transmitowanych za pośrednictwem np. I Programu TVP , telewizji Polonia, telewizji Trwam czy TV Religia. W przypadku przekazów satelitarnych niektórych nabożeństw (np. muzułmańskich) zapewniony byłby odbiór kanałów religijnych emitowanych w innych językach (np. arabskim) za pomocą telewizji kablowej lub satelitarnej funkcjonującej w placówkach penitencjarnych.

Trzeba jednak podkreślić, że formalne ograniczenie omawianego uprawnienia do „słuchania" nabożeństw w praktyce nie oznacza niemożliwości ich odbioru z wykorzystaniem innych sposobów przekazywania informacji. W praktyce więźniowie dysponują zarówno odbiornikami telewizyjnymi jak i radiowymi, i w zasadzie swobodnie dysponują o ich wykorzystaniu. Jeszcze inną formą

[18] Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z 17 września 1981 r. w sprawie szczegółowych zasad wykonywania praktyk religijnych, korzystania posług religijnych w zakładach karnych, aresztach śledczych i ośrodkach przystosowania społecznego (Dz.Urz. MS Nr 5, poz. 27).

słuchania przez osadzonych nabożeństw pozostaje transmisja za pomocą radiowęzła wewnątrz zakładowego. Umożliwia się wówczas przekaz zarówno audycji radiowych, telewizyjnych, jak i nabożeństw odprawianych w jednym miejscu w więzieniu, a przekazywanych do cel mieszkalnych za pomocą głośników radiowęzłowych lub telewizji wewnętrznej.

Kolejną kwestią rozważaną przy okazji odbioru nabożeństw w formie słuchowisk jest infrastruktura rozgłośni telewizyjnych i radiowych o tematyce religijnej. W przypadku katolickich stacji radiowych sieć taka funkcjonuje w wymiarze ogólnopolskim i lokalnych. Osadzeni obierający sygnał radiowy tych rozgłośni mają szeroki wybór transmisji i retransmisji Mszy św. i nabożeństw. Mniejsze możliwości posiadają członkowie innych związków wyznaniowych.

5. Prawo do posiadania niezbędnych do praktyk religijnych książek, pism i przedmiotów

Art. 106 §2 kkw, w części dotyczącej prawa posiadania przedmiotów niezbędnych do uprawiania kultu religijnego, w swej treści jest powtórzeniem art. 4 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, gdzie prawo ich posiadania uzupełniono o prawo do korzystania z nich. Trudno mieć wątpliwość, że również na gruncie Kodeksu karnego wykonawczego omawiane uprawnienie należy interpretować szeroko uwzględniając również prawo do wykorzystania tych przedmiotów do celów religijnych. Możliwość posiadania, to także prawo korzystania z posiadanych już przedmiotów. Prawo skazanych do posiadania w celi mieszkalnej przedmiotów kultu religijnego powielone zostało w art. 110a § 1 kkw. Na gruncie tego przepisu mogą pojawiać się wątpliwości związane z realizacją tego uprawnienia. W związku z generalnym brzmieniem art. 106 kkw należy jednak stwierdzić, że pozbawienie więźniów na przykład różańca lub modlitewnika w czasie pobytu poza celą mieszkalną (np. w kaplicy) byłoby ewidentnym nadużyciem. Prawo posiadania książek, pism, przedmiotów w celu religijnym należy łączyć z prawem do korzystania z praktyk i posług religijnych. Tym też należy tłumaczyć brak wyspecyfikowania tych uprawnień w Konstytucji RP czy przepisach prawa międzynarodowego, a także wszystkich ustawach indywidualnych i Konkordacie. Natomiast Europejskie Reguły Więzienne w dwóch regułach odnoszą się do kwestii posiadania głównie książek o tematyce religijnej. W regule 42 używa się pojęcia „posiadania religijnych książek dogmatycznych i pouczających z zakresu jego wyznania", a w regule 46 mówi się o „posiadaniu niezbędnych książek i wydawnictw zaspakajających potrzeby życia religijnego,

duchowego i moralnego". Z analizy Europejskich Reguł Więziennych wynika także zalecenie nr 77 związane z edukacją religijną więźniów, że ta nie może odbywać się bez odpowiedniej literatury. Właściwa literatura faktycznie stanowi bowiem podstawowe narzędzie zdobywania i utrzymywania wiedzy nie tylko z zakresu religii, ale i spraw duchowych, a także w szerokim rozumieniu – moralnych. Wykonanie tego uprawnienia umożliwia osadzonym praktykowanie religijne, a w sytuacji osób poszukujących wiary staranie się o pomoc w realizacji prawa do kształtowania własnego światopoglądu.

Niejasności wynikające z konstrukcji art. 106 kkw wiązać się mogą z wyjaśnieniem tego co jest lub może być „niezbędne". Przyjęcie takiej klauzuli generalnej, zamiast precyzyjnego określenia stanowić może źródło nadużyć przez osoby osadzone i duchownych, jak również władze administracyjne więzienia. Wykazanie cechy niezbędności posiadania w celu praktykowania religijnego określonych przedmiotów ciąży na osobie posiadającej lub ubiegającej się o posiadanie określonego przedmiotu, czyli na wnioskodawcy. Wątpliwości nie będą pojawiać w sytuacji takich przedmiotów jak biblia, Koran czy modlitewniki. Uznane są one w tradycji religijnej, jak historycznej i rozpoznawane jako typowe dla właściwego praktykowania religii, także w środowisku więziennym. Kontrowersje może jednak wzbudzać prawo do posiadania innych przedmiotów mających wymowę religijną. Generalnie rzecz ujmując można jednak stwierdzić, że ewentualne ograniczenia mogą być wprowadzane jedynie w sytuacjach wyjątkowych, a zakaz noszenia, bądź eksponowania symboli religijnych, bez odpowiedniego uzasadnienia jest decyzją arbitralną i narusza wolność religii[19].

Należy pamiętać, że korzystanie przez osadzonych z przedmiotów niezbędnych dla celów religijnych nie może być niezgodne z ich przeznaczeniem[20]. Jednak zezwolenia indywidualne i uprawnienia wynikające z ustaleń porządków wewnętrznych, mimo limityzacji co do ilości i wielkości tych przedmiotów, nie podlegają innym formom kontroli. Nikt nie może „rozliczać" osadzonego z częstotliwości czytania biblii, efektywnej modlitwy w oparciu o modlitewniki,

[19] Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie X p-ko Zjednoczonemu Królestwu z 12 marca 1981 r., skarga nr 8160/78, DR 22/27, Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie Knudsen p-ko Norwegii z 8 marca 1985, skarga nr 11045/84, DR 42/247.

[20] Europejska Komisja Praw Człowieka zajmowała się skargą skazanego, któremu władze więzienne odebrały książki poświęcone sztuce wojennej i technikom samoobrony. Skarżący twierdził, że decyzja administracji penitencjarnej w tym zakresie narusza jego prawo do wolności myśli, sumienia i religii wynikające z art. 9 Konwencji. Komisja uznała jednak, że decyzja władz więziennych była słuszna i oparta na ochronie praw i wolności innych osób (decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie X p-ko Zjednoczonemu Królestwu z 18 maja 1976 r., skarga nr 6886/75, DR 5/100).

a w konsekwencji cofać lub ograniczać prawa do posiadania przedmiotów religijnych i korzystania z nich. Nie można także przyjąć rozwiązania, zgodnie z którym przedmioty te znajdować mogłyby się w innym miejscu niż cela mieszkalna (np. kaplica lub inne miejsce spotkań o charakterze religijnym). Nie do przyjęcia byłoby także deponowanie przedmiotów kultu religijnego w innym, zamkniętym miejscu z założeniem, że byłyby udostępniane jedynie na czas praktykowania religijnego. Ograniczono by w ten sposób, a w konsekwencji niezrealizowane byłoby prawo do dysponowania nimi w sposób swobodny.

Osobnym, a nadto zasadniczym zagadnieniem rozpatrywanym w kontekście prawa do posiadania książek religijnych jest prawo do posiadania biblii, stanowiącej szczególny rodzaj książki religijnej. Dotyczy to także innych tekstów uznanych za święte przez wyznawców różnych religii. Prawo do posiadania Pisma Świętego w celi mieszkalnej posiada mocne uzasadnienie historycznie i spełnia istotną rolę gwaranta prawa do wykonywania praktyk religijnych przez więźniów – chrześcijan. Biblia jest także najbardziej popularną formą literatury religijnej udostępnianej więźniom. W oparciu o teksty biblijne realizuje się także kolejne uprawnienie o charakterze religijnym przysługujące osadzonym – nauczanie religii. Biblie dostarczane są zarówno do cel mieszkalnych, jak i znajdują się na wyposażeniu bibliotek więziennych i biblioteczek przy kaplicach zakładowych. Poza wersjami polskojęzycznymi do dyspozycji obcokrajowców pozostają także wydania niepolskie.

6. Prawo do uczestniczenia w prowadzonym w zakładzie karnym nauczaniu religii

Żadna z tzw. ustaw indywidualnych, ani też ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, nie odnosi się wyraźnie do nauczania religijnego w więzieniu. Prawo do nauczania religii, a zwłaszcza do korzystania z tego nauczania, jest jednak podstawowym uprawnieniem o charakterze wolnościowym. Brak jego realizacji znacząco utrudnia praktykowanie religii, a samo nauczanie stanowi jedną z ważniejszych form uzewnętrzniania religii lub przekonań gwarantowanych zarówno w Konstytucji RP, jak i licznych aktach prawa międzynarodowego[21]. O nauczaniu religijnym więźniów mówi się wprost w regule 77 Europejskich

[21] A. Mezglewski, *Przepisy kształtujące rozwiązania systemowe w zakresie nauczania religii w szkołach publicznych w Polsce na tle standardów międzynarodowych*, [w:] W. Janiga, A. Mezglewski (red.), *Katecheza dzisiaj. Problemy prawne i teologiczne*, Krosno – Sandomierz 2000, s. 110 – 111.

Reguł Więziennych. Wyliczenie „prawa do uczestniczenia w nauczaniu religii" w katalogu praw przysługujących więźniom należy więc uznać za w pełni uzasadnione.

Wolność nauczania religijnego może być realizowana na płaszczyźnie wewnętrznej (*ad intra*) poprzez aktywne pogłębianie i rozwój doktryny religijnej, bądź też w formie publicznego przedstawiania swoich poglądów i przekonań poza wspólnotą religijną w której dany człowiek funkcjonuje (nauczanie *ad extra*). Jedną z ważniejszych form nauczania religijnego jest prowadzenie edukacji religijnej w ramach systemu oświaty.

Przyjęcie unormowania, zgodnie z którym więzień ma prawo do uczestniczenia w nauczaniu religii, prowadzonym w zakładzie karnym, zakłada istnienie odpowiednio zorganizowanej nauki religii. Przepis nie określa natomiast formy tego nauczania, a w szczególności nie precyzuje, czy powinno się ono odbywać w ramach szkolnych lekcji religii. Nie wskazuje również, kto odpowiada za organizację nauczania religii prowadzonego poza zajęciami szkolnymi. Wydaje się, że w każdym przypadku zapewnienie właściwych warunków logistycznych obciąża administrację więzień, a przygotowanie odpowiednich programów oraz zapewnienie kadry stanowi obowiązek Kościołów i innych związków wyznaniowych.

Kwestie związane z nauczaniem w ramach szkół przywięziennych zostały uregulowane w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 13 lutego 2004 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu prowadzenia nauczania w zakładach karnych[22]. Nauczanie religii zostało w nim zupełnie pominięte. Można sądzić, że przyczyną takiego stanu rzeczy jest to, że prowadzenia zajęć z religii lub etyki w ogóle nie przewidują ramowe plany nauczania dorosłych uczniów szkół podstawowych i gimnazjów (również tych, które prowadzone są w warunkach wolnościowych)[23]. W konsekwencji, szkolne nauczanie religii w warunkach polskiego systemu penitencjarnego – mimo formalnego uprawnienia wynikającego z art. 106 § 2 kkw – nie odbywa się. Oceniając to rozwiązanie należy najpierw zwrócić uwagę na fakt, że katechezy dorosłych nie przewidują także „Podstawy programowe katechezy Kościoła Katolickiego w Polsce" i „Program Nauczania Religii Komisji Wychowania Katolickiego Konferencji Episkopatu

[22] Dz.U. Nr 37, poz. 337.

[23] Zob. rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z 12 lutego 2002 r. w sprawie ramowych planów nauczania w szkołach publicznych (Dz.U. Nr 15, poz. 142 z późn. zm.). Przed nowelizacją tego aktu normatywnego, której dokonano na mocy rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 23 marca 2009 r. w sprawie zmiany rozporządzenia w sprawie ramowych planów nauczania w szkołach publicznych (Dz. U. Nr 54, poz. 442), w ramowych programach nauczania uczniów III klasy gimnazjum dla dorosłych przewidziana była 1 godzina religii w tygodniu, jednak jej wykorzystanie nie było obowiązkowe.

Polski"[24]. Jednak według opinii katolickich kapelanów więziennych w szkołach funkcjonujących w ramach zakładów karnych powinna być prowadzona katecheza dla dorosłych[25].

Odrębną formą uzewnętrzniania religii poprzez nauczanie pozostaje studiowanie tekstów religijnych i dyskusja podejmowana na tej podstawie w ramach wspólnoty o charakterze religijnym. Zgodnie ze stanowiskiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka możliwość realizowania takich praktyk powinna zostać zagwarantowana również w warunkach więziennych, zwłaszcza w przypadku tych wspólnot religijnych, dla których jest to podstawa praktykowania religijnego[26].

7. Prawo do brania udziału w działalności charytatywnej i społecznej związków wyznaniowych

Wpisanie do Kodeksu karnego wykonawczego uprawnienia osadzonych do brania udziału w działalności charytatywnej i społecznej Kościoła lub innego związku wyznaniowego wprost nie wynika z przepisów konstytucyjnych i prawa międzynarodowego. Co prawda w art. 53 ust. 2 Konstytucji RP mówi się o prawie osób do korzystania z pomocy religijnej tam gdzie się znajdują, ale nie jest to przecież równoznaczne z braniem udziału w charytatywnej i społecznej

---

[24] Zob. Konferencja Episkopatu Polski, *Podstawy programowe katechezy Kościoła Katolickiego w Polsce*, Kraków 2001, s. 8; Z. Marek, *Program nauczania religii Komisji Wychowania Katolickiego Konferencji Episkopatu Polski*, [w:] S. Dziekoński (red.), *Przesłanie dokumentów katechetycznych Kościoła w Polsce*, Warszawa 2003, s. 17.

[25] Przyjęcie takiego rozwiązania stanowiłoby powrót do praktyki przedwojennej. Zgodnie z regulaminem z 1931 r. w szkołach więziennych prowadzono naukę religii jako pierwszy i podstawowy przedmiot. Dopiero w dalszej kolejności wskazywano na potrzebę nauki czytania, pisania, rachunków, geometrii, historii, geografii, języka polskiego, nauki o Polsce współczesnej, przyrody czy rzemiosła (§ 189 regulaminu). W okrojonej wersji programowej nauczania religia funkcjonowała dalej obok czytania, pisania, rachunków i wiadomości o ustroju Polski (§ 190 regulaminu). Pozostawało to w zgodzie z przyjęciem zasady opieki duchownej jako fundamentalnego środka wychowawczo – poprawczego stosowanego względem więźniów z ich prawem do „czerpania nauk moralnych i pociechy religijnej ich wyznania". Następnymi środkami oddziaływania poprawczego były kolejno: działalność kulturalno-oświatowa, organizacja pracy i wychowanie fizyczne (§ 179). Ważnym zaś obowiązkiem kapelana wynikającym z § 180 było wykładanie nauk religijnych w szkole więziennej. Zob. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 20 czerwca 1931 r. w sprawie regulaminu więziennego (Dz.U. Nr 71, poz. 577).

[26] Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Kuznetsov i inni p-ko Rosji z 11 stycznia 2007r., Sekcja I, skarga nr 184/02, http://www.unhcr.org/refworld/docid/46b1cea02.html.

działalności wspólnoty religijnej. Ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania formułuje prawo do utrzymywania kontaktów ze współwyznawcami, ale i jego nie można utożsamiać z prawem do brania udziału w omawianej działalności Kościoła lub innego związku wyznaniowego. Kwestii uprawnień osób osadzonych do brania udziału w działalności związku wyznaniowego nie podejmuje również żadna z ustaw indywidualnych, ani Konkordat[27]. W związku z tym można mieć wątpliwości, czy konieczne jest wyraźne uwzględnienie tego prawa w Kodeksie karnym wykonawczym. Więźniowie niemal wyłącznie czerpią pożytki z przynależności do określonego związku wyznaniowego. Akcje humanitarne z udziałem osadzonych jako darczyńców, prowadzone są sporadycznie.

Zapewniając więźniom prawo do brania udziału w działalności charytatywnej i społecznej grup religijnych ustawodawca zastosował ich prawne określenia, mówiąc o Kościołach i innych związkach wyznaniowych. Samo wyróżnienie Kościołów spośród innych związków wyznaniowych wynika przede wszystkim z Konstytucji RP (art. 25). Za „Kościoły" uznaje się te związki wyznaniowe, które opierają się na doktrynie chrześcijańskiej. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że w rejestrze prowadzonym przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji wpisane są również takie podmioty, które używają w nazwie słowa „Kościół", chociaż nie odwołują się do chrześcijaństwa. Natomiast pojęcie związku wyznaniowego obejmuje wszystkie wspólnoty religijne, „zakładane w celu wyznawania i szerzenia wiary religijnej, posiadające własny ustrój, doktrynę i obrzędy kultowe" (art. 2 pkt 1 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania). Podział na Kościoły i inne związki religijne nie wywołuje konsekwencji prawnych w zakresie uprawnień wynikających z zakwalifikowania do pierwszej lub drugiej kategorii[28]. Nie ma również podstaw, aby różnicować prawa więźniów do brania udziału w działalności charytatywnej i społecznej ich własnej grupy religijnej, w zależności od tego, czy grupa ta może być określona jako Kościół. Trudno natomiast jednoznacznie odpowiedzieć na pytanie, czy wolą ustawodawcy było zapewnienie osadzonym prawa do brania udziału w omawianej działalności wszystkich faktycznie istniejących wspólnot religijnych, czy tez jedynie Kościołów i innych związków wyznaniowych o uregulowanej sytuacji prawnej. W art. 106 kkw nie stawia się wymogu, aby związek wyznaniowy, w którego działalności

[27] Poza działalnością społeczną i charytatywną Kościoła osadzeni powinni uczestniczyć także w działalności ewangelizacyjnej. Ta podstawowa sfera została w sposób zupełny pominięta w przepisach z oczywistą szkodą dla więźniów. Jednak jest realizowana poprzez wykonywanie praktyk i świadczenie posług religijnych na rzecz osadzonych, co w części konwaliduje brak kompletności przepisów prawa.

[28] Zob. T. J. Zieliński, *Pojęcie religii, wyznania, związku wyznaniowego i Kościoła w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,* „Prawo i Religia", 2007 t. 1, s. 46 – 53.

mnogą uczestniczyć więźniowie, posiadał uregulowaną sytuację prawną (jak to się czyni np. w art. 53 ust. 4 Konstytucji RP). Z drugiej strony jednak trzeba podkreślić, że dopiero w przypadku związków wyznaniowych wpisanych do rejestru (lub – tym bardziej – działających w oparciu o odrębną ustawę) można zasadnie zakładać, że ich cele nie obejmują działalności sprzecznej z prawem. W związku z tym należałoby postulować, aby omawiane prawo osadzonych wyraźnie ograniczyć do tych wspólnot religijnych, które mają uregulowaną sytuację prawną.

Dokonując analizy określenia „brania udziału w działalności" zwraca się uwagę na aktywność osadzonych. Jednak równie właściwym zwrotem mogłoby być „uczestnictwo", co znaczeniowo oznacza to samo, co branie udziału. Jednak zarówno określenie „branie udziału" jak i „uczestnictwo" w odniesieniu do działalności charytatywnej w przypadku więźniów jest sformułowaniem wysoce nietrafnym. Tak naprawdę więźniowie raczej korzystają z działalności charytatywnej Kościoła, niż sami taką działalność na rzecz innych osób prowadzą. Wątpliwości dotyczą również uczestniczenia przez więźniów w działalności społecznej. Z natury rzeczy wiąże się ona z funkcjonowaniem na szczeblu parafialnym, zaś w przypadku więźniów łączność z parafią jest istotnie ograniczona. Izolacja penitencjarna nie umożliwia sprawowania funkcji z wyboru (np. w Kościele Katolickim – w Radzie Parafialnej), ani też w klubach i stowarzyszeniach o charakterze społecznym i religijnym. Pobyt w więzieniu utrudnia albo uniemożliwia wymaganą obecność na spotkaniach organizacji społecznych w Kościołach, a zazwyczaj także czynne i bierne prawo wyborcze w organizacjach religijnych.

W praktyce osadzeni w więzieniu przede wszystkim korzystają ze wsparcia materialnego otrzymywanego za pośrednictwem Kościoła lub innego związku wyznaniowego. Działalność charytatywną na rzecz więźniów świadczą najczęściej sami kapelani więzienni. Jak wynika z kwerendy przeprowadzonej przez autora wśród duszpasterzy więziennych, większość księży w sposób doraźny pomaga więźniom w trakcie pobytu w zakładzie karnym i po jego opuszczeniu. Pomoc obejmuje zazwyczaj także członków rodzin więźniów. Najbardziej popularnymi formami wsparcia są paczki świąteczne, drobne prezenty, bądź kwoty pieniężne czy spłata grzywny. Często pomoc świadczona osadzonym odbywa się za pośrednictwem instytucji kościelnych, takich jak Caritas. Byli więźniowie korzystają z pomocy struktur kościelnych w znalezieniu pracy, miejsca zamieszkania czy odpowiedniego programu terapii uzależnień.

Możliwość uczestniczenia, w niektórych przynajmniej formach działalności religijnej, stanowi dla wielu więźniów ważną formę manifestowania swojej religii, chronioną w art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Tego

rodzaju aktywność utwierdza osadzonych w poczuciu łączności ze wspólnotą religijną, pomimo faktycznego rozluźnienia z nią więzi[29]. Działalność charytatywna i społeczna Kościoła lub innego związku wyznaniowego musi być jednak wpisana w jego misję. Daje to formalne umocowanie do budowy m.in. struktur o charakterze społecznym i charytatywnym. Ważne z punktu widzenia prawa więźniów do uczestnictwa w działalności społecznej związków wyznaniowych jest jednak to, że wspólnoty te mogą swobodnie ustalać sposób przyjmowania lub wydalania członków (osadzeni często nie posiadają świadomości w tym zakresie). Dotyczące tych kwestii decyzje uprawnionych władz religijnych nie mogą podlegać jakimkolwiek naciskom państwa (również administracji więziennej), gdyż w przeciwnym razie naruszono by zasadę bezstronności i neutralności w zakresie przekonań religijnych[30].

Specyficzną formą udziału więźniów w życiu wspólnotowym swego Kościoła lub innego związku wyznaniowego jest uzyskanie przez nich możliwości publikowania artykułów w prasie religijnej. Ograniczenia mogą być podyktowane racjami natury dyscyplinarnej. Europejska Komisja Praw Człowieka nie dopatrzyła się naruszenia uprawnień więźnia buddysty, któremu ze względów porządkowych odmówiono prawa wysyłania artykułów do publikacji w buddyjskim magazynie religijnym[31].

8. Prawo do indywidualnych spotkań z duchownym

Prawo więźniów do indywidualnych spotkań z duchownymi, o których mowa w art. 106 kkw wywodzi się z art. 17 Konkordatu, gdzie zapewnia się je więźniom. Wynika z powszechnie gwarantowanego prawa do przyjmowania i uzewnętrzniania religii. Prawo osadzonych do spotkań z kapelanami zapisano wyraźnie w regule 41 Europejskich Reguł Więziennych. Wynika ono również z ustaw indywidualnych (poza muzułmańską, karaimską i staroobrzędowców), w których zapewniono osadzonym prawo do korzystania z posług religijnych, a w nich mieści się przecież możliwość spotkań z duchownymi. Również rozporządzenie

[29] Zob. np. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Supreme Holy Council of Muslim Community (Najwyższa Święta Rada Wspólnoty Muzułmańskiej) p-ko Bułgarii z 16 grudnia 2004 r., Sekcja I, skarga nr 39023/97, ECHR 2004/4.

[30] Zob. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Svyato – Mykhaylivska Parafiya p-ko Ukrainie z 14 czerwca 2007 r., Sekcja V, skarga nr 77703/01, http://www.strasbourgconsortium.org/document.php?DocumentID=4101.

[31] Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie X p-ko Zjednoczonemu Królestwu z 20 grudnia 1974 r., skarga nr 5442/72, DR 1/41.

Ministra Sprawiedliwości z 2 września 2003 r. przewiduje *expressis verbis* możliwość indywidualnych spotkań więźniów o charakterze duchownym i wskazuje miejsca, w których winny one się odbywać. Rozporządzenie wymienia kaplice, inne odpowiednio przystosowane pomieszczenia lub miejsca, a także cele mieszkalne, cele szpitalne i izby chorych. Cechą wspólną dla tych miejsc powinna być możliwość zachowania prywatności. W związku z tym indywidualne spotkania w więzieniu nie będą mogły być realizowane w miejscach nauki, zatrudnienia, widzeń, zakupów i spacerów, gdyż nie jest możliwe zapewnienie tam właściwych warunków. Istotnym ograniczeniem jest uznanie zasady niezakłócania obowiązujących w zakładzie zasad porządku i bezpieczeństwa, co mogłoby nastąpić w sytuacji organizacji spotkań o charakterze religijnym w dowolnym czasie i miejscu.

Należy zwrócić uwagę, że spotkanie z duchownym może mieć dla więźnia charakter posługi sakramentalnej lub rozmowy religijnej. Ta ostatnia obejmować może sprawy religijne lub być związana z potrzebą kontaktu z inną osobą spoza środowiska więziennego, dotyczyć spraw osobistych więźnia lub członków jego rodziny. Rozmowa taka może mieć charakter pastoralny lub terapeutyczny.

Pojęcie „duchownego", użyte przez ustawodawcę w art. 106 kkw, powinno być rozumiane szeroko. Odwołując się do Europejskich Reguł Więziennych należy stwierdzić, że niekoniecznie musi to być osoba, która formalnie należy do duchowieństwa. Europejskie Reguły Więzienne mówią w tym kontekście o „kanonicznie uprawnionym przedstawicielu religii lub wyznania". Wyodrębniają także możliwość ustanowienia lub dopuszczenia takiego przedstawiciela religijnego do pracy duszpasterskiej z więźniami. Użycie określenia „kanonicznie uprawnionego przedstawiciela" wyłącza jednak możliwość sprawowania posługi religijnej przez osoby nieposiadające żadnych kwalifikacji formalnych. Natomiast z pewnością możliwe jest sprawowanie funkcji duszpasterskiej przez osoby świeckie uprawnione do tego przez właściwe władze religijne.

Rozważając prawo osadzonych do spotkań z duchownymi trzeba zwrócić uwagę na fakt, że administracja więzienna nie posiada informacji na temat przynależności wyznaniowej poszczególnych więźniów. W żadnym z dokumentów osobopoznawczych osadzonych nie wpisuje się ich wyznania, ani też nie odbiera się od nich oświadczeń w tym zakresie (podobnie zresztą kwestie te uregulowane są wobec innych obywateli). Za niedopuszczalne – w kontekście art. 53 ust. 7 Konstytucji RP – należałoby uznać określanie przynależności wyznaniowej poprzez certyfikat religijny, potwierdzanie wykonywania praktyk religijnych z okresie pobytu na wolności czy zwracanie się o opinię do właściwego Kościoła lub innego związku wyznaniowego. Administracja więzienna

nie ma więc wiedzy na temat przekonań religijnych więźniów lub braku takich, a informację o dostępności do duchownych wszystkich wyznań podaje im się *in abstracto*. W konsekwencji oznacza to nałożenie na administrację penitencjarną obowiązku umożliwienia każdorazowego kontaktu więźnia z duchownym, którego ten wskaże. Poza tym w trakcie pobytu w izolacji więziennej osadzeni mogą przecież zmieniać przynależność religijną i to bez obowiązku informowania o tym kogokolwiek. Administracja więzienna nie może też żądać od duchownego potwierdzenia faktu przynależności więźnia do określonej wspólnoty. Daje to więźniom swobodę w poszukiwaniu odpowiadającej im religii, ale jednocześnie stwarza niebezpieczeństwo niedopuszczalnych zachowań prozelickich.

W praktyce polskiego systemu penitencjarnego więźniom zapewnia się prawo do uczestnictwa w spotkaniach różnych grup religijnych oraz do korzystania ze świadczonej przez nie pomocy charytatywnej, bez względu na ich przynależność wyznaniową. Nie służy to jednak właściwemu ułożeniu relacji religijnych w więzieniu, które stanowi obowiązek spoczywający na dyrektorze placówki penitencjarnej.

Zakończenie

Katalog uprawnień o charakterze religijnym zawartych w kkw należy przyjąć z aprobatą, trudno bowiem odmówić słuszności prawa osób pozbawionych wolności do praktykowania religijnego i korzystania z posług religijnych w warunkach zakładu karnego lub aresztu śledczego. Zresztą ustawodawca kodeksowy dokonał właściwej specyfikacji tych uprawnień i zaliczył do nich uczestnictwo w nabożeństwach odprawianych w zakładzie karnym, słuchanie nabożeństw, posiadanie przedmiotów niezbędnych do praktykowania religijnego, uczestnictwa w nauczaniu religii, brania udziału w działalności charytatywnej i społecznej związków wyznaniowych oraz spotkań duchownym i wyżywienia religijnego. Wszystkie te uprawnienia pozostają w zgodzie z wolnościami zagwarantowanymi konstytucyjnie i wynikającymi z przepisów prawa międzynarodowego. Jednak już na poziomie realizacji tych gwarancji i postanowień ogranicza się w zasadzie wszystkie uprawnienia religijne więźniów tłumacząc je (nie zawsze zasadnie) potrzebą utrzymania porządku i bezpieczeństwa w zakładach i aresztach albo poszanowaniem praw innych osób. Poza tym krajowy ustawodawca pominął zupełnie kwestie prawa skazanych i tymczasowo aresztowanych do pochówku religijnego a uprawnienia do korzystania z posiłków przygotowanych z zachowaniem reguł religijnych potraktował w zasadzie marginalnie. Takie rozwiązanie

w żadnej mierze nie służy pełnej realizacji praw osób pozbawionych wolności ani nie wspiera idei demokratycznego państwa prawnego szanującego godność osobistą znajdujących się przymusowej dla siebie sytuacji.

Bibliografia

Akty prawne:

Ustawa z 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (tj. Dz. U. z 2000 r. Nr 26, poz. 319 z późn. zm.).

Ustawa z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 29 poz. 154 z późn. zm).

Ustawa z 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 66, poz. 287 z późn. zm.

Ustawa z 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiegow Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 73, poz. 323 z późn. zm.

Ustawa z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko Metodystycznego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 97, poz. 479 z późn. zm.)

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

Ustawa z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Polskokatolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 97, poz. 481 z późn. zm.

Ustawa z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 97, poz. 482 z późn. zm.

Ustawa z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 41, poz. 251 z późn. zm.

Ustawa z 17 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 41, poz. 253 z późn. zm.

Ustawa z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Starokatolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 41, poz. 252 z późn. zm.

Ustawa z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 41, poz. 254 z późn. zm.

Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. Nr 90, poz. 557, z późn. zm.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 20 czerwca 1931 r. w sprawie regulaminu więziennego (Dz.U. Nr 71, poz. 577).

Rozporządzenie Ministrów Pracy i Polityki Socjalnej i Edukacji Narodowej z 11 marca 1999 r. w sprawie zwolnień od pracy lub nauki osób należących do Kościołów i innych związków wyznaniowych w celu obchodzenia świąt religijnych nie będących dniami ustawowo wolnymi od pracy (Dz. U. nr 26, poz. 235).

Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z 12 lutego 2002 r. w sprawie ramowych planów nauczania w szkołach publicznych (Dz.U. Nr 15, poz. 142 z późn. zm.).

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 14 sierpnia 2003 r. w sprawie sposobów prowadzenia oddziaływań penitencjarnych w zakładach karnych i aresztach śledczych – Dz. U. nr 151, poz. 1468).

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno - porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności, (Dz.U. Nr 152, poz. 1493)

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania, (Dz.U. Nr 152, poz. 1494).

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 2 września 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad wykonywania praktyk religijnych, korzystania posług religijnych w zakładach karnych i aresztach śledczych, wskazując miejsca sprawowania nabożeństw dla osadzonych, wymienia kaplice, inne odpowiednio przystosowane do tego celu pomieszczenia oraz miejsca wewnątrz więzienia przeznaczone do tego zgodnie z porządkiem wewnętrzny, Dz.U. Nr 159, poz. 1546.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 13 lutego 2004 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu prowadzenia nauczania w zakładach karnych, Dz.U. Nr 37, poz. 337.

Rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 23 marca 2009 r. w sprawie zmiany rozporządzenia w sprawie ramowych planów nauczania w szkołach publicznych (Dz. U. Nr 54, poz. 442

Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z 17 września 1981 r. w sprawie szczegółowych zasad wykonywania praktyk religijnych, korzystania posług religijnych w zakładach karnych, aresztach śledczych i ośrodkach przystosowania społecznego (Dz. Urz. MS Nr 5, poz. 27).

Akty prawa międzynarodowego:

Konkordat z 28 lipca 1993 r. zawartego pomiędzy Stolicą Apostolską i Rzecząpospolitą Polską (Dz. U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka:

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Poltoratskiy p-ko Ukrainie z 29kwietnia 2003 r., sekcja IV, skarga nr 38812/97, ECHR 2003/5.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Supreme Holy Council of Muslim Community (Najwyższa Święta Rada Wspólnoty Muzułmańskiej) p-ko Bułgarii z 16 grudnia 2004 r., Sekcja I, skarga nr 39023/97, ECHR 2004/4.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Kuznetsov i inni p-ko Rosji z 11 stycznia 2007r., Sekcja I, skarga nr 184/02, http://www.unhcr.org/refworld/docid/46b1cea02.html.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Svyato – Mykhaylivska Parafiya p-ko Ukrainie z 14 czerwca 2007 r., Sekcja V, skarga nr 77703/01, http://www.strasbourgconsortium.org/document.php?DocumentID=4101.

Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie X p-ko Zjednoczonemu Królestwu z20 grudnia 1974 r., skarga nr 5442/72, DR 1/41.

Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie X p-ko Zjednoczonemu Królestwu z 12 marca 1981 r., skarga nr 8160/78, DR 22/27, Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie Knudsen p-ko Norwegii z 8 marca 1985, skarga nr 11045/84, DR 42/247.

Literatura:

Jurzyk M., Prawna ochrona tajemnicy spowiedzi w Stanach Zjednoczonych, „Studia z Prawa Wyznaniowego" 2001 t. 3

Marek Z., Program nauczania religii Komisji Wychowania Katolickiego Konferencji Episkopatu Polski, (w:) S. Dziekoński (red.), Przesłanie dokumentów katechetycznych Kościoła w Polsce, Warszawa 2003

Mezglewski A., Przepisy kształtujące rozwiązania systemowe w zakresie nauczania religii w szkołach publicznych w Polsce na tle standardów międzynarodowych, (w:) W. Janiga, A. Mezglewski (red.), Katecheza dzisiaj. Problemy prawne i teologiczne, Krosno – Sandomierz 2000

Migdał J., Polski system penitencjarny w latach 1956 – 2008 w ujęciu doktrynalnym, normatywnym i funkcjonalnym. Kontynuacja czy zmiana?, Gdańsk 2008

Nikołajew J., Duszpasterstwo wśród internowanych na Lubelszczyźnie, (w:) J. Świtka, M. Kuć (red.), Więziennictwo na Lubelszczyźnie w okresie stanu wojennego, Lublin 2008

Pawluk T., Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II .Tom II. Lud Boży, jego nauczanie i uświęcenie, Olsztyn 1986

Stola K., Nabożeństwo, (w:) Encyklopedia katolicka, t. XIII, Lublin 2009

Świątkiewicz W., Praktyki religijne, (w:) M. Libiszowska - Żółtkowska, J. Mariański, (red.), Leksykon socjologii, Warszawa 2004

Zieliński T. J., Pojęcie religii, wyznania, związku wyznaniowego i Kościoła w KonstytucjiRzeczypospolitej Polskiej, „Prawo i Religia", 2007 t. 1

Streszczenie

W Kodeksie karnym wykonawczym umieszczono szczegółowy katalog uprawnień skazanych i tymczasowo aresztowanych wynikających w wolności sumienia i religii. Zaliczono do niego prawo do wykonywania praktyk religijnych, prawo do korzystania z posług religijnych, prawo do uczestnictwa w nabożeństwach odprawianych w zakładzie karnym, prawo do słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu, prawo do posiadania niezbędnych do praktyk religijnych książek, pism i przedmiotów, prawo do uczestniczenia w prowadzonym w zakładzie karnym nauczaniu religii, prawo do brania udziału w działalności charytatywnej i społecznej związków wyznaniowych i prawo do indywidualnych spotkań z duchownym. Wszystkie te uprawnienia wynikają z postanowień konstytucyjnych i norm prawa międzynarodowego.

SŁOWA KLUCZE: Kodeks karny wykonawczy, skazani i tymczasowo aresztowani, wolność sumienia i religii.

Abstract

Statutory rights of those convicted and remanded in custody resulting from the exercise of the freedom of conscience and religion. Legal norm and practice

The Executive Penal Code provides for a detailed catalogue of rights for those convicted and remanded in custody, resulting from the exercise of the freedom of conscience and religion. It includes the right to religious practice, right to religious services, right to participate in services held at correctional facilities, right to listen to services broadcasted by mass media, right to hold books, writings and articles necessary for religious practices, right to attend religious studies held at correctional facilities, right to participate in charitable and social activities of religious communities and the right to individual meetings with the clergy. All of these rights derive from constitutional provisions and international law.

KEYWORDS: Executive Penal Code, convicted and remanded in custody, freedom of conscience and religion

Autor

Jerzy Nikołajew - dr hab., profesor na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego.

Kazimiera Juszka, Karol Juszka

Studies vetting the observance of rules for conducting forensic evidence by inspection in killing cases in Poland

Badawcza weryfikacja przestrzegania zasad prowadzenia oględzin w sprawach o zabójstwa w Polsce

I. Introduction

The rules for conducting forensic evidence by inspection (Articles 207-210 of the Polish Code of criminal procedure[1]) is the most important judicial-forensic procedure at the scene of an event. It creates a system and forms a model for the proceedings conducted by the judicial authority, pertaining in particular to the actions of persons conducting the forensic evidence by inspection and to the results of this action[2].

The objectives of implementing the rules for conducting forensic evidence by inspection is to ensure the efficient and effective performance of the aforementioned action[3], using all the sense organs and technical means[4], enabling improvements in the organisation of work and legal protection of the detected pieces of evidence[5] (Kędzierski, 2007, p. 97).

The objective of this study is to present the results of the author's own research of 90 court and inquisitorial cases in which inspections were conducted in killing

---

[1] Statute of 6 June 1997 Code of Criminal Procedure (Journal of Laws of 1997, No. 89, item 555 with later amendments).

[2] W. Kędzierski, *Forensic techniques*, vol. 1, Szczytno 2007, p. 104.

[3] T. Hanausek, *Forensic science,* Warsaw 2009, p. 44 [in Polish]; E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Forensic science – a book on the methods of investigation*, Warsaw 2008, p. 221.

[4] J. Mazepa, (ed.), *Vademecum for forensic technicians.* Warszawa. 2008, p. 20.

[5] W. Kędzierski, *Forensic techniques…, op. cit.,* p. 97.

cases. The presentation of the research issues will be analysed from the viewpoint of implementing the rules for conducting these procedures.

II. Methodology of studies of court files

The subject matter of the author's own research of Polish files of court and inquisitorial cases covered 90 criminal cases from the 2000-2010 period, where inspections were conducted in cases of killings (Article 148 of the Polish Penal Code[6]). These proceedings were conducted in 17 units of the common court system and prosecutor's offices within the areas of jurisdiction of the Appellate Court in Krakow, and the Appellate Prosecutor's Office in Krakow. The research tool used was a questionnaire containing 40 guidelines pertaining to the issues discussed in this paper, including both quantitative and qualitative features. In the 90 cases studied, a total of 251 procedures of conducting evidence by inspection were conducted, including 110 inspections of scene of events, 20 inspections of corpses, 29 bodily inspections of persons, and 92 inspections of things.

The analyzed cases were chosen using the multi-stage sampling method[7], which in Poland is widely used in the social sciences. The first stage of the study was to determine its three layers (place, time, scope). Material from the first stage was applied to the second stage by means of simple stratified sampling which means that any file in a particular "layer" could be drawn and with equal probability.

With this method it is possible to use statistical sampling to identify representative study material as it is collected in a variety of courts and prosecutors' offices. Thus, this method ensured significant cognitive and utilitarian effects.

III. Analysis of the results of research involving court and investigative case files

The law of criminal proceedings, and forensic theory and practice are the sources of the rules for conducting forensic evidence by inspection in Poland[8]. The results of the author's own studies of 90 cases implementing the objective of this

---

[6] Statute of 6 June 1997 Code of Penal Law (Journal of Laws of 1997, No. 88, item 553 with later amendments).

[7] R.Zasępa, *Multiple stage sampling*, Warsaw 1972, p 17 i 23. [in Polish]

[8] W. Kędzierski, *Forensic techniques…, op. cit.,* p. 97 .

paper will be presented below in the course of the analysis of particular rules for conducting forensic inspections developed in the fields of forensic tactics and techniques[9].

The first principle for conducting forensic evidence by inspection is the principle of objectivity which calls for the carrying out of all forensic research and activities in an impartial manner without any *a priori* attitude or prejudice to the event and parties. This is a principle calling for a matter-of-fact attitude free of any prejudices. This principle requires the obligatory use of forensic tactics in order to develop such methods of work which would exclude any impartiality of the person carrying out the proceedings[10].

One of the examples of the methods of work required to ensure objectivity is tactically securing the site of the forensic evidence by inspection, which is also called the isolation the site.

The main task for the person arriving at the scene of the event is to tactically and technically secure it against the loss of forensic traces[11]. Technical security involves e.g. taking into account current atmospheric conditions at the scene of the event, and preventing access by outsiders to the site of the event, by using ropes, tapes, or screens[12]. The tactical activities of securing the site of the event discussed in this study are aimed at, in particular, preventing the possibility of any unauthorised access to information about the proceedings in question[13].

The author's own research consists of 110 examples of gathering forensic evidence by inspections at sites of killings investigated in 2000-2010. This involves 19 protocols which included information that the site of inspection was isolated. In 31 inspections the site was not isolated, whereas in 60 protocols of inspections the information about this was not included in the protocols. In all 20 protocols of the inspection of corpses, 29 protocols of bodily inspection of persons, and all 92 protocols of the inspection of things, no information about isolation of the place of inspection was included. In connection with this, a more responsible attitude to the isolation of the place of inspection should be postulated along

---

[9] J. Mazepa, (ed.), *Vademecum…, op. cit.,* p. 21 .

[10] T. Hanausek, *Forensic science…*,op. cit., p. 206-207 [in Polish]; W. Kędzierski, *Forensic techniques…, op. cit.,* p. 98-99 .

[11] J. Mazepa, (ed.), *Vademecum…, op. cit.,* p. 21 .

[12] E. Żywucka-Kozłowska, K. Juszka, *Inspection of the site of a plane crash. Selected issues of identification of victims*, Zielona Góra. http://www.zielona-gora.po.gov.pl/esi-admin/upload/lektury_elektroniczne/ogledziny-miejsca-katastrofy-lotniczej.pdf (electronic publication of Prokuratura Okręgowa w Zielonej Górze, 2012), p. 2 [in Polish]; B. Innes, *Bodies of evidence. Methods for detecting crimes,* Warszawa 2001, p.10 .

[13] K. Juszka, *Quality of forensic procedures*, Lublin 2007, p.34 .

with the obligation to record this action in the protocol of conducting evidence by inspection.

The second principle of conducting forensic evidence by inspection is the principle of activity which is a directive of energetic and dynamic behaviour, organisational efficiency, and the concentration of attention by the person leading the inspection[14]. Organisational efficiency is particularly manifested in observing the principle of tactical division of the inspection into three phases: a phase of preliminary inspection, a phase of detailed inspection, and a phase of final inspection. All three phases are equally important in the course of conducting forensic evidence by inspection, even though different actions are undertaken during each of them[15].

The phase of preliminary inspection begins after the decision on the need to conduct the evidence by inspection of the scene of event[16] and it is characterised by many preliminary activities connected with the reaction to the event, particularly with the recognition of the nature of the event, and the preparation for conducting a detailed inspection, e.g. by assigning tasks to the persons participating in the inspection, and when it is necessary to call experts to the scene of the event[17].

The phase of detailed forensic inspection is divided into static and dynamic phases[18]. The objective of the static phase is to attempt the most accurate preservation of the situation found at the scene of the event with the mobility of members of the examining team kept to a minimum[19].

The dynamic phase is connected with the natural effects of the active work which consists in the thorough, planned, and systematic research of each trace or location by using forensic versions[20].

The final phase of inspection is – above all – the mental phase, involving the review and verification of the arrangements by using forensic versions, with the possibility of an attempt to complement the dynamic phase[21].

---

[14] W. Kędzierski, *Forensic techniques…, op. cit.,* p. 97 .

[15] S. Pikulski, *Jealousy killing,* Warszawa 1990, p. 409-410 [in Polish], J. Mazepa, (ed.), *Vademecum…, op. cit.,* p. 22 .

[16] S. Pikulski, *Jealousy killing…, op. cit.,* p. 409 [in Polish]; E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Forensic science…, op. cit.,* p. 212-213. [in Polish]

[17] J. Mazepa, (ed.), *Vademecum…, op. cit.,* p. 23 .

[18] S. Pikulski, *Jealousy killing…, op. cit.,* p. 409 [in Polish]; K. Sławik, *Forensic science in relation to criminal trials, criminology and victimology*, Szczecin 2003, p. 90 [in Polish]

[19] K. Sławik, *Forensic science in relation to criminal trials, criminology and victimology*, Szczecin 2003, p. 192 [in Polish]

[20] W. Kędzierski, *Forensic techniques…, op. cit.,* p. 97 [in Polish], T. Hanausek, *Forensic science,* Warsaw 2009, p. 87 .

[21] T. Hanausek, *Forensic science…,* op. cit., p. 87 .

The above phases of conducting the forensic inspection should be clearly distinguished in the protocol of inspection.

In the course of analysing the results of the author's own research involving 110 inspections, it was found that the separation into phases of forensic inspection in the studied protocols was performed in 52 inspection of places, whereas in 58 inspections this recommendation of forensic tactics was not followed. In the protocols of the forensic inspection of corpses, the divisions into the aforementioned phases were applied in 12 inspections whereas it was not done so in 8 inspections. The protocols describing the bodily inspection of persons and inspections of things did not show the separation into the phases of forensic inspection.

To sum up, it should be postulated that the leader of the examining team should always pay attention to ensure that the division of forensic inspection into three phases is described in each protocol, as it counts as an important check on the correct performance of this action.

The principle of individual nature of conducting forensic evidence by inspections is an essential principle connected with the principle of non-repeatability of this action. In the light of this principle it is necessary to approach each inspection taking into account its object and the actions performed. It should be noted that even though different events have the same group features (e.g. type of event, kind of room, number of perpetrators, modus operandi), each of them is an individual situation. Practice shows that there is no possibility of ideal repetitions of the same inspections[22].

The Polish forensic literature states the non-repeatability of a bodily inspection of a person, and abduction and exhumation of a corpse[23]. One should agree with the prevailing opinion on the non-repeatability of site inspections[24] and the repeatability of the inspection of a thing[25] . The most important factors in observing this principle include proper security when conducting the forensic evidence by inspection, keeping to the schedule of work, and avoiding contamination[26].

---

[22] W. Kędzierski, *Forensic techniques…, op. cit.,* p. 98 [in Polish]

[23] J. Gurgul, *Personal aspects of inspection, particularly of scene of crime and corpses* (in:) M. Lisiecki, M. Zajder (eds), *Procedural-forensic actions in conducting evidence*, Szczytno 2003, p. 61 .

[24] K. Juszka, *Prospects for improvements in the system for detecting perpetrators of offenses*, "*Prokuratura i Prawo" 2009*, No. 7-8, p. 220 [in Polish]; E. Żywucka-Kozłowska, K. Juszka, *Some remarks about the importance of corpse inspection at the place of its discovery.*, "Problemy Współczesnej Kryminalistyki" 2003, vol. VII, part I, p. 249 .

[25] T. Hanausek, *Forensic science…,* op. cit., p. 130 .

[26] K. Juszka, *Quality of forensic procedures…*, op. cit., p. 55 .

Polish forensic tactics accepts two types of complementary inspection. The first type is connected with the necessity to consciously discontinue the inspection under way for reasons independent of the inspection team performing this procedure. The examples of such circumstances include time of day (e.g. night) of atmospheric conditions (e.g. fog, precipitation). The tactical consequences of such a discontinuation of an inspection is securing the place in a proper manner to allow renewed action of conducting forensic evidence by inspections in better conditions.

The decision to undertake the second type of complementary inspection is taken at the last phase of inspection, immediately after the completion of all actions included in the range of inspection, prior to the decision to leave the place. The decision is taken, for example, as a result of the omission of traces. As a consequence, it is admissible to go through all phases of conducting evidence by inspection, with an obligatory note of the performance of such inspection and description of its course in the protocol of inspection.

To perform repeated inspections contradicts the Polish forensic tactics. Unlike a complementary inspection, a repeat inspection occurs when the inspection team is not aware that its inspection has been discontinued, treating it as complete. After a certain time, as a result of a repeat analysis of the protocol of inspection, the decision of discontinuation occurs to be incorrect. As a consequence, the inspection team has to return to the place of the inspection in question, and comprehensively reveal and secure forensic traces. The results of such an inspection should take into account the change in atmospheric conditions and the possibility of prior or current contamination.

In the author's own studies of 90 cases, it was noted that the complementary inspection was conducted in 17 out of 110 inspections of sites, in 2 out of 20 inspections of corpses, in 20 out of 92 inspections of things, whereas in all 29 bodily inspections of persons, this kind of repeat procedure was not performed.

The analysis of the results of the author's own research indicates that a repeat inspection was performed after conducting 15 proper inspections, and 95 proper inspections were not repeated. The repeat inspection of corpses was performed in 2 cases of proper inspections of corpses, whereas after 18 proper inspections of corpses no repeat procedure was applied. In inspections of persons and things no repeat procedures were performed.

Considering the above, it should be postulated that in each case a detailed analysis of the performance of inspection should be made during the final phase of conducting it.

The last group of principles discussed in this paper is associated with the principle that pertains to the obligation to record everything in writing, requiring

that the record of all actions in the course of conducting evidence by inspection be documented in the form of protocol. The principles of drafting a protocol were formulated on the basis of provisions of the Penal code, and of forensic practice[27]. The difficulty in preparing a protocol are associated e.g. with the necessity to describe in detail each trace, because in the course of inspection one may not be sure which detail will be of importance in a given case[28].

The first principle in this group requires that each part of the action be systematically and legibly recorded at the time of its performance. Therefore, it goes against the forensic tactics to write the protocol of inspection after the procedure is completed, most often later at the police station[29].

In writing the protocol, attention should be paid to the objectivity of the description which is achieved by editing it in the present tense and using the impersonal form[30].

The next principle regarding writing is a connected postulate that the inspection team leader should monitor the comprehensive record of the state of a place as found, in order to allow the subsequent reconstruction of the course of inspection. As a consequence, the objective of this principle is to avoid suggestions from conclusions arrived at by participants in the inspection, or by third parties[31].

An important principle for writing the inspection protocol is the necessity to present synthetic descriptions using unambiguous concepts and nomenclature. In this respect, specialist literature containing collection of names of things and traces occurring at scenes of events, can be very helpful[32].

Another essential principle for writing a protocol is to preserve in it the tactical sequence of actions undertaken by the participants of an inspection, irrespective of their final result[33].

---

[27] T. Hanausek, *Forensic science…,* op. cit., p. 222-224 [in Polish]; S. Pikulski, *Fundamental issues of forensic tactics,* Białystok 1997, p. 94-95 [in Polish]; E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Forensic science…, op. cit.,* p. 229 .

[28] K. Juszka, *The principles for documenting an inspection*, "Przegląd Policyjny" 2009, nr 4, p. 48[in Polish].

[29] E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Forensic science…, op. cit.,* p. 229 [in Polish]; J. Mazepa, (ed.), *Vademecum…, op. cit.,* p. 46 .

[30] E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Forensic science…, op. cit.,* p. 229 [in Polish]

[31] Ibidem, p. 229, K. Juszka, *The principles…, op.cit.,* p. 48[in Polish]

[32] E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Forensic science…, op. cit.,* p. 229 [in Polish]; M. Goc, J. Kasprzak, *The nomenclature of subjects of inspections*, Legionowo 1997, [in Polish]; Z. Kegel, *The concept of a document in legislation, science and practice of criminal law*, „Problemy Kryminalistyki" 1967, nr 65, p. 40-41 [in Polish]; T. Hanausek, *Forensic science…,* op. cit., p. 223 [in Polish]

[33] E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Forensic science…, op. cit.,* p. 229-230 [in Polish]; T. Hanausek, *Forensic science…,* op. cit., p. 223 .

Yet another principle is the legal possibility of using audio and video recording devices in the course of conducting evidence by inspection. The professional literature highlights the requirement of synchronising information recorded by using these devices with the contents of the protocol. Observing the requirement of synchronisation allows the courts to admit these records in the further course of proceedings[34].

The last principle is the necessity of reading out the protocol of inspection after the action is over, and signing it both by the leader of the inspection team, as well as by all its participants on each sheet of the protocol[35].

The author's own research on the observance of the principle of keeping written form in practice, pertained to two principles in this group: applying the correct nomenclature and the obligation to sign each sheet of the protocol by each participant of the inspection.

The author's own research of 90 inspections of the scene of killing indicated that the correct nomenclature was applied in 44 inspections, whereas in 66 inspections the correct nomenclature was not used. In 14 protocols of bodily inspections of persons, this action was described with the use of the correct nomenclature, whereas in 15 protocols of these inspections no attention was paid to it. Among the protocols of inspections of corpses covered in this study, in 16 of these protocols the correct nomenclature was used, whereas in 4 protocols it was not used. During the writing of 57 protocols of inspections of things, the correct nomenclature was used, whereas in the remaining 35 protocols a number of mistakes were made in this respect.

In view of the above, it should be postulated that each time the professional nomenclature should be in the description of the procedural and forensic action discussed in this paper.

The tactical principle regarding the signing of each sheet of the protocol of the inspection of the site was applied in 83 inspections, whereas in 17 inspections there were some shortcomings in this respect. In 13 inspections of corpses, each sheet of the protocol was signed, whereas in 7 protocols not all signatures were found. This rule was applied correctly in 23 protocols of the inspection of a person, whereas in 6 such protocols not all signatures were made in the

---

[34] E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Forensic science…, op. cit.,* p. 229 [in Polish]; K. Juszka, *3D scanning applied to implementing the principles of conducting forensic evidence by inspection* (in:) E. Gruza (ed.), *Faces of contemporary forensic science. A jubilee book of Professor Hubert Kołecki,* Warszawa 2013, p. 117-122 [in Polish]; K. Juszka, *The principles…, op. cit.,* p. 48[in Polish]. K. Juszka, *The effectiveness of conducting forensic evidence by inspection* (in:) I. Sepioło (ed.), *An interdisciplinary approach to research in penal sciences*, Warszawa 2012, p. 386 .

[35] E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Forensic science…, op. cit.,* p. 230 [in Polish]

attached protocol. On 79 sheets of the protocols of the inspections of things all the required signatures were placed, whereas 13 out of these were not signed by all the participants of the inspection. In connection with the above, the ongoing monitoring carried out by the person directing the inspection should also be postulated with regard to the tactical requirement of signing each sheet of the protocol of inspection.

IV. Summary of the results of studies of court files

The principles for conducting inspections guarantee the tactical correctness of these actions and, as a result, the high detection levels of perpetrators of killings. The research issues presented in this paper pertaining to the observance of the discussed principles, together with taking into account the postulates *de lege ferenda* will strengthen the position of conducting the evidence by inspection as the most important procedural and forensic action.

Bibliografia

Goc M., Kasprzak J., *The nomenclature of subjects of inspections*, Legionowo 1997.

Gruza E., Goc M., Moszczyński J., *Forensic science – a book on the methods of investigation*, Warsaw 2008.

Gurgul J., *Personal aspects of inspection, particularly of scene of crime and corpses* (in:) M. Lisiecki, M. Zajder (eds), *Procedural-forensic actions in conducting evidence*, Szczytno 2003.

Hanausek T., *Forensic science,* Warsaw 2009.

Hanausek T., *Forensic science,* Warsaw 2009.

Innes B., *Bodies of evidence. Methods for detecting crimes,* Warszawa 2001.

Juszka K., *3D scanning applied to implementing the principles of conducting forensic evidence by inspection* (in:) E. Gruza (ed.), *Faces of contemporary forensic science. A jubilee book of Professor Hubert Kołecki,* Warszawa 2013.

Juszka K., *Prospects for improvements in the system for detecting perpetrators of offenses*, "*Prokuratura i Prawo" 2009*, No. 7-8.

Juszka K., *Quality of forensic procedures*, Lublin 2007.

Juszka K., *The effectiveness of conducting forensic evidence by inspection* (in:) I. Sepioło (ed.), *An interdisciplinary approach to research in penal sciences*, Warszawa 2012.

Juszka K., *The principles for documenting an inspection*, "Przegląd Policyjny" 2009, nr 4.

Kegel Z., *The concept of a document in legislation, science and practice of criminal law*, „Problemy Kryminalistyki" 1967, nr 65.

Kędzierski W., *Forensic techniques*, vol. 1, Szczytno 2007.

Mazepa J., (ed.), *Vademecum for forensic technicians.* Warszawa. 2008.

Pikulski S., *Fundamental issues of forensic tactics,* Białystok 1997.

Pikulski S., *Jealousy killing,* Warszawa 1990.

Sławik K., *Forensic science in relation to criminal trials, criminology and victimology*, Szczecin 2003.

Zasępa R., *Multiple stage sampling*, Warsaw 1972.

Żywucka-Kozłowska E., Juszka K., *Inspection of the site of a plane crash. Selected issues of identification of victims*, Zielona Góra. http://www.zielona-gora.po.gov.pl/esi-admin/upload/lektury_elektroniczne/ogledziny-miejsca-katastrofy-lotniczej.pdf (electronic publication of Prokuratura Okręgowa w Zielonej Górze, 2012), p. 2.

Żywucka-Kozłowska E., Juszka K., *Some remarks about the importance of corpse inspection at the place of its discovery.*, "Problemy Współczesnej Kryminalistyki" 2003, vol. VII, part I.

Streszczenie

Celem artykułu jest przedstawienie wyników badań własnych 90 spraw sądowych i prokuratorskich w których przeprowadzono oględziny w sprawach o zabójstwa. Prezentacja problematyki badawczej oględzin zostanie poddana analizie z punktu widzenia realizacji zasad przeprowadzania tej czynności.

SŁOWA KLUCZOWE: oględziny, efektywność, process wykrywczy, wyniki badań własnych, miejsce zdarzenia

Summary

The objective of this study is to present the results of the author's own research of 90 court and inquisitorial cases in which inspections were conducted in killing cases. The presentation of the research issues will be analysed from the viewpoint of implementing the rules for conducting these procedures.

KEY WORDS: inspection, effectiveness, detection process, research results, scene of an event.

Autor

Kazimiera Juszka - dr hab. Instytut Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Pedagogica zny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie.

Karol Juszka – dr., Instytut Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie.

Małgorzata Szydło-Kalinka

Nadzór kuratora sądowego jako jedno z możliwych zarządzeń sądu opiekuńczego

Supervision of a probation officer as one of the possible orders of the guardianship court

1. Uwagi wstępne

Zagadnienie dotyczące ingerencji sądu opiekuńczego w wykonywanie władzy rodzicielskiej ma szczególne znaczenie z uwagi na to, że rodzina jest podstawową komórką społeczną a obecnie można zaobserwować ciągle zwiększającą się liczbę spraw rodzinnych.

W sytuacjach w których dobro dziecka jest zagrożone, sąd może wybrać spośród zarządzeń wymienionych w treści art. 109 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[1]. Celem niniejszego artykułu jest zatem przybliżenie jednego z najczęściej orzekanych zarządzeń opiekuńczych sądu rodzinnego w postaci nadzoru kuratora. Przedstawiona zostanie instytucja ograniczenia władzy rodzicielskiej, przyczyny takiego rozstrzygnięcia oraz zostanie scharakteryzowana postać kuratora sądowego i jego rola w nadzorze nad wykonywaniem władzy rodzicielskiej.

[1] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Dz.U. 2017, nr 682 j.t., dalej jako k.r.o.

2. Ograniczenie władzy rodzicielskiej jako jedno z rozstrzygnięć sądu opiekuńczego

2.1. Krótka charakterystyka instytucji władzy rodzicielskiej

Władza[2] rodzicielska zgodnie z treścią art. 92 i 93 k.r.o., przysługuje obojgu rodzicom aż do osiągnięcia przez dziecko pełnoletności[3]. Wobec braku ustawowej definicji „władzy rodzicielskiej" przyjmuje się, że są to obowiązki i uprawnienia rodziców względem dzieci[4]. Natomiast przez treść władzy rodzicielskiej należy rozumieć: pieczę nad osobą dziecka, przedstawicielstwo oraz zarząd majątkiem dziecka. Zgodnie z dyspozycją z art. 96 § 1 k.r.o. - „rodzice wychowują dziecko pozostające pod ich władzą rodzicielską i kierują nim. Obowiązani są troszczyć się o fizyczny i duchowy rozwój dziecka i przygotować je należycie do pracy dla

---

[2] „Władza" oznacza rządzenie, oddziaływanie na kogoś. Pojęcie to kojarzy się również z „czynnościami władczymi, z urzędem", a także ma zabarwienie polityczno-prawne. Termin „władza rodzicielska" podkreśla autorytet rodziców ale i również niesie za sobą względy tradycji. Władza rodzicielska przeszła ewolucje nie tylko w zakresie nazewnictwa ale i również poprzez kontekst społeczny, prawny i kulturowy. Wywodząca się z prawa rzymskiego „*patria potestas*" wiązała się nieodłącznie z „*ius vitae et necis*". Chodziło tutaj o nieograniczoną władzę ojca nad całą rodziną. We współczesnych czasach jednak trudno mówić o władzy rodzicielskiej w tym kontekście. Wynika to ze zmiany stosunków w rodzinie a co za tym idzie zmiany stosunków społecznych. Wspomnieć należy również o koncepcji zmiany pojęcia „władza" na „piecze rodzicielską". H. Dolecki, *Ingerencja w sprawowanie władzy rodzicielskiej*, Warszawa 1983, s. 23-24; Tenże, *Władza czy piecza rodzicielska*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" (1979), Prawo LXXIV, s. 88 i n.; A. Łapiński, *Ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Warszawa 1975, s. 19-23; W. Stojanowska, *Władza rodzicielska*, Warszawa 1988, s. 6.

[3] Okres pełnoletności na ogół nie budzi wątpliwości. Co do zasady, obejmuje czas do ukończenia przez dziecko 18 roku życia. Wyjątkiem jest sytuacja, w której kobieta zawiera związek małżeński za zezwoleniem sądu opiekuńczego, której nie traci w razie unieważnienia małżeństwa. Władza rodzicielska nie może być przedłużona. Z kolei jeżeli mowa o powstaniu władzy rodzicielskiej, jest to chwila od urodzenia się dziecka. Jednakże słusznie można spotkać z poglądami na temat wcześniejszego powstania władzy rodzicielskiej. H. Dolecki stwierdza, że wobec dziecka nie urodzonego „nie może być realizowany podstawowy obowiązek rodziców, jakim jest wychowanie dziecka", gdyż w przypadkach ochrony praw *nasciturusa* powołuje się kuratora (art. 182 k.r.o.). H. Dolecki, *Ingerencja...*, s. 30.

[4] Por. art 95 k.r.o.; H. Dolecki, *Ingerencja...*, s. 26-27; A. Łapiński, *dz. cyt.*, Warszawa 1975, s. 23. Podobnie pojęcie władzy rodzicielskiej definiuje orzecznictwo. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dn. 5.05.2000 r., II CKN 761/00, LEX nr 51982: „Władza rodzicielska, jak to wynika z całokształtu przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a zwłaszcza art. 95 § 1, art. 96 i art. 98 § 1, stanowi ogół obowiązków i praw względem dziecka mających na celu zapewnienie mu należytej pieczy i strzeżenie jego interesów". Z kolei, w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dn. 8.03.2006 r., III CZP 98/05, OSNC 2006/10, poz. 158: „Władza rodzicielska, ze względu na swój charakter, wykazuje jako prawo podmiotowe szczególne cechy. Jej zasadniczą właściwość stanowi to, że jej atrybuty są zarazem obowiązkiem rodziców, podstawowym zaś celem jest funkcja ochronna względem dziecka".

dobra społeczeństwa odpowiednio do jego uzdolnień". Zatem słusznie należy stwierdzić, że piecza rodzicielska, jest najważniejszym obowiązkiem rodziców względem dziecka[5]. H. Dolecki określa mianem „pieczy nad osobą dziecka": „stałą troskę o dziecko obejmującą zapewnienie mu odpowiednich warunków życia oraz ochronę przed niekorzystnymi i niebezpiecznymi wpływami innych osób i otoczenia"[6]. Potrzeba opieki niewątpliwie wynika z tego, że dziecko ze względu na swoją słabość fizyczną i niedojrzałość jest bardziej podatne i narażone na wpływy zewnętrzne[7]. Z kolei „piecza nad majątkiem dziecka", oznacza zobowiązanie rodziców do należytej staranności wobec dbałości o majątek dziecka[8]. Zaznaczyć należy, że czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu wymagają zezwolenia sądu opiekuńczego. Z kolei kwestia reprezentacji dziecka jest unormowana w treści art. 98 k.r.o., zgodnie to z którym to „rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską".

2.2. Istota zarządzeń opiekuńczych z art. 109 k.r.o.

Słuszność przepisów o ingerencji sądu opiekuńczego w wykonywanie władzy rodzicielskiej nie budzi wątpliwości[9]. Prawna ochrona rodziny ma na celu zapewnienie odpowiedniego jej funkcjonowania, a także zapobieganie wszelkim nieprawidłowościom i opiekę nad najmłodszymi. Jednakże w przypadkach gdy dobro dziecka jest zagrożone, sąd może wydać jedno z rozstrzygnięć: pozbawić władzy rodzicielskiej jednego albo obydwojga rodziców (art. 111 k.r.o), zawiesić jej wykonywanie (art. 110 k.r.o.) albo ograniczyć sprawowanie władzy rodzicielskiej (109 k.r.o).

W kontekście niniejszego artykułu zostanie przedstawiona tematyka ograniczenia władzy rodzicielskiej. Istotą tej instytucji jest to, że rodzice (rodzic) mogą wykonywać władzę rodzicielską jednakże z pewnymi obostrzeniami, które mają na celu zapewnić prawidłowe funkcjonowanie w rodzinie a także zapewnić jej bezpieczeństwo. Ograniczenie władzy rodzicielskiej od jej zawieszenia albo pozbawienia odróżnia to, że nie jest „środkiem o jednolitej strukturze i jednoznacznych

---

[5] H. Dolecki, *Ingerencja...*, s. 27.

[6] Tamże, s. 27.

[7] Tamże, s. 27.

[8] Zob. art. 101 k.r.o.

[9] Zgodnie z treścią art. 568 § 1 ustawy z dn. 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2018, poz. 155 j.t.) sądem opiekuńczym jest sąd rodzinny. Sądem wyłącznie właściwym do rozpoznania sprawy o pozbawienie lub ograniczenie władzy rodzicielskiej jest sąd opiekuńczy miejsca zamieszkania lub pobytu dziecka. Uchwała Sądu Najwyższego z dn. 21.11.1968 r., III CZP 105/67, OSNC 1968, nr 10, poz. 162.

konsekwencjach, zarządzenia ograniczające władze rodzicielską są środkami o dużym stopniu zróżnicowania i to w wielu aspektach"[10]. Mówiąc o „odpowiednich zarządzeniach" sądu opiekuńczego należy mieć na uwadze to, że sąd musi właściwie rozstrzygnąć tzn. że orzeczenie nie może być zbyt „drastyczne" ze względu na dobro rodziny. Zarządzenia takie mają trwały albo doraźny charakter[11]. Z kolei nie mają one charakteru nieodwracalnego ani penalnego[12].

2.3. Przyczyny ograniczenia władzy rodzicielskiej

Jak już wspomniano, ustawową przesłanką do wydania zarządzeń opiekuńczych jest „zagrożenie dobra dziecka"[13]. Przez „dobro dziecka" które jest naczelną zasadą prawa rodzinnego[14], należy rozumieć „kompleks wartości o charakterze niematerialnym i materialnym niezbędnych do zapewnienia prawidłowego rozwoju fizycznego i duchowego dziecka oraz do należytego przygotowania go do pracy odpowiednio do jego uzdolnień, przy czym wartości te są zdeterminowane przez wiele różnorodnych czynników, których struktura zależy od treści stosowanej normy prawnej i konkretnej, aktualnie istniejącej sytuacji dziecka, zakładając zbieżność tak pojętego dobra dziecka z interesem społecznym"[15]. Są to więc wszelkie sytuacje, które mają negatywny wpływ na prawidłowy rozwój psychofizyczny oraz duchowy dziecka, a także zagrożenie jego interesów majątkowych i niemajątkowych[16]. Wobec braku ustawowej definicji „dobra dziecka",

---

[10] A. Łapiński, *dz. cyt.*, s. 56.

[11] T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2012, s. 243. Zauważyć należy, że zarządzenia opiekuńcze wymienione w treści art. 109 k.r.o. mają charakter jedynie przykładowy. Sąd może wydać inne zarządzenie jeżeli wymaga tego dobra dziecka i określona sytuacja. Taki pogląd reprezentuje: A. Łapiński, *dz. cyt.*, s. 55-56.

[12] Interesujące jest również postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 27.10.1997 r., III CKN 321/97, LEX nr 236525: „Ograniczenie władzy rodzicielskiej następuje w sytuacji zagrożenia dobra dziecka. Pozostaje bez znaczenia okoliczność, czy zagrożenie to zostało spowodowane niewłaściwym (w sensie pejoratywnym) postępowaniem rodziców, ich nieudolnością, czy też mylnym wyobrażeniem o tym, czego wymaga dobro dziecka. Nieistotne jest także, czy zachowanie się rodziców jest zawinione. Zarządzenia dopuszczalne na podstawie art. 109 k.r.o. nie stanowią represji w odniesieniu do rodziców, lecz środek ochrony zagrożonego dobra dziecka".

[13] Zob. art. 109 k.r.o.

[14] H. Dolecki, *Ingerencja...*, s. 37; W. Stojanowska, *Dobro dziecka w aspekcie sprawowanej nad nim władzy rodzicielskiej*, „Studia nad Rodziną UKSW" (2000) nr 1(6), s. 55 i n.

[15] W. Stojanowska, *Władza rodzicielska*, Warszawa 1988, s. 7-8.

[16] K. Gromek, *Komentarz do art. 109 k.r.o.*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2016, wyd. 5, s. 3, Legalis nr 1117562.

w przypadkach orzekania przez sądy pozostawiona jest pewna swoboda decyzyjna sędziom w ocenie tego, czy można mówić o jego zagrożeniu[17].

„Dobro dziecka" jest również niewątpliwie zagrożone w przypadku nieprawidłowego wykonywania władzy rodzicielskiej. Chodzi tu o następujące sytuacje – kary cielesne, brak należytej opieki albo brak opieki w ogóle nad dzieckiem, brak zainteresowania dzieckiem[18]. Nie tylko samo zagrożenie „dobro dziecka" jest przyczyną ograniczenia władzy rodzicielskiej, ale i również „brak wspólności domowej dziecka z obojgiem rodziców, a zwłaszcza konflikt między nimi, uzasadnia jakby prewencyjną interwencję ustawodawcy"[19]. Chodzi tutaj o pewną formę profilaktycznego działania, które ma na celu zapobiec dalszym naruszeniom a także spowodować polepszenie sytuacji w rodzinie.

Jeżeli zaś mowa o przyczynach ograniczenia władzy rodzicielskiej to należy wymienić np. przestępczość, nieporadność, przerzucanie pieczy nad dzieckiem na osoby trzecie, przewlekła choroba[20], brak w ogóle opieki nad dzieckiem, stosowanie kar cielesnych. Pośród przesłanek wszczęcia postępowania opiekuńczego, na pierwszy plan jednak wysuwa się demoralizacja rodziców (co często ma związek z niską wydolnością wychowawczą) oraz przemoc wobec dzieci lub drugiego małżonka[21]. Drugim częstym powodem ograniczenia władzy rodzicielskiej jest alkoholizm rodziców, szczególnie ojca dziecka. Taki wniosek nasuwa się z dostępnej literatury prawniczej i socjologicznej. Tytułem przykładu należy przybliżyć publikacje H. Doleckiego[22], M. Safjana[23], M. Heine[24], I. Długoszewskiej[25], A. Łapińskiego[26], Z.

---

[17] W. Stojanowska, *Dobro...,* s. 62-63; H. Dolecki, *Ingerencja...*, s. 38; A. Kiliańska, *Ograniczenie władzy rodzicielskiej*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny" (2012), nr 18, s. 27.

[18] A. Łapiński, *dz. cyt.*, s. 61-61. Autor ten dokonuje również podziału na przyczyny bezpośrednie i pośrednie ograniczenia władzy rodzicielskiej, opierając się w swoich rozważaniach na wnioskach z przeprowadzonych przez niego badań aktowych. Mówi także o sytuacjach, które mogą usprawiedliwiać zachowanie rodziców, a w których są oni zmuszeni do korzystania z pomocy innych osób. W tej mierze zwraca na różnicę pomiędzy niewłaściwym wykonywaniem władzy rodzicielskiej a innymi obiektowymi przyczynami np. chorobą. Nie zawsze zatem przerzucanie odpowiedzialności i opieki nad dziećmi przez rodziców na inne osoby będzie przyczyną do ograniczenia tej władzy rodzicielskiej. A. Łapiński, *dz. cyt.*, s. 63.

[19] T. Smyczyński, *dz. cyt.*, s. 242.

[20] H. Dolecki, *Ingerencja...*, s. 45 i n.; A. Łapiński, *dz. cyt.*, s. 62.

[21] Sformułowano na podstawie badań: Z. Mańka, *Władza rodzicielska*· Warszawa 1978, s. 49-50; A. Łapińskiego, *Ograniczenia...*, s. 55-67.

[22] H. Dolecki, *Ingerencja...,* s. 62.

[23] M. Safjan, *Instytucja rodzin zastępczych. Problemy prawno-organizacyjne*, Warszawa 1982, s. 39.

[24] M. Heine, *Pedagogiczne następstwa ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Wrocław 1991, s. 18.

[25] I. Długoszewska, *Przesłanki oraz skutki ograniczenia i pozbawienia władzy rodzicielskiej*, Warszawa 2012, s. 25.

[26] A. Łapiński, *dz. cyt.*, s. 64.

Mańka[27], M. Ochmańskiego[28]. Mowa tutaj również o sytuacjach, kiedy to trudności w sprawowaniu władzy rodzicielskiej są też niezawinione[29]. Inicjatorami wszczęcia postępowania o ograniczenie władzy rodzicielskiej są najczęściej instytucje takie jak Policja, szkoła, opieka społeczna[30] a także w niektórych przypadkach postępowanie podejmowane jest przez sąd z urzędu.

Mówiąc o przyczynach ograniczenia władzy rodzicielskiej, nie w sposób pominąć dyskusji o tym, czy słusznym stanie się wydanie zarządzeń opiekuńczych z powodu zaniedbania przez rodziców szczepień ochronnych dziecka[31]. Istotnym w mierze zdaje się odpowiedź na pytanie - czy odmowa rodziców jest sprzeczna z dobrem dziecka. Skoro więc co do zasady, rodzice kierują się dobrem dziecka, to czy w takiej sytuacji postępują odpowiednio w trosce o jego zdrowie. Drugą kwestią staje się to czy dziecko nie zaszczepione staje się „niebezpieczne" dla innych. Trafnym zdaje się być pogląd, iż nie poddanie dziecka szczepieniom (oprócz rzecz jasna przeciwwskazań medycznych) jest narażaniem jego zdrowia na niebezpieczeństwo a co za tym idzie narusza jego dobra, ale i również społeczne. Słusznym więc, staje się ingerencja sądu opiekuńczego we władzę rodzicielską w trybie z art. 109 k.r.o., a więc m.in. poddanie wykonywania władzy rodzicielskiej nadzorowi kuratora sądowego[32]. Środek ten w tej sytuacji wydaje

---

[27] Z. Mańk, dz. cyt., s. 60.

[28] M. Ochmański, *Alkoholizm ojców a sytuacja rodzinna i szkolna dzieci*, Lublin 1997, s. 326.

[29] „Wydane przez sąd opiekuńczy zarządzenie poddania kontroli kuratora sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej zmierza do usunięcia wszelkiego rodzaju zagrożeń dobra dziecka bez względu na to, czy trudności w wykonywaniu władzy rodzicielskiej są przez rodziców zawinione". Postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 10.01.2000 r., III CKN 1126/99, LEX nr 51573.

[30] A. Prusinowska-Marek, *Skuteczność i celowość prowadzenia długoletnich nadzorów wykonywanych przez kuratorską służbę sądową w sprawach opiekuńczych*, „Prawo w działaniu" (2017), nr 29, s. 9; H. Dolecki, *Ingerencja...*, s. 92; I. Długoszewska, *dz. cyt.*, s. 26.

[31] Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dn. 8.01.2016 r., V KK 306/15, Lex nr 1963649: „Obowiązek rodziców poddania dziecka obowiązkowym szczepieniom ochronnym jest obowiązkiem prawnym, od którego uwolnić mogą jedynie konkretne przeciwwskazania lekarskie do szczepienia. (...)Wynikający z przepisów obowiązek poddania dziecka szczepieniu ochronnemu jest bezpośrednio wykonalny. Jego niedochowanie aktualizuje obowiązek wszczęcia postępowania egzekucyjnego, którego zamierzonym rezultatem ma być poddanie dziecka szczepieniu ochronnemu. Zaniechanie poddania się obowiązkowemu szczepieniu, mimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej rodzi odpowiedzialność karno-administracyjną przewidzianą w art. 115 § 1 k.w. (Ustawa z dn. 20.05.1971 r., *Kodeks wykroczeń*, Dz.U. 2018, poz. 79, j.t., dalej jako k.w.) Tej samej odpowiedzialności podlega też ten, kto sprawując pieczę nad osobą małoletnią lub bezradną, pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej, nie poddaje jej określonemu szczepieniu ochronnemu (art. 115 § 2 k.w.)".

[32] J. Kosonoga-Zygmunt, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2016 r.*, V KK 306/15, „Prokuratura i Prawo" (2016), nr 11, s. 177.

się być najmniej dolegliwym spośród katalogu wymienionego w art. 109 k.r.o. albo od pozbawienia władzy rodzicielskiej[33].

Kolejnym kontrowersyjnym tematem do dyskusji o zagrożeniu dobru dziecka jest to czy wykonanie tatuażu na ciele małoletniego może spowodować naruszenie jego dobra, a tym samym stanowiłoby przesłankę do ograniczenia władzy rodzicielskiej. Słusznym w tej mierze zdaje się być pogląd, że wykonanie tatuażu małemu dziecku powinno spotkać się z ingerencją sądu opiekuńczego ramach art. 109 k.r.o., gdyż rodzice, zawierając umowę w tym zakresie, naruszają zasadę dobra dziecka[34]. Jednakże jest to tematyka bardzo rozległa i wykraczająca poza ramy niniejszego artykułu.

2.4. Przykłady zarządzeń opiekuńczych

Sąd w wyżej wymienionych sytuacjach, może wydać zarządzenia opiekuńcze takie jak np.[35]: „może zobowiązać rodziców oraz małoletniego do określonego postępowania, w szczególności do pracy z asystentem rodziny, realizowania innych form pracy z rodziną, skierować małoletniego do placówki wsparcia dziennego, określonych w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej lub skierować rodziców do placówki albo specjalisty zajmujących się terapią rodzinną, poradnictwem lub świadczących rodzinie inną stosowną pomoc z jednoczesnym wskazaniem sposobu kontroli wykonania wydanych zarządzeń; określić, jakie czynności nie mogą być przez rodziców dokonywane bez zezwolenia sądu, albo poddać rodziców innym ograniczeniom, jakim podlega opiekun; poddać wykonywanie władzy rodzicielskiej stałemu nadzorowi kuratora sądowego; skierować małoletniego do organizacji lub instytucji powołanej do przygotowania zawodowego albo do innej placówki sprawującej częściową pieczę nad dziećmi”[36].

---

[33] Tamże, s. 177-178.

[34] J. Haberko, *Umowa o wykonanie tatuażu ze szczególnym uwzględnieniem tatuażu na ciele małoletniego*, „Przegląd Sądowy” (2014), nr 9, s. 31 i n.

[35] Zauważyć należy, że art. 109 § 2 k.r.o. zawiera tylko przykładowe wyliczenie zarządzeń opiekuńczych (zob. uchwała pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 9.06.1976 r., III CZP 46/75, OSNCP 1976/9, poz. 184). Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13.09.2000 r., II CKN 1141/00, LEX nr 51969, którego teza brzmi: „Z treści art. 109 § 1 k.r.o. wynika dyrektywa profilaktycznego działania sądu nakazująca podjęcie ingerencji w sferę władzy rodzicielskiej już w razie zagrożenia dobra dziecka, by zapobiec ujemnym skutkom niewłaściwego lub nieudolnego jej sprawowania”.

[36] Zob. art. 109 k.r.o.

Wspomnieć należy również o tym, że *ex lege* ograniczenie władzy rodzicielskiej następuje w przypadku całkowitego ubezwłasnowolnienia dziecka (art. 108 k.r.o.). Rodzice nadal sprawują władzę rodzicielska jednak ulegają takim ograniczeniom jakim podlega opiekun. Z kolei piecza rodziców nad majątkiem i osobą dziecka podlega nadzorowi sądu opiekuńczego (art. 155 § 1 k.ro.). Ponadto zgodnie z treścią art. 569 § 2 kodeksu postępowania cywilnego[37], w wypadkach nagłych sąd opiekuńczy wydaje z urzędu wszelkie potrzebne zarządzenia nawet w stosunku do osób które nie podlegają jego właściwości miejscowej, zawiadamiając o tym sąd miejscowo właściwy[38]. Dzieje się tak np. w przypadku kiedy rodzice odmawiają zgody na zabieg operacyjny dziecka ze względu na transfuzję krwi.

3. Nadzór kuratora jako jedno z najczęściej stosowanych zarządzeń opiekuńczych

3.1. Istota nadzoru kuratora

Niewątpliwie najczęściej stosowanym zarządzeniem sądu opiekuńczego jest nadzór kuratora sądowego. Wniosek taki nasuwa się m.in. z prac I. Długoszewskiej[39], H. Doleckiego[40], Z. Mańka[41] a także z wielu artykułów[42]. Celem nadzoru kuratora nie jest „napiętnowanie" danej rodziny ale ukierunkowanie jej na właściwe funkcjonowanie i podjęcie profilaktycznych działań mających zapobiec patologiom. Jest to pewna forma „pomocy bezpośredniej sądu" a także służy „monitorowaniu sytuacji dziecka"[43]. Słusznym zdaje się być podgląd, że skoro

---

[37] Ustawa z dn. 17 listopada 1964 r., *Kodeks postępowania cywilnego*, Dz.U.2018.155 j.t., dalej jako k.p.c.

[38] Sąd opiekuńczy, rozstrzygając merytorycznie wniosek o wydanie zarządzenia tymczasowego w przedmiocie ograniczenia władzy rodzicielskiej, dokonanego zarządzeniem wydanym na podstawie art. 569 § 2 k.p.c., orzeka w składzie jednego sędziego i dwóch ławników (Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20.11.2008 r., III CZP 109/08, LEX nr 478178; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20.11.2008 r., III CZP 110/08, OSNC 2009, nr 5, poz. 70).

[39] Tamże, s. 26.

[40] H. Dolecki, *Ingerencja...*, s. 43.

[41] Z. Mańk, *dz. cyt.*, s. 60.

[42] A. Prusinowska-Marek, *dz. cyt.*, s. 8; A. Kiliańska, *dz. cyt.*, s. 27.

[43] Tamże, s. 8. Podobnie A. Kiliańska, *dz. cyt*, s. 27-28; T. Jedynak, *Zadania kuratorów sądowych* [w:] *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, pod red. T. Jedynaka, K. Stasiaka, Warszawa 2008, s. 69-70.

nadzór kuratora jest „wypośrodkowanym" środkiem ingerencji sądu, to jest to środek mało inwazyjny i „niezmieniający środowiska życiowego dziecka"[44].

Dla uzasadnienia powyższych twierdzeń, warto również przybliżyć statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości z których to wynika duży wpływ spraw o pozbawienie, zawieszenie i ograniczenie władzy rodzicielskiej. Tak więc, w roku 2016 r. łącznie wpłynęło do sądów spraw o pozbawienie, zawieszenie i ograniczenie władzy rodzicielskiej 38.203 z których to orzeczenia wydano w 23.579 sprawach, z tego zaledwie 565 spraw to sprawy o zawieszenie władzy rodzicielskiej, o pozbawienie 10.138 a o ograniczenie 12.876 spraw[45]. Podobnie te liczby kształtowały się w 2015 r. - wpłynęło 43.041 spraw, orzeczono w 41.140, z czego ograniczono władzę rodzicielską w 13.545 sprawach[46]. Z tego wynika, że ograniczenie władzy rodzicielskiej jest najczęściej wybieraną formą ingerencji sądu w jej wykonywanie[47].

Warto również zauważyć, że pod koniec roku 2016 w kraju funkcjonowało 99 ośrodków kuratorskich[48].

Dla porównania, w mniejszej jednostce organizacyjnej w 2016 r. tj. w obrębie Sądu Rejonowego w Tarnobrzegu było łącznie wniesionych 44 o pozbawienie, ograniczenie i zawieszenie, z czego 14 spraw to o ograniczenie władzy rodzicielskiej[49]. Jeżeli chodzi o osoby małoletnie, którym rodzicom ograniczono władzę rodzicielską w 2016 r. to było ich w liczbie 429, z których to 382 małoletnich podlegało pod nadzór kuratora[50]. Podobnie to kształtowało się w 2015 r. - 417 małoletnich którym rodzicom ograniczono władze rodzicielska, z tego 367 małoletnich pozostawało pod nadzorem kuratora sądowego. W 2016 r. w sądzie

---

[44] T. Jedynak, *Nadzór kuratora sądowego* [w:] *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, pod red. T. Jedynaka, K. Stasiaka, Warszawa 2008, s. 379,382.

[45] Na następny okres pozostało spraw 15.247. https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/ (dostęp na 30.01.2018 r.).

[46] Łączna liczba spraw o pozbawienie, zawieszenie i ograniczenie władzy rodzicielskiej – 24.746. Pozbawiono władzy rodzicielskiej w 10.675 sprawach, zawieszono w 526 sprawach. Na kolejny okres pozostało 16.997 spraw. https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/ (dostęp na 30.01.2018 r.).

[47] Zdumiewająca jest również liczba małoletnich których rodzicom ograniczono władze rodzicielską w 2016 r.- 171.904, a w 2015 r. - 184.358. Pod nadzorem kuratora w 2016 r. pozostawało 126.404 małoletnich a w 2015 r. - 135.524. https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/ (dostęp na 30.01.2018 r.).

[48] Opracowanie Komisji ds. Monitorowania Warunków Pracy, Płac i Obciążeń Obowiązkami Kuratorów Krajowej Rady Kuratorów Sądowych, *Kuratorska służba sądowa w Polsce*, s. 31, http://kurator.webd.pl/wp-content/uploads/2017/06/Opracowanie-2017.pdf (dostęp na 30.01.2018 r.).

[49] Sprawozdania statystyczne za rok 2016, http://tarnobrzeg.sr.gov.pl/content/baza-statystyczna (dostęp na 30.01.2018 r.).

[50] Podane dane dotyczą ogólnej liczby dzieci pod nadzorem kuratora, a nie tylko liczbę nadzorów objętych w danym roku.

w Tarnobrzegu było 8 zespołów kuratorskich, w tym 54 kuratorów[51]. Z kolei w 2015 r. było wniesionych 33 sprawy, z czego to 19 o pozbawienie, 1 zawieszenie, 2 ograniczenie władzy rodzicielskiej[52].

Dla porównania, we wcześniejszych latach liczby te kształtowały się podobnie. Ograniczenie władzy rodzicielskiej było najczęstszym orzeczeniem sądu opiekuńczego, a dozór kuratora był orzekany w największej ilości spraw z tego zakresu. Na potwierdzenie tego należy przybliżyć statystyki z lat 1989-1992 z rejonu Sądu w Tarnobrzegu, z których to wynika że: w 1989 r. spośród wszystkich spraw to 48 spraw o ograniczenie władzy rodzicielskiej, w tym 23 nadzorów kuratora. W 1990 r. spośród wszystkich 41 spraw o ograniczenie w tym tylko orzeczono 9 nadzorów kuratora. Natomiast w 1991 r. można wyszczególnić 44 spraw o ograniczenie w wydano 21 nadzorów kuratora. A w 1992 r. 34 spraw o ograniczenie z których to w 15 sprawach orzeczono nadzór kuratora[53].

Katalog przyczyn które uzasadniały podjęcie postępowania sądowego na przestrzeni lat co do zasady nie uległ zmianie. Wciąż są to sytuacje takie jak alkoholizm, nieporadność rodziców a co za tym idzie niedostosowanie społeczne, przypadki przemocy w rodzinie. Postępowanie podejmowało również wskutek absencji w szkole lub ucieczek z domu i problemów wychowawczych.

3.2. Zadania kuratora sądowego

Ustawa o kuratorach sądowych[54] nie przedstawia obowiązków i uprawnień kuratora, a jedynie odwołuje do stosownego rozporządzenia. Zgodnie z treścią art. 12 powołanej ustawy: „Minister Sprawiedliwości określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy sposób wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych, uwzględniając potrzebę szybkiego wykonywania orzeczeń sądu oraz zagwarantowania praw i interesów podopiecznych". Mowa tutaj o Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 12.06.2003 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych[55].

---

[51] Opracowanie Komisji ds. Monitorowania Warunków Pracy, Płac i Obciążeń Obowiązkami Kuratorów Krajowej Rady Kuratorów Sądowych, *Kuratorska służba sądowa w Polsce*, s. 37; http://kurator.webd.pl/wp-content/uploads/2017/06/Opracowanie-2017.pdf (dostęp na 30.01.2018 r.).

[52] Sprawozdania statystyczne za rok 2015, http://tarnobrzeg.sr.gov.pl/content/baza-statystyczna (dostęp na 30.01.2018 r.).

[53] Ustalono na podstawie repertoriów sądowych i zachowanych akt spraw Sądu Rejonowego w Tarnobrzegu.

[54] Ustawa z dn. 27.07.2001 r., o kuratorach sądowych, Dz.U. 2017, poz. 60, j.t.

[55] Dz.U. z 2014 r. poz. 989, j.t.

Zgodnie z treścią § 2 Rozporządzenia, powierzenie nadzoru kuratorowi powinno nastąpić bezzwłocznie, nie później niż w ciągu 14 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia, albo od dnia zwrotu akt sądowi I instancji lub od otrzymania orzeczenia do wykonania[56].

Wśród czynności podejmowanych przez kuratora należy wymienić m.in.: udzielenie podopiecznemu pomocy w organizowaniu nauki, pracy i czasu wolnego oraz w rozwiązaniu trudności życiowych, kontrolowanie zachowania podopiecznego w miejscu zamieszkania, pobytu, nauki i pracy oraz współdziałanie z organizacjami, instytucjami, stowarzyszeniami i innymi podmiotami, których celem działania jest pomoc podopiecznym[57].

Kurator rodzinny składa sądowi pierwsze sprawozdanie z objęcia nadzoru, nie później niż w ciągu 14 dni od dnia nawiązania kontaktu z podopiecznym, kolejne zaś sprawozdania z przebiegu nadzoru - na żądanie sądu lub w terminach określonych przez sąd. W sprawozdaniu z objęcia nadzoru kurator rodzinny przedstawia diagnozę środowiskową, zamierzenia resocjalizacyjne, metody prowadzenia nadzoru, warunki osobiste i bytowe podopiecznego, zadania do realizacji, prognozę resocjalizacyjną oraz podaje źródła informacji o podopiecznym. Kurator rodzinny, przeprowadzając wywiad środowiskowy, zwany dalej „wywiadem", ustala okoliczności określone przez sąd lub sędziego albo kontroluje sposób wykonywania orzeczenia przez uprawnione podmioty[58].

Ponadto zgodnie z treścią § 10 tego Rozporządzenia, kurator rodzinny któremu zlecono obecność przy kontaktach rodziców z dziećmi, ustalonych przez sąd opiekuńczy, stawia się w określonym w postanowieniu sądu terminie i miejscu i jest obecny przez cały czas trwania kontaktu, zapewniając, by kontakt ten nie trwał dłużej, niż postanowił sąd a także składa sądowi pisemną notatkę.

3.3. Istota pracy kuratora

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że kurator wykonuje wszelkie zadania związane z wykonywaniem zarządzeń sądu[59]. Obejmuje on nadzór na mocy postanowienia sądu, jest w tej mierze organem, który posiada szerokie kompetencje. Brak jednak jednolitego określenia w przepisach jaki miałby mieć cel

---

[56] § 2 Rozporządzenia. Zob. też A. Prusinowska-Marek, *dz. cyt.*, s. 10.

[57] Zob. § 3 Rozporządzenia.

[58] Zob. § 4 i § 6 Rozporządzenia.

[59] H. Haak, *Próba określenia roli kuratorów rodzinnych* [w:] *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, pod red. T. Jedynaka, K. Stasiaka, Warszawa 2008, s. 379,382.

nadzoru kuratora a także jakie działania wchodzą w zakres pojęcia „nadzór". Skoro więc nadzór prowadzi się poprzez składanie do sądu opiekuńczego m.in. sprawozdań[60], to w przypadku wykrycia wszelkich nieprawidłowości sąd ma możliwość działania[61].

Bezsprzecznie „praca kuratora sądowego z rodziną wieloproblemową, podobnie jak praca asystenta, musi być długotrwała. Wymaga wszechstronnej wiedzy na temat specyfiki problemów rodziny i sposobów wprowadzania zmian w jej funkcjonowaniu. Z doświadczeń asystentury rodzinnej wynika, że w przypadku rodzin, w których nie występują przewlekłe problemy, np. upośledzenie umysłowe, choroba psychiczna,choroba alkoholowa, optymalny czas pracy asystenta to 2–3 lata"[62]. Zgodnie z treścią art. 109 k.r.o. wykonywanie władzy rodzicielskiej jest poddane pod nadzór kuratora, a więc kurator wkracza w sferę bardzo prywatną i osobistą, w stosunki między rodzicami a dziećmi. Brak jednak uregulowania obowiązków i praw podopiecznych. Podobnie brak jest stosownych przepisów co w sytuacjach, kiedy podopieczni nie chcą współpracować albo bywają również niebezpieczni. Jedyne co kurator może zrobić w tym wypadku to poinformować sąd o braku możliwości współpracy[63].

Niewątpliwie praca kuratora opiera się na zasadach humanitarnych oraz egalitarnych[64]. Podkreśla się słuszną funkcję wychowawczą nadzoru kuratora sądowego[65]. Jest to trudna pracą z uwagi na to, że czasem kurator traktowany jest jak osoba niepożądana która wchodzi w życie rodzinne. Jeżeli brak jest świadomości swoich problemów i otwartości z strony rodziny, to praca z kuratorem jest trudna i nie będzie przynosić spodziewanych efektów[66]. W literaturze często podkreśla się, że praca kuratora polega na pracy z całą rodziną[67]. Słusznym jest twierdzenie, ze efektywność pracy kuratora zależy od tego jaką pozycje zajmuje on w danej rodzinie[68].

---

[60] Pojęcie „nadzoru" należy rozumieć nie tylko jako pewną formę kontroli ale i również opiekę nad osobami. Tak. T. Jedynak, *Nadzór...*, s. 379, 382.

[61] A. Kiliańska, *dz. cyt.*, s. 27; I. Mudrecka, *dz. cyt.*, s. 65-66.

[62] A. Prusinowska-Marek, *dz. cyt.*, s. 37.

[63] T. Jedynak, *Rola kuratora rodzinnego w postępowaniu sądowym*, s. 10: http://kurator.webd.pl/wp-content/uploads/2010/07/kurator-w-kpc-problemy-28072010.pdf (dostęp na 30.01.2018 r.).
64 [64] Z. Ostrihanska, A. Greczuszkin, *Praca z indywidualnym przypadkiem w nadzorze rodzinnego kuratora sądowego*, Lublin 2005, s. 11.

[65] Tamże, s. 27. Podobnie H. Haak, *dz. cyt.*, s. 382-383.

[66] Interesującą pozycją na temat pozycji kuratora z perspektywy nadzorowanych jest publikacja I. Mudreckiej, *Rodzinny kurator sądowy w percepcji nadzorowanych*, Opole 1997, która to porusza społeczne aspekty pracy kuratora.

[67] Tamże, s. 23.

[68] W tym względzie wyróżnia się 3 pozycje: peryferyjną, obwodową oraz osoby znaczącej. I. Mudrecka, *dz. cyt.*, s. 53 i n.

Jak już wspomniano, zamierzonym efektem pracy kuratora jest nie tylko zmniejszenie przemocy w życiu społecznym, ale ponadto ma działać profilaktycznie na oznaczoną rodzinę ale również na społeczeństwo. Praca kuratora polega na systemie kontroli danej osoby ale i również na pracy z indywidualnym przypadkiem (*casework*)[69].

W tym miejscu warto jeszcze wspomnieć o czynnościach które kurator podejmować „nie powinien". Wśród nich należy wymienić wszelkie czynności administracyjno-biurowe a także te, które są zaprzeczeniem jego ustawowych czynności. Rzeczą oczywistą jest, że następstwem pracy kuratora jest jak już wspomniano, sporządzanie sprawozdań, kart czynności oraz notatek, ale słusznie nie może prowadzić on urządzeń ewidencyjnych (tj. repertoria, zbiory wokand, wykazy itd.), podejmować czynności związanych z korespondencją. Zadania te bowiem należą do sekretariatu sądu[70]. Czynności te, bowiem powodują nie tylko nadmiar pracy kuratorów ale i również mieszanie się rol sekretarzy i kuratorów[71]. Niewątpliwie czynności podejmowane przez kuratorów wymagają nie tylko czasu (jeśli chodzi o sporządzenie sprawozdań, wywiadów), ale i również odpowiedniego przygotowania merytorycznego i pedagogicznego do wykonywanej pracy, szczególnie jeśli chodzi o osoby małoletnie.

Zakres pracy kuratorów obejmuje mir domowy, a więc sferę osobistą i prywatną stosunków między ludzkich z tego względu zatem niewystarczające jest unormowanie tych przepisów w aktach rangi „podustawowej"[72]. Uregulowałoby to pracę kuratorów a co za tym idzie - nie tylko podniosło ich rangę, status w społeczeństwie ale i również ułatwiło im prace. Jeżeli praca kuratora będzie wykonywana prawidłowo, w oparciu o trafne rozwiązania prawne to będzie przynosić większe efekty.

---

[69] K. Gromek, *Komentarz do art. 109 k.r.o.*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2016, wyd. 5, s. 4, Legalis nr 1117562. Podobnie I. Mudrecka, *dz. cyt.*, s. 65.

[70] T. Jedynak, *Zadania...,* s. 69-70. Zob. też Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003 r., *w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej*, Dz. Urz. Ministra Sprawiedliwości, nr 5, poz. 22. Zgodnie z § 4 powołanego zarządzenia: Zakres zadań sekretariatu obejmuje: wszystkie czynności związane z prowadzeniem akt spraw sądowych oraz urządzeń ewidencyjnych służących do ich rejestrowania, wykonywaniem wydanych w sprawach sądowych zarządzeń prezesa sądu, przewodniczącego wydziału, sędziów i referendarzy sądowych, protokołowaniem na rozprawach i posiedzeniach sądu, sporządzaniem sprawozdań statystycznych, a także innych czynności przewidzianych w regulaminie wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych i w przepisach szczególnych.

[71] T. Jedynak, *Zadania...,* s. 73-74.

[72] T. Jedynak, *Rola...*, s. 10-11: http://kurator.webd.pl/wp-content/uploads/2010/07/kurator--w-kpc-problemy-28072010.pdf (dostęp na 30.01.2018 r.).

4. Uwagi końcowe

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że ingerencja sądu opiekuńczego w wykonywanie władzy rodzicielskiej jest tematyką istotną i interesującą z punktu widzenia prawników, socjologów i pedagogów ale i również aktualną i wymagającą ciągłych badań w tym zakresie. Najczęstszą formą ograniczenia władzy rodzicielskiej jest nadzór kuratora – jest to zarządzenie „wypośrodkowane" nie tylko ze względu na jego umiejscowienie w akcie prawnym ale i również w ujęciu praktycznym. Jak już wspomniano kurator mimo, że sprawuje nadzór to nie jest on formą dolegliwą dla rodziny i czasami może stać się tylko biernym obserwatorem sytuacji w rodzinie, ale niekiedy może być dla tej rodziny oparciem. Mimo to jest on nie zastąpioną formą pomocy dla sądu jeżeli chodzi o wgląd w sytuację osoby małoletniej i jej rodziców.

Do współczesnych problemów z jakimi muszą się zmierzyć prawnicy należy nie tylko wzrost samych spraw ale i również pojawia się nowy katalog przyczyn które są uzasadnieniem orzekania o ograniczeniu władzy rodzicielskiej. W tym względzie, warto przemyśleć to czy nadzór kuratora jest odpowiednią oraz wystarczającą instytucją i odpowiedzią na nowe problemy rodziny. Wydawać by się mogło, że środek ten jest wyrazem powściągliwości i schematyczności sędziów. Jednak w aktualnej prawnej rzeczywistości brak jest „doskonałego" środka który by nie wpływał zbyt drastycznie na rodzinę. Idąc za słowami H. Haaka należy mieć na względzie to, że „ingerencja sądu z błahych przyczyn może przynieść więcej szkody niż pożytku"[73].

Skoro nadzór kuratora jest najczęściej wybieranym środkiem ograniczenia władzy rodzicielskiej, to warto pochylić również się nad problemem dotyczącym samych kuratorów - czy z powodu nadmiaru spraw wypełniają swoje obowiązki prawidłowo, czy nie są obciążani dodatkowo innymi czynnościami a także, czy właściwie jest unormowany ich status w obecnym systemie prawnym. Niewątpliwe jest to tematyka interesująca i wymagająca dalszych badań w tym zakresie.

Bibliografia

Akty prawne:

Ustawa z dn. 25.02.1964 r., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Dz.U. 2017, nr 682 j.t.

Ustawa z dn. 27.07.2001 r., *o kuratorach sądowych*, Dz.U. 2017, poz. 60, j.t.

Ustawa z dn. 17.11.1964 r., *Kodeks postępowania cywilnego*, Dz.U.2018.155 j.t.

[73] H. Haak, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Władza rodzicielska. Komentarz*, Toruń 1995, s. 149.

Ustawa z dn. 20.05.1971 r., *Kodeks wykroczeń*, Dz.U. 2018, poz. 79, j.t.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dn. 12.06.2003 r., *w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania uprawnień i obowiązków kuratorów sądowych*, Dz.U. z 2014 r. poz. 989, j.t.

Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z dn. 12.12.2003 r., w *sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej*, Dz. Urz. Ministra Sprawiedliwości, nr 5, poz. 22

Orzecznictwo:

Uchwała Sądu Najwyższego z dn. 21.02.1968 r., III CZP 105/67, OSNC 1968, nr 10, poz. 162

Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dn. 8.03.2006 r., III CZP 98/05, OSNC 2006/10, poz. 158

Uchwała Sądu Najwyższego z dn. 20.11.2008 r., III CZP 110/08, OSNC 2009, nr 5, poz. 70

Uchwała pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dn. 9.06.1976 r., III CZP 46/75, OSNCP 1976/9, poz. 184

Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 8.01.2016 r., V KK 306/15, LEX nr 1963649

Postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 27.10.1997 r., III CKN 321/97, LEX nr 236525

Postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 4.03.1999 r., II CKN 1106/98, LEX nr 1125073

Postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 10.01.2000 r., III CKN 1126/99, LEX nr 51573

Postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 5.05.2000 r., II CKN 761/00, LEX nr 51982

Postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 13.09.2000 r., II CKN 1141/00, LEX nr 51969

Postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 20.11.2008 r., III CZP 109/08, LEX nr 478178

Literatura:

Długoszewska I., *Przesłanki oraz skutki ograniczenia i pozbawienia władzy rodzicielskiej*, Warszawa 2012

Dolecki H., *Ingerencja w sprawowanie władzy rodzicielskiej*, Warszawa 1983

Dolecki H., *Władza czy piecza rodzicielska*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" (1979), Prawo LXXIV

Gromek K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2016, wyd. 5, s. 4, Legalis nr 1117562

Haak H., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Władza rodzicielska. Komentarz*, Toruń 1995

Haberko J., *Umowa o wykonanie tatuażu ze szczególnym uwzględnieniem tatuażu na ciele małoletniego*, „Przegląd Sądowy" (2014), nr 9

Heine M., *Pedagogiczne następstwa ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Wrocław 1991

Jedynak T., Stasiak K. (red.), *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, Warszawa 2008

Kiliańska A., *Ograniczenie władzy rodzicielskiej*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny" (2012), nr 18

Kosonoga-Zygmunt J., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2016 r.*, V KK 306/15, „Prokuratura i Prawo" (2016), nr 11

Łapiński A., *Ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Warszawa 1975

Mańk Z., *Władza rodzicielska*, Warszawa 1978

Mudrecka I., *Rodzinny kurator sądowy w percepcji nadzorowanych*, Opole 1997

Ochmański M., *Alkoholizm ojców a sytuacja rodzinna i szkolna dzieci*, Lublin 1997

Ostrihanska Z., Greczuszkin A., *Praca z indywidualnym przypadkiem w nadzorze rodzinnego kuratora sądowego*, Lublin 2005

Prusinowska-Marek A., *Skuteczność i celowość prowadzenia długoletnich nadzorów wykonywanych przez kuratorską służbę sądową w sprawach opiekuńczych*, „Prawo w działaniu" (2017), nr 29

Safjan M., *Instytucja rodzin zastępczych. Problemy prawno-organizacyjne*, Warszawa 1982

Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2012

Stojanowska W., *Dobro dziecka w aspekcie sprawowanej nad nim władzy rodzicielskiej*, „Studia nad Rodziną UKSW" (2000) nr 1(6)

Stojanowska W., *Władza rodzicielska*, Warszawa 1988

Netgrafia:

http://kurator.webd.pl/wp-content/uploads/2010/07/kurator-w-kpc-problemy-28072010.pdf

http://kurator.webd.pl/wp-content/uploads/2017/06/Opracowanie-2017.pdf https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/ T

http://tarnobrzeg.sr.gov.pl/content/baza-statystyczna

Streszczenie

W artykule przedstawiono jedno z możliwych zarządzeń opiekuńczych w postaci nadzoru kuratora sądowego. Niewątpliwie jest to najczęściej stosowany środek ograniczenia władzy rodzicielskiej. Podjęta tematyka dotyczy pojęcia i treści władzy rodzicielskiej, przyczyn jej ograniczenia. Szczególna uwaga została poświęcona statusowi prawnemu kuratora sądowego, jego zadaniom oraz jego roli jaką pełni w stosunkach między rodzicami a dziećmi.

SŁOWA KLUCZOWE: władza rodzicielska, ograniczenie władzy rodzicielskiej, kurator sądowy, zarządzenia opiekuńcze, kodeks rodzinny i opiekuńczy

Summary
The article presents one of the possible care orders in the form of court supervision. Undoubtedly, this is the most common means of limiting parental responsibility. The subject matter concerns the concept and content of parental authority, the reasons for its limitation. Particular attention has been paid to the legal status of the probation officer, his tasks and his role in relations between parents and children.

KEY WORDS: parental authority, limitation of parental authority, probation officer, care instructions, Family and Guardianship Code

Autor

Małgorzata Szydło-Kalinka – mgr, doktorantka Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II w Lublinie, główne dziedziny działalności naukowej: prawo cywilne, prawo rodzinne, socjologia i historia prawa.

Paulina Ledwoń

Problemy interpretacyjne związane z procesem powstania odrębnej własności lokalu z mocy prawa

Interpretation problems related to the issue of the creation of a separate ownership of premises by virtue of law

I. Wprowadzenie

W ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych przewidziano możliwość powstania odrębnej własności *ex lege*, mianowicie na podstawie art. 17(18) ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu przekształca się w prawo odrębnej własności lokalu lub we własność domu jednorodzinnego, jeżeli w toku likwidacji, postępowania upadłościowego albo postępowania egzekucyjnego z nieruchomości spółdzielni, nabywcą budynku albo udziału w budynku nie będzie spółdzielnia mieszkaniowa.

II. Geneza omawianej regulacji

Do momentu wejścia w życie ustawy z dnia 15 grudnia 2002 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, ustanowienie odrębnej własności lokalu z mocy prawa było dopuszczalne tylko w przypadku opisanym w art. 231 ustawy Prawo spółdzielcze, a więc w sytuacji przekształcenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu w odrębną własność w przypadku upadłości lub likwidacji spółdzielni mieszkaniowej. Na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego następuje to już nie tylko w wyniku prowadzenia egzekucji generalnej z majątku spółdzielni ale także w razie egzekucji syngularnej (postępowania

egzekucyjnego)[1]. Brzmienie art. 17(18) ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych koresponduje z brzmieniem uchylonego art. 231 ustawy Prawo spółdzielcze z tym zastrzeżeniem, że w odróżnieniu od poprzednika związane z nimi skutki prawne powstają nie z chwilą zakończenia postępowania upadłościowego, ale związane są z nabyciem budynku albo udziału w budynku przez inną spółdzielnię mieszkaniową albo przez inny podmiot[2].

Uchylony art. 231 ustawy Prawo spółdzielcze nie zawierał określenia momentu w którym następowało przekształcenie własnościowego prawa do lokalu w prawo odrębnej własności, prawidłowe i precyzyjne określenie tej chwili zawierał art. 16 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych dotyczący spółdzielczego lokatorskiego prawa do lokalu, ale w jego brzmieniu pierwotnym stanowiąc, że następuje z chwilą wykreślenia spółdzielni z rejestru wskutek jej likwidacji lub upadłości, chyba że nabywcą budynku była inna spółdzielnia mieszkaniowa, niestety przy implementacji przepisów obejmujących spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu ustawodawca posłużył się jako wzorem treścią aktualnego brzmienia art. 16[3].

III. Krytyka aktualnego stanu prawnego

Obecne rozwiązanie wprowadza konstrukcję przekształcenia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu w prawo odrębnej własności jedynie po nabyciu budynku przez podmiot niebędący inną spółdzielnią mieszkaniową, należy zaznaczyć, że w sytuacji kiedy żaden z członków nie wystąpi z wnioskiem obejmującym żądanie nabycia lokalu na którym ustanowione jest przysługujące mu prawo własnościowe, trudno będzie znaleźć nabywcę dla budynku wraz z lokalami, skoro ich własność może należeć w zasadzie jedynie do podmiotów którym przysługuje do tych lokali prawo rzeczowe.

W konsekwencji może pojawić się sytuacja paradoksalna, polegająca na tym że jeśli żadna z osób, którym przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu nie będzie chciała stać się właścicielem lokalu, nie nastąpi przekształcenie, bowiem nie znajdzie się inny nabywca budynku, zniechęcony perspektywą, że własność

---

[1] A. Jedliński, *Prawo do lokali w spółdzielniach mieszkaniowych*, wyd. Gdańsk 2005, s. 59-60.

[2] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe* [w:] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz.*, komentarz do art. 86, pkt IV.1, Legalis 2016.

[3] K. Pietrzykowski, *Komentarz do ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych* [w:] *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz.*, komentarz do art. 17(18), pkt 2, Legalis 2016.

lokalu będą mogły nabyć jedynie osoby którym przysługuje do lokalu prawo własnościowe.

Zatem można stwierdzić, że stosowanie przepisu w praktyce jest co najmniej utrudnione i można założyć, że osoby posiadające spółdzielcze prawa własnościowe do lokali zostaną ich właścicielami po wykreśleniu spółdzielni z rejestru, nie może być inaczej skoro przepis nie określa precyzyjnie momentu w którym następuje przekształcenie.

IV. Luka w przepisach

Podnosi się ponadto, że przepis zawiera istotną lukę bowiem brak w nim dyspozycji właśnie na wypadek braku zbycia budynku należącego do spółdzielni. Można wysnuć z tego wniosek, że ustawodawca zakładał, że zawsze nastąpi zbycie budynku lub udziału w budynku likwidowanej bądź upadłej spółdzielni, bo w przeciwnym przypadku nie będzie dopuszczalne wykreślenie spółdzielni z Krajowego Rejestru Sądowego. Nie ma to jednak uzasadnienia w przepisach, co potwierdza choćby brzmienie art. 127 oraz 133 ustawy Prawo spółdzielcze[4]. W konsekwencji, można uznać, że w przedmiotowej sytuacji przekształcenie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu w prawo odrębnej własności lokalu również ma miejsce z mocy prawa i następuje w chwili wykreślenia spółdzielni z rejestru po zakończeniu likwidacji lub postępowania upadłościowego[5].

Kolejnym mankamentem omawianej regulacji jest brak wytycznych co do zakresu ustanawianej własności. Nawet przyjmując że w końcu powstała odrębna własność lokalu nadal powstają pytania o precyzyjne określenie cech powstałej własności, lokal winien zostać właściwie określony, wskazane powinny zostać pomieszczenia do niego przynależne oraz odpowiedni udział w nieruchomości wspólnej, ustawa jednak nie udziela odpowiedzi na pytanie kto i jak ma tego dokonać, jaka metoda winna być wzięta za podstawę wyliczeń, kto odpowiedzialny będzie za sporządzenie dokumentacji i szereg innych pojawiających się w toku takiego procesu kwestii.

---

[4] Przepis art. 127 ustawy Prawo spółdzielcze stanowi, że w razie zaspokojenia wszelkich należności przypadających od spółdzielni i złożenia do depozytu sądowego kwot na zabezpieczenie należności spornych lub niewymagalnych, spółdzielnia może ulec wykreśleniu z Krajowego Rejestru Sądowego przed zakończeniem prowadzonych przez nią lub przeciwko niej sporów sądowych. W takim wypadku w miejsce spółdzielni wchodzi jako strona związek rewizyjny, w którym spółdzielnia jest zrzeszona.

[5] K. Pietrzykowski, *Komentarz do ustawy o spółdzielniach* (…), komentarz do art. 17(18), pkt 5.

Określenie udziału w nieruchomości wspólnej wymaga danych obejmujących wielkość powierzchni użytkowej wszystkich lokali położonych w budynku oraz wskazania pomieszczeń przynależnych do poszczególnych lokali. Ustawa nie przyznaje jednak wyraźnie kompetencji do zebrania takich danych na potrzeby przekształcenia[6].

Dopóki brzmienie przepisu nie zostanie znowelizowane, luka w przepisach tego typu musi zostać wypełniona przez stosowną wykładnie obowiązujących przepisów. Zatem można przyjąć, że wysokość udziałów we współwłasności gruntu bądź użytkowaniu wieczystym oraz w nieruchomości wspólnej zostaną ustalone na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy o własności lokali, a więc udział właściciela lokalu wyodrębnionego w nieruchomości wspólnej będzie odpowiadał stosunkowi powierzchni użytkowej lokalu wraz z powierzchnią pomieszczeń przynależnych do łącznej powierzchni użytkowej wszystkich lokali wraz z pomieszczeniami do nich przynależnymi. Natomiast zgodnie z art. 3 ust. 5 ustawy o własności lokali jeśli nieruchomość stanowi grunt zabudowany kilkoma budynkami, udział właściciela lokalu wyodrębnionego w nieruchomości wspólnej odpowiadać stosunkowi powierzchni użytkowej lokalu wraz z powierzchnią pomieszczeń przynależnych do łącznej powierzchni użytkowej wszystkich lokali wraz z pomieszczeniami do nich przynależnymi.

W przypadku kiedy odrębna własność lokalu w spółdzielni ustanowiona została przed 1995 r. udziały powinny zostać obliczone biorąc pod uwagę jako podstawę kryterium zastosowane w przypadku tej pierwszej nieruchomości lokalowej, bowiem zgodnie z art 3 ust. 7 ustawy o własności lokali w budynkach, w których nastąpiło wyodrębnienie własności co najmniej jednego lokalu i ustalenie wysokości udziałów w nieruchomości wspólnej w sposób inny niż określony w art. 3 ust. 3, a przy wyodrębnianiu kolejnych lokali ustalano wysokość udziałów w nieruchomości wspólnej w taki sam sposób, do czasu wyodrębnienia ostatniego lokalu stosuje się zasady obliczania udziału w nieruchomości wspólnej takie, jak przy wyodrębnieniu pierwszego lokalu.

Nadal pozostaje problem określenia wielkości udziału w nieruchomości wspólnej, który zależy od wskazania powierzchni użytkowej lokali oraz powierzchni użytkowej pomieszczeń przynależnych. Sprecyzowania wymaga też kwestia zarządu nieruchomością wspólną. Najwłaściwsze będzie, jak się wydaje,

---

[6] Pojawiały się w związku z tym skrajne poglądy, mówiące że przeniesienie własności nie następuje z mocy prawa ale trzeba jeszcze oczekiwać na sprecyzowanie zakresu własności co nastąpić powinno w uchwale walnego zgromadzenia ewentualnie w umowie notarialnej, zob.: A. Kaźmierczyk, *Nieruchomość wspólna właścicieli lokali. Problematyka prawno- rzeczowa*, Warszawa 2015, s. 210; R. Sztyk R., *Sukcesja lokalu nie wpisanego do księgi wieczystej,* Rejent 1998, nr 2, s. 31.

samodzielne określenie przez właścicieli udziałów we wspólnej nieruchomości oraz podjęcie decyzji o sposobie zarządu nią[7], a w razie braku zgody pomiędzy właścicielami w tym zakresie, kompetencja taka mogłaby zostać przyznana sądowi na zasadzie art. 64 kodeksu cywilnego oraz 1047 kodeksu postępowania cywilnego[8].

W kwestii zarządu nieruchomością wspólną nie budzi raczej wątpliwości stwierdzenie, że zasady zarządu nieruchomością wspólną oraz sprecyzowanie przynależności pomieszczeń do lokali będzie władna ustalać wspólnota mieszkaniowa, jako że w konsekwencji powstania odrębnej własności lokali ich właściciele będą ją tworzyć. W braku odmiennej regulacji zagadnienia zarządu zastosowanie znajdą dyspozycje ustawowe, w zależności czy będzie to „duża" czy „mała" wspólnota mieszkaniowa. Wątpliwości w doktrynie budzi jednak zagadnienie ustalania wielkości udziałów w nieruchomości wspólnej i dopuszczalność kwalifikowania jako przynależne do lokali, takich pomieszczeń, które nie przekształciły się w odrębną własność. Ponadto zwraca się trafnie uwagę, ze teoretycznie już w momencie przekształcenia się z mocy prawa w odrębną własność lokalu powstaje nieruchomość wspólna oraz kształtuje się udział we współwłasności nieruchomości wspólnej, zawarta po tej chwili umowa nie kreuje w żadnej mierze przynależności pomieszczeń do lokali i kluczowe jest ustalenie co w tym konkretnym momencie przekształcenia stanowiło lokale, pomieszczenia przynależne i nieruchomość wspólną[9]

Źródłem wiadomości mogą być dane zamieszczone w księgach wieczystych, jako że wieczystoksięgowym skutkiem przekształcenia dokonanego na podstawie przepisów prawa materialnego będzie przekształcenie księgi wieczystej prowadzonej dla spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, która stanie się księgą wieczystą dla nieruchomości (art. 24(1) ust. 2 ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Prowadzona księga wieczysta, która służyła wcześniej ujawnieniu spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu ulega przekształceniu w księgę dla lokalu jako odrębnej nieruchomości[10].

---

[7] R. Dziczek, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych*, Warszawa 2002, s. 77–79; uzasadnienie uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 1974 r. III CZP 31/74 Legalis nr 18473;

[8] Odmiennie Z. Radwański, *Powstanie odrębnej własności lokalu,* Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 1986, z. 2, s. 42-44. Najpopularniejsze jest rozwiązanie polegające na regulacji zagadnienia przez umowy pomiędzy likwidatorami spółdzielni a nabywcami lokali, zob.: A. Kaźmierczyk, *Nieruchomość wspólna (…)*, s. 211-212.

[9] A. Kaźmierczyk, *Nieruchomość wspólna (…),* s. 212.

[10] E. Gniewek, *Księgi wieczyste. Art. 1-58(20) ustawy o księgach wieczystych i hipotece* [w:] E. Gniewek, *Księgi wieczyste. Art. 1-58(2) ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Art. 626(1)-626(13) kodeksu postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis 2016, komentarz do art 24(1) ustawy o księgach wieczystych i hipotece, pkt III.3, Nb 13.

V. Nieprawidłowości w danych ujawnionych w księgach wieczystych

Należy zwrócić uwagę, że pojawiają się sytuacje, kiedy w księgach wieczystych prowadzonych dla lokali będących przedmiotem spółdzielczych praw własnościowych nie są ujawnione wszystkie pomieszczenia przynależne, które faktycznie do takich lokali przynależą. Konsekwencją tego nieprawidłowego stanu może być sytuacja, że w przypadku przekształcenia własnościowego lokal może zostać pozbawiony części składowej (np. piwnicy), a dodatkowo powstaje fałszywa podstawa do wpisu rzekomej wielkości udziału właściciela lokalu nieruchomości wspólnej. Nie musiało by to mieć miejsca, gdyby zarząd spółdzielni mieszkaniowej zawczasu podjął uchwały o których mowa w art. 42-43 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych.

Uchwała zarządu spółdzielni powinna obejmować określoną treść pozwalającą na ustanowienie odrębnej własności lokalu, a więc przede wszystkim powinna zawierać oznaczenie nieruchomości obejmującej budynek. Ponadto treść uchwały powinna obejmować rodzaj, położenie i powierzchnię lokali oraz pomieszczeń przynależnych, w tym piwnic lub pomieszczeń gospodarczych, o ile piwnica lub pomieszczenie gospodarcze jest w tym budynku przyporządkowane danemu lokalowi a władający lokalem faktycznie piwnicę lub pomieszczenie gospodarcze użytkuje, wielkość udziałów we współwłasności nieruchomości wspólnej związanych z odrębną własnością każdego lokalu oraz oznaczenie osób, którym zgodnie z przepisami ustawy przysługuje prawo żądania przeniesienia na nich własności poszczególnych lokali. Powierzchnia użytkowa lokali oraz pomieszczeń przynależnych powinna zostać obliczana zgodnie z metodą wybraną przez zarząd, która następnie będzie miała konsekwentne zastosowanie do wszystkich lokali znajdujących się w danej nieruchomości. Może się jednak zdarzyć, że uchwała nie zostanie w ogóle podjęta skoro jej podjęcie powinno nastąpić dopiero po złożeniu pierwszego wniosku obejmującego żądanie przekształcenia posiadanego prawa w prawo odrębnej własności lokalu[11].

VI. Nieuregulowany stan prawny nieruchomości

Sporym problemem, w obliczu przekształcenia spółdzielczych praw do lokali w prawo odrębnej własności jest nieuregulowany stan prawny nieruchomości na których posadowione są budynki spółdzielni, tym bardziej że na gruncie

[11] Na co trafnie zwraca uwagę A. Kaźmierczyk, *Nieruchomość wspólna (…)*, s. 214.

orzecznictwa i doktryny budzi spory dopuszczalność założenia księgi wieczystej w celu dokonania ustalenia stanu prawnego własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego w budynku należącym do spółdzielni mieszkaniowej i jest to uzależnione od wcześniejszego uregulowania tytułu prawnego spółdzielni do nieruchomości[12]. Zwolennicy tego poglądu podnoszą fakt, że niestety znaczna część spółdzielni nie może się poszczycić uregulowanym stanem prawnym nieruchomości, w tym budynków w których mieszczą się lokale mieszkalne.

Obecnie jednak dominującym jest pogląd zaprezentowany w uchwale Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2013 r., w której sąd uznał, że dopuszczalne jest założenie księgi wieczystej w celu ustalenia stanu prawnego spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu mieszkalnego jedynie jeśli dotyczy ono lokalu położonego w budynku posadowionym na gruncie do którego spółdzielni przysługuje własność albo użytkowanie wieczyste. Natomiast, gdy spółdzielnia nie ma statusu właściciela bądź użytkownika wieczystego, wówczas nie istnieje spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, a jedynie jego ekspektatywa[13]. Skoro konieczne jest posiadanie prawa do gruntu, aby nastąpiło przekształcenie, wydaje się że wówczas nie nastąpi[14]. Pojawiają się także głosy, że wpływ uchwały Sądu Najwyższego może spowodować trudności w praktyce sądów wieczystoksięgowych. Nie ma w przywołanej odniesienia się do powszechnej w obrocie praktyki zakładania takich ksiąg i faktu, że prawa do tychże lokali podlegały dalszemu obrotowi, praktyka sądów jest niejednolita[15].

VII. Podsumowanie

Jak wykazano w niniejszym artykule, konstrukcja powstania odrębnej własności lokalu ex lege budzi wiele praktycznych wątpliwości. Wielość problemów powoduje, że stosowanie przepisu art. 17(18) ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych

---

[12] Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 30 maja 1994 r. III CZP 73/94 Legalis nr 28658,

[13] Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 24 maja 2013 r. III CZP 104/12 Legalis nr 659974

[14] R. Dziczek, *Własność lokali (…),* s. 90.

[15] Sitowicz M., Osóbka-Morawska M., ius.focus. *Założenie księgi wieczystej w celu ujawnienia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu,* Legalis 2013. Autorki wskazują, że zważając na postulat pewności obrotu aktualne stanowisko Sądu Najwyższego powinno ulec zmianie, bowiem pogląd że spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu ustanowione w budynku położonym na gruncie, do którego spółdzielni nie przysługuje własność albo użytkowanie wieczyste, stanowi jedynie ekspektatywę tego prawa i nie jest prawem definitywnym jest trudny do zaakceptowania.

jest co najmniej utrudnione. Podnosi się także marginalność omawianego przepisu, na poparcie tego można przywołać trafny przykład nieruchomości, w której spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu dotyczy każdego z lokali. W takiej sytuacji nabycie przez kupującego prawa własności lub użytkowania wieczystego nieruchomości byłoby równoznaczne z ustaniem tej własności. Konstrukcja przepisu skutecznie ogranicza chęć nabycia takiej nieruchomości[16]. Ciężko sobie wyobrazić sens gospodarczy nabycia własności budynku, w którym lokale są przedmiotem spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, a nabywca traci ich własność właściwie równocześnie z nabyciem budynku[17]. Dodatkowo, zasadnym postulatem, w obliczu nieuregulowanego stanu prawnego nieruchomości spółdzielczych jest wprowadzenie mechanizmów skuteczniejszego motywowania spółdzielni w tym zakresie[18].

Bibliografia

Bończak-Kucharczyk E. *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz,* LEX 2013;

Dziczek R., *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych*, Warszawa 2002;

Gniewek E. (red.) *System prawa prywatnego*, t.4, Warszawa 2007.

Gniewek E., *Księgi wieczyste. Art. 1-58(2) ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Art. 626(1)-626(13) kodeksu postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis 2016;

Gurgul S., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz,* Legalis 2016;

Jedliński A., *Prawo do lokali w spółdzielniach mieszkaniowych*, wyd. Gdańsk 2005;

Kaźmierczyk A., *Nieruchomość wspólna właścicieli lokali. Problematyka prawno- rzeczowa*, Warszawa 2015;

Pietrzykowski K., *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, Legalis 2016;

Radwański Z., *Powstanie odrębnej własności lokalu,* Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 1986, z. 2;

Sitowicz M., Osóbka-Morawska M., ius.focus. *Założenie księgi wieczystej w celu ujawnienia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu,* Legalis 2013.

Sztyk R., *Sukcesja lokalu nie wpisanego do księgi wieczystej,* Rejent 1998, nr 2;

Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 28 września 1994 r. III CZP 121/94 Legalis nr 28852;

---

[16] J. Pisuliński [w:] *System prawa prywatnego*, t.4, red. E. Gniewek, Warszawa 2007, s. 749.

[17] A. Kaźmierczyk, *Nieruchomość wspólna (…)* s. 210.

[18] K. Pietrzykowski, *Spółdzielcze prawo mieszkaniowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego (wybrane zagadnienia),* [w:] *Spółdzielczość mieszkaniowa w Polsce wobec wyzwań współczesności*, Bielsko-Biała 2014; A. Kaźmierczyk, *Nieruchomość wspólna (…)* s. 214. Autorka uważa trafnie, że niezbędna jest interwencja ustawodawcy, a przede wszystkim wprowadzenie regulacji zobowiązującej likwidatora, czy syndyka do powzięcia czynności zmierzających do uregulowania stanu prawnego nieruchomości.

Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 30 maja 1994 r. III CZP 73/94 Legalis nr 28658;

Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 24 maja 2013 r. III CZP 104/12 Legalis nr 659974;

Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 1974 r. III CZP 31/74 Legalis nr 18473,

Streszczenie

Celem artykułu jest wykazanie przez autora, że obecna regulacja powstania odrębnej własności lokalu z mocy prawa na gruncie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych posiada wiele istotnych mankamentów, których istnienie utrudnia praktycznie zastosowanie tej instytucji. Kwestiami budzącymi wątpliwość są w szczególności sytuacje, kiedy żaden z członków nie wystąpi z wnioskiem obejmującym żądanie nabycia lokalu na którym ustanowione jest przysługujące mu prawo własnościowe, brak jest potencjalnych nabywców budynku, bądź nieuregulowany jest stan prawny nieruchomości na której posadowiono budynek. Autor, wykorzystując cenny dorobek doktryny powstały na gruncie omawianej regulacji, udowadnia, że obecny stan prawodawstwa w analizowanym zakresie wymaga zmiany.

SŁOWA KLUCZOWE: odrębna własność lokalu, spółdzielnia mieszkaniowa, prawo mieszkaniowe, spółdzielcze prawa do lokali

Summary

The main purpose of the article is to prove that the current regulation of the creation of a separate property by virtue of law under the Housing Cooperatives Act has a number of significant shortcomings, the existence of which hinders practically the use of this institution. Issues that are in doubt are, in particular, when none of the members requests a purchase requiring the aquisition of premises where their ownership right is established, there are no potential buyers of the building, or the legal status of the real estate on which the building is located is not regulated. The author, using the valuable achievements of the doctrine formed on the basis of the discussed regulation, proves that the current state of legislation in the analyzed area requires an urgent change.

KEY WORDS: separate ownership of premises, housing co-operative, housing law, cooperative rights to premises

Autor

Paulina Ledwoń - magister prawa, absolwentka kierunku prawo na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. Autorka szeregu artykułów dotyczących prawa nieruchomości i prawa handlowego publikowanych w języku polskim i angielskim.

Mateusz Anioł

Interpretation of Justice as a Conflict

Interpretacja sprawiedliwości jako konfliktu

The intricate and deeply rooted notions of justice can be traced or recognized in any given society at any given time. It could be argued that it has always been the quest for justice or injustice that has driven the political, economic and social arrangements of nations, states and individuals. This resulted in a plethora of associated state habits of operating, strategies and collective principles and values. The prevailing and wide spread notions of justice have always been able to entail not only the distributive material goods and social positions but have extended its paradigm to cover such goods as self-respect, opportunity, power and honor[1].

Stuart Hampshire's article Justice is Conflict, can be considered as a relevant contemporary debate of justice, despite the fact that it is based on the Athenian philosophical political interpretation and history as well as the ancient Athenian and Greek culture and social reality. The reason being, is that even in The Republic of Plato the practical reasoning of justice was organised in manner similar to that of any western liberal democracy[2]. This means that politically it was organised through city-states where the overall organization and operation was heavily influenced by the citizen participation and organised political order.

Hampshire's article being profoundly based on the philosophies of Plato, provides an account of justice as conflicting within the mind of the individual, and thus requiring a substantial expansion of knowledge and an engagement in a journey towards greater wisdom, which in turn will be able to provide us with a more comprehensive understanding of the political, economical, social and practical connections of law and custom to the philosophy of justice. The collection of dialogues presented in The Republic draws on the analogy between

---

[1] I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference,* Princeton University Press, 1990, p.8.

[2] S. Hampshire, *Justice is a Conflict,* Princeton University Press, 2000, p. 2.

conflict and justice in the minds of individuals and society, or soul and the city as Plato puts it[3].

Although the ancient Athenian and Greek references to justice and the idea of soul and the city as the most adequate environment for explaining justice is a valid and applicable contemporary debate, it is an ancient environment which considered justice and ethics to be of more importance than in contemporary reality, that is as the major ethical virtue in the relevant ancient society. This meant that justice was the motivating factor behind a person's actions, driven by desire or interests and translating it into righteous and wrongful social comprehensions. Justice as the highest virtue and excellence was therefore highly promoted by Plato and served to distinguish noble citizens from the ghastly ones[4].

Of course, the endorsement of just or fair behaviour as the most appropriate form of existence was only one of the many proposed approaches of justice. Other philosophers such as Thrasymachus argued the contrary, where they claimed that serving justice is all about helping your friends and harming your enemies[5]. The contrary argument extends to suggest that doing justice is helping others benefit while disadvantaging oneself, whereas acting unjustly reimburses oneself. What is suggested here is that there exists an overall need of fair and just behaviours by the masses to maintain the extravagancies of the rulers and sustain the desirable balance needed in any democratic society. The secrets of a wonderful life according to Thrasymachus are to follow in the belief that appearances overpower the truth and one must be unjust yet gain a reputation for justice to be promised a wonderful life[6]. This can be done by using crafty techniques and by joining the neccessary places where "there are teachers of persuasion to give us the wisdom of the assembly"[7].

This is where the main argument of justice as conflict arises, that is "between the Eros necessary to keep things going and justice which requires the modulation of Eros. What is being sought is virtue"[8]. Thus the most relevant and linking ancient philosophies relating to justice that could be taken on board and learned from in the 21st century would be the idea and reality of this conflict and its application to the soul and the city.

---

[3] Plato, *The Republic*, Cambridge University Press, 2000, p. 14.

[4] *Ibidem, p. 17.*

[5] S. Everson, *The incoherence of Thrasymachus,* Oxford Studies in Ancient Philosophy, 1998, p. 26.

[6] *Ibidem, p. 29.*

[7] Plato, *The Republic*, Cambridge University Press, 2000, p. 34.

[8] *Ibidem, p. 35.*

Clearly, on a simplistic level justice will always equal to conflict in some political or social genres no matter how well it is defined and by which philosophical school of thought it is adopted. Its deep rooted and complex character will then always prove disputable. In fact, the frames of its acquiescence request a positive vagueness and improbability that will prevent the inquirer from limiting the intricate notion of justice to a concrete definition. Such an approach, not only unlikely, if successful would defeat the very purpose of justice, that of hope giving and fairness seeking appliance; a notion which feeds on the expectation that there will always be a quest for just, equitable and fair results and treatment of human beings and their agencies, and that this process will continue its journey; a journey of self-improvement.

This is a pursuit of conflict, not only because it is a notion incapable of being entirely grasped or held, or that it is a consideration of matters intrinsically linked to the core of human agency, to the underlying human desires and thus always constituting a plethora of conflicts, but also because justice as a notion in need of definition is a conflict in that by needing to be open to improvement, to positive evolvement and modification, is also open to possible negative manipulation and alteration.

The notions of justice deriving from the Platonic dialogues can be seen as matters of two main categories or two determining outcomes. The first is an expansion of justice as being determined by nature or God and the second suggesting that justice is a matter of convention determined by human judgement[9]. Plato realised that attempting to theorise justice independent to any given social context would prove insufficient and the most appropriate environment for comprehending justice would have to be in the soul and the city. "If the theory for evaluating notions of justice is truly universal and independent, presupposing no particular social situations, institutions, or practices, then it is simply too abstract to be useful in evaluating actual institutions and practices"[10].

That is where the idea of the soul and the city arises. Justice is conflict purely because it does not exist on its own, it is applied and understood in social contexts where the competing interests of the various classes and groups in the relevant society clash and create inevitable conflict.

It is here within the city and the soul that justice takes on different forms where it has the ability to be coextensive with social, political, economical and other spheres of the given state. Roberto Unger in his definition of politics as

---

[9] D. Petrocelli, P. Knobler, *Triumph of Justice,* New York, 1998, p. 53-54.

[10] I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference,* Princeton University Press, 1990, p. 4.

the "struggle over the resources and arrangements that set the basic terms of our practical and passionate relations"[11] illustrates the connection of politics to all aspects of institutional organisation, public action, social practices in a sense that when something goes wrong within a particular society, when a rule or practice or cultural meaning is wrong and should be changed, it is social justice that is needed to be assertained[12]. If this reality is considered then for a social condition to be just, it must facilitate all to assemble their desires and implement their autonomy; thus justice entails that all be able to articulate their wants[13].

This may sound appealing but it is common knowledge that although in a liberal democracy all are allowed to articulate their needs and wants, the mere articulation of them rarely constitutes the desires into authenticity and realism. What has actually happened and this has been the product of history and consciousness shaping, is that the masses, although still possessing some fundamental expectations of justice seeking, have in an overall understanding, accepted their social and political positions where they have been shaped into believing that the best thing they can do is to act justly towards others and yet not expect the exact same from the ruling authorities.

This is the so called Thrasymachus argument where in reality it is the interests of the stronger that do prevail. This means that rulers make laws in their own interest, and it is known to all that it is the laws that define what is just and unjust. Thrasymachus introduces the Sophist challenge by claming that justice is nothing but the advantage of the stronger. From the overall argument presented by Thrasymachus it can be assumed that the given characterization is not meant to expose or deflate the magnitude and role of justice[14]. He is mainly trying to erase the illusions that exist about justice and to highlight the moral notion that the norms considered just are nothing more than conventions which hamper those who adhere to them, and benefit those who flout them. Those who behave unjustly naturally gain power and privilege and the masses follow in the so called just ways of operating for the overall reputation of justice and the order required in the democratic society. This means that justice is in fact another man's good, whereas injustice is one's own good. Theoretically speaking, individual justice is the correct arrangement and interaction of the parts of the soul, and social justice is the correct arrangement and interaction of citizens in the city. Justice

---

[11] R. Unger, *Knowledge and Politics,* The Free Press New York, 1976, p. 145.

[12] I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference,* Princeton University Press, 1990, p. 9.

[13] *Ibidem, p. 10.*

[14] S. Everson, *The incoherence of Thrasymachus,* Oxford Studies in Ancient Philosophy, 1998, p. 37.

is simply the right way of putting together citizens in their internal attitude and their external relation to one another. The strength of human relationships and thus the basis for justice and social order are seen to lie in the human dialogue and friendship. This is the so called reality of false consciousness where for the sake of the overall operation, people are tough to act justly, that is for the benefit of others[15].

At a closer examination this is an obvious fact of life because any given western society is a contract of mutual interests where people act justly for the successful and pleasant functioning of their home land. This is the social contract which people have submitted themselves and apparently rejected the possibility of existing according to the natural laws, inherent in the human nature and set out by the natural order or God[16]. This means that if humanity has agreed to be posited by those having ultimate power as distinguished from laws set by God or natural law, they have in a way rejected the relationship between law and morality. It could be suggested that having chosen this system of legal positivism, people have given priority to utilitarian ideals and laws grounded on traditional, historical, social and philosophical validities, while discounting any superiority of moral judgements[17].

Finally, some would add that the choice and pre-eminence of positive law can be found to be supported by natural law as expressed by ancient pedigree of Aristotle (350BC) that although all things have an essence and a natural purpose, every man is by nature a political animal whose purpose is to constitute a political community (a state) where he or she will be able to live peacefully and under reasonable protection provided by the state (government).

Unfortunately this argument would only run as far as proving the fundamental need of human beings to live according to particular laws and regulations, nevertheless conflicting on the context, practicalities and the extent of the moral/ethical references needed within that law[18].

Many would agree that justice has evolved to represent the practical and theoretical enterprise, which promotes notions which define people as good or bad citizens. Unfortunately, in contemporary reality, concepts of true justice, except of the distinctions associated with fairness seeking, have to a large extent vanished from the main discourses and practices.

---

[15] L. Capeheart, D. Milovanovic, *Social Justice,* Rutgers University Press, 2007, p. 27.

[16] *Ibidem, p. 33.*

[17] A.J.Tebble, *What is the Politics of Difference, Sage Publications Inc, 2002,* p. 14.

[18] L. Capeheart, D. Milovanovic, *Social Justice,* Rutgers University Press, 2007, p. 57.

An argument presented by John Rawls in a way runs in line with the ideas of justice as discarding and of false consciousness. His argument concerns knowledge and motivation and suggests that the visible limits of knowledge are concerned with people's inability to comprehend their social position and thus their comprehension and conception of the good[19]. This idea extends to claim that people are not even aware of the stage of economic development their society has reached. This is, according to Rawls, the so-called "veil of ignorance"[20] where people are only concerned with the notions of fairness and conception of the good so far as to benefit themselves. In addition, the concepts of the goodness lengthen so far as to include "in it the welfare of certain other people for whom they feel affection or special responsibility. But for the purpose of the original position, it does not include a substantive sense of justice"[21].

Rawls conception of the principles surrounding justice are seen as merely detrimental rather than promoting any positive increase in lifestyle, welfare, economics or politics. This further suggests that the propositions of justice are thus suggestions "of partial co-operation and partial conflict"[22].

What is being said here is that the principles of justice theoretically should not conflict with human common sense convictions of right and wrong, when in reality they in fact do assemble upon divergence. The various alternatives given by the many authors to renovate the discrepancies of justice, such as Rawls' "principles of maximizing the wealth and power of the worst off"[23] have been of little significance. This is because no matter what the theories were called, they all merged on their ideas and did not create any effective or unique forms of resolution. This means that they were simply compatible with their moral scrutiny, which firmly promotes the role of fairness and impartiality[24].

Consequently, seeking justice and fairness will continue to be creating conflict as people will always be "biased by special interests arising from their actual position in society"[25]. Clearly, since no individual is entirely impartial, justice has little chance of achieving the contrary. The problem is that if there is to be a stable and fair society, there is a need for certain adequate moral or natural human forces to enable people to live up to the publicly recognized standards of

---

[19] J. Rawls, *A Theory of Justice,* Harvard University Press, 1971, p. 7.

[20] *Ibidem, p. 8.*

[21] *Ibidem, p. 11.*

[22] *Ibidem, p. 15.*

[23] *Ibidem, p. 18.*

[24] R.J. Arneson, *Does Social Justice Matter - Bryan Barry's Applied Political Philosophy,* Chicago University Press, 2007, p. 24.

[25] *Ibidem, p. 26.*

justice without requiring a great deal of coercion. Rawls disagrees with recognizing utilitarian perspectives as appropriate means of such achievements, arguing that such principles are not compatible with the stability in the average value, which may possibly require being dejected for the sake of others contentment[26].

What is to be learned from the article by Hampshire and thus from Athenian political history about the development and conceptions of justice is best understood in the analysis of the ancient Athens and the similarities of justice and its role and comprehensions within an ancient and contemporary society. The major correspondence was of legal character, precisely the theoretical expectations of treating free citizens equally before the law, as well as the significant fear in face of the law and especially of those laws which punished the offenders of unjust activities or conduct. Furthermore, even in the ancient world every citizen was thought of as free to particulate in the life of the city and to pursue his own ends. Of course, it was a common expectation that seeking and fulfilling those individual and collective wants was not to be destructive of the good of the city or of any individual citizen. The law thus was needed to be regarded in a fearful way as it protected from such wrongs being committed. The vital prospects of permanent and positive application of just and fair resolutions to any given dilemmas within the soul and the city are unfortunately dependent upon the competing parties and their social and political positions. This means that in conflicting situations it will be the strong party and not the just one that will prevail[27].

Perhaps it is worth mentioning that the dialogues portrayed by Plato in The Republic were triggered by the fact that it was a time of Peloponnesian war. Subsequently, the defeat of Athens in 404 had been accompanied by the overthrow of the democracy and the rule of the pro-spartan extremists among the oligarchical party, who came to be known as the Thirty Tyrants. The centre of resistance to the Thirty Tyrants was the battle of Piraeus, and it is here that the conversation presented in The Republic takes place, a conversation in which Socrates central arguments entail that it is of the nature of democracy that it prepares the way for tyranny. The Republic is thus in part a dialogue among those who are to meet unjust deaths at the hands of the protagonists of both oligarchy and democracy and it is to be read as a dialogue about why oligarchy and democracy are by their nature unjust forms of policy[28]. In addition, the arguments in question can be considered of more relevance and legitimacy because they were brought to

---

[26] J. Rawls, *A Theory of Justice,* Harvard University Press, 1971, p. 14.

[27] A. MacIntyre, *Whose Justice – Which Rationality,* University of Notre Dame du Lac, 1988. p. 52.

[28] *Ibidem, p. 64.*

surface at a time when democracy is overpowered and people disregard justice in a democratic society but this fact makes the arguments more virtues. Regardless of the time and setting of The Republic, the dilemmas concerning justice in its multiple dimensions have continued to be reflected and seen in the contemporary world. Thus they serve as a great tool in analysing and seeking to improve the relevant cotemporary concerning manifestations of justice. The parallel concerns and veracities are those seen and best understood within the soul and the city, the controversial and fluid reflections of justice and the unfortunate domination of the prevailing authoritative bodies who mould and shape the application and comprehensions of justice. Contrary to appearance the same issues which were the topic of discussion in ancient times are still problematic and relevant today.

Bibliografia

Young. I.M, *Justice and the Politics of Difference,* Princeton University Press,1990.

Hampshire. S, *Justice is a Conflict,* Princeton University Press, 2000.

Everson. S, *The incoherence of Thrasymachus,* Oxford Studies in Ancient Philosophy, 1998.

Petrocelli. D, Knobler. P, *Triumph of Justice,* New York,1998.

Unger. R, *Knowledge and Politics,* The Free Press New York, 1976.

Arneson. R.J, *Does Social Justice Matter - Bryan Barry's Applied Political Philosophy,* Chicago University Press, 2007.

Tebble. A.J, *What is the Politics of Difference, Sage Publications Inc, 2002.*

Rawls. J, *A Theory of Justice,* Harvard University Press, 1971.

Capeheart. L, Milovanovic. D, *Social Justice,* Rutgers University Press, 2007.

MacIntyre. A, *Whose Justice – Which Rationality,* University of Notre Dame du Lac, 1988.

Plato, *The Republic*, Cambridge University Press, 2000.

Streszczenie

Celem artykułu jest analiza zawiłych i różnorodnych koncepcji pojęcia sprawiedliwości, które można prześledzić lub rozpoznać w społeczeństwie. Można argumentować, że dążenie do sprawiedliwości lub niesprawiedliwości od dekad napędza polityczne, gospodarcze i społeczne ustalenia narodów, państw i jednostek. Doprowadziło to do powiązanych ze sobą nawyków dotyczących funkcjonowania, strategii, wspólnych zasad i wartości. Przeważające i szeroko rozpowszechnione pojęcie sprawiedliwości zawsze mogło pociągać za sobą nie tylko dystrybucyjne dobra materialne i pozycję społeczną, ale rozszerzyło swój paradygmat tak, aby obejmowało takie dobra, jak szacunek do samego siebie, władzę i honor. Dylematy dotyczące sprawiedliwości w jego wielu wymiarach nadal znajdują swoje odzwierciedlenie we współczesnym świecie.

SŁOWA KLUCZOWE: Sprawiedliwość, polityka, filozofia, walka klasowa, konflikt

Summary

The aim of this article is to analyse the intricate and diverse concepts of justice that can be traced or recognized in any given society. It could be argued that it has always been the quest for justice or injustice that has driven the political, economic and social arrangements of nations, states and individuals. This resulted in a plethora of associated state habits of operating, strategies and collective principles and values. The prevailing and wide spread notions of justice have always been able to entail not only the distributive material goods and social positions but have extended its paradigm to cover such goods as self-respect, opportunity, power and honor. Dilemmas regarding justice in its many dimensions are still reflected in the modern world.

KEYWORDS: Justice, politics, philosophy, class struggle, conflict

Nota o autorze

Mateusz Anioł - absolwent prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Zainteresowania badawcze: obszary styku filozofii i prawa, prawo cywilne, prawo budowlane i prawo planowania przestrzennego.

Anna Maria Barańska

Cesja umowy w prawie włoskim

Assignment of contract rights in Italian law

1. Wprowadzenie

Początkowo we włoskim prawie cywilnym, podobnie zresztą jak w innych porządkach europejskich, brak było wyraźnej regulacji dotyczącej cesji umowy. Ze względu jednak na jej rozległe zastosowanie w praktyce oraz znaczenie dla obrotu gospodarczego włoski ustawodawca zdecydował się na jej unormowanie wraz z wprowadzeniem *Codice civile* w roku 1942[1], w którym to poświęcił jej art. 1406 – 1410.

Fakt wprowadzenia stosownych przepisów, choć jednoznacznie przesądził o dopuszczalności dokonywania cesji umowy za pomocą jednej czynności prawnej, to nie rozwiązał wszelkich, związanych z tą instytucją wątpliwości. Kontrowersję wzbudziła nawet sama jej nazwa, albowiem w doktrynie podnoszono, iż w rzeczywistości nie ma możliwości dokonywania przelewu czynności prawnej jako takiej, a wyłącznie pozycji jednej ze stron, tj. jest praw i obowiązków[2].

Bez wątpienia jednak decyzję włoskiego ustawodawcy uznać należy za pozytywną, albowiem wprowadzenie do włoskiego Kodeksu cywilnego art. 1406 ukonstytuowało sposób definitywny, że dopuszczalna jest sukcesja syngularnej *inter vivos* nie tylko *ex lege*, ale również wolą stron, co miało duże znaczenie dla rozwoju włoskiego prawa zobowiązań.

---

[1] Regio decreto z dnia 6 marzo 1942 r., nr 262.

[2] S. Puleo, *La cessione del contratto,* Milano 1939, str. 420; F. Carresi, *La cessione del contratto,* Milano 1950, str. 83; M. Andreoli, *La cessione del contratto,* Padova 1951, str. 8; R. Cicala, *Il negozio di cessione del contratto,* Napoli 1962, str. 52.

2. Rys historyczny

Instytucja cesji umowy obecna była w prawie cywilnym dużo wcześniej, aniżeli pojawiły się pierwsze dotyczące jej regulacje. W zakresie tym można wyróżnić trzy główne nurty, tj. teorie atomistyczną (*teoria atomistica)*, teorię jedności (*teoria unitaria)* oraz teorię nowacji (*teoria della rinnovazione)*.

Wedle poglądów pierwszej nich nie jest możliwe dokonywanie cesji pozycji stosunku zobowiązaniowego jako takiego, a wyłącznie jego elementów aktywnych i pasywnych. W konsekwencji, dla uzyskania tego efektu konieczne jest osobne przelanie wierzytelności oraz długu[3]. U podstaw tego stanowiska legło założenie, iż cesja długu jest ekonomicznie nieuzasadniona, a zatem konieczne jest osobne i wyraźne przejęcie długu przez nowego dłużnika za zgodą starego wierzyciela[4]. Z tezą tą jednak ciężko się zgodzić, chociażby ze względu na zasady obowiązujące w prawie spadkowym, zgodnie z którymi spadkobierca dziedziczy zarówno aktywa, jak i pasywa spadkodawcy. Zwolennicy drugiej z teorii natomiast oponują, że brak jest przeciwskazań dla scedowania na nowy podmiot całokształtu praw i obowiązków przynależnych jednej ze stron umowy[5]. Wreszcie, przedstawiciele trzeciej upatrują w przelewie umowy swoistą nowację na rzecz wstępującej osoby trzeciej. Przy takim ujęciu kluczowe stają się wzajemne deklaracje scedowanego podmiotu oraz osoby trzeciej o chęci wstąpienia w dotychczasowy, niezmieniony pod względem przedmiotowym stosunek prawny[6].

W chwili obecnej rozważania te mają jednakże charakter zupełnie teoretyczny. Wraz bowiem z wprowadzeniem art. 1406 i osobnym uregulowaniem zarówno przelewu wierzytelności, jak i przejęcia długu, przesądzona została nadrzędność teorii jedności.

3. Przedmiot cesji umowy

Przedmiotem cesji jest całokształt praw i obowiązków wywodzących się z danego stosunku prawnego i spoczywających na jednej ze stron. W konsekwencji,

---

[3] E. Redenti, *Dei contratti nella pratica commerciale,* Padova 1931, str. 149; Fr. Ferrara, *Teoria dei contratti,* Napoli 1490, str. 304.

[4] G. Pacchioni, *Successione singolare nei debiti, Rivista di diritto commerciale,* 1911, tom I, str. 1045.

[5] L. Mossa, *Vendita di contratto, Rivista di diritto commerciale,* 1928, tom II, str. 633, S. Puleo, *op. cit.,* str. 100.

[6] R. Nicolo, *L'adempimento dell'obbligo altrui,* Milano 1936, str. 279.

cedowana jest zarówno strona pasywna, jak i aktywna zobowiązania[7]. Jak podkreśla włoski Sąd Najwyższy, przedmiotem cesji jest nie tylko wierzytelność i dług jako taki, ale również wszelkie związane z nimi obowiązki oraz uprawnienia, które wynikają z prawa, zasad współżycia społecznego, ustalonych zwyczajów oraz charakteru danej czynności prawnej[8]. Cedowana umowa jest tu postrzegana jako tzw. *Organismus,* który nie może być utożsamiany z prostą sumą cedowanych wierzytelności i długów[9].

Skutkiem cesji winno być tylko przekształcenie o charakterze podmiotowym, które nie ma wpływu na elementy przedmiotowe stosunku. Nie ma jednak przeciwskazań, by nowe strony - na mocy własnego porozumienia - dokonały następnie modyfikacji pierwotnej umowy[10]. Choć brak w tym względnie przeważającego stanowiska, to wydaje się również, iż nic nie stoi na przeszkodzie, by przedmiotem cesji uczynić wyłącznie część umowy. Odwołując się to zasady swobody umów, za dopuszczalny uznać należy także przelew umowy nienazwanej.

Dodatkowo, art. 1406 cc doprecyzowuje, iż dopuszczalny jest wyłącznie przelew umów wzajemnych, w których nie doszło jeszcze do spełnienia wzajemnych świadczeń. W umowach jednostronnych bowiem scedowana może zostać wyłącznie pozycja wierzyciela lub dłużnika. W doktrynie jednak często podkreśla się, iż w rozumieniu art. 1406 cc jako umowy wzajemne winny być traktowane zasadniczo wszystkie umowy odpłatne, albowiem przy tego typu porozumieniach zawsze występuje swoisty element wzajemności. Jako klasyczny przykład podaje się tu umowę oprocentowanej pożyczki[11]. W przypadku jej cesji pożyczkodawca przelewa na swojego następcę roszczenie o zwrot wypłaconej sumy, podczas gdy pożyczkobiorca przekazuje otrzymane środki oraz obowiązek spłaty powstałego zadłużenia.

Na gruncie art. 1406 cc pojawia się jeszcze wątpliwość, jak rygorystycznie należy traktować przesłankę niespełnionych świadczeń. Choć nie brak w doktrynie głosów wykluczających dopuszczalność cesji umowy świadczeń już częściowo spełnionych[12], to wydaje się być to sprzeczne z celowościową wykładnią

---

[7] Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 24.06.1992 r., nr 7752; Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 5.11.2003 r., nr 16635, *Gius,* 2004, str. 1089.

[8] Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 2.06.2000 r., nr 7319.

[9] A. Zaccaria, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, *Rivista di diritto civile*, 1985, str. 248.

[10] Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 6.12.1995 r., nr 12576, *Gius,* 1996, str. 6.

[11] F. Carresi, *op.cit.*, str. 47; P. Clarizia, *op. cit.,* str. 61; M. Andreoli, *op. cit.,* str.7.

[12] F. Carresi, *op.cit.*, str. 445; P. Clarizia, *op. cit.,* str. 58; odmiennie: M. Andreoli, *op. cit.,* str.5.

tej normy[13]. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż nawet spełnienie jednego ze świadczeń głównych nie powoduje jeszcze wygaśnięcia stosunku jako takiego[14].

Z podobnych względów *Corte di Cassazione* wyraził pogląd, że nie ma podstaw do formułowania generalnego zakazu cesji umów o charakterze zobowiązująco – rozporządzającym, o ile wyraził na nią zgodę scedowany podmiot[15]. Samo przejście określonego prawa na drugą stronę umowy nie może być jeszcze utożsamiane z realizacją całego świadczeni wzajemnego, prowadzącego do wygaśnięcia stosunku. Pojęcie stosunku prawnego nie może bowiem być ograniczone wyłącznie do świadczeń głównych. Przy jego zawieraniu strony niejednokrotnie zobowiązują się także do wykonania różnego typu świadczeń dodatkowych, które skutkują powstaniem uprawnień i obowiązków jedynie akcesoryjnie związanych z *essentialia negotii* umowy (np. obowiązek dostawy).

Również i w tym zakresie nie brak w doktrynie głosów odmiennych, które na przykładzie sprzedaży rzeczy oznaczonej wskazują, że wraz zaistnieniem skutku rozporządzającego w postaci przejścia własności przedmiotu sprzedaży na nabywcę przelewowi może ulec wyłącznie zobowiązanie do zapłaty ceny, a zatem mamy do czynienia z klasycznym przejęciem długu[16]. Co więcej, raz zbyte prawo na rzecz kupującego nie może następnie za pomocą tak technicznej czynności jak cesja przejść na podmiot wstępujący. Dla uzyskania tego efektu konieczne jest dokonanie osobnej czynności prawnej, mającej *sensu stricto* na celu przeniesienie dotychczasowego prawa dalej. W konsekwencji, cesja umowy możliwa jest wyłącznie w przypadku umów o charakterze ciągłym bądź z odroczonym terminem spełnienia świadczeń[17].

Ostatnią kategorią umów, których cedowanie budzi liczne kontrowersje są umowy typu *intuitu personae.* Przeciwko dopuszczalności ich przelewania przemawia fakt, iż przy tego typu umowach zmiana jednej ze stron skutkuje nie tylko zmianą o charakterze podmiotowym, ale również przedmiotową modyfikacją stosunku. W konsekwencji, każda umowa, która w związku ze śmiercią jednej ze stron ulega automatycznemu rozwiązaniu z powodu następczej niemożliwości świadczenia, nie powinna być cedowana[18]. Z drugiej jednak strony

---

[13] Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 23.04.1980 r., nr 2674, *Rivista del notariato,* 1980, str. 1560.

[14] G. Mirabelli, Delle obbligazioni. *Dei contratti in generale (art.1321 – 1469),* Torino 1980, str.442, G. De Nova, *La cessione del contratto* [w:] *Trattato di diritto privato,* P. Rescigno (red.), tom X, Torino 1982, str. 560.

[15] Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 2.06.2000 r., nr 7319.

[16] F. Carresi, *op.cit.*, str. 48.

[17] *Ibidem*.

[18] F. Carresi, *op.cit.*, str. 51.

przelew umowy dla swojej skuteczności wymaga zawsze zgody scedowanego podmiotu, a zatem każdorazowo ma on możliwość dokonania oceny, czy nowy kontrahent posiada cechy, które umożliwią mu efektywną realizację pierwotnego zobowiązania. Dlatego też, mając na uwadze nadrzędną zasadę swobody umów, nieuzasadnione wydaje się generalne wykluczanie możliwości cedowania tego typu umów, jeśli wola stron zobowiązania jest w tym zakresie odmienna[19].

Nie może być natomiast mowy o cesji umowy, w sytuacji gdy skutek w postaci przekształcenia podmiotowego jest wyłącznie akcesoryjny wobec sukcesji syngularnej określonego prawa i powstaje *ex lege*. Tytułem przykładu można podać art. 1918 cc, na podstawie którego nabywca ubezpieczonej rzeczy staje się automatycznie stroną umowy jej ubezpieczenia. Na podobnej zasadzie cesjonariusz staje się z mocy prawa zastawnikiem (art. 1263 cc).

4. Charakter zgody scedowanego podmiotu

Nieodzownym elementem czynności cesji umowy jest wyrażenie na nią zgody przez cedowany podmiot. Na gruncie przepisów próżno jednak szukać odpowiedzi na pytanie, jaki charakter ma przedmiotowa zgoda. W zależności zaś od odpowiedzi na to pytanie, zmianie ulega cała struktura omawianego zobowiązania.

W pierwszej kolejności możliwe jest przyjęcie poglądu, iż zgoda ta ma charakter konstytutywny, a zatem stanowi konieczny elementem cesji umowy, bez którego nie można mówić w ogóle o jej istnieniu[20]. Wszystkie te podmioty bowiem łączy wspólny cel w postaci dokonania przekształcenia podmiotowego po jednej ze stron stosunku zobowiązaniowego. W konsekwencji, umowa ta jest stosunkiem trójstronnym, powstałym pomiędzy cedentem, cesjonariuszem a scedowany kontrahentem. Za prawidłowością tej koncepcji – zdaniem M. Andreoli – przemawia również sposób sformułowania treści art. 1406 cc, w którego treści zostało wyraźne zaznaczone, iż cesja umowy jest dopuszczalna, o ile druga strona umowy wyrazi na to zgodę[21]. Jej zwolennicy podkreślają również, że o doniosłości zgody świadczy przede wszystkim fakt, iż w razie jej braku pierwotny stosunek nie ulega modyfikacji. Dodatkowo, odwołują się oni do ogólnej zasady, iż skoro

---

[19] G. De Nova, *op. cit.,* str. 562.

[20] Clarizia, *op. cit.,* str. 64; G. De Nova, *op. cit.,* str. 563; U. Natoli, *Alcuni aspetti della cessione del contratto secondo il nuovo codice civile, Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – Sezioni civili. Riferimenti Normativi.,* 1946, tom II, str. 319, G. Criscuoli, *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto, Giustizia civile,* 1957, str. 1595.

[21] M. Andreoli, *op. cit.,* str. 39.

przedmiotem cesji umowy jest wierzytelność przysługująca cedowanemu podmiotowi, to nie można nią dysponować bez jego aprobaty. Zasada ta znajduje zastosowanie w przypadku wszystkich czynności prawnych, w których dochodzi do zmiany pierwotnego dłużnika[22].

Informacja o wyrażeniu zgody przez cedowany podmiot musi dotrzeć zarówno do cedenta, jak i cesjonariusza. Brak jest natomiast jakichkolwiek wymogów co do formy jej wyrażenia, a zatem za dopuszczalne uznać należy nawet wyrażenie jej w sposób dorozumiany. Zgoda ta może zostać wyrażona również następczo[23].

W myśl drugiej z koncepcji zgoda cedowanego podmiotu ma wyłącznie skutek w postaci uwolnienia cedenta z odpowiedzialności wobec dotychczasowego wierzyciela za istniejące zobowiązanie i nie stanowi elementu konstytutywnego samej czynności przelewu. W konsekwencji, cesja umowy ma charakter czynności dwustronnej pomiędzy cedentem a cesjonariuszem. W razie braku wyrażenia przedmiotowej zgody zawartą umowę należy traktować, jako przelew wierzytelności, na podstawie którego cesjonariusz, po dokonaniu stosownie notyfikacji, nabędzie możliwość żądania spełnienia świadczenia na jego rzecz od scedowanego podmiotu. Nie dojdzie natomiast do powstania jakiegokolwiek stosunku prawnego pomiędzy dotychczasowym wierzycielem a cesjonariuszem. Ten pierwszy spełnienia swojego świadczenia nadal będzie się mógł domagać wyłącznie od cedenta, który z kolei będzie miał roszczenie zwrotne wobec „niedoszłego" cesjonariusza w związku z zawarta pomiędzy nimi umową[24].

5. Kauza

Cesja umowy, jak każda czynność kauzalna, musi mieć zdefiniowaną prawnie istotną przyczynę jej dokonania. Ze względu jednak na tak specyficzny przedmiot umowy zagadnienie to budzi we włoskiej doktrynie liczne kontrowersje i nie brak w tym zakresie rozbieżności.

Zgodnie z pierwszym poglądem przyjmuje się, że kauza przedmiotowej czynności jest tożsama z kauzą zobowiązania pierwotnego, a zatem w przypadku umowy sprzedaży będzie to *causa obligandi vel acquirendi*, w przypadku

---

[22] F. Carresi, *op.cit.*, str. 58.

[23] Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 23.04.1980 r., nr 2674; Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 9.12.1997 r., nr 9251; Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 7.08.2002 r., nr 11918; Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 15.03.2004 r., nr 5244.

[24] R. Cicala, *op. cit.*, str. 246.

umowy darowizny *causa donandi* itd.. Zdaniem F. Carresi, kauzę w tym przypadku należy definiować jako zmienną i nierozerwalnie związana z pierwotną umową, co jest zresztą charakterystyczne dla czynności prawnych drugiego stopnia[25].

Niektórzy przedstawiciele doktryny określając kauzę dla cesji umowy, odwołują się jeszcze do umowy sprzedaży. Ich zdaniem podmioty dokonujące tej czynności zainteresowane są wymianą wierzytelności i długu, co koncepcyjnie odpowiada nabyciu dobra od sprzedawcy za ustaloną uprzednio cenę. Innymi słowy, zainteresowany nabyciem wierzytelności cesjonariusz zgadza się na przejęcie wraz z nimi odpowiadającego im długu[26]. Ze względu na fakt pomijania w swoich rozważaniach woli scedowanego podmiotu, koncepcja ta pozostaje w silnym związku z założeniem o dwustronnym charakterze czynności cesji umowy.

Poglądom tym przeciwstawiania jest obecnie dominująca koncepcja, w myśl której cesja umowy posiada własną kauzę, którą określa się jako chęć dokonania przekształcenia podmiotowego w istniejącym już stosunku zobowiązaniowym, wspólną dla wszystkich trzech podmiotów[27]. Na jej uzasadnienie podnosi się, iż brak jest podstaw dla pozbawiania jej własnej kauzy tylko z tego powodu, że jest to czynność drugiego stopnia. Jak podkreśla G. Criscuoli, istnieje wiele czynności drugiego stopnia, które posiadają własną, zindywidualizowaną kauzę (choćby czynność modyfikacji umowy).

Podejmując próbę zdefiniowania kauzy cesji umowy, należy jeszcze zwrócić uwagę na brzmienie art. 1408 i 1409 cc. W ich treści bowiem został przesądzony nierozerwalny związek pomiędzy umową cesji a pierwotnym zobowiązaniem. Innymi słowy, niezależnie od przyjętej koncepcji, kauzy tych obu czynności będą miały na siebie wpływ i będą się wzajemnie przenikać. Próba zaś ich oddzielenia zawsze pozostanie zabiegiem czysto teoretycznym i sztucznym. Wręcz, analizując uważnie przepisy *Codice civile* dotyczące cesji umowy, wydaje się, iż rozstrzygnięcie w zakresie kauzalności omawianej czynności prawnej miało drugorzędne znaczenie. Dla włoskiego prawodawcy bowiem kluczowe było precyzyjne określenie skutków prawnych, jakie jej dokonanie ma wywołać.

---

[25] F. Carresi, *op.cit.*, str. 53.
[26] R. Cicala, *op. cit.,* str. 144.
[27] G. Criscuoli, *op. cit.,* str. 1604.

6. Specyfika wielostronnej czynności prawnej

Przyjęcie stanowiska, iż cesja umowy ma charakter umowy trójstronnej ma znaczenie nie tylko z punktu widzenia charakteru zgody, o której mowa w art. 1406 cc. Równie istotne okaże się to w razie chęci jej ubezskutecznienia. Możliwość powołania się zarówno na podstęp, jak i błąd będzie warunkowana wykazaniem, iż wszystkie pozostałe strony by świadome istnienia tejże okoliczności. Nie będzie to natomiast dopuszczalne w przypadku, gdy tylko jedna ze stron była tego świadoma. Każde inne rozwiązanie godziłoby bowiem w zasadę ochrony praw słusznie nabytych. Z tych samych względów za ważną uznać należy cesję umowy dokonaną pozornie czy też w celu niezgodnym z prawem, o ile okoliczność ta była znana wyłącznie dwóm z trzech podmiotów.

Nie oznacza to jednak, iż strona pozostająca w dobrej wierze jest pozbawiona jakiejkolwiek ochrony. W przypadku podstępu może się ona odwołać do zasad ogólnych odpowiedzialności za czyny niedozwolone (art. 2043 cc). W razie wystąpienia zaś błędu możliwe jest powołanie się na treść art. 1337 cc, który stanowi, że każda ze stron w czasie prowadzenia negocjacji oraz zawierania umowy jest zobowiązana do postępowania zgodnie z dobrymi obyczajami. Poszkodowana strona może się także domagać unieważnienia dwustronnych stosunków prawnych, które łączą ją osobno z każdą z pozostałych stron, jak również wystąpić z roszczeniem o zwrot świadczenia bądź odwołać się do instytucji bezpodstawnego wzbogacenia[28].

Ograniczona zostanie w przypadku tej umowy także możliwość zastosowania art. 1448 cc, który określa przesłanki żądania unieważnienia umowy w związku z wykorzystaniem przymusowego położenia drugiej strony. Możliwość powołania się na tę regulację będzie zawsze uzależniona od wiedzy scedowanego podmiotu, który na potrzeby tej normy nie może być postrzegany jako osoba trzecia. Z tych względów to również on ma prawo zaproponować taką modyfikację umowy, by przywrócić równowagę (art. 1450 cc).

Wydaje się również, iż należy odrzucić możliwość rozwiązania takowej umowy zarówno w związku z jej niewykonaniem, jak i z powodu następczej niemożliwości świadczenia. Mając bowiem na uwadze, iż do przekształcenie podmiotowe dochodzi do skutku już z chwilą zawarcia umowy, to z punktu widzenia prawnego nie jest możliwe jej niewykonanie[29].

---

[28] Carresi, *op.cit.*, str. 118.

[29] Carresi, *op.cit.*, str. 120; Clarizia, *op. cit.,* str. 73; M. Andreoli, *op. cit.,* str. 61; S. Puleo, *op. cit.,* str. 82.

7. Podsumowanie

Instytucja cesji umowy we włoskim prawie cywilnym funkcjonuje z powodzeniem od wielu lat. Jej uregulowanie w *Codice civile* choć nie rozwiązało wszelkich wątpliwości związanych z jej stosowaniem, to znacznie to w praktyce ułatwiło.

Za przeważający na gruncie zarówno doktryny, jak i judykatury uznać należy pogląd, iż jest to czynność o charakterze trójstronnym, której elementem składowym i koniecznym jest wyrażenie zgody przez cedowany podmiot. Prawnie istotnej przyczyny jej dokonania upatrywać zaś należy w chęci dokonania przekształcenia podmiotowego w już istniejącym stosunku.

Przedmiotem przelewu jest całokształt praw i obowiązków spoczywających na cedencie. Na gruncie art. 1406 cc cedowane mogą być umowy o charakterze odpłatnym (nawet jednostronne), o ile wynikające z nich świadczenia nie zostały jeszcze zupełnie zrealizowane. Z aprobatą przyjąć również należy dopuszczalność przelewu umów o podwójnym skutku oraz typu *intuitu personae*.

Szczególny, trójstronny charakter tej czynności ma również wpływ na możliwość szeroko rozumianego wzruszania niniejszej umowy. Powołując się na takie instytucje jak błąd czy też podstęp, konieczne staje się wykazania, iż wszystkie pozostałe strony były świadome istnienia tej okoliczności. Ze względu na moment wywarcia skutku prawnego już w chwili dokonywania tej czynności wątpliwa wydaje się również możliwość jej rozwiązania z powodu niewykonania świadczenia lub następczej niemożliwości jego spełnienia.

8. Recapitulation

Assignment agreement institution in the Italian civil law has been successfully operating for many years. Its regulation in the "Codice civile" has not resolve all the doubts related to but contributed to facilitation a lot of practice.

The opinion that it is an activity of a tripartite nature wherein a necessary component makes consent ceded by the entity prevails on the ground for both: the doctrine and jurisprudence. Legally valid reason to make it should be seen in the desire to transform subjective in the existing relationship.

The subject of the transfer are overall rights and obligations incumbent on the cedant. On basis of the Art. 1406 of the Italian civil code might be ceded contracts for pecuniary (even unilateral), provided that performances resulting from them have not been yet completed. It should be acknowledge with

approval admissibility of the transfer agreements for double effect and intuitu personae type.

Particular, the tripartite nature of the action also affects the possibility of being moved broadly understood such an agreement. Relying on institutions such as confusion or deception it becomes necessary to demonstrate that all the parties were aware of the circumstances. Because of the time already exert legal effect at the time of this operation it also seems doubtful the possibility of its termination due to failure to provide or subsequent impossibility of its fulfillment.

Bibliografia

Akty prawne:

Regio decreto z dnia 6 marzo 1942 r., nr 262.

Literatura:

Andreoli M., *La cessione del contratto,* Padova 1951

Carresi F., *La cessione del contratto,* Milano 1950.

Cicala R., *Il negozio di cessione del contratto,* Napoli 1962.

De Nova G., *La cessione del contratto* [w:] *Trattato di diritto privato,* P. Rescigno (red.), tom X, Torino 1982.

Criscuoli G., *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto, Giustizia civile,* 1957.

Ferrara Fr. , *Teoria dei contratti,* Napoli 1490.

Mirabelli G., Delle obbligazioni. *Dei contratti in generale (art.1321 – 1469),* Torino 1980.

Mossa L., *Vendita di contratto, Rivista di diritto commerciale,* 1928, tom II.

Natoli U, *Alcuni aspetti della cessione del contratto secondo il nuovo codice civile, Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – Sezioni civili. Riferimenti Normativi.,* 1946, tom II

Nicolo R., *L'adempimento dell'obbligo altrui,* Milano 1936.

Pacchioni G., *Successione singolare nei debiti, Rivista di diritto commerciale,* 1911, tom I.

Puleo S., *La cessione del contratto,* Milano 1939.

Redenti E., *Dei contratti nella pratica commerciale,* Padova 1931.

Zaccaria A., *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, *Rivista di diritto civile*, 1985.

Orzecznictwo:

Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 24.06.1992 r., nr 7752.

Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 6.12.1995 r., nr 12576, *Gius,* 1996.

Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 9.12.1997 r., nr 9251.

Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 23.04.1980 r., nr 2674, *Rivista del notariato,* 1980.

Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 2.06.2000 r., nr 7319.
Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 7.08.2002 r., nr 11918.
Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 5.11.2003 r., nr 16635, *Gius,* 2004.
Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 15.03.2004 r., nr 5244.

Streszczenie

Tematem artykułu jest instytucja cesji umowy w prawie włoskim. W opracowaniu została podjęta próba zdefiniowana tego pojęcia w oparciu o art. 1406 włoskiego Kodeksu cywilnego. W pierwszej kolejności zwrócono uwagę na przedmiot przelewu umowy, którym jest całokształt praw i obowiązków jednej ze stron. Nie należy go natomiast utożsamiać z prostą sumą wierzytelności i długów. Następnie omówiony został charakter zgody strony umowy pozostającej w istniejącym stosunku zobowiązaniowym. Po krótce skomentowane zostały również występujące w doktrynie poglądy odnośnie kauzy tej czynności prawnej. Na zakończenie omówione zostały ograniczenia wynikające z trójstronnego charakteru tej czynności w przypadku prób jej następczego ubezskuteczniania bądź rozwiązywania.

SŁOWA KLUCZE: cesja umowy, przekształcenie podmiotowe, art. 1406 Codice civile, cedent, cesjonariusz

Summary

The present article is about assignment agreement in the Italian law. Therefore, in the study attempt was made to define this term basis on the Art. 1406 of the Italian civil code. First of all attention was paid to the subject of a transfer agreement which is the whole of the rights and obligations of either party and it should not be equated with a simple sum of the liabilities and debts. Then the nature of the consent of the parties to the agreement remaining in the existing contractual relationship was discussed. There were also briefly commented on those occurring in the doctrine views on the legal action void. At the end limitations imposed to the tripartite nature of the activities in case of consequent making ineffectual or solving were discussed.

KEY WORDS: Assignment of contract rights, subjective transformation, art. 1406 Codice civile, assignor, assignee

Autor

Anna Maria Barańska – absolwentka Szkoły Prawa Włoskiego i Europejskiego na Uniwersytecie Warszawskim, doktorantka w Katedrze Prawa Prywatnego Międzynarodowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Łukasz Chyla

Legal aspects of human cloning under international regulations

Prawne aspekty klonowania ludzi w perspektywie regulacji międzynarodowych

Introduction

At the beginning of 2018, the world was spreading news about the first successful cloning of macaques by Chinese scientists[1]. It was the first case of cloning of primates and it gave rise to a discussion, previously suspended for many years, about hypothetical consequences and dangers resulting from human cloning. For the first time since the famous case of cloning *Dolly* sheep, a birth of which in 1996 in Scotland touched international public, such remarkable progress in this field has been made. The current science achievements indicate that finding technology which would fully enable to perform such procedure, is only a question of time.

From the technical point of view, human cloning means artificial creation of genetically identical copy (a clone) from somatic cell of the donor. In other words, it is obtaining a new organism with genetic material identical with the original ("starting")[2] one. The basic genetic information in case of all living beings is included within the structure of deoxyribonucleic acid (DNA), i.e. genome[3]. It is worth adding, that multiplying embryos within the process of artificial insemination (*in vitro*) is also a kind of cloning. *In vitro*, however, concerns only reproductive cells, which makes the weight of discussion regarding

---

[1] Z. Liu, Y. Cai…*Cloning of Macaque Monkeys by Somatic Cell Nuclear Transfer*, Cell, Volume 172, Issue 4, p. 881–887, 08.02.2018.

[2] T. Twardowski, A. Michalska, *Problemy etyczne i prawne klonowania*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny nr 62 (4/2000), p. 1- 18.

[3] *Ibidem*. p. 1- 2.

cloning placed mostly over process of cloning with the usage of somatic cells (for example: hair, skin, nails)[4].

Typically, two kinds of cloning are distinguished: therapeutic cloning and reproductive cloning[5]. The first one means cloning of human cells and tissues for therapeutic and transplantation purposes and nowadays it enjoys the interest of numerous scientific and research centres, however, in none of the countries it is already functioning in medical practice. As examples of the most popular therapeutic methods shall be mentioned so-called SCNT - somatic cell nuclear transfer and so-called iPSC - induced pluripotent stem cells[6]. As closely linked to therapeutic cloning we can also note so-called cell-stem research[7]. The second, much more controversial one, type of cloning is so-called „reproductive cloning". It does not limit only to multiplying cells and specific tissues, but the main purpose of it is to achieve brand new and independent organism, having DNA code identical to its donor[8].

The discussed technology, provided that used responsibly, in opinion of many can remarkably contribute to the fastest medicine development in history, help in curing numerous genetic diseases and more and more common infertility of couples.

On the other hand, it is exceptionally controversial not only from the religious or bioethical point of view, and having many opponents. The process of cloning definitely poses a risk of severe health complications both for the women carrying the clone and for the cloned persons themselves. It is a result of multiple factors – amongst others, the fact that the starting material is constituted of already mature and often very vulnerable to various mutations somatic cells. Taking into consideration high risk for health and life of animals in the process of their cloning, similar attempts taken towards humans would be dangerous, irresponsible, and therefore, highly unethical[9].

---

[4] *Ibidem*. p. 1- 2.

[5] F. Bowring, *Therapeutic and reproductive cloning: A critique.* Social Science and Medicine, 2004, Vol. 58 (2): 401– 409.

[6] Ching-Pou Shih, *Moral and Legal Issues Concerning Contemporary Human Cloning Technology : Quest for*
Regulatory Consensus in the International Community to Safeguard Rights and Liberties Essential to the Future of Humanity, *Golden Gate University School of Law:* Theses and Dissertations, 2010, p. 26- 30.

[7] Ibidem, p. 26- 31.

[8] T. Twardowski, A. Michalska, *Problemy etyczne*…p. 2.

[9] I. Wilmut, *The limits of cloning*. New Perspectives, Vol. 31 (1): 38– 42.

Naturally, there is also suspicion that such „playing God" contradictive to the nature affects the dignity and respect for human – both for cloned and genetic donor, through treating human's life as an object and normalization of experiments on humans and human embryos[10]. There is also mentioned a couple of dangers arising under the misuse of this technology against societies' integrity and the public security. It is also worth noting about possible pathologies and perversions of nature, such as appearance of „clones cultures" in order to use their organs and tissues as spare parts, or creation of black market of human embryos trafficking, having for example specific and desirable genetic features[11].

Also from the society's perspective, so-called „reduction of the gene pool" can directly lead to decreased immunity, and therefore to expose humanity to various pandemics to the unprecedented extent.

Overly complex nature of the concerned issue can be also noted to legal perspective thereof. One can imagine numerous potential problems which could arise even in such fields as human rights (the conflict of human dignity on one hand, and procreation rights on the other). Also in the context of family law (in particular parental rights and maintenance obligation) the „parents" of the cloned child shall be legally identified from the range of potential candidates such as donor of the genetic material, its heirs, and possibly even the doctor, if he/she conducted the process of cloning in "authorized" manner. The conclusion of those issues will be obviously crucial for the law of succession. Numerous potential doubts are based also in such fields as intellectual property law – for example, patent law. The same applies to questions such as privacy or publicity rights (it is enough to imagine a clone of renowned authority or celebrity used for public and commercial purposes). There is also problem of rights of original genetic material owner and claims of person, the DNA of whom has been used to production for example a series of clones. The dissemination of cloning technology would also result in the urgent need of adjustment of public law to (i.e. in the scope of genetic diversity and biodiversity preservation), and penal law norms (effective prevention of illegal practices such as embryos trading or human/human organs trafficking).

The importance of the issue of human cloning requires decisive actions on the part of the specific state's legislators. The problem cannot be considered as solved by the fact that until the year of 2018 almost 80 countries have internal regulations – more or less restrictive ones – concerning human cloning

---

[10] Ching- Pou Shih, *Moral and Legal Issues… p.* 65- 78.

[11] J. Bernard, *Od biologii do etyki,* Warszawa 1997, Wyd. Naukowe PWN, p. 190- 193.

prohibition[12]. Leaving even a couple of blank spaces on legislative map of the world can result in mass phenomenon of searching liberal legal systems by the research teams (so-called „*venue shopping*"), and thus, consequences for all international community[13].

Moreover, there shall be made legal differentiation between the reproductive cloning and therapeutic cloning – considered in science as showing a great potential for the development of medicine, and characterized by lack of the most of concerned dangers. An equal treatment of both types of cloning has been for years a reason of not involving fully the great potential which lies in the development of so-called cell-stem research, which, due to their reproductive character, are considered as timeless breakthrough in the field of transplantation.

In the international doctrine there has been for years underlined an urgent need for achieving trans-national unity and homogenisation in the scope of the legal approach to the question of cloning. The basis for such approach was a conviction that the adverse effect of the lack thereof in a natural way will go beyond of the specific countries' borders and their legislative systems. In order to estimate the scale of the problem, it is therefore worth closely analyzing the actions taken up-to-date and the current legal situation regarding cloning under international public law.

Patent law and human cloning

Firstly, it shall be considered whether patent law provides certain protections against human cloning. It results from the fact that the creation of the concerned technology, which requires considerable financial commitments, would turn out to be unprofitable in case where it is not possible to obtaining of a patent.

Under international patent law, the problem of cloning find its basis indirectly in art. 27 section 2 of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)[14] and art. 53 of the Paris convention[15], pursuant to which the patent protection can be dismissed due to protection of public interest, protection of morality, protection of health and life of people, and also the danger caused to natural environment. The Polish act on industrial property law refers

---

[12] *https://www.geneticsandsociety.org/topics/human-cloning*.

[13] Ching- Pou Shih, *Moral and Legal Issues… p.* 216.

[14] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=LEGISSUM:r11013.

[15] Paris convention on industrial property protection dated 20 March 1883 r., J.L. 1975. No. 9, item 51.

to the above in art. 29 section 1 point 1. Pursuant thereto, the patents are not granted to inventions the usage of which would be contrary to the public interest or decency, in the same time the usage shall not be classified as contrary to the public interest or good will solely on the basis of the usage prohibited by law[16].

Already under those regulations there would be, therefore, possibility to dismiss granting of a patent for invention of human cloning technology, the usage of which would be contrary to public interest. Both conventions are of crucial importance due to their common character – they have been applied by, accordingly, 162 and 177 countries.

Solution similar to those based on conventions is functioning also under art. 53 of European Patent Convention (Convention on the Grant of European Patents). However, the most strict legal rules are based in European Union upon the directive 98/44/WE, pursuant to which the methods of human cloning (including the technology of embryo division, aimed at creation of human with the same cell genetic information as other human's) shall be deemed as contrary to public morality and, therefore, the granting of patent is dismissed. This means the definitive prohibition of granting patent to method of human cloning within the European Union. Implementation of this provision in Poland is reflected by art. 93(3) section 2 of Polish industrial property law[17].

The granting of patent to human cloning method does not seem possible also in other jurisdictions. For example, also in the United States the developments in research concerning human cloning have been stopped by the proper interpretation of patent law. However in the US there does not exist any provision directly prohibiting granting of patents to inventions contrary to public decency or interest, the judiciary has successfully formed a range of patent exclusions. Pursuant to the art. 101 of US Federal Patent Act, the patentable inventions shall be new, useful and unobvious. It is considered, however, that products of nature cannot be subject to patent due to fact of not meeting the obligations above – in particular the requirement of new character (*Funk Bros Co v. Kalo Inoculant Co*[18] and *Diamond v Dieker* cases[19]). Another reason is the reasoning presented by the United States Patent and Trademark Office, which officially deems human cloning as contrary to the 13th Amendment to Constitution, prohibiting slavery and compulsory serving other people. One also brings an

---

[16] P. Kostański, Ł. Żelechowski, *Prawo własności przemysłowej*, C. H. Beck Warszawa 2014, p. 71.

[17] Polish Act of 30 June 2009 – Industrial Property Law, J.L. 2001 no. 49 item 508.

[18] *Funk Bros Co v. Kalo Inoculant 333 US 127 (1948).*

[19] *Diamond v Dieker 450 US 175 (1981).*

argument that granting of patent to human cloning would be contrary to the 14th Amendment which guarantees the right to reproduction. In turn, in the recent „*Roslin Institute*" case dated 8 May 2014 the federal court dismissed application for granting of patent to mammals cloning method which has been used for obtaining *Dolly* sheep, due to the fact that the cloned creature has been an ideal copy of the natural phenomenon, not meeting therefore the requirement of the new character under art. 101.

The obstacles above do not mean, however, that such invention as reproductive cloning method cannot be used. There shall be therefore acknowledged a dangerous character of situation in which the actual threshold for cloning is exclusively patent law, and there shall be searched other barriers for the development of such technology on the international level.

1. Norms of international law

1.1. The Council of Europe

First steps of the members of the Council of Europe timing AT facing challenges started by the development of technology date back to 1982. In recommendation no. 934 of the Parliamentary Assembly regarding genetic engineering there was included opinion that right to life and human dignity (preserved by articles 2 and 3 of the European Convention on Human Rights) shall be also concerned as right to succession of genetic structure, which has not been "artificially modified"[20]. In turn, in recommendation no. 1046 (dated 1986) the Parliamentary Assembly called the member countries to introduce prohibition of creating the human embryos by manner of in vitro insemination for scientific purposes. Moreover, the recommendation addresses negatively the issue of creation of human beings with the usage of any method – including cloning[21]. Another step taken by the Council of Europe was resolving in 1997 the Declaration of the Council of Europe concerning the prohibition of human cloning[22]. Despite the fact that this document does not have a binding character, a key importance had

[20] T. Twardowski, A. Michalska, *Kontrowersje- Klonowanie*, Medycyna Wieku Rozwojowego (5/2001), p. 187.

[21] *Ibidem.*

[22] C. Mik, *Klonowanie człowieka w pracach Unii Europejskiej*, Medycyna Wieku Rozwojowego, 2001, Suplement 1 do nr 1, p. 206.

the admission that "cloning poses a serious threat" and the Member Countries shall „take any and all steps in order to prohibit human cloning"[23].

A breakthrough initiative of the Council of Europe turned out to be The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine[24] (also known as "European Bioethical Convention" or the "Oviedo Convention). The convention is first international treaty protecting the integrity of human existence, and in the same time an instrument demonstrating the determination of the Council of Europe in striving for taking control over potential threats arising from the development of biomedicine[25]. It puts emphasis on the need of common respect to human life both in its individual and collective aspect, expressly prohibiting the creation of human embryos for scientific purposes. As to date, the Convention has been ratified by 29 Countries[26].

A main idea thereof, expressing the aim of protecting human beings from the instrument approach and consequences of the development of biomedicine, has been included within the article 2:

Article 2 (Primacy of the human being)

The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science.

And the issues regarding indirectly human cloning have been included within articles 13 and 18:

Article 13 (Interventions on the human genome)

An intervention seeking to modify the human genome may only be undertaken for preventive, diagnostic or therapeutic purposes and only if its aim is not to introduce any modification in the genome of any descendants.

Article 18 (Research on embryos in vitro)

1. *Where the law allows research on embryos* in vitro*, it shall ensure adequate protection of the embryo.*
2. The creation of human embryos for research purposes is prohibited.

---

[23] Ching- Pou Shih, *Moral and Legal Issues…* p. 208.

[24] Council of Europe, *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine*, English language version available for example at *https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164*, Polish language version available for example at T. Jasudowicz, *Europejskie standardy Bioetyczne. Dokumenty i Orzecznictwo,* Kraków 2014.

[25] R. Andorno, The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law, Journal of International Business Law Vol. 02, 2005.

[26] Ching- Pou Shih, *Moral and Legal Issues… p.* 209.

The purpose of the Convention was to achieve international (and as wide as possible) consensus, which was possible exclusively thanks to providing only such low and minimal level of protection in the Convention. It resulted from the significant differences in views and principles between the countries of catholic tradition, and on the other hand the states in which a strong impact is put on the development of human embryos cloning technology (in particular in the scope of cell-stem research). Therefore, there is no direct reference to the problem of human cloning.

In 1998, due to too general wording of the Convention, an Additional Protocol regarding prohibition of human cloning has been resolved[27], which raised protection standard and became first legally binding document of an international character, directly addressing the issue of human cloning.

The Preamble of the Protocol indicates two crucial motives which have been taken into consideration when adopting it. These include: science development in the scope of mammals cloning and the fact that human cloning can be possible in the nearest future[28]. From the Preamble it results also that any form of cloning aiming at obtaining genetically identical human being is contrary to human dignity and shall be classified as inappropriate usage of biology and medicine.

The most important provisions of the Protocol have been included in first two articles:

Article 1

Any intervention seeking to create a human being genetically identical to another human being, whether living or dead, is prohibited.

Article 2

No derogation from the provisions of this Protocol shall be made under Article 26, paragraph 1, of the Convention.

Within the meaning of the article 1, the notion of human being „genetically identical" to other human being means a human being sharing with the other one the same set of genes included in the cell nucleus. Article 2 however expressly exempts the possibility of applying the exceptions from the Article 26.1 of the Convention (permitting to exclude rights and guarantees in case of the need of

---

[27] Council of Europe, *Additional Protocol* to the *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine on the Prohibition of Cloning Human Beings*, English language version available for example at https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/168, Polish language version available at T. Jasudowicz, *Europejskie standardy Bioetyczne. Dokumenty i Orzecznictwo,* Kraków 2014.

[28] T. Twardowski, A. Michalska, *Kontrowersje- Klonowanie…p. 187.*

public interest protection, prevent crimes, public health protection or protection of rights and freedoms of other people).

The breakthrough nature of the Protocol is based on the fact that it explicitly prohibits human cloning. However, the natural consequence of the precisely characterizing the scope of this prohibition is the fact, that up-to-date it has been ratified only by 24 countries[29]. As the „great absent" there shall be mentioned, amongst others, Germany, Great Britain, Russia and Poland (the latter, despite signing the Protocol in 1999, has not decided so far to ratify it due to the doubts regarding for example the level of human life protection towards the requirements provided under the Polish Constitution[30]).

Pursuant to the official Explanatory Report to the Additional Protocol, the diversity and randomness of the genetic combination of the human determine its uniqueness and it shall not be used[31]. What is important, the Report mentions that the Protocol does not express any opinions as of ethical admissibility of the Osage of cells and tissues cloning method for the scientific purpose and medical usage, where this technique may be valuable[32]. There appears the conclusion that the Protocol prohibits only cloning for reproductive purposes, while leaving in a sole discretion of countries the question of regulating the problem of therapeutic cloning. In some countries the Convention is interpreted, however, in a more strict manner, which limits significantly also the domestic usage of the specific methods of therapeutic cloning[33].

2.2. The European Union

The first actions taken by the EU structures were two resolutions adopted in, accordingly, 15 January 1998[34] and 7 September 2000. In the first of those the

---

[29] https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/168/signatures?p_auth=nbBbePS6.

[30] J. Lipski, *Opinia prawna na temat zgodności z Konstytucją RP Konwencji Rady Europy o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, no. 2 (42), 2014.

[31] *Council of Europe, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings,* English language version available for example at *https://rm.coe.int/1680occde9.*

[32] *https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/168.*

[33] *https://cnx.org/contents/4O_mfmxO@1/Overview-of-World-Human-Cloning.*

[34] Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie etycznych i prawnych problemów inżynierii genetycznej.

European Parliament called to prohibit human cloning and to ratify the European Convention on Bioethics together with the Additional Protocol. In the second one it expressed, in turn, an opinion that therapeutic cloning consisting of creating human embryos exclusively for scientific purposes is contrary to the European Union's Policy. Despite its non-binding character, both resolutions have made certain impact on the law of specific countries, designating a defined protective trend in this field.

The greatest achievement within the EU was adopting the Charter of Fundamental Rights of the European Union[35] (taking its standards from the European Convention on Human Rights) in 2000, which together with ratifying the Treaty of Lisbon from 2007 has become legally binding both for EU institutions and the specific Member Countries. .

The provisions regarding human cloning have been included in title I (Dignity), in articles 1 and 3:

Article 1

Human dignity

Human dignity is inviolable. It must be respected and protected.

Article 3

Right to the integrity of the person

1. Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity.
2. In the fields of medicine and biology, the following must be respected in particular:

   (d) the prohibition of the reproductive cloning of human beings.

The Charter of Fundamental Rights is the first document of such range, in which the term of „reproductive cloning" has been directly used in relation to human beings[36]. Similarly to the solution applied in the European Bioethical Convention, the Charter on Fundamental Rights is characterized by completely neutral position in relation to therapeutic cloning. This approach has also its confirmation in the official Clarifications to the Charter of the Fundamental Rights of the European Union.

---

[35] *European Commission*, *EU Charter of Fundamental Rights*, English language version available for example at *ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index_en.htm*, Polish language version available for example at T. Jasudowicz, *Europejskie standardy Bioetyczne. Dokumenty i Orzecznictwo,* Kraków 2014.

[36] *Official Journal (OJ.) of the European Communities, C 346/1 (18 December 2000)*, English language version available for example at *http://www.europarl.europa.eulcharter/pdfi'text_en.pdf.*

2.3 United Nations

At the global level the biggest number of attempts aiming at regulating the problem of human cloning and achieving homogenous international position within the United Nations and its subsidiary specialized agencies.

Beyond all, there shall be mentioned the activity of the World Health Organization and, organizationally, its most important body – the World Health Assembly. In 1997 and 1998 the WHA while taking into consideration the topic of human cloning, has adopted first two resolutions (WHA 50.37 and WHA 51.10) which stated that „reproductive cloning is unethical and contrary to the dignity and integrity of human being"[37].

Then, in 1999 there was conducted wide-range Consultations concerning the problems of genetics, cloning and biotechnology in order to elaborate further operations for the UN bodies. Further, in 2002 the WHO applied a distinct differentiation between reproductive cloning and cloning for medical research purposes, while calling to implement this differentiation also in the law of particular countries. Then, beginning from 2002, within the WHO a special department commenced functioning, dedicated to bioethical issues and aiming at developing further solutions to present them to UN General Assembly[38].

Another significant step in the activity of the UN was adopting in 1997 by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, and subsequently by the UN General Assembly, the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (resolution 53/152)[39]. The purpose thereof is protection the integrity of the human kind from being violated, from practices contrary to the rule of equal dignity and unfair usage of the scientific research results. Pursuant to the article 1, „*The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity*" [40]. Pursuant to the article 2: „*That dignity makes it*

---

[37] Ching- Pou Shih, *Moral and Legal Issues… p.* 214.

[38] *Ibidem*.

[39] *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, resolved by the UNESCO General Conference on 11 November 1997, approved by the UN General Assembly by the Resolution 53/152 dated 10 December 1998; Polish language version available in T. Jasudowicz, *Europejskie standardy Bioetyczne. Dokumenty i Orzecznictwo, Kraków 2014.;* English language version available for example AT http://www.unesco.org/ibc/uk/genome/project/index.html.

[40] Polish version: *Powszechna Deklaracja o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka*, Wyd. Polski Komitet ds. UNESCO, Warszawa 1998; T. Twardowski, A. Michalska, *Kontrowersje- Klonowanie…p.* 189.

imperative not to reduce individuals to their genetic characteristics and to respect their uniqueness and diversity"[41].

However, the biggest significance to the mentioned Declaration shall be attributed under the notable article 11, with the wording as follows:

Article 11

Practices which are contrary to human dignity, such as reproductive cloning of human beings, shall not be permitted. States and competent international organizations are invited to co-operate in identifying such practices and in taking, at national or international level, the measures necessary to ensure that the principles set out in this Declaration are respected.

Thus, the Declaration was a first international law act condemning reproductive cloning, as contrary to human dignity. Despite the lack of binding character, the Declaration constituted a major progress, and also an import ant example of so-called soft law, indicating global trend and being inspiration for many states legislations. Also in this case due to political reasons there was not enough will for making any reference to the possibility of admissibility of therapeutic cloning. It results directly from the fact that within the UN the differences of opinions are even more visible, preventing from achieving more definitive solutions.

In connection with the lack of binding regulation definitively prohibiting reproductive human cloning in 2001 France and Germany presented first initiative of adopting international Convention which would change this state. The purpose of such actions was also to fulfill certain gaps in domestic legislations which leader to the already mentioned so-called „*venue shopping*", so freedom of entities carrying out research over cloning to choose the countries characterized by the liberal norms in this scope. Also there has been made the proposition of regulating the research over stem cells in order to make them admissible in certain, strictly specified and justified cases.

The considerations over such convention made visible, however, a deep division into two camps of countries, a part of which expected liberalization and release resources of the UN for research (Germany, Great Britain), and the other one searched a possibility of extending the prohibition over any and all forms of human cloning (in particular: Spain, Italy, United States)[42]. As a result, the works on the convention were ceded to specialty appointed ad hoc committee,

---

[41] Polish version: *Powszechna Deklaracja o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka,* Warszawa 1998, Wyd. Polski Komitet ds. UNESCO.

[42] Ching- Pou Shih, *Moral and Legal Issues…* p. 216.

which works ended only in 2003 and did not effect in achieving the expected consensus[43].

The polarization of the political scene on the UN arena subsequently led to proposing two separate projects. The first one, made by Costa Rica, aimed at providing binding prohibition of all forms of cloning, including therapeutic cloning . The second on, on the initiative of Belgium, had the purpose of definitely prohibiting the reproductive cloning, simultaneously providing full discretion to the specific countries in the context of therapeutic cloning. In spite of numerous hidden attempts by both groups, none of the propositions acquired the majority and has been adopted by the UN General Assembly. In the meantime, also moderate proposition made by Honduras.

The breakthrough did not occur also in 2005 when the UN General Assembly adopted non-binding Declaration on the problem of human cloning[44], calling to provide complete prohibition of any and all forms of human cloning. By Declaration, "*The General Assembly hereby solemnly calls al. Member States to introduce a prohibition of All forms of human cloning to the extent they are contrary to human dignity and protection of human life*".

In the voting there have been noted 84 votes „for" and 34 votes „against", and 37 „abstained". The Declaration has obtained wide support from catholic countries, however it has been strongly criticized by the states with already developed research programs over the usage of stem cells. In turn, numerous Islamic countries did not take part in the discussion[45].

Many conservative countries have expressed the concern that the prohibition of the reproductive cloning may result in alleged allowing to therapeutic cloning. In turn, the supporters of liberalization were not willing to agree on universal prohibition of any and all types of human cloning[46]. It has effectively prevented from acquiring the consensus and led to final division. Some of the countries, including China, Belgium and Great Britain have expressly declared that they have no intention of meeting obligation provided thereunder. Many countries also expressed their deep disappointed of the lack of consensus in the problem

---

[43] *Ibidem*.

[44] United Nations Declaration on Human Cloning (2015), Polish language Mersin available inT. Jasudowicz, *Europejskie standardy Bioetyczne. Dokumenty i Orzecznictwo, Kraków 2014.;* English language version available for example at *https://digitallibrary.un.org/record/541409.*

[45] *https://en.wikipedia.org/wiki/Human_cloning#cite_note-PoloHorses-44.*

[46] A. Langlois, *The global governance of human cloning: the case of UNESCO*, Palgrave Communications, 2017, DOI: 10.1057/palcomms.2017.19, p. 3.

concerned, and abandoning by the UN of the project of differentiating between two forms of cloning, with the separated approach to cell-stem research[47].

Despite numerous appraisal voices on the part of Declaration's supporters in its current, critical towards cloning (including therapeutic one) form, it has become definitely weakened and unclear instrument to lead to a real change in the politics regarding human cloning[48]. In my opinion, the Declaration shall be considered as a failure for at least 4 reasons. Firstly, the Declaration does not have binding character, despite the fact that works conducted for many years were in their assumptions lead to adopting the binding international treaty. Secondly, the original authorization to the Legal Committee regarded the project opposing only the reproductive cloning. Thirdly, the wording of the Declaration is very general, calling the member countries only to prohibit cloning „*in the scope of being contrary to human dignity and protection of human life*". It can be, however, assumed in advance, that actions of any nature contrary to the values above should be subject to general delegalisation. Fourthly, the Declaration has been adopted by unclear majority and in the circumstances which deprives it even of moral authorization towards specific countries. On the contrary – instead of setting international trends in the approach to human cloning, it has showed the profound division between the UN members, thus resulting in the making the tabor from the problem of cloning in the UN arena and depriving for years of the hope of regulating those issues appropriately.

The expected results have not been also brought by the organizations affiliated by the UN: International Bioethics Committee and Intergovernmental Bioethics Committee[49]. Although the Working Party on human cloning appointed in 2008[50] recommended the need of adopting by the UN General Assembly of the international convention prohibiting human cloning[51], but due to the previous circumstances of the political nature, the issue has not been discussed in a plenary session[52]. The works within the following Working Programme operating on behalf of the IBC and IGBC in 2010- 2011 have been ended up with the conclusion that despite the need of regulating the issue of cloning, in

---

[47] Ibidem, p. 3- 4.

[48] United Nations University Institute of Advanced Studies. (2007) *Is Human Reproductive Cloning Inevitable: Future Options for UN Governance*. UNUIAS: Pacifico-Yokohama, Japan.

[49] A. Langlois, *The global governance…p.* 3- 6.

[50] *UNESCO, First Meeting of the Working Group of IBC and First Public Hearings on Human Cloning and International Governance.*

[51] *UNESCO*: *Report of the Working Group of IBC on Human Cloning and International Governance*.

[52] A. Langlois, *The global governance…*p. 4.

this regard there are still political obstacles impossible to fight[53]. The issue of cloning has been again undertaken only Turing the next Working Programme in 2014- 2015, and it has been summed up by the Report[54], which, as facing the longstanding dispute in the plenar sessions of the UN, indicated the urgent need of authorizing the specialized UN agencies (including UNESCO) to take the appropriate normative steps[55].

In the context of considerations on legal aspects of cloning there shall be, in my opinion, particularly concerned that the last Working Programme of IBC for the years of 2016-2017 did not include in its agenda the problem of human cloning at all[56].

It is worth adding the actions of G8 Group (Canada, France, Germany, Japan, Russia, Great Britain and United States), which during 23th G8 Summit in Denver urged to prohibit reproductive human cloning[57].

Lack of international legal framework – especially of general character – results nowadays in the exceptional normative chaos showed by wide range and discrepancies between the specific domestic regulations. In 2018, pursuant to the Center for Genetics and Society 46 countries prohibit any and all forms of human cloning, and another 32 states prohibited only the reproductive cloning, while leaving an opportunity for the research teams in order to clone cells and tissues and embryonic stem cells[58]. An excellent illustration of „legislative schizophrenia" in that area is the United States, where only a couple of states ban reproductive cloning and several others prohibit only financing such from public funds. What is more, the legal systems of many countries are characterized by far-reaching defectiveness and not being up to date. Amongst countries prohibiting cloning many regulations refer directly to SCNT method, which de facto makes them inapplicable to the other, especially the newest technologies[59].

---

[53] *UNESCO*: Human cloning and international governance, www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/internationalbioethics- committee/ibc-sessions/seventeenth-session-paris-2010/.

[54] *UNESCO*: Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights.

[55] A. Langlois, *The global governance…p. 5.*

[56] Preliminary Work Programme of the IBC for 2016-2017, www. unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/internationalbioethics- committee/work-programme-for-2016-2017/.

[57] Communique of Group 8 Denver Summit(1997), English language version available for example at: *http://www.g8.utoronto.ca/summit/1997denver/index.htm*.

[58] https://futurism.com/human-cloning-whats-stopping/.

[59] Lo B et al (2010), *Cloning mice and men: Prohibiting the use of iPS cells for human reproductive cloning. Cell Stem Cell*; 6 (1): 16– 20.

3. Abstract

The progress in biomedical sciences indicates that appearance of technology permitting to clone human is only a question of time. What is more, within less than a decade, it might be in the reach of almost every good equipped laboratory. This vision create numerous problems not only from the perspective of health and security of people, but also controversies of moral, ethical and legal nature.

It is undeniable that taking legislative initiative on international level is needed due to the fact that the consequences of abuse in the face of usage of human cloning technology will have global effects.

The overview of existing norms of international public law indicate that there are two basic grounds of problems. The first of them results from the fact that part of provisions of the European Biomedical Convention and the Additional Protocol or the Chart of General Rights of the EU (binding more than 30 states) there does not exist as for now any law, which would prohibit human cloning for strictly reproductive purposes. In turn, the most rigorous as of wording the Declaration of the UN General Assembly is of, at most, pinion-forming character, especially taking into consideration a common criticism against it.

The second serious omission on the part of international society is the question of strictly protective approach to the problem of therapeutic cloning. In none of the documents of an international range there was included a direct admission of the usage of human cells and tissues for scientific and therapeutic purposes, taking up (in best case) neutral position (the Bioethical Convention, the Protocol, the Chart on General Rights). The permanent state of legislative suspension, and also the lack of recognizing of the great importance of such action for the science prevent from their financing, not only on the part of international organizations and specialized agencies thereof, but also by private entities – it results, amongst others, from the negative vibe surrounding this field and the natural fear of its immediate delegalisation (the high capital intensity together with the postponed rate of return effectively deters the investors).

Thus, the current legislative deadlock definitely blocks research over the usage of stem cells in medicine and transplantation which shall obtain a definitely negative opinion.

In order to meet the mentioned challenges of modern biotechnology and medicine there is an urgent need of adopting common, international Convention, which on one hand would prohibit cloning for reproductive purposes, and on the other hand introduce a strict differentiation between the specific types

of cloning, allowing for the development of therapeutic cloning and cell-stem research to be financed from public funds.

And despite the fact that in the field of biomedicine a characteristic phenomenon is that law has to considerably catch up with the development of science[60], there should still be hoped that the global policymakers take the appropriate steps, before the first successful case of human cloning will make the headlines.

Bibliography

Literature:

Andorno R., *The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law,* Journal of International Business Law Vol. 02, 2005.

Bernard J., *Od biologii do etyki,* Warszawa 1997, Wyd. Naukowe PWN, p. 190- 193.

Bowring F., *Therapeutic and reproductive cloning: A critique.* Social Science and Medicine, 2004, Vol. 58 (2): 401– 409.

Ching-Pou Shih, *Moral and Legal Issues Concerning Contemporary Human Cloning Technology : Quest for Regulatory Consensus in the International Community to Safeguard Rights and Liberties Essential to the Future of Humanity*, *Golden Gate University School of Law:* Theses and Dissertations, 2010.

Forster H., Ramsey E., *Legal Perspectives on Cloning ofHuman Beings,* (1998), 32 VAL. U. L. REV. 433- 454.

Jasudowicz T., *Europejskie standardy Bioetyczne. Dokumenty i Orzecznictwo,* Kraków 2014.

Kapelańska J., *Klonowanie człowieka i embrionalne komórki macierzyste w świetle prawa porównawczego*, Prawo i Medycyna*, no. 23 (2/2006).*

Langlois A., *The global governance of human cloning: the case of UNESCO*, Palgrave Communications, 2017, DOI: 10.1057/palcomms.2017.19.

Lipski J., *Opinia prawna na temat zgodności z Konstytucją RP Konwencji Rady Europy o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, no. 2 (42), 2014.

Liu Z., Cai Y., *Cloning of Macaque Monkeys by Somatic Cell Nuclear Transfer*, Cell, Volume 172, Issue 4, p. 881–887, 08.02.2018.

Matthews K., *Overview of World Human Cloning Policies* (2007).

Mik C., *Klonowanie człowieka w pracach Unii Europejskiej*, Medycyna Wieku Rozwojowego, 2001, Suplement 1 do nr 1, p. 206.

[60] M. Safjan, *Prawo i medycyna,* Warszawa 1998, Oficyna Naukowa, p. 10 - 11.

Official Journal (OJ.) of the European Communities, C 346/1 (18 December 2000), English language version available at *http://www.europarl.europa.eulcharter/pdfi'text_en.pdf.*

Parham L, Alvarez-Buylla A, and others, *Cloning mice and men: Prohibiting the use of iPS cells for human reproductive cloning. Cell Stem Cell*; 2010, Vol. 6 (1) : 16– 20.

Pynes C., *Human Cloning: Legal Aspects*. In: Encyclopedia of Life Sciences. John Wiley & Sons Ltd, Chichester. (Dec 2009), http://www.els.net [doi: 10.1002/9780470015902.a0005200.pub2].

Safjan M., *Prawo i medycyna,* Warszawa 1998, Oficyna Naukowa.

Twardowski T., Michalska A., *Kontrowersje- Klonowanie*, Medycyna Wieku Rozwojowego (5/2001), p. 187.

Twardowski T., Michalska A., *Problemy etyczne i prawne klonowania***,** Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny nr 62 (4/2000), p. 1- 18.

United Nations University Institute of Advanced Studies, (2007), *Is Human Reproductive Cloning Inevitable: Future Options for UN Governance*. UNUIAS: Pacifico-Yokohama, Japan.

Wilmut I., *The limits of cloning*. New Perspectives, Vol. 31 (1): 38– 42.

Legal acts:

Communique of Group 8 Denver Summit(1997), English language version available for example at: *http://www.g8.utoronto.ca/summit/1997denver/index.htm*.

Council of Europe, *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine*.

Council of Europe, *Additional Protocol* to the *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine on the Prohibition of Cloning Human Beings*.

Powszechna Deklaracja o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka, przekład polski: Wyd. Polski Komitet ds. UNESCO, Warszawa 1998.

Preliminary Work Programme of the IBC for 2016- 2017, www. unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/internationalbioethics- committee/work-programme-for-2016-2017/.

UNESCO. (2008a) First Meeting of the Working Group of IBC and First Public Hearings on Human Cloning and International Governance.

UNESCO: *Report of the Working Group of IBC on Human Cloning and International Governance*.

UNESCO: Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights.

United Nations Declaration on Human Cloning.

Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights.

Streszczenie

Na początku 2018 roku świat obiegła wiadomości o pierwszym udanym klonowaniu makaków przez chińskich naukowców. Wszystko wskazuje na to, że uzyskanie technologii wystarczającej do pomyślnego sklonowania człowieka jest tylko kwestią czasu. Kwestia klonowania podlega jednak nie tylko kwestiom etycznym, ale także różnym ważnym kwestiom prawnym, w tym prawom człowieka, aspektom prawa rodzinnego (takim jak władza rodzicielska czy kwestie alimentacyjne) oraz prawu własności intelektualnej (np. prawo patentowe). W ramach każdego z tych zagadnień pojawiają się liczne kontrowersje prawne wymagające szczegółowej analizy dogmatycznej. Omawiając dylemat klonowania, należy pamiętać, że ostateczne konsekwencje niespójnego prawodawstwa dotyczącego klonowania niewątpliwie będą miały charakter ponadnarodowy, więc może należy ponownie rozważyć, czy potrzebna jest uniwersalna polityka i międzynarodowy konsensus, wykraczający poza niewiążące deklaracje. Celem tego artykułu jest przedstawienie problemu klonowania ludzi z prawnego punktu widzenia, przeanalizowanie międzynarodowych polityk i regulacji przeciwko takim praktykom oraz wreszcie uchwycenie ogólnej tendencji i kierunku, w jakim zmierzają międzynarodowe przepisy w tej dziedzinie.

SŁOWA KLUCZE: klonowanie ludzi, regulacje międzynarodowe

Summary

At the beginning of 2018, the world was spreading news about the first successful cloning of macaques by Chinese scientists. Everything points to the fact that getting technology sufficient to successfully clone a human being is only a matter of time. However, the concept of cloning is subject not only to ethical questions but also to various important legal issues, including human rights, some particular aspects of family law (such as parental authority and child support regulations) and intellectual property law (patent law). As part of each of these issues, there are numerous legal controversies that require a detailed dogmatic analysis. While discussing the dilemma of cloning, it must be remembered that the final consequences of inconsistent cloning legislation will undoubtedly have a transnational character, so maybe it needs to be reconsidered whether a universal policy and international consensus on the matter is needed, going beyond the current non-binding declarations. The aim of this article is to present the problem of human cloning from the legal standpoint, analyze international policies and regulations against such practices and finally, to capture the general tendency and direction in which international legislation in this area is heading.

KEY WORDS: human cloning, international regulations

Autor

Łukasz Chyla - doktorant WPIA UJ pod opieką Prof. Andrzeja Szumańskiego, absolwent Melbourne Law School oraz Bucerius Law School w Hamburgu, a także Szkoły Prawa Amerykańskiego Columbus Law School. Do głównych zainteresowań naukowych należy prawo rynków kapitałowych, prawo międzynarodowe prywatne i arbitraż handlowy.

Aleksandra Rudkowska, Patrycja Figuła

Rola sędziego w kształtowaniu polubownych metod rozwiązywania sporów w świetle przepisów kodeksu postępowania cywilnego

Role of the judge in the forming of amicable methods of solving disputes in the light of provisions of the Code of Civil Procedure

Uwagi wstępne

Ugoda sądowa jest to instytucja wprowadzona do porządku prawnego, umożliwiająca stronom pozostającym w konflikcie rozwiązanie zawisłego między nimi sporu, nie w sposób konstytutywnego wyroku kończącego postępowanie sądowe, ale w sposób zupełnie swobodny, bez władczej ingerencji sądu, a jedynie pod jego nadzorem. Ugoda ma istotny walor wychowawczy. Nie tylko znacząco przyspiesza rozwiązanie konfliktu, ale daje gwarancję spokoju wewnętrznego i społecznego. Oprócz tych uniwersalnych wartości ugoda skraca postępowanie, obniża koszty, przyczynia się do zmniejszania obciążenia sądów[1]. Taka możliwość przewidziana była już nawet w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. - Kodeks Postępowania Cywilnego (Dz.U. 1930 nr 83 poz. 651), które weszło w życie 1 stycznia 1933 r. i stanowiło pierwszą ujednoliconą procedurę cywilną w Polsce. Artykuł 246 ówczesnego stanu prawnego nakładał na przewodniczącego obowiązek w postaci podjęcia próby przekonania stron do pojednania w trakcie trwania rozprawy. W momencie, gdy strony ostatecznie

[1] M. T. Romer, *Ugoda w postępowaniu procesowym i pojednawczym*, MOPR 2005, Nr 11, str. 293, Legalis.

osiągnęły porozumienie, osnowę ugody zawartej przed sądem wciągano do protokołu rozprawy, a strony zobowiązane były go podpisać[2].

Przepis o podobnym brzmieniu także został uwzględniony w obecnie obowiązującym kodeksie postępowania cywilnego z dnia 17 listopada 1964 r. Zgodnie z treścią art. 10 zd. 1 k.p.c. w sprawach, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd powinien w każdym stanie postępowania dążyć do ich ugodowego załatwienia. Takie rozwiązanie znajduje wiele pozytywnych konsekwencji dla znajdujących się w konflikcie stron. Wypracowany, w drodze zwykle wzajemnych ustępstw, kompromis pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w postępowaniu, ma bowiem daleko większe szanse na przynajmniej częściowe ich usatysfakcjonowanie, aniżeli autorytarne rozstrzygnięcie sprawy przez sąd. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że w praktyce ugody sądowe są przeważnie dobrowolnie respektowane przez ich strony, bez konieczności ich przymusowej egzekucji[3].

Co więcej, art. 10 zd. 2 k.p.c. poszerza znacznie zakres kognicji sądu w zakresie możliwości zaoferowania stronom zawarcia ugody przed mediatorem. Proponowane rozwiązanie może także być atrakcyjniejsze dla stron, gdyż mogą one w dużo krótszym czasie oraz w braku przewidzianej sformalizowanej procedury osiągnąć satysfakcjonujące rozstrzygnięcie w kwestii załatwienia sporu. Należy jednak mieć na uwadze, iż obowiązek sądu dążenia do ugodowego załatwienia sprawy tam, gdzie ona jest dopuszczalna, nie jest nowy[4]. Owa nowelizacja jako *novum* wprowadziła jedynie możliwość skierowania sprawy do mediacji.

Obecnie istnieje kilka możliwości załatwiania sporu bez konieczności wydawania w sprawie wyroku. Instytucją, która poszerzyła zakres możliwości sądu stała się ugoda sądowa, której zawarcie jest możliwe na kilka przewidzianych prawem sposobów. Wiele rozwiązań ma przede wszystkim uelastycznić postępowanie oraz dostosować jego model do potrzeb stron. W zależności zatem od rodzaju sprawy oraz wyrażonego przez strony entuzjazmu, sędzia może wykorzystać jedną z dostępnych metod i dzięki temu sprawić, że postępowanie będzie prowadzone w skuteczniejszy oraz efektywniejszy sposób.

Elementem łączącym każdą z tych metod jest przede wszystkim obecność sędziego, którego obowiązkiem, mimo kilku różnic, jest nadzór nad każdym

---

[2] Art. 246 - Przewodniczący powinien we właściwej chwili, jeżeli to uważa za możliwe, skłaniać strony do pojednania. Osnowa ugody, zawartej przed sądem, powinna być wciągnięta do protokołu rozprawy i stwierdzona podpisami stron, a w razie niemożności podpisania – przez Sąd.

[3] M. Śladkowski, *Zawezwanie do próby ugodowej w praktyce sądowej*, MOP 2009, Nr 14, str. 796, Legalis.

[4] M. T. Romer, *op.cit.*, str. 293, Legalis.

z prowadzonych postępowań. W związku z powyższym należy stwierdzić, że sędzia odgrywa doniosłą rolę w całym procesie zawierania ugody.

Warto zatem zastanowić się jak, wobec obowiązujących przepisów prawa oraz przewidywanej nowelizacji, kształtuje się rola sędziego w procesie, który w założeniu nie ma realnego wpływu na treść klauzul zawartych w ugodzie sądowej, a jednak stając na straży praworządności, ma za zadanie kontrolować przebieg czynności podejmowanych przez strony.

1. Pozycja sędziego w przedmiocie zawierania ugody

Kodeks postępowania cywilnego *explicite* normuje kilka sposobów zawarcia ugody na różnym stadium toczonego przez strony konfliktu. Zawarcie ugody jest możliwe zarówno przed, w trakcie, jak i po zawiązaniu oraz rozstrzygnięciu sporu przed sądem. Poniższa klasyfikacja bezpośrednio odzwierciedla zakres kompetencji przyznanych sędziemu, który w obecnym stanie prawnym nie tylko zobowiązany jest do nadzoru, ale również do oceny wymierności oraz jakości zawieranej ugody.

1.1. Ugoda sądowa zawierana w postępowaniu pojednawczym

Możliwość zawarcia ugody w postępowaniu pojednawczym funkcjonuje na podstawie art. 184-186 k.p.c. By jednak można było korzystać z tej formy konieczne jest, żeby sprawa, mająca zakończyć się ugodą, spełniała kilka podstawowych warunków. Po pierwsze musi mieć zdatność ugodową, określaną przez treść art. 184 k.p.c. mianem „zezwalającego charakteru sprawy". Wiąże się to z tym, że nie wszystkie rodzaje sporów nadają się do rozwiązania na podstawie powyższych przepisów. Mimo to, ustawa nie zawiera katalogu spraw, co do których można podjąć próbę zawarcia ugody. Pozostawiono problem praktyce sądowej, która, dzięki bogatemu orzecznictwu, doprowadziła do konkretyzacji takich sytuacji w sposób dość klarowny. Przykładowo przedmiotem ugody nie mogą być prawa niemajątkowe, w tym prawa majątkowe niezbywalne (np. użytkowanie). Przedmiotem ugody mogą być natomiast zobowiązania przedawnione[5].

[5] M. Śladkowski, *op.cit.*, str. 797, Legalis.

Dopuszczalność zawarcia ugody w takiej formie jest możliwa jedynie przed wniesieniem pozwu. Oznacza to, że decyzja w głównej mierze o skorzystaniu z tego środka zależy od powoda, który zamiast składać pozew, składa wniosek o zawezwanie do próby ugodowej do sądu. W tym przypadku postępowanie przeprowadza jeden sędzia zawodowy, dlatego też ma kontrolę nad całym jego przebiegiem. Elementem kończącym przeprowadzone postępowanie jest sporządzenie protokołu, w którym, jeśli doszło do zawarcia ugody, zamieszcza się osnowę osiągniętego porozumienia.

Sąd w tym przypadku ma wiele możliwości przewidzianych przez ustawę, by nie tylko nadzorować przebieg postępowania, ale także zaakceptować warunki, na jakich ugoda ma się opierać. Nie jest zatem tylko biernym kontrolerem, ale skupia w swojej mocy główny proces decyzyjny. W czasie przeprowadzania postępowania dowodowego jest także zobowiązany wyjaśnić na tyle okoliczności sprawy, by ostatecznie dojść do przekonania, że ugoda w tym przypadku będzie zgodna z prawem, a jej postanowienia obiektywnie akceptowalne. Na podstawie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 1999 r. należy przyjąć, że sąd nie jest zobowiązany do prowadzenia postępowania dowodowego w przypadku, gdy strony chcą doprowadzić do zawarcia ugody. Jest tak dlatego, że sam cel ugody polega na tym, że ma ona doprowadzić do skrócenia i zakończenia postępowania sądowego z chwilą jej zawarcia przed sądem. W orzeczeniu zwrócono w szczególności uwagę na treść art. 212 i 213 k.p.c., które nakładają na sąd obowiązek wyjaśnienia okoliczności sprawy i związane z nimi przesłanki ugody w granicach niezbędnych do prawidłowej oceny dopuszczalności jej zawarcia. Sąd przyjmuje jednak za prawdziwe oświadczenia stron o okolicznościach faktycznych sprawy, w takich granicach, w jakich nie budzą one uzasadnionych wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy[6].

Nie sposób również nie odnieść się do zmian, które weszły w życie 5 lutego 2005r. W art. 184 k.p.c. wykreślona została bowiem przesłanka, która pozwalała uznać ugodę za niedopuszczalną na podstawie rażącego naruszenia usprawiedliwionego interesu jednej ze stron. Mogłoby się wydawać, że wobec tej zmiany przewidziana została większa dyspozycyjność w zakresie ułożenia stosunków prawnych. Tymczasem nowelizacją wprowadzono inną przesłankę, którą sąd obowiązany jest badać. Jest nią określanie czy przez zawarcie ugody strony nie zmierzają do obejścia prawa. Nowelizacja spowodowała, że kryteria kontroli ugody w postępowaniu pojednawczym są takie same jak kryteria kontroli ugody

[6] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 1999 r., sygn. akt I PKN 200/99, Legalis nr 44555.

zawartej przed sądem w postępowaniu rozpoznawczym (art. 223 § 2 w zw. z art. 203 § 4 k.p.c.) i w postępowaniu mediacyjnym (art. 183^{14} § 3 k.p.c.)[7]. W aspekcie uznawania dopuszczalności zawarcia ugody zmiana nie była jednak rewolucyjna. Ugoda rażąco naruszająca usprawiedliwiony interes jednej ze stron, tak samo jak ugoda prowadząca do pokrzywdzenia osób trzecich, z reguły jest niezgodna z zasadami współżycia społecznego i dlatego powinna być uznana przez sąd za niedopuszczalną[8]. Oznacza to, że zakres kontroli dokonywanej przez sąd pozostaje wciąż bardzo szeroki.

Mając na uwadze powyższe, można obiektywnie stwierdzić, że rola sędziego jest bardzo ważna z punktu widzenia nie tylko kontroli nad przebiegiem postępowania, ale także wnikliwej analizy w momencie przeprowadzania postępowania wyjaśniającego. W obecności sędziego strony *de facto* muszą udowodnić, że zakończenie sporu w formie ugody nie będzie w skutkach niekorzystne dla żadnej z nich. Prewencja jest tutaj szczególnie ważna, ponieważ ugoda ma zapobiec, wszakże przyszłemu potencjalnemu procesowi sądowemu.

2.2. Ugoda sądowa zawierana w procesie lub w postępowaniu nieprocesowym

Samą ugodę można zawrzeć także na podstawie art. 917-918 kodeksu cywilnego. Z punktu widzenia prawa cywilnego materialnego ugoda jest umową, mocą której strony czynią sobie wzajemnie ustępstwa celem usunięcia niepewności, co do roszczeń wynikających z łączącego ich stosunku prawnego lub uchylenia istniejącego, lub mogącego powstać w przyszłości sporu[9]. Dlatego też istnieje możliwość, zawarcia ugody także w momencie trwania stanu zawisłości sprawy przed sądem, co ma skutkować eliminacją istniejącego konfliktu. Jest więc możliwe, by strony po wszczęciu sporu doszły do porozumienia, w taki sposób, że brak byłoby już konieczności wyrokowania w ich sprawie. Nie należy zapominać, że możliwość zawarcia ugody pojawia się także w trakcie trwania postępowania nieprocesowego, w którym to uczestnicy mogą, mimo braku realnego sporu, zadecydować o sposobie, w jakim dojdzie do rozstrzygnięcia danej kwestii związanej z ich interesem prawnym. Przedmiot ugody mogą stanowić prawa i obowiązki wynikające ze stosunków prawnych należących do wszystkich dziedzin

---

[7] K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 184*, Wyd. 7, Legalis 2016 nb. 11.

[8] *K. Piasecki* (red.), *op.cit.,* Wyd. 7./Legalis 2016 nb. 12.

[9] M. Śladkowski, *op.cit.,* str. 797, Legalis.

prawa prywatnego, jeżeli pozostają w swobodnej dyspozycji stron. Stosunki takie mogą wynikać z różnych zdarzeń cywilnoprawnych, w tym także z czynów niedozwolonych czy orzeczeń sądowych.

Określony stosunek prawny może zostać poddany ugodzie, jeżeli prawo przedmiotowe pozwala stronom na zmianę lub zniesienie tego stosunku[10]. Ponadto, ugoda pozostaje oczywiście w korelacji z art. 10 zd. 1 k.p.c., który, jak już zostało wcześniej wspomniane, obliguje sąd do podejmowania prób skłonienia stron do zawarcia ugody, a wcześniej do wnikliwej analizy sytuacji prawnej oraz faktycznej sprawy, w celu oceny jej zdatności ugodowej oraz intencji pozostających w konflikcie stron. Sąd działa na podstawie utartej zasady swobodnej oceny dowodów (art. 233 k.p.c.), która obowiązuje nawet w przypadku, gdy strony zdecydują się na ugodowe załatwienie sprawy. Zgodnie z art. 223 k.p.c. „przewodniczący powinien we właściwej chwili skłaniać strony do pojednania, zwłaszcza na pierwszym posiedzeniu, po wstępnym wyjaśnieniu stanowiska stron. Osnowę ugody zawartej przed sądem wciąga się do protokołu rozprawy albo zamieszcza w odrębnym dokumencie stanowiącym część protokołu i stwierdza podpisami stron. Niemożność podpisania ugody sąd stwierdza w protokole". Następnie, kiedy ugoda dojdzie do skutku, sąd umorzy dotychczas prowadzone postępowanie, dając tym samym wyraz akceptacji treści zawartej między stronami ugody.

By doszło do takiej sytuacji sąd, jednakże musi rozważyć przesłanki zawarte w art. 203 § 4 k.p.c. Pozwalają one sędziemu nie uznać ograniczenia roszczenia, gdy okoliczności sprawy wskazują, że wymienione czynności są sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierzają do obejścia prawa. Na podstawie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 1984 r. można stwierdzić, że przepis ten ma nie tylko charakter procesowy, ale i materialnoprawny. Dlatego też przesłanki w nim zawarte powinny stanowić podstawę do oceny ważności takie ugody[11].

Sędzia zatem zobowiązany jest, tak jak w przypadku ugody zawartej w postępowaniu pojednawczym, do holistycznego badania wszelkich okoliczności istotnych dla sprawy oraz treści samej ugody. Powyższe przesłanki dają sędziemu pełną kompetencję do oceny interesu prawnego obu stron lub uczestników postępowania. Istotne jest także zwrócenie uwagi na skutek, jaki proponowana

---

[10] K. Osajda (red.) Kodeks cywilny. Komentarz, Wyd. 18/Legalis 2018, *komentarz do art. 917 k.c.*, nb. 3.

[11] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 1984 r., sygn. akt II CR 214/84, Legalis nr 24298.

ugoda może wywołać w systemie prawnym oraz jakie konsekwencje przyniesie dla zainteresowanych podmiotów.

3. Pozycja sędziego w postępowaniach mediacyjnych

Mediacja jest sposobem rozwiązywania konfliktów, w których biorą udział skłócone strony oraz mediator. Taka konstrukcja wynika z przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Z założenia mediacja ma ułatwić dochodzenie roszczeń w sprawach cywilnych i jednocześnie skutecznie udzielić ochrony prawnej jednostkom. Ochronę tę ma zapewnić pewien formalizm, którym cechuje się działanie sądu. Celem mediacji jest umożliwienie stronom wykreowania warunków zapewniających osiągnięcie dobrowolnego porozumienia, a nie narzucenie im autorytatywnego rozwiązania przez sąd. Pomimo tego, istnieje jednak zespół czynności, do których podjęcia niezmienne właściwy pozostaje sędzia.

3.1. Nakłanianie stron do polubownego rozwiązania sporów

W polskim porządku prawnym mediacja została wprowadzona dopiero w 2005 roku. Wraz z upływem dziesięciu następnych lat nie stała się jednak popularną formą zakończenia sporów cywilnych. Z tego też względu, podążając za duchem zachodnich porządków prawnych, koniecznym było wprowadzenie szeregu zmian, które zwiększyłyby zainteresowanie tą instytucją. Odpowiedzią na nieefektywność i niechęć stron do poddania sprawy pod mediację była ustawa z dnia 10 września 2015 roku o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2016 r. Jak wynika z uzasadnienia projektu[12] celem analizowanego unormowania było zwiększenie liczby postępowań mediacyjnych podejmowanych na skutek umowy stron lub prowadzonych z wniosku o mediację przed wytoczeniem powództwa, i tym samych odciążenie sądów. Służyć temu miało wprowadzenie systemu usprawnień proceduralnych i organizacyjnych oraz zachęt ekonomicznych, które z założenia miały skłonić strony do podejmowania prób polubownego rozwiązania sporu przed skierowaniem sprawy do sądu lub

[12] Uzasadnienie rządowego projektu ustawy [...], druk sejmowy nr 3432, Sejm VII kadencji, s. 1-2.

w toku postępowania sądowego, a także zapewnienie odpowiedniej jakości usług mediacyjnych. Nie sposób nie zauważyć, że nowelizacja z 2016 r. wprowadziła na dużą skalę fundamentalne zmiany w procedurze mediacyjnej, jednakże ze względu na tematykę niniejszego artykułu, Autorki skupią się wyłącznie na pozycji sędziego oraz zakres kompetencji sądu, odgrywającego zasadnicze znaczenie w trakcie przebiegu mediacji.

Po pierwsze zgodnie z cytowanym już art. 10 *in fine* k.p.c.[13] sąd został obciążony powinnością[14] nakłaniania stron do mediacji. W sprawach, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd dąży w każdym stanie postępowania do ich ugodowego załatwienia, w szczególności przez nakłanianie do mediacji[15]. Treść niniejszego artykułu została minimalnie zmodyfikowana ustawą z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów przez podkreślenie, że sąd nie tylko powinien, ale ma dążyć do ugodowego załatwienia sprawy, w szczególności przez nakłanianie stron do mediacji. Mogłoby się wydawać, że zmiana ta jest nieistotna. Niemniej jednak taka rekonstrukcja przepisu, w kontekście poczynionych wyżej uwag, podkreśla rolę sędziów i sądu w zakresie upowszechnienia kultury polubownego rozwiązywania sporów w społeczeństwie. Powyższą interpretację art. 10 k.p.c. przyjął również Sąd Apelacyjny w Katowicach w swoim wyroku z dnia 7 marca 2017 r. stwierdzając, że przedmiotowy przepis *stanowi dyrektywę skierowaną do sądu, aby we właściwej chwili nakłaniał strony do pojednania*[16].

3.2. Mediacja na podstawie postanowienia sądu

Aby zapewnić jak najszersze zastosowanie mediacji w sprawach cywilnych przewidziano, poza mediacją umowną, możliwość przeprowadzenia mediacji także

---

[13] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 Nr 43, poz. 296).

[14] Tak: Olga Maria Piaskowska, w swoim komentarzu podkreśla, że pomimo literalnego brzemienia art. 10 k.p.c., który stanowi, iż „sąd powinien dążyć" do ugodowego zakończenia sprawy, przywołany przepis nie statuuje obowiązku, a jedynie powinność. Natomiast w literaturze przedmiotu sporne jest, czy art. 10 k.p.c. statuuje obowiązek sądu czy jedynie powinność. Za obowiązkiem optują m.in. Joanna Bodio w Kodeksie postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1-729, LEX.

[15] T. Ereciński, *Komentarz do art. 10 Kodeksu postępowania cywilnego*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Postępowanie rozpoznawcze*, wyd. V, pod. red. T. Ereciński, LEX.

[16] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 marca 2017 r., sygn. V ACa 252/16, LEX 2268921.

wtedy, gdy strony nie zawarły umowy o mediację, mianowicie na podstawie postanowienia sądu kierującego strony do mediacji (tj. art. 183^8 k.p.c.). Działając na podstawie komentowanego przepisu, sąd może podjąć decyzję o skierowaniu stron do mediacji fakultatywnie i z urzędu (wyjątkowo – obligatoryjnie na zarzut pozwanego)[17]. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że mediacja sądowa, a więc mediacja ze skierowania sądu, również ma charakter dobrowolny, gdyż strony same decydują o tym, czy chcą swoją sprawę pod nią poddać. Dobrowolność mediacji jest naczelną zasadą, która została uregulowana w art. 183^1 k.p.c. Jak słusznie się podkreśla, dobrowolność na etapie przystąpienia do mediacji ma charakter dyspozytywny i może zostać wolą stron zmodyfikowana. Natomiast zasada dobrowolności na etapie mediacji ma charakter bezwzględnie wiążący i w przypadku jej naruszenia nie mielibyśmy już do czynienia z mediacją[18].

Skierowanie stron do mediacji przez sąd możliwe jest obecnie na każdym etapie postępowania i nie wymaga ich zgody. Wyłączone jest skierowanie stron do mediacji w czasie zawieszenia postępowania, z wyjątkiem spraw o rozwód lub separację. Co jest istotne, to sąd na każdym etapie poddaje pod rozwagę ewentualną możliwość poddania sprawy pod mediację. Podkreśla się, że sądy powinny dokonywać selekcji i analizy każdej sprawy, która wpływa do sądu, pod względem ewentualnego wykorzystania procedury mediacji[19]. W tym miejscu należy poczynić uwagę, iż wydaje się za słuszne stwierdzenie, że art. 10 k.p.c. jest ściśle związany z art. 183^8 k.p.c. Elastyczność co do podjęcia przez sąd decyzji w tym zakresie w konsekwencji może wpłynąć na zwiększenie szans na zakończenie sporu w sposób polubowny[20].

Na tle omawianych przepisów jawi się kolejna kompetencja sądu tj. możliwość wyboru mediatora. Nie jest to jednak preferowana forma, gdyż sąd wskazuje mediatora dopiero w momencie, gdy strony nie podjęły decyzji. Warto również zwrócić uwagę na fakt, iż sąd nie jest związany stanowiskiem stron co do osoby mediatora. W praktyce przyjmuje się jednak, mając na uwadze treść art. 183^9 zdanie pierwsze *in fine*, że nieuwzględnienie przez sąd zgodnego wniosku stron

---

[17] P. Telenga [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom I. Art. 1-729*, red. A. Jakubecki A., J. Bodio, T. Demendecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M.P. Wójcik, LEX/el., 2018.

[18] P. Sobolewski, Skutki prawne umowy o mediację, Przegląd Prawa Handlowego, 2007, z.8, s. 34-38.

[19] Tak: Katarzyna Antolak-Szymanski [w:] Mediacja w postępowaniu cywilnym. Komentarz, Warszawa, 2017, s. 173. Podobnie: T. Ereciński [w:] *Komentarz postępowania cywilnego…*, red T. Ereciński, 2006, s. 426; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych…*, s. 360.

[20] Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów, druk sejmowy nr 3432, Sejm VII kadencji, pkt II, art. 1, pkt 10, s. 18-19.

o wyznaczenie określonej osoby na mediatora powinno nastąpić tylko wyjątkowo. Jako przykład można wskazać sytuację, gdy sąd dysponuje wiedzą o nieumiejętności prowadzenia mediacji przez mediatora wybranego przez strony[21]. Swoboda wyboru przez sąd jest w znaczny sposób ograniczona. W pierwszej kolejności, mając na uwadze odpowiednią wiedzę i umiejętność w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach danego rodzaju, sąd bierze pod uwagę stałych mediatorów. Należy odnotować, że wybór innego mediatora wymaga zgody obu stron[22].

Wobec powyższego nasuwa się wątpliwość, co w sytuacji, gdy tylko jedna ze stron sporu nie sprzeciwia się wyborowi sądu co do osoby mediatora. Doktryna opowiada się za przyjęciem, że sprzeciw co do osoby mediatora może przybrać postać wniosku o wyłączenie mediatora (art. 54 k.p.c. *per analogiam*) i żądania wyznaczenia innego albo wyraz braku zgody na mediację, z tym, że strona, aby uniknąć sankcji z art. 103 § 2 k.p.c., powinna wskazać przyczynę braku tej zgody, wynikającą z zastrzeżeń co do osoby mediatora[23].

Wprawdzie obowiązujący dziś art. 183^{9} §2 k.p.c. nie wywołuje żadnych kontrowersji, warto mieć jednak na względzie, że z wcześniejszego brzmienia przepisów dopuszczenie mediatora do zapoznania się z aktami sprawy wymagało zgody sądu wyrażonej w postanowieniu wydanym na zgodny wniosek stron. Na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego w doktrynie pojawiło się stanowisko akcentujące zapoznanie się przez mediatora z aktami sprawy jest czynnością wyjątkową[24]. Argumentacja taka znajdowała i nadal może znajdować odzwierciedlenie w art. 233 k.p.c. ustanawiającą zasadę swobodnej oceny dowodów przez sąd. Krytycy takiego założenia podkreślali, że do zadań mediatora nie należy ocena materiału dowodowego. Mając jednak na uwadze sprawność postępowania, wydaje się, że przyznanie mediatorowi *ex lege* prawa do zapoznania się z aktami sprawy ułatwia i przyspiesza postępowanie.

O tym, że sąd odgrywa węzłową rolę w procedurze mediacyjnej zostało już zasygnalizowane poprzez przytoczenie powyższych przepisów. Niemniej jednak, należy bez wątpienia przyjąć, że końcowy etap wyraźnie akcentuje znaczenie sądu w mediacji. Do sądów należy czuwanie nad tym, aby zawarta przez strony w drodze mediacji ugoda nie naruszała prawa. Katalog przyczyn, które uniemożliwiają zatwierdzenie ugody zawartej przed mediatorem, wskazany w art. 183^{14} §3

---

[21] P. Telenga [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom I. Art. 1-729*, LEX/el., 2018.

[22] T. Ereciński, op. cit., s. 439.

[23] P. Telenga, op. cit., LEX/el.

[24] Tak: R. Cebula [w:] Postanowienie sądu o skierowaniu stron do mediacji w świetle kodeksu postępowania cywilnego, Radca Prawny, 2008, nr 1, s. 85.

k.p.c. jest zamknięty, a w związku z tym nie podlega wykładni rozszerzającej. Kontrola dopuszczalności ugody zawartej przed mediatorem nie może polegać na merytorycznym rozpoznaniu sprawy[25]. Ugoda mediacyjna powinna być przygotowywana przez mediatora, którego zadaniem jest zapewnienie, aby jej treść była zgodna z prawem, zasadami współżycia społecznego, aby nie zmierzała do obejścia prawa oraz była zrozumiała i nie zawierała sprzeczności. Ustawodawca przyjął jednak model podwójnej weryfikacji ugody mediacyjnej. To sąd zatem zatwierdza ugodę ostatecznie, niezależnie od tego, czy przygotował ją zawodowy mediator.

3.3. Pozew a próba zawarcia mediacji

Obecne brzmienie art. 187 §1 k.p.c. stanowi skutek wspomnianej już wielokrotnie nowelizacji, zgodnie z którą pozew wniesiony po 1 stycznia 2016 roku powinien zawierać informację czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązania sporu, a w przypadku, gdy takich czynności nie dokonano, wyjaśnienie przyczyn niepodjęcia. Część przedstawicieli doktryny podkreśla, że mimo usytuowania wśród wymagań formalnych pozwu owej informacji, nie jest to wymaganie, którego niedochowanie skutkuje niemożnością nadania sprawie dalszego biegu. Z uwagi na to, sąd nie może wezwać powoda do uzupełnienia takiego wniosku, a po ewentualnym bezskutecznym upływie tego terminu zwrócić z tego powodu pozwu[26]. Przeciwnicy tego poglądu optują za uznaniem pkt. 3 jako wymogu formalnego, który podlega uzupełnieniu na takich samych zasadach jak pozostałe wymagania formalne, a skutkiem jego nieuzupełnienia jest zwrot pozwu przez przewodniczącego27. Na marginesie warto tylko dodać, że praktyka sądowa jest niejednolita, co do tego, czy wskazanie w treści pozwu, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu, stanowi obligatoryjny element skargi, czy jest jedynie brakiem formalnym pisma procesowego. Z perspektywy sędziego klasyfikacja ta ma znaczenie fundamentalne, gdyż skutki tych dwóch czynności są odmienne. Warto również podkreślić, że informacja o podjęciu polubownego rozwiązania sporu może ułatwić sędziemu dokonanie wstępnej oceny, co do ewentualnego skierowania sprawy do mediacji

[25] A. Góra-Błaszczykowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I.* Komentarz do artykułów 1-729, Legalis.

[26] E. Rudkowska-Ząbczyk, *Kodeks postępowania cywilnego...*, red. E. Marszałkowska-Krześ, komentarz do art. 187.

[27] I. Kunicki, *Kodeks postępowania cywilnego...*, red. A. Góra-Błaszczykowska, s. 626.

w toku postępowania sądowego. Brak podjęcia próby polubownego rozwiązania sporu lub informacji na ten temat w pozwie może rzutować na postępowanie na dalszych etapach, mowa tutaj o ewentualnym podjęciu przez sędziego decyzji o wezwaniu stron na spotkanie informacyjne lub posiedzenie niejawne w celu oceny, czy sprawa nadaje się do mediacji.

3.4. Sędzia w charakterze pośrednika mediacyjnego?

W listopadzie 2017 r. rozpoczęły się prace legislacyjne nad projektem zmiany kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z głównym założeniem ustawodawcy celem niniejszej nowelizacji jest usprawnienie oraz przyśpieszenie czasu trwania postępowań w sprawach cywilnych. Jednym z kluczowych elementów, które mają ku temu służyć jest dodany w projekcie z dnia 27 listopada o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw[28] rozdział dwudziesty pierwszy.

Z brzmienia projektowanego art. 205^6 k.p.c. wynika, że najbardziej pożądane jest doprowadzenie przez przewodniczącego do pojednania stron na posiedzeniu. Dopiero brak możliwości pojednania stron w toku posiedzenia przygotowawczego prowadzi do konieczności sporządzenia planu rozprawy, przy którego pomocy ma być zorganizowane dalsze postępowanie w sprawie[29]. Według sugerowanych zmian przewodniczący powinien skłaniać strony do pojednania oraz dążyć do ugodowego załatwienia sprawy, w szczególności w drodze mediacji. W tym celu sędzia może poszukiwać ze stronami polubownych sposobów rozwiązania sporu, wspierać strony w formułowaniu propozycji ugodowych oraz wskazywać sposoby i skutki rozwiązania sporu, w tym skutki finansowe.

Wydaje się, że przepis ten stanowi kolejny krok ustawodawcy w celu rozpowszechnienia mediacji. Tym razem jednak sędzia pełni funkcję pośrednika, który jednocześnie podczas skłaniania do mediacji, może zaproponować polubowne rozwiązania sprawy, a więc *de facto* przewidywane rozwiązanie sprowadza się do tego, co w obecnym kształcie kodeksu strony uzyskują po zawarciu ugody mediacyjnej.

Planowane jest także znowelizowanie art. 185 k.p.c., który reguluje postępowanie pojednawcze. Strony obecnie będą zobowiązane we wniosku oprócz

---

[28] http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12305652/12474228/12474229/dokument318927.pdf.

[29] Opinia Rady Legislacyjnej z 8 lutego 2018 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw.

zwięźle oznaczonej sprawy przedstawić projekt ugody. W razie, gdy wnioskodawca nie spełni tego obowiązku odpowiednie zastosowanie znajdzie art. 130 k.p.c., który w razie nieusunięcia braków formalnych przewiduje rygor w postaci zwrotu pisma. Taki kształt przepisu zwiększy w oczywisty sposób formalizm związany z tym postępowaniem. Przy okazji może skrócić czas postępowania w takich sprawach, dlatego że sędzia mając plan ugody, już na wstępie może stwierdzić, jakie elementy będą istotne do udowodnienia z punktu widzenia postępowania wyjaśniającego. Jednocześnie kognicja sądu, przy niezmienionych przesłankach badania ważności ugody, pozostanie w takim samym kształcie jak dotychczas.

Kolejną zmianę przewiduje art. 2052 § 2 pkt. 1 w zw. z art. 2051 § 1, który wprost nakazuje sędziemu udzielenia pouczenia dla stron o możliwości rozwiązania sporu w drodze ugody zawartej przed sądem lub przed mediatorem równocześnie z doręczeniem pozwu pozwanemu. Toteż od momentu stanu zawisłości sprawy strony zostaną poinformowane o innych niż wyrok możliwościach zakończenia sporu. Sędzia więc, bez przeprowadzonego postępowania dowodowego, zostanie zobowiązany do promowania ugodowych metod rozwiązywania sporów. Zatem można wysunąć wniosek, iż ustawodawca, poprzez owe rozwiązanie, próbuje wyeksponować rolę ugód zawieranych w postępowaniu, wykorzystując przy tym instytucję sędziego.

Po raz pierwszy także proponuje się, by w kodeksie wprost pojawiła się wzmianka o negocjacjach. Projektowany art.2057 k.p.c. przewiduje, iż w razie potrzeby, zwłaszcza gdy istnieją widoki powodzenia negocjacji między stronami (…), posiedzenie przygotowawcze można odroczyć na czas oznaczony, nie dłuższy od trzech miesięcy. W prowadzeniu negocjacji, w odróżnieniu od mediacji, nie jest konieczna obecność bezstronnego mediatora, gdyż to strony za pomocą dialogu, czynią wzajemne ustępstwa. Przewidziano więc dodatkowy etap załatwienia sporu, który poprzedza rozprawę. Do zadań przewodniczącego należałoby dokonanie wstępnej analizy stosunków między stronami pozostającymi w konflikcie, zatem można w tym przepisie odnaleźć pewne powiązanie z art. 10 k.p.c.

Art. 2058 k.p.c. natomiast wskazuje, że konieczne jest sporządzenie wyłącznie protokołu pisemnego z posiedzenia przygotowawczego, w którym nie zamieszcza się jednak oświadczeń złożonych w ramach negocjacji ugodowych. Jest tak dlatego, że takie oświadczenia traktowane są jako bezskuteczne wobec odpowiedniego zastosowania art. 1834 §3 k.p.c. Z perspektywy prowadzonego postępowania najważniejszym zadaniem jest osiągnięcie skutku w postaci zawarcia przez strony ugody. Jednakże sędzia powinien uwzględnić podejmowane próby skorzystania

z metod negocjacyjnych w materiale dowodowym, ponieważ mogą one stanowić wskazówkę dla sposobu, w jaki rozstrzygnięty zostanie konflikt między stronami.

4. Zakończenie

Polubowne metody rozwiązania sporu zwiększają szansę na akceptację rozstrzygnięcia przez obie strony konfliktu, dlatego też bez wątpienia należy je popularyzować, czego wyrazem są skłonności ustawodawcy do zastosowania tej możliwości na każdym etapie postępowania. Chociaż przyjmuje się, że pośrednikiem w mediacji jest bezstronny mediator, warto zwrócić uwagę, że sędzia, na co wskazują powyższe przykłady, odgrywa również niebłahą rolę. Ustawodawca statuuje go w roli rozjemcy, który na każdym etapie postępowania dąży do ugodowego zakończenia sprawy. Podobny charakter uzyskuje sędzia wobec przepisów dotyczących postępowania pojednawczego oraz ugody zawieranej podczas toczącego się postępowania procesowego lub nieprocesowego. Analizując proponowany projekt zmian kodeksu postępowania cywilnego można nawet zadać pytanie, czy sędzia poprzez poszukiwanie polubownych metod rozwiązania sporu nie przybiera wręcz roli „mediatora"?

Bibliografia

Antolak-Szymanski Katarzyna, *Mediacja w postępowaniu cywilnym. Komentarz*, Warszawa, 2017.

Cebula R., *Postanowienie sądu o skierowaniu stron do mediacji w świetle kodeksu postępowania cywilnego*, Radca Prawny, nr 1, 2008.

Ereciński Tadeusz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Postępowanie rozpoznawcze*, wyd. V, Warszawa, 2016.

Kodeks cywilny. Komentarz, red. Osajda Konrad, Wyd. 18, Legalis, 2018.

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom I. Art. 1-729, red. A. Jakubecki, LEX/el.

Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz, red. Marszałkowska-Krześ E., Legalis, 2012.

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Góra-Błaszczykowska A, Legalis.

Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz, red. K. Piasecki, Wyd. 7., Legalis 2016.

Opinia Rady Legislacyjnej z 8 lutego 2018 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw.

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (projekt z 27 listopada 2017 r.).

Romer Maria Teresa, *Ugoda w postępowaniu procesowym i pojednawczym*, MOPR, Nr 11, 2005.

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów, druk sejmowy nr 3432, Sejm VII kadencji.

Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (projekt z 27 listopada 2017 r.).

Sobolewski Przemysław, *Skutki prawne umowy o mediację*, „Przegląd Prawa Handlowego", z.8, 2007.

Śladkowski Mariusz, *Zawezwanie do próby ugodowej w praktyce sądowej*, MOP, Nr 14, 2009.

Akty prawne:

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

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

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 listopada 1930 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1930 nr 83 poz. 651 z późn. zm.).

Orzecznictwo:

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 1999 r., sygn. akt I PKN 200/99.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 1984 r., sygn. akt II CR 214/84.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 marca 2017 r., sygn. V ACa 252/16.

Streszczenie

Wobec przewidzianych możliwości zawarcia ugody w postępowaniu sądowym, pojednawczym oraz, dodaną mocą ustawy z dnia 28 sierpnia 2005 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, przed mediatorem postępowanie cywilne zmieniło w pewien sposób utarty już schemat rozwiązywania sporów. Ponadto, zapowiadana obecnie nowelizacja procedury cywilnej ma także wpłynąć istotnie na sposób przeprowadzania postępowania tak, by częściej można było zawrzeć ugodę przed sądem.

W niniejszym opracowaniu Autorki analizują, jaką rolę przybiera pozycja sędziego, który wobec nowelizacji nie tylko feruje wyroki, ale także nadzoruje sposób oraz treść zawieranych ugód.

SŁOWA KLUCZOWE: sędzia, polubowne metody rozwiązywania sporów, mediacja, ugoda sądowa, postępowanie pojednawcze, nowelizacje

Summary

In view of provided opportunities for the parties to reach an agreement in judicial, conciliatory as well as introduced by the 2005 Act mediation proceedings, civil procedure vastly altered the main essence and the way of solving legal disputes. Moreover, regarding currently announced bill enclosing some amendments of the civil procedure, the whole manner of conducting proceedings is to be significantly modified. So that, it would be possible to come to an understanding more easily before the court via amicable methods of solving disputes.

In hereby article Authors are bringing into question the role of the judge in Polish legal system. Due to incorporated amendments and future predictions judge is not only supposed to pass judgments but also supervise both the way and the meaning of reached settlements.

KEYWORDS: judge, amicable methods of solving disputes, mediation, judicial settlement, conciliatory proceedings, amendments

Autor

Aleksandra Rudkowska – studentka prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego.
Patrycja Figuła – studentka prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Anna Moskal

Analiza krytyczna rozszerzania zakresu podmiotowego i przedmiotowego klauzuli sumienia po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015

Critical analysis of the extension of subjective scope of conscience clause after the verdict of the Constitutional Tribunal from 7th October 2015

1. Wprowadzenie

Klauzula sumienia jest tematem nieustających debat medialnych i prawniczych na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat. *Ratio,* dla wprowadzenia tak kontrowersyjnego środka do systemu prawnego, stanowi chęć rozwiązania sytuacji, w której dochodzi do kolizji norm prawa pozytywnego tworzonego przez ustawodawcę z normami o charakterze moralnym bądź religijnym[1]. W literaturze przedmiotu można się spotkać z analizą instytucji klauzuli sumienia od strony pozytywnej i negatywnej. Ujęcie negatywne wskazuje na uprawnienie, które umożliwia osobom wykonującym zawody medyczne odmowę wykonywania nałożonych na nie obowiązków, sprzecznych z ich sumieniem. Natomiast w aspekcie pozytywnym podkreśla się moralne poczucie powinności dokonania pewnych działań dla dobra pacjenta, pomimo braku jego wyraźnej zgody[2]. Wynika ono z paternalistycznego modelu opieki, polegającego na ingerencji w prawa lub wolności

[1] J. Pawlikowski, *Prawo do wyrażenia sprzeciwu sumienia przez personel medyczny – problemy etyczno-prawne*, Prawo i Medycyna 2009 nr 3, s. 29.

[2] L. Kubicki, *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, Prawo i Medycyna 1999, nr 4, s. 7.

pacjenta, motywowanej jego dobrem lub koniecznością ochrony[3]. Przedmiotem niniejszych rozważań będzie klauzula sumienia rozumiana w pierwszym aspekcie, a więc w ujęciu negatywnym.

Artykuł został podzielony na osiem części – po przybliżeniu istoty klauzuli sumienia oraz przytoczeniu najważniejszych tez analizowanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, zawarto krytyczną ocenę polskich regulacji prawnych dotyczące tych grup zawodów medycznych, których przedstawiciele mają zagwarantowaną prawnie możliwość odmowy wykonania swoich obowiązków przy powołaniu się na klauzulę sumienia. Należą do nich lekarze oraz pielęgniarki i położne, których sytuacja prawna została opisana odpowiednio w części czwartej i piątej niniejszego artykułu. Pomimo, że obecnie zgodnie z polskim ustawodawstwem farmaceutom nie przysługuje prawo do powołania się na klauzulę sumienia to coraz częściej w Polsce oraz na świecie podnoszone są głosy, że przedstawiciele tej profesji także powinni mieć zagwarantowaną taką możliwość. Z tego względu autorka zdecydowała się poświęcić szóstą część artykułu właśnie aptekarzom, pomimo że w przeciwieństwie do lekarzy, pielęgniarek czy położnych nie wykonują oni zawodu medycznego. Kolejną analizowaną w siódmym fragmencie niniejszej pracy grupę stanowią osoby bezpośrednio dotknięte odmową wykonania świadczenia z uwagi na klauzulę sumienia, a zatem pacjenci. Refleksje podsumowujące rozważania autorki oraz dane dotyczące obecnej sytuacji prawnej zostały umieszczone w ostatniej części artykułu.

2. Istota klauzuli sumienia

W celu kompleksowego przybliżenia czytelnikowi istoty analizowanego zagadnienia autorka zdecydowała się przytoczyć liczne sposoby definiowania klauzuli sumienia podejmowane w piśmiennictwie. Zdaniem W. Chańskiej klauzula sumienia jest szczególną instytucją prawną umożliwiającą osobom pełniącym określone role zawodowe odmowę wykonania nałożonego na nich prawnego działania wchodzącego w zakres ich zawodowych obowiązków z uwagi na ich osobiste przekonania o podłożu moralnym. W zakresie medycyny instytucja ta stanowić ma wyraz kompromisu pomiędzy sumieniem lekarza a dobrem pacjenta[4]. Dla kontrastu L. Kubicki podkreśla, iż klauzula sumienia nie jest jedy-

[3] G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy,* New York, Cambridge University Press, 1988, p. 122.

[4] W. Chańska, *Klauzula sumienia jako wyraz moralnego kompromisu*, Prawo i Medycyna 3-4/2013 (52/53, vol. 15), s. 46-47.

nie kategorią etyczną, ale również prawną, bowiem normy uwzględniają pojęcie sumienia jako jedno z kryteriów legalności odstąpienia od wykonania świadczenia zdrowotnego[5]. Syntezę obu przytoczonych powyżej myśli stanowić może definicja zaproponowana przez R. Sztychmilera. Określa on klauzulę sumienia jako przedstawione przez ustawodawcę rozwiązanie prawne, które ma w swoim założeniu umożliwić rozstrzygnięcie konfliktu pomiędzy normami moralnymi wynikającymi z prawa naturalnego oraz przyrodzonej godności osoby ludzkiej a nakazami wynikającymi z norm prawa stanowionego, zdecydowanie na korzyść nakazów etycznych[6]. Z kolei E. Zielińska trafnie podnosi, iż klauzula sumienia może dotyczyć jedynie osób wykonujących zawody medyczne i nie znajdzie ona zastosowania w publicznych zakładach świadczących usługi zdrowotne, a zatem klauzulą sumienia nie można objąć deklaracje szpitali i innych podobnie działających jednostek leczniczych o nieudzielaniu pacjentom pewnych zabiegów medycznych ze względu na moralne rozterki zatrudnionego w nich personelu[7].

Tytułem uzupełnienia powyższych koncepcji przedstawicieli polskiej doktryny warto przytoczyć refleksje wyrażone przez Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 15 stycznia 1991 r. i powtórzone w wyroku z 2015 r.[8]. Zdaniem Trybunału „instytucją stojącą na straży wolności [sumienia] jest tzw. klauzula sumienia, rozumiana jako możliwość niepodejmowania działania zgodnego z prawem i powinnego, a jednocześnie sprzecznego ze światopoglądem (przekonaniami ideologicznymi czy religijnymi) danej osoby. W wymiarze etycznym konstrukcja ta może dowodzić prymatu sumienia nad wymaganiami prawa stanowionego, zaś na płaszczyźnie jurydycznej – zapewnia realizację wolności sumienia i eliminuje kolizję norm prawa stanowionego z normami etycznymi umożliwiając jednostce zachowanie godziwe – spójne z własnymi przekonaniami.".

Reasumując, klauzulę sumienia należy rozumieć jako prawny środek umożliwiający osobom wykonującym zawody medyczne odmowę wykonywania nałożonych na nie obowiązków, sprzecznych z ich sumieniem. Istota tego środka zasadza się natomiast na konieczności zlikwidowania kolizji norm zawartych w przepisach ustawy z normami etycznymi, nakazującymi zachowanie zgodne z własnym sumieniem. Już w tym miejscu należy jednak zauważyć, że uchylenie się od wykonania obowiązku ustawowego przez lekarza, pielęgniarkę lub położną

---

[5] L. Kubicki, *op.cit.*, s. 5.

[6] R. Sztychmiler, *Spór o klauzulę sumienia w Polsce*, Kościół i Prawo 4 (17) 2015, nr 1, s. 204.

[7] E. Zielińska, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz* (red. E. Zielińska), wydawnictwo ABC-Wolters Kluwer Business, Warszawa 2008, s. 561.

[8] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 1991 r., sygn. akt U 8/90, w: Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., sygn. Akt K12/14 (Dz.U. 2015 poz. 1633), s. 24.

pomimo że zgodne z ich standardem moralnym i dokonane w ramach zagwarantowanej prawnie im klauzuli sumienia godzi w interesy pacjenta, a w skrajnych przypadkach może nawet naruszać jego prawa.

3. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2015 roku

W świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r.[9] klauzula sumienia stanowi immanentny element wolności sumienia, a zatem zdaniem Trybunału wynika bezpośrednio z art. 53 ust. 1 Konstytucji RP[10] oraz z wiążących Rzeczpospolitą aktów prawa międzynarodowego, w tym między innymi z Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych czy Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolnościach. Zgodnie z ust. 1 art. 53 Konstytucji RP każdemu człowiekowi przysługuje wolność sumienia i religii[11]. Wolność ta jest uznawana za ponadpozytywny element godności ludzkiej i jest aksjologicznie związana z samą naturą człowieka.

Wedle obowiązujących przepisów ustawowe prawo do powołania się na klauzulę sumienia przysługuje członkom personelu medycznego, a więc lekarzom, pielęgniarkom i położnym. Lekarze mogą skorzystać z takiej możliwości na podstawie art. 39 ustawy o zawodzie lekarza i dentysty (dalej: u.oz.l.id), którego ramy określone są w art. 30 tejże ustawy[12]. W dniu 16 kwietnia minionego roku oba przepisy zostały zaskarżone przez Naczelną Radę Lekarską do Trybunału Konstytucyjnego, który orzekł o ich częściowej niezgodności z zasadą prawidłowej legislacji wywiedzioną z art. 2[13] oraz z art. 53 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP[14]. Od 16 października 2015 roku moc obowiązującą utraciły przepisy nakładające na lekarza obowiązek wykonania świadczenia „w innych

---

[9] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., sygn. Akt K12/14 (Dz.U. 2015 poz. 1633), s. 29-31.

[10] Art. 51 ust. 1 Konstytucji RP:*„Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii.”*.

[11] Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483), s. 9-10.

[12] Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152), s. 135, 139.

[13] Art. 2 Konstytucji RP: *„Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.”*.

[14] Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP: *„Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.”*.

przypadkach niecierpiących zwłoki" oraz wskazania realnych możliwości uzyskania świadczenia, którego nie podjął się lekarz, uznając je za niezgodne ze swoim sumieniem.

Obecnie art. 39 przyznaje lekarzowi uprawnienie do powstrzymania się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem oraz nakłada na niego obowiązek uzasadnienia i odnotowania tego faktu w dokumentacji medycznej, a w wypadku lekarzy wykonujących swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby uprzednio powiadomienia na piśmie przełożonego. Obowiązki te zostały zgłoszone przez Naczelną Radę Lekarską do Trybunału jako niezgodne z Konstytucją, ponieważ zdaniem wnioskodawcy pośrednio nakazywały lekarzom ujawnienie swojego światopoglądu i mogły wywoływać „efekt mrożący" polegający na zniechęceniu medyka do korzystania z przysługującego mu ustawowego uprawnienia do odmowy wykonania świadczenia, które byłoby sprzeczne z jego sumieniem. Oba obowiązki zostały jednak trafnie uznane przez Trybunał nie tylko za efektywne narzędzia, ale wręcz konieczne do osiągnięcia celu założonego przez legislatora. Ponadto, zdaniem Trybunału, nie są środkami ingerującymi nadmiernie w wolność sumienia lekarzy, a zatem w konsekwencji nie są niezgodne z art. 53 ust. 1 Konstytucji RP.

4. Lekarze

Zgodnie z aktualnym brzmieniem ustawy lekarz ma możliwość powstrzymania się od wykonania świadczeń zdrowotnych poprzez powołanie się na klauzulę sumienia. Taka odmowa jest jednak wyłączona w sytuacjach, w których zwłoka w udzieleniu pomocy mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Lekarz korzystający z takiego uprawnienia ma ustawowy obowiązek uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej, a w wypadku, gdy pracuje w ośrodku publicznym, ma również obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego[15].

Poza regulacjami ustawowymi klauzulę sumienia lekarza można wywieść również z art. 4 i 7 Kodeksu Etyki Lekarskiej (dalej: KEL)[16]. Art. 4 zawiera ogólne prawo medyka do zachowania swobody działań zawodowych, zgodnie ze swoim sumieniem i współczesną wiedzą medyczną podczas wykonywania nałożonych na niego obowiązków. Kwestię odmowy ich wykonania precyzyjniej

[15] Tamże.
[16] Kodeks Etyki Lekarskiej, s. 2.

reguluje art. 7, który wprost przyznaje lekarzowi możliwość nie podjęcia się lub odstąpienia od leczenia chorego w szczególnie uzasadnionych wypadkach, „z wyjątkiem przypadków nie cierpiących zwłoki". W myśl przepisu lekarz nie podejmując albo odstępując od leczenia powinien „wskazać choremu inną możliwość uzyskania pomocy lekarskiej". Jak łatwo zauważyć przepis ten nakłada zatem na lekarza, uznany za niezgodny z art. 53 ust. 1 Konstytucji, obowiązek wskazania pacjentowi innej możliwości uzyskania pomocy lekarskiej. Należy także podkreślić, że art. 7 KEL obejmuje możliwość odstąpienia od leczenia chorego, co jest pojęciem znacznie węższym niż przyjęte w ustawie „wykonanie świadczenia zdrowotnego"[17]. Niewątpliwie, klauzula sumienia została uregulowana w wymienionych aktach w sposób znacząco odmienny i niezbędne jest ich jak najszybsze ujednolicenie i wzajemne zharmonizowanie. Wskazane byłoby zdaniem autorki artykułu wykreślenie z zdania 2 art. 7 KEL, zawierającego normę nakazującą doktorowi udzielenie informacji pacjentowi o innej możliwości uzyskania pomocy lekarskiej.

5. Pielęgniarki i położne

Art. 12 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej (dalej: u.oz.p.ip) zawiera analogiczny przepis do art. 39 u.oz.lid. Umożliwia on odmowę wykonania zlecenia lekarskiego oraz świadczenia zdrowotnego. Obwarowany jest obowiązkiem podania przyczyny odmowy na piśmie, a także, co może być kontrowersyjne w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego, obowiązkiem niezwłocznego uprzedzenia pacjenta oraz wskazania realnych możliwości uzyskania tego świadczenia u innej pielęgniarki, położnej lub w podmiocie leczniczym[18]. Przyjmując linię argumentacyjną większości sędziów składu orzekającego Trybunału Konstytucyjnego, wykonanie ostatniego wskazanego przeze mnie obowiązku jest równoznaczne z koniecznością udzielenia czynnej i konkretnej pomocy pacjentowi w uzyskaniu świadczenia, które jest niezgodne z sumieniem pielęgniarki. Prawo zatem zmusza pielęgniarkę, podobnie jak uprzednio lekarza, do pomocnictwa w działaniu, które uznają oni za niegodziwe moralnie. Takie uregulowanie prowadzi do sytuacji, w której pielęgniarki i położne są traktowane przez ustawodawcę w sposób odmienny niż lekarze znajdujący się w dokładnie takiej samej sytuacji.

---

[17] E. Zielińska, *Klauzula sumienia, Prawo i Medycyna 2003*, nr 1 (13/vol. 5), s. 26.

[18] Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. 2011 nr 174 poz. 1039), s. 4.

Z doświadczenia wynika jednak, że pielęgniarki i położne powołują się na klauzulę sumienia znacznie rzadziej niż lekarze i najczęściej jest to związane z odmową uczestnictwa w zabiegu przerywania ciąży[19]. Ich udział w dokonywaniu zabiegu jest mniejszy niż lekarzy, dlatego konieczne jest indywidualne rozpatrzenie tego zagadnienia. O ile ustawodawca sam nie wykaże się inicjatywą w tym zakresie, wniosek o zbadanie zgodności z Konstytucją ustępu 3 art. 12 u.oz.p.ip. zostanie zapewne wniesiony do Trybunału Konstytucyjnego. Można przypuszczać, że - podobnie jak w przypadku art. 39 u.oz.l.id. - Trybunał Konstytucyjny przeprowadzi test proporcjonalności, aby zbadać jego zgodność z art. 53 ust 1 (wolność sumienia) w nawiązaniu do art. 31 ust. 3 Konstytucji (zasada proporcjonalności). W pierwszym odczuciu wydaje się, iż wynik tego testu nie powinien się różnić od rozwiązania otrzymanego w stosunku do lekarzy w analogicznej sytuacji. Przed dokonaniem ostatecznej oceny należy jednak najpierw rozstrzygnąć czy lekarzy oraz pielęgniarki i położne należy traktować w tej sytuacji tak samo, a w szczególności czy takie rozróżnienie nie stoi w sprzeczności z zasadą równości wywiedzioną z art. 32 Konstytucji[20]. W tym celu warto przybliżyć samą istotę zasady równości wypracowaną na gruncie polskiego orzecznictwa i dorobku doktryny prawa konstytucyjnego.

Zasada równości znajduje swoje aksjologiczne podłoże w godności człowieka[21], której gwarancję znaleźć można w art. 30 Konstytucji RP[22]. Sama treść zasady równości uregulowana została w artykule 32 ust.1 Konstytucji RP. Analizowany przepis stanowi, że wszyscy są równi wobec prawa oraz maja prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Przepis ten można rozumieć wąsko i szeroko. Ujęcie wąskie, określane przez naukę prawa konstytucyjnego jako równość w sensie formalnym, zakłada, że przepis należy wykładać bezpośrednio, a zatem należy traktować dokładnie tak samo wszystkich adresatów norm, bez względu na jakiekolwiek inne okoliczności towarzyszące danej sprawie. Należy jednak zauważyć, że przy takim rozumieniu zasady równości nie miejsca na jakiekolwiek różnicowanie jednostek, nawet w celu szerszej realizacji

---

[19] B. Dobrowolska, P. Cegiełko, *Instytucja klauzuli sumienia w zawodzie pielęgniarki i położnej*, Polskie Towarzystwo Bioetyczne, Dyskusja: Jakich świadczeń medycznych wolno odmówić?, s. 2 http://www.ptb.org.pl/pdf/dobrowolska_cegielko_klauzula_1.pdf, [ostatnia data dostępu: 14.11.18].

[20] Art. 32 Konstytucji RP: *„1. Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. 2. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny.”.*

[21] P. Sarnecki, *Prawo Konstytucyjne RP,* Warszawa 2014, s. 156.

[22] Art. 32 Konstytucji RP: *„Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych.”.*

ich wolności i praw. Koncepcja ta słusznie została poddana krytyce (uznano ją za tzw. „puste nauczanie"[23]) i ostatecznie odrzucona. W zamian zaproponowano zastosowanie koncepcji cechy relewantnej[24], która wymaga różnego traktowania poszczególnych podmiotów z uwagi na to, że są w innej sytuacji. Jest to tzw. równość w rozumieniu materialnym. Przyjęcie tej koncepcji wymusza konieczność oceny czy różnica w profesji pielęgniarek i położnych oraz lekarzy może zostać uznana w kontekście obowiązku informacyjnego za cechę istotną pozwalającą na inne traktowanie przedstawicieli wskazanych profesji. Na podstawie art. 9. ust. 2. ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta[25] pacjent ma prawo do uzyskania informacji o możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych zagwarantowanych, a informacje te może uzyskać zarówno od pielęgniarek i położnych, jak i od lekarzy. Ponadto udzielanie pacjentowi informacji przez przedstawicieli profesji medycznych niczym się nie różni i wszyscy mają takie same możliwości co do sprawdzenia miejsc, w których pomoc pacjentowi może zostać udzielona W konsekwencji należy uznać, że ustawodawca powinien traktować przedstawicieli wszystkich trzech wskazanych profesji tak samo w kontekście obowiązku informacyjnego, a powstałe rozróżnienie jest niezgodne z zasadą równości.

6. Farmaceuci

Polskie regulacje prawne nie przewidują możliwości odmowy ciążącego na farmaceutach obowiązku z powodów etycznych bądź religijnych[26], ale o jej wprowadzenie od lat usilnie zabiegają organizacje pozarządowe takie jak Stowarzyszenie Farmaceutów Katolickich i Human Life International – Polska. Kwestia ta stała się jeszcze bardziej aktualna i paląca w stycznia 2015 roku po wydaniu przez polski rząd decyzji dopuszczającej w Polsce do obrotu (bez recepty) pigułkę wczesnoporonną nazywaną popularnie tabletką „dzień po". Wolność farmaceutów do postępowania zgodnie ze swoim sumieniem wyraża co prawda art. 4 Kodeksu Etyki Aptekarza Rzeczpospolitej Polskiej[27], ale jest to

---

[23] P. Westen, *The Empty Idea of Equality*, (1982) 95 Harvard Law Review 537, s. 547-551.

[24] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 marca 1988 r., sygn. akt. U 7/87.

[25] Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. 2012 r. poz. 159), s. 4.

[26] Brak jest przepisów umożliwiających farmaceutom powołanie się na klauzulę sumienia w ustawie z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz.U. 1991 nr 41 poz. 179).

[27] Kodeks Etyki Aptekarza Rzeczpospolitej Polskiej, s. 4.

norma o charakterze deontologicznym, a zatem nie stanowi podstawy prawnej umożliwiającej powołanie się na klauzulę sumienia.

Jak słusznie zauważył S. Biernat, wywodzenie klauzuli sumienia bezpośrednio z Konstytucji dopuszcza możliwość powołania się na nią przez osoby inne niż tylko te wchodzące w skład personelu medycznego[28]. Można zatem pokusić się o stwierdzenie, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego pozostawił farmaceutom otwartą furtkę, z której być może w najbliższej przyszłości będą mogli skorzystać. W opinii autorki artykułu wprowadzanie takiego rozwiązania byłoby niewątpliwie poważnym zagrożeniem dla dobra pacjentów. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której kobieta, mieszkająca w małej miejscowości, w wyniku powołania się na klauzulę sumienia przez farmaceutę pracującego w jedynej lub nielicznej z aptek, miałyby utrudniony lub wręcz uniemożliwiony dostęp do dopuszczonych prawnie leków. Stanowiłoby to niebezpieczeństwo szczególnie w przypadku pigułki „dzień po", która ma największą szansę spełnić swoją rolę w przypadku zażycia w ciągu doby od odbycia stosunku, a zatem konieczne jest uzyskanie jej w jak najkrótszym czasie.

Ponadto w doktrynie podnosi się, że dopuszczenie możliwości skorzystania z klauzuli sumienia przez farmaceutów dawałoby im podwójną władzę. Aptekarz stałby się nie tylko cenzorem recept lekarzy, ale też bezpośrednio wkraczałby w prywatną sferę pacjentów. Narzucając im swoją wolę i odmawiając dostępu do lekarstw, stwarzałby niemałe zagrożenie dla ich zdrowia psychofizycznego[29]. Należy pamiętać, że farmaceuci, w przeciwieństwie do lekarzy czy pielęgniarek, nie wykonują zawodu zaufania publicznego i ich profesja nie obejmuje tak unikalnej dla personelu medycznego relacji chorego i uzdrowiciela[30], w której jeden powierza swoje życie i zdrowie w ręce drugiego.

W kontekście analizowanego zagadnienia warto wspomnieć, że obecnie w wielu państwach podnosi się kwestię rozciągnięcia zakresu podmiotowego klauzuli sumienia również na farmaceutów, co spowodowane jest głównie ich oporem do sprzedaży środków wczesnoporonnych i antykoncepcyjnych oraz zestawów do eutanazji. Takie rozwiązanie znajduje zastosowanie na gruncie prawa angielskiego i amerykańskiego.

---

[28] Zdanie odrębne do wyroku z dnia 7 października 2015 roku, sygn. Akt K 12/14 (Dz.U. 2015 poz. 1633), s. 56.

[29] W. Głusiec, *Klauzula sumienia dla farmaceutów. Analiza opinii wydanej przez Comitato Nationale pre la Bioetica*, Diametros no. 32, czerwiec 2012, s. 10.

[30] E. D. Pellegrino, *Toward a reconstruction of medical morality*, American Journal of Bioethics 2006, 6 (2), p. 65-67.

W niektórych stanach Ameryki Północnej legislator wprowadził prawa umożliwiające farmaceutom możliwość odmowy sprzedaży leków z powodów etycznych bądź religijnych. W 6 stanach, obejmujących Arizonę, Nowy Jork, Georgię, Luizjanę, Missisipi oraz Południową Dakotę, wydano ustawy umożliwiające aptekarzom odmowę zbywania awaryjnych środków antykoncepcyjnych na czele z tzw. *morning-after pill* (tabletka „dzień po"). Z drugiej strony, są też stany takie jak Waszyngton, Illinois, Missouri czy Oklahama, w których wręcz prawnie zakazane jest odmawianie sprzedaży środków antykoncepcyjnych i wczesnoporonnych, nawet jeśli farmaceuta powołuje się na klauzulę sumienia[31].

Z kolei w Wielkiej Brytanii prawo zapewnia aptekarzom możliwość skorzystania z tzw. klauzuli wyjścia (tutaj: odmowy) z powodów o podłożu religijnym lub moralnym. Chociaż brytyjscy farmaceuci korzystający z tej regulacji są prawnie zobligowani do wskazywania pacjentom innego miejsca, w którym możliwe jest nabycie wszelkich leków, w mediach przytaczanych jest wiele przypadków, w których obowiązek ten jest zaniedbywany. W konsekwencji, pomimo liberalizacji przepisów na korzyść aptekarzy temat ten wciąż pozostaje przedmiotem gorącej debaty[32].

Temat klauzuli sumienia dla farmaceutów stał się również przedmiotem sprawy toczącej się małym francuskim miasteczku Sallebouf, w którym w 1995 roku dwóch farmaceutów odmówiło wydania pacjentce środków antykoncepcyjnych, na które miała przypisaną przez lekarza receptę. Po wydaniu wyroku skazującego i bezskutecznym odwoływaniu się do wyższych instancji, pozwani skierowali sprawę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka powołując się na art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolnościach. W 2001 roku, Trybunał podtrzymał werdykt francuskich sądów zaznaczając, iż farmaceuci mogą manifestować swoje przekonania religijne poza sferą zawodową. Od tego czasu sądy państw-sygnatariuszy konwencji interpretują wolność sumienia wąsko[33].

---

[31] T. M. Pope, *Legal Briefing: Conscience Clauses and Conscientious Refusal*, 21(2) Journal of Clinical Ethics 163-180 (2010), p. 6-7.

[32] The Pharmaceutical Journal online, http://www.pharmaceutical-journal.com/opinion/correspondence/my-concerns-with-changes-to-the-conscience-clause/20202195.article, [ostatnia data dostępu: 14.07.18].

[33] Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2 października 2001 r, *Pichon i Sajous przeciwko Francji*, nr 49853/99.

7. Pacjenci

Należy pamiętać, iż instytucja klauzuli sumienia powstała w zamierzeniu ustawodawcy jako wyraz moralnego kompromisu między dwiema fundamentalnymi wartościami - wolnością sumienia lekarza a dobrem pacjenta[34]. O tym, że polskie regulacje prawne nie zabezpieczały, nawet jeszcze przed rozszerzającym wyrokiem Trybunału, odpowiednio praw pacjentów, świadczą między innymi uwagi, jakie Komitet Praw Człowieka ONZ przekazał naszemu rządowi w październiku 2010 r., w których podkreślił trudność w uzyskaniu dostępu do badań prenatalnych oraz dozwolonych prawnie zabiegów przerywania ciąży[35]. Przykładem ilustrującym występujący w Polsce poważny problem pacjentek, znany w literaturze pod terminem *wrongful conception*, jest tzw. sprawa łomżyńska, dotycząca odmowy przeprowadzenia badań prenatalnych u ciężarnej posiadającej już jedno dziecko dotknięte wadą genetyczną i podejrzewającej, że jej kolejne dziecko może być również nią obciążone. Na skutek zaniechania lekarzy i braku interwencji dyrektora szpitala kobieta urodziła córkę z tą samą chorobą genetyczną[36]. Za kolejny przykład ilustrujący skutki nieudolnego zabezpieczenia praw pacjenta przez polskie regulacje prawne posłużyć może słynna już sprawa Alicji Tysiąc, której odmówiono wydania zaświadczenia zalecającego dokonanie zabiegu aborcji w sytuacji, gdy poród stanowił dla niej poważne zagrożenie utraty wzroku. Kiedy po urodzeniu dziecka jej wzrok znacznie się pogorszył, kobieta złożyła doniesienie do prokuratury na decyzję o odmowie usunięcia ciąży. Ostatecznie sprawa trafiła do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który przyznał skarżącej 25 tys. euro rekompensaty z tytułu naruszenia prawa do prywatności oraz orzekł, że Polska naruszyła art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności przez brak efektywnych procedur odwoławczych od negatywnej decyzji lekarza[37]. Media nierzadko nagłaśniają także przypadki, w których lekarze, powołując się na klauzulę sumienia, odmawiają wydania pacjentkom recepty na środki antykoncepcyjne.

---

[34] W. Chańska, *Klauzula….,* s. 46.

[35] VI Sprawozdanie Okresowe Rzeczypospolitej Polskiej z realizacji postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich obejmujące okres od 1 października 2003 r. do 15 października 2008 r., Warszawa 2012, s. 177-178, http://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawa_czl_onz/vi-sprawozdanie.pdf, [ostatnia data dostępu: 14.07.18].

[36] A. Breczko, *Podmiotowość prawa człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Temida 2, Białystok 2011, s. 298-299.

[37] Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zdnia 20 marca 2007 r., *Tysiąc przeciwko Polsce*, nr 5410/03, s. 30-33.

Oceniając stan prawny po wydaniu wyroku Trybunału, należy zauważyć, że przepis nakładający obowiązek wskazania pacjentowi innej możliwości uzyskania świadczenia w wypadku odmowy jego wykonania przez lekarza powołującego się na klauzulę sumienia został uchylony już tydzień po opublikowaniu wyroku, a ustawodawca nie przeniósł go na żaden inny podmiot. Obecnie pacjent, któremu odmówiono świadczenia, nie może nawet wyegzekwować otrzymania informacji, gdzie mógłby takie świadczenie uzyskać. Niewątpliwie godzi to bezpośrednio w prawo pacjenta do uzyskania informacji o możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych zagwarantowanych w art. 9. ust. 2. ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Nietrudno zauważyć, iż jest to przepis martwy w obecnym stanie prawnym, gdyż obowiązek udzielenia informacji przez lekarza został zniesiony przez Trybunał Konstytucyjny, a pacjent pozbawiony został gwarancji korzystania z przysługujących mu praw. Niewątpliwie konieczne jest możliwie jak najszybsze podjęcie działań w tym zakresie przez ustawodawcę i zapewnienie pacjentowi realnego dostępu do informacji o wykonywanych przez placówki świadczeniach zdrowotnych. Zgłaszany był aprobowany w doktrynie postulat, aby zobligować kasy chorych i zakłady opieki zdrowotnej do udzielenia stosownej informacji[38], co wydaje się być trafnym rozwiązaniem obecnej sytuacji. Dodatkowym źródłem informacji mogłyby platformy internetowe prowadzone przez organizacje pozarządowe, które miałyby przyznany prawnie dostęp do pożądanych przez pacjentów danych.

W trosce o zapewnienie wolności sumienia dla personelu medycznego nie można zapomnieć o przysługującym pacjentom prawie do informacji, ochrony zdrowia i decydowania o swoim życiu osobistym, które są wartościami chronionymi przez Konstytucję. Reasumując, instytucja klauzuli sumienia jest bez wątpienia środkiem niezbędnym do ochrony integralności moralnej lekarza, ale w żadnym wypadku nie powinna pozbawiać pacjentów możliwości skorzystania z przysługujących im praw.

8. Podsumowanie

Pomimo, iż najważniejszą i fundamentalną zasadą, jaką powinni kierować się lekarze w wykonywaniu swojej profesji jest ochrona zdrowia pacjenta to

[38] A. Wojciechowska-Nowak, *Etyczno-prawne aspekty korzystania przez lekarza z klauzuli sumienia,* Sprawozdanie z seminarium zorganizowanego przez Wydział Prawa i Administracji UW w lutym 2002 r. Państwo i Prawo 2002, nr 7, s. 97.

przytoczone powyżej przykłady dowodzą, iż w Polsce wciąż dochodzi do poważnych nadużyć klauzuli sumienia. Szczególnie niepokojący jest fakt, że brak jest w polskim ustawodawstwie mechanizmów uniemożliwiających takie naruszenie prawa. Ponadto jako kontrowersyjny oceniany jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego, który znacząco rozszerzył zakres przedmiotowy klauzuli sumienia bez jednoczesnego zabezpieczenia praw pacjenta. Sędzia Biernat w swoim zdaniu odrębnym do wyroku[39] słusznie zarzucił Trybunałowi przedmiotowe wręcz traktowanie praw i wolności pacjentów.

Obecnie na skutek przytaczanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, a także nieskorygowanych przez ustawodawcę norm prawnych, doszło do znacznego rozszerzenia podmiotowego i przedmiotowego klauzuli sumienia oraz powstała możliwość dalszego poszerzenia granic tej instytucji. W konsekwencji zauważyć można tendencję do coraz częstszego zgłaszania projektów ustaw rozszerzających klauzulę sumienia. Do chwili obecnej – lipca 2018 r. – żaden ze zgłoszonych projektów nie uzyskał wystarczająco dużego poparcia wśród posłów i senatorów, aby doszło do faktycznej zmiany przepisów w zakresie stosowania klauzuli sumienia. Zgodnie z informacją zawartą na swojej stronie internetowej[40] Instytut Ordo Iuris przygotował nowy projekt ustawy[41], który zostanie przedłożony do Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji. Najnowszy projekt zmian w zakresie klauzuli sumienia zakłada nowelizację ośmiu już obowiązujących ustaw i wprowadza „ogólną klauzulę sumienia"[42]. Ponadto projekt przewiduje też odrębne, bardziej szczegółowe, klauzule sumienia w ustawach regulujących wykonywanie zawodów: lekarzy, dentystów, pielęgniarek i położnych, diagnostów laboratoryjnych, farmaceutów, a także felczerów. Gwarancje ustawowe mają objąć wedle projektu również każdy szpital, który wprost będzie miał zapewnione prawo do

---

[39] Wyrok z dnia 7 października 2015 roku, sygn. Akt K 12/14 (Dz.U. 2015 poz. 1633), s. 54.

[40] https://www.ordoiuris.pl/wolnosc-sumienia/prawo-do-sprzeciwu-sumienia-nowy-projekt-ustawy-przygotowany-przez-ordo-iuris, [ostatnia data dostępu: 14.07.18].

[41] Projekt Instytutu Ordo Iuris ustawy o zmianie ustaw o gwarancjach wolności sumienia, https://www.ordoiuris.pl/sites/default/files/inline-files/ORDO_IURIS_PROJEKT_USTAWY_O_ZM_UST_O_GWARANCJACH_WOLNOSCI_SUMIENIA.pdf, [ostatnia data dostępu: 14.07.18].

[42] Art. 1 projektu: „*Wolność sumienia obejmuje w szczególności prawo każdego* [podkreślenie autorki] *do odmowy wykonania obowiązku nałożonego zgodnie z prawem, jeżeli powołuje się na sprzeciw sumienia, czyli racjonalnie uzasadniony osąd moralny lub naukowy, który kwalifikuje wykonanie obowiązku jako etycznie niegodziwe, zaś odmowa wykonania obowiązku nie powoduje niebezpieczeństwa utraty życia, nieuchronnego lub wysoce prawdopodobnego zagrożenia zdrowia innych osób, zagrożenia dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego albo moralności publicznej, ani nie narusza w sposób nieproporcjonalny wolności i praw innych osób. Ograniczenia w korzystaniu z prawa do sprzeciwu sumienia mogą zostać ustanowione wyłącznie w drodze ustawy.*"., https://www.ordoiuris.pl/sites/default/files/inline-files/ORDO_IURIS_PROJEKT_USTAWY_O_ZM_UST_O_GWARANCJACH_WOLNOSCI_SUMIENIA.pdf, [ostatnia data dostępu: 14.07.18].

niewykonywania zabiegów aborcji. Projekt zakłada także uchylenie przepisów, które ograniczają prawo do sprzeciwu sumienia, w tym ograniczających wolność działalności gospodarczej przepisów kodeksu wykroczeń.

Reasumując, należy ocenić, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2015 r. nie tylko doprowadził do naruszenia prawa pacjenta do informacji, niespójności w zakresie stosowania klauzuli sumienia przez pielęgniarki i położne oraz przez lekarzy, a także niekoherencji przepisów pomiędzy poszczególnymi ustawami, ale także rozszerzył granice stosowania klauzuli sumienia. Ponadto Trybunał wywodząc klauzulę sumienia bezpośrednio z art. 53 Konstytucji RP (zawierający gwarancję wolności sumienia, która przysługuje każdemu), dokonał rozszerzania podmiotowego granicy sumienia, wskutek czego dojść może do uchwalenia ustaw przyznających możliwość powołania się na klauzulę sumienia osobom niewykonującym zawodu medycznego.

Bibliografia

Breczko A., *Podmiotowość prawa człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Temida 2, Białystok 2011.

Chańska W., *Klauzula sumienia jako wyraz moralnego kompromisu*, Prawo i Medycyna 3-4/2013, 52/53, vol. 15.

Dworkin G., *The Theory and Practice of Autonomy,* New York, Cambridge University Press, 1988.

Głusiec W., *Klauzula sumienia dla farmaceutów. Analiza opinii wydanej przez Comitato Nationale pre la Bioetica*, Diametros no. 32, czerwiec 2012.

Kubicki L., *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, Prawo i Medycyna 1999, nr 4.

Pawlikowski J., *Prawo do wyrażenia sprzeciwu sumienia przez personel medyczny – problemy etyczno-prawne*, Prawo i Medycyna 2009, nr 3.

Pellegrino E., *Toward a reconstruction of medical morality*, American Journal of Bioethics 2006, 6 (2).

Pope T.M., *Legal Briefing: Conscience Clauses and Conscientious Refusal*, 21(2) Journal of Clinical Ethics 2010.

Sarnecki P., *Prawo Konstytucyjne RP,* Warszawa 2014.

Sztychmiler R., *Spór o klauzulę sumienia w Polsce*, Kościół i Prawo 4 (17) 2015, nr 1.

Westen P., *The Empty Idea of Equality*, (1982) 95 Harvard Law Review 537.

Zielińska E., *Klauzula sumienia, Prawo i Medycyna 2003*, nr 1 (13/vol. 5).

Zielińska E., *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz* (red. E. Zielińska), wydawnictwo ABC-Wolters Kluwer Business, Warszawa 2008.

The Pharmaceutical Journal (online).

Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.

Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i dentysty.
Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej.
Kodeks Etyki Lekarskiej.
Kodeks Etyki Aptekarza Rzeczpospolitej Polskiej.
V I Sprawozdanie Okresowe Rzeczypospolitej Polskiej z realizacji postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich obejmujące okres od 1 października 2003 r. do 15 października 2008 r., Warszawa 2012.
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt K12/14.
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 stycznia 1991 r., sygn. akt U 8/90.
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 marca 1988 r., sygn. akt. U 7/87.
Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 października 2001 r, *Pichon i Sajous przeciwko Francji*, nr 49853/99.
Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zdnia 20 marca 2007 r., *Tysiąc przeciwko Polsce*, nr 5410/03.
Projekt Instytutu Ordo Iuris ustawy o zmianie ustaw o gwarancjach wolności sumienia, online.

Streszczenie

Klauzula sumienia umożliwia osobom wykonującym zawody medyczne odmowę wykonywania nałożonych na nie obowiązków, sprzecznych z ich sumieniem. Konsekwencją wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 2015 r., a także nieskorygowanych przez ustawodawcę norm prawnych, jest znaczące rozszerzenie podmiotowe i przedmiotowe klauzuli sumienia. Od 2015 roku moc obowiązującą utraciły przepisy nakładające na lekarza obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania świadczenia, którego nie podjął się medyk, uznając je za niezgodne ze swoim sumieniem. Poważne zastrzeżenia budzi fakt, że analogiczna zmiana nie została konsekwentnie wprowadzona w stosunku do pielęgniarek i położnych, na których wciąż ciąży ustawowy obowiązek niezwłocznego uprzedzenia pacjenta oraz wskazania realnych możliwości uzyskania tego świadczenia. Wywodzenie klauzuli sumienia przez Trybunał Konstytucyjny bezpośrednio z art. 53 Konstytucji zdaje się umożliwiać przytaczanie jej przez osoby inne niż tylko te wchodzące w skład personelu medycznego. Jest to szczególnie istotne w przypadku farmaceutów, którzy coraz częściej powołują się na klauzulę sumienia, pomimo braku jakichkolwiek podstaw ustawowych. Należy pamiętać, że aptekarze, w przeciwieństwie do lekarzy czy pielęgniarek, nie wykonują zawodu zaufania publicznego, a stosowanie przez nich klauzuli sumienia stanowiłoby zdaniem autorki poważne zagrożenie dla dobra pacjenta. Instytucja klauzuli sumienia jest bez wątpienia środkiem niezbędnym do ochrony integralności moralnej lekarza, ale w żadnym wypadku nie powinna pozbawiać pacjentów możliwości skorzystania z przysługujących im praw.

SŁOWA KLUCZE: klauzula sumienia, wolność sumienia, prawa pacjenta, prawo medyczne

Summary

The conscience clause excuses medical workers from the obligation of administrating medical services that are contrary to their conscience. The verdict of the Constitutional Tribunal from 2015 considerably extended a subjective and objective scope of the conscience clause. Regulation which imposed an obligation of designating actual possibilities of acquiring the performances that were not undertaken due to the fact of standing in contrary to doctor's conscience, was outlawed. However, the same obligation is still valid for nurses and midwives. Deriving the conscience clause directly from article 53 of the Polish Constitution enables referal to this clause by people other than members of medical personnel. It is vitally important in the context of pharmaceutics who frequently invoke on this clause even if there are no legal bases' for such activity. Pharmacists, contrary to doctors and nurses, do not practice the profession of public trust and their invoking on the conscience clause creates, in the opinion of the author, a serious threat to patient's rights. The institution of the conscience clause is beyond any doubt the means necessary to protect doctor's moral integrity, but at the same time, should not deprive the patient of the possibility to make use of their vested rights.

KEY WORDS: conscience clause, freedom of conscience, patients' rights, medical law.

Autor

Anna Moskal - studentka prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Seminarzystka pod opieką prof. Stanisława Biernata w Katedrze Prawa Europejskiego.

Piotr Artur Olechowski

Comments on the Provincial Commission for the adjudication of Medical Events in the context of ADR methods

Uwagi na temat Wojewódzkich Komisji do spraw orzekania o Zdarzeniach Medycznych w kontekście metod ADR

1. Introduction.

It is a truism to say that in today's world medicine is extremely complex and organized in a comprehensive way. This entails many consequences, the possibility of adverse effects being the most important from the point of view of every human being. This often results in irreversible states that must be compensated in some way. The legislator is trying to create regulations that will balance the values and interests that will be the most optimal. Legislative acts such as the Civil Code (hereinafter: k.c.)[1] or the Law on Patient Rights and the Patient Rights Ombudsman (hereinafter: PrPacjU)[2] create an opportunity for victims to claim their rights through specific legal instruments. The legislator decided to introduce Provincial Commissions for Medical Events to medical law, which were established by the Act of 28.4.2011 on amending the Patients 'Rights and Patient Rights Act and the Compulsory Insurance Act, Insurance Guarantee Fund and the Polish Motor Insurers' Bureau[3] . In-depth analysis should be given to solutions referring to ADR methods that are present or irrationally not

[1] The Act of 23 April 1964. The Civil Code, (consolidated text: Journal of Laws of 2017, item 459, as amended).

[2] The Patient Rights and Patient Rights Ombudsman Act of 6 November 2008, (consolidated text: Journal of Laws of 2017, item 1318, as amended).

[3] Journal of Laws of 2011, No. 113, item 660.

applied in this legal structure. It is not unambiguous for the said Commissions to adjudicate on Medical Events and to qualify certain solutions for a specific method of alternative dispute resolution. Undoubtedly, the aim of introducing the above-mentioned institution was to simplify and accelerate the process of obtaining compensation and redress for the so-called medical events.

2. Provincial Commissions for Adjudication of Medical Events and negotiations.

In order to consider whether the Commissions for Adjudication of Medical Events provide elements referring to negotiations, it is necessary to understand this concept in depth. As Grzegorz Skrzypczak points out, "negotiations" have their Latin roots originating from the word *negotium*, which means "interest"[4]. This means that you can talk about this method only if there are at least two entities with at least a minimal contradictory demand in relation to a deficit good. *Prima facie*, this comment seems prosaic, but in many situations the opposite interests in fact turn out to be convergent, which negates the use of negotiation institutions. It is worth recalling here the definition of this phenomenon as a "conflict resolution process in which two or more dependent parties, with partially conflicting interests, discuss differences between them and try to make a joint decision on matters important to them"[5]. As I have indicated in the literature, the negotiation consists of three stages: the preparation phase, the proper stage of negotiations and the implementation of the agreement reached thanks to negotiations[6]. Importantly, no entity appears in the negotiations that would be impartial and neutral. Usually, negotiations are the first stage in the event of a dispute between the parties. One can use the example of a *multi-step* clause, which consists in using the least institutionalized methods first, going one by one to more and more complex and formalized ones[7].

All the characteristics listed above are not reflected in the activities of the Commission for the adjudication of Medical Events. Even the body established under the Act, I decide to strike out the possibility of negotiations at the stage

---

[4] G. Skrzypczak, *Prawnik a sposoby rozwiązywania sporów. Negocjacje i mediacje – wprowadzenie*, MOP 2004, No. 4, p. 196, Legalis.

[5] J. Kamiński, *Negocjowanie techniki rozwiązywania sporów*, Warszawa 2003, p. 16.

[6] G. Skrzypczak, *Prawnik… op. cit.* ,p. 196.

[7] M. Skibińska, *Mediacja a inne alternatywne formy rozwiązywania sporów na tle spraw rodzinnych – część* I, ADR 2016, No. 1, p. 71.

of proceedings before the Commission. In my opinion, the discussed form of alternative dispute resolution should apply at the stage preceding the proceedings before the Commission for adjudicating on Medical Events. It seems reasonable to consider the introduction of a normative provision imposing an obligation on the aggrieved party to propose compensation and redress in relation to the entity that caused the damage. In many cases this would result in a very quick and satisfactory end to the dispute for both parties. It is impossible to notice here the negative consequences of such a potential obligation on the person affected by the so-called medical event. In the case of civil litigation, the legislator chose the postulated path under art. 187 § 1 point 3 of the Code of Civil Procedure (hereinafter: kpc)[8]. Pursuant to this provision, *the claim should satisfy the terms of the pleading, and should also include: information whether the parties have attempted mediation or other out-of-court settlement of the dispute, and if such attempts have not been made, explain the reasons for their failure.* If the legislator wants to lighten the courts and cause faster and more efficient resolution of disputes, he should reach for the institution of negotiation which he did not do in the case of the Provincial Commission for the adjudication of Medical Events.

3. Provincial Commissions for Adjudication of Medical Events and mediation.

Mediation is a method of alternative dispute resolution in which the third party - mediator - participates. He should have the skills required to carry out an effective dispute diagnosis[9]. This is undoubtedly a very effective opportunity to reach a consensus, especially in such delicate matters as those in the field of medicine. It is worth pointing out here why mediation should be an important element of the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events. Firstly, due to the very confidential nature of matters affecting medical law, this method is the most appropriate way to resolve the dispute in an alternative way. As a rule, every victim, due to the essence of the subject matter, wants to get as little information as possible into public information. Secondly, the nature of the matter is based on a very complicated matter, which due to its complex nature requires a thorough analysis both in the sphere of substantive law and

[8] The Code of Civil Procedure of November 17, 1964. (consolidated text: Journal of Laws of 2016, item 1822, as amended).

[9] P. Sołtysiak, *Mediacja jako alternatywna metoda rozwiązywania sporów*, Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji AJD w Częstochowie 2012, No. 2(6), p. 11.

procedural law. Such disputes last a very long time, which is not beneficial for either party. A person who suffered due to the so-called a medical event seeks to compensate for damage as quickly as possible. Thirdly, due to the great influence of jurisprudence on this branch of law, mediation is often a better option than an unpredictable and long dispute[10]. Finally the most importantly, mediation is based on trust in the mediator, as a professional and capable of achieving a positive solution to a dispute for two parties. "The basic task of the mediator is to help the parties achieve a mutually recognized agreement in the implementation of the principle of party autonomy. The conciliator should make it easier for the parties to communicate and encourage them to look for alternative dispute solutions"[11]. This leads to the conclusion that the mediator should act as a kind of "helper", who, emotionally uninvolved in the dispute will help in the development of a position acceptable to both parties. medical events cannot be overestimated, because each case has a great delicacy that deserves special treatment. Thanks to this approach, you can often put all emotions aside and conduct a substantive discussion that will end the dispute.

On the other hand, one cannot forget about the negative sides of mediation. According to Andrzej Szumański, the fundamental disadvantage of this method is voluntariness[12]. It manifests itself in three aspects. In the first place, in order for mediation to take place, there must be such a will of the parties. Then, the enforceability itself is again dependent on the parties, because the decision does not have any legal penalty in the event of non-enforcement. Unless mediation ends with a settlement, which will be legally effective in the light of applicable law. Finally, there may be an unexpected extension of the dispute due to mediation, which will prove ineffective.

It should be noted that in the case of the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events there are no mechanisms referring to pure mediation. Interestingly, the authors of the bill amending PrPation in the project's justification indicated that the proceedings before the voivodship commission for adjudicating on medical events is a *sui generis* proceeding, which is a conciliatory-mediated procedure "[13]. In fact, this was the *ratio legis* of the use of this

---

[10] E. Gmurzyńska, R. Morek; *O problemach dotyczących rozstrzygania spraw o błędy lekarskie i o roli mediacji*, ADR 2011, No 3, pp. 45-46.

[11] A. Moskal, K. Waszkiewicz, *Zastosowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów w sprawach dotyczących zdarzeń medycznych*, ADR 2017, No. 3, p. 45.

[12] A. Szumański, *Koncyliacja jako forma rozstrzygania sporów gospodarczych*, MOP 1997, No. 2, pp. 60.

[13] H. Frąckowiak, *Postępowanie przed Wojewódzką Komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, 2016, C.H. Beck, Wyd. 1, § 2. I. *Wojewódzka Komisja do spraw orzekania o zdarzeniach*

quasi-judicial[14] body[15]. It is difficult to talk about the organ that is the Provincial Commission for the Ruling of Medical Events as a mediator. After all, the Commission is not seeking an agreement that would be mutually recognized by the parties to the dispute[16]. This solution must be assessed very critically. If the mediation significantly accelerates in many cases the resolution of the discussed cases, it seems incomprehensible that this method will not be included in the Act of 28.4.2011 on amending the Patient Rights and Patient Rights Law and the Compulsory Insurance Act, Insurance Guarantee Fund and the Polish Office Motor Insurers. I believe that the Provincial Commissions for Adjudication of Medical Events should be able to refer a particular matter to mediation, which would be conducted by an experienced mediator in the matters of so-called medical events. It seems obvious that a person educated in this matter would often, much faster and more effectively lead to the resolution of the dispute. It would be beneficial for the victim, the doctor (hospital) and the entire state apparatus. This is the next one, immediately after the lack of a normative basis for conducting negotiations by the victim and the entity responsible for the so--called medical event of irrational failure to implement ADR methods into the Polish legal order.

4. Provincial Commissions for Adjudication of Medical Events and arbitration.

Arbitration in the vast majority of cases is used in disputes regarding international trade. Due to its indisputable advantages, it leads in many situations to very positive decisions for two sides of each trade contract. Such features as: flexibility, confidentiality, speed or professionalism influence the high popularity of this dispute resolution method[17]. It is easy to see that the aforementioned

---

medycznych – Status Komisji i charakter prawny postępowania kompensacyjnego z tytułu zdarzeń medycznych, Legalis.

[14] J. Sadowska; *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Komentarz do art. 67a–67o ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*. (in:) I. Kunicki (ed.), Warszawa 2016, K*omentarz do art. 67e*, nb. 3, Legalis.

[15] Justification of the bill from 28.4.2011 on the amendment of the Patients 'Rights and Patient Rights Act and the Act on Compulsory Insurance, Insurance Guarantee Fund and Polish Motor Insurers' Bureau of October 15, 2010, print no. 3488 of the Sejm of the Republic of Poland, VI term, pp. 1-2.

[16] *Ibidem,* pp. 1-2.

[17] See. Tadeusz Szurski, *Arbitraż - skuteczny sposób likwidowania sporów*, MOP 1998, No. 12, p. 468.

attributes of arbitration are also desirable in matters related to broadly understood medical law. The legal basis for the operation of arbitration is in principle an agreement (either separate from the main one or an arbitration clause in the main contract). In the event of disputes regarding medical errors, the victim may choose traditional civil proceedings before a common court or an application to the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events. This remark already leads to reflection indicating the inability to qualify the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events as a form of pure arbitration. If the injured party chooses compensation and redress in the form of submitting the application, the other party cannot challenge or disagree with the proceedings before the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events. There is no voluntariness here, understood as the possibility for two sides to choose the solution to the dispute (in this case in the form of arbitration). It is worth noting, however, that in the literature[18] there is a differently understood voluntary attitude, which could adhere to the discussed institution. It is about the *opt-out* option, which allows you to understand voluntarily, as an opportunity to reject an agreement obtained through alternative dispute resolution. I am talking about regulation from art. 67k PrPacjU, which after the ruling on the so-called a medical event by the Provincial Commission for Medical Event Assessment requires the insurer to *submit an offer of compensation and redress to the entity submitting the application.* However, art. 67k (3) of the PrPAC provides that: *if the insurer fails to submit within the time limit referred to in para. 2, the offer of compensation and redress, the insurer is obliged to pay them in the amount specified in the application, not higher than specified in paragraph. 7*. The last key provision for the assessment of voluntariness understood in the above-outlined form is art. 67k par. 5 PrPacjU: *the entity submitting the application within 7 days from the date of receipt of the proposal specified in para. 2 submits, through the provincial committee, the insurer about its acceptance or rejection.* The literal interpretation prompts us to *opt-out*. Indeed, the entity submitting the application may not accept the insurer's proposal. As Hanna Frąckowiak[19] claims when abusing the law, the insurer may also offer such a minimum amount that in reality the victim will not be able to accept such a proposal, which implies the fact of rejecting it. However, the issue not addressed by this author is the possibility of rejecting the insurer's proposal if he proposes the maximum amount specified in the Act.

---

[18] See. J. Mucha, *Charakter prawny postępowania przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych,* (in:) J. Wiśniewski (ed.), Obszary akademickiej wiedzy naukowej, Poznań 2012, ISBN 978-83-934497-0-5, p. 57.

[19] H. Frąckowiak, *Postępowanie… op. cit.*

It seems that this type of behavior by the applicant is unacceptable and should be assessed in terms of abuse of subjective right. Therefore, when finalizing the above considerations, one must agree that even understanding the voluntary approach so broadly, there is no reason to qualify the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events as an ADR type.

However, it should be pointed out that the body as a whole is characterized by other features characteristic of alternative dispute resolution methods. An example is confidentiality. You can indicate here art. 67g section 5 of the PrPation, which states that *the members of the provincial committee are obliged to keep confidential information obtained in the course of the proceedings before the committee regarding the patient, including also after the membership in the committee has ceased*. This is an extremely important guarantee for every victim, especially the so-called medical event. Nobody wants his most private and intimate health matters to be publicized. As it is argued in the doctrine, this obligation is not limited in time, which is also of great importance from the perspective of the entity seeking protection[20].

The legislator also strives for efficient resolution of conflicts. The speed of proceedings is a characteristic feature of the *Alternative Dispute Resolution*, which is why some authors, comparing the characteristic features of the ADR methods and the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events, try to count as those. Art. 67j par. 2 PrPacju says that *the Provincial commission issues a decision referred to in para. 1, not later than within 4 months from the date of submitting the application*. This is an instructional term[21] which should be assessed negatively, because the legislator only wants to strive for an efficient and quick resolution of the dispute in an apparent way. This is the next argument against the classification of Provincial Commissions for Adjudication of Medical Events to *Alternative Dispute Resolution.*

A feature often emphasized in alternative dispute resolution is professionalism. In the case of the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events, we can speak prima facie about high professionalism. The Act requires that the adjudicating panel be composed of four persons[22]: two persons having at least higher education and a master's degree in the field of medical sciences and two persons possessing at least a higher education and a master's degree in the field of legal sciences. However, delving into this regulation, we see that

---

[20] J. Sadowska; *Postępowanie… op. cit. , Komentarz do art.* 67g , nb. 29, Legalis.

[21] *Ibidem*, *Komentarz do art. 67j*, nb.14, Legalis.

[22] Art. 67f par. 1 provides: Provincial commissions adjudicate in a 4-person composition.

the very matter of having a higher education and a master's degree[23] does not prejudge professionalism. Medical law is such a complicated branch of law that a formal prerequisite for higher education and obtaining a master's degree in either legal or medical science will not result in a high level of professionalism in the members of the Commission. Of course, one cannot forget about the material premise present in this provision requiring the appointment of only people who have knowledge in the field of patient's rights. In my opinion, this does not lead to the basic idea of arbitration in terms of professionalism of the arbitrator. Classical arbitration regulations allow the arbitrator to be chosen at his own discretion by the parties. This fulfills the basic purpose of any arbitration, i.e. the authority of the parties to the dispute to resolve a conflict of respectable and professional persons. In the case of the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events, we can not talk about the professionalism of the arbitrator understood in these categories. This is the next argument against fitting this institution into arbitration.

5. Abstract

The subject of the analysis in the above-mentioned article was the Provincial Commissions for Adjudication of Medical Events in the context of ADR methods. The basic and most important issue discussed in the above-mentioned study was to consider whether the institution of the Provincial Commission for the Settlement of Medical Events provides methods for alternative dispute resolution. As it has been presented, in today's realities, the advantages of *Alternative Dispute Resolution* cannot be overestimated. Especially, these methods seem to be effective and helpful in disputes in the field of medical law. It is even harder to understand why the legislator did not decide to implement ADR methods. Despite the fact that the authors of the draft law amending PrPacju indicated that the proceedings before the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events is a conciliatory-mediation procedure, you cannot agree with them. Voivodship Commissions can not be perceived as a mediating authority,

[23] Art. 67e, paragraph 3 PrPacjU provides: The provincial committee consists of 16 members, including: 1) 8 members with at least higher education and a master's degree or equivalent in the field of medical sciences who have been in the medical profession for a period of at least 5 years or hold a doctorate in medical sciences, 2) 8 members with at least higher education and a master's degree in legal sciences who have been employed for a period of at least 5 years in positions related to the application or creation of law or hold a PhD degree in legal sciences - who have knowledge of patient rights and enjoy full public rights.

because it issues a firm resolution not supported by the search for a joint solution to the dispute with the parties. I stand in the position that the Provincial Commissions for Adjudication of Medical Events are assumed to be the most structurally similar to arbitration. This is due to the fact that the legislator wanted the Committees to act professionally, quickly, confidentially and the decision was issued by impartial experts. In addition, they were to be voluntary. Indeed, there are normative grounds in the Act to take such a position, but as it was shown in earlier parts of the article, this is only an apparent impression. Analyzing exactly every element constituting the essence of ADR methods (arbitration) one should come to the conclusion that the Provincial Commissions for Adjudication of Medical Events are *quasi-judicial* bodies appointed to resolve cases of so-called medical events.

When finalizing the considerations, one must criticize the subject of the discussed institution. It does not introduce any added value that may affect faster or more effective resolution of disputes over medical errors. It is an institution that is difficult to enter into any legal framework. It is impossible to qualify it for a specific legal matter, which affects many ambiguities and interpretational difficulties. In my opinion, the legislator should lean on revising the law and leading to the state in which the Provincial Commissions for Adjudication of Medical Events will fulfill their tasks to the full extent.

Bibliography

G. Skrzypczak, *Prawnik a sposoby rozwiązywania sporów. Negocjacje i mediacje – wprowadzenie*, MOP 2004, Nr 4

J. Kamiński, *Negocjowanie techniki rozwiązywania sporów*, Warszawa 2003

M. Skibińska, *Mediacja a inne alternatywne formy rozwiązywania sporów na tle spraw rodzinnych – część* I, ADR 2016, Nr 1

P. Sołtysiak, *Mediacja jako alternatywna metoda rozwiązywania sporów*, Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji AJD w Częstochowie 2012, Nr 2(6),

E. Gmurzyńska, R. Morek; *O problemach dotyczących rozstrzygania spraw o błędy lekarskie i o roli mediacji*, ADR 2011, Nr 3

A. Moskal, K. Waszkiewicz, *Zastosowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów w sprawach dotyczących zdarzeń medycznych*, ADR 2017, Nr 3

A. Szumański, *Koncyliacja jako forma rozstrzygania sporów gospodarczych*, MOP 1997, Nr 2

H. Frąckowiak, *Postępowanie przed Wojewódzką Komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych*, 2016, C.H. Beck, Wyd. 1

J. Sadowska; *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Komentarz do art. 67a–67o ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*. (w:) I. Kunicki (red.), Warszawa 2016

Tadeusz Szurski, *Arbitraż - skuteczny sposób likwidowania sporów*, MOP 1998, Nr 12

Mucha J., *Charakter prawny postępowania przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych,* (w:) J. Wiśniewski (red.), Obszary akademickiej wiedzy naukowej, Poznań 2012, ISBN 978-83-934497-0-5

The Act of 23 April 1964 Civil Code, (Dz.U.2017, item 459 with amendments)

The Law on Patients' Rights and the Patient's Rights Ombudsman, (Journal of Laws of 2017, item 1318)

Justification of the bill from 28.4.2011 on the amendment of the Law on Patients 'Rights and the Patient's Rights Advocate and the Act on Compulsory Insurance, Insurance Guarantee Fund and Polish Motor Insurers' Bureau of October 15, 2010, print No. 3488 of the Sejm of the Republic of Poland VI Kadencja, pp. 1-2

Act of 28.4.2011 on amending the Act on Patient Rights and the Patient's Rights Ombudsman and the Act on Compulsory Insurance, Insurance Guarantee Fund and Polish Motor Insurers' Bureau (Journal of Laws 2011 No. 113, item 660)

The Code of Civil Procedure Act of 17 November 1964 (Journal of Laws of 2016, item 1822, as amended)

Streszczenie

Autor w artykule skupia się na omówieniu elementów nawiązujących do typów ADR występujących w instytucji Wojewódzkich Komisji do spraw Orzekania o Zdarzeniach Medycznych. Dąży do zanalizowania cech konstrukcyjnych negocjacji, mediacji oraz arbitrażu oraz poszukiwaniu ich w działaniu omawianego organie. Rozważając te alternatywne metody rozwiązywania sporów dochodzi do wniosku, że ustawodawca nie implementował do Wojewódzkich Komisji do spraw Orzekania o Zdarzeniach Medycznych metod ADR co należy ocenić krytycznie.

SŁOWA KLUCZOWE: prawo medyczne, wojewódzkie komisje do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych, alternatywne metody rozwiązywania sporów

Summary

The author in the article focuses on discussing elements referring to the ADR types appearing in the institution of the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events. It seeks to analyze the constructional features of negotiations, mediation and arbitration, and to seek them in the operation of the body under discussion. Considering these alternative methods of dispute resolution, he comes to the conclusion that

the legislator did not implement the ADR methods to the Provincial Commission for Adjudication of Medical Events, which should be critically assessed.

KEY WORDS: medical law, provincial commissions for adjudicating on medical events, Alternative Dispute Resolution

Autor

Piotr Artur Olechowski - Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński.

Bartłomiej Orawiec

What is the design protected by a CAD rendered Registered Community Design?

Jakie wzory są chronione przez zarejestrowane wzory wspólnotowe w postaci obrazów przygotowanych przy wykorzystaniu programu komputerowego Computer Assisted Design (CAD)?

On 9 March 2016, the UK Supreme Court delivered its first ever judgment on a Registered Community Design (RCD) in *PMS International Group Plc v Magmatic Limited*[1]. The Supreme Court upheld the decision of the Court of Appeal that the RCD consisting of six grayscale images of 'Trunki' prepared by a 3D Computer Assisted Design (CAD) program is not infringed by the respondent's 'Kiddee Cases'.[2] Also, it stated *obiter* that as a matter of principle, the absence of decoration can be a feature of a RCD but it failed to provide an explanation of how a designer can, in practice, claim the positive absence of decoration. In addition, despite the UK Intellectual Property Office (IPO)'s request, the court did not make a reference for a preliminary ruling to CJEU.[3]

Robert Law, the founder of Magmatic Limited ("Magmatic") is known for a design of a ride-on suitcase for children (the Rodeo), for which he won a prize in 1998. After updating the design, he applied to register it at the Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM), which published it as a RCD (43427-0001) on 28 October 2003. Subsequently, Magmatic commercialized

---

[1] [2016] UKSC 12, para 1-3 and D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 662.

[2] *PMS International Group Plc v Magmatic Limited* [2016] UKSC 12.

[3] S. Ashby, *Magmatic v PMS: UK Supreme Court says no Community registered design infringement by Kiddee cases*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 7, p. 490-493.

the ride-on suitcases and sold them under the trade mark "Trunki".[4] The Trunki suitcase was 'enormously successful'[5] – by 2011, 20% of all 3-6 year olds in the UK possessed it.[6] In 2010, PMS International Group Plc ("PMS") seeing the success of Trunki decided to produce a similar product, at a lower price, called Kiddee Case (see Figure 2 below).

Figure 1. One of six views from RCD 43427-0001

Figure 2. Tiger Kiddee Case

[4] [2016] UKSC 12, para 2-3.
[5] [2014] EWCA Civ 181, para 9.
[6] [2013] EWHC 1925 (Pat), para 16.

In consequence, in 2013 Magmatic commenced proceedings against PMS seeking damages and an injunction alleging that PMS has infringed the RCD by selling in, and importing into the UK and Germany ride-on suitcases under the name "Kiddee Case" with a number of features similar to the RCD.[7]

In the High Court decision, Arnold J held that the Kiddee Case had infringed Trunki RCD, which was a "shape" design with a wide scope of protection. He noted that while some design features of both suitcases were different, the overall impression created by them on the informed user was the same. The permission to appeal was given essentially on just one issue that is whether the surface decoration should be taken into account when assessing "overall impression" and if so whether the Kiddee Cases do not produce on the informed user a different overall impression. [8]

The Court of Appeal overturned the decision of the High Court and continued its unbroken run of not finding infringement of RCDs.[9] Kitchen LJ found three errors in Arnold J's judgment i.e. Arnold J (1) '*failed to give proper weight to the overall impression of the RCD as an animal with horns, which was significantly different from the impression made by the Kiddee Case*', (2) '*failed to take into account the effect of the lack of ornamentation on the surface of RCD*' and (3) '*ignored the colour contrast in the RCD between the body and the wheels*'.[10] For the purposes of this article, mainly criticisms (2) and (3) will be analysed as they deal with the question 'what is the design protected by CAD rendered RCD?'

As regards criticism (3), before the judgment of the Court of Appeal, practitioners generally understood that CAD drawings protected solely the shape of the product.[11] The Court of Appeal and later the Supreme Court held that the contrasting tone on CAD drawings means something and this cannot be ignored. Justice Arnold (the High Court) knew however that Trunki RCD showed wheels and the strap in black colour and the rest of the suitcase in grey whereas Kiddee Cases had also black, but covered, wheels when making his assessment of overall impression. Even if the design was not shape-only but was shape plus tonal contrasts, it seems unlikely that the High Court would consider it as the

---

[7] [2016] UKSC 12, para 3-5.

[8] [2013] EWHC 1925 (Pat) and S. Ashby, *Magmatic v PMS: UK Supreme Court says no Community registered design infringement by Kiddee cases*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 7, p. 490-493.

[9] S. Ashby, *The UK Supreme Court and the Trunki case: missed opportunities, mysteries and misunderstood,* European Intellectual Property Review, 2016, 38(9), p.527-530.

[10] [2016] UKSC 12, para 21.

[11] D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 665.

"tipping point" and find that there was no infringement.[12] However, David Stone in his article presented a view that since there are no verbal disclaimers or any usable guidance on what such tonal contrasts mean, there may be cases where some objective meaning is to be given to them in CAD renderings. He went on to say that unless people filing designs intend to claim contrast of tones, they should make sure that CAD renderings have only one colour, even though this may mean a change in practice for them.[13]

As regards criticism (2), when comparing 'like with like' an RCD with Kiddee Cases, the Court of Appeal stated that:

> *"…the impression the [insect version of the Kiddee Case]'s shape creates is clearly influenced by (…) the spots on its flanks. As a result it looks like a ladybird (...). It was, in my judgment, wrong for the judge to eliminate the decoration on the accused design from his consideration entirely because it significantly affects how the shape itself strikes the eye, and the overall impression it gives. At least in the case of this particular registered design, the global comparison necessarily requires account to be taken of the context in which the accused shape appears."*[14]

Therefore, the Court of Appeal actually found that RCD included a claim for the absence of surface decoration by pointing to the relevance of, for instance, the spots on the flanks of the ladybird version. By acknowledging the relevance of surface decoration on the Kiddee Case the court has, in fact, acknowledged that the absence of the surface decoration in the RCD was relevant to the comparison and thus it was part of the RCD.[15] In addition the Supreme Court noted that:

> *"… I accept that the point has some force, in the sense that, unless it included items such as eyes and a mouth, any decoration could well detract from the animal impression, and, even if it consisted of such items, it could be said to distract the observer's attention from the horns."*[16]

---

[12] S. Ashby, *The UK Supreme Court and the Trunki case: missed opportunities, mysteries and misunderstood,* European Intellectual Property Review, 2016, 38(9), p.527-530.

[13] D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 673.

[14] [2014] EWCA Civ 181, para 47.

[15] D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 667.

[16] [2016] UKSC 12, para 41.

However, it later tried to deny that in 'like with like' comparison the absence of surface decoration in RCD should be taken into account by saying that:

> "*… Kitchin LJ was not raising a free-standing contention that a feature of the [RCD] was that it contained no decoration.*"[17]

Although the Court of Appeal did not say exactly that "a feature of RCD is that it contains no surface decoration", it had said that the RCD was "*not adorned with any (…) imagery.*" It should be noted the High Court held that the shape of the Kiddee Case and the RCD created the same overall impression and this was not appealed. Thus, the absence of surface decoration must have been considered as part of RCD or otherwise the comparison would have made no sense. The Supreme Court needed to determine whether the RCD included a claim for the absence of surface decoration because that was the basis on which the permission to appeal was granted. It was not open for to the court to state that the part of its judgment referring to the surface decoration was *obiter*.[18] Lord Neuberger (*obiter*) held that since minimalism or simplicity may be an aspect of a design, the absence of decoration could as a matter of principle be a feature of RCD.

As regards criticism (1), many argue that the first criticism i.e. the horned animal point was wrong because although Justice Arnold did not expressly mention that the RCD created the impression of a horned animal, he did actually take this aspect into account when assessing the shape of the design. It must be noted that the permission to appeal was granted solely on the issue of surface decoration and not on the question of shape alone.[19]

There are many advantages of CAD rendering over line drawings, for instance, it is easier to represent volume and gradually changing shapes (such as graduated changes on the flanks of Trunki) with CAD rendering than with line drawings, which can be used to represent e.g. simple boxes. Nevertheless, the Supreme Court failed to give any helpful guidance as to what is protected by CAD, it only 'somewhat mysteriously' held that a "*line drawing is much more likely*

---

[17] [2016] UKSC 12, para 43.

[18] D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 666-668.

[19] S. Ashby, *The UK Supreme Court and the Trunki case: missed opportunities, mysteries and misunderstood,* European Intellectual Property Review, 2016, 38(9), p.529 and D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 673-674.

to be interpreted as not excluding ornamentation than a CAD image"[20] hence underlining the fact that line drawing will usually provide the broadest scope of protection. As opposed to the UK domestic design law, which allows for a verbal description stating that the design either includes claim for the absence of surface decoration or it is for the shape of the product only, the Design Regulation only allows to provide a description in RCDs to 'assist the examiner', which does not affect the scope of protection 'as such' and which does not appear on the register.[21]

Despite the fact that some IP lawyers, including Prof David Musker, Chair of CIPA (*The Chartered Institute of Patent Attorneys)*'s Designs Committee, say that the judgment brings clarity to design protection laws[22], others highlight that it *"plunges design law into an abyss"*[23] and disagree with Lord Neuberger who said that it "*is not as if a decision whether the absence of ornamentation in this particular RCD would be of much assistance in other cases.*"[24] It is argued that as a result of the judgment the competitors, who wish to mimic a successful design shape, will be able avoid infringement of design right by decorating their product in a different way than the registered design.[25] This, in effect, may reduce the incentive for designers to produce new and innovative products because they may fear that competitors producing a similar product will be able to reap the rewards.[26]

Many RCDs are registered using CAD images and it is somewhat disappointing for UK IPO, designers and legal practitioners that the Supreme Court having a chance to ask CJEU for guidance on how such images in designs ought

---

[20] [2016] UKSC 12, [2016] Bus. L.R. 371 at 46 and S. Ashby, *The UK Supreme Court and the Trunki case: missed opportunities, mysteries and misunderstood,* European Intellectual Property Review, 2016, 38(9), p.530.

[21] D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 671-672.

[22] Prof. D. Musker in Chartered Institute of Patent Attorneys, *Trunki Suitcase Ruling clarifies design law, say patent attorneys*, available on: http://www.cipa.org.uk/policy-and-news/latest-news/trunki-suitcase-ruling-clarifies-design-law-say-patent-attorney/ last accessed on: 20 April 2018.

[23] D. Macdonald, OBE., CEO of ACID *Supreme Court Rules Against Trunki,* - https://www.acid.uk.com/supreme-court-rules-trunki/ last accessed on: 20 April 2018.

[24] [2016] UKSC 12 para 50.

[25] E. McClure & A. Shaw, *A hard case: The Supreme Court rules on European design law for first time,* available on https://www.newlawjournal.co.uk/content/hard-case, last accessed on: 20 April 2018.

[26] S. McVey, *What's the difference between and animal with horns and an animal with ears? A cautionary tale of protecting original designs,* available on https://www.gordonsllp.com/whats-the-difference-between-an-animal-with-horns-and-an-animal-with-ears-a-cautionary-tale-of-protecting-original-designs/ last accessed on : 20 April 2018.

to be interpreted, chose not to do so.[27] It is argued that the court was wrong because despite the fact that it identified the main issue on appeal to be "how to interpret particular images on a particular [RCD]", it held that there was no issue of EU law raised.[28] It may seem from the Lord Neuberger's judgment[29], in which he has mentioned that it is for the applicant of RCD to determine what is filed, that he has mistakenly considered the meaning of RCD to be an issue of practice rather than of law. If it was really a reason for not referring the matter to CJEU, the Supreme Court ought to have expressly said that, especially that the Court of Appeal overturned the decision of the trial judge because he had erred in law. Nonetheless, is seems more plausible that the Supreme Court has identified an issue of law but not an issue of EU law.[30] If that was the case, then again, it was mistaken because an RCD is an EU-wide right and thus must be an issue of EU law.[31]

It should be noted that there are some benefits of referring a matter to the CJEU. It is not only an expert for this subject matter but it also supports uniformity of interpretation and sometimes decides on the basis of policy considerations, which national courts have no access to. In addition on any reference to CJEU, European Commission as well as Member States have right to intervene without having to prove an interest. Therefore CJEU not only decides a case between two or more parties but it also has an access to the views and positions of the Member States that should lead to a more harmonized position on what the law should be. Furthermore, there are Advocates-General, who provide CJEU with neutral, expert opinion in EU law as well as analyse legislative texts in various language versions and preparatory papers behind the legislation.[32]

A few months after the judgment of the Supreme Court, the UK Intellectual Property Office (IPO) has released guidance on filing registered designs following Trunki case. It stated *inter alia* that it is up to the applicants to select a form of representation, which is most suited to their needs. Applicants, who wish to protect shape-only are advised to use simple line drawings, without any colour

---

[27] S. Ashby, *Magmatic v PMS: UK Supreme Court says no Community registered design infringement by Kiddee cases*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 7, p. 493.

[28] D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 676-677.

[29] [2016] UKSC 12 para 32.

[30] [2016] UKSC 12 para 59.

[31] D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 677.

[32] D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 675.

or tonal differences, and without any visible surface features or decoration. As for CAD representations however, they may represent "shape and more" i.e. light reflection or shading. [33] However no detailed explanation is provided in this regard. It seems that IPO, in its guidance, has disregarded the point made *obiter* by Lord Neuberger that *"a line drawing is much more likely to be interpreted as not excluding ornamentation than a CAD image."*[34]

To sum up, it remains unclear what is the design protected by a CAD rendered RCD. The Court of Appeal and later the Supreme Court had a chance to clarify the law in this regard and to refer the question to CJEU but they missed it. Some argue that as a result of the decision in Trunki case applicants, in order to ensure that their designs are appropriately protected, will need to file several applications, which will need to cover different combinations of colour, shape, ornamentation and other features.[35]

Bibliografia

Journal Articles

Ashby S., *Magmatic v PMS: UK Supreme Court says no Community registered design infringement by Kiddee cases*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 7

Ashby S., *The UK Supreme Court and the Trunki case: missed opportunities, mysteries and misunderstood,* European Intellectual Property Review, 2016, 38(9)

Stone D., *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9

Cases

PMS International Group Plc v Magmatic Limited [2016] UKSC 12

PMS International Group Plc v Magmatic Limited [2014] EWCA Civ 181

PMS International Group Plc v Magmatic Limited [2013] EWHC 1925 (Pat)

[33] UK statutory guidance: DPN 1/16: Guidance on use of representations when filing Registered Design application, Published 1 June 2016, available on: https://www.gov.uk/government/publications/designs-practice-notice-dpn-116, last accessed on: 20 April 2018.

[34] [2016] UKSC 12 para 46.

This point was also raised by S. Ashby, *The UK Supreme Court and the Trunki case: missed opportunities, mysteries and misunderstood,* European Intellectual Property Review, 2016, 38(9), footnote 14.

[35] S. Ashby, *The UK Supreme Court and the Trunki case: missed opportunities, mysteries and misunderstood,* European Intellectual Property Review, 2016, 38(9), p.530.

Other sources

An article from 'Anti Copying in Design':

Macdonald D., OBE., CEO of ACID, *Supreme Court Rules Against Trunki, available on:* https://www.acid.uk.com/supreme-court-rules-trunki/ last accessed on: 20 April 2018

An article from 'New Law Journal':

McClure E. & Shaw A., *A hard case: The Supreme Court rules on European design law for first time,* available on https://www.newlawjournal.co.uk/content/hard-case, last accessed on: 20 April 2018

A comment from Chartered Institute of Patent Attorneys:

Prof. Musker D. in Chartered Institute of Patent Attorneys, *Trunki Suitcase Ruling clarifies design law, say patent attorneys*, available on: http://www.cipa.org.uk/policy-and-news/latest-news/trunki-suitcase-ruling-clarifies-design-law-say-patent-attorney/ last accessed on: 20 April 2018

A comment from the Gordons LLP Law Firm:

McVey S., *What's the difference between and animal with horns and an animal with ears? A cautionary tale of protecting original designs*, available on: https://www.gordonsllp.com/whats-the-difference-between-an-animal-with-horns-and-an-animal-with-ears-a-cautionary-tale-of-protecting-original-designs/ last accessed on : 20 April 2018

UK IPO's guidance on use of representations when filing Registered Design application:

available on: https://www.gov.uk/government/publications/designs-practice-notice-dpn-116, last accessed on: 20 April 2018

Streszczenie

PMS International Group Plc v Magmatic Limited [2016] UKSC 12 to pierwszy wyrok Sądu Najwyższego Wielkiej Brytanii w sprawie zarejestrowanego wzoru wspólnotowego, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że PMS Kiddee Cases nie naruszyły prawa do zarejestrowanego wzoru wspólnotowego składającego się z 6 obrazów przedstawiających „Trunki" w różnych odcieniach szarości, które zostały przygotowane przy wykorzystaniu programu komputerowego Computer Assisted Design (CAD). Niestety Sąd Najwyższy, który miał możliwość zwrócenia się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o wskazówki (ang. guidance) dotyczące tego, jak należy interpretować tego typu obrazy w przypadku zarejestrowanych wzorów wspólnotowych, nie uczynił tego, pomimo iż wiele zarejestrowanych wzorów wspólnotowych rejestrowanych jest obecnie przy wykorzystaniu tego rodzaju obrazów.

SŁOWA KLUCZOWE: Zarejestrowane wzory wspólnotowe – prawo Unii Europejskiej – Trunki – CAD – Sąd Najwyższy Wielkiej Brytanii

Summary

PMS International Group Plc v Magmatic Limited[36] was the first judgment of the UK Supreme Court on a Registered Community Design. The court held that PMS Kiddee Cases do not infringe the Trunki CAD rendered Registered Community Design. Unfortunately, the Supreme Court having a chance to ask CJEU for guidance on how such images in designs ought to be interpreted, chose not to do so even though many RCDs are registered using CAD images.

KEY WORDS: Registered Community designs – EU law – Trunki - CAD – Supreme Court

Autor

Bartłomiej Orawiec – mgr, doktorant prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim.

[36] [2016] UKSC 12, para 1-3 and D. Stone, *Trunki – How did things go so wrong?,* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 11, No. 9, p. 662.

Magdalena Stopiak

Nowe technologie a walka z oszustwami VAT

New technologies and the fight against VAT fraud

Wstęp

Zjawisko wyłudzania podatku VAT stało się na tyle powszechne, że konieczne jest znalezienie nowych metod, które pomogą w walce z tym procesem. Ministerstwo Finansów określiło zakres należytej staranności, którą musi wykazać podatnik w kontaktach z pozostałymi uczestnikami obrotu, by uzyskać prawo do odliczenia podatku VAT. Jednakże nie jest to wystarczająca metoda – potrzebne są bardziej zdecydowane sposoby walki z oszustami podatkowymi. Ministerstwo Finansów aktualnie przede wszystkim skupiło swoją uwagę na działalności prewencyjnej – zapobieganiu działalności przestępczej i odstraszaniu potencjalnych oszustów. Ustawodawca podjął walkę z wyłudzeniami VAT przy pomocy nowych technologii. W tym celu wprowadzono informatyzację ewidencji ksiąg rachunkowych, co ma pozwalać na bieżące monitorowanie wszystkich transakcji dokonywanych przez przedsiębiorców. To one dzięki swoim możliwościom, tj. szybkości przekazywania informacji w postaci Jednolitego Pliku Kontrolnego mają umożliwić skuteczny, a przede wszystkim bieżący monitoring transakcji zawieranych przez podatników, co pozwoli na wykrycie sytuacji potencjalnie niebezpiecznych dla budżetu państwa. Efektem działań ustawodawcy poza Jednolitym Plikiem Kontrolnym, jest System Teleinformatyczny Izby Rozliczeniowej (STIR), który umożliwi Szefowi Krajowej Administracji Skarbowej na monitorowanie rachunków bankowych podmiotów, niebędących osobami fizycznymi, które mają otwarty rachunek bankowy dla celów nieprywatnych. Powyższe działania dążą do informatyzacji działalności organów skarbowych, a co za tym idzie do większej transparentności przekazywanych informacji.

Większa przejrzystość (zagwarantowana przez STIR) i elektroniczne prowadzenie ewidencji czynnych podatników VAT ma być remedium na próby wyłudzeń podatku VAT. Działalność ustawodawcy nie pozostaje bez echa wśród przedsiębiorców. Nowe regulacje, zwłaszcza związane z informatyzacją działalności administracji skarbowej, wzbudzają niepokój nawet uczciwych uczestników obrotu. Ryzyko związane z narażeniem się na odpowiedzialność przed organem skarbowym staje się coraz większe, zwłaszcza pośród niejasnych przepisów.

1. Istota tzw. karuzeli VAT

Zanim przejdzie się do pogłębionej analizy na temat nowych sposobów walki z wyłudzeniami podatku VAT należy zatrzymać się i wyjaśnić na czym polegają w istocie tzw. przestępstwa karuzelowe. Taka nazwa jest adekwatna, gdyż jak T. Pabiański pisze: „sprzedawane towary krążą między poszczególnymi podmiotami zaangażowanymi (świadomie bądź nie) w przestępczy łańcuch dostaw"[1]. Sam wyraz „karuzela" bierze się zatem od mechanizmu na jakim opiera się cała procedura wyłudzania podatku VAT. Należy podkreślić, że w praktyce zdarzają się sytuacje, w których przedsiębiorca nieświadomie staje się uczestnikiem złożonego mechanizmu, który ma na celu wyprowadzenie pieniędzy z budżetu państwa. Łańcuch ten może być rozbudowany i zawierać w sobie podmioty niepowiązane z działalnością przestępczą.

Najczęściej w celu wyprowadzenia pieniędzy z budżetu państwa oszuści korzystają z możliwości, które daje im wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów. Umożliwia ona sprzedawcy (X), znajdującemu się w innym kraju członkowskim (w przypadku sprzedaży towarów poza jego granice, np. przy sprzedaży towarów z Niemiec do Polski), na opodatkowanie sprzedaży 0% stawką VAT. Obowiązek wykazania podatku naliczonego i należnego ciąży na nabywcy (Y), który realizuje wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów[2]. Znacznie upraszczając, w takiej sytuacji podmiot znajdujący się w Polsce jest zobligowany do zapłaty podatku należnego, co uprawni go do odliczenia podatku w przypadku dalszej odsprzedaży produktów. W tym celu podmiot Y dokonuje dalszego zbycia towarów, pobiera podatek od kolejnego podmiotu (Z), jednakże nigdy nie deklaruje go

[1] T. Pabiański, Zorganizowane działania przestępcze wykorzystujące mechanizmy konstrukcyjne podatku VAT, Przegląd Podatkowy 2007/1, s. 20.

[2] W. Kotowski, Karuzele podatkowe [w:] Irena Ożóg (red.), Przestępstwa karuzelowe i inne oszustwa w VAT, Warszawa 2017, s. 20.

organom skarbowym, a finalnie znika[3]. Kolejny kontrahent (Z) na podstawie wystawionej faktury VAT odlicza podatek naliczony, który powinien być zapłacony przez drugi podmiot w łańcuchu – (Y). Następnie dokonuje odsprzedaży towaru w ramach wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów, w związku z tym nie musi płacić podatku z tytułu zbycia towaru, a otrzymuje od urzędu skarbowego cały VAT naliczony.

Powyższy, uproszczony schemat działania tzw. karuzel VAT pozwala na wyłudzenie pieniędzy z budżetu państwa w kilku miejscach. Po raz pierwszy przez brak deklaracji podatku VAT organowi skarbowemu podmiot Y uzyskuje przysporzenie majątkowe. Ponadto budżet państwa traci poprzez zwrot podatku VAT podmiotowi Z, który to podatek nie został wcześniej uregulowany[4].

W celu zapobiegania działalności przestępczej, Ministerstwo Finansów i Krajowa Administracja Skarbowa, we współpracy z podmiotami zewnętrznymi, wypracowały w 2018 r. dokument „Dobre Praktyki VAT"[5], który ma służyć czynnym podatnikom VAT jako kodeks reguł należytej staranności. Zawarte w dokumencie reguły postępowania pozwolą na zweryfikowanie, czy podatnik działał w danej transakcji przy zachowaniu należytej staranności. W „Dobrych praktykach VAT" opisano zasady, którymi powinien się kierować rzetelny podatnik podczas zawierania umów sprzedaży towarów opodatkowanych podatkiem VAT. Przede wszystkim w dokumencie wskazuje się, że należy sprawdzić: dane rejestrowe podatnika takie jak KRS, NIP, REGON, status czynnego podatnika na stronie prowadzonej przez Ministerstwo Finansów (https://ppuslugi.mf.gov.pl/_/), działalność kontrahenta oraz istnienie jego siedziby w sieci Internet, np. przy pomocy wyszukiwarki Google[6]. Poza tym, do obowiązków podatnika należy sprawdzenie, czy cena kupowanego produktu znacząco nie odbiega od ceny rynkowej[7]. Działanie zgodnie z wymienionymi regułami postępowania ma zagwarantować udowodnienie dochowania należytej staranności w transakcji, w sytuacji, gdy druga strona umowy okaże tzw. znikającym podatnikiem. Tym samym uczciwy podatnik będzie mógł uzyskać odliczenie podatku i zwolnić się z ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej.

Jednakże nawet najbardziej rozwinięte procedury sprawdzania kontrahentów przerzucają jedynie odpowiedzialność na podmiot kupujący. Często w praktyce

---

[3] Ibidem, s. 22.

[4] J. Rusek, Prawo do odliczenia VAT w transakcjach karuzelowych w świetle orzecznictwa polskich sądów administracyjnych, Przegląd Podatkowy 2012, LEX 2018.

[5] Dobre praktyki VAT, https://www.mf.gov.pl/documents/764034/6098176/pismo+Podkarpackiego+Klubu+BiznesuZa%C5%82%C4%85cznik.pdf, [dostęp: 14.05.2018r., 9:15].

[6] Ibidem.

[7] Ibidem.

zdarza się, że podatnik nie ma świadomości, że stał się elementem rozbudowanej procedury ukierunkowanej na wyłudzenie podatku VAT. Nie jest to dobre wyjście z zaistniałej sytuacji, gdyż uczciwy podatnik nie ma zagwarantowanej pewności, że jego ocena co do rzetelności kontrahenta pokryje się z późniejszą oceną organu podatkowego. Same „Dobre Praktyki VAT" wydają się mocno odbiegać od rzeczywistości otaczającej przedsiębiorców. Przykładowo, w niniejszym dokumencie wskazuje się, że jeśli sama cena towaru jest 20% niższa od ceny rynkowej towaru to jest to sygnałem, który ma wzbudzić wątpliwości podatnika co do rzetelności jego kontrahenta[8]. Nie sposób się z tym zgodzić. W powszechnym obrocie zdarzają się sytuacje, w których podmiot kończący działalność, posiadający towary z krótką datą przydatności lub towary sezonowe chce się ich wyzbyć w jak najkrótszym czasie, w związku z czym zbywa je znacznie taniej. Zgodnie z powyższym dokumentem z takiej sytuacji nie powinien korzystać rzetelny podatnik VAT. Oznacza to tyle, że podatnik powinien raczej unikać zakupu towarów po okazyjnej cenie, gdyż w takim wypadku będzie zobowiązany do wyjaśnienia dlaczego nabył przedmiot po cenie znacząco odbiegającej od ceny rynkowej, a w ostateczności narazi się nawet na odpowiedzialność karnoskarbową.

Wykazanie przykładowych słabości „Dobrych praktyk VAT" uzasadnia pochylenie się nad regulacją dotyczącą informatyzacji wprowadzanej przez Ministerstwo Finansów. Być może wprowadzenie Jednolitego Pliku Kontrolnego, oraz Systemu Teleinformatycznego Izby Rozliczeniowej (STIR) pozwoli na ograniczenie przypadków wyłudzeń podatku VAT, jednocześnie nie przerzucając odpowiedzialności na uczciwych podatników.

2. Jednolity Plik Kontrolny

Jedną z regulacji, która ma uchronić budżet państwa od strat wynikających z wyłudzeń podatku VAT jest funkcjonujący od 2016 roku obowiązek prowadzenia ewidencji VAT wyłącznie w formie elektronicznej, co wynika z art. 109 ust. 3 w zw. z art. 109 ust. 8a ustawy o podatku od towarów i usług[9] (dalej: ustawa VAT). W związku z tym większość deklaracji VAT ma być przesyłana wyłącznie drogą elektroniczną, w tym między innymi deklaracje VAT-7, VAT-7K[10]. Samo wprowadzenie obowiązku, który wymaga przekazywania informacji w formie

[8] Ibidem.
[9] Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2017.1221 j.t.).
[10] J. Ziętek, Zmiany w VAT na 2018 r., Monitor Podatkowy 2018, Nr 2, s. 11.

elektronicznej implikuje konieczność dostosowania elektronicznej formy ich przechowywania, porządkowania i przesyłania. Ordynacja podatkowa uszczegóławia niniejszy obowiązek. Wskazano tam na formę w jakiej mają zostać przesyłane informacje dotyczące stanu ksiąg rachunkowych przedsiębiorstwa w danym okresie. Jednolity Plik JPK_VAT (Jednolity Plik Kontrolny) opisany w art. 193a § 2 Ordynacji Podatkowej[11] (dalej: o.p.) wzoruje się na na pliku SAF-T (ang. Standard Audit File – Tax – SAF-T) zaproponowanym przez OECD, który jest używany w wielu państwach europejskich[12]. Plik odzwierciedla stan ksiąg rachunkowych przedsiębiorstwa, informując o operacjach gospodarczych we wskazanym okresie w przedsiębiorstwie[13]. Wprowadzenie tej regulacji wzbudziło niepokój wśród wielu przedsiębiorców, którzy dotychczas nie korzystali z elektronicznej formy prowadzenia ksiąg rachunkowych, bowiem muszą teraz dostosować swoją działalność do nowej formy przesyłania informacji.

Obowiązek prowadzenia elektronicznej ewidencji rachunkowej był wprowadzany etapami. I tak kolejno, początkowo obowiązkiem składania do każdego 25 dnia miesiąca pliku JPK_VAT zostali objęci duzi przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej[14], a od 1 stycznia 2017 roku także mali i średni. Rok 2018 stał się natomiast przełomem w tej kwestii dla mikroprzedsiębiorców, gdyż to oni zostali zobligowani do złożenia pliku JPK_VAT od 1 stycznia 2018r. Ustawodawca nie objął wszystkich czynnych podatników VAT zakresem tych regulacji. W art. 133 ust. 1 ustawy VAT dokonał zwolnienia podmiotowego drobnych przedsiębiorców, u których wartość sprzedaży w ubiegłym roku podatkowym nie przekroczyła 200 000 zł netto[15].

Zgodnie z powołanym wyżej przepisem podatnicy są zobowiązani do składania pliku JPK_VAT do każdego 25 dnia miesiąca. Rodzi to problemy dla podatników składających deklaracje VAT kwartalnie. W wypadku takiej formy rozliczeń z fiskusem czynni podatnicy VAT, którzy dotychczas koncentrowali się na wykonaniu obowiązków podatkowych w trzecim miesiącu kwartału muszą poczynić albo dodatkowe wydatki na obsługę rachunkowości, albo sami włożyć więcej pracy, by przesyłać co miesiąc pliki JPK_VAT. Dodatkowo, w mniejszych przedsiębiorstwach wprowadzenie tego obowiązku może spowodować konieczność wprowadzenia systemów informatycznych, które wcześniej nie były

---

[11] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.2017.201 j.t.)

[12] M. Damaz, Komentarz do art. 193a. [w:] H. Dzwonkowski (red.), Ordynacja Podatkowa. Komentarz., Legalis 2018.

[13] B. Bryl, Wpływ jednolitego pliku kontrolnego na system rachunkowości przedsiębiorstw, Ekonomiczne Problemy Usług nr 2/2017, s.29.

[14] Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.2004.173 j.t.)

[15] T. Michalik, Komentarz do art. 133 VAT [w:] T. Michalik (red.), Komentarz, Legalis 2018.

potrzebne[16], a co za tym idzie zwiększy to koszty prowadzenia działalności. Co prawda, należy wskazać, że od 2017 roku tylko mali podatnicy, którzy wybrali metodę kasową lub zawiadomili o tym naczelnika urzędu skarbowego są uprawnieni do składania deklaracji kwartalnie[17]. Nie tworzą oni jednak zamkniętego zbioru desygnatów. Z tego kręgu, również dla bezpieczeństwa budżetu państwa, wykluczone zostały podmioty, które potencjalnie mogą działać w celu wyłudzeń podatku VAT[18]. Ustawodawca i w tym wyłączeniu kierował się celem uszczelnienia podatku VAT, gdyż rozliczenia kwartalne także były wykorzystywane przez oszustów. Bowiem w okresie trzymiesięcznym przy rozliczeniu kwartalnym, pozostawiono podatnikom dużą możliwość do dokonywania transakcji, które były wykorzystane w celu wyłudzenia podatku VAT, a ograniczało to znacząco możliwości organów na ich wykrycie ze względu na długi czas, który mijał zanim organy skarbowe powzięły informacje o podejrzanych transakcjach[19].

Wdrożenie do ustawy VAT obowiązku składania deklaracji w formie elektronicznej należy odbierać jako kolejny krok w stronę informatyzacji rachunkowości. Pośrednio, wprowadzenie niniejszej regulacji wpływa także na informatyzację samych przedsiębiorców, którzy dotychczas nie zdecydowali się na elektroniczne prowadzenie ksiąg rachunkowych. Wydaje się, że w związku z obowiązkiem comiesięcznego przekazywania ewidencji VAT organom skarbowym zbędny okaże się w końcu sposób rozliczeń kwartalnych. Finalnie podatnik może dojść do wniosku, że skoro i tak jest obligowany do składania plików JPK_VAT co miesiąc, to dodatkowo zdecyduje się na rozliczenie miesięczne.

Forma i ujednolicenie reguł składania deklaracji podatkowych na pewno pozytywnie wpłyną na transparentność transakcji opodatkowanych VAT, co w konsekwencji przełoży się na szybkość działań organów skarbowych. Dodatkowo, przyjęcie takiej formy przekazywania informacji do organów skarbowych umożliwia przeprowadzenie elektronicznej kontroli podatkowej, co z pewnością

---

[16] A. Plichta, M. Dybaś, Obowiązek raportowania comiesięcznego Jednolitego Pliku Kontrolnego dla ewidencji VAT [w:] M. Sidelnik, P. Grzanka (red.) Jednolity Plik Kontrolny, Warszawa 2017, 74-75, 77.

[17] Art. 99 ust. 2 i art. 99 ust. 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2017.1221 j.t.)

[18] Przepisów dotyczących małych podatników nie stosuje się zgodnie z art. 99 ust. 3a ustawy VAT do podatników: „rejestrowanych przez naczelnika urzędu skarbowego jako podatnicy VAT czynni - przez okres 12 miesięcy począwszy od miesiąca, w którym dokonana została rejestracja lub którzy w danym kwartale lub w poprzedzających go 4 kwartałach dokonali dostawy towarów, o których mowa w załączniku nr 13 do ustawy, chyba że łączna wartość tych dostaw bez kwoty podatku nie przekroczyła, w żadnym miesiącu z tych okresów, kwoty 50 000 zł".

[19] A. Plichta, M. Dybaś, op.cit., s. 77.

wpłynie na jej efektywność i skuteczność[20]. Nie jest to jednak korzyść tylko dla państwa. Jednocześnie przejrzystość informacji wpłynie pozytywnie na przyspieszenie trwania ewentualnych kontroli skarbowych, które niejednokrotnie rodziły duże straty dla przedsiębiorstw.

3. System Teleinformatyczny Izby Rozliczeniowej

Następnym narzędziem, które ma służyć zapobieganiu wyłudzeń podatku VAT jest System Teleinformatyczny Izby Rozliczeniowej (STIR). System ten został wprowadzony do Ordynacji podatkowej na podstawie ustawy z dnia 24 listopada 2017 roku[21]. Przedstawiony w niniejszej ustawie algorytm analityczny ma zapobiec wyprowadzaniu pieniędzy z budżetu państwa przez działalność przestępczą, przy wykorzystaniu systemu bankowego[22]. Dostęp do algorytmu będzie miał na podstawie art. 119 § 1 zn o.p. Szef Krajowej Administracji Skarbowej. Konieczność stworzenia takiego systemu uzasadnia się faktem, że nie ma aktualnie narzędzi, które umożliwią zablokowanie działań przestępczych przed wszczęciem postępowania karnego w danej sprawie. Z uzasadnienia niniejszej ustawy wynika, że system ten będzie się opierał na analizie logicznej, która dotyczyć będzie przepływów finansowych[23]. Analiza algorytmu zgodnie z art. 119zn. § 1 o.p. będzie się opierała także o kryteria ekonomiczne, geograficzne, przedmiotowe, behawioralne oraz powiązań. W tym miejscu pojawiają się pierwsze wątpliwości. Każdy sektor gospodarki charakteryzuje się odmienną, własną specyfiką rozliczania transakcji handlowych. Trudno sobie wyobrazić, jak standaryzowany algorytm będzie potrafił zidentyfikować ryzyko we wszystkich dziedzinach gospodarki równocześnie, nie popełniając tym samym błędu. Skoro algorytm został stworzony do identyfikowania zagrożeń w związku z działalnością przestępczą, która w bankowości uzewnętrznia się najczęściej poprzez częste, natychmiastowe przelewy między różnymi podmiotami, może to doprowadzić do sytuacji, iż nawet uczciwy podmiot będzie poddany kontroli. Chociażby, dlatego że będzie wykonywał przelewy na wysokie kwoty z podmiotami powiązanymi.

---

[20] M. Damaz, op.cit. Legalis 2018.

[21] Ustawa z dnia 24 listopada 2014 r. o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania wykorzystywaniu sektora finansowego do wyłudzeń skarbowych (Dz.U. 2017.2491).

[22] Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania wykorzystywaniu sektora finansowego do wyłudzeń skarbowych, druk nr 1880, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1880 [dostęp: 14.05.2018, 15:15].

[23] Ibidem.

Bowiem najczęściej to oszuści używają opcji przelewów natychmiastowych, wykonując między sobą wielokrotnie przelewy na takie kwoty[24].

Zgodnie z art. 119zv § 1 o.p. Szef Krajowej Administracji Skarbowej może zablokować rachunek podmiotów kwalifikowanych[25]: „w przypadku, gdy na podstawie analizy ryzyka okaże się, że (1) pomiot może wykorzystywać działalność banków lub spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych do celów mających związek z wyłudzeniami skarbowymi lub do czynności zmierzających do wyłudzenia skarbowego, (2) a blokada rachunku podmiotu kwalifikowanego jest konieczna, aby temu przeciwdziałać"[26]. Z powołanego przepisu wynika, że ustawa wymaga spełnienia obu wymienionych przesłanek, więc także nastąpienia stanu konieczności zastosowania takiej metody. Budzi wątpliwości kiedy będzie można zastosować blokadę rachunku bankowego, gdyż przesłanka „konieczności" jest zakreślona bardzo szeroko. W związku z tym już w uzasadnieniu do ustawy wprowadzającej ten przepis podjęto próbę wyjaśnienia stworzenia tak niedookreślonych przesłanek[27], jednak argumenty podane w celu wyjaśnienia motywów ustawodawcy wydają się być wątpliwe. Nietrafiony wydaje się argument z powołanego tam wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 października 2013, sygn. SK 40/12[28], który uznał konstytucyjność nieostrej przesłanki z art. 33 § 1 Ordynacji podatkowej, a tym samym przesłanki w art. 119zv są wystarczająco transparentne. Należy wskazać, iż skład orzekający Trybunału Konstytucyjnego rozpatrujący skargę konstytucyjną powołuje się na zgoła inny stan faktyczny, a ponadto analiza prawna dotyczy przesłanki: „uzasadnionej obawy niewykonania zobowiązania podatkowego"[29], która odbiega treścią od tej powołanej w art. 199zv o.p. Nieuprawnione jest twierdzenie, że zastosowanie niedookreślonej przesłanki w jednym przepisie, który został uznany za konstytucyjny, implikuje od razu zasadność tego rozwiązania w innym. Ponadto przesłanki zamieszczone w art. 119zn o.p. są zakreślone w sposób szerszy niż te powołane w art. 33 § 1 o.p., więc taka argumentacja nie usuwa wątpliwości co do konstytucyjności tego przepisu[30].

---

[24] Ibidem.

[25] Podmiot kwalifikowany – posiadacz rachunku bankowego inny niż osoba fizyczna, której rachunek służy dla celów prywatnych.

[26] Art. 119 zv § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.2017.201 j.t.).

[27] Ibidem.

[28] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 października 2013 r. sgn. SK 40/12, Legalis nr 738106.

[29] Art. 33 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.2017.201 j.t.).

[30] K. Teszner, Komentarz aktualizowany do art.119(zv) ustawy - Ordynacja podatkowa, [w:] L. Etel, K (red.), Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany, LEX 2018.

Warto wskazać, że Szef Krajowej Administracji Skarbowej może zastosować jeszcze dalej idące środki w przypadku uzasadnionej obawy, że podmiot kwalifikowany „nie wykona istniejącego lub mającego powstać zobowiązania podatkowego lub zobowiązania z tytułu odpowiedzialności podatkowej osób trzecich"[31], których wartość przekracza 10 000 euro. W takiej sytuacji wyżej wspomniana blokada może zostać przedłużona postanowieniem do 3 miesięcy. Z samego art. 119zw § 1 o.p. nie wynika czym w istocie jest ów „w przyszłości mające powstać zobowiązanie", co w praktyce prawdopodobnie spowoduje problemy interpretacyjne. Kompetencja Szefa Krajowej Administracji Skarbowej w opisanym przepisie znacząco ingeruje w zasadę zaufania obywateli do państwa, która wypływa z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[32]. W związku z tym wydaje się dalece nieodpowiedzialnym posunięciem wyposażanie organu administracji skarbowej w tak daleko idące uprawnienia, które uzależnione są od autorytatywnego zinterpretowania danych okoliczności faktycznych.

Wątpliwa wydaje się konstytucyjność kompetencji przyznanych Szefowi Krajowej Administracji Skarbowej, gdyż postanowienie co do ustanowienia blokady zależeć będzie od bardzo szeroko zakreślonej autorytatywnej decyzji organu. W związku z czym, poza zarzutem ewentualnej niekonstytucyjności przepisów, należy wskazać na pozostałe konsekwencje wprowadzenia blokad rachunków bankowych. O ile blokada zastosowana na 72 godziny nie powinna znacząco wpłynąć na sytuację przedsiębiorców, o tym już blokada ustanowiona na czas 3 miesięcy może istotnie oddziaływać na płynność finansową danego przedsiębiorstwa. Wiele przedsiębiorstw w związku z blokadą środków nie będzie w stanie zapłacić swoich regularnych zobowiązań (m.in. wobec dostawców i banków), co w konsekwencji może doprowadzić do postawienia w stan wymagalności całych wierzytelności wskutek ich wypowiedzenia, a w konsekwencji do powiększenia zadłużenia i niewykonania ciążących na przedsiębiorcy kolejnych zobowiązań. Finalnie może to doprowadzić do upadłości takiego podmiotu, gdyż w obrocie profesjonalnym ważnym aspektem działalności jest płynność aktywów. Na podstawie niedookreślonych przesłanek będzie mogła zostać znacznie ograniczona, co rodzi ogromne niebezpieczeństwo dla obrotu gospodarczego i godzi w zasadę zaufania obywateli do państwa.

Warto wskazać, że już kilka dni po rozpoczęciu działalności STIR Ministerstwo Finansów poinformowało o pierwszym sukcesie tego systemu. Dzięki działalności STIR udało się odnaleźć rachunek bankowy, który dopiero co został

---

[31] Art. 119zw ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.2017.201 j.t.).

[32] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997.78).

założony przez podejrzany podmiot i tym samym zabezpieczyć 350 tysięcy euro.[33] Na pewno STIR będzie systemem skutecznym, jednak należy zadać sobie pytanie, czy na pewno zgodnym z Konstytucją Rzeczpospolitej Polskiej?

Zakończenie

Szacunki Komisji Europejskiej wskazują, że w samym 2013 roku luka w VAT w Polsce wyniosła ok. 42,8 miliarda złotych[34]. W związku z tym uzasadnione są dążenia do ograniczenia wyprowadzania pieniędzy z budżetu państwa. Zdecydowanie najlepszą metodą w walce z wyłudzeniami jest korzystanie z innowacyjnych technologii, które umożliwiają na wykrycie potencjalnie niebezpiecznych transakcji, zanim jeszcze proces wyłudzania podatku VAT się zakończy. Pozytywnie należy ocenić comiesięczne przesyłanie pliku JPK_VAT, które wpłynie na informatyzację wielu przedsiębiorstw, a także na większą transparentność ich ksiąg rachunkowych. Jednak nie należy jednak zapominać o ogromnej odpowiedzialności, jaka aktualnie ciąży na organach skarbowych. W przypadku pomyłki mogą swoim działaniem doprowadzić do destrukcyjnych skutków dla przedsiębiorców. Blokada konta przedsiębiorcy na czas do 3 miesięcy może spowodować brak płynności finansowej, a w konsekwencji upadłość podmiotu. W tym celu *de lege ferenda* powinno się przewidzieć parasol ochronny dla podatników, tak by byli chronieni przed ewentualnymi nadużyciami ze strony administracji. Bowiem długoletnie postępowania sądowe nie są w stanie rozwiązać sprawy w sposób ekonomicznie efektywny, gdy dojdzie do nadgorliwości ze strony organu skarbowego. Tym samym przydatny byłby doraźny sposób rozwiązywania ewentualnych sporów między administracją skarbową a podatnikiem, któremu zablokowano konto.

Bibliografia

Dzwonkowski H. (red.), *Ordynacja Podatkowa. Komentarz*., Legalis 2018.

Ożóg I., (red.), *Przestępstwa karuzelowe i inne oszustwa w VAT*, Warszawa 2017.

Etel L., (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz aktualizowany*, LEX 2018.

Michalik T. (red.), *Komentarz,* Legalis 2018.

[33] STIR już przynosi efekty, https://www.mf.gov.pl/krajowa-administracja-skarbowa/wiadomosci/komunikaty/-/asset_publisher/2UWl/content/stir-juz-przynosi-efekty/pop_up?_101_INSTANCE_2UWl_viewMode=print, [dostęp: 15,05.2018 r., 10:12].

[34] T. Tratkiewicz, Luka w VAT – sposoby przeciwdziałania w Polsce i Unii Europejskiej, Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego, s. 187.

Sidelnik M., Grzanka P., (red.) *Jednolity Plik Kontrolny*, Warszawa 2017.

Czasopisma

Bryl B., *Wpływ jednolitego pliku kontrolnego na system rachunkowości przedsiębiorstw*, „Ekonomiczne Problemy Usług" nr 2/2017.

Rusek J., *Prawo do odliczenia VAT w transakcjach karuzelowych w świetle orzecznictwa polskich sądów administracyjnych*, „Przegląd Podatkowy" 6(2012), s. 31-37.

Ziętek J., *Zmiany w VAT na 2018 r.*, „Monitor Podatkowy" 2018 nr 2.

Pabiański T., *Zorganizowane działania przestępcze wykorzystujące mechanizmy konstrukcyjne podatku VAT*, „Przegląd Podatkowy" 2007 nr 1.

Tratkiewicz T., *Luka w VAT – sposoby przeciwdziałania w Polsce i Unii Europejskiej*, „Studia Ekonomiczne" 2016, nr 294.

Strony internetowe

Dobre praktyki VAT, https://www.mf.gov.pl/documents/764034/6098176/pismo-+Podkarpackiego+Klubu+BiznesuZa%C5%82%C4%85cznik.pdf, [dostęp: 14.05.2018r., 9:15].

Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania wykorzystywaniu sektora finansowego do wyłudzeń skarbowych, druk nr 1880, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1880 [dostęp: 14.05.2018, 15:15].

STIR już przynosi efekty, https://www.mf.gov.pl/krajowa-administracja-skarbowa/wiadomosci/komunikaty/-/asset_publisher/2UWl/content/stir-juz-przynosi-efekty/pop_up?_101_INSTANCE_2UWl_viewMode=print, [dostęp: 15,05.2018 r., 10:12].

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997.78).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.2017.201 j.t.).

Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2017.1221 j.t.).

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.2004.173 j.t.).

Ustawa z dnia 24 listopada 2014 r. o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania wykorzystywaniu sektora finansowego do wyłudzeń skarbowych (Dz.U. 2017.2491).

Streszczenie

Zjawisko wyłudzania podatku VAT jest od lat powszechnym problemem dla budżetu państwa. Ministerstwo Finansów stara się walczyć z tzw. przestępstwami karuzelowymi, jednakże oszuści prześcigają się w budowaniu nowych struktur, które umożliwią im wyprowadzenie pieniędzy z budżetu państwa. W tym celu należy wyjaśnić na czym

polega istota tych przestępstw, a także przedstawić dotychczasowe sposoby walki z wyłudzeniami podatku VAT. Analizie poddane zostaną także nowe rozwiązania wprowadzone przez ustawodawcę, tj. plik JPK (Jednolity Plik Kontrolny), a także STIR (System Teleinformatyczny Izby Rozliczeniowej). Zostały one wprowadzone jako nowe instrumenty przeznaczone do walki z oszustwami podatkowymi. Powołane rozwiązania zostaną ocenione w aspekcie celowości i zasadności ich wprowadzenia.

SŁOWA KLUCZOWE: VAT, karuzela podatkowa, JPK

Summary:

In conclusion, the Ministry of Finance of Poland has been struggling with VAT fraud for many years. Estimates of the European Commission indicate that in 2013, the VAT gap in Poland amounted to approximately PLN 42.8 billion PLN. Therefore, efforts to limit the withdrawal of money from the state budget are justified. Definitely the best method to fight against frauds is to use innovative technologies that allow to detect potentially dangerous transactions before the VAT fraud process is completed. However, we should not forget about the huge responsibility that lies currently on the tax authorities. In case of a mistake, they can result in destructive effects for entrepreneurs. Taxpayers should be protected by law, in particular through ad hoc dispute resolution.

KEY WORDS: VAT, carousel fraud, SAF

Autor

Magdalena Stopiak – studentka prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Autorka wystąpień oraz publikacji dotyczących prawa cywilnego oraz prawa gospodarczego i handlowego. Czynny członek Koła Naukowego Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Ewa Kruk

Kwestia dobrowolnego poddania się karze a niestawiennictwo oskarżyciela publicznego na rozprawę w trybie art. 46 § 2 k.p.k.

The issue of voluntary submission to penalty and non-appearance of the public prosecutor in the trial pursuant to Art. 46 § 2 of the Code of Criminal Procedure

W obowiązujących do 14 kwietnia 2016 r. przepisach Kodeksu postępowania karnego ustawodawca jednoznacznie formułował obligatoryjny udział oskarżyciela publicznego – prokuratora w rozprawie w sprawach z oskarżenia publicznego. Ówczesny art. 46 k.p.k. nakładał ten obowiązek wyłącznie na prokuratora, a więc nie odnosił się do innych oskarżycieli publicznych[1]. Wyjątkowo udział prokuratora w rozprawie nie był obowiązkowy w sprawach z oskarżenia prywatnego, w sprawach wszczętych na skutek skargi subsydiarnej oraz w sprawach rozpoznawanych w postępowaniu uproszczonym (art. 477 k.p.k.). W tych trybach ustawodawca funkcję oskarżyciela powierzył pokrzywdzonemu (oskarżyciel prywatny lub subsydiarny), a także organom, które uzyskały upoważnienie do występowania w charakterze oskarżyciela publicznego z mocy art. 325 d k.p.k. wyłącznie w sprawach z oskarżenia publicznego rozpoznawanych w postępowaniu uproszczonym. Na mocy ustawy Kodeks karny skarbowy odrębnie w art. 157 k.k.s. uregulowano kwestie udziału w rozprawie organu finansowego, nadając mu upoważnienie do występowania jako oskarżyciel publiczny samodzielnie w sprawach o przestępstwa skarbowe rozpoznawane w postępowaniu uproszczonym (art. 157 § 1 k.k.s.) oraz obok prokuratora także w charakterze oskarżyciela publicznego (art. 157 § 2 k.k.s.).

---

[1] W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 10, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 94.

W wyniku nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 11 marca 2016 r.[2] uległy zmianie zasady udziału oskarżyciela publicznego w rozprawie przed sądem pierwszej instancji[3]. Nowelizacja obowiązująca od 15 kwietnia 2016 r. zmieniła w art. 46 k.p.k. zasady udziału oskarżyciela publicznego na rozprawie przed sądem pierwszej i drugiej instancji[4]. Kontekst owej zmiany ma związek z uchyleniem obowiązujących uprzednio przepisów o postępowaniu uproszczonym i wyeliminowaniu tego trybu z procesu karnego. Ustawodawca uznał postępowanie zwyczajne jako modelowe w sprawach z oskarżenia publicznego oraz w sprawach o te przestępstwa, gdzie interes publiczny wymaga objęcia oskarżenia[5].

Mając na względzie powyższe, za R. Kmiecikiem należy stwierdzić, że w każdym wypadku podejrzenia przestępstwa proces karny musi zostać wszczęty i przeprowadzony zgodnie z legalistycznym obowiązkiem, który jest podstawową gwarancją równości wszystkich obywateli wobec prawa[6]. Zasadę legalizmu wyraża art. 10 k.p.k., który stanowi, że „organ powołany do ścigania przestępstw jest obowiązany do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, a oskarżyciel publiczny także do wniesienia i popierania oskarżenia – o czyn ścigany z urzędu". Słusznie zatem zauważa M. Rogacka-Rzewnicka, że na tle tej normy ogólnej następuje rozszerzenie za pośrednictwem § 2 tego przepisu na postępowanie jurysdykcyjne[7]. Zgodnie bowiem z art. 10 § 2 k.p.k. „z wyjątkiem wypadków określonych w ustawie lub w prawie międzynarodowym nikt nie może być zwolniony od odpowiedzialności za popełnione przestępstwo".

Przyjmując, iż w procesie karnym oskarżycielem publicznym jest organ państwowy, który został powołany do wnoszenia i popierania oskarżenia w sprawach o przestępstwa ścigane skargą publiczną oraz o te przestępstwa prywatnoskargowe, gdzie interes społeczny wymaga objęcia oskarżenia[8], należy skonstatować, że legalistycznym obowiązkiem procesowym nie można obciążać innych występujących w procesie oskarżycieli, tj. oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego czy

---

[2] Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw , Dz. U. poz.437.

[3] K. Eichstaedt, Komentarz do art. 46 k.p.k.,[w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 299.

[4] K.T. Boratyńska, P. Czarnecki, *Komentarz do art. 46 k.p.k.*, [w:] *K.P.K. Komentarz*, red. A. Sakowicz, wyd. 8, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 199.

[5] C. Kulesza, P. Starzyński, *Postępowanie karne*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 102.

[6] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 68.

[7] M. Rogacka-Rzewnicka, Zasada legalizmu i zasada oportunizmu, [w:] *Zasady procesu karnego. System prawa karnego procesowego*, red. P. Wiliński, t. 3, cz. 1, Warszawa 2014, s. 448.

[8] C. Kulesza, P. Starzyński, *Postępowanie karne…*, s. 102.

pokrzywdzonego uprawnionego do złożenia wniosku o ściganie, ponieważ żaden z tych podmiotów jako uczestnik postępowania karnego nie może pretendować do roli organu procesowego, a niniejszy element stanowi niezbędny wyznacznik wyróżnienia adresata zasady legalizmu[9].

W związku z powyższym rację mają K.T. Boratyńska i P. Czarnecki, zwracając uwagę, iż aktualny art. 46 § 2 k.p.k. osłabia zasadę inkwizycyjności wskazaną w art. 10 k.p.k.[10] Wydaje się, że w świetle § 2 „uznaniowość" udziału oskarżyciela publicznego w rozprawie może wzbudzać wątpliwość w aspekcie faktycznej realizacji funkcji popierania skargi karnej przed sądem. Komentatorzy słusznie podnoszą, że „w wypadku braku obecności oskarżyciela sąd będzie zobowiązany zwiększyć swoją aktywność w zakresie przeprowadzania dowodów w celu nałożonego na niego obowiązku realizacji prawdy materialnej. Osłabia to rolę sądu jako bezstronnego arbitra, który będzie prowadził postępowanie dowodowe w miejsce nieobecnego prokuratora"[11]. Tego rodzaju „przywilej" sąd uzyskuje na podstawie art. 167 k.p.k., który stanowi, że „dowody przeprowadza się na wniosek stron lub z urzędu. Takie ujęcie zasad przeprowadzenia dowodów pozwala przypuszczać, że określona grupa oskarżycieli z różnych, także obiektywnych, powodów nie będzie przejawiać woli aktywnego uczestnictwa w rozprawie, biorąc pod uwagę uzasadnione ustawowo możliwości dowodowe sądu. W tym aspekcie należy powołać stanowisko R. Kmiecika, mówiące o tym iż zasada legalizmu z perspektywy funkcji oskarżania ,,zostaje naruszona , nie tylko wtedy, gdy prokurator w ogóle nie realizuje funkcji ścigania z urzędu, ale również wtedy, gdy realizuje ja wadliwie. Ściganie z urzędu w postępowaniu przygotowawczym, kontynuowane następnie przez prokuratora jako oskarżyciela publicznego przed sądem w ramach wykonywania funkcji oskarżenia publicznego – podobnie jak funkcja obrony oskarżonego – może być ujmowana w dwu płaszczyznach:

- ,, formalnej", akcentującej sam udział prokuratora w roli organu prowadzącego lub nadzorującego postępowanie przygotowawcze oraz uczestniczącego w rozprawie i posiedzeniu sądowym;
- ,,materialnej", akcentującej rzeczywistą aktywność procesową prokuratora zmierzającą w ramach uprawnień i obowiązków oskarżycielskich do realizacji prawa karnego materialnego, zarówno na etapie przygotowania oskarżenia (w śledztwie i dochodzeniu), jak i w postępowaniu sądowym

---

[9] E. Kruk, *Skarga oskarżycielska jako przejaw realizacji prawa do oskarżania uprawnionego oskarżyciela w polskim procesie karnym, wydawnictwo UMCS, Lublin 2016, s. 45 i powołana tam literatura*.

[10] K.T. Boratyńska, P. Czarnecki, *Komentarz do art. 46 k.p.k…*, s. 200.

[11] *Ibidem*.

(w charakterze strony. Jest oczywiste, że tylko ściganie (oskarżenie) w znaczeniu materialnym realizuje zasadę legalizmu. Prokurator nie postępuje natomiast zgodnie z tą zasadą, choćby wszczął postępowanie przygotowawcze, a nawet wniósł akt oskarżenia do sądu i był fizycznie obecny na rozprawie, jeżeli jego działalność procesowa pozbawiona jest zaangażowania stosownego do sytuacji albo nie jest wolna od uchybień procesowych, które mogą spowodować zaniechanie ścigania lub rozstrzygnięcie sądowe bezpodstawnie korzystne dla oskarżonego"[12].

Wyrażone przez Autora stanowisko jednoznacznie wskazuje i zasadnie prowadzi do traktowania realizacji tej funkcji w sposób albo „formalny", gdzie akcentuje się wyłącznie sam udział prokuratora w procesie, albo w sposób „materialny, bazujący na rzeczywistym zaangażowaniu i aktywności w procesie[13].

Aktualnie art. 46 k.p.k. stanowi: „W sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego udział oskarżyciela publicznego w rozprawie jest obowiązkowy, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej (§ 1). Jeżeli postępowanie przygotowawcze zakończyło się w formie dochodzenia, niestawiennictwo oskarżyciela publicznego na rozprawie nie tamuje jej toku. Przewodniczący lub sąd mogą uznać obecność oskarżyciela publicznego za obowiązkową" (§ 2).

W świetle tej regulacji wątpliwość może wzbudzać modyfikacja obowiązku stawiennictwa oskarżyciela publicznego na rozprawę przed sądem w aspekcie porozumienia procesowego zawartego w trybie art. 387 k.p.k. Aktualnie stawiennictwo oskarżyciela publicznego na rozprawę zostało zdeterminowane formą zakończonego w sprawie postępowania przygotowawczego. Ustawa wymaga obligatoryjnego udziału oskarżyciela publicznego, gdy postępowanie przygotowawcze zakończono śledztwem, natomiast gdy postępowanie przygotowawcze zakończono dochodzeniem, wprowadza element fakultatywnego stawiennictwa oskarżyciela publicznego. Mamy więc do czynienia z dualną formą udziału warunkowaną zakończonym w sprawie postępowaniem przygotowawczym. W związku z powyższym wskazany w § 2 art. 46 k.p.k. brak obowiązku stawiennictwa oskarżyciela publicznego należałoby rozpatrywać przez pryzmat celowości udziału oskarżyciela w rozprawie w aspekcie faktycznej aktywności wykazanej popieraniem przed sądem aktu oskarżenia. Niewątpliwie należy

---

[12] R. Kmiecik, *Legalizm i konsensualizm w działalności karnoprocesowej prokuratora – między teorią a praktyką*, [w:] *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, red. T. Grzegorczyk, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 27.

[13] E. Kruk, *Skarga oskarżycielska jako przejaw realizacji prawa do oskarżania uprawnionego oskarżyciela w polskim procesie karnym, wydawnictwo UMCS, Lublin 2016, s. 45 i powołana tam literatura.*

podzielić argumentację komentatorów, iż wprowadzona do art. 46 § 2 modyfikacja w przedmiocie „obowiązku stawiennictwa", a ściślej traktowanie tej powinności wedle swobodnej decyzji oskarżyciela publicznego, ma zapewne prowadzić do odciążenia prokuratury od konieczności brania udziału w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji w sprawach o prostym stanie faktycznym i prawnym[14]. Z tej perspektywy takie rozwiązanie nie jest zapewne bezzasadne i znajduje swoje częściowe uzasadnienie na tle wybranych spraw objętych zakresem przedmiotowym art. 325 b. k.p.k. Należy jednak zauważyć, że wśród wymienionych w art. 325 występków występują i takie, które z uwagi na ich specyfikę mogą odznaczać się dużym stopniem skomplikowania faktycznego a nawet prawnego, co zostanie ujawnione dopiero na rozprawie. Z pewnością dla tego typu spraw z art. 325 b ustawodawca dobitnie sygnalizuje w § 2, że „przewodniczący lub sąd mogą uznać obecność oskarżyciela publicznego za obowiązkową" (zdanie *in fine* art. 46 § 2 k.p.k.). Niniejszy przepis wprowadza odstępstwo od reguły wskazanej w § 1, z której wynika obowiązek udziału oskarżyciela w sprawach rozpoznawanych przez sąd objętych zakresem art. 309 k.p.k. [15] połączonym z kryterium podmiotowym, gdy mowa o art. 309 k.p.k.[16]

---

[14] K. Eichstaedt, Komentarz do art. 46 k.p.k…, s. 299; tak też K.T. Boratyńska, P. Czarnecki, *Komentarz do art. 46 k.p.k*…, s. 200.

[15] Artykuł 309 k.p.k. stanowi: „Śledztwo prowadzi się w sprawach: 1) w których rozpoznanie w pierwszej instancji należy do właściwości sądu okręgowego; 2) o występki – gdy osobą podejrzaną jest sędzia, prokurator, funkcjonariusz Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Służby Celno-Skarbowej lub Centralnego Biura Antykorupcyjnego; 3) o występki – gdy osobą podejrzaną jest funkcjonariusz Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej, finansowego organu postępowania przygotowawczego, w zakresie spraw należących do właściwości tych organów lub o występki popełnione przez tych funkcjonariuszy w związku z wykonywaniem czynności służbowych; 4) o występki w których nie prowadzi się dochodzenia; 5) o występki, w których prowadzi się dochodzenie, jeżeli prokurator tak postanowi ze względu na wagę lub zawiłość sprawy".
W świetle art. 325 § 1 k.p.k. § 1: „Dochodzenie prowadzi się w sprawach: 1) o przestępstwa należące do właściwości sądu rejonowego zagrożone karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności , z tym że w wypadku przestępstw przeciwko mieniu tylko wówczas, gdy wartość przedmiotu przestępstwa albo szkoda wyrządzona lub grożąca nie przekracza 2 000 000 zł; 2) przewidziane w art. 159, art. 254 a i art. 262 § 2 Kodeksu karnego; 3) przewidziane w art. 279 § 1, art. 286 § 1 i 2 oraz w art. 289 § 2 Kodeksu karnego, jeżeli wartość przedmiotu przestępstwa albo szkoda wyrządzona lub grożąca nie przekracza 2 000 000 zł. § 2 Spośród spraw o przestępstwa wymienione w § 1 pkt. 1 nie prowadzi się dochodzenia w sprawach o przestępstwa określone w art. 155, art. 156 § 2, art. 157a § 1, art. 165 § 2, art. 168, art. 174 § 2, art. 175, art. 181–184, art. 186, art. 201, art. 231 § 1 i 3, art. 240 § 1, art. 250 a § 1–3, art. 265 § 3 oraz w rozdziale XXXVI, z wyjątkiem art. 297 i art. 300, i w rozdziale XXXVII Kodeksu karnego".

[16] M. Kurowski, *Dział VII. Postępowanie przygotowawcze. Rozdział 36a. Dochodzenie*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 1170.

Omawiane rozwiązanie w zasadzie nie skłaniałoby do głębszej refleksji, gdyby nie fakt, że na forum rozprawy rozpoznawane są także sprawy, w których ustawodawca przewidział możliwość skrócenia rozprawy, gdy oskarżony sam wystąpi z wnioskiem o dobrowolne poddanie się karze (art. 387 k.p.k.). W rezultacie wystąpienie oskarżonego z wnioskiem może doprowadzić do zakończenia postępowania bez przeprowadzenia postępowania dowodowego w wyniku dokonanych uzgodnień pomiędzy stronami oraz zawarcia porozumienia procesowego zaakceptowanego przez sąd w formie wnioskowanej przez oskarżonego lub zmodyfikowanej i zaakceptowanej przez oskarżonego.

W założeniu instytucja dobrowolnego poddania się karze bez przeprowadzenia postepowania dowodowego na wniosek oskarżonego sprzyja szybkiemu rozstrzygnięciu o przedmiocie procesu[17]. Od chwili jej wprowadzenia do polskiego systemu prawa karnego procesowego w 1997 r. nie wzbudzała większych zastrzeżeń, a wręcz przeciwnie – praktyka jej stosowania wykazała, że instytucja dobrowolnego poddania się karze w trybie art. 387 k.p.k. spełnia oczekiwania co do przyśpieszenia postępowań sądowych bez uszczerbku dla wymiaru sprawiedliwości.

Sąd, dysponując ustawowym instrumentem pozwalającym na zakończenia procesu bez przeprowadzenia postępowania dowodowego i wydanie wyroku w trybie konsensualnym, został upoważniony do wyrażenia końcowego stanowiska w przedmiocie wniosku oskarżonego w wyroku na podstawie milczącego braku sprzeciwu ze strony pokrzywdzonego i oskarżyciela publicznego. Propozycja oskarżonego w zakresie kary lub środka karnego zawarta we wniosku podlega akceptacji sądu w całości albo konieczne jest jej zmodyfikowanie w odpowiednim zakresie. Przedmiotowa modyfikacja wniosku przez sąd wymaga z kolei nie tylko zgody oskarżonego, ale także dodatkowo ustosunkowania się do niej (sprzeciwem lub jego brakiem) oskarżyciela publicznego oraz pokrzywdzonego. Na marginesie należy dodać, że w kwestii zmiany wniosku proponowanego przez oskarżonego własne stanowisko może zająć także oskarżyciel publiczny (i odwrotnie: pokrzywdzony), proponując całkowite lub częściowe jego zmodyfikowanie w zakresie kary lub środka karnego. Uwzględnienie owej propozycji oskarżyciela w przedmiocie dokonania zmian w zakresie kary lub środka karnego oczywiście może nastąpić wyłącznie za zgodą oskarżonego przy braku sprzeciwu pokrzywdzonego. Tego typu „negocjacje" pomiędzy stronami nie są dla sądu wiążące i to on zawsze podejmie ostateczną decyzję w tym przedmiocie.

---

[17] D. Świecki, *Dział VIII. Postępowanie przed sądem pierwszej instancji. Rozdział 45. Przewód sądowy*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 1416.

Należy także podkreślić, iż cechą wyróżniającą instytucję „dobrowolnego poddania się karze" – jak słusznie stwierdziła M. Zbrojewska – jest to, że stanowi ona przejaw tzw. umowy procesowej, która daje określonym podmiotom szansę na osiągnięcie konsensusu co do szybkiego zakończenia procesu, nie odbierając im jednocześnie dostępu do procesu prowadzonego w normalnym trybie, gdy zgody zabraknie[18] (obecnie sprzeciwu). Sprzeciw prowadzi do istotnych następstw w przebiegu rozprawy, w tym do uaktywnienia stron, które nie chcąc dopuścić do skazania na mocy art. 387 k.p.k., muszą zachować się w sposób aktywny, tj. zgłosić sprzeciw. Bierną postawę wymienionych podmiotów oraz ich milczenie należy uznać za brak sprzeciwu. Tego rodzaju postawa jest ważna i skuteczna, wyłącznie gdy pozostaje wolna od wszelkiego rodzaju wad prawnych, na co słusznie zwraca uwagę S. Steinborn. Autor ten wyjaśnia, iż „oświadczenie strony bez względu na to, czy chodzi o oskarżonego, pokrzywdzonego, czy oskarżyciela, musi być wolne od wad oświadczenia woli, a więc świadome, wolne od przymusu, błędu, niewywołane podstępem. W przypadku warunku braku sprzeciwu wskazanego w art. 387 § 2 k.p.k., brak oświadczenia (milczenie strony) również musi być wynikiem świadomej, wolnej od przymusu i błędu decyzji. Należy tu jednak zastrzec, iż decyzja o niewyrażeniu sprzeciwu nie musi wcale oznaczać, że strona zgadza się na skazanie w trybie art. 387 k.p.k., ale wystarczające jest, aby była ona wynikiem świadomego braku zainteresowania sprawą"[19]. Podzielając przytoczone stanowisko, należałoby się zastanowić, czy zgłoszenie przedmiotowego wniosku przez oskarżonego w wypadku nieobecności oskarżyciela publicznego należy traktować na równi ze świadomym brakiem zainteresowania sprawą.

O ile w wypadku pokrzywdzonego kwestia udziału połączona z należytym powiadomieniem o terminie rozprawy zostaje częściowo uzasadniona treścią art. 337 a k.p.k., to z uwagi na powyższe problematyczna wydaje się kwestia braku udziału oskarżyciela publicznego (art. 46 k.p.k. z 2016 r. – wcześniej wyłącznie prokuratora) w rozprawie, na której mogą ważyć się losy wniosku o dobrowolne poddanie się karze.

---

[18] M. Zbrojewska, *Dobrowolne poddanie się karze w Kodeksie postepowania karnego*, Temida 2, Białystok 2002, s. 148. W pierwotnej wersji z 1997 r. przed wejściem w życie 1 lipca 2003 r. noweli do k.p.k. z 10 stycznia 2003 r. konstrukcja dobrowolnego poddania się przez oskarżonego karze w trybie art. 387 k.p.k. wymagała dla jej zastosowania zgody prokuratora i pokrzywdzonego. Nowela do k.p.k. wprowadziła zmianę aktualną do chwili obecnej w postaci warunku, że sąd może uwzględnić wniosek oskarżonego „jedynie wówczas, gdy nie sprzeciwia się temu prokurator, a także pokrzywdzony należycie powiadomiony o terminie rozprawy oraz pouczony o możliwości zgłoszenia przez oskarżonego wniosku" (art. 387 § 2 *in fine* k.p.k.).

[19] S. Steinborn, *Porozumienia w polskim procesie karnym*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 237 i powołana tam literatura.

Rozwiązanie przyjęte w art. 46 § 2 k.p.k. może wzbudzać wątpliwość z uwagi na fakt, że czynności procesowe zakończone dochodzeniem podobnie jak postępowanie przyśpieszone są prowadzone przez policję (lub organy upoważnione z mocy art. 312 k.p.k. czy art. 325d k.p.k.), zaś nadzór prokuratora nie ma charakteru obligatoryjnego. To, że w powyższych wypadkach dochodzenie prowadzi policja, a udział oskarżyciela publicznego w rozprawie nie jest obowiązkowy (art. 46 §1 i 2 oraz art. 517 a § 2 k.p.k.)[20], sprawia, że, gdy zostaje o niej powiadomiony (np. wokandą – art. 135), a owo powiadomienie nie jest dla niego wiążące, następuje moim zdaniem ograniczenie realizacji funkcji ścigania na etapie postepowania jurysdykcyjnego. Prokurator bowiem, sporządzając i wnosząc akt oskarżenia – po uprzednim zapoznaniu się materiałem dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy prowadzonej w formie dochodzenia przez policję – może uznać, że dysponuje już na tyle pełną i niezbędną wiedzą, że pozwala mu ona wnioskować co do zasadności zakończenia postępowania w trybie konsensualnym i jego obecność na rozprawie jest zbyteczna. Wystąpienie bowiem oskarżonego z wnioskiem na podstawie art. 387 k.p.k. upoważnia sąd do zastosowania domniemania, że nieobecny, a prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy oskarżyciel publiczny nie sprzeciwia się temu wnioskowi, co daje podstawę uwzględnienia wniosku, jeżeli nie sprzeciwia się też pokrzywdzony[21].

Podjęta przez prokuratora decyzja o niebraniu udziału w rozprawie może wynikać z faktu, że prokurator, sporządzając akt oskarżenia, uznał, iż do porozumienia z oskarżonym – z uwagi na charakter sprawy – powinno dojść już na wstępnym etapie, w fazie dochodzenia (bez konieczności uruchomienia rozprawy głównej) przy zastosowaniu art. 335 k.p.k w zw. z art. 343 k.p.k. Tego rodzaju uzyskana wiedza w przekonaniu prokuratora daje mu podstawę do rezygnacji z udziału w rozprawie ze świadomością następstwa procesowego zrealizowania przez strony „umowy", którą sąd ostatecznie zaaprobuje w formie wyroku skazującego. W tym miejscu należy dodać krótką uwagę, że zniesienie obligatoryjnego nadzoru prokuratora nad dochodzeniem może w praktyce implikować pewne problemy wynikające m.in. z braku właściwego przepływu informacji procesowej na linii organ prowadzący dochodzenie – prokurator, co w konsekwencji może spowodować także zaniechanie przyśpieszenia postępowania, gdy spełnione zostały przesłanki do zastosowania art. 335 k.p.k.

Chociaż obecnie instytucja dobrowolnego poddania się karze umożliwia przyśpieszenie procedury karnej, to wątpliwość może budzić fakt opatrzenia

[20] D. Świecki, *Dział VIII…*, s. 1426.
[21] *Ibidem*, s. 1427.

przepisu art. 46 § 2 k.p.k. w zdaniu pierwszym *in fine* klauzulą uprzywilejowania, że „niestawiennictwo oskarżyciela publicznego nie tamuje jej toku".

W świetle tego zastrzeżenia wątpliwe wydaje się skrócenie rozprawy i wydanie wyroku skazującego przez sąd przy uwzględnieniu jedynie domniemania braku sprzeciwu ze strony oskarżyciela publicznego. Można sądzić, że w takim wypadku powinno nastąpić zarządzenie przerwy w rozprawie lub jej odroczenie z ważnej przyczyny, tak by „przewodniczący lub sąd mógł uznać obecność oskarżyciela publicznego za obowiązkową" (zob. art. 46 § 2 k.p.k. *in fine*).

Artykuł 46 § 2 k.p.k. *in fine* konstytuując „ uznanie obecności oskarżyciela publicznego za obowiązkową wydaje się, że uzasadnia i pozwala na przyjęcie propozycji (lub jej modyfikację) wskazanej we wniosku oskarżonego przez sąd w kontekście oceny dobra wymiaru sprawiedliwości i pełnej realizacji rzetelnego procesu wszystkich uczestników tego postępowania. Udział w rozprawie stron postępowania, a w szczególności oskarżyciela publicznego i pokrzywdzonego, daje gwarancję świadomej akceptacji (lub modyfikacji) propozycji wyrażonej we wniosku oskarżonego i stanowi dla sądu asumpt do podjęcia decyzji o dalszych czynnościach tego procesu. . Wydaje się także , że udział oskarżyciela publicznego w rozprawie zapewnia mu możliwość nie tylko ustosunkowania się do propozycji wskazanej we wniosku oskarżonego w zakresie kary lub środka karnego, ale w konsekwencji ma istotny wpływ na stabilność wydanego w trybie art. 387 k.p.k. wyroku. Nie bez znaczenia, gdy mowa o stabilności wyroku wydanego bez udziału w rozprawie oskarżyciela publicznego, pozostaje również fakt obowiązywania w prokuraturze zasady hierarchicznego podporządkowania, która obejmuje także czynności w przedmiocie zatwierdzenia (aprobaty) wyroku w trybie art. 387 k.p.k. oraz analizę i zbadanie zasadności zakończenia postępowania sądowego w tym trybie.

Bibliografia

Boratyńska K.T., Czarnecki P., *Komentarz do art. 46 k.p.k.*, [w:] *K.P.K. Komentarz*, red. A. Sakowicz, wyd. 8, C.H. Beck, Warszawa 2018.

Eichstaedt K., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 10, LexisNexis, Warszawa 2014.

Kmiecik R., *Legalizm i konsensualizm w działalności karnoprocesowej prokuratora – między teorią a praktyką*, [w:] *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, red. T. Grzegorczyk, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.

Kmiecik R., Skrętowicz E., *Proces karny. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.

Kruk E., *Skarga oskarżycielska jako przejaw realizacji prawa do oskarżania uprawnionego oskarżyciela w polskim procesie karnym, wydawnictwo UMCS,* Lublin 2016.

Kulesza C., Starzyński P., *Postępowanie karne*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

Kurowski M., *Dział VII. Postępowanie przygotowawcze. Rozdział 36a. Dochodzenie*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Rogacka-Rzewnicka M.,Zasada legalizmu i zasada oportunizmu, [w:] *Zasady procesu karnego. System prawa karnego procesowego*, red. P. Wiliński, t. 3, cz. 1, Warszawa 2014.

Steinborn S., *Porozumienia w polskim procesie karnym*, Zakamycze, Kraków 2005.

Świecki D., *Dział VIII. Postępowanie przed sądem pierwszej instancji. Rozdział 45. Przewód sądowy*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Zbrojewska M., *Dobrowolne poddanie się karze w Kodeksie postepowania karnego*, Temida 2, Białystok 2002.

Streszczenie

Udział oskarżyciela publicznego w rozprawie stanowi gwarancję realizacji zasady legalizmu. W artykule omówiono kwestie charakterystyczne dla reguły wskazanej w art. 46 § 2 k.p.k. w kwestii stawiennictwa oskarżyciela publicznego na rozprawę główną. Przyjęte w tym przepisie rozwiązanie zostało przeanalizowane z perspektywy ograniczenia realizacji zasady legalizmu oraz zastosowania instytucji dobrowolnego poddania się karze w rozprawie prowadzonej bez udziału oskarżyciela publicznego.

SŁOWA KLUCZOWE: oskarżyciel publiczny, dobrowolne poddanie się karze, oskarżony, zasada legalizmu, brak sprzeciwu

Summary

The participation of the public prosecutor in the trial ensures the implementation of the legality principle. The article discusses issues specific for the applicable rule indicated in Art. 46 § 2 of the Code of Criminal Procedure regarding the appearance of the public prosecutor in the main trial. The solution adopted in this provision has been analysed from the perspective of limiting the implementation of the legality principle and the application of the institution of voluntary submission to penalty in the trial conducted without the participation of the public prosecutor.

KEY WORDS: public prosecutor, voluntary submission to penalty, defendant, legality principle, no objection.

Autor

Ewa Kruk – dr hab., adiunkt w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji UMCS.

Damian Gil

Nemo se ipse accusare tenetur a obecna sytuacja oskarżonego

Nemo se ipse accusare tenetur and the current situation of the accused

I. Wstęp

Oskarżony to niewątpliwie główna postać postępowania karnego. Bez niego sądowe postępowanie rozpoznawcze nie miałoby najmniejszego sensu, co wyraża sam ustawodawca w treści art. 17 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.p.k.[1] Po ostatnich nowelizacjach Kodeksu postępowania karnego, zmieniono definicję legalną oskarżonego, co było koniecznym następstwem zmian w trybie inicjowania tzw. skazania bez przeprowadzenia rozprawy. *De lege lata* w świetle art. 71 § 2 k.p.k. za oskarżonego uważa się osobę, przeciwko której wniesiono oskarżenie do sądu, a także osobę, co do której prokurator złożył wniosek wskazany w art. 335 § 1 lub wniosek o warunkowe umorzenie postępowania. Już na poziomie wykładni językowej można stwierdzić, że sytuacja oskarżonego jest niekorzystna i w dodatku stygmatyzowana formalizmem procesowym, którego wynikiem ma być ustalenie odpowiedzialności karnej rzeczywistego sprawcy przestępstwa. Należy przy tym pamiętać o zasadach: domniemania niewinności i prawdy materialnej, które gwarantują oskarżonemu szereg uprawnień, w tym do nie przesądzania, np. medialnego o wyłącznej winie konkretnego oskarżonego. S. Waltoś słusznie zauważył, że – „Społeczeństwo karmione informacjami o groźnych przestępstwach kształtuje swoją opinię na podstawie obrazu malowanego przez media. Wierzy zatem, że często popełnia się zabójstwa (skoro tyle się o nich pisze, to z pewnością są często popełniane…), że masowa jest pedofilia, a na co drugim

[1] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k.

rogu ulicy czyha rozbójnik".[2] Nieprawdziwe informacje medialne lub przekazywane tzw. pocztą pantoflową, mogą stać się przegraną oskarżonego w takim sensie, że rezygnuje on z prawa do obrony, ma poczucie skazania bez konieczności prawomocnego wyroku, krótko mówiąc czuje się przegrany. Proces karny, który toczy się z poszanowaniem zasady domniemania niewinności i prawdy materialnej nie stwarza sytuacji skazania bez konieczności przeprowadzenia procesu. W świetle obowiązujących przepisów, oskarżony nie musi wykazywać żadnej inicjatywy w toczącym się procesie. Wyrażona w art. 74 § 1 k.p.k. zasada *nemo se ipse accusare tenetur* – oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść – może być odczytywana jako zaprzeczenie kontradyktoryjności procesu karnego. Proces w pełni kontradyktoryjny ma miejsce wówczas, gdy strona bierna odpiera zarzuty oskarżenia, wprowadza do procesu dowody odciążające, aktywnie uczestniczy w postępowaniu dowodowym. Ustawodawca nowelą z 27 września 2013 r.[3] podjął próbę wprowadzenia modelu w pełni kontradyktoryjnego, który po krótkim okresie obowiązywania został zniesiony nowelą z 2016 r.[4] Ponadto w świetle art. 374 § 1 k.p.k. oskarżony ma prawo brania udziału w rozprawie, a zatem większość procesów może się toczyć bez udziału oskarżonego i jego obrońcy. Tym samym wyrażona w tytule niniejszego artykułu zasada, czyni z oskarżonego uprzywilejowanego uczestnika procesu, przydając mu szeroki wachlarz uprawnień, z których bez żadnych konsekwencji może nie skorzystać. Powstaje zatem pytanie i jednocześnie problem prawny – czy taki model rozstrzygania o odpowiedzialności karnej sprzyja w dotarciu do prawdziwych ustaleń faktycznych?

II. Prawo do milczenia

Strona bierna, nie korzystająca z pomocy obrońcy jest w zasadzie zwolniona z aktywnego uczestniczenia w sądowym postępowaniu rozpoznawczym. Jak już wcześniej wspomniano przepisy legitymizują oskarżonego do wielu czynności procesowych (korzystnych z punktu widzenia jego interesów), lecz z wyłączeniem przymusu i sankcji za brak realizacji przydanych uprawnień. Oskarżony

---

[2] S. Waltoś, *Domniemanie niewinności w świecie mediów*, [w:] I. Nowikowski (red.), *Problemy stosowania prawa sądowego. Księga ofiarowana prof. E. Skrętowiczowi.*, Lublin 2007, s. 477.

[3] Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247).

[4] Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. – o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437).

nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść *(Nemo se ipse accusare tenetur)* [art. 74 § 1 k.p.k.] to konsekwencja respektowania zasady domniemania niewinności.[5] Milczenie nie zawsze wyraża aprobatę, przyzwolenie, godzenie się z zarzutami oskarżenia. Należy pamiętać, że obowiązek udowodnienia winy oskarżonego spoczywa na oskarżycielu, natomiast „prawdziwe ustalenia faktyczne", stanowiące podstawę wszelkich rozstrzygnięć są fundamentalnym zobowiązaniem składu orzekającego. Zatem przyzwolenie ustawodawcy na milczący udział oskarżonego lub jego nieobecność (art. 374 § 1 k.p.k.) stanowi konsekwencję podziału innych obowiązków procesowych. Zakładając rozwiązanie przeciwne, mielibyśmy sytuację dość nietypową, gdzie oskarżony ewidentnie winny zarzucanego mu czynu - na siłę dowodzi swej niewinności lub sam siebie konsekwentnie obwinia. Jeszcze pod rządami k.p.k. z 1969 r.[6] Z. Sobolewski pisał –„Oskarżony, przeciwnie, dąży najczęściej do ukrycia całej prawdy lub jej części. Realizować to może w drodze kłamstwa albo przez milczenie. Przemilczenie prawdy – to może mniej efektywny sposób obrony, lecz za to bezpieczniejszy. Konsekwentne bowiem przedstawianie fałszywej wersji zdarzenia jest trudne. (…) Ogólnie stwierdzić można, że odmowa złożenia wyjaśnień wygodniejsza jest dla oskarżonego niż kłamliwe przedstawianie faktów zwłaszcza wtedy, gdy dowody oskarżenia sąd słabe i nie wystarczają do skazania".[7] Milczenie oskarżonego nie może być odbierane jako poddanie się bez walki, konkludentne przyznanie się do winy, uznanie wszystkich zarzutów oskarżenia. Z drugiej strony będzie rezygnacją z prawa do tzw. obrony materialnej. Na marginesie, zdarzają się sytuację, gdzie obrońcy oskarżonego przejmują całą taktykę obrończą, sam oskarżony milczy, godząc się, aby inni zadbali o jego interesy w całym procesie karnym. W takim przypadku oskarżony nie korzysta z prawa do milczenia (art. 74 § 1 k.p.k.), ponieważ obrońcy działający na jego korzyść (art. 86 § 1 k.p.k.) dokonują czynności procesowych, tak jakby to czynił sam mocodawca. Należy zaznaczyć, że udział obrońcy w postępowaniu nie wyłącza osobistego działania w nim oskarżonego (art. 86 § 2 k.p.k.). Ryzyko skorzystania z tej normy jest jednak duże. Oskarżony może zupełnie nieświadomie pokrzyżować plany obrońców, w myśl starego porzekadła „mowa jest srebrem, zaś milczenie złotem". Część obrońców

---

[5] Zob. m.in. P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego – komentarz (Tom I),* Warszawa 2011, s. 499; T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005, s. 256.

[6] Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 13, poz. 96 ze zm.), dalej jako k.p.k. z 1969 r.

[7] Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipse accusare tenetur),* Warszawa 1982, s. 73.

uważa, że są tak naprawdę ustami oskarżonych, ich sekretarzami i strażnikami interesów procesowych. Nie sposób nie zgodzić się z tym twierdzeniem. „Populacja" domniemanych sprawców przestępstw nie należy do grupy inteligenckiej, wyróżniającej się znajomością podstaw wiedzy prawniczej. Wśród nich zdarzają się ludzie bardzo prości, nawet analfabeci, którzy oczekują i potrzebują fachowej pomocy obrońcy – przewodnika po tajnikach sformalizowanego procesu. Prawo do milczenia, w sytuacji gdy taki oskarżony nie ustanowił obrońcy lub nie przyznano mu obrońcy z urzędu, stanowi uwolnienie oskarżonego od czynności, którym i tak by nie podołał.

III. *Nemo se ipse accusare tenetur* a zasada domniemania niewinności

Norma z art. 74 § 1 k.p.k. ma silny związek z zasadą domniemania niewinności. Z czysto ludzkiego punktu widzenia – „winny się tłumaczy", natomiast niewinny nie musi się bronić, ponieważ jest pewny, że do procesu nikt nie wprowadzi dowodu, który potwierdzi stawiany zarzut. O ludziach niesłusznie oskarżonych (vide kazus Tomasza Komendy) mówi się zazwyczaj dużo, nazywając ich ofiarami wymiaru sprawiedliwości. Powiązanie dyspozycji art. 74 § 1 k.p.k. z zasadą domniemania niewinności, stanowi konsekwencję modelu procesu karnego, w którym ustawodawca wyraźnie rozdziela funkcję orzekania, oskarżenia i obrony. Oczywiście milczenie oskarżonych (przy braku obrońcy) może okazać się niekorzystne dla orzekających i ich samych. Przy zaangażowaniu oskarżyciela domniemanie niewinności może stać się faktycznie domniemaniem winy i przyczynkiem do niesłusznego skazania. Zatem reguły z art. 74 § 1 k.p.k. nie należy traktować jako zasady, „złotego środka", który zabezpieczy oskarżonego przed pomyłkami wymiaru sprawiedliwości. Na postawiony problem należy zawsze spoglądać w trzech perspektywach: oskarżonego ewidentnie winnego zarzucanego mu czynu, sprawcy, którego wina budzi uzasadnione wątpliwości i niesłusznie oskarżonego (gdzie, nie ma żadnych dowodów przemawiających za jego sprawstwem).

W pierwszym przypadku skorzystanie z prawa do milczenia nie wydaje się korzystne. Oskarżony wprawdzie może z tego prawa skorzystać, bezdyskusyjnie obowiązuje zasada domniemania niewinności, ale faktycznie będzie to początek niekorzystnych decyzji dla oskarżonego. Przełamanie milczenia, poprzez przyznanie się do winy oskarżonego, to klucz do niższej kary i tym samym łagodniejszych skutków skazania. W literaturze podkreśla się, że – „Oskarżony,

który przyznaje się do winy w całości, ale i przeciwko któremu zebrano – bez przyczynienia z jego strony – materiał obciążający, utwierdza sąd w przekonaniu o winie i swymi wyjaśnieniami co najwyżej w niewielkiej mierze przyczynia się on do złagodzenia kary. Na łagodność sądu mogą częściej wpływać inne czynniki, takie jak wielkość szkody, okoliczności czynu, wiek sprawcy. Mogą być to czynniki istotniejsze niż samo przyznanie się w omawianej sytuacji".[8] Bardzo istotna jest również skrucha oskarżonego. Należy pamiętać, że sąd przy wymiarze kary bierze pod uwagę „zachowanie się po jego popełnieniu" (art. 53 § 2 k.k.), zaś skrucha jest niewątpliwie elementem postępowania oskarżonego po popełnieniu przestępstwa. *De lege lata* w k.p.k. występują instytucje, które wprost wymagają przyznania się oskarżonego do winy.[9] Wystąpienie z tzw. samoistnym wnioskiem o skazanie bez rozprawy można odczytywać jako faktyczne ograniczenie zasady domniemania niewinności (w sensie normatywnym dalej obowiązuje). W kontekście *nemo se ipse accusare tenetur* jest to prawne i faktyczne przerwanie milczenia, zaakceptowanie konsensualnego zakończenia postępowania. Co ciekawe, w tym przypadku oskarżony jest zobligowany do złożenia nie budzących wątpliwości wyjaśnień (art. 335 § 1 k.p.k.), co należy odczytywać jako *sui genereis* samooskarżenie. Konstrukcja ta nie ma zastosowania w przypadku tzw. niesamoistnego wniosku o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy (art. 335 § 2 k.p.k.). Ta pierwotna instytucja procesowa, wpisuje się w treść dyrektywy *nemo se ipse accusare tenetur.* W doktrynie trafnie wskazano, że skoro w myśl art. 5 § 1 k.p.k. oskarżonego uważa się za niewinnego dopóki jego wina nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem, to konsekwencją tego jest brak po stronie oskarżonego obowiązku dowodzenia swej niewinności. Nie można wymagać udowodnienia czegoś, co ustawa nakazuje

---

[8] Zob. B. Zając, *Przyznanie się oskarżonego do winy w procesie karnym*, Kraków 1995, s. 196.

[9] W świetle art. 335 § 1 k.p.k. - Jeżeli oskarżony przyznaje się do winy, a w świetle jego wyjaśnień okoliczności popełnienia przestępstwa i wina nie budzą wątpliwości, a postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte, można zaniechać przeprowadzenia dalszych czynności. Jeżeli zachodzi potrzeba oceny wiarygodności złożonych wyjaśnień, czynności dowodowych dokonuje się jedynie w niezbędnym do tego zakresie. W każdym jednak wypadku, jeżeli jest to konieczne dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem, należy przeprowadzić w niezbędnym zakresie czynności procesowe, a zwłaszcza dokonać oględzin, w razie potrzeby z udziałem biegłego, przeszukania lub czynności wymienionych w art. 74 § 2 pkt 1 w stosunku do osoby podejrzanej, a także przedsięwziąć wobec niej inne niezbędne czynności, nie wyłączając pobrania krwi, włosów i wydzielin organizmu. Prokurator, zamiast z aktem oskarżenia, występuje do sądu z wnioskiem o wydanie na posiedzeniu wyroku skazującego i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kar lub innych środków przewidzianych za zarzucany mu występek, uwzględniających również prawnie chronione interesy pokrzywdzonego. Uzgodnienie może obejmować także wydanie określonego rozstrzygnięcia w przedmiocie poniesienia kosztów procesu.

domniemywać.[10] Zatem z punktu widzenia art. 5 § 1 i 74 § 1 k.p.k. instytucja z art. 335 § 1 k.p.k. pozostaje w opozycji do konstytucyjnej gwarancji domniemania niewinności i ustawowego prawa oskarżonego do milczenia.

Analizując sytuację oskarżonego ewidentnie winnego zarzucanego mu czynu, nie można zapominać o instytucjach z art. 338a i 387 k.p.k. Pierwszy z nich legitymuje oskarżonego do złożenia wniosku o wydanie wyroku skazującego i wymierzenie mu określonej kary lub środka karnego, orzeczenie przepadku lub środka kompensacyjnego. Jest to możliwe, o ile przestępstwo jest zagrożone karą nie przekraczającą 15 lat i oskarżony złoży taki wniosek przed doręczeniem mu zawiadomienia o terminie rozprawy. Regulacja ta jest w zasadzie powieleniem uchylonego art. 474a k.p.k. (inkorporowanego w 2003 r. [11]), z tym że ówczesna konstrukcja miała wyłącznie zastosowanie w trybach szczególnych. Po uchyleniu przepisów o postępowaniu uproszczonym (rozdział 51 k.p.k.) ustawodawca zdecydował się na przyjęcie zbliżonego rozwiązania, z wyraźnie ograniczony zakresem przedmiotowym i temporalnym. Zatem i w tym przypadku oskarżony „przerywa milczenie" i co warte podkreślenia sam występuje z wnioskiem o skazanie. Inicjatywa oskarżonego jest niczym innym jak samooskarżeniem, w dodatku z propozycją kary i innych środków represyjnych. Jeżeli prezes sądu uzna, że cele postępowania nie sprzeciwiają się rozpoznaniu sprawy na posiedzeniu i nie ma konieczności przeprowadzenia postępowania dowodowego, kieruje sprawę na posiedzenie. W tym przypadku dochodzi do mimowolnego ograniczenia zasady domniemania niewinności. Analogicznie jak w przypadku instytucji z art. 335 § 1 i 2 k.p.k. prezes sądu, opierając się na ustaleniach postępowania przygotowawczego oraz treści złożonych lub załączonych wniosków, faktycznie przesądza o winie oskarżonego, ale za jego przyzwoleniem. Oczywiście z pragmatycznego punktu widzenia takie rozwiązanie znacznie przyspiesza proces. Oskarżony ma gwarancję, że sąd postąpi zgodnie z treścią złożonego wniosku, ponieważ wykładnia art. 338a i 339 § 3a k.p.k. nie wskazuje na możliwości modyfikowania kary.[12] Nie sposób mówić w tym przypadku o domniemaniu winy oskarżonego, ponieważ sąd dysponuje materiałem dowodowym, który stanowi podstawę do uwzględnienia wniosku z art. 338a k.p.k. W przeciwnym wypadku,

---

[10] Zob. P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego – komentarz (Tom I),* Warszawa 2011, s. 504.

[11] Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 17, poz. 155).

[12] Por. A. Sakowicz, M. Królikowski, *[w:]* A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 794 i nast.

istnieje konieczność wyznaczenia rozprawy i tym samym nieuwzględnienia wniosku oskarżonego o skazanie na posiedzeniu.

Dobrowolne poddanie się karze (art. 387 k.p.k.) to instytucja, z której oskarżony może skorzystać w trakcie rozprawy, do chwili zakończenia pierwszego przesłuchania wszystkich oskarżonych na rozprawie głównej. Zakres przedmiotowy i podmiotowy stanowi powielenie art. 338a k.p.k. Osobliwością omawianej konstrukcji jest to, że sąd może uzależnić uwzględnienie wniosku oskarżonego od dokonania w nim wskazanej przez siebie zmiany (art. 387 § 3 k.p.k.) lub też od porozumienia oskarżonego z pokrzywdzonym co do sposobu naprawienia szkody (art. 387 § 3 *in fine* w zw. z art. 341 § 3 k.p.k.). W doktrynie słusznie zauważono, że przepis art. 387 § 3 k.p.k. wprowadza do procesu elementy swoistych negocjacji między oskarżonym a sądem, przypominających anglosaską instytucją *plea bargaining.*[13] Jest to kolejny przykład przełamania dyrektywy *nemo se ipse accusare tenetur*, z wyraźnym ograniczeniem zasady domniemania niewinności. Oskarżony, któremu zależy na skazaniu opartym na porozumieniu, podejmie negocjacje z sądem lub (i) pokrzywdzonym. Postawa pasywna jest oczywiście dopuszczalna, ale niekorzystna z punktu widzenia jego interesów. Samo wystąpienie z wnioskiem o skazanie i późniejsze zaangażowanie oskarżonego, stanowi konkludentne, a może i faktyczne przyznanie się do winy. Z drugiej strony przyzwolenie sądu na dobrowolne poddanie się karze, proponowanie zmian w treści wniosku, stanowi ograniczenie zasady domniemania niewinności w granicach obowiązującego prawa.

Druga sytuacja wiąże się z oskarżonym, którego wina budzi uzasadnione wątpliwości. W orzecznictwie podnosi się, że prawo oskarżonego do milczenia oznacza, że z samego faktu milczenia nic ujemnego dla oskarżonego w procesie nie może wynikać.[14] Zatem skorzystanie z *nemo se ipse accusare tenetur*, w sytuacji gdy od wszczęcia postępowania przygotowawczego są duże wątpliwości co do jego sprawstwa (np. jedyny świadek zdarzenia zmarł), nie może doprowadzić do rozstrzygnięcia sprzecznego z zasadą prawdy materialnej. W tym przypadku zasada domniemania niewinności i wyrażona w art. 5 § 2 k.p.k. zasada *in dubio pro reo* nabierają szczególnego znaczenia. W doktrynie wskazuje się na kilka funkcji zasady domniemania niewinności. Dla przedmiotowej kwestii ważna będzie funkcja gwarancyjna i ochronna. Pierwsza sprowadza się właściwie do pasywności oskarżonego (*nemo se ipse accusare tentetur*). Obowiązek

---

[13] Zob. D. Świecki, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom I,* Warszawa 2015, s. 1305.

[14] Zob. wyrok SA w Krakowie z 19 września 2002 r., (II Aka 191/02), KZS 2002, z. 11, poz. 12; wyrok SA w Krakowie z 25 kwietnia 2001 r. (II AKa 674/01), KZS 2001, z. 6, poz. 25.

udowodnienia winy spoczywa przecież na tym kto twierdzi (oskarżycielu), a nie na tym kto zaprzecza lub milczy (oskarżony). Druga funkcja (ważniejsza dla omawianego problemu) „wyłącza możliwość wydania wyroku skazującego lub warunkowo umarzającego postępowanie na podstawie niedostatecznych dowodów, jak również na podstawie jednostronnej oceny materiału dowodowego".[15] Należy również pamiętać, że obowiązywanie zasady domniemania niewinności rozciąga się na całe postępowanie odwoławcze. Zatem w razie istotnych błędów postępowania pierwszoinstancyjnego, sąd *ad quem* podejmie decyzję procesową w duchu zasad: prawdy materialnej i domniemania niewinności. Wątpliwości co do winy oskarżonego są przeszkodą do wydania wyroku nakazowego na posiedzeniu (art. 500 § 3 k.p.k.), nie sposób również w tym przypadku orzekać w postępowaniu przyspieszonym (art. 517b § 1 k.p.k.). Jak już wcześniej wspomniano, wątpliwości co do winy oskarżonego będą przeszkodą do skorzystania z tzw. instytucji konsensualnych. Najważniejsza jednak wydaje się reguła *in dubio pro reo* – nie dające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego (art. 5 § 2 k.p.k.). Zdaniem A. Murzynowskiego reguła ta polega na obowiązku tłumaczenia wszelkich niewyjaśnionych i niemożliwych do wytłumaczenia wątpliwości na korzyść oskarżonego.[16] Norma ta ma duże znaczenie w przypadku skorzystania przez oskarżonego z prawa do milczenia, gdy w dodatku nie ustanowił obrońcy lub ten nie broni go należycie. Sąd Najwyższy słusznie podkreślił, że obraza art. 5 § 2 k.p.k., a więc naruszenia zasady *in dubio pro reo* jest możliwe tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy orzekający w sprawie sąd rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i wobec niemożności ich usunięcia rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego.[17] W literaturze podkreśla się, że wątpliwości muszą być powzięte przez sąd orzekający, a nie wysuwane przez stronę.[18] Zatem oskarżony „milczący", który zdaje się na prawdziwe ustalenia faktyczne sądu karnego jest chroniony m.in. dzięki normie *in dubio pro reo.* Z drugiej strony, tam gdzie występują wątpliwości natury faktycznej a nawet prawnej, można to wykorzystać dla celów obrony. Nie wydaje się, aby mógł ją skutecznie przeprowadzić sam oskarżony, który często zwyczajnie nie wie, że pewne okoliczności przemawiają na jego korzyść. Wreszcie nie będzie ich w stanie podnieść w środku odwoławczym, jeżeli (co

---

[15] P. Kruszyński, Sz. Pawelec, [w:] P. Wiliński (red.), *Zasady procesu karmnego. System Prawa Karnego Procesowego. Tom III. Cz. 2* (red. nacz. P. Homański), Warszawa 2014, s.1579.

[16] Por. A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976, s. 285.

[17] Wyrok SN z 11 października 2002 r. (V KKN 251/01), Prok. i Pr. – wkł. 2003, nr 11, poz. 5.

[18] Zob. M. Kurowski, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom I,* Warszawa 2015, s. 53.

może się zdarzyć) nie wzięto ich pod uwagę przy wyrokowaniu w pierwszej instancji. „Dla oceny, czy nie został naruszony zakaz *in dubio pro reo* nie są bowiem miarodajne tego rodzaju wątpliwości zgłaszane przez stronę, ale jedynie to czy orzekający w sprawie sąd rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i wobec braku możliwości ich usunięcia rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego, względnie to, czy w świetle realiów konkretnej sprawy wątpliwości takie powinien był powziąć. W przypadku zatem, gdy pewne ustalenie faktyczne zależne jest od dania wiary tej lub innej grupie dowodów, czy też nawet choćby tylko jednemu dowodowi, nie można mówić o naruszeniu zasady *in dubio pro reo*".[19] Wobec powyższego, reguła *in dubio pro reo* nie chroni oskarżonego milczącego zawsze i bezwzględnie, ale jedynie wówczas gdy sąd pierwszej instancji ma (lub powinien powziąć) wątpliwości, które należy rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego.

Trzecia sytuacja, dotyczy oskarżonego niesłusznie oskarżonego lub skazanego. Teoretycznie oskarżenie lub skazanie *sine causa* nie powinno mieć miejsca. Praktyka pokazuje, że w nielicznych przypadkach zdarzają się tego typu błędy wymiaru sprawiedliwości. Ustawodawca w zasadzie nie chroni oskarżonego przed wadliwym (niesłusznym) oskarżeniem. Oskarżyciel może przecież oprzeć zarzut oskarżenia na fałszywych zeznaniach lub podrobionych dokumentach. Jedyną formą interakcji na niesłuszne oskarżenie jest skorzystanie z prawa do obrony i rzetelnie przeprowadzony proces, który zakończy się uniewinnieniem lub umorzeniem postępowania. Skorzystanie w tym przypadku z zasady *nemo se ipse accusare teneteur* jest oczywiście dopuszczalne, ale także ryzykowne. Bez dowodów odciążających sąd może powziąć błędne przekonanie, oparte na wadliwym materiale dowodowym strony oskarżycielskiej. Odmiennie rzecz się ma z niesłusznym skazaniem. Już przepisy art. 41 ust. 5 i 77 ust. 1 Konstytucji RP[20] gwarantują prawo do odszkodowania za niesłuszne skazanie. Na poziomie k.p.k. uregulowano w rozdziale 58 przesłanki i tryb dochodzenia odszkodowania za niesłuszne skazanie. Na tym etapie postępowania po uprawomocnieniu się orzeczenia nie ma *zastosowania nemo se ipse accusare tenetur*, ponieważ postępowania karne jest już prawomocnie zakończone. Ustawodawca wprawdzie w art. 552 § 1 k.p.k. nazywa wnioskodawcę „oskarżonym", ale tak naprawdę to uprawnienie realizuje niesłusznie skazany. Ubiegający się o odszkodowanie za niesłuszne skazanie nie może milczeć, musi przecież udowodnić, że został

[19] Wyrok SN z 10 stycznia 2007 r. (V KKN 242/06), R- OSNKW 2007, poz. 117.
[20] Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

niesłusznie skazany, w terminie roku od daty uprawomocnienia się orzeczenia dającego podstawę do odszkodowania i zadośćuczynienia (art. 555 k.p.k.).[21]

IV. *Nemo se ipse accusare tenetur* a zasada prawdy materialnej

Profesor S. Waltoś twierdzi, że z zasady prawdy materialnej wynikają dwie dalsze bardziej szczegółowe dyrektywy. Pierwsza obliguje organy procesowe do podejmowania wszelkich starań, aby ich ustalenia faktyczne były zgodne z prawdą. Druga, zobowiązuje organ sprawujący kontrolę judykacyjną do sprawdzenia, czy organ który wydał zaskarżone orzeczenie, poczynił prawdziwe ustalenia faktyczne.[22] W kontekście zasady *nemo se ipse accusare tenetur*, zasada prawdy materialnej nabiera szczególnego znaczenia z punktu widzenia ochrony interesów oskarżonego, w szczególności, gdy korzysta z prawa do nieobecności w sądowym postępowaniu rozpoznawczym. Obecna regulacja art. 374 § 1 k.p.k. to nic innego jak *nemo se ipse accusare tenetur* w bardzo szerokim ujęciu. Oskarżony rezygnujący z prawa do udziału w procesie, który w dodatku nie korzysta z pomocy obrońcy, wyraża konkludentne i milczące przyzwolenie, aby proces przeciwko niemu był niekontradyktoryjny, zaoczny, oderwany od jego oczekiwań. W perspektywie obowiązywania zasady prawdy materialnej, postawa rezygnacji z obrony, jawi się jako wyraz głębokiego zaufania do orzekających. Tak rozumiana zasada prawdy materialnej w powiązaniu z dyrektywą *nemo se ipse accusare tenetur* ma charakter silnie gwarancyjny. Jeszcze pod rządami k.p.k. z 1969 r. A. Murzynowski pisał – „Ustalenie prawdy jest jednak najbardziej bezpośrednim i podstawowym celem każdego procesu karnego (tj. także tego, w którym oskarżony okazuje się niewinnym i nie może podlegać żadnym konsekwencją karnym), ponieważ tylko na jej podstawie można opierać wszelkie akty wymiaru sprawiedliwości".[23]

Bierna postawa oskarżonego nie może stać się przyczynkiem ustaleń sprzecznych z prawdą. Występują i takie przypadki, że nawet przy zaangażowaniu oskarżonego i jego obrońcy nie da się dogłębnie wyjaśnić sprawy z powodu nierzetelności orzekających, braków dowodowych, niesumienności biegłych

---

[21] Szerzej na ten temat m.in. B. Dobosiewicz, [w:] K. Dudka (red.), *Postępowania szczególne i odrębne w procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 113 i nast.; W. Jasiński [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1294 i nast.

[22] S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 225-226.

[23] A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976, s. 132-133.

i innych uczestników procesu.[24] Remedium na wadliwe rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji będzie uruchomienie kontroli instancyjnej, zależnej od aktywności stron postępowania. Milczenie i pasywność oskarżonego nie jest tutaj wskazana, należy ją wówczas traktować jako godzenie się na niesprawiedliwy wyrok. Należy pamiętać, że adresatami normy z art. 2 § 2 k.p.k. (*Podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne)* są organy procesowe i na nich ciąży ustalenie prawdy i osiągnięcie tzw. sprawiedliwości proceduralnej. „Dopiero gdy standardy sprawiedliwości proceduralnej zostaną naruszone do takiego stopnia, że w żadnym cywilizowanym państwie respektującym fundamentalne prawa człowieka nie da się przejść nad nimi do porządku dziennego, prawdziwość ustaleń musi ustąpić powinności respektowania prawidłowości dochodzenia do prawdy".[25] Krótko mówiąc, milcząca postawa oskarżonego, a nawet jego dozwolona nieobecność w stadium rozpoznawczym nie mogą być usprawiedliwieniem wyroku opartego na ustaleniach innych niż zgodne z rzeczywistością. Należy przy tym zaznaczyć, że kierujący się tą zasadą nie są zobligowani do poszukiwania dowodów na niewinność oskarżonego. Nie są zwolnieni z respektowania zasady domniemania niewinności i tym samym *in dubio pro reo.* W granicach niezawisłości sędziowskiej są zobligowani do ustalenia jak było naprawdę, wykorzystując w tym celu dopuszczalne środki prawne, niezależnie od nadmiernej aktywności lub pasywności stron postępowania.

Podsumowanie

Podjęta próba oceny sytuacji oskarżonego, w kontekście zasady *nemo se ipse accusare teneteur* prowadzi do następujących wniosków. Po pierwsze, milcząca postawa oskarżonego nie może być podstawą ustaleń procesowych sprzecznych z prawdą. Nawet wówczas, gdy oskarżony godzi się na skazanie bez rozprawy lub dobrowolne poddanie się karze, sąd ma obowiązek zbadać, czy rozstrzygnięcie oparte na porozumieniu wynika z prawdziwych ustaleń faktycznych. Po drugie, tytułowa zasada ma silny związek z zasadami: domniemania niewinności i *in dubio pro reo*. Trudno to zrozumieć w sytuacji tymczasowego aresztowania podejrzanego lub odmowy ustanowienia obrońcy z urzędu, gdy ewidentnie jest ona potrzebna. Niemniej jednak te dwie kompatybilne zasady są ważnym elementem

[24] Podobnie S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 228.

[25] S.Waltoś, [w:] P. Wiliński (red.), *Zasady procesu karmnego. System Prawa Karnego Procesowego. Tom III. Cz. 1* (red. nacz. P. Homański), Warszawa 2014, s.282.

ochrony praw oskarżonego, aż do momentu prawomocności orzeczenia. Po trzecie, milczenie oskarżonego nie oznacza zgody na niesprawiedliwość proceduralną. Strona bierna oczekuje szacunku, niezawisłej postawy orzekających, wyroku opartego na prawdziwych ustaleniach faktycznych. Doniesienia medialne pokazują, że część oskarżonych wierzy w rzetelność, efektywność i słuszność wymiaru sprawiedliwości. Przedstawione pokrótce zasady i normy dają ku temu podstawę. Należy zawsze pamiętać, że bez oskarżonego nie ma procesu karnego, zaś bez prawdziwych ustaleń faktycznych – sprawiedliwego wyroku.

Bibliografia

Akty prawne:

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 13, poz. 96 ze zm.), dalej jako k.p.k. z 1969 r.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k.

Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 17, poz. 155).

Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247).

Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. – o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437).

Literatura:

Dobosiewicz B., [w:] K. Dudka (red.), *Postępowania szczególne i odrębne w procesie karnym*, Warszawa 2012,

Grzegorczyk T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005,

Hofmański P. (red.), *Kodeks postępowania karnego – komentarz (Tom I),* Warszawa 2011,

Jasiński W. [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015,

Kruszyński P., Pawelec Sz., [w:] P. Wiliński (red.), *Zasady procesu karmnego. System Prawa Karnego Procesowego. Tom III. Cz. 2* (red. nacz. P. Homański), Warszawa 2014,

Kurowski M., [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom I,* Warszawa 2015,

Murzynowski A., *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976,
Sakowicz A., Królikowski M., [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016,
Sobolewski Z., *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo se ipse accusare tenetur),* Warszawa 1982,
Świecki D., [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom I,* Warszawa 2015,
Waltoś S., *Domniemanie niewinności w świecie mediów*, [w:] I. Nowikowski (red.), *Problemy stosowania prawa sądowego. Księga ofiarowana prof. E. Skrętowiczowi.,* Lublin 2007,
Waltoś S., [w:] P. Wiliński (red.), *Zasady procesu karmnego. System Prawa Karnego Procesowego. Tom III. Cz. 1* (red. nacz. P. Homański), Warszawa 2014,
Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016,
Zając B., *Przyznanie się oskarżonego do winy w procesie karnym*, Kraków 1995.

Orzecznictwo:
Wyrok SN z 11 października 2002 r. (V KKN 251/01), Prok. i Pr. – wkł. 2003, nr 11, poz. 5,
Wyrok SN z 10 stycznia 2007 r. (V KKN 242/06), R- OSNKW 2007, poz. 117,
Wyrok SA w Krakowie z 25 kwietnia 2001 r. (II AKa 674/01), KZS 2001, z. 6, poz. 25,
Wyrok SA w Krakowie z 19 września 2002 r., (II Aka 191/02), KZS 2002, z. 11, poz. 12.

Streszczenie
Autor przedstawił problematykę zasady *nemo se ipse accusare tenetur* w kontekście obecnej sytuacji oskarżonego. Nie sposób przedstawić wszystkich problemów omawianego zagadnienia w artykule naukowym, stąd ograniczono się do najważniejszych. Sytuacja oskarżonego zależy od wielu czynników, również w trybach konsensualnych. Autor zwrócił uwagę na milczącą postawę oskarżonego w perspektywie obowiązywania zasad: prawdy materialnej, domniemania niewinności i *in dubio pro reo.* Ukazano korzyści płynące z tych bezwzględnego respektowania zasad oraz ryzyko wynikające z biernej postawy oskarżonego lub jego nieobecności w procesie.

SŁOWA KLUCZOWE: Oskarżony, milczenie, proces karny, domniemanie niewinności, sąd, zasady.

Summary
The author presented problems of the principle *nemo se ipse accusare tenetur* (English: *no one is obliged to accuse himself*) in the context of the current situation of the accused. It is impossible to present all the problems of the discussed issue in a scientific article,

therefore they were limited to the most important ones. The accused's situation depends on a number of factors, including consensual procedures. The author drew attention to the silent attitude of the accused in the perspective of applicable principles: objective truth, presumption of innocence and *in dubio pro reo* (English: *defendant may not be convicted by the court when doubts about his or her guilt remain*). Benefits of this strict respect to the principles and the risk resulting from the passive attitude of the accused or his/her absence in the criminal procedure have been shown.

KEY WORDS: Accused, silence, criminal procedure, presumption of innocence, court, principles.

Autor

Damian Gil – dr., adiunkt w Instytucie Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Pedagogicznego im. KEN w Krakowie, wykładowca WSEPiNM w Kielcach, członek Towarzystwa Naukowego Prawa Karnego i innych organizacji naukowych. W badaniach naukowych interesuje się: problematyką postępowania z oskarżenia prywatnego, mediacją karną, ochroną małoletnich w polskim prawie karnym, sprzeciwami, problematyką zaskarżenia decyzji procesowych, postępowaniami dyscyplinarnymi.

Agnieszka Kramek

Uwalnianie nanoodpadów do środowiska – ryzyko, zagrożenia i aspekty prawne

Releasing nanowaste to the environment – risks, threats and legal aspects

Wstęp

Nanotechnologia jest dziedziną nauki i techniki, definiowaną na ogół jako tworzenie i stosowanie materiałów, urządzeń i systemów o unikalnych właściwościach w skali od około 0,1 nm do 100 nm (1 nm = 10^{-9} m, jedna miliardowa część metra). Nanotechnologia jest zatem inżynierią materii wykorzystującą do tworzenia specjalistycznych struktur atomy, cząsteczki i zespoły makrocząsteczek. Tak wyjątkowy obiekt badań wymaga szczególnej wiedzy, technik i technologii dostosowanych do niezwykle małych rozmiarów tworzonych produktów. Nanocząsteczki w materiałach wykazują unikalne właściwości fizyczne, chemiczne, elektryczne, optyczne, mechaniczne i magnetyczne - zupełnie inne niż ta sama materia w większych wymiarach[1].

Nanotechnologia ma charakter interdyscyplinarny, przenika przez wiele dziedzin nauki - przewiduje się, że wykorzystanie jej w sektorach konsumenckich i przemysłowych znacząco wzrośnie w przyszłości. Obecnie można wskazać szeroki obszar aplikacji produktów wytworzonych na bazie nanostruktur: badania medyczne (miniaturowe sondy i czujniki diagnostyczne, bioaktywne i biokompatybilne implanty), informatyka (nośniki danych o bardzo wysokich gęstościach zapisu, komputery kwantowe), energetyka (ultralekkie nanostrukturalne ciała stała magazynujące wodór, wydajne i tanie słoneczne komórki fotowoltaiczne),

[1] J. Godlewski, Nanotechnologia – nauka i technologia na dziś oraz jutro, „Pismo PG", 5 (2010), s. 9-10.

materiałoznawstwo (poprawa struktury i funkcjonalności materiałów, wytrzymałości i odporności na różne warunki), zminiaturyzowane nanoetykietowanie (znakowanie importowanej żywności, ochrona majątku), ochrona środowiska (usuwanie zanieczyszczeń, ostrzeganie przed zagrożeniami). Jednocześnie szybka ewolucja nanomateriałów powoduje uwalnianie coraz większej liczby nanocząsteczek do środowiska naturalnego. Problemem staje się niewystarczająca wiedza na temat ich właściwości i reakcji na środowisko, które utrudniają ocenę ryzyka związanego z ich bezpiecznym stosowaniem, zagospodarowaniem odpadów, potencjalnym zagrożeniem dla zdrowia ludzkiego i środowiska naturalnego. Pojawiające się sceptyczne opinie na temat nanoproduktów często wynikają z braku informacji dotyczących oceny ryzyka. Bezpieczeństwo należy zapewnić już na etapie tworzenia założeń, projektowania, prototypowania oraz w trakcie produkcji. Przygotowanie odpowiednich procedur prawnych, ocena aspektów etycznych i społecznych w kontekście dynamicznie rozwijającej się nanotechnologii stanowi również wyzwanie dla interdyscyplinarnych grup specjalistów[2].

1. Charakterystyka nanomateriałów

Według zalecenia Komisji Europejskiej rekomendowana definicja nanomateriału (NM) utworzona na potrzeby państw członkowskich, agencji Unii Europejskiej oraz przedsiębiorstw unijnych określa, że „nanomateriał to naturalny, powstały przypadkowo lub wytworzony materiał zawierający cząstki w stanie swobodnym lub w formie agregatu bądź aglomeratu, w którym co najmniej 50% lub więcej w liczbowym rozkładzie wielkości cząstek ma jeden lub więcej wymiarów w zakresie 1 do 100 nm". W określonych przypadkach uzasadnionych względami ochrony środowiska, zdrowia, bezpieczeństwa lub konkurencyjności, zamiast wartości progowej liczbowego rozkładu wielkości cząstek wynoszącej 50% można przyjąć wartość z zakresu 1 do 50%[3].

Dla porównania – średnica ludzkiej krwinki czerwonej wynosi 7000 nm, bakterii ok. 1000 nm, wirusa 20-300 nm, białka komórkowego 5-50 nm, DNA – 2,5 nm, a pojedynczego atomu węgla – ok. 0,15 nm[4].

---

[2] M. Maliszewska-Mazur, Nanotechnologia – nowe wyzwania, nowe możliwości i nowe problemy, „Ochrona środowiska i zasobów naturalnych", 45 (2010), s. 153.

[3] Zalecenia Komisji 2011/696/UE z dnia 18 października 2011 r. dotyczącego definicji nanomateriału (Dz.U. L 275 z 20.10.2011, s. 38).

[4] H. Langauer-Lewowicka, K. Pawlas, Nanocząstki, nanotechnologia – potencjalne zagrożenia środowiskowe i zawodowe, „Medycyna środowiskowa", 2 (2014) 17, s. 7.

Do nanomateriałów zaliczane są struktury (obiekty): zerowymiarowe – mają nanometrowe wymiary w trzech kierunkach (kropki kwantowe); jednowymiarowe – posiadają nanometrowe wymiary w dwóch wzajemnie prostopadłych kierunkach (druty, rurki, pręty); dwuwymiarowe – mają nanometrowy wymiar w jednym kierunku (warstwy) oraz trójwymiarowe – materiały homo- i hetrogeniczne zbudowane z kryształów o wymiarach nanometrowych. Mogą występować w postaci proszków, zawiesin, roztworów, żeli (koloidów) i tworzyć nanowypełnienia, nanowarstwy i nanokompozyty[5].

Nanoobiekty posiadają charakterystyczne, a zarazem bardzo specyficzne cechy fizyczne, biologiczne i chemiczne ze względu na rozmiar cząstek, które je tworzą. Wśród najbardziej unikalnych właściwości nanomateriałów znajdują się: bardzo małe rozmiary, relatywnie niska masa, duża powierzchnia w stosunku do objętości, wysoka reaktywność oraz zdolności adsorpcyjne i absorpcyjne, większa odporność mechaniczna, niższa temperatura topnienia, tendencja do szybkiej aglomeracji[6].

Z kolei nanoprodukt to pojęcie nie do końca jasno sprecyzowane. Najczęściej odnosi się do produktu wzbogaconego jednym lub kilkoma nanomateriałami pozwalającymi ostatecznie uzyskać unikatowe, dodatkowe właściwości cechujące nanomateriały. Z punktu widzenia oceny ryzyka potencjalne uwalnianie tych cząstek w trakcie rozkładu produktów jest niezwykle istotne. Typowa charakterystyka nanomateriałów stosowanych lub produkowanych obejmuje określenie składu chemicznego oraz rozkładu NM w nanoprodukcie, formy w jakiej występują (np. włókna), ewentualnych cech rakotwórczych, mutagennych czy reprotoksycznych, rozpuszczalności w wodzie (szczególnie, gdy jest większa niż 100 mg/l), gęstości, trwałości w środowisku i postaci fizycznej (ciekłe, stałe). Wszystkie te cechy wpływają na określoną charakterystykę toksykologiczną produkowanych materiałów, które ostatecznie przekształcają się w nanoodpady na różnych etapach cyklu życia produktu (*Life Cycle Assessment LCA*)[7] – od procesów wytwarzania, stosowania do unieszkodliwiania czy recyklingu[8].

Termin nanoodpady[9] odnosi się do odpadów zawierających cząstki o rozmiarach mieszczących się w nanoskali. Zagospodarowanie tego typu odpadów jest

---

[5] B. Mrowiec, Nanomateriały – nowe zagrożenie dla środowiska, „Inżynieria ekologiczna", 18 (2017), s. 105.

[6] S. W. Shin, I. H. Song, S. H. Um, Role of physicochemical properties in panoparticle toxicity, „Nanomaterials", 5 (2015), s. 1351–1365.

[7] B. Salieri, D. A. Turner, B. Nowack, R. Hischier, Life cycle assessment of manufactured nanomaterials: Where are we?, „NanoImpact", 10 (2018), s. 108-120.

[8] www.ichp.pl/attach.php?id=1524, z dnia 17.07.2018.

[9] Definicja nanoodpadów nie jest regulowana przepisami prawnymi.

dość problematyczne i jedynie fragmentarycznie uregulowane prawnie. Zaleca się monitorowanie losów nanoproduktów oraz przetwarzanie nanoodpadów w celu ograniczenia emisji do środowiska. Jednak brak odpowiednich narzędzi i metod badawczych w znacznym stopniu ogranicza te działania. Obecnie stosuje się trzy sposoby unieszkodliwiania odpadów zawierających nanomateriały: składowanie, unieszkodliwianie termiczne (spalanie) i odzysk materiałów (recykling)[10].

Nanocząstki mogą mieć pochodzenie zarówno naturalne jak i antropogeniczne. W środowisku naturalnym wytwarzane są w czasie pożarów lasów, wybuchów wulkanów (kurz wulkaniczny), procesów utleniania minerałów, erozji skał czy parowania oceanów. Nanoobiekty stanowiące uboczny produkt działalności człowieka wytwarzane są podczas spalania węgla kamiennego (sadza), spawania, zgrzewania, wulkanizacji gumy, obróbki mechanicznej materiałów (cięcie, piłowanie, szlifowanie). Natomiast nanomateriały projektowane i wytworzone w sposób celowy przez człowieka to m.in. fulereny, nanorurki, liposomy, dendrymery czy nanowłókna[11].

2. Wpływ nanoodpadów na środowisko i organizmy żywe

Artykuły codziennego użytku, takie jak kosmetyki do pielęgnacji skóry i włosów, ubrania odporne na odkształcenia, środki czyszczące, nanowłókna itp. zawierające nanocząsteczki stały się głównym problemem związanym z nanozanieczyszczeniami. Produkty te trafiają do miejskich systemów zbiórki odpadów lub do oczyszczalni ścieków (OŚ). Wpływają na: nitryfikację i denitryfikację, właściwości fizyczne i biologiczne aktywowanych osadów ściekowych, oddziałują z polimerami bakteryjnymi lub zewnątrzkomórkowymi. Poszerzenie wiedzy o transformacji i zachowaniu projektowanych NP w procesie oczyszczania ścieków jest bardzo ważne, ponieważ pozwala zrozumieć i zredukować negatywny wpływ nanocząstek na środowisko. Ich los w całym procesie oczyszczania musi

[10] B. Mrowiec, Kierunki i możliwości bezpiecznej gospodarki nanoodpadami, „Chemik", 10 (2016) 70, s. 593.

[11] J. Świątek-Prokop, Nanomateriały – zalety i zagrożenia, „Edukacja Techniczna i Informatyczna", VII (2012), s. 49-50.

być wszechstronnie zbadany, dlatego coraz częściej pojawiają się w tej dziedzinie publikacje badawcze[12].

Rozmiar cząstek w zakresie 10^{-9} m powoduje, że bez problemu mogą przenikać przez błony komórkowe prowadząc do interakcji między składnikami komórki i wywoływać trudne do oszacowania zmiany w organizmach żywych. Z jednej strony dają nadzieję na projektowanie superlekarstw, a z drugiej migrując wraz z krwiobiegiem i ulegając depozycji w narządach wewnętrznych stanowią potencjalne ogniska zapalne wywołujące choroby. Narażenie drogą inhalacyjną powoduje negatywne działanie na układ sercowo- naczyniowy, natomiast przenikanie przez zdrową skórę jest skutecznie ograniczone. Przedostawanie się nanocząstek przez układ pokarmowy może nastąpić bezpośrednio w przypadku nie zachowania zasad higieny lub poprzez połykanie aerozoli zalegających w układzie oddechowym. Zasadniczy mechanizm negatywnego oddziaływania nanostruktur jest związany z wywoływaniem w organizmach stresu oksydacyjnego spowodowanego nadmiernym gromadzeniem się wolnych rodników tlenowych[13].

Toksyczność poszczególnych nanocząstek jest bardzo zróżnicowana, dlatego trudno ustalić wspólne kryterium. Badania dla grupy ssaków prowadzi się przeważnie na gryzoniach (szczury, myszy). Nieliczne analizy na ludzkich liniach komórkowych pokazują wyraźne uszkodzenia DNA. Badania ekotoksyczności prowadzone na glonach pokazują, że nanocząstki (m. in. ditlenek tytanu) hamują ich rozwój poprzez gromadzenie się na powierzchni komórek. U skorupiaków upośledzają wchłanianie pokarmu, zwiększają śmiertelność młodych osobników oraz powodują spadek reprodukcji. Wśród ryb zmniejszają zdolność do zapłodnienia, utrudniają oddychanie, kumulują się w wątrobie, nerkach oraz mózgu. Hamują także rozwój niektórych roślin ingerując w proces kiełkowania i ukorzenienia (cynk, tlenek cynku)[14].

Toksyczność związków chemicznych jest związana z ich budową, ale w przypadku nanoobiektów dużą rolę odgrywa rozmiar cząstek, który zmienia właściwości substancji macierzystej (złoto - barwa żółta, chemicznie obojętne, temperatura topnienia powyżej 1000°C, w rozmiarze 5 nm - kolor niebieski, reaktywne, temperatura topnienia obniża się do 450°C, obniżenie wielkości do

---

[12] M. Madeła, E. Neczaj, A. Grosser, Fate of Engineered Nanoparticles in Wastewater Treatment Plant, „Engineering and Protection of Environment", 4 (2016) 19, s. 578, 584.

[13] L. Zapór, Zagrożenia nanomateriałami w przemyśle tworzyw sztucznych, CIOP-PIB, Warszawa 2013, s. 6-15.

[14] H. Langauer-Lewowicka, K. Pawlas, Nanocząstki…, op. cit., s. 10.

1 nm - kolor rubinowy, silne właściwości katalityczne, a temperatura topnienia spada do 200°C)[15].

Jednym z ważniejszych obszarów zastosowań nanotechnologii jest produkcja tworzyw sztucznych. Nanoobiekty stosuje się tu przede wszystkich jako dodatki (nanonapełniacze) do kompozytów polimerowych. Pracownicy zatrudnieni przy obróbce nanomateriałów są szczególnie narażeni na ich działanie ze względu na duże dawki oraz długi czas ekspozycji. Badania toksykologiczne dowodzą, że nanorurki węglowe działają podobnie do azbestu – mogą powodować nieodwracalne zmiany w płucach i w konsekwencji prowadzić do chorób nowotworowych. Metale i tlenki metali rozdrobnione do rozmiarów nanoskali gromadzą się w układzie oddechowym, mózgu, śledzionie, wątrobie oraz komórkach układu rozrodczego. Ditlenek tytanu został uznany przez Międzynarodową Agencję Badań nad Rakiem (*International Agency for Research on Cancer – IARC*) za potencjalnie kancerogenny, mimo, że większe cząstki nie wykazują takiego działania[16].

Materiałem rekomendowanym do produkcji innowacyjnych, antybakteryjnych opakowań żywności są nanożele z dodatkiem krzemionki - ich poziom ekotoksyczności jest niższy w porównaniu do nanocząstek na bazie ditlenku tytanu czy cynku. Badania ekotoksyczności pozwalają na wybór nanokomponentów stwarzających najmniejsze zagrożenie w czasie uwalniania się z produktu w trakcie jego użytkowania[17].

Wpływ nanocząstek projektowanych na zdrowie pozostaje nadal w sferze spekulacji. Przeprowadzone badania *in vivo* i *in vitro* dotyczące ich toksyczności wiążą się z kontaktem krótkotrwałym, natomiast efekt środowiskowy ma charakter przewlekły[18].

3. Interakcje nanocząstek w środowisku i ocena ryzyka zagrożeń

Właściwości fizykochemiczne, które zapewniają określoną funkcjonalność, mogą również wpływać na zachowanie nanomateriałów w środowisku i organizmie

---

[15] J. Świątek-Prokop, Nanomateriały…, op. cit., s. 51-52.

[16] L. Zapór, Zagrożenia…, op. cit., s. 6-15.

[17] E. Karwowska, E. Miaśkiewicz-Pęska, M. Załęska-Radziwiłł, Wpływ nanoproduktów na wybrane organizmy - ocena ekotoksykologiczna, „Inżynieria i ochrona środowiska", 1 (2015) 18, s. 116.

[18] H. Langauer-Lewowicka, K. Pawlas, Nanocząstki…, op. cit., s. 12.

człowieka, co może skutkować różnymi, niezdefiniowanymi interakcjami i generować kolejne zagrożenia. Dlatego istotne jest rozważenie potencjału ryzyka związanego z nanomateriałami. Podstawowymi elementami oceny ryzyka związanego z chemikaliami są zagrożenia i oceny narażenia, oszacowanie parametru dawka-odpowiedź, charakterystyka ryzyka oraz uwzględnienie niepewności w ogólnej ocenie. Ten tradycyjny paradygmat oceny ryzyka dotyczy również nanomateriałów, jednak wymaga zdecydowanych modyfikacji. Konsensus jest potrzebny w odniesieniu do wartości progowych i materiałów referencyjnych oraz przydatności prostych narzędzi i testów dla, których obecna baza wiedzy jest niewystarczająca. Grupowanie i podejście przekrojowe mogą przynieść pewną skuteczność w ocenie poszczególnych przypadków w kontekście związków między właściwościami fizykochemicznymi, a uzyskanym nanomateriałem. Należy skupić się na systematycznych badaniach, które ułatwią zrozumienie zachowania nanomateriałów, w szczególności związanych z długotrwałymi skutkami[19].

Podobnie jak w przypadku wszystkich substancji chemicznych dowiedzenie braku negatywnych skutków w testach krótkoterminowych nie daje gwarancji braku toksyczności w szerszej perspektywie czasowej[20].

Eksperci skupiają swoje działania na następujących kluczowych obszarach: definicje, charakterystyka (właściwości fizykochemiczne nanomateriałów – m. in. długość, kształt, skład, agregacja, właściwości katalityczne, chemia powierzchni), metrologia (techniki i przyrządy pomiarowe), testy (metodologie testów bezpieczeństwa i oceny zagrożenia). Prace eksperymentalne są prowadzone we Wspólnym Centrum Badawczym Komisji Europejskiej (JRC) - program ramowy Horyzont 2020 i w państwach członkowskich, a także na poziomie międzynarodowym w ramach Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (*OECD - Organisation for Economic Cooperation and Development*) i Międzynarodowej Organizacji Normalizacyjnej (*ISO - International Organization for Standardization*)[21].

Zarządzanie ryzykiem związanym z obrotem nanomateriałami wymaga bezwzględnej potrzeby badania właściwości chemicznych i fizycznych tych materiałów. Niektóre metody stają się standaryzowane, a nawet zautomatyzowane,

---

[19] A. G. Oomen, K. G. Steinhäuser, E. A.J. Bleeker, F. van Broekhuizen, A. Sips, S. Dekkers, S. W.P. Wijnhoven, P. G. Sayre, Risk assessment frameworks for nanomaterials: Scope, link to regulations, applicability, and outline for future directions in view of needed increase in efficiency, „NanoImpact", 9 (2018), s. 1-13.

[20] https://cordis.europa.eu/news/rcn/36090_pl.html, z dnia 19.07.2018.

[21] M. Jurewicz, Prawne aspekty wykorzystywania nanotechnologii w środkach ochrony roślin, „Administracja i Zarządzanie", 39 (2017) 112, s. 110.

ale pełen zakres czynników decydujących o niezawodności i powtarzalności tych pomiarów nie został jeszcze dobrze scharakteryzowany[22].

Poczyniono znaczne postępy w różnych obszarach oceny narażenia, zwłaszcza w ciągu ostatnich dziesięciu lat. Urządzenia i strategie pomiarowe stają się coraz bardziej dostępne, a zmierzone wartości są bardziej niezawodne, z porównywalnością w zakresie np. 30-50% dla pomiarów cząstek unoszących się w powietrzu. Urządzenia pomiarowe stały się również łatwiejsze w obsłudze i bardziej przystępne, a ceny niższe. Zmiany te są warunkiem wstępnym umożliwienia wprowadzenia pomiarów narażenia nanomateriałów do regulacji, chociaż jest to nadal obszar wymagający rozwoju[23].

Modelowanie narażenia jest ważnym narzędziem w procesie oceny ryzyka, ponieważ może dostarczać informacji o przewidywanych stężeniach środowiskowych nawet przy braku danych analitycznych. W ostatnich latach zostały wykorzystane zestawy różnych modeli do przewidywania przepływów nanozanieczyszczeń pomiędzy poszczególnymi komponentami środowiska oraz stężeń nanomateriałów technicznych w całym cyklu życia. Niektóre z dostępnych modeli przeznaczone dla nanomateriałów są zbudowane na koncepcjach, które są akceptowane przez organy regulacyjne dla konwencjonalnych chemikaliów. Krytycznym problemem dla wszystkich modeli jest brak walidacji wartości dopuszczalnych określoną metodą analityczną[24].

W literaturze opisano dostosowaną do potrzeb branży strategię oceny ryzyka związanego z nanomateriałami i produktami nanoaktywnymi, która opiera się na najnowszych wynikach badań. Podejście to koncentruje się na stworzeniu profilu ryzyka dla danego nanomateriału - określenia, które materiały i/lub operacje procesowe wiążą się z większym ryzykiem, gdzie takie ryzyko występuje w cyklu życia oraz wpływem tych zagrożeń na społeczeństwo. Użyto narzędzia oceny bezpieczeństwa ECETOC TRA, Stoffenmanager Nano i ISO/TS 12901-2: 2014. Opracowana strategia w zakresie nanobezpieczeństwa uwzględnia międzysektorowe potrzeby przemysłu i obejmuje:

- gromadzenie informacji - identyfikację nanomateriałów i zagrożeń w kontekście narażenia ludzi i ekosystemów, z uwzględnieniem wszystkich przedsiębiorstw i użytkowników zaangażowanych w łańcuch wartości,

[22] X. Gao, G. V. Lowry, Progress towards standardized and validated characterizations for measuring physicochemical properties of manufactured nanomaterials relevant to nano health and safety risks, „NanoImpact", 9 (2018), s. 14-30.

[23] T. A.J. Kuhlbusch, S. W.P. Wijnhoven, A. Haase, Nanomaterial exposures for worker, consumer and the general public, „NanoImpact", 10 (2018), s. 11-25.

[24] B. Nowack, Evaluation of environmental exposure models for engineered nanomaterials in a regulatory context, „NanoImpact", 8 (2017), s. 38-47.

- ocena zagrożenia - zebranie wszystkich istotnych i dostępnych informacji na temat swoistych właściwości substancji np. danych toksykologicznych, kart charakterystyki bezpieczeństwa materiałów, a także określenie rzeczywistych zaleceń i wartości odniesienia dla różnych nanoobiektów w zakresie realizowanych projektów,
- ocena narażenia - definicja scenariuszy narażenia właściwych dla danego sektora i zastosowania, z uwzględnieniem warunków operacyjnych i środków zarządzania ryzykiem,
- charakterystyka ryzyka - klasyfikacja potencjału ryzyka poprzez wykorzystanie modeli oszacowania narażenia (tj. porównanie szacunkowych poziomów narażenia z poziomami progowymi),
- udoskonalona charakterystyka ryzyka i monitorowanie narażenia - wybór indywidualnych scenariuszy narażenia w celu monitorowania narażenia zgodnie ze zharmonizowaną wielopoziomową metodą rekomendowaną przez OECD w celu udoskonalenia oceny ryzyka,
- strategie ograniczania ryzyka - opracowanie działań ograniczających ryzyko, koncentrujących się na zapobieganiu ryzyku.

Opracowanie proponowanych ram bezpieczeństwa obejmuje również partnerstwo i koordynację między ekspertami w dziedzinie nanotechnologii. Powstała we wrześniu 2016 r. w Paryżu grupa w ramach NanoSafety Cluster ma na celu zmaksymalizowanie synergii między trwającymi badaniami w dziedzinie nanobezpieczeństwa a projektami zorientowanymi na przemysł. Wdrożenie wyników badań ma na celu wzmocnienie bezpieczeństwa innowacyjnych aplikacji nanotechnologii[25].

4. Regulacje prawne w nanotechnologii

Nanomateriały podlegają wszystkim przepisom prawnym dotyczącym substancji i mieszanin chemicznych, w tym również przepisom w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy[26].

Według zaleceń KE celem uregulowań prawnych UE w obszarze nanotechnologii jest „zapewnienie społeczeństwu możliwości czerpania korzyści z nowych

[25] Ch. Schimpel, S. Resch, G. Flament, D. Carlander, C. Vaquero, I. Bustero, A. Falk, A methodology on how to create a real-life relevant risk profile for a given nanomaterial, „Journal of Chemical Healt and Safety", 1 (2018) 25, s. 12-23.

[26] A. Baran, Prawne aspekty nanotechnologii w kontekście ochrony środowiska, „Ekonomia i Środowisko", 1 (2015) 52, s. 29-39.

zastosowań nanotechnologii przy jednoczesnym zachowaniu wysokiego poziomu bezpieczeństwa oraz ochrony zdrowia i środowiska naturalnego"[27].

Uregulowania prawne dotyczące wytwarzania i stosowania substancji chemicznych w postaci nanomateriału obejmują zarówno wprowadzenie do obrotu, bezpieczeństwo pracy, zgłoszenia patentowe oraz komercjalizację wyników badań naukowych i prac rozwojowych. Z uwagi na specyfikę produktów w nanoskali wymagają one indywidualnego podejścia[28].

Dotychczas wdrożone zostało nanomielenie, które pozwala uzyskać mąkę o wysokiej zdolności wiązania wody, a także ultradrobnego proszku zielonej herbaty o właściwościach silnie antyoksydacyjnych. Prognozuje się, projektowanie w przyszłości tzw. żywności personalizowanej, dostosowanej zapachem, smakiem, stopniem uwalniania składników odżywczych do odbiorcy. Powyższe przykłady przemawiają za koniecznością podejmowania działań legislacyjnych, regulujących normatywy publicznego, środowiskowego i zawodowego narażenia[29].

W rezolucji z 2009 roku członkowie Parlamentu Europejskiego podkreślają konieczność stworzenia ram legislacyjnych dla rozwijającej się w szerokim aspekcie zastosowań nanotechnologii w oparciu o zasadę odpowiedzialności i ostrożności producenta. Zwrócono uwagę na konieczność odpowiednich badań dotyczących bezpieczeństwa szczególnie ludzi oraz środowiska naturalnego[30].

W 2012 r. w drugim przeglądzie regulacyjnym wskazano na potrzebę reagowania już u źródła - na początkowym etapie realizowania projektów wdrożeniowych na bazie nanomateriałów. Z technicznego punktu widzenia trudniej wyeliminować nanocząstki z odpadów czy zneutralizować w środowisku[31].

Obecnie obrót nanomateriałami regulują dwa rozporządzenia REACH (*Registration, Ewaluation and Authorisation of Chemicals*)[32] oraz CLP (*Classification,*

---

[27] Komunikat Komisji Europejskiej „Aspekty regulacyjne nanomateriałów", KOM(2008) 366 z 17.06.2008.

[28] M. Jurewicz, M. Rutkowska-Sowa, „Prawo a nanotechnologia. Komercjalizacja wyników badań naukowych z zakresu nanotechnologii", Presscom, Warszawa 2016, s. 1-132.

[29] H. Langauer-Lewowicka, K. Pawlas, Nanocząstki…, op. cit., s. 12.

[30] Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 24 kwietnia 2009 r. w sprawie aspektów regulacyjnych nanomateriałów (2008/2208(INI)), (2010/C 184 E/18), s. 82–89, [z:] https://eur-lex.europa.eu, z dnia 19.07.2018.

[31] Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, Drugi przegląd regulacyjny poświęcony nanomateriałom, Bruksela 2012, SWD (2012) 288 final, [z:] https://ec.europa.eu, z dnia 19.07.2018.

[32] Rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH), (Dz. U. L. 136 z 29.5.2007).

Labelling and Packaging)[33]. Dokument REACH ma charakter ogólny, daje jednak możliwość wskazania postaci rejestrowanej substancji. Nie wszyscy zgłaszający potwierdzają obecność nanomateriałów, ponieważ nie jest to procedura obowiązkowa. Mimo, iż REACH uznano za najlepszą podstawę dla zarządzania ryzykiem w zakresie nanotechnologii, nie daje ono gwarancji na pełną ochronę zdrowia ludzi i środowiska. Nie przewiduje się zmian do części normatywnej rozporządzenia, ale uszczegółowienie w zakresie załączników odnoszących się do kwestii bezpieczeństwa zgłaszanych nanomateriałów. Z kolei CLP zawiera ujednolicone zasady informowania, znakowania oraz klasyfikacji chemikaliów. Od 1 czerwca 2015 roku obowiązuje dyrektywa Seveso III[34] zwiększająca nacisk na konieczność informowania społeczeństwa o rozpowszechnianych substancjach niebezpiecznych. Jeśli w spisie takich substancji znajdą się nanomateriały, dyrektywa będzie mogła tworzyć regulacje w zakresie nanoskali[35].

Wytyczne dotyczące nanomateriałów są zawarte także w regulacjach sektorowych: rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 334/2014 z dnia 11 marca 2014 r. w sprawie udostępniania na rynku i stosowania produktów biobójczych[36], rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1223/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. dotyczące produktów kosmetycznych[37], rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2283 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie nowej żywności[38], rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1333/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie dodatków do żywności[39] oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych[40]. W zakresie ochrony środowiska funkcjonują regulacje prawne, które nie odnoszą się obecnie bezpośrednio do nanomateriałów: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE w sprawie emisji przemysłowych - IED[41], dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 200/60/WE ustanawiająca ramy wspólnotowego działania w dziedzinie

---

[33] Rozporządzenie (WE) nr 1272/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie klasyfikacji, oznakowania i pakowania substancji i mieszanin, (Dz. U. L. 353 z 31.12.2008).

[34] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/18/UE z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie kontroli zagrożeń poważnymi awariami związanymi z substancjami niebezpiecznymi, zmieniająca, a następnie uchylająca dyrektywę Rady 96/82/WE, (DZ. U. L. 197 z 24.7.2012).

[35] A. Baran, Aspekty…, op. cit., s. 30-33.

[36] Dz. U. L. 103 z 5.4.2014.

[37] Dz. U. L. 342 z 22.12.2009.

[38] Dz. U. L. 327 z 11.12.2015.

[39] Dz. U. L. 354 z 31.12.2008.

[40] Dz. U. L. 117 z 5.5.2017.

[41] Dz. u. L. 334 z 17.12.2010.

polityki wodnej[42] oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE w sprawie odpadów[43].

Regulacje prawne dotyczące produkcji i wprowadzania do obrotu materiałów i wyrobów z tworzyw polimerowych przeznaczonych do kontaktu z żywnością, w tym szczegółowe wymogi odnoszące się do substancji w postaci nanomateriału stosowanych w produkcji materiałów i wyrobów z tworzyw polimerowych, są zawarte w rozporządzeniu (UE) nr 2018/79[44]. Dotychczas w unijnym wykazie substancji dozwolonych do kontaktu z żywnością znajduje się siedem substancji w postaci nanomateriału. Aby zminimalizować zagrożenie wynikające z ich stosowania są one indywidualnie objęte naukową oceną ryzyka realizowaną przez Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności (*EFSA - European Food Safety Authority*). Aktualizację wytycznych na podstawie doświadczenia i zdobywanej wiedzy zawiera raport „*Annual report of the EFSA Scientific Network of Risk Assessment of Nanotechnologies in Food and Feed for 2015*"[45].

Używanie odzieży i tekstyliów o unikalnych właściwościach, uzyskanych z wykorzystaniem nanotechnologii powinno chronić zdrowie i bezpieczeństwo konsumentów. Rozporządzenie 1007/2011[46], które jest stosowane w odniesieniu do odzieży i tekstyliów ma na celu zapewnienie bezpiecznego stosowania tych innowacyjnych produktów. Etykietowanie nanomateriałów zawartych w odzieży i tekstyliach, szczegółowe opisy nanoproduktów, również na platformach internetowych to działania, które należy wykorzystywać w celu poprawy wiedzy konsumentów na temat właściwości nanomateriałów, tak aby decyzja o zakupie nanoproduktów była dobrze przemyślana i świadoma[47].

Niepewna sytuacja legislacyjna branży wynika z mało konkretnych regulacji obowiązujących w prawie unijnym. Nanomateriały jako substancje chemiczne muszą być rejestrowane centralnie (REACH), jednak niektóre kraje członkowskie (Dania, Francja, Belgia) tworzą własne, wewnętrzne procedury i programy

---

[42] Dz. U. L. 327 z 22.12.2000.

[43] Dz. U. L. 312 z 22.11.2008.

[44] Rozporządzenie Komisji (UE) 2018/79 z dnia 18 stycznia 2018 r. zmieniające rozporządzenie (UE) nr 10/2011 w sprawie materiałów i wyrobów z tworzyw sztucznych przeznaczonych do kontaktu z żywnością, (Dz. U. L. 14 z 19.1.2018).

[45] M. Jurewicz, Uregulowania prawne wykorzystania nanotechnologii w produkcji materiałów i wyrobów z tworzyw polimerowych przeznaczonych do kontaktu z żywnością, „Polimery", 2 (2017) 62, s. 146.

[46] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1007/2011 z dnia 27 września 2011 r. w sprawie nazewnictwa włókien tekstylnych oraz etykietowania i oznakowywania składu surowcowego wyrobów włókienniczych, (Dz. U. L. 272 z 18.10.2011).

[47] M. Jurewicz, Uregulowania prawne wykorzystania nanotechnologii w produkcji odzieży i tekstyliów, „Przegląd Włókienniczy – Włókno, Odzież, Skóra", 5 (2016), s. 29-32.

– również o charakterze prewencyjnym. Zwracają uwagę na potrzebę stosowania *soft law* jako podwalinę do przyszłych, twardych regulacji w dziedzinie nanotechnologii. Współcześnie realizowane są programy zbierające informacje o ewentualnych zagrożeniach i ocenie ryzyka: w USA w Agencji Ochrony Środowiska (*EPA - Environmental Protection Agency*) – *Nanoscale Program Stewardship*, w Wielkiej Brytanii w Departamencie Środowiska, Żywności i Spraw Wsi. Ważną rolę w procesie wdrażania przepisów w zakresie nanotechnologii odgrywają Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju – ocena ryzyka, baza danych wytwarzanych nanomateriałów, Międzynarodowa Organizacja Normalizacyjna oraz Europejska Agencja Chemikaliów (*ECHA – European Chemicals Agency*) udzielająca wsparcia przedsiębiorcom w ramach Centrum Informacyjnego[48].

Podsumowanie

Nanotechnologia to obecnie jedna z najbardziej dynamicznie rozwijających się dziedzin uważana za wyznacznik innowacyjności. Produkty wytworzone za pomocą tej technologii zyskują uznanie na całym świecie w szerokim aspekcie zastosowań. Jednak coraz częściej pojawiają się pytania dotyczące bezpieczeństwa długofalowego związanego z ich użytkowaniem. Warto zwrócić uwagę na badania oraz analizy ryzyka całego cyklu życia nanomateriałów w kontekście zarówno ochrony środowiska naturalnego jak i zdrowia publicznego konsumentów. Niekontrolowane uwalnianie do środowiska może wywoływać interakcje synergiczne zmieniające charakterystykę nanostruktur w zakresie toksyczności. Wnikając do organizmów ulegają nieokreślonej kumulacji oraz wpływają na przebieg procesów biochemicznych co w konsekwencji prowadzi do zaburzenia prawidłowego funkcjonowania. Brak w pełni zwalidowanych, dostępnych metod badawczych potwierdzających bezpieczeństwo nanoproduktów utrudnia komercjalizację innowacyjnych osiągnięć. Zaburzona strategia oceny ryzyka zagrożeń nanostrukturami z powodu zróżnicowanych zmian właściwości w porównaniu do materiału macierzystego tłumi innowacyjny potencjał nowych rozwiązań.

Szybki, dynamiczny rozwój nanotechnologii obejmujący różnorodne dziedziny życia stwarza problem ze wzrastającą liczbą nanoodpadów i jednoczesnym brakiem wdrożonych metod utylizacji. Konieczne wydaje się opracowanie kompletnego zbioru przepisów prawnych dotyczących uwalniania nanozanieczyszczeń. Wiele aspektów związanych z produkcją oraz rozpowszechnianiem

[48] A. Baran, Aspekty…, op. cit., s. 37-38.

czy utylizacją wymaga uszczegółowienia, aby zmniejszyć potencjalne narażenie oraz umożliwić właściwy dobór metod badania ewentualnych zagrożeń. Gospodarka odpadami wymaga szczególnej uwagi w zakresie zagospodarowania nanodpadów stanowiących potencjalne zagrożenie dla zdrowia ludzi i środowiska. Nie można jednoznacznie stwierdzić, że ryzyko związane ze stosowaniem rozwiązań nanotechnologicznych jest większe w porównaniu z macierzystymi materiałami konwencjonalnymi, które występują w środowisku czy miejscach pracy w ilościach masowych. Ważnym kierunkiem współczesnych i przyszłych badań powinny być losy NM w złożonych matrycach odpadów i opracowanie dokładnych metod analizy, oceny i monitorowania nanoodpadów w środowisku oraz ram strategicznych pozwalających zdefiniować charakter zagrożeń związanych z nanotechnologią.

Bibliografia

Akty prawne

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/60/WE ustanawiająca ramy wspólnotowego działania w dziedzinie polityki wodnej, (Dz. U. L. 327 z 22.12.2000).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE w sprawie odpadów, (Dz. U. L. 312 z 22.11.2008).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE w sprawie emisji przemysłowych – IED, (Dz. U. L. 334 z 17.12.2010).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/18/UE z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie kontroli zagrożeń poważnymi awariami związanymi z substancjami niebezpiecznymi, zmieniająca, a następnie uchylająca dyrektywę Rady 96/82/WE, (DZ. U. L. 197 z 24.7.2012).

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 24 kwietnia 2009 r. w sprawie aspektów regulacyjnych nanomateriałów (2008/2208(INI)), (2010/C 184 E/18), s. 82–89, [z:] https://eur-lex.europa.eu, z dnia 19.07.2018.

Rozporządzenie (WE) nr 1907/2006 z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH), (Dz. U. L. 136 z 29.5.2007).

Rozporządzenie (WE) nr 1272/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie klasyfikacji, oznakowania i pakowania substancji i mieszanin, (Dz. U. L. 353 z 31.12.2008).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1333/2008 z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie dodatków do żywności (Dz. U. L. 354 z 31.12.2008).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1223/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. dotyczące produktów kosmetycznych, (Dz. U. L. 342 z 22.12.2009).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1007/2011 z dnia 27 września 2011 r. w sprawie nazewnictwa włókien tekstylnych oraz etykietowania i oznakowywania składu surowcowego wyrobów włókienniczych, (Dz. U. L. 272 z 18.10.2011).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 334/2014 z dnia 11 marca 2014 r. w sprawie udostępniania na rynku i stosowania produktów biobójczych, (Dz. U. L. 103 z 5.4.2014).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2283 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie nowej żywności (Dz. U. L. 327 z 11.12.2015).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, (Dz. U. L. 117 z 5.5.2017).

Rozporządzenie Komisji (UE) 2018/79 z dnia 18 stycznia 2018 r. zmieniające rozporządzenie (UE) nr 10/2011 w sprawie materiałów i wyrobów z tworzyw sztucznych przeznaczonych do kontaktu z żywnością, (Dz. U. L. 14 z 19.1.2018).

Komunikat Komisji Europejskiej „Aspekty regulacyjne nanomateriałów", KOM (2008) 366 z 17.06.2008.

Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego, Drugi przegląd regulacyjny poświęcony nanomateriałom, Bruksela 2012, SWD (2012) 288 final, [z:] https://ec.europa.eu, z dnia 19.07.2018.

Zalecenia Komisji 2011/696/UE z dnia 18 października 2011 r. dotyczącego definicji nanomateriału, (Dz.U. L 275 z 20.10.2011, s. 38).

Literatura

Baran A., Prawne aspekty nanotechnologii w kontekście ochrony środowiska, „Ekonomia i Środowisko", 1 (2015) 52, s. 29-39.

Gao X., Lowry G. V., Progress towards standardized and validated characterizations for measuring physicochemical properties of manufactured nanomaterials relevant to nano health and safety risks, „NanoImpact", 9 (2018), s. 14-30.

Godlewski J., Nanotechnologia – nauka i technologia na dziś oraz jutro, „Pismo PG", 5 (2010), s. 9-10.

https://cordis.europa.eu/news/rcn/36090_pl.html, z dnia 19.07.2018.

Jurewicz M., Prawne aspekty wykorzystywania nanotechnologii w środkach ochrony roślin, „Administracja i Zarządzanie", 39 (2017) 112, s. 110.

Jurewicz M., Rutkowska-Sowa M., „Prawo a nanotechnologia. Komercjalizacja wyników badań naukowych z zakresu nanotechnologii", Presscom, Warszawa 2016, s. 1-132.

Jurewicz M., Uregulowania prawne wykorzystania nanotechnologii w produkcji materiałów i wyrobów z tworzyw polimerowych przeznaczonych do kontaktu z żywnością, „Polimery", 2 (2017) 62, s. 146.

Jurewicz M., Uregulowania prawne wykorzystania nanotechnologii w produkcji odzieży i tekstyliów, „Przegląd Włókienniczy – Włókno, Odzież, Skóra", 5 (2016), s. 29-32.

Karwowska E., Miaśkiewicz-Pęska E., Załęska-Radziwiłł M., Wpływ nanoproduktów na wybrane organizmy - ocena ekotoksykologiczna, „Inżynieria i ochrona środowiska", 1 (2015) 18, s. 116.

Kuhlbusch T. A.J., Wijnhoven S. W.P., Haase A., Nanomaterial exposures for worker, consumer and the general public, „NanoImpact", 10 (2018), s. 11-25.

Langauer-Lewowicka H., Pawlas K., Nanocząstki, nanotechnologia – potencjalne zagrożenia środowiskowe i zawodowe, „Medycyna środowiskowa", 2 (2014) 17, s. 7.

Madeła M., Neczaj E., Grosser A., Fate of Engineered Nanoparticles in Wastewater Treatment Plant, „Engineering and Protection of Environment", 4 (2016) 19, s. 578, 584.

Maliszewska-Mazur M., Nanotechnologia – nowe wyzwania, nowe możliwości i nowe problemy, „Ochrona środowiska i zasobów naturalnych", 45 (2010), s. 153.

Mrowiec B., Kierunki i możliwości bezpiecznej gospodarki nanoodpadami, „Chemik", 10 (2016) 70, s. 593.

Mrowiec B., Nanomateriały – nowe zagrożenie dla środowiska, „Inżynieria ekologiczna", 18 (2017), s. 105.

Nowack B., Evaluation of environmental exposure models for engineered nanomaterials in a regulatory context, „NanoImpact", 8 (2017), s. 38-47.

Oomen A. G., Steinhäuser K. G., Bleeker E. A.J., van Broekhuizen F., Sips A., Dekkers S., Wijnhoven S. W.P., Sayre P. G., Risk assessment frameworks for nanomaterials: Scope, link to regulations, applicability, and outline for future directions in view of needed increase in efficiency, „NanoImpact", 9 (2018), s. 1-13.

Salieri B., Turner D. A., Nowack B., Hischier R., Life cycle assessment of manufactured nanomaterials: Where are we?, „NanoImpact", 10 (2018), s. 108-120.

Schimpel Ch., Resch S., Flament G., Carlander D., Vaquero C., Bustero I., Falk A., A methodology on how to create a real-life relevant risk profile for a given nanomaterial, „Journal of Chemical Healt and Safety", 1 (2018) 25, s. 12-23.

Shin S. W., Song I. H., Um S. H., Role of physicochemical properties in panoparticle toxicity, „Nanomaterials", 5 (2015), s. 1351–1365.

Świątek-Prokop J., Nanomateriały – zalety i zagrożenia, „Edukacja Techniczna i Informatyczna", VII (2012), s. 49-50.

www.ichp.pl/attach.php?id=1524, z dnia 17.07.2018.

Zapór L., Zagrożenia nanomateriałami w przemyśle tworzyw sztucznych, CIOP-PIB, Warszawa 2013, s. 6-15.

Streszczenie

Nanoobiekty posiadają charakterystyczne, a zarazem bardzo specyficzne cechy fizyczne, biologiczne i chemiczne ze względu na rozmiar cząstek, które je tworzą. Z punktu widzenia oceny ryzyka potencjalne uwalnianie tych cząstek w trakcie rozkładu produktów jest niezwykle istotne. Zaleca się monitorowanie losów nanoproduktów oraz przetwarzanie nanoodpadów w celu ograniczenia emisji do środowiska. Jednak brak odpowiednich narzędzi i metod badawczych w znacznym stopniu ogranicza te działania. Rozmiar cząstek w zakresie 10^{-9} m powoduje, że bez problemu mogą przenikać przez błony komórkowe prowadząc do interakcji między składnikami komórki i wywoływać trudne do oszacowania zmiany w organizmach żywych. Toksyczność związków chemicznych jest związana z ich budową, ale w przypadku nanoobiektów dużą rolę odgrywa rozmiar cząstek, który zmienia właściwości substancji macierzystej. Przeprowadzone badania *in vivo* i *in vitro* dotyczące ich toksyczności wiążą się z kontaktem krótkotrwałym, natomiast efekt środowiskowy ma charakter przewlekły. Dlatego istotne jest rozważenie potencjału ryzyka związanego z nanomateriałami. Modelowanie narażenia jest ważnym narzędziem w procesie oceny ryzyka, ponieważ może dostarczać informacji o przewidywanych stężeniach środowiskowych nawet przy braku danych analitycznych. Nanomateriały podlegają wszystkim przepisom prawnym dotyczącym substancji i mieszanin chemicznych, w tym również przepisom w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy. Niepewna sytuacja legislacyjna branży wynika z mało konkretnych regulacji obowiązujących w prawie unijnym.

SŁOWA KLUCZOWE: ekologia, nanotechnologia, nanomateriały, nanoodpady, nanoryzyko

Summary

Nanoobjects have characteristic and at the same time very specific physical, biological and chemical characteristics due to the size of the particles that make them. From the point of view of risk assessment, the potential release of these particles during the distribution of products is extremely important. It is recommended to monitor the fate of nanoproducts and the processing of nanowaste in order to reduce emissions to the environment. However, the lack of appropriate tools and research methods limits these activities to a large extent. The particle size in the range of 10^{-9} m causes that they can easily penetrate the cell membranes leading to the interaction between the cell components and induce difficult to estimate changes in living organisms. Toxicity of chemical compounds is related to their construction, but in the case of nanoobjects, the particle size that changes the properties of the parent substance plays a large role. *In vivo* and *in vitro* tests on their toxicity are associated with short-term contact, while the environmental effect is of a chronic nature. Therefore, it is important to consider the risk potential associated with nanomaterials. Exposure modeling is an important tool in the risk assessment process because it can provide information on predicted environmental concentrations even in the absence of analytical data. Nanomaterials are subject to all legal provisions regarding chemical substances and mixtures, including

health and safety regulations. The uncertain legislative situation of the industry results from the lack of specific regulations in force in EU law.

KEY WORDS: ecology, nanotechnology, nanomaterials, nanowaste, nanorisk

Autor

Agnieszka Kramek - dr, Katedra Chemii Analitycznej Środowiska, Instytut Inżynierii Środowiska KUL. Dziedziny działalności naukowej: ochrona atmosfery i wód, toksykologia, chemia środowiska.

Paulina Kowalska

Błędne pouczenie sądu o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia a brak tej informacji

Erroneous court instruction on admissibility, date and manner of lodging an appeal and lack of this information

1. Wstęp.

Informacja o terminach wniesienia środka zaskarżenia stanowi jeden z podstawowych elementów obowiązków informacyjnych sądu względem strony stronie działającej bez adwokata, radcy prawnego, rzecznika patentowego lub radcy Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa, obecnej przy ogłoszeniu wyroku. Obowiązek pouczenia strony występuje również wtedy, gdy jest ona reprezentowana przez nieprofesjonalnego pełnomocnika[1].Powyższa zasada wynika z ochrony tzn. strony słabszej postępowaniu cywilnym, a więc osoby która występuje w postępowaniu samodzielnie, nie korzystając z pomocy podmiotu zawodowo zajmującego się świadczeniem pomocy prawnej[2].

Występowanie w procesie cywilnym podmiotów bez znajomości niuansów prawa, jest nieuniknionym zjawiskiem, stanowiącym zaprzeczenie zasady równości stron procesu cywilnego. Jednak ustawodawca zdecydował się w celu

---

[1] K. Flaga-Gieruszyńska, A. Klich, M. Wojdała, *Terminy procesowe w postępowaniu cywilnym. Skutki uchybienia i przywrócenie terminy. Komentarz praktyczny z orzecznictwem i przykładami, Wzory pism procesowych*, Warszawa 2016, s. 234.

[2] Zdaniem J. Mokrego można przyjąć domniemanie, że strona procesowa niezastąpiona przez adwokata lub radcę prawnego nie zna prawa procesowego w stopniu skutecznym dla ochrony jej praw, przy czym sąd, który zna prawo (iura novit curia), powinien objaśniać je stronie tylko w razie rzeczywistej potrzeby. Zob. J. Mokry, *Czynności procesowe podmiotów dochodzących ochrony praw w postępowaniu cywilnym*, AUWr nr 225, Wrocław 1993, s. 29 i n.

stworzenia stronom równych szans procesowych wprowadzić do kodeksu postępowania cywilnego odpowiednie przepisy prawa regulujące kwestię pouczeń strony przez sąd[3]. Zagadnienie informacyjnej aktywności sądu jest ściśle powiązane z realizacją zasady równości stron sporów sądowych. Podejmowanie starań służących wzmacnianiu faktycznej pozycji stron i uczestników postępowania sądowego nie koliduje z obowiązywaniem i realizacją naczelnych zasad procesu, w tym zasady kontradyktoryjności czy zasady dyspozycyjności. Ustawodawca kreuje obowiązek sądu dostarczania stronom odpowiednich informacji, jak również udzielania różnego rodzaju pouczeń i wskazówek[4]. Pouczenia mogą mieć zarówno charakter informacyjny, jak i korygujący. Celowość ich udzielania występuje wówczas, gdy czynności w procesie podejmowane są przez osobę nieporadną lub niemającą dostatecznej znajomości prawa[5]. Sposób komunikowania informacji i przekazywania wskazówek powinien uwzględniać możliwości poznawcze strony, jej inteligencję oraz sposób zachowania, zaś stwierdzenie, że stopień jej nieporadności nie pozwala na samodzielne i racjonalne wykorzystanie udzielanych wskazówek, rodzi potrzebę zwrócenia uwagi na celowość skorzystania z pomocy fachowego pełnomocnika[6].

Zgodzić się należy ze stanowiskiem H. Pietrzkowskiego, który uważa że „obecnie regulacje odnoszące się do przysługującego stronom prawa do informacji i pouczeń oparte są na założeniu, że w relacjach obywatel – państwo nie ma miejsca na nacechowany paternalizmem stosunek petent – opiekun, lecz stosunek obywatel – instytucja publiczna, w ramach którego obywatel (strona postępowania sądowego) może uzyskać niezbędną pomoc, która jednak nie zastąpi jego własnej aktywności. Zmiana ta jest efektem wprowadzenia (...) modelu kontradyktoryjnego, w ramach którego strony prowadzą spór przed sądem, którego rolą jest bezstronna ocena rezultatów ich starań. Nie oznacza to, że strona nieobeznana z regułami, według których jej sprawa jest rozpoznawana, miałaby być pozbawiona niezbędnych informacji, których znajomość jest

---

[3] M. Borucka-Arctowa, *Poglądy na zróżnicowanie społeczne w świetle przepisów prawnych i stosowania prawa* [w:] *Poglądy społeczeństwa polskiego na stosowanie prawa*, red. Borucka-Arctowa, Wrocław 1978, s. 53.

[4] A. Jakubecki, *Naczelne zasady postępowania cywilnego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego* [w:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd Katedr Postępowania Cywilnego w Zakopanem (7–9 października 2005 r.)*, Kraków 2006, s. 349.

[5] J. Bodio [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2012, s. 39.

[6] T. Zembrzuski, *Pouczanie strony występującej w procesie cywilnym bez zawodowego pełnomocnika co do wnoszenia środków zaskarżenia* [w:] *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*, red. M Boratyska, Warszawa 2016, s. 843-844.

konieczna w celu zagwarantowania podstawowych uprawnień procesowych bądź wykonania obowiązków przewidzianych w procedurze"[7].

2. Obowiązek informacyjny Sądu

Zgodnie z art. 5 KPC., w razie uzasadnionej potrzeby sąd może udzielić stronom i uczestnikom postępowania występującym w sprawie bez adwokata, radcy prawnego, rzecznika patentowego lub radcy Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych[8]. Powyższa zasada rozwinięta została w art. 327 KPC zgodnie z którym stronie działającej bez adwokata, radcy prawnego, rzecznika patentowego lub radcy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, obecnej przy ogłoszeniu wyroku, przewodniczący udzieli wskazówek co do sposobu i terminów wniesienia środka zaskarżenia. Jeżeli zastępstwo stron przez adwokatów lub radców prawnych jest obowiązkowe, należy pouczyć stronę o treści przepisów o obowiązkowym zastępstwie oraz o skutkach niezastosowania się do tych przepisów.

Artykuł 327 § 1 KPC stanowi jednak normę szczególną w stosunku do art. 5 KPC. Obowiązek, a nie uprawnienie spoczywa na przewodniczącym[9]. Obowiązek pouczenia (udzielenia wskazówek) dotyczy tylko stron, które nie są reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników. Nadto strona niedziałająca przez profesjonalnego pełnomocnika musi być obecna przy ogłoszeniu wyroku[10]. Nieobecność strony wiąże się z utratą uprawnienia. Sąd nie ma wówczas obowiązku udzielenia stronie pouczenia przy dokonywaniu doręczania jej odpisu wyroku wraz z uzasadnieniem[11]. Nie będzie podlegał tym samym uwzględnieniu wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia środka zaskarżenia, jeżeli strona działająca bez zawodowego pełnomocnika, była nieobecna przy ogłoszeniu wyroku w znanym jej terminie publikacyjnym[12].

---

[7] H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2014, s. 58.

[8] Zob. więcej: P. Osowy, *Aktywność informacyjna sądu a ustawowe granice pomocy stronie – rozważania na tle art. 5 k.p.c.*, Rej. 2003, nr 7–8, s. 113.

[9] Zob. post. SN z 29.10.1999 r., II UKN 596/99, OSNP 2001, Nr 4, poz. 135, gdzie stwierdzono, że nie jest uzasadniony zarzut kasacyjny naruszenia przez sąd art. 5 KPC przez niepouczenie strony o trybie i sposobie wniesienia apelacji skoro pouczenie takie udzielane jest na podstawie art. 327 § 1 KPC.

[10] Por. post. SN z 18.1.2000 r., II UZ 157/99, OSNAPiUS 2001, Nr 19, poz. 605 oraz post. z 17.10.1997 r., III CZ 67/97, OSNC 1998, Nr 3, poz. 49.

[11] Post. SN z 18.01.2000 r., II UZ 157/99, OSNP 2001, nr 19, poz. 605.

[12] Post. SN z 24.11.2011 r., I UZ 42/11, Legalis, M. Jędrzejewska, K. Weitz [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze, t. I,* red. T. Ereciński, Warszawa 2012, s. 54.

Natomiast stronie działającej bez zawodowego pełnomocnika, która na skutek pozbawienia wolności była nieobecna[13] przy ogłoszeniu wyroku, sąd z urzędu w ciągu tygodnia od dnia ogłoszenia wyroku doręcza odpis jego sentencji z pouczeniem o terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia. Należy jednak zwrócić uwagę, że doręczenie odpisu orzeczenia zawierającego stosowne pouczenie jest uwarunkowane wiedzą sądu o pozbawieniu strony wolności. Nie ma przy tym znaczenia, z jakiego źródła sąd powziąłby taką wiedzę[14]. Jeżeli strona została pozbawiona wolności po zamknięciu rozprawy a przed ogłoszeniem wyroku, niezastosowanie przez sąd § 2 art. 327 KPC z uwagi na brak wiadomości o sytuacji strony, nie stanowi uchybienia. Nie jest pozbawieniem wolności w tym znaczeniu przebywanie strony wbrew jej woli np. u członka rodziny czy prywatnej osoby obcej[15].

Przytoczone powyżej przepisy KPC kreujące różnego rodzaju obowiązki informacyjne sądu i są wyrazem obowiązywania zasady równości stron[16], jak również „realizują zasadę sprawiedliwości formalnej w postępowaniu cywilnym, bez której sąd nie mógłby w praktyce dbać o równość stron"[17]. Celowość ich tworzenia i utrzymywania jest wiązana także z tzw. humanizacją procesu cywilnego[18].

Pouczenie z art. 327 KPC nie odnosi się do całego procesu, lecz ma charakter punktowy, to jednak sąd ma obligatoryjny obowiązek pouczyć osobę. Udzielenie stosownych wskazówek nie zależy w tym wypadku od oceny i zapatrywania przewodniczącego zarówno co do samej słuszności ich udzielenia, jak i zakresu pouczenia[19]. Tym samym sąd nie musi odnosić się do specyfiki konkretnej

---

[13] Obecność strony przy ogłoszeniu wyroku powinna znaleźć odzwierciedlenie w protokole ogłoszenia, chyba że ma ono miejsce bezpośrednio po zamknięciu rozprawy i po naradzie. M. Manowska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. M. Manowska, Warszawa 2013, s. 529.

[14] Post. SN z 14.5.1997 r., II UKN 107/97, OSNAPiUS 1998, Nr 6, poz. 198.

[15] Zob. M. Manowska [w:] *Kodeks...*, red. M. Manowska, s. 39.

[16] A. Góra-Błaszczykowska, *Zasada równości stron w procesie cywilnym*, Warszawa 2008, s. 177 i n.

[17] A. Zieliński, *Kształtowanie się prawa do rzetelnego procesu sądowego w sprawach cywilnych w polskim systemie prawnym* [w:] *Pro bono Reipublicae. Księga jubileuszowa Profesora Michała Pietrzaka*, red. P. Borecki, A. Czohara, T.J. Zieliński, Warszawa 2009, s. 151 i n.; A. Zieliński, *Efektywność sądowej ochrony wolności i praw jednostki w Polsce* [w:] *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010, s. 1389 i n.

[18] Zob. T. Zembrzuski, *Przyznanie prawa ubogich w postępowaniu cywilnym* [w:] *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego, t. I,* red. J. Gudowski, K. Weitz, Warszawa 2011, s. 777 i n.

[19] W orzecznictwie zwraca się jednak uwagę, że ilekroć sąd dojdzie do przekonania, że zachodzi uzasadniona potrzeba, tylekroć niezbędnych pouczeń powinien on udzielić. Zob. wyrok SN z dnia 27.09.2012 r., III CSK 13/12, LEX nr 1224681. Udzielenie pouczeń zostało uznane za obowiązek sądu w razie stwierdzenia, że zaburzenia psychiczne, na które cierpiała strona,

sprawy, cech intelektu, charakteru czy sposobu zachowania się poszczególnych uczestników postępowania[20]. Sąd nie może zrezygnować z pouczeń, nawet gdy strona, mimo braku profesjonalnego zastępstwa, dobrze radzi sobie z prowadzeniem sprawy i dokonywaniem czynności procesowych[21]. Stopień znajomości problematyki prawnej nie podlega bowiem ocenie sądu, zaś obowiązek udzielenia wskazówek istnieje w każdej sytuacji, w której strona nie jest zastępowana przez zawodowego prawnika.

3. Brak pouczenia lub błędne pouczenie

Zagadnienie skutków braku udzielenia stronie niezbędnych wskazówek lub udzielenia błędnych pouczeń w trybie art. 327 § 1 KPC wzbudza kontrowersje i spory zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie. Jednak o zaniechaniu sądu w zakresie aktywności informacyjnej można mówić tylko i wyłącznie w przypadku zaniechania pouczania, do których udzielania sąd jest zobowiązany na mocy przepisów prawa. Tym bardziej, że wadliwe zastosowanie normy z art. 327 KOC skutkować może być uchybieniem procesowym mogącym mieć wpływ na wynik sprawy. Sąd również pouczając stronę, która nie jest reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika nie może w sposób lakoniczny stwierdzić, że wyrok sądu drugiej instancji jest prawomocny, a w postępowaniu przed Sądem Najwyższym obowiązuje przymus adwokacko-radcowski (art. 327 § 1 zd. 2 w zw. art. 87^1 KPC). Po ogłoszeniu wyroku, którym oddalono apelację, należy bowiem pouczyć obecną stronę działającą bez adwokata lub radcy prawnego, co najmniej o treści art. 387 § 1 zd. 2 oraz art. 387 § 3 zd. 1 KPC. Pouczenie to powinno być odnotowane w protokole rozprawy apelacyjnej[22].

Pouczenie sądu powinno zawierać informacje o trzech aspektach czynności procesowej, tj. wymogach prawnych, skutkach podjęcia i skutkach zaniedbań w tym zakresie. Tym samym Sąd winien wskazać stronie, jaki środek prawny przysługuje jej od danego orzeczenia, w jakiej formie powinien być sporządzony, jak również do jakiego organu i w jakim terminie powinien być wniesiony.

---

uniemożliwiały jej lub utrudniały zrozumienie jej sytuacji procesowej i podjęcie racjonalnej obrony swoich praw. Zob. także wyrok SN z dnia 3.12.1997 r., I CKN 336/97, LEX nr 33300.

[20] Wyr. SN z dnia 30.06.1999 r., II UKN 21/99, OSNP 2000, nr 18, poz. 695. Zob. wyr. SN z dnia 13.05.1997 r., II UKN 100/97, OSNP 1998, nr 4, poz. 133. H. Dolecki [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2013, s. 71.

[21] A. Góra-Błaszczykowska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I*, red. A. Góra-Błaszczykowska, Warszawa 2013, s. 70.

[22] Post. SN z 14.4.2008 r., II UZ 28/07, OSNAPiUS 2009, Nr 15–16, poz. 214, s. 692.

Powyższej obejmuje orzeczenia sądu pierwszej instancji, jak i orzeczeń sądu drugiej instancji, jeżeli w sprawie przysługuje skarga kasacyjna. Pouczenie co do wniesienia środka zaskarżenia powinno zawierać jasny i zrozumiały przekaz, z którego wynika jednoznaczna informacja. Niezrozumiałe pouczenie strony może być usprawiedliwiającą przyczyną przekroczenie terminu lub wadliwego dokonania czynności procesowej[23].

Strona działająca bez profesjonalnego pełnomocnika w przypadku braku pouczenia czy też błędnego pouczenia, może w ogóle nie skorzystać z możliwości zaskarżenia orzeczenia albo też, działając w zaufaniu do organów wymiaru sprawiedliwości, wnieść środek zaskarżenia w sposób niedopuszczalny[24].

4. Stanowiska doktryny i orzecznictwa

Podkreślenia wymaga, że zaniechanie (przeoczenie), jak i pomyłka przewodniczącego (błędne pouczenie), z perspektywy możliwych następstw i konsekwencji, wpływa negatywnie na sytuację procesową strony[25]. Jednak w doktrynie istnieją dwa przeciwstawne stanowiska odnoszące się do skutków błędnego pouczenia czy też braku pouczenia. Chociaż w doktrynie pojawiają się zdania próbujące odróżnić błędne pouczenie stron przez sąd od jego braku to jednak takie rozróżnienie należy zakwestionować. W obu bowiem sytuacjach mamy do czynienia z uchybieniem sądu podważającym zaufanie do organów wymiaru sprawiedliwości[26].

Zgodnie z pierwszym stanowiskiem brak pouczenia o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia, a więc także obowiązku jego opłacenia, powoduje, że termin do wniesienia środka prawnego nie rozpoczyna biegu[27]. Podkreślenia wymaga, że prawidłowa realizacja normy zawartej w art. 327 KPC

---

[23] M. Manowska [w:] *Kodeks...*, red. M. Manowska, s. 529. Por. także A. Jakubecki [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2013, s. 1049.

[24] A. Łazarska, *Zaufanie jako kategoria prawna w procesie cywilnym*, Polski Proces Cywilny 2011, nr 2, s. 22.

[25] T. Zembrzuski, *Pouczanie strony …*, s. 845-850.

[26] Zob. więcej P. Rylski, *Wpływ braku pouczenia lub wadliwego pouczenia strony działającej bez fachowego pełnomocnika na bieg terminu do wniesienia środka zaskarżenia*, Pal. 2012, nr 7–8, s. 116 i n.

[27] Uchwała SN z dnia 22.11.2011 r III CZP 38/11, OSNC 2012, Nr 5, poz. 56, inne orzecznictwo zob. uchwały SN: z dnia 3.05.1966 r., III CO 12/66 OSNCP 1966, nr 11, poz. 182 , uchwała Izby Cywilnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 6.03.1972 r., III CZP 27/71 OSNC 1973, nr 1, poz. 1, OSNP 1998, nr 11, poz.333.

przez wskazanie dalszej, możliwej do skorzystania drogi prawnej, stanowi ważną informację, z której może skorzystać strona nieobeznana z przepisami kodeksu[28]. Strona nie powinna tym samym ponosić niekorzystnych skutków procesowych wadliwego pouczenia przez przewodniczącego lub też jego braku[29]. Nadto mając na uwadze postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 1997 r., wskazać należy, że terminy ustawowe i sądowe nie mogą rozpocząć biegu, jeżeli sąd nie wskaże stronie ich długości[30].

Mając natomiast na uwadze postanowienie SN z dnia 12 lutego 2010 roku stwierdzić należy, że jeżeli skarżący dochował terminu wymaganego dla środka zaskarżenia, dostosowanego do przyjętej przez sąd niewłaściwej formy orzeczenia, to nie można tego środka odrzucić, jako spóźnionego, mimo że zostanie ostatecznie rozpoznany jako inny rodzaj środka odwoławczego limitowany innymi terminami[31]. Nadto w razie doręczenia pozwanemu działającemu bez zawodowego pełnomocnika odpisu nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym z pouczeniem jedynie o możliwości i terminie wniesienia sprzeciwu, nie jest dopuszczalne odrzucenie, z powodu niezachowania terminu, zażalenia na rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zawarte w nakazie, wniesionego w terminie przewidzianym dla sprzeciwu[32]. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Sądu Najwyższego zawartym w uchwale z dnia 6 marca 1972 roku, zgodnie z którą „nie można wymagać od strony kontroli prawidłowości formy orzeczenia, zwłaszcza gdy stosownie do nakazu wypływającego z art. 327 KPC przewodniczący udzielił jej w tym kierunku wskazówek co do sposobu i terminu wniesienia środka odwoławczego, nie można także dopuścić, aby strona miała ponieść ujemne konsekwencje omyłki sądu"[33].

Natomiast zgodnie z drugim stanowiskiem uchybienie obowiązkowi sądu nie może być łączone z modyfikowaniem terminów ustawowych. Błędne pouczenie sądu nie może zatem prowadzić do wstrzymania ani do przedłużenia terminu do wniesienia środka zaskarżenia. Uchybienie takie godzi wprawdzie w powagę

---

[28] A. Góra-Błaszczykowska, *Zasada równości stron w aspekcie...*, s. 95.

[29] Jednak błędne pouczenie profesjonalnego pełnomocnika przez sąd nie zwalnia od obowiązku wniesienia środka odwoławczego wymaganego przez przepisy ustawy i w terminach ustawowych. por. post. SN z 1.12.1998 r., III CZ 143/98, Legalis.

[30] Post. SN z dnia 13.02.1997 r., I CKN 73/96 LEX nr 50572.

[31] Post. SN z dnia 12.02.2010 r. I CZ 116/09, LEX nr 1331258.

[32] Post. SN z dnia 17.11.2009 r. II CZ 93/09, LEX nr 553677.

[33] Uchwała połączonych Izb: Cywilnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z dnia 6.03.1972 r., III CZP 27/71, OSNP 1973, nr 1, poz. 1; post. SN z dnia 24.06.1976 r., II CZ 23/76, OSNP 1977, nr 3, poz. 51; uchwała SN z dnia 6.09.1994 r., III CZP 101/94, OSNC 1995, nr 2, poz. 24.

sądu, lecz nie stanowi przyczyny nieważności postępowania[34]. Wadliwe pouczenie lub jego brak w żaden sposób nie dyskwalifikuje dokonanego doręczenia. Ogłoszenie lub doręczenie orzeczenia oraz pouczenie odnoszące się do wniesienia środka zaskarżenia są bowiem osobnymi czynnościami procesowymi[35].

Zwolennicy tego stanowiska podkreślają, że strona zachowująca choćby minimum staranności w życiowo ważnych dla niej sprawach powinna sama poszukiwać stosownych, łatwo dostępnych, informacji[36]. Tym samym uchybienie sądu nie może stanowić przesłanki przedłużenia terminu ustawowego[37]. Organ sądowy nie może zatem, choćby pośrednio, oddziaływać na bieg terminu w postępowaniu cywilnym[38]. Wadliwość czynności pouczenia strony może wiązać się z utratą prawa do wniesienia przysługującego środka prawnego wskutek pomyłki sądu. Skoro czynność zaskarżenia nie podlega modyfikacji, to spóźniony lub wadliwy środek odwoławczy podlega odrzuceniu[39]. Strona może jednak wnosić o przywrócenie terminu do wniesienia środka zaskarżenia[40]. Zgodnie z innym orzeczeniem Sądu Najwyższego zakresem pouczenia, jakiego sąd udziela doręczając pozwanemu nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym w sprawie gospodarczej, powinna być objęta także informacja o obowiązku wynikającym z art. 130^2 § 3 i 4 zdanie pierwsze KPC i skutku jego niewykonania. Brak takiego pouczenia nie stanowi przeszkody do odrzucenia zarzutów od nakazu zapłaty z powodu ich nieopłacenia[41].

Powyższe dwa odmienne stanowiska orzecznictwa i doktryny rozstrzygnął Sąd Najwyższy w uchwale połączonych Izb – Izby Cywilnej oraz Izby Pracy, Ubezpieczeń i Spraw Publicznych z dnia 22 listopada 2011 r stwierdzając, że niepouczenie lub błędne pouczenie strony działającej bez adwokata, radcy

---

[34] Takie stanowisko wyrażone zostało w postanowieniach SN: z dnia 5.09.1997 r., III CKN 389/97, LEX nr 50531., z dnia 19.12.1997 r., II CZ 149/97, LEX nr 50616, z dnia 30.09.1998 r., I CKN 375/98, LEX nr 351191, z dnia 4.11.1998 r., I CKN 740/98, niepub., z dnia 5.08.1999 r., II CKN 342/99, LEX nr 351193, z dnia 11.03. 2003 r., V CZ 16/03, LEX nr 351197, z dnia 19.08. 2004 r., V CZ 79/04, LEX nr 351195, z dnia 18.01.2006 r., II PZ 62/05, niepub., uchwały SN z dnia 16.05.2007 r., III CZP 34/07, OSNC 2008, nr 7–8, poz. 71, z glosą E. Tomaszewskiej, SIP Lex Omega, postanowienia SN: z dnia 22.07.2010 r., I CZ 53/10, LEX nr 1375318, z dnia 25.08.2010 r., II UZ 16/10, LEX nr 661529.

[35] E. Wengerek, *Problem ustności i pisemności postępowania cywilnego*, NP 1970, nr 10, s. 1397.

[36] Post. SN z dnia 18.01.2000 r., II UZ 157/99, OSNP 2001, nr 19, poz. 605.

[37] Post. SN z dnia 11.03.2003 r. V CZ 16/03, LEX nr 351197.

[38] A. Jakubecki [w:] *Kodeks...,* red. A. Jaubecki, s. 1049; A. Góra-Błaszczykowska [w:] *Kodeks..., t. I*, red. A. Góra-Błaszczykowska, s. 713.

[39] S. Cieślak*, Zasada formalizmu przy wnoszeniu środków odwoławczych w postępowaniu cywilnym*, PS 2001, nr 4, s. 46.

[40] P. Rylski, *Wpływ...*, s. 116.

[41] Uchwała SN z dnia 16.05.2007 r., III CZP 34/07, LEX nr 258515.

prawnego lub rzecznika patentowego o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia nie ma wpływu na rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia tego środka. Tym bardziej, że termin do wniesienia środka zaskarżenia jest terminem ustawowym; nie może on zostać skrócony ani wydłużony na podstawie decyzji organu procesowego lub w drodze czynności strony. Sąd Najwyższy podkreślił, że zarówno początek, jak i koniec biegu terminu ustawowego powinien wynikać wyłącznie z przepisów ustawy. Zarówno terminowość, jak i forma dokonania czynności procesowej, jest jednym z warunków wywołania przewidzianych prawem skutków[42].

Sąd w orzeczeniu podkreślił, że wniesienie środka zaskarżenia po upływie ustawowego terminu powoduje na mocy art. 167 KPC bezskuteczność tej czynności procesowej. O wystąpieniu tego skutku decyduje wyłącznie chwila faktycznego dokonania czynności procesowej; następuje on samoistnie, choćby strona dokonała spóźnionej czynności procesowej z powodu niepouczenia lub błędnego pouczenia przez sąd. Czynność zaskarżenia nie może ulec już konwalidacji, środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia podlega więc odrzuceniu[43].

Jednak nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, że złe pouczenie albo brak pouczenia o środku zaskarżenia orzeczenia nie ma wpływu na termin zaskarżenia tego orzeczenia. Zwrócić należy uwagę na cel wprowadzenia regulacji pouczenia z art. 327 KPC, zgodnie z którym strona winna wiedzieć jak i kiedy może odwołać się do niekorzystnego dla niej rozstrzygnięcia. W przypadku błędnego pouczenia strona traci prawo do wniesienia środka odwoławczego. Mając na uwadze powyższą uchwałę Sądu to uznać należy, że komentowany przepis jest zbędny, bowiem lepiej już nie pouczać stronę – niż zrobić to błędnie. Nadto w takim wypadku strona niech sama doczyta w ustawie czy komentarzy jaki środek prawny przysługuje jej od danego orzeczenia, w jakiej formie powinien być sporządzony, jak również do jakiego organu i w jakim terminie powinien być wniesiony. Wykładnia art. 327 KPC przez Sąd Najwyższy prowadzi do sankcjonowania szkodliwego dla strony braku wiedzy o prawidłowym sposobie zaskarżania orzeczenia, a tym samym w całości obala sens tego przepisu.

---

[42] Uchwała SN z dnia 22.11.2011 r., III CZP 38/11, OSNC 2012, nr 5, poz. 56, postanowienie SN z dnia 21.11.2013 r., III CZ 53/13, niepubl.

[43] Ibidem.

5. Podsumowanie

Jakkolwiek w praktyce sądowej sporadyczne uchybienia czy przeoczenia sądu w zakresie powinności udzielania pouczeń i wskazówek są nieuniknione, to należy mieć na względzie, że nieudzielane lub wadliwie udzielane przez sąd pouczenia, niezależnie od negatywnej oceny tego zjawiska, nigdy nie powinny wobec strony wywoływać negatywnych skutków procesowych. Jednak w nowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje stanowisko, zgodnie z którym brak pouczenia bądź błędne pouczenie dotyczące środka zaskarżenia nie usprawiedliwia nadania biegu środkowi prawnemu złożonemu po terminie, może natomiast stanowić istotny argument przy rozpoznawaniu wniosku o przywrócenie terminu do jego wniesienia. Na jego uzasadnienie podnosi się, że warunkiem rozpoczęcia biegu terminu do zaskarżenia orzeczenia jest skuteczne jego doręczenie, nie zaś zakres, prawidłowość, czy też wadliwość udzielonego przez sąd pouczenia co do terminu i sposobu jego wniesienia, obejmującego także informację dotyczącą obowiązku uiszczenia opłaty sądowej.

Bibliografia

Orzecznictwo

Uchw. SN: z dnia 3.05.1966 r., III CO 12/66 OSNCP 1966, nr 11, poz. 182

Uchw. SN Izby Cywilnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 6.03.1972 r., III CZP 27/71 OSNC 1973, nr 1, poz. 1, OSNP 1998, nr 11, poz.333

Uchw. SN z dnia 6.09.1994 r., III CZP 101/94, OSNC 1995, nr 2, poz. 24

Uchw. SN z dnia 16.05.2007 r., III CZP 34/07, OSNC 2008, nr 7–8, poz. 71

Uchw. SN z dnia 22.11.2011 r III CZP 38/11, OSNC 2012, Nr 5, poz. 56

Wyr. SN z dnia 13.05.1997 r., II UKN 100/97, OSNP 1998, nr 4, poz. 133., s. 71.

Wyr. SN z dnia 3.12.1997 r., I CKN 336/97, LEX nr 33300

Wyr. SN z dnia 30.06.1999 r., II UKN 21/99, OSNP 2000, nr 18, poz. 695.

Wyr. SN z dnia 27.09.2012 r., III CSK 13/12, LEX nr 1224681

Post. SN z 24.06.1976 r., II CZ 23/76, OSNP 1977, nr 3, poz. 51

Post. SN z 13.02.1997 r., I CKN 73/96 LEX nr 50572

Post. SN z 14.5.1997 r., II UKN 107/97, OSNAPiUS 1998, Nr 6, poz. 198

Post. SN z 5.09.1997 r., III CKN 389/97, LEX nr 50531

Post. SN z 17.10.1997 r., III CZ 67/97, OSNC 1998, Nr 3, poz. 49

Post. SN z 19.12.1997 r., II CZ 149/97, LEX nr 50616

Post. SN z 4.11.1998 r., I CKN 740/98, niepub.

Post. SN z 30.09.1998 r., I CKN 375/98, LEX nr 351191

Post. SN z 1.12.1998 r., III CZ 143/98, Legalis

Post. SN z 5.08.1999 r., II CKN 342/99, LEX nr 351193
Post. SN z 29.10.1999 r., II UKN 596/99, OSNP 2001, Nr 4, poz. 135
Post. SN z 18.01.2000 r., II UZ 157/99, OSNP 2001, nr 19, poz. 605.
Post. SN z 11.03.2003 r. V CZ 16/03, LEX nr 351197
Post. SN z 19.08. 2004 r., V CZ 79/04, LEX nr 351195
Post. SN z 18.01.2006 r., II PZ 62/05, niepub.
Post. SN z 14.4.2008 r., II UZ 28/07, OSNAPiUS 2009, Nr 15–16, poz. 214, s. 692
Post. SN z 17.11.2009 r. II CZ 93/09, LEX nr 553677
Post. SN z 12.02.2010 r. I CZ 116/09, LEX nr 1331258
Post. SN z 22.07.2010 r., I CZ 53/10, LEX nr 1375318,
post. SN z 25.08.2010 r., II UZ 16/10, LEX nr 661529
Post. SN z 24.11.2011 r., I UZ 42/11, Legalis, , s. 54
Post. SN z 21.11.2013 r., III CZ 53/13, niepubl

Literatura

J. Bodio., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2012.

M. Borucka-Arctowa., *Poglądy na zróżnicowanie społeczne w świetle przepisów prawnych i stosowania prawa* [w:] *Poglądy społeczeństwa polskiego na stosowanie prawa*, red M. Borucka-Arctowa, Wrocław 1978.

S. Cieślak., *Zasada formalizmu przy wnoszeniu środków odwoławczych w postępowaniu cywilnym*, PS 2001, nr 4.

H. Dolecki., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I*, red. Dolecki H., Wiśniewski T., Warszawa 2013.

K. Flaga-Gieruszyńska., A. Klich., M. Wojdała., *Terminy procesowe w postępowaniu cywilnym. Skutki uchybienia i przywrócenie terminy. Komentarz praktyczny z orzecznictwem i przykładami, Wzory pism procesowych*, Warszawa 2016.

A. Góra-Błaszczykowska., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I*, red. A. Góra-Błaszczykowska., Warszawa 2013.

A. Góra-Błaszczykowska., *Zasada równości stron w procesie cywilnym*, Warszawa 2008.

A. Jakubecki., *Naczelne zasady postępowania cywilnego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego* [w:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd Katedr Postępowania Cywilnego w Zakopanem (7–9 października 2005 r.)*, Kraków 2006.

A. Jakubecki., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I,* red. H. Dolecki., T. Wiśniewski., Warszawa 2013.

M. Jędrzejewska., K. Weitz., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze, t. I,* red. T. Ereciński, Warszawa 2012.

A. Łazarska., *Zaufanie jako kategoria prawna w procesie cywilnym*, Polski Proces Cywilny 2011, nr 2.

P. Osowy., *Aktywność informacyjna sądu a ustawowe granice pomocy stronie – rozważania na tle art. 5 k.p.c.*, Rej. 2003, nr 7–8.

M. Manowska., [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. M. Manowska., Warszawa 2013.

J. Mokry., *Czynności procesowe podmiotów dochodzących ochrony praw w postępowaniu cywilnym,* AUWr nr 225, Wrocław 1993.

H. Pietrzkowski., *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2014.

P. Rylski., *Wpływ braku pouczenia lub wadliwego pouczenia strony działającej bez fachowego pełnomocnika na bieg terminu do wniesienia środka zaskarżenia*, Pal. 2012, nr 7–8.

T. Zembrzuski., *Pouczanie strony występującej w procesie cywilnym bez zawodowego pełnomocnika co do wnoszenia środków zaskarżenia* [w:] *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu,* red. M. Boratyska Warszawa 2016.

T. Zembrzuski., *Przyznanie prawa ubogich w postępowaniu cywilnym* [w:] *Aurea praxis. Aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. I, red. J. Gudowski., K Weitz., Warszawa 2011.

A. Zieliński., *Kształtowanie się prawa do rzetelnego procesu sądowego w sprawach cywilnych w polskim systemie prawnym* [w:] *Pro bono Reipublicae. Księga jubileuszowa Profesora Michała Pietrzaka*, red. P. Borecki, A. Czohara, T.J. Zieliński, Warszawa 2009.

A. Zieliński., *Efektywność sądowej ochrony wolności i praw jednostki w Polsce (w:) Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010.

E. Wengerek*., Problem ustności i pisemności postępowania cywilnego*, NP 1970, nr 10.

Streszczenie

W doktrynie i orzecznictwie istnieją dwa rozbieżne stanowiska dotyczące zagadnienia czy brak lub też błędne pouczenie przez sąd strony postępowania działającej bez profesjonalnego pełnomocnika o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia, a także obowiązku jego opłacenia, jaki wywołuje skutek procesowy. Czy powoduje, że termin do wniesienia środka prawnego rozpoczął bieg, czy też wręcz przeciwnie. Według pierwszego poglądu termin do dokonania czynności, jako że ma charakter ustawowy, nie ulega przedłużeniu, natomiast strona może złożyć wniosek o jego przywrócenie powołując się na usprawiedliwioną przyczynę jego niedochowania w postaci działania w zaufaniu do udzielonego jej pouczenia. Natomiast zgodnie z drugim stanowiskiem brak pouczenia powoduje, że nie rozpoczyna się biegu terminu

do wniesienia środka zaskarżenia. Natomiast w przypadku wadliwego pouczenia wynikającego z przyjętej przez sąd nieprawidłowej formy orzeczenia (wyroku zamiast postanowienia) i w związku z tym udzielania informacji o innym niż stosowny środku odwoławczym, powoduje, że czynność dokonana w terminie wynikającym z tego pouczenia dokonana jest skutecznie.

SŁOWA KLUCZOWE: pouczenie sądu, błędne pouczenia, brak pouczenia

Summary

In the doctrine and jurisprudence, there are two divergent positions regarding the issue of whether or not the court instructs the party acting without a professional attorney about admissibility, time and manner of bringing an appeal, and the obligation to pay it, which triggers the procedural effect. Does it cause the deadline for bringing a legal measure to start running, or just the opposite? According to the first view, the deadline for performing an act, as it is statutory, does not extend, whereas a party may submit a request for its restoration referring to the justified reason for his failure to act in the form of trust in the instruction given to her. On the other hand, according to the second position, the lack of instruction means that the deadline for lodging an appeal does not start running. However, in the event of a defective instruction resulting from an incorrect form of a decision adopted by a court (instead of an order) and in connection with that information other than an appropriate remedy, it makes the action carried out in a timely manner resulting from this instruction effectively.

KEYWORDS: instruction of the court, erroneous instructions, lack of instruction

Autor

Paulina Kowalska - studentka prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego; praktykantka w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. Obszary zainteresowań: prawo cywilne, nauki polityczne, literatura.

Iwo Jarosz

Krytyka instytucji kapitału zakładowego a Projekt Societas Unius Personae

Critical approaches to share capital and the draft Societas Unius Personae Regulations

1. Wstęp

Toczące się od wielu lat w państwach europejskich – także w Polsce[1] – dyskusje dotyczące kapitału zakładowego w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością za przedmiot mają nie tylko jej kształt tej instytucji, ale samą celowość jej istnienia. W wielu systemach spory te znalazły swoje odbicie w ustawodawstwie. Dokonano tam liberalizacji wymogów odnoszących się do kapitału zakładowego, w niektórych przypadkach rezygnując nawet w ogóle z minimalnego kapitału zakładowego[2]. W Polsce kwestia ta nie wyszła poza etap, nader interesujących, dyskusji doktrynalnych.

W prawie europejskim problematyka regulacji kapitału zakładowego zaktualizowała się na gruncie proponowanych przepisów dotyczących spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. Projekt rozporządzenia w sprawie Europejskiej

---

[1] Projekt nowelizacji kodeksu spółek handlowych opublikowany w Przeglądzie Prawa Handlowego (*Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, PPH 2010, nr 12, s. 5 i n.) oraz następująca po nim dyskusja na łamach tego czasopisma. Por. także: A. Radwan, *Sens i nonsens kapitału zakładowego - przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, [w:] M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Europejskie prawo spółek. t. II. Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej, Kraków 2005 , s. 59.

[2] A. Bartolacelli nazywa je „prawie bezkapitałowymi spółkami" (*almost capital-less companies*) (A. Bartolacelli, *Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition*. European Company and Financial Law Review 1(2017), s. 187 i n.; M. Żurek, *W poszukiwaniu optymalnego modelu regulacji struktury majątkowej spółki z o.o. – ujęcie prawno-ekonomiczne*, „Przegląd Prawa Handlowego" 5(2016).

Spółki Prywatnej[3] (*Societas Europaea Privata*, dalej jako: „**SPE**") z 2008 r. nie został ostatecznie uchwalony[4]. Idea ukształtowania zharmonizowanego, jednolitego europejskiego modelu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jednak nie upadła. W kwietniu 2014 r. Komisja przedstawiła projekt dyrektywy w sprawie jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością[5] (zwanych *Societas Unius Personae*, dalej jako: „SUP", projekt dyrektywy dalej jako „Projekt SUP"). Jednym ze sposobów osiągnięcia założonych celów miała być modyfikacja kształtu kapitału zakładowego oraz systemu ochrony wierzycieli. Ujęcie regulacji SUP ulegało w toku prac legislacyjnych daleko idących zmianom, w tym w zakresie kapitału zakładowego oraz instrumentów ochrony wierzycieli. Prace zwieńczyła publikacja podejścia ogólnego dotyczącego wniosku o przyjęcie dyrektywy w sprawie SUP (dalej jako: „Kompromis SUP")[6].

Prace legislacyjne nad regulacją SUP straciły na dynamice, obecnie próżno ich nawet szukać w programie prac Komisji[7]. Omówienie Projektu SUP w kontekście proponowanych regulacji kapitału zakładowego oraz modelu ochrony wierzycieli wydaje się jednak celowe. Poznawczo interesujące może okazać się w szczególności zestawienie Projektu SUP z niedawnym projektem nowelizacji kodeksu spółek handlowych[8], także w kontekście ewentualnych przyszłych nowelizacji. Zamysły co do ukształtowania regulacji SUP, a także ewolucja projektu, mogą stanowić inspirację oraz przestrogę dla projektujących ewentualną polską regulację bezkapitałowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością.

---

[3] Wniosek: Rozporządzenie Rady w sprawie statutu europejskiej spółki prywatnej z dnia 25 czerwca 2008 r., COM (2008) 396, 2008/0130 (CNS).

[4] Wskutek oporu politycznego, w którym przodowały Niemcy, dla których, obok kontrowersji dotyczących kapitału zakładowego i poluzowania odnoszących się doń wymogów, opór wynikał także z niemożliwości pogodzenia projektu z panującymi w Niemczech zasadami współzarządzania przedsiębiorstwami przez pracowników (*Mitbestimmung*), oraz Szwecja.

[5] Wniosek Komisji z dnia 9 kwietnia 2014 r. – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, COM(2014) 212 final, 2014/0120 (COD)

[6] Podejście ogólne Rady Unii Europejskiej w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawnie jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, 9050/15.

[7] Program prac Komisji na 2018 r., COM(2017) 650 final

[8] Ustawa z dnia 15 września 2000 r., tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r., poz. 1578 ze zm., dalej jako: „k.s.h.".

2. Europejskie typy jednoosobowych spółek z o.o. – geneza i założenia

Rynek wewnętrzny UE stanowi obszar, w którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału (art. 26 ust. 2 TFUE)[9]. Jedną ze swobód traktatowych ukształtowanych w prawie pierwotnym UE jest swoboda przedsiębiorczości. Wyraża się ona nie tylko w możliwości podejmowania transgranicznej działalności zarobkowej przez osoby fizyczne – obywateli państw członkowskich. Polega ona także na umożliwieniu zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw w każdym innym państwie Unii (art. 44 i n. TFUE). W świetle interpretacji prawa traktatowego dokonanej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przesądzono, że ze swobody przedsiębiorczości korzystać mogą, obok osób fizycznych, także spółki (art. 54 TFUE). Spółki inkorporowane w jednym państwie członkowskim nie powinny być ograniczane w prowadzeniu działalności transgranicznej przez inne państwo członkowskie (fundamentalne w tym zakresie są orzeczenia w sprawach *Segers*[10], *Daily Mail*[11], *Centros*[12], *Uberseering*[13], *Inspire Art*[14], *Cartesio*[15], *Vale.*[16] oraz, ostatnio, *Polbud - Wykonawstwo*[17]). Każda zarejestrowana w państwie członkowskim Unii spółka może wykonywać działalność na terenie całej Unii. Przysługuje jej nadto także prawo zakładania oddziałów, agencji i filii na terenie Unii. Przyszli (potencjalni) wspólnicy z kolei mogą, dzięki swobodzie przedsiębiorczości, wybrać dogodną formę prawną spółki, powołać ją do życia, korzystając z wolności inkorporowania jej w dowolnym państwie członkowskim, i prowadzić przy użyciu tak powołanej spółki działalność w innych państwach członkowskich[18].

---

[9] Dz.Urz.UE.C 326

[10] Wyrok ETS z dnia 10 lipca 1986 r., 79/85, D. H. M. Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank-en Varzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroegen, Zb.Orz. 1986, s. 2375.

[11] Wyrok ETS z dnia 27 września 988 r., 81/87, The Queen v. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc, Zb.Orz. 1988, s. 5483.

[12] Wyrok ETS z dnia 9 marca 1999 r., C-212/97, Centros Ltd v. Erhvers-og Selskabsstyrelsen, Zb.Orz. 1999, s. I-1459.

[13] Wyrok ETS z dnia 5 listopada 2002 r., C-208/00, Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Zb.Orz. 2002, s. I-9919.

[14] Wyrok ETS z dnia 30 września 2003 r., C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd, Zb.Orz. 2003, s. I-10155.

[15] Wyrok ETS z dnia 16 grudnia 2008 r., C-210/06, CartesioOktató és Szolgáltató bt, Zb.Orz. 2008, s. I-9641.

[16] Wyrok TSUE z dnia 12 lipca 2012 r., C-378/10, Vale Építési Kft.

[17] Wyrok TSUE z dnia 25 października 2017 r., C-106/16, Polbud - Wykonawstwo

[18] Christoph Teichmann, *Societas Privata Europaea (SPE). Spółka z o.o. dla Europy*, „Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego Oraz Rynku Kapitałowego" 3(2008), s. 325.

Unia Europejska dąży do kształtowania prawnych uwarunkowań działalności gospodarczej na wspólnym rynku, obrawszy za cel wzrost konkurencyjności i efektywności. Prowadzić to ma do podniesienia jakości oferowanych konsumentom towarów i usług, a także do poprawy pozycji europejskich przedsiębiorców na rynkach światowych[19]. Projektowane regulacje europejskie mają sprzyjać osiąganiu tak określonych zamierzeń przez redukowanie rozmiarów i znaczenia barier organizacyjnych, jakie napotykają mali i średni przedsiębiorcy[20]. Prawodawca europejski dąży w szczególności do pomnożenia dostępnych przedsiębiorcom prawnych form działania, a także do ułatwienia korzystania z tych form. Badania wskazują na istotne znaczenie, jakie w europejskiej gospodarce odgrywają małe i średnie przedsiębiorstwa[21], jednak tylko 8% z nich bierze udział w handlu ponadgranicznym. Jedną z barier ograniczających swobodę transgranicznej działalności ma być brak jednolitej w całej Unii, ponadgranicznej formy prawnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Wielorakość krajowych typów spółek z o.o. tworzy problem deficytu zaufania u potencjalnych kontrahentów (zarówno konsumentów, jak i przedsiębiorców). Skutkuje to niechęcią do nawiązywania stosunków prawnych z podmiotami inkorporowanymi w innych państwach. Przeszkodą w rozpoczęciu działalności transgranicznej zdaje się być też różnorodność uwarunkowań podjęcia i prowadzenia działalności gospodarczej, w tym wielość wymogów oraz sposobów rejestracji spółek. Problemom tym ma zaradzić utworzenie nowego, ponadgranicznego typu europejskiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Stanowić ma to „najlepsze rozwiązanie przedstawionych powyżej problemów, ponieważ oferuje formę spółki, która przewiduje jednolite zasady tworzenia spółek w całej UE, elastyczność w zakresie wewnętrznej organizacji, a przez to oszczędność kosztów"[22]. W ocenie prawodawcy europejskiego, ułatwieniem w prowadzeniu działalności transgranicznej miałoby być także to, że małe i średnie przedsiębiorstwa (operujące w formie SUP) zyskiwałyby również wspólną europejską nazwę, co stanowiłoby rozwiązanie problemu deficytu zaufania.

---

[19] Por. preambuły projektów: Projektu SPE oraz Projektu SUP.

[20] Por. także Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów *„Plan działania. Europejskie prawo spółek i ład korporacyjny – nowoczesne ramy prawne na rzecz bardziej zaangażowanych udziałowców i zrównoważonych przedsiębiorstw"*, COM (2012) 740, s. 1–20.

[21] Stanowią one 99 % przedsiębiorstw w Unii Europejskiej i odpowiedzialne są za 67% zatrudnienia na wspólnym rynku oraz za 57% wartości dodanej w obrocie na tym rynku. Zob. Projekt SPE, s. 2; Dane Eurostat, za: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=sbs_sc_sca_r2&lang=en; dostęp: 15 maja 2017 r., godz. 18:32.

[22] Projekt SPE, Uzasadnienie, s. 5.

3. Współczesne spory o kapitał zakładowy

Wymóg wniesienia przy zakładaniu spółki kapitału zakładowego w określonej minimalnej wysokości jest rozwiązaniem charakterystycznym dla kontynentalnej regulacji spółek kapitałowych. Kapitał zakładowy definiowany jest jako pewna wielkość rachunkowa określana w umowie (akcie założycielskim) spółki. Wielkość ta dzieli się na udziały, których wartości nominalne łącznie odpowiadają wysokości kapitału zakładowego. Wyróżnia się trzy zasadnicze funkcje kapitału zakładowego: prawną, ekonomiczną oraz ochronną[23]. Szczególnie doniosła jest ta ostatnia, która wyraża się w tym, że kapitał zakładowy – w praktyce zaś: majątek spółki odpowiadający jego wysokości – stanowi pewien minimalny, stały fundusz potencjalnego zaspokojenia się wierzycieli spółki. Realizację tej funkcji mają zapewnić następujące zasady: i) wkłady, w zamian za które mają być obejmowane udziały w kapitale zakładowym muszą być rzeczywiście wniesione (zasada realnego wniesienia kapitału), ii) spółka nie będzie mogła się wyzbyć tego majątku na rzecz swoich wspólników (zasada utrzymania kapitału).

Od wielu jednak lat doniosłość kapitału zakładowego podawana jest w wątpliwość. Wskazuje się m.in., że ustawowe określenie jednej, wspólnej, minimalnej kwoty kapitału zakładowego to rozwiązanie arbitralne, nie uwzględniające specyfiki różnych branż, w których spółki funkcjonują, i potrzeb, jakie mają spełniać. W niektórych gałęziach gospodarki poziom ten jest całkowicie niewystarczający do rozpoczęcia działalności, a w innych stanowi paraliżującą, niepotrzebną barierę wejścia. Zauważa się także, że w praktyce rynkowej wierzyciele spółek handlowych i tak sięgają po inne instrumenty ochrony – co w jasny sposób sugeruje, że istniejące regulacje są niewystarczające[24]. Nie istnieje obowiązek utrzymywania wartości majątku spółki na poziomie odpowiadającym kapitałowi zakładowemu. Kapitał zakładowy nie jest „wielkością określającą wysokość minimalnego, stale istniejącego bufora kapitałowego, a jedynie wielkością kapitału początkowego, o ile został on wpłacony w całości"[25]. Jego wartość może zostać w toku działalności spółki wydatkowana (w tym np. wymieniona na dobra mniej płynne lub szybko psujące się, co w oczywisty sposób pogarsza możliwości zaspokojenia się przez wierzycieli) bądź wyprowadzona z majątku spółki w inny sposób.

---

[23] A. Herbet [w:] S. Sołtysiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 17A. Prawo spółek kapitałowych*, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 227

[24] A. Radwan, *op.cit.*, s. 74.

[25] A. Radwan, *op.cit.*, s. 62.

Krytyka systemu minimalnego kapitału zakładowego wynika po części także z inspiracji rozwiązaniami znanymi z *common law,* Te, w ocenie zwolenników, pozbawione są wad charakterystycznych dla sytemu kapitału zakładowego, przy niemniejszym poziomie ochrony wierzycieli. *Common law* modelowo nie zna regulacji składający się na tzw. korporacyjny system ochrony wierzycieli – mających na celu zapewnienie, by kapitał zakładowy nie został uszczuplony, określających drobiazgowo reguły postępowania z nim, w tym zwłaszcza ścisłe wymogi wypłaty dywidend, zakazy innych wypłat i szczegółowe reguły obniżania kapitału zakładowego. W ich miejsce *common law* kładzie nacisk na odpowiedzialność kontraktową – rozciągniętą na członków zarządu, których zadaniem jest nie dopuścić do uszczuplenia majątku spółki przez wypłaty jeżeli grozi to jej płynności. Instrumentem ochrony, którego przeszczepienie do prawa kontynentalnego postulują krytycy instytucji kapitału zakładowego, jest tzw. test wypłacalności. Rozwiązanie to dopuszcza wypłatę z majątku spółki tylko wtedy, gdy nie zagraża ona płynności finansowej spółki i zdolności do regulowania bieżących zobowiązań przez określony czas. Na członkach organu zarządzającego spółką ciąży najczęściej, przed podjęciem decyzji o wypłacie z majątku spółki bądź przed zezwoleniem na nią, obowiązek dokonania analizy sytuacji majątkowej spółki pod kątem testu wypłacalności. Członkowie organu zarządzającego gwarantują osobiście wypłacalność spółki przez określony czas od chwili dokonania wypłaty – zalecenie bądź zezwolenie na dokonanie wypłaty prowadzi do ich osobistej odpowiedzialności.

Od kilkunastu bez mała lat w najważniejszych europejskich porządkach dostrzec można dążenia regulacyjne zmierzające do osłabienia roli kapitału zakładowego[26]. Obok tradycyjnie liberalnych jeśli chodzi o wymogi kapitałowe Wielkiej Brytanii i Irlandii, własne typy spółek „prawie bezkapitałowych" wprowadziły Niemcy, Holandia, Belgia, Portugalia, Hiszpania czy Dania[27]. W wielu jurysdykcjach uregulowano także alternatywne, kontraktowe środki ochrony wierzycieli. Podkreśla się związek tego trendu regulacyjnego z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE w przedmiocie swobody przedsiębiorczości[28] i wynikającą zeń konkurencją regulacyjną. Możliwość wyboru spośród wszystkich krajowych typów spółek powoduje, że przedsiębiorcy sięgają po formy prawne dla nich najdogodniejsze. Wywołuje to efekt wywieranej na ustawodawcach

[26] A. Bartolacelli, *op.cit.*, s. 188.
[27] *Ibidem*, s. 188-215.
[28] Orzeczenia wymienione wyżej w pkt 2.

krajowych presji na liberalizację i modyfikację struktur kapitałowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością w porządkach krajowych.

Nie brak jednak nadal głosów wskazujących, w duchu tradycyjnym, że kapitał zakładowy ma jednak pewną, chociażby ograniczoną, rolę do odegrania. Doniosłe wydają się w także empiryczne badania wskazujące na zagrożenia wynikające z zupełnej minimalizacji poziomu wymaganego kapitału zakładowego. Spółki nieobarczone wymogiem wniesienia jakiegokolwiek wkładu mogą, w pesymistycznym scenariuszu, stać się instrumentem nadużyć, w praktyce przyciągając nierzetelnych przedsiębiorców, działalności charakteryzujące się zwiększoną tendencją popadania w problemy finansowe, znamiennych ponadprzeciętną liczbą upadłości[29].

W doktrynie polskiej bogate i przekonujące badania przeprowadzone w duchu prawno-ekonomicznym przeprowadzone zostały przez M. Żurka[30]. Autor ten dochodzi do konkluzji podobnych do W. Niemeiera, wskazując, że powszechna dostępność spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, wynikająca z całkowitej liberalizacji wymogów w zakresie minimalnego kapitału, „może się przyczynić do powstania nadużyć, zachowań sprzecznych z dobrymi obyczajami, których zwalczanie na drodze sądowej może się okazać prawnie niemożliwe lub nieopłacalne"[31]. M. Żurek podnosi także, że „kapitał zakładowy na stosunkowo niskim poziomie odgrywa, jak wskazują argumenty empiryczne i prakseologiczne, ograniczoną, ale pozytywną rolę w systemie ochrony wierzycieli spółek kapitałowych"[32], pełniąc tutaj rolę swoistego testu powagi[33] oraz instrumentu zniechęcającego „przypadkowych" przedsiębiorców do korzystania z waloru ograniczonej odpowiedzialności. Wreszcie, autor ten przekonująco uzasadnił przydatność regulacji obowiązku tworzenia rezerwy, zwłaszcza w połączeniu z testem wypłacalności, dla ograniczenia wypłat z majątku spółki i, co za tym idzie, dla ochrony wierzycieli. Te obserwacje i uwagi nie powinny pozostać bez wpływu na ocenę dawnych projektów nowych typów spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz na kształt nowych regulacji w przyszłości.

---

[29] W. Niemeier, *What Kinds of Companies will a "One-Euro-EPC" generate? Market data and observations from the German "laboratory"*, [w:] Christoph Teichmann, Heribert Hirte, *The European Private Company - Societas Privata Europaea (SPE)*, "European Company And Financial Law Review" Special Volume 3(2013), s. 293-348.

[30] M. Żurek, *op.cit.*, s. 39.

[31] *Ibidem,* s. 38.

[32] *Ibidem*.

[33] Pozytywnie o kapitale zakładowym jako o teście powagi: P. Kindler, *The Single-Member Limited Liability Company (SUP): A Necessary Reform of EU Law on Business Organizations?*, Monachium 2016, s. 21.

W świetle omówionych wyżej istotnych zastrzeżeń do archaicznej regulacji kapitału zakładowego dostrzec trzeba jego wady (bariera dla przedsiębiorczości, pozorność walorów ochronnych, brak trwałości czyniący wymóg wniesienia wymogiem czysto formalnym), a także skuteczność systemu alternatywnego (znanego z *common law*). Nie sposób pominąć jednak istotnych argumentów wskazujących na pozytywne skutki regulacji minimalnego poziomu kapitału zakładowego. Te skutki można jednak osiągnąć innymi sposobami. Można sobie wyobrazić zastąpienie systemu kapitału zakładowego systemem, w którym ochrona wierzycieli jest realizowana przez test wypłacalności, uzupełniony obowiązkiem tworzenia stosownych rezerw[34] oraz regulacją odpowiedzialności członków organów zarządzających za niedopuszczalne wypłaty z majątku spółki.

5. Projekt Societas Unius Personae

5.1. Projekt SUP – założenia i cechy charakterystyczne

Projekt SUP miał w swojej pierwszej części powtarzać regulacje uchylanej przez nią dyrektywy 2009/102/WE[35], w drugiej części zaś określać zestaw przepisów odnoszących się do kształtu projektowanej SUP. Celem dyrektywy w ujęciu Komisji[36] miało być ułatwienie zakładania i funkcjonowania małych i średnich przedsiębiorstw, zwłaszcza transgranicznego. Zakładano dążenie ograniczenia kosztów (administracyjne, transakcyjne, obsługi prawnej) poprzez skonstruowanie zharmonizowanych, wspólnych acz wąskich ram prawnych dla tworzenia elastycznych spółek jednoosobowych.

SUP jako spółka miała być w istocie podmiotem o wąsko ujętych, zharmonizowanych zasadach jej zakładania i działalności. W części określonej przez dyrektywę krajowe SUP rządziłyby się tymi samymi zasadami i występowały pod wspólnym częściowo „szyldem" (po firmie spółki obligatoryjnie dodawałoby się skrót „SUP", art. 7 ust. 3 Projektu SUP). Do ustawodawców krajowych należałby wybór, czy, implementując dyrektywę, dostosują lokalne przepisy o jednoosobowych spółkach z o.o. do wymogów Projektu SUP, przesądzając,

---

[34] Warto zwrócić uwagę, że na obowiązek tworzenia kapitału zapasowego poprzez obowiązkowe odpisy z zysku zdecydował się ustawodawca niemiecki w ramach regulacji UG (*die Unternehmergesellschaft*). Patrz: Jessica Schmidt, *Die SUP aus der Sicht der Kommission und ihr Kapitalschutz*, [w:] Marcus Lutter, Jens Koch, *Societas Unius Personae (SUP)*, Berlin 2015, s. 9.

[35] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego I Rady 2009/102/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie prawa spółek, dotycząca jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, Dz.Urz.UE L 258/20.

[36] Punkty 4-8 preambuły Projektu SUP.

że każda jednoosobowa spółka z o.o. inkorporowana w tym państwie będzie SUP, czy też umieszczą SUP obok krajowego typu spółki jednoosobowej jako odrębny typ[37]. Tak jak w przypadku SPE, koncepcja Projektu SUP zakładała, celem przyspieszenia prac legislacyjnych i ograniczenia sporów politycznych, ujęcie w projekcie dyrektywy tylko węzłowych zagadnień, pozostawiając resztę kwestii szczegółowych decyzjom implementujących państw członkowskich.

SUP w założeniu miała być jedynie spółką jednoosobową (art. 6 ust. 1 Projektu SUP), uprawnioną do emisji jednego udziału niepodlegającego podziałowi (art. 15 ust. 1 Projektu SUP). Mogłaby być zakładana przez osoby fizyczne jak i prawne[38] *ex nihilo*, a także powstawać w drodze przekształcenia z innej spółki. Dopuszczalnym miałoby być rozdzielenie siedziby rejestrowej od siedziby zarządu bądź miejsca prowadzenia działalności. Jedną z kluczowych cech SUP miała być możliwość rejestracji przez Internet, przy czym z góry wykluczono wymóg osobistego stawiennictwa założyciela przed jakimkolwiek organem państwa inkorporacji (art. 14 ust. 3 Projektu SUP). Projekt nie zakładał zbyt szerokiej regulacji stosunków wewnętrznych spółki. Najistotniejsze zagadnienia miały być poddane decyzjom jedynego wspólnika, protokołowanym i przechowywanym w rejestrze przez minimalny okres pięciu lat, podejmowanym bez formalnego zwoływania zgromadzenia (art. 21 Projektu SUP). Organ zarządzający składać się miał z osób fizycznych bądź, tam gdzie dopuszcza to porządek prawny krajowy, także z osób prawnych, powoływanych i odwoływanych w każdym czasie przez jedynego wspólnika, który także sam mógłby zasiadać w składzie organu zarządzającego (art. 22 Projektu SUP). Ciekawym *novum*, istotnym z punktu widzenia przydatności SUP dla potrzeb zgrupowań spółek[39], mogła być możliwość wydawania przez jedynego wspólnika wiążących dla organu zarządzającego poleceń (art. 23 Projektu SUP).

Statut SUP uległ daleko idącym zmianom w ramach wykuwania kompromisu zdatnego do zaaprobowania przez państwa członkowskie – w zakresie uzasadniającym, zdaniem niektórych badaczy, wniosek o absolutnym pozbawieniu projektu sensu poprzez eliminację jego cech charakterystycznych i zalet[40]. Ten

---

[37] Stefanie Jung, *Societas Unius Personae (SUP) – The New Corporate Element in Company Groups*, "European Business Law Review" 5(2015), s. 649-650.

[38] Jak się wydaje, w porządkach prawnych zakładających istnienie tego rodzaju podmiotów, tak jak w prawie polskim, również w jednostkach organizacyjnych posiadających zdolność do czynności prawnych lecz niewyposażonych w osobowość prawną oraz ich odpowiednikach.

[39] Stefanie Jung, *op.cit.*, s. 682.

[40] Christoph Teichmann i Andrea Fröhlich, *How to make a Molehill out of a Mountain: The Single-Member Company (SUP) Proposal after Negotiations in the Council*, University of Wurzburg Working Paper 11(2015).

swoisty regres prawodawczy będzie także dostrzegalny w odniesieniu do zagadnień kapitału zakładowego i ochrony wierzycieli.

5.2. Kapitał zakładowy i ochrona wierzycieli w Projekcie SUP oraz w kompromisie SUP

Minimalny kapitał zakładowy SUP w Projekcie SUP sporządzonym przez Komisję wynosić miał 1 euro (ew. pojedynczą jednostkę innej waluty krajowej, art. 16 ust. 1 Propozycji SUP). Dyrektywa w tej wersji przewidywała wyłączenie SUP spod regulacji wymagających tworzenia obligatoryjnego kapitału zapasowego (art. 16 ust. 4 Projektu SUP). Sformułowano także zakaz określenia maksymalnej wartości jedynego udziału (art. 16 ust. 2 Projektu SUP). Projekt SUP w wersji Komisji wymagał by wkład został w całości wpłacony w chwili rejestracji, z zastrzeżeniem, że w przypadku rejestracji on-line musiał to być obowiązkowo wkład pieniężny i musiał zostać wniesiony na rachunek bankowy spółki (art. 17 ust. 1 i 2 Projektu SUP).

By zrównoważyć zarówno porzucenie minimalnego kapitału zakładowego, jak i niedopuszczalność nakładania na SUP obowiązku budowania rezerw, Komisja przewidziała inne instrumenty ochrony wierzyciela. Wysoki poziom tejże miały zapewniać testy: bilansowy (art. 18 ust. 2 Projektu SUP) i wypłacalności (art. 18 ust. 3 Projektu SUP). Ten pierwszy polegać miał na tym, że SUP nie mogłaby dokonać wypłaty zysku ze swojego majątku na rzecz jedynego wspólnika, jeżeli jej aktywa netto na ostatni dzień ostatniego roku obrotowego (według sprawozdania finansowego za ten rok) byłyby niższe (lub stałyby się niższe po wypłacie) od sumy kapitału zakładowego i kapitału rezerwowego, którego zgodnie z umową spółki nie można wypłacić tytułem zysku. Test wypłacalności z kolei przesądzał o niedopuszczalności wypłaty, jeżeli wskutek niej SUP nie byłaby w stanie spłacić długów, które miałyby się stać wymagalne po wypłacie[41]. Ten test uzupełniony miał być wymogiem sporządzenia przez organ zarządzający SUP oświadczenia o wypłacalności. Przesłanką sporządzenia takiego oświadczenie miało być powzięcie przez organ zarządzający, po zbadaniu sytuacji spółki i jej perspektyw, przekonania że przez okres jednego roku od wypłaty SUP będzie w stanie terminowo spłacać swoje długi w ramach normalnej działalności. Oświadczenie takie miało być jawne i podlegać ujawnieniu na stronie internetowej SUP (art. 18 ust. 4 Projektu SUP). Konieczność spełnienia obu relewantnych testów aktualizowałaby się także przy obniżeniu kapitału zakładowego (art. 20 Projektu SUP). Dodać należy, że zgodnie z Projektem SUP, każdy członek zarządu ponosiłby osobistą

[41] J. Schmidt, *op.cit.*, s. 14.

odpowiedzialność za zalecenie lub zarządzenie wypłaty zysku, w przypadku, gdy wiedział lub powinien był wiedzieć, że taka wypłata zysku odbywa się z naruszeniem testów bilansowego i wypłacalności (art. 18 ust. 5 Projektu SUP). Definicja „wypłaty zysku" na gruncie Projektu SUP jest bardzo szeroka, obejmując w zasadzie wszelkie wypłaty uzyskane przez wspólnika z SUP[42]. Wspólnik byłby zobowiązany do zwrotu otrzymanej wypłaty zysku w razie, gdyby została ona dokonana niezgodnie z wymogami dyrektywy, a wspólnik ten wiedziałby o tym lub powinien wiedzieć (art. 19 Projektu SUP).

Po trwających przeszło rok negocjacjach i pracach legislacyjnych, opracowano ogólne podejście stanowiące Kompromis SUP. Utrzymano minimalny kapitał zakładowy w wysokości 1 euro (lub jednej jednostki waluty krajowej), uzupełniono go jednak wyraźnym zakazem ukształtowania tego minimum na wyższym poziomie przez implementujące państwo. W ramach Kompromisu SUP usunięte zostały przepisy projektowanej dyrektywy odnoszące się do wkładów – zarówno jeśli chodzi o wymogi co do przedmiotu (wkład pieniężny bądź niepieniężny) oraz obowiązku jego wniesienia przed rejestracją.

Kompromis SUP zmienił także istotnie podejście do przepisów określających obowiązek budowania rezerw. Państwa członkowskie mogłyby, na gruncie Kompromisu SUP, przewidzieć wymóg utworzenia kapitału zakładowego. Kapitał taki może być określony bądź jako odsetek zysków spółki bądź jako pułap docelowy w wysokości minimalnego kapitału zakładowego wymaganego w przypadku „zwyczajnych" krajowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością.

Najistotniejszą wszelako nowością wynikającą z Kompromisu SUP jest rezygnacja z wymogu przeprowadzenia testów warunkujących dopuszczalność wypłat. Zgodnie Kompromisem SUP, państwa członkowskie miałyby zapewnić mechanizmy zapobiegające powstaniu stanu, w którym SUP byłaby niezdolna do spłaty długów. Kompromis SUP wskazywał, że w tym celu mogły zostać zastosowane testy: bilansowy lub wypłacalności (art. 18 ust. 2 Kompromisu SUP), przez co należy rozumieć, że wystarczające, choć niekonieczne, byłoby zastosowanie choćby jednego z nich. W ramach testu wypłacalności skróceniu uległ okres relewantny dla prognozy wypłacalności – do sześciu miesięcy. Implementacja wymogu sporządzenia oświadczenia o wypłacalności byłaby również opcjonalna. Oczywiście w ramach ochrony wierzycieli ustawodawca krajowy mógłby przewidzieć obowiązek zbierania kapitału zapasowego (art. 16 ust. 2). Kompromis

[42] Art. 2 pkt 3) Projektu SUP: *Wszelkie korzyści finansowe czerpane przez jedynego wspólnika bezpośrednio lub pośrednio z SUP w związku z jedynym udziałem, w tym transfery pieniężne lub przeniesienie mienia. Wypłata zysku może przybrać formę dywidendy oraz może nastąpić w drodze nabycia lub sprzedaży mienia lub w każdy inny sposób.*

SUP dozwalał także na konstruowanie innych wymogów – pod warunkiem, że nie byłyby one bardziej rygorystyczne niż dla „zwykłych" krajowych spółek z o.o.

Odnosząc się krytycznie do kształtu kapitału zakładowego oraz instytucji ochrony wierzyciela w obu projektach regulacji Societas Unius Personae, zauważyć należy, że mimo różnych zalet i wad obu wersji, to pierwotny Projekt SUP należy ocenić bardziej pozytywnie.

Na aprobatę zasługuje ujęcie w Projekcie SUP zarówno testu bilansowego jak i testu wypłacalności jako obligatoryjnych. Konieczność uzyskania pozytywnego wyniku obu tych testów wydaje się zabezpieczać skutecznie interesy wierzycieli spółki. Nadto, wymóg spełnienia obiektywnych kryteriów rachunkowych jest uzupełniony koniecznością dokonania przez członków organu zarządzającego wiążącej oceny sytuacji spółki – oświadczenia o wypłacalności. Ocena taka powinna brać pod uwagę uwzględniać czynniki, które niekoniecznie przekładają się wprost na (z konieczności retrospektywny) bilans spółki. Nie bez znaczenia jest jednoczesne przyjęcie przez członków zarządu osobistej odpowiedzialności. To w sposób oczywisty winno skłaniać do ostrożności i rozwagi przy aprobowaniu wypłat z majątku SUP. Projekt SUP wypada także pochwalić za uczynienie przepisów regulujących ochronę wierzycieli niemodyfikowalnymi, i, co za tym idzie, skierowanie nieuniknionej konkurencji regulacyjnej na zagadnienia inne niż ochrona wierzycieli. Pozytywnie ocenić wypada także szerokie zakreślenie przedmiotów wkładów (z zastrzeżeniem ograniczeń przy rejestracji *on-line*)[43]. Krytycznie z kolei należy podejść do definiowania wszelkich świadczeń z majątku spółki do majątku wspólnika jako wypłat podlegających restrykcjom, w tym nawet np. świadczenia wzajemnego spółki za potrzebne spółce i rynkowo wycenione świadczenie wspólnika[44].

Z kolei w kontekście badań empirycznych opisanych wyżej w pkt 3, wskazujących na celowość nałożenia na spółki z ograniczoną odpowiedzialnością obowiązku zbierania kapitału zapasowego, zganić trzeba Projekt SUP za wyraźny zakaz kształtowania takich regulacji przez państwa członkowskie. Konsekwentnie w porzuceniu takiego zakazu upatrywać można zalety Kompromisu SUP.

Rozwiązania Kompromisu SUP polegające na rezygnacji z kumulatywnego stosowania testu bilansowego i wypłacalności, skrócenia okresu prognozy wypłacalności w ramach tego drugiego oraz rezygnacji z obowiązku sporządzania oświadczenia o wypłacalności wypada ocenić negatywnie. Rozwiązania takie

---

[43] Przyznanie pracy i usługom świadczonym na rzecz spółki zdolności aportowej powinno zostać korzystnie przyjęte zwłaszcza przez sektor wysokich technologii.

[44] P. Kindler, *op.cit.*, s. 21.

wiążą się z zagrożeniem dla wypłacalności SUP. Należy je uznać niekorzystne w kontekście ochrony wierzycieli. Słusznie zwrócono uwagę na ryzyko związane z osłabieniem wiarygodności SUP, postrzeganiem tego typu spółek jako niegodnych zaufania[45]. Mając na uwadze tezy W. Niemaiera i wnioski z badań M. Żurka dostrzec można ryzyko, że SUP w takim kształcie zachęcałaby, jako forma prowadzenia działalności, przedsiębiorców i interesy bardziej podatne na problemy finansowe bądź upadłość.

Pozostawienie rozstrzygnięcia kwestii ochrony wierzycieli państwom członkowskim można również dla odmiany ocenić pozytywnie, jako asumpt do konkurencji regulacyjnej pomiędzy poszczególnymi państwami. Nie jest jednak z drugiej strony wykluczone, że taka konkurencja przyjęłaby formę tzw. *race to the bottom,* co oczywiście odbyłoby się z zagrożeniem dla interesów wierzycieli. Jeszcze inaczej rozwiązanie takie wypada w kontekście celu stworzenia jednolitych, prostych ram dla działalności transgranicznej – w tym kontekście jego ocena musi być negatywna. Takie rozwiązanie skutkuje zupełną niejasnością: dla ewentualnych kontrahentów – co do tego, z jakim podmiotem mają do czynienia; dla przedsiębiorców zainteresowanych podjęciem działalności w formie SUP – jaki w zasadzie model obierają?[46]

6. Wnioski

System minimalnego kapitału zakładowego, opierający ochronę wierzycieli spółek kapitałowych na ochronie tegoż kapitału, poddawany jest krytyce, która wydaje się w wielu aspektach trafna i uzasadniona. Regulacje wielu państw europejskich zdają się ewoluować w kierunku porzucenia tego systemu na korzyść rozwiązań bliższych tym znanym z *common law*. Z drugiej strony, przekonują badania i rozważania wskazujące na celowość pozostania przynajmniej przy części rozwiązań znanych z systemu ochrony kapitału zakładowego. Podzielić należy też ocenę, że przesunięcie regulacji spółek kapitałowych w kierunku anglosaskiego modelu ochrony wierzycieli warto uzupełnić wymogiem budowania rezerw.

---

[45] Ch. Teichmann, A. Frölich, *op.cit.*, s. 19.

[46] Nb. wydaje się wątpliwe, by nawet dopracowany projekt dyrektywy harmonizującej pewne kwestie korporacyjne mógł pomóc substancjalnie zredukować koszty doradztwa. Obok kwestii prawa spółek niebagatelne znaczenie dla prowadzenia działalności mają bowiem kwestie rachunkowości, prawa publicznego gospodarczego, prawa podatkowego i ubezpieczeń społecznych. Nie sposób sobie wyobrazić prowadzenia działalności transgranicznej bez sięgnięcia po fachowe doradztwo w zakresach tych zagadnień.

Szansą na przeprowadzenie rozsądnej reformy prawa spółek kapitałowych, zapewniających ewolucję w pożądanym, nowoczesnym kierunku przy minimalizacji zagrożenia dla interesów wierzycieli mógł być projekt *Societas Unius Personae*. Mógł on zaoferować europejskim przedsiębiorcom interesującą alternatywę dla istniejących typów spółek, jednocześnie kierując konkurencję regulacyjną na obszary niezwiązane z zagrożeniem istotnych interesów kontrahentów. Niestety, projekt ewoluował w stronę pozbawienia go sztandarowych cech i osłabienia przyświecających planowanej regulacji idei. Konstrukcja kapitału zakładowego oraz model ochrony wierzycieli w kompromisowej propozycji dyrektywy w sprawie SUP wskazuje nie tylko na niezrealizowanie celów organizacyjnych i ekonomicznych, które przyświecały Komisji przy sporządzaniu Projektu SUP, ale także na istotne wyzwania związane z modernizacją regulacji kapitału zakładowego na szczeblu europejskim. Wydaje się, że do czasu kolejnej ewentualnej próby podjęcia podobnych działań legislacyjnych w prawie europejskim, stosowne procesy modernizacyjne zostaną dokonane na poziomie większości poszczególnych państw.

Bibliografia

Ahern D., *The Societas Unius Personae: Using the Single-Member Company as a Vehicle for EU Private Company Law Reform, Some Critical Reflections on Regulatory Approach*, Aristides Jorge Viera, *Close Corporations in Europe: The Race of Flexibility*, niepubl.

Bartolacelli A., *Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition,* "European Company and Financial Law Review" 2017, s. 187-233/

Bartolacelli A., *The New Italian Almost Capital-less Private Companies: A Brand New Tile in the Mosaic,* "European Company and Financial Law Review", 13(2016), s. 665–707

Cejmer M., Napierała J., Sójka T., *Europejskie prawo spółek. t. II. Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, Kraków 2005.

Teichmann Ch., *Societas Privata Europaea (SPE). Spółka z o.o. dla Europy,* „Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego Oraz Rynku Kapitałowego" 3(2008), s. 323-346.

Ghetti R., Unification, *Harmonisation and Competition in European Company Forms* (September 1, 2016), publikacja electroniczna: https://ssrn.com/abstract=2859164, dostęp: 02.09.2018 godz. 20:22.

Guidotti R., *The proposal for a directive on single-member limited liability company (Societas Unius Personae) from the Italian perspective,* publikacja elektroniczna: https://

papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2582928, dostęp: 02.09.2018 godz. 20:24.

Jung S., *Societas Unius Personae (SUP) – The New Corporate Element in Company Groups*, European Business Law Review 5(2015), s. 645-692.

Kindler P., *The Single-Member Limited Liability Company (SUP): A Necessary Reform of EU Law on Business Organizations?*, Monachium 2016.

Lutter M., Koch J., *Societas Unius Personae (SUP),* Berlin 2015.

Malberti C., *The relationship between the Societas Unius Personae proposal and the acquis: Creeping Toward an Abrogation of EU Company Law?*, "European Company and Financial Law Review" 12(2015), s. 238–279.

Napierała J., *Societas Unius Personae – projekt dyrektywy w sprawie jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością*, „Europejski Przegląd Sądowy" 1(2015), s. 11-16.

Niemeier W., *What Kinds of Companies will a "One-Euro-EPC" generate? Market data and observations from the German "laboratory"* [w:] Teichmann Ch., Hirte H., *The European Private Company - Societas Privata Europaea (SPE)*, "European Company And Financial Law Review" Special Volume 3(2013), s. 293-348.

Neville M., *Internal Barriers to Growth in SMEs*, "Nordic & European Company Law Working Paper Series" No. 15-03.

Opalski A., *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010.

S. Sołtysiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 17A. Prawo spółek kapitałowych*, wyd. 2, Warszawa 2016

Teichmann Ch., *Einsatzmöglichkeiten der Societas Unius Personae (SUP)* [w:] Lutter M., Koch J., *Societas Unius Personae (SUP). Beiträge aus Wissenschaft und Praxis,* „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR – Schriftenreihe" 2015, s. 37-64.

Teichmann Ch., Fröhlich A., *How to make a Molehill out of a Mountain: The Single-Member Company (SUP) Proposal after Negotiations in the Council*, "University of Wurzburg Working Paper" 11/2015.

Wiśniewski A.W., *Kilka uwag w sprawie reformy prawa osobowych spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 9(2012), s. 26-30.

Włodyka S. (red.) *System Prawa Handlowego*, t. 2A, Prawo spółek handlowych, Warszawa 2007

Zaman N. (red.), *The European Private Company (SPE). A Critical Analysis of the EU Draft Statute*, Antwerpia 2009.

Żurek M., *W poszukiwaniu optymalnego modelu regulacji struktury majątkowej spółki z o.o. – ujęcie prawno-ekonomiczne*, „Przegląd Prawa Handlowego" 5(2016), s. 29-39.

Akty prawne

Dyrektywa 2009/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 września 2009 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 48 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich – Dz.Urz. UE L 258/11.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego I Rady 2009/102/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie prawa spółek, dotycząca jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, Dz.Urz.UE L 258/20.

Podejście ogólne Rady Unii Europejskiej w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawnie jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, 9050/15.

Rezolucja legislacyjna Parlamentu Europejskiego w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Rady w sprawie statutu europejskiej spółki prywatnej z dnia 10 marca 2009 r., COM(2008)0396 – C6-0283/2008 – 2008/0130(CNS).

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz.UE.C 326

Ustawa z dnia 15 września 2000 r., tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r., poz. 1578 ze zm., dalej jako: „k.s.h.".

Wniosek Komisji z dnia 9 kwietnia 2014 r. – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednoosobowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, COM(2014) 212 final, 2014/0120 (COD)

Wniosek: Rozporządzenie Rady w sprawie statutu europejskiej spółki prywatnej z dnia 25 czerwca 2008 r., COM (2008) 396, 2008/0130 (CNS).

Orzecznictwo

Wyrok ETS z dnia 10 lipca 1986 r., 79/85, D. H. M. Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank-en Varzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroegen, Zb.Orz. 1986, s. 2375.

Wyrok ETS z dnia 27 września 988 r., 81/87, The Queen v. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc, Zb.Orz. 1988, s. 5483.

Wyrok ETS z dnia 9 marca 1999 r., C-212/97, Centros Ltd v. Erhvers-og Selskabsstyrelsen, Zb.Orz. 1999, s. I-1459.

Wyrok ETS z dnia 5 listopada 2002 r., C-208/00, Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Zb.Orz. 2002, s. I-9919.

Wyrok ETS z dnia 30 września 2003 r., C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd, Zb.Orz. 2003, s. I-10155.

Wyrok ETS z dnia 16 grudnia 2008 r., C-210/06, CartesioOktató és Szolgáltató bt, Zb.Orz. 2008, s. I-9641.

Wyrok TSUE z dnia 12 lipca 2012 r., C-378/10, Vale Építési Kft.

Wyrok TSUE z dnia 25 października 2017 r., C-106/16, Polbud - Wykonawstwo

Summary

Recently, the potential reforms of limited liability companies' models have been vividly discussed in academic commercial law circles, both in Europe and world-wide. This applies in particular to statutory requirements as to minimum share capital amounts. Controversies pertain also to the very purpose of share capital as well as to the proper model of creditor protection in LLCs. Capital structure and creditor protection instruments in LLCs was also reflected in proposed European legislation. One of the elements thereof has been the idea of a harmonised single-member LLC model known as Societas Unius Personae (SUP). This text discusses two versions of draft SUP regulations, especially with regard to their share capital and creditor protection models. The proposals are subject to criticism in the context of the Member States' legal systems evolving towards general liberalisation of share capital requirements, including the minimum level of share capital. An opportunity to avoid harmful legislative competition was offered by the creation and introduction - e.g. through the SUP proposal – of a reasonable European regulation, balancing a safe level of creditor protection with benefits for entrepreneurs interested in conducting business activity in a new legal form. However, the proposal, which seems to have been burdened with controversy and faced with political resistance, has ultimately proven to be a failure.

KEYWORDS: company, limited liability, share capital, Societas Unius Personae

SŁOWA KLUCZE: spółka, ograniczona odpowiedzialność, kapitał zakładowy, Societas Unius Personae

Autor

Iwo Jarosz - absolwent Wydziału Prawa i Administracji oraz doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego UJ.

Jakub Niemiec

Uwagi na temat ładu korporacyjnego w Chińskiej Republice Ludowej

Remarks on corporate governance in People's Republic of China

1. Wprowadzenie

W ciągu ostatnich 15 lat, dzięki postępującej liberalizacji życia politycznego i reformom gospodarczym, Chiny doświadczyły błyskawicznego wzrostu ekonomicznego i zwiększenia inicjatyw prywatyzacyjnych w wielu dziedzinach życia.[1] Polityka otwierania się wymusiła radykalne zmiany w wielu dziedzinach chińskiego prawa. Dziedziną, która przeszła prawdopodobnie największe transformacje, bądź można się pokusić o stwierdzenie, dopiero powstała na skutek reform końca XX wieku, było prawo spółek i prawo gospodarcze. Zmiany te były niezbędne do przyspieszenia rozwoju chińskiej gospodarki, która, działając w oparciu tylko i wyłącznie o State-owned Enterprises (SOEs), nie była w stanie nawiązać równej walki z konkurencyjnymi prywatnymi przedsiębiorstwami zachodnimi. Przez wiele lat wycofywano się z pomysłów stworzenia prawa gospodarczego wykazującego cechy ustawodawstw kapitalistycznych, jednak nie można tego było uniknąć, jeśli Chiny chciały zagrozić rozwiniętym gospodarkom światowym. Podstawowym więc celem przeprowadzonych reform gospodarczych było stworzenie takiego prawa, które z jednej strony zachęcałoby do tworzenia spółek prywatnych, które mogłyby skutecznie konkurować z podmiotami zachodnimi, a z drugiej strony prawa, które przyciągnęłyby kapitał i inwestorów zagranicznych do Chin. Tworzenie jednak zrębów samego prawa nie byłoby w tym przypadku krokiem wystarczającym. Problemem, który żywotnie interesuje inwestorów oraz wpływa na ich decyzję

[1] William Goetzmann, Elisabeth Köll *The History of Corporate Ownership in China State Patronage, Company Legislation, and the Issue of Control* w: *A History of Corporate Governance around the World: Family Business Groups to Professional Managers*, Chicago 2005, s. 149.

jest charakter ładu korporacyjnego i organizacji wewnętrznych spraw spółki, przewidziany w ustawodawstwie danego kraju, bądź w konkretnych spółkach. Zrozumienie ładu korporacyjnego w krajach rozwijających się jest istotne z wielu przyczyn. Oczywistym jest, że inwestorzy preferują angażować się finansowo w spółki z dobrą charakterystyką ładu korporacyjnego. Niektórzy badacze twierdzą, że podstawowym problemem jest agencyjny konflikt interesów (*agency problem*), z którym można się częściej zetknąć w przypadku rynków rozwijających się. W końcu wypada stwierdzić, że zrozumienie ładu korporacyjnego pomaga w wykryciu oszustw oraz malwersacji finansowych na tych rynkach.[2] Ład korporacyjny zapewnia stabilność i przewidywalność, które są fundamentami gospodarki. Państwa i spółki cechujące się wysokim poziomem *corporate governance* mogą liczyć na większe zaufanie inwestorów, a co za tym idzie na nisze koszty kapitału oraz wyższe oceny rynkowe.[3] W związku z tym ustawodawca chiński nie tylko chciał, ale był zmuszony do przedstawienia jasnej i klarownej regulacji dotyczącej organizacji wewnętrznych spraw spółek. Celem poniższego artykułu jest scharakteryzowanie rozwoju ładu gospodarczego w ustawodawstwie Chińskiej Republiki Ludowej z uwzględnieniem różnic kulturowych i społecznych oraz analiza wybranych rozwiązań na podstawie przepisów dotyczących spółki akcyjnej – Company Limited by Shares (CLS) w oparciu o akty prawne oraz akty *soft law*.

2. Rozwój historyczny

2.1. I etap: 1949 – 1984

Corporate governance w Chinach nie ma długiej historii. Tak naprawdę wykształcił się on w ciągu ostatnich 40 lat. Okres ten można podzielić na cztery stadia. Pierwszy etap obejmuje lata 1949 – 1978. Okres ten był czasem hegemonii SOEs, której elementem było kolektywne zarządzenia i nadzór administracyjno-polityczny.[4] Plany gospodarcze nie były kreowane przez rynek, tylko narzucane przez Rząd. Menadżerowie nie mieli żadnej niezależności jak również nie mogli

---

[2] Omid Sabbaghi, *"Corporate governance in China: a review"*, [w:] *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, Vol. 16 Nr 5, 2016, https://doi.org/10.1108/CG-12-2015-0162, str. 866 [dostęp:15.05.2018].

[3] Yong Kang, Lu Shi, Elizabeth D. Brown, *Chinese Corporate Governance History and Institutional Framework*, A Rand Institute for Civil Justice Center 2008, https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/technical_ reports/2008/RAND_TR618.pdf, str. 1, [dostęp:15.05.2018].

[4] OECD, *Corporate Governance of Listed Companies in China: Self-Assessment by the China Securities Regulatory Commission*, OECD Publishing, 2011, http://dx.doi.org/10.1787/9789264119208-en, str. 13, [dostęp:15.05.2018].

korzystać z owoców rozwoju danej spółki. Pierwsze zmiany zaczęły być wprowadzane podczas 3 sesji plenarnej 11-ego Narodowego Kongresu Komunistycznej Partii Chin (KPCh) w 1978. Jednym z postulatów była rewitalizacja SOEs poprzez restrukturyzację starego systemu gospodarczego, w celu podniesienia jego wydajności. Wiadomo bowiem, iż wysoki poziom zaangażowania jednostek państwowych w podmioty gospodarcze prowadzi do nieefektywności w zakresie m.in. alokacji kapitału, poprzez silne powiązanie finansów przedsiębiorstwa oraz sektora politycznego.[5] Trzeba jednak zrozumieć jaka jest w chińskim rozumieniu podstawowa różnica pomiędzy przedsiębiorstwami państwowymi, a prywatnymi. W przeciwieństwie do przedsiębiorstw prywatnych, na chińskich SOEs ciąży również odpowiedzialność społeczna. Przedsiębiorstwa te służą jako wehikuł dla administracji rządowej do wzmacniania rozwoju i stabilności gospodarki na stopniu centralnym.[6]

W latach kolejnych, Rada Państwa wydała zbiór zasad i regulacji dotyczących reformowania systemu zarządzania przedsiębiorstwami. Miały one tak dostosować relacje między administracją rządową i przedsiębiorstwami państwowymi, aby ich menadżerowie mieli więcej swobody w zakresie czynności biznesowych, a bezpośrednia kontrola Rządu nad przedsiębiorstwem została ograniczona i uzupełniona o bodźce natury ekonomicznej. Wydano również programy pilotażowe propagujące zwiększenie niezależności biznesowej SOEs. Zostały one zebrane w 1981 jako *SOE Management Responsibility System* i stanowiły wytyczne, które miały odzwierciedlać przyszłe reformy.

2.2. II etap: 1984 – 1992

Na lata 1984 – 1992 przypada okres postępującej decentralizacji. Najważniejsze zmiany w obrębie SOEs to zmiana redystrybucji zysku i wprowadzenie systemu odpowiedzialności menadżerskiej (*management responsibility system*). Przed reformami cały dochód był dochodem Państwa. Wprowadzone zmiany polegała na opodatkowaniu dochodu SOE i podziale pozostałego zysku między przedsiębiorstwo oraz Państwo. Zgodnie z nowym systemem menadżerowie ponosili odpowiedzialność za losy spółki, która, jeśli była dobrze prowadzona, mogła w końcu przynieść im zysk. W 1984 roku pojawiły się pierwsze głosy

---

[5] Omid Sabbaghi, *"Corporate governance in China: a review", Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, Vol. 16 Nr 5, 2016, https://doi.org/10.1108/CG-12-2015-0162, str. 868, [dostęp:15.05.2018].

[6] Zhaofeng Wang, *Corporate Governance Under State Control: The Chinese Experience*, [w:] Theoretical Inquiries in Law, Vol. 13, Nr 2, 2012, https://doi.org/10.1515/1565-3404.1302, str. 488, [dostęp:15.05.2018].

proponujące rozdzielenie organów właścicielskich i menadżerskich w SOE.[7] Dwa lata później, Komitet Centralny Komunistycznej Partii Chin wraz z Radą Państwa, uchwaliły zbiór dokumentów znanych pod nazwą „Zakres wymagań i obowiązków dla menadżerów SOE", które *explicite* stwierdzały, że „menadżer jest przedstawicielem ustawowym spółki" i zostaje stworzony nowy typ przywództwa korporacyjnego oparty na „ogólnej odpowiedzialności menadżera, nadzorczej i gwarancyjnej roli korporacyjnych komitetów KPCh i demokratycznym władztwie pracowników".[8] Od 1987 przeprowadzono kolejne formy luzujące powiązania między Państwem i przedsiębiorstwami poprzez wprowadzenie tzw. *contract-based responsibility system*, polegającego na podziale odpowiedzialności, praw i obowiązków pomiędzy instytucjami państwowymi a przedsiębiorstwami, dając tym drugim większą swobodę w podejmowaniu decyzji z poszanowaniem socjalistycznego władztwa publicznego. System ten w początkowych latach przechodzenia od gospodarki centralnie planowanej do rynkowej dobrze funkcjonował, jednak szybko dostrzeżono jego wadę. Do najważniejszych problemów należała bowiem krótkowzroczność niektórych stron kontraktu. Podstawy umów, często były narzucane arbitralnie i dalekie były od uznania ich za sprawiedliwe. W 1992 została wydana „Regulacja dotycząca transformacji mechanizmów operacyjnych w przedsiębiorstwach przemysłowych będących własnością ludową", która przekazała SOE 14 dalszych samodzielnych kompetencji, które przyspieszyły odejście w kierunku gospodarki rynkowej.

2.3. III etap: 1993 – 2003

Najważniejszym celem tego etapu była gruntowna transformacja SOE na potrzeby gospodarki rynkowej. Od teraz SOEs miały charakteryzować się jasno określoną strukturą właścicielską, odpowiedzialnością i uprawnieniami konkretnych podmiotów oraz rozdziałem struktur politycznych od menadżerskich wewnątrz przedsiębiorstwa. Zauważono również potrzebę tworzenia innych jednostek korporacyjnych, których formy miałyby zależeć od charakterystyki kapitału i struktury kapitałowej. Rok 1993 był krokiem milowym w dyskusjach o istocie ładu korporacyjnego w Chinach. Najpierw komitet prawny Narodowego Kongresu Ludowego w raporcie do Stałego Komitetu Narodowego Kongresu Ludowego wskazał konkretne postulaty dotyczące charakterystyki przyszłego ładu korporacyjnego w Chinach. Wytyczne te, to m.in. (1) akcjonariusze są

[7] OECD, *Corporate Governance of Listed Companies in China: Self-Assessment by the China Securities Regulatory Commission*, OECD Publishing, 2011, http://dx.doi.org/10.1787/9789264119208-en, str. 14, [dostęp:15.05.2018].

[8] *Ibidem.*

właścicielami środków spółki, a walne zgromadzenie jest organem władzy i podejmuje najważniejsze decyzje; (2) rada dyrektorów/zarząd jest organem decyzyjnym, jest odpowiedzialna przed WZ i w jej ramach podejmowane są decyzje biznesowe, menadżerskie i osobowe; (3) menadżer jest wybierany przez zarząd i jest odpowiedzialny za zarządzanie spółką i jej bieżące operacje; (4) rada nadzorcza, złożona z przedstawicieli akcjonariuszy i pracowników, działa jako wewnętrzny organ kontrolny. W końcu, również w oparciu o powyższe wytyczne, w grudniu 1993 uchwalono *Company Law of the People's Republic of China*. Ten wielokrotnie nowelizowany akt, jest podstawą prawa gospodarczego w Chinach. W swojej wersji pierwotnej, wyznaczył prawne ramy tworzenia współczesnych przedsiębiorstw i ich organizacji wewnętrznej. Główną cechą nowego systemu ekonomicznego miało być dalej przewodnictwo państwowe, ale z uwzględnieniem również innych form własności, w tym prywatnej. Podjęto więc działania w dwóch kierunkach. Po pierwsze wprowadzono przepisy regulujące SOEs jako osoby prawne odpowiedzialne za własne operacje, osiągające zysk i nastawione na dalszy rozwój – prawdziwych uczestników gospodarki rynkowej. Niektóre SOEs zostały przekształcone w spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki komandytowo-akcyjne z własnym statutem, walnym zgromadzeniem, zarządem, czy radą nadzorczą. Zaczęto w ten sposób teoretyczne aspekty ładu korporacyjnego implementować w praktyce. Drugi kierunek nowych reform dotyczył sektora prywatnego, który został podniesiony z wcześniejszej pozycji. Usunięto przepisy oraz inne przeszkody uniemożliwiające jego rozwój – w konsekwencji, wzrosła radykalnie liczba prywatnych przedsięwzięć. Jeszcze w 1990 roku otwarto giełdy w Shenzhen oraz w Szanghaju, na których od razu zaczęto notować SOEs, a w 1992 roku powołano Chińską Komisję Regulacyjną ds. papierów wartościowych (China Securities Regulatory Commission). Jej głównymi zadaniami są nadzór nad rynkiem akcji, obligacji i funduszy inwestycyjnych oraz działalność legislacyjna w zakresie bezpieczeństwa rynku kapitałowego. Właśnie w toku działalności CSRC, został sporządzony w 2001 roku Kodeks ładu korporacyjnego dla spółek notowanych. Dokument ten jest również efektem dołączenia Chin w 2001 do Światowej Organizacji Handlu i przyjęciu wytycznych ładu korporacyjnego sporządzonych przez OECD. J. Roche zauważa, że pojęcie ładu korporacyjnego było nie tylko w Chinach, ale również w samej Azji pojęciem obcym i abstrakcyjnym.[9] Niektórych może zastanawiać bogactwo legislacyjne tego okresu i tempo prac poszczególnych jednostek rządowych. Jednak wzmożona aktywność legislacyjna w latach 90. wynikała z przyczyn

[9] Julian Roche, *Corporate governance in Asia*., Nowy Jork 2005 s. 36.

wewnętrznych oraz zewnętrznych. W 1997 roku w Azji doszło do kryzysu finansowego, który co prawda najmocniej dotknął Tajlandię, Indonezję oraz Koreę Południową, jednak uderzył również w Chiny. Ponadto w latach 90. doszło do serii finansowych skandali manipulacyjnych i spekulacyjnych na giełdzie. Stąd szybka reakcja regulatorów i organów administracyjnych w III etapie, która zaowocowała prężnym rozwoje ładu korporacyjnego.

2.4. IV etap: 2004 – teraz

Podobnie jak we wcześniejszych etapach, również w tym okresie widoczna była duża aktywność na polu legislacyjnym. Regulatorzy rynku, wydawali nowe wytyczne, mające skierować chińską gospodarkę na tory wolnorynkowe. Efektem tych działań, podejmowanych zwłaszcza przez CSRC, był ciągły wzrost poziomu ładu korporacyjnego przede wszystkim w spółkach giełdowych. W styczniu 2004 roku Rada Państwa wydała „Opinie na temat promocji reform, otwarcia i stabilnego wzrostu rynku kapitałowego" jasno określając strategiczną rolę rynku kapitałowego w rozwoju gospodarki. Dalsze nowelizacje *Company Law*, potwierdziły tendencję decentralizacyjną w strukturach organizacyjnych spółek. Wprowadzono wiele nowych przepisów, gwarantujących ochronę praw mniejszości oraz mających na celu ochronę interesu wszystkich akcjonariuszy oraz interesu publicznego. Podkreślano prawne obowiązki i odpowiedzialność podmiotów rzeczywiście kontrolujących przedsiębiorstwo – menadżerów, dyrektorów, członków rady nadzorczej. Uregulowano kwestie finansowe, audytowe oraz problematykę fuzji, podziałów i likwidacji. Zmiany dotknęły również regulacje dotyczące papierów wartościowych. Znowelizowano przepisy określające emisję i zbywanie papierów wartościowych, wzmocniono pozycję organów nadzorczych i kontrolnych w spółkach notowanych, zwiększono transparentność badań finansowych. Wprowadzono przepisy chroniące inwestorów oraz zdefiniowano odpowiedzialność cywilną za szkodę wyrządzoną inwestorom. Komisja kontroli i administracji środkami państwowymi (State-owned Assets Supervision and Administration Commission) wprowadziła nawet zmiany strukturalne w największych, centralnych chińskich przedsiębiorstwach państwowych, zgodnie z nowymi przepisami *Comapany Law* i innych aktów. W 2007 roku CSRC rozpoczęła 3-letnią kampanię promującą wzmacnianie ładu korporacyjnego w spółkach notowanych. Wraz z notowanymi spółkami, osiągnięto założone cele: zwiększono niezależność dyrektorów oraz wprowadzono wewnętrzne kontrole, poszerzono kompetencje walnego zgromadzenia, wprowadzono możliwość głosowania online oraz wprowadzono głosowanie grupami, zaproponowano tworzenie wyspecjalizowanych komitetów (zwłaszcza, audytu, nominacji i wynagrodzeń, na których

czele mieli stać niezależni dyrektorzy), zwiększono obowiązki informacyjne spółek, propagowano utrzymywanie relacji z inwestorami poprzez tworzenie specjalnych działów odpowiedzialnych za kontakt z inwestorami i informowanie o działaniach spółki.[10] Dalsze lata przyniosły kolejne nowelizacje, z których najważniejszą jest nowelizacja *Company Law* z 2013 roku, która nadała ustawie kształt obecny. Wszystkie te kroki, podejmowane od końca lat 70. miały na celu rozdzielenie polityki od gospodarki. Wiadomym bowiem jest, że w sytuacji, gdy akcjonariuszem większościowym jest państwo, często dochodzić będzie do konfliktu interesów i organy rządowe, chcąc jak najbardziej zwiększyć zyski, często będą działać nie zwracając uwagi na pozycję innych akcjonariuszy i inwestorów, a czasem działając nawet na ich szkodę.[11] Można stwierdzić, że z perspektywy czasu, celu tego nie udało się w całości osiągnąć. Podjęte próby na pewno zmniejszyły poziom zaangażowania państwa w rynek, ale przed chińskim ustawodawcą wciąż jest wiele pracy w tym zakresie. Świadczyć o tym mogą statystyki giełdy w Szanghaju. Do 2006 roku nie mogły być na niej notowane spółki prywatne, a w 2007 roku przedsiębiorstwa państwowe stanowiły 65% wszystkich spółek notowanych. Obecnie ok. 30% akcji spółek notowanych znajduje się bezpośrednio w kontroli państwowej.[12] Różnica jest dostrzegalna, ale jednak dalej widać swoistą asymetrię między pozycją przedsiębiorstw prywatnych i SOEs. Ponadto, w 2010 roku z listy 500 największych spółek chińskich, 65,8% jest w całości kontrolowanych przez Państwo, a we wszystkich przedsiębiorstwach chińskich znajdujących się na liście *Financial Times* Global 500 wyłącznym lub głównym akcjonariuszem jest Państwo.[13] Mimo to, można zauważyć, że w 30 lat państwo, dla którego pojęcia takie jak wolny rynek, prawo spółek, czy ład korporacyjny były, przynajmniej w początkach jego istnienia, pojęciami zupełnie obcymi, wykształciło kompleksowy system prawny sięgający do tradycji państw kapitalistycznych i europejskiej kultury prawnej z zachowaniem własnej tożsamości i własnych wartości, o których będzie mowa w dalszych częściach niniejszego artykułu.

---

[10] OECD, *Corporate Governance of Listed Companies in China: Self-Assessment by the China Securities Regulatory Commission*, OECD Publishing, 2011, http://dx.doi.org/10.1787/9789264119208-en, str. 17, [dostęp:15.05.2018].

[11] Chao Xi, *Corporate governance and legal reform in China*, Londyn 2009, str. 53.

[12] Sun Liu, *"Ownership structure and analysts' forecast properties: a study of Chinese listed firms"*, [w:] *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, Vol. 16 Nr 1, 2016, https://doi.org/10.1108/CG-02-2015-0018, str. 58, [dostęp:15.05.2018].

[13] Zhaofeng Wang, *Corporate Governance Under State Control: The Chinese Experience*, [w:] *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 13, Nr 2, 2012, https://doi.org/10.1515/1565-3404.1302, str. 489, [dostęp:15.05.2018].

3. Źródła prawa

Chiński rynek oraz przepisy nim rządzące zostały kiedyś określone mianem „kasyna bez zasad".[14] Nie wynikało to tylko z ogromu regulacji prawnych, ale również z niepewności, niejasności i ogólnikowości przepisów. O wielości aktów prawnych można się było już przekonać w części drugiej niniejszego artykułu. W tej części postaram się zebrać w jednym miejscu najważniejsze ustawy, regulacje, wytyczne mające za swój przedmiot organizację ładu korporacyjnego w spółkach oraz określić ich podstawowe cechy.

Najważniejszym aktem jest wielokrotnie już wspominane *Company Law of the People's Republic of China*, uchwalone w 1993 roku. Jest to akt prawny po raz pierwszy kompleksowo regulujący problematykę prawa spółek w Chinach. Jednak *Company Law* swoim zakresem obejmuje tylko dwa rodzaje spółek: spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (*Limited Liability Companies*) oraz spółki akcyjne (*Companies Limited by Shares*). Pozostałe rodzaje spółek zostały uregulowane w odrębnych aktach, o których mowa będzie w dalszej części. Warto zauważyć, że oryginalna wersja nie była w stanie rozwiązać wszystkich problemów rozwijającego się rynku i modernizujących się spółek. Stąd w latach 1993-2004 zostały uchwalone dwie mniejsze nowelizacji, a w 2005 i w 2013 Rada Państwa dostrzegalnie zmieniła wiele przepisów.[15] W części głównej obecnej wersji, zostały zawarte przepisy dotyczące zarówno LLC, jak i CLS. Regulują one ogólne zasady prawa spółek, tworzenia spółek, wymogów rejestracyjnych i licencyjnych, czy polityki zatrudnienia. Istotne z punktu widzenia ładu korporacyjnego są przepisy art. 19-22. Określają one zasady tworzenia ciał reprezentujących partię komunistyczną i jej zasady, obowiązek przestrzegania prawa przez wszystkich akcjonariuszy w tym zakaz wykorzystywania swojej pozycji przez akcjonariuszy większościowych. W art. 22 została przedstawiona bardzo ogólnikowa regulacja zaskarżania uchwał. Przepis ten stanowi, że nieważna jest, sprzeczna z prawem, bądź regulacjami administracyjnymi uchwała podejmowana przez organy spółki. Natomiast jeśli procedura uchwalania lub tryb głosowania były sprzeczne ze statutem lub prawem, bądź treść naruszała statut, każdy z akcjonariuszy ma prawo zaskarżyć taką uchwałą do sądu w celu jej uchylenia. Następne rozdziały dotyczą zakładania spółki LLC i różnych jej wariantów (spółki jednoosobowej

---

[14] Yong Kang, Lu Shi, Elizabeth D. Brown, *Chinese Corporate Governance History and Institutional Framework*, A Rand Institute for Civil Justice Center 2008, https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/technical_ reports/2008/RAND_TR618.pdf, str. 3, [dostęp:15.05.2018].

[15] Giovanni Pisacane, *Corporate Governance in China. The Structure and Management of Foreign-Invested Enterprises Under Chinese Law*, Singapur 2017, s. 2.

oraz spółki w całości kontrolowanej przez Państwo). W tym miejscu chciałbym przeanalizować niektóre przepisy regulujące organizację CLS jako najbardziej istotne dla ładu korporacyjnego na rynku kapitałowym. Już oryginalna wersja *Company Law* z 1993 jasno określiła walne zgromadzenie jako główny organ spółki. O ile inne ważne jurysdykcje przesunęły obowiązek podejmowania istotnych decyzji na zarząd, w spółkach chińskich środek ciężkości pozostał nałożony na walne zgromadzenie.[16] Kolejne nowelizacje jeszcze bardziej podkreślały tę pozycję. Zmiany dotknęły między innymi przepisy regulujące zakres kompetencji walnego zgromadzenia. O ile wersja z 1993 nie przewidywała możliwości zawarcia dodatkowych kompetencji w statucie, o tyle znowelizowane przepisy już na to zezwalają. Tak więc akcjonariuszy mogą już swobodnie zakreślać obowiązki i prawa walnego zgromadzenia i decydować o tym, w jakich sytuacjach wymagane jest podjęcie uchwały. Dokładnie taka sama zmiana dotknęła przepis dotyczący obowiązku zwołania nadzwyczajnego walnego zgromadzenia. Obecnie istnieje możliwość zawarcia w statucie przykładowych sytuacji, kiedy należy zwołać walne zgromadzenie wszystkich akcjonariuszy. Innym przepisem, wprowadzonym dopiero w nowelizacjach jest możliwość przedkładania zarządowi projektów uchwał do przedstawienia walnemu zgromadzeniu przez akcjonariuszy posiadających co najmniej 3% akcji. Regulacja ta ma na celu ochronę akcjonariuszy mniejszościowych, poprzez zwiększenie ich realnego wpływu na spółkę i zapadające decyzje. W CLS istnieje obowiązek powołania zarządu, mającego podejmować tzw. decyzje biznesowe i menadżerskie. *Company Law* wprowadza nietypową możliwość powołania jako członków zarządu reprezentantów pracowników i personelu spółki, wybranych w demokratycznych wyborach. Wynika to z tradycji i wartości chińskich, a przede wszystkim współodpowiedzialności wszystkich podmiotów za losy spółki, jak również obowiązek ochrony klasy pracującej i zapewnienia jej korzystnych warunków pracy i wpływu na decyzje również jej dotyczących. Kolejny organ, którego istnienie jest wymagane w CLS, to rada nadzorcza, pełniąca funkcje kontrolne. Chiński ustawodawca zaadoptował system dualistyczny wprowadzając podział organów na zarząd oraz radę nadzorczą. Ma to zapewnić większą niezależność tych organów oraz usprawnić ich działanie. Z przepisów, o których warto w tym miejscu wspomnieć jest obowiązek powołania do rady nadzorczej reprezentantów pracowników w ilości nie mniejszej niż 1/3 ogólnej liczby członków. Argumentacja przedstawiona powyżej, w odniesieniu do składu zarządu, pozostaje

[16] Chao Xi, *Corporate governance and legal reform in China*, Londyn 2009, s. 38.

w tym miejscu aktualna. Ponadto, zarówno w przypadku wyboru dyrektorów, jak i członków rady nadzorczej, statut może przewidywać głosowanie grupami.

W przypadku analizy *Company Law*, trzeba wspomnieć o innym akcie prawnym, który został wydany przez CSRC, którego przepisy pozostają w zgodzie z wytycznymi OECD – Kodeksie ładu korporacyjnego dla spółek notowanych, przyjętym w 2001 roku. Głównym celem powstania tej regulacji była chęć ochrony akcjonariuszy mniejszościowych przed szkodliwym działaniem podmiotów kontrolujących spółkę.[17] Część przepisów została zaadoptowana bezpośrednio do *Company Law* i znajduje zastosowanie do wszystkich spółek. Natomiast niektóre przepisy odnoszą się tylko do spółek notowanych. Poprawa ich ładu korporacyjnego ma na celu zwiększenie zainteresowania wśród inwestorów, zwłaszcza zagranicznych, dla których informacje o organizacji wewnętrznej spółki mają znaczenie kluczowe przy podejmowaniu decyzji. Kodeks ładu korporacyjnego wprowadza obowiązek zapewnienie inwestorom instytucjonalnym wpływu na wybór dyrektorów, wynagrodzenia, nadzór nad spółką i najważniejsze decyzje. Ponadto, został uregulowany, co prawda bardzo ogólnikowo, problem transakcji z podmiotami powiązanymi. Istnieje wymóg publikowania wszystkich informacji dotyczących zawierania takich umów oraz przestrzegania wymogów, równości, bezstronności i sprawiedliwości. W celu zapewnienia niezależności spółki, wymagane jest rozdzielenie interesów akcjonariuszy większościowych od interesów spółki (osobne rachunki bankowe, personel, indywidualna księgowość) oraz zakaz podejmowania działalności konkurencyjnej, bądź zbliżonej do działalności spółki. We wcześniejszych uwagach, była już mowa o wyborze dyrektorów czy członków rady nadzorczej grupami. W spółkach notowanych, w których akcjonariusze większościowi, posiadają co najmniej 30% kapitału zakładowego, głosowanie grupami jest obligatoryjne. Kolejna regulacja dotyczy zupełnie nowego dla Chin pomysłu prawnego – niezależnych dyrektorów. Kodeks ładu korporacyjnego wymaga powołania ich w skład zarządu. Niezależność przejawia się brakiem powiązań z zatrudniającą ich spółką oraz z akcjonariuszami większościowymi. Niezależni dyrektorzy mają zwłaszcza dbać o interesy akcjonariuszy mniejszościowych. W tym celu w ramach zarządu wymagane jest utworzenie komitetów. Z punktu widzenia ładu korporacyjnego największe znaczenie mają komitety audytu, nominacji i wynagrodzeń. Kodeks stanowi, że pracami tych komitetów kierują niezależni dyrektorzy, a ponadto powinni

[17] Sun Liu, *"Ownership structure and analysts' forecast properties: a study of Chinese listed firms"*, [w:] *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, Vol. 16 Nr 1, 2016, https://doi.org/10.1108/CG-02-2015-0018, str. 57, [dostęp:15.05.2018].

oni stanowić większość ich składów osobowych. W nawiązaniu do instytucji niezależnych dyrektorów część badaczy zwraca uwagę na istotny problem w implementacji tej regulacji w Chinach. W kulturze chińskiej, bardzo istotne znaczenie w relacjach biznesowych ma (*guanxi* – relacje). Najczęściej niezależni dyrektorzy zostają wybierani poprzez bezpośrednie lub pośrednie relacje, które mają z daną notowaną spółką bądź z akcjonariuszem większościowym lub w związku z zaangażowaniem w danej dziedzinie biznesu. Żadna spółka nie wybiera bowiem swoich dyrektorów bez namysłu. Ponadto chińska kultura jest oparta na ogólnej harmonii i wzajemnej pomocy, stąd problem *guanxi* może często prowadzić do konfliktu interesów. Chińskie przysłowie mówi bowiem: „Jeśli pijesz wodę, to pamiętasz o osobie, która wykopała studnię."[18] Ostatnia regulacja Kodeksu, o której chciałbym w tym miejscu wspomnieć to obowiązki informacyjne spółek notowanych. Na spółki te został nałożony wymóg udostępniania akcjonariuszom i interesariuszom wszystkich informacji ważnych dla podjęcia istotnych decyzji. Ponadto spółki muszą również informować o stanie ładu korporacyjnego, a zwłaszcza o: członkach oraz strukturze zarządu i rady nadzorczej, o działaniach niezależnych dyrektorów, organizacji i pracy wyspecjalizowanych komitetów, różnicach między stanem ładu korporacyjnego w spółce a Kodeksem, oraz o przyszłych planach dotyczących ładu korporacyjnego.

Katalog źródeł prawa jest jednak zdecydowanie bardziej skomplikowany. Akty prawne, o których należy wspomnieć, to m. in. *Law on Sino-Foreign Equity Joint Ventures*, *Law on Wholly Foreign-Owned Enterprises*, *Sino-Foreign Cooperative Joint Ventures*, Ustawa o biegłych rewidentach, Prawo audytowe, Ustawa o Ludowym Banku Chin, Ustawa o bankach komercyjnych, czy Ustawa o papierach wartościowych. Za tworzenie nowych aktów prawnych oraz stosownych regulacji odpowiedzialne są organy regulacyjne: CSRC, Ministerstwo Finansów, czy Ludowy Bank Chin. Jednak liczba regulatorów, ich kompetencje oraz prawo przez nie tworzone ciągle się zmienia, zwłaszcza jeśli chodzi o sektor giełdowy i bankowy. Często organy te tworzą prawo, ale nie mają środków, aby je egzekwować. Problem chińskiego systemu prawnego nie polega na braku prawa, którego w wielu przypadkach jest zbyt wiele, ale na tym, że często jest ono niejasne i niejednoznaczne, a organy regulacyjne nie mają środków, aby to prawo skutecznie implementować i wprowadzić w życie.[19]

---

[18] Huiying Wu, Chris Patel (ed.), *Adoption of Anglo-american Models of Corporate Governance and Financial Reporting in China (Studies in Managerial and Financial Accounting),* Vol. 29, 2015, str. 172.

[19] Julian Roche, *Corporate governance in Asia*., Nowy Jork 2005, str. 44.

4. Podsumowanie

Chińska gospodarka i prawo nią rządzące nigdy nie będą identyczne z tymi, które znamy w państwach zachodnich. Wynika to z innego systemu politycznego, historii oraz wartości wyznawanych przez społeczeństwo. Chińska gospodarka rynkowa opiera się bowiem na trzech, ideologiach: politycznej ideologii marksistowsko-leninowskiej, rynku, na którym istotną rolę w kontroli sektorów strategicznych odgrywają przedsiębiorstwa państwowe, oraz myśli konfucjańskiej określającej struktury wewnętrzne spółek.[20] Wydawałoby się, że ten zbiór nie pozwoli Chinom na nawiązanie równej walki z największymi gospodarkami. Nie można jednak pozostać obojętnym na rozwój jaki osiągnęły Chiny w ciągu ostatnich 30 lat. Bez stworzenia, czy późniejszej liberalizacji prawa gospodarczego, obecny poziom chińskiej ekonomii nie byłby możliwy do osiągnięcia. W 2010 roku Chiny strąciły Japonię z drugiego miejsca w rankingu największych gospodarek świata.[21] W 2014 roku na liście Fortune Global 500 w rankingu dochodów spółek, 95 stanowiły spółki chińskie.[22] Natomiast obecnie liczba ta wynosi już 109 i niewiele brakuje, aby stała w najbliższym czasie większa od liczby spółek amerykańskich (obecnie 133).

Przed chińską gospodarką stoi jeszcze wiele wyzwań związanych z organizacją ładu gospodarczego. Podstawowe postulaty kręgów przedsiębiorców kierowane do chińskiego rządu to m. in. zmniejszenie wpływu organów rządowych na rynek giełdowy i na niektóre sektory gospodarki, poluźnienie powiązań między przedsiębiorstwami państwowymi a rządem poprzez stopniową prywatyzację, klaryfikacja niektórych ogólnych przepisów prawa, zwiększenie dostępu do niektórych sektorów biznesu (również dla kapitału zagranicznego), czy zwiększenie obowiązków informacyjnych spółek notowanych. Ponadto należy zapewnić środki wymagane do implementacji nowych przepisów, aby nie istniały one tylko w teorii, a stały się istotnym elementem chińskiej gospodarki. Wszystkie te kroki doprowadzą do podwyższenia standardów ładu korporacyjnego oraz wykształcenia się wyższej kultury biznesu, na których każdej gospodarce zależy.

---

[20] Razeen Sappideen, *Corporate Governance with Chinese Characteristics: The Case of State Owned Enterprises* w: *Frontiers of Law in China*, Vol. 12, Nr 1, 2017, http:// http://doi.org/10.3868/s050-006-017-0006-7, str. 111, [dostęp:15.05.2018].

[21] Huiying Wu, Chris Patel (ed.), *Adoption of Anglo-american Models of Corporate Governance and Financial Reporting in China (Studies in Managerial and Financial Accounting),* Vol. 29, 2015, str. 118.

[22] Razeen Sappideen, *Corporate Governance with Chinese Characteristics: The Case of State Owned Enterprises*, [w:] *Frontiers of Law in China*, Vol. 12, Nr 1, 2017, http:// http://doi.org/10.3868/s050-006-017-0006-7, str. 91, [dostęp:15.05.2018].

Conclusion

Aim of this was to present the development of corporate governance in China. In the last 30 years China experienced huge transformation. It is still country, which market economy is based on three principles: Marxism-Leninism political ideology, position of State-owned Enterprises and Confucian ideology that describes interpersonal relations. However, its economy developed rapidly towards the greatest economies in the world. In 2010 China placed just behind United States in terms of size of economy. There are still many challenges for Chinese regulators and legislators in terms of improvement of corporate governance: diminishing of the political influence in enterprises, privatization, clarification of legal provisions, transparency and information disclosure (especially in listed companies). All of those steps will lead to development of economy and improve the culture of business in China.

Bibliografia

Literatura

Goetzmann, William, Köll, Elisabeth, *The History of Corporate Ownership in China State Patronage, Company Legislation, and the Issue of Control*, [w:] *A History of Corporate Governance around the World: Family Business Groups to Professional Managers*, Chicago 2005

Kang, Yong, Shi, Lu, Brown D. Elizabeth, *Chinese Corporate Governance History and Institutional Framework*, A Rand Institute for Civil Justice Center 2008, https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/technical_reports/2008/RAND_TR618.pdf, [dostęp:15.05.2018]

Liu, Sun, *"Ownership structure and analysts' forecast properties: a study of Chinese listed firms"*, [w:] *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, Vol. 16 Nr 1, 2016, https://doi.org/10.1108/CG-02-2015-0018, [dostęp:15.05.2018]

OECD, *Corporate Governance of Listed Companies in China: Self-Assessment by the China Securities Regulatory Commission*, OECD Publishing, 2011, http://dx.doi.org/10.1787/9789264119208-en, [dostęp:15.05.2018]

Pisacane, Giovanni, *Corporate Governance in China. The Structure and Management of Foreign-Invested Enterprises Under Chinese Law*, Singapur 2017

Roche, Julian, *Corporate governance in Asia*, Nowy Jork 2005

Sabbaghi, Omid, *"Corporate governance in China: a review"*, [w:] *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, Vol. 16 Nr 5, 2016, https://doi.org/10.1108/CG-12-2015-0162, [dostęp:15.05.2018]

Sappideen, Razeen, *Corporate Governance with Chinese Characteristics: The Case of State Owned Enterprises*, [w:] *Frontiers of Law in China*, Vol. 12, Nr 1, 2017, http:// http://doi.org/10.3868/s050-006-017-0006-7, [dostęp:15.05.2018]

Wang, Zhaofeng, *Corporate Governance Under State Control: The Chinese Experience*, [w:] *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 13 Nr 2, 2012, https://doi.org/10.1515/1565-3404.1302, [dostęp:15.05.2018]

Wu, Huiying, Patel, Chris (ed.), *Adoption of Anglo-american Models of Corporate Governance and Financial Reporting in China (Studies in Managerial and Financial Accounting),* Vol. 29 Nr 2015

Xi, Chao, *Corporate governance and legal reform in China*, Londyn 2009

Źródła prawa

Company Law, uchwalone 29 grudnia 1993 roku, http://www.fdi.gov.cn/1800000121 _ 39_4814_0_7.html, [dostęp:15.05.2018]

Code of Corporate Governance for Listed Companies in China, wydany 7 stycznia 2001 roku, http://www.ecgi.org/codes/documents/code_en.pdf, [dostęp:15.05.2018]

Streszczenie

Niniejszy artykuł ma na celu przybliżenie tematyki ładu korporacyjnego w Chińskiej Republice Ludowej. Ze względu na ciągły rozwój chińskiej gospodarki i jej rosnące znaczenie w świecie, znajomość podstaw ładu korporacyjnego jest dla sektora prawa i biznesu wiedzą podstawową. Mogłoby się wydawać, że w państwie komunistycznym pojęcia takie jak ład korporacyjny czy wolny rynek, pozostaną pojęciami pustymi, jednak zostały one przyjęte w specyficznej formie. Aby dobrze zrozumieć charakter ładu korporacyjnego w Chinach, zostanie przybliżony jego historyczny rozwój. Zostaną również przedstawione cechy „ładu korporacyjnego z chińskimi elementami". Chińskie ustawodawstwo cechuje się dużym skomplikowaniem zarówno aktów prawnych, jak i samych przepisów. Z tego powodu przeprowadzona zostanie analiza źródeł prawa poświęconych prawu gospodarczemu w Chinach, ze szczególnym uwzględnieniem *Company Law* oraz Kodeksu ładu korporacyjnego dla spółek notowanych. W części końcowej zawarte zostaną oceny ostatnich działań chińskiego rządu oraz zostaną nakreślone kwestie, które jeszcze muszą zostać rozwiązane.

SŁOWA KLUCZOWE: Chińska Republika Ludowe, State-owned enterprises, prawo spółek, ład korporacyjny

Summary

Aim of present article is to analyze the topic of corporate governance in People's Republic of China. Due to constant development and improvement of Chinese economy and its growing influence in the world, knowledge of the basics of corporate governance is for banking and legal sector crucial. It might seem, that in communist country, terms

like corporate governance, free market would remain only empty concepts, but as a matter of fact, they have been implemented in specific form. Historical development of corporate governance will be provided, in order to understand the features of it in China. Attributes of "corporate governance with Chinese characteristics" will be presented. Moreover, Chinese legislation is known for complicatedness of its legal acts and provisions. Because of that, analysis of those legal acts will be carried out with special consideration of *Company Law* and Code of Corporate Governance for listed companies. In the last part, thoughts on acts of Chinese government and further problems and aspects that need to be solved, will be presented.

KEYWORDS: People's Republic of China, State-owned enterprises, company law, corporate governance

Autor

Jakub Niemiec – student prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie. Ukończył Szkołę Prawa Amerykańskiego przy Uniwersytecie Jagiellońskim oraz przebywał w charakterze *visiting student* na China University of Political Science and Law w Pekinie oraz *exchange student* na Hankuk University of Foreign Studies w Seulu. Autor interesuje się prawem spółek ze szczególnym uwzględnieniem ustawodawstwa Chińskiej Republiki Ludowej i Republiki Korei.

Tomasz Guzik

Applications of homo oeconomicus concept in economic analysis of Polish administrative agreement

Zastosowania modelu homo oeconomicus w analizie ekonomicznej ugody administracyjnej (art. 114 k.p.a.)

1. Introduction

The starting point of economic analysis of law can be dated since early 1960s. It is widely accepted that the begginnings of modern *Law & Economics* are connected with the publication of two landmark articles – Ronald H. Coase's *The Problem of Social Cost* and Guido Calabresi's *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*[1]. Nowadays, it is one of the most important and most influential research currents in the theory and philosophy of law. *Law & Economics'* scholars analyzed issues releveant for such branches of law as: contract law, property rights, criminal law, penal law or constitutional law[2]. It seems that the best studied (using tools of economic ananlysis) areas of law are civil and penal law. Therefore, the question arises, why there are so few studies concerning economic issues of legal institutions of administrative law. Unfortunately, there is no simple and

---

[1] R. Cooter, T. Ulen, *Law & Economics,* Boston 2012, p. 1.

[2] See: T. J. Miceli, *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford 1996; T. J. Miceli, *The Economic Approach to Law,* Stanford 2004; B. Bouckaert, G. De Geest (eds.), *Essays in Law and Economics II: Contract Law, Regulation, and Reflections on Law and Economics*, Antwerpen-Maklu 1995, p. 306; A. M. Polinsky, *Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies*, „The Journal of Legal Studies" 1983 Vol. 12, No. 2, p. 427-44; C. G. Veljanovski, *The Coase Theorems and the Economic Theory of Markets and Law*, „Kyklos" 1982 Vol. 35, No. 1, s. 53-74; G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976; G. Tullock, *Does Punishment Deter Crime?*, „The Public Interest" 1974, Vol. 36, p. 103 – 111;W. Landes, R. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law,* Cambridge, Massachusetts 2003.

direct answer to this question. Perhaps the reason is that economic approach fits mostly to civil and penal problems – there are used economic models that were created most of all to deal with contract matters[3]. However there are researches that use economic anaysis to solve administrative legal problems[4]. Nevertheless, the most interesting thing is the methodological question about rightness of application of *homo oeconomicus* concept in economic analysis of law. The model of economic man is the basic presumption of the whole *Law & Economics* trend. This is also widely criticised theory in the philosophy of law. The aim of this article is to defend the thesis that the *homo oeconomicus* concept can be successfully applied in economic analysis of administrative law. This paper will be divided into four parts. In the first one there will be presented issues related with economic analysis of administrative law. Then, the author will describe the model of rational man which is used in economic approach to law. In the third part author will apply the *homo oeconomicus* model through economic analysis of Polish administraive agreement. The last chapter will be devoted to conclusions and critical analysis of this subject.

2. *Homo oeconomicus* as the basic assumption of *Law & Economics*

Contrary to what everybody may expect, economic analysis of law is not consistent research programme. There are few schools which differ from each other in terms of presumptions and research methodology. For instance, Chicago School (positive approach) uses the assumption of ractional actor who makes decision in order to maximize its own utility[5]. On the other hand New Haven School (normative approach) focuses on market failures that can be eliminated by government regulations. This school uses its methodology to justify the public intervention

[3] See: R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law,* Chicago and London 1990; F. Parisi, *The Economic Structure of the Law. The Collected Papers of Richard A. Posner: Volume I*, Cheltenham and Lyme 1998; R. Posner, *Economic Analysis of Law,* New York 2011; R. D. Cooter, S. V. Marks, R. H. Mnookin, *Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior*, „The Journal of Legal Studies" 1982, Vol. 11, pp. 225-251.

[4] J. S. Hill, J. E. Brazier, *Constraining Administrative Decisions: A Critical Examination of the Structure and Process Hypothesis*, „The Journal of Law, Economics, and Organization" 1991, Vol. 7, No. 2, pp. 373-400; J. L. Mashaw, *Explaining Administrative Process: Normative, Positive, and Critical Stories of Legal Devopment*, „Journal of Law, Economics, and Organization" 1990, Vol. 6, pp. 267-298.

[5] J. Bełdowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa,* „Bank i Kredyt" 2007, Vol. 38, No. 10, 2007, pp. 59 – 60.

in free market[6]. In turn, scientists from Virginia School (functional approach) apply *Public Choice Theory* to analyze whether legislation process is conducted in effective manner[7]. Finally, *Institutional Law & Economics* is concentrated on the impact of economics on law, the process of law-making, legal dispute and the relations between law (especially changes in legal norms) and economy[8]. All of this demonstrates, that *Law & Economics* is very varied and heterogeneous current.

The author claims that the *homo oeconomicus* concept is the basic assumption of economic analysis of law[9]. However, there was nothing aforementioned about this model. It must be emphasized, that the most influential and most popular kind of economic analysis of law is Chicago School. This positive approach applies *Rational Choice Theory, Game Theory* and other economic models, which are based on methodological individualism[10]. This means that rational human agent is the core of this type of economic analysis of law. But what the *homo oeconomicus* really is? Unfortunately, there is not very much scientific descriptions abut this theory – in practice there is no coherent study on this subject. Nevertheless, legal theorists indicate that the model of rational actor is one of the basic presumptions of *Law & Economics*[11]. It helps to point out whether particular legal-theoretical view belongs to *Law & Economics* current or not[12]. Nonetheless, it is possible to describe the structure of model of economic man which is used in economic analysis of law.

Examined concept is built of two elements – the formal and the material one[13]. The formal factor means that individual behaves in instrumentally rational manner[14]. In other words – such actor chooses adequate means to achieve its goals, what corresponds to the statement using the language of the *Rational Choice Theory*,

---

[6] *Ibidem,* p. 60 – 61.

[7] *Ibidem,* p. 61 – 62.

[8] *Ibidem,* p. 62 – 63.

[9] This view is also presented in: J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa,* Warszawa 2007, pp. 18 – 19; J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa* (in:) J. Stelmach, M. Soniewicka (eds.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych,* Warszawa 2007, p. 14.

[10] H. Kerkmeester, *Methodology: General* (in:) B. Bouckaert, G. De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0400-methodology-general.pdf, p. 385 (5.08.2018).

[11] J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć…,* pp. 18 – 19; J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną…,* p. 14.

[12] J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć…,* pp. 18 – 19.

[13] W. Załuski, *Człowiek jako homo oeconomicus* (*Human Being as Homo Oeconomicus*) (in:) O. Bogucki, S. Czepita (ed), *System prawny a porządek prawny* (*Legal and Legal Order*), Szczecin 2008, p. 298; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć…,* pp. 18 – 19.

[14] W. Załuski, *Człowiek jako…,* p. 298.

that rational actor aims to maximize its utility function[15]. Thus, *homo oeconomicus* considers and calculates potential benefits and potential losses, and then it chooses the best option[16]. The economic man wants to meet his targets in the possibly most effective way – to maximize benefits and advantages, and to minimize losses. *Rational Choice Theory* differentiate two kinds of decision situations, in which model entity operates – non-strategic and strategic[17]. In non-strategic situations the consequences of options chosen by individual are determined by the abstract states of the world – not by the behaviour of other people (situations of this kind are analyzed within the framework of *Decision Theory*)[18]. On the other hand, in strategic situations the consequences of options chosen by given individual are co-determined by the behaviour of specific people that the entity attempts to predict (situations of this kind are examined within the framework of *Game Theory*)[19]. These two types of decision situations can be classified into subsequent types, however it is not the aim of this study to thoroughly examine *Rational Choice Theory.* At this moment, it is sufficient to emphasize that *Decision Theory* indicates various criteria of rationality (i.e. Laplace criterion, Hurwicz criterion, Wald criterion or Savage criterion[20]) that shows, which option must be chosen by given entity in order to behave rationally. Referring to strategic situations, the basic rationality criteria is Nash equilibrium and its various refinements[21].

According to material element it signifies, that economic man set egoistic targets – such entity cares only about itself[22]. Its sole purpose is to multiply its own good. Nonetheless, there is possibility to distinguish two types of *homo oeconomicus* – the strong version, and the weak one[23]. The strong version is based on the fact that individual acts rationally because it worries about material goods[24]. In the weak type of model of economic man the individual cares rather about immaterial goods, than about tangible properties[25].

---

15 J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć…*, p. 18.

16 W. Załuski, *Człowiek jako…*, p. 298.

17 W. Załuski, *Człowiek jako…*, p. 299; see: M. Peterson, *An Introduction to Decision Theory*, Cambridge 2009, p. 5.

18 W. Załuski *Człowiek jako…*, p. 299.

19 *Ibidem.*

20 *Decision theory selection criteria* (in:) *Policonomics*, http://policonomics.com/decision-theory-selection-criteria/, (5.08.2018).

21 W. Załuski, *Człowiek jako…*, p. 299.

22 J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć…*, p. 19.

23 W. Załuski, *Człowiek jako...*, p. 298.

24 *Ibidem.*

25 *Ibidem.*

This model is strongly criticized by cognitive psychologists who indicates that in its descriptive version this theory is simply counterfeit[26]. Nonetheless, it seems that this model can be defended as a normative postulate – both its formal and material element[27]. Regardless of criticism this concept is applied in law through economic analysis. For instance, *The Coase Theorem*[28] to be adequately used requires people who behave as *homo oeconomicus.* Only rational entity can assign high subjective value to given good, thanks to which effective allocation of goods is possible. The model of economic man is also applied in *Prisoners Dilemma,* which is economic model used to optimize legal regulations within contract law. Only rational man has such order of preferences that allow accordingly apply *Prisoners Dilemma* in economic analysis of contract law.

It is possible to indicate other applications of *homo oeconomicus* concept in economic analysis of law and thus – in law. This model is used in economic analysis of practically every branch of law. Aforesaid, there were mentioned examples of usage of this theory in civil law, nonetheless this concept is also used in criminal law, penal law, civil procedure, tort law, constitutional law (*Public Choice Theory*) or intellectual property law. In light of this, it is justified to consider the question, whether *homo oeconomicus* model can and should be applied in economic analysis of administrative law? What is the role of this concept in such applications? Which legal institutions can be examined by economic tools? The author will try to answer these questions in the next chapter.

3. Economic analysis of administrative law

3.1. Introductory remarks

In Polish as well as in Continental literature legal theorists formulated different definitions of administrative law[29]. Thereat, it is hard to directly indicate what

[26] See: T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman, *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge 2002; S. Schmitz, S. T. Koeszegi, B. Enzenhofer, Ch. Harrer, *Quo Vadis Homo Economicus? References to Rationality/Emotionality in Neuroeconomic Discourses*, Vienna 2015.

[27] The author is preparing PhD thesis in which he defends this model as normative assumption, therefore this issue will be developed in that work.

[28] In accordance with *The Coase Theorem* it states, that if trade in an externality is possible and there are sufficiently low transaction costs, bargaining will lead to Pareto efficient outcome regardless of the initial allocation of property. See: J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć…,* p. 110.

[29] Thorougly review of such different approaches to administrative law is presented in: T. Guzik, *Perspektywy zastosowania ekonomicznej analizy w prawie administracyjnym,* „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2017, Vol. 30, No. 6, pp. 68 – 69.

kind of human activity this branch of law regulates. Such clarification is needed for discussion about economic analysis of law and about applicability of the *homo oeconomicus* concept in law. For example, in *common law* administrative law is uderstood as the part of the legal framework for public administration[30]. Howbeit, public administration is there recognized as a very wide part of social life. Peter Cane pointed out that this is „the day-to-day implementation of public policy and public programmes in areas as diverse as immigration, social welfare, defence, and economic regulation – indeed in all areas of social and economic life in which public programmes operate"[31]. He also illustrated, that administrative law concerns three aspects of public administration[32]:

a) its institutional framework,
b) it creates „normative" framework – it imposes certain normative constraints on public administration; this branch of law is concerned with all norms that regulate public administration;
c) it is concerned with enforcement of the norms that regulate public administration.

In legal systems as English system of law, administrative law as well as public administration is defined broadely. Nonetheless, for the purposes of this study the author accepts definition created by him in other article – this definition read as follows: administrative law regulates the activities of state authorities – both internal ones, which concern relations between particular state bodies, and external ones, that refer to relationship between state and entity[33]. This means, that legal norms established in administrative law are applied always when the individual enters into the relationship with public body[34]. Thereupon, the scope of administrative law is probably unlimited.

According to the economic analysis of administrative law most studies regards to tax law. The definition proposed by author allows to classify tax law as a kind of administrative law[35]. Research areas of economic analysis of tax law were connected with optimal taxation[36], the comparison between Consumption

---

[30] P. Cane, *Administrative Law,* Oxford-New York 2011, p. 3.
[31] *Ibidem.*
[32] *Ibidem,* p. 11 – 14.
[33] T. Guzik, *Perspektywy zastosowania...,* p. 69.
[34] *Ibidem.*
[35] However, it is commonly approved that administrative law includes tax law.
[36] R. D. Cooter, *Optimal Tax Schedules and Rates: Mirrlees and Ramsey,* „American Economic Review" 1978, Vol. 68, No. 5, pp. 756-768; R. D. Cooter, E. Helpman, *Optimal Income Taxation for Transfer Payments Under Different Social Welfare Functions*, „Quarterly Journal of Economics" 1974, Vol. 88, No. 4, pp. 656-670.

Tax, Value Added Tax, Excise Tax and Sales Tax[37] or optimal techniques of redistribution[38]. In those studies the model of *homo oeconomicus* and Pareto efficiency was applied especially in research during which scholars examined the thesis whether which form of taxation is more efficient – income tax or consumption tax? In one of examplary analysis the sample individual had to make choices between[39]:

a) differently taxed by consumption tax rate goods (in this study authors used prunes and figs);
b) consumption of goods now or in the future (it relates to issue whether to accumulate savings or spend money on various goods presently).

Scholars used those tools to examine which tax form (assuming that entities acting in our society are instrumentally rational egoists) leads to Pareto efficiency. Pareto optimality is a such state of allocation of resources when it is impossible to reallocate so as to make any one individual better off without making at least one individual worse off[40]. This approach to economic analysis of tax norms seems to be justified. However, administrative law is much more broader than tax law. In the next section the author will explore, whether *homo oeconomicus* model can be successfully applied in economic analysis of other branches of administrative law.

3.2. Legal regulation of the Polish administrative agreement

As a clear example of applicability of the economic man model in administrative law, the author will conduct the economic analysis of administrative agreement – the Polish legal institution set in art. 114 of the Code of Administrative Procedure (hereinafter referred to as „CAP"). Pursuant to this article „the parties may reach an agreement, if the nature of the case supports it and if it is not contrary

[37] A. Warren A., *Would a Consumption Tax Be Fairer Than an Income Tax?*, „The Yale Law Journal" 1980, Vol. 89, No. 6, pp. 1081-1124; D. A. Weisbach, J. Bankman J., *The Superiority of an Ideal Consumption Tax over an Ideal Income Tax*, „Stanford Law Review" 2006, Vol. 58, No. 5, pp. 1413-1456.

[38] L. Kaplow, S. Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, „Journal of Legal Studies 1994", Vol. 23, No. 2, pp. 667-681; S. Shavell, *A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?*, „American Economic Review" 1981, Vol. 71, No. 2, pp. 414-418.

[39] D.A. Weisbach, J. Bankman, *The Superiority of …*, pp. 1422 – 1428.

[40] W. Załuski, *The Limits of Naturalism: a Game – Theoretic Critique of Justice as Mutual Advantage,* Kraków 2006, p. 69.

to specific provisions"[41]. This provision corresponds with general principle for amicable settlement of cases expressed in art. 13 § 1 point 1 and 2 of CAP[42]. The doctrine of administrative law indicates that the administrative agreement is a form of action of the parties, not of the administration body[43]. However, in accordance with art. 118 § 1 of the CAP the public body has the control whether to confirm agreement or not. This power of public body arises also from the art. 118 § 3 of the CAP, which includes the norm whereby "the public administration body shall refuse to confirm any agreement that breaches the law, that does not take into account the position of a body referred to in § 2, or which is against the public interest or the proper interests of the parties".

It is significant that administrative agreement when confirmed has the same legal effects as administrative decision. In accordance with art. 120 § 1 of the CAP "the agreement shall be enforceable from the date on which the ruling confirming it becomes final". Even apart from economic reasons amicably settlement of the case is preferred by legal rule laid down in art. 13 § 2 and art. 11 of the CAP. Pursuant to this provisions the priority is to implement the administrative decision by the parties without the need for coercive measures. It is obvious that commonly found solution of the problem will be easier to realize than the authoritarian decision issued by the public administration authority. The author also want to note that the characteristic of administration agreement is the fact that this institution may be applied only between at least two parties of administrative procedure. The reason is that this institution relates to administrative matters where is the multiplicity of parties. This means that administrative agreement must not be made by party and public administration body, or by party and subject with the rights of a party, or even by party and the third party with factual interest[44]. Notwithstanding, there was emphasized in the literature that settlement can be sign only in the matter where there is a conflict of interests between parties[45]. The essence of the administrative agreement is to make mutual concessions by the parties in respect of their rights and obligations[46]. To a large extent, the administrative agreement resembles a settlement reached

---

[41] The Act of 14 June 1960 – Administrative Proceedings Code, Journal of Laws of 2000, No. 98, Item 1071.

[42] P.M. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 10688; T. Woś, *Postępowanie administracyjne,* Warszawa 2017, p. 432.

[43] W. Dawidowicz, *Ugoda w postępowaniu administracyjnym* (in:) *Kodeks postępowania administracyjnego po nowelizacji*, Warszawa 1980, p. 137.

[44] T. Woś, *Postępowanie…,* p. 433.

[45] *Ibidem,* p. 434.

[46] *Ibidem,* p. 432.

by the parties in civil procedure[47]. In both examples parties have contradictory interests, thereupon they must come to a common position, which will result in their mutual concessions.

As a consequence, the administrative agreement can be reached when the administrative matter is moot[48]. In other words, when parties have opposing interests. The opposing interests can be understood as situations while granting the right to one party will be expense for the other, who will have to respect the right of the first party[49]. Another situation when the parties have contradict interests is a circumstance where granting of the right to one party will exclude granting it to the other. Finally, there may be factual states in which the interests of the parties cross each other and they can be associated with various obligations arising from the administrative decision.

1.1. The Economic Analysis of Polish Administrative Agreement

As an example that parties can reach administrative agreement there will be used the administrative procedure of land consolidation (hereinafter referred to as "CEP)[50]. Such illustration meets legal requirements concerning reaching administrative agreement, which are listed above. Participants of this administrative proceedings in practice always have opposing interests. In this procedure administrative body section off plots, whereby they have different borders than before this process (art. 1 (1) of the CEP). The main assumption of this procedure is that new plots have the same area as previous ones (art. 8 (1) of the CEP). Obviously, there are cases in which implementation of this assumption is impossible. The aim of marking new plots' borders in administrative procedure is to improve the functionality of lands. For instance, there may be circumstances when the boundaries of the land overlap (two different lands contain themselves) or two plots that belong to one owner are separated by land of different owner, what consequently hinders cultivations. All of this is a perfect example to apply administrative agreements. Each party has its own material interests that can be easily counted and expressed by mathematics. In fact, similarities to the situation in which the parties negotiate the terms of the contract are visible to the naked eye.

---

[47] *Ibidem,* p. 433.

[48] *Ibidem,* p. 434.

[49] C. Martysz (in:) G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. Tom 1*, Warszawa 2010, p. 155.

[50] The Act of 26 March 1982 of Consolidation and Exchange of Plots, Journal of Laws of 1982, No. 11, Item 80.

The author will conduct the economic analysis of administrative agreement using bargaining theory[51]. The model of bargaining theory is appropriate to carry out suchlike analysis, because bargaining situations are such kind of game in which parties have opposing interests, what exactly correlates with cases in which administrative agreement can be reached. As W. Załuski emphasized, "in bargaining situations, the interests of agents partly converge (because each of them wants to reach wants to reach a better outcome than her initial position) and partly diverge (because they have opposing preferences regarding which of at least two different Pareto-optimal outcomes should be reached)"[52].

Assume that party named John has two plots (plot A and plot B) that both are worth 50 000 USD. Plot A and plot B cover the area of 1 ha. The second party which name is Richard has parcel (land C) that separate John's plots. His land has a surface area of 0,1 ha and is worth 5000 USD. The aim of administrative procedure of land consolidation is to join John's estates what can significantly increase their value (one of the consequences of such procedure is change of the value of plot – the price can increase or decrease). On the other hand, Richard has to obtain plot with different boundaries (practically a land located in different area). Suppose that as a result of proceedings the value of both immoveables rises and participants can choose between only following two options:

a) John receives one property that is worth 60 000 USD and Richard obtains one estate priced 5 500 USD;
b) John gets property rated 51 000 USD and Richard can take plot worth 6 000 USD.

We assume that surface area of new plots is the same as before consolidation. In this case the situations of all parties improve, because the value of each land increases. However, each of them wants to make as great profit as possible. Both parties have the price limit, which means that they have the minimum value that they can accept to take part in the administrative procedure of land consolidation. Those price limits are specific spots named *status quo* which are starting points for negotiations between parties. And if those attempts fail, the parties remain in those basic positions. In this example John's price limit is 50 000 USD, and Richard's price limit amounts 5 000 USD. The reason is those prices are the values of their properties before starting the administrative proceedings. As it was mentioned, the parties want to keep at least the same material situation as before the commencement of the consolidation process, but primarily they

[51] J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć…*, p.32; W. Załuski, *The Limits of…*, p. 73-77.
[52] W. Załuski, *The Limits of…*, p. 74.

want to improve their financial status. Therefore, aforementioned both options lie within the negotiation space, thanks to which the parties can negotiate the outcome of administrative procedure in which they participate.
This case was shaped in the way that all options maximize the social welfare. However, let's expand this example and propose, that there were also two additional possibilities:

c) Johns receives property priced 70 000 USD and Richard gets estate worth 4000 USD;
d) John obtains plot which value is 45 000 USD and Richard receives land priced 7000 USD.

This shows, that among four possibilities only two of them give the chance to reach agreement, that will satisfy all parties. The reason is, that options C and D include proposals that exceeds price limits of John and Richard. The parties will be only interested in the choice between option A and B. Thus, the administrative agreement forces parties to choose only such option, which maximizes utility of all actors. In this factual state the parties among four options will choose only that one, which increases the utility of all of them (so, it will be option A or B). Consequently, the social welfare will also rise[53].

One of the greatest difficulties that the parties have to overcome is - in considered case - to determine by the parties which option they will choose. This obstacle is a consequence of application of *homo oeconomicus* concept in this analysis. We assume that parties are economic men what signifies that they are instrumentally rational egoists. As it was described above, instrumental rationality means, that actor calculates each option and chooses that one, which maximizes his utility in the largest range. According to cited example, John and Richard will estimate each option a, b, c and d and they will choose that one, which will be the best from their perspective. However, this case shows, that alternative which maximizes John's utility (option C) does not boosts Richard's utility, and *vice versa* (option D). For the sake of the fact that John and Richard are rational in the instrumental sense, both of them know, which variant they have to choose to make the best choice in order to reach the agreement, what is the best solution.

Because of the fact, that parties (using the nomenclature of Game Theory – "players") mentioned in this example are *homines oeconomici,* they are also egoistic. For this reason John will strive for reaching such agreement that will

[53] P. Dolan, *The measurement of individual utility welfare and social,* „Journal of Health Economics" 1998, Vol. 17, No. 1, p. 42.

sanction that option, which maximizes only his utility. Nonetheless, Richard will be guided by the same motive as John. Despite the fact that options A and B give the surplus both for John and Richard (what makes the negotiations between them much easier), the egoistic nature of players significantly hinders reaching the agreement. In spite of this, thanks to specific features of *homo oeconomicus* concept, the parties will choose alternative which maximizes John's and Richard's utility, and as a consequence – the utility of the whole society. Both parties will aim to reach the agreement. If so, they will have to respect the limit price of the other participant - otherwise, it will be impossible to reach the agreement. However, conclusion of a settlement eliminates a very high risk which consist on the following aspects:

- incurring additional proceeding costs related with continuation of the process;
- costs related with waiting for the sentence (in our case it connects with uncertain situation regarding the borders of plot, what consequently makes impossible to conduct business in this area – it is loss of *lucrum cessans*);
- uncertainty about division of plots.

According to the third aspect, from among four options, the public administration body may choose that one, which constitutes a deterioration of utility of one party. Then, despite some negotiation barriers that are consequences of the fact that players are *homines oeconomici*, an instrumentally rational actor driven by selfish motives knows, that he will gain the most when he leads to reaching the agreement. Therefore, the *homo oeconomicus* model indicates, which alternative will be the most profitable not only for the parties, but also for the whole society.

4. Critical analysis

Aforementioned theses are supported by researches conducted by other scholars. In one work there was mentioned, that if the voluntary agreement can be concluded, two requirements must be met. First, proposed alternatives can not exceed parties' price limits[54]. Second, parties must agree on the price that is located in the negotiation space (what mean's that is higher than price limit)[55].

[54] J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć…*, p. 34.
[55] *Ibidem.*

Fulfillment each of those requirements is a necessary condition to reach satisfying agreement[56]. The same conclusions can be drawn from the case discussed above. Scholars indicate that a contract (in this case an administrative settlement) constitutes an improvement in the Pareto sense only if it meets aforementioned conditions, thus if each party rationally estimated the value of the subject of the contract. This signifies, that supposition that parties are *homines oeconomici* leads to conclusion that administrative agreements reached by them will be improvements in the Pareto sense. Due to the fact that the principal aim of Economic Analysis of Law is to indicate legal solutions that maximize social utility, this research programme must be underpinned by the assumption of human rationality. Nevertheless, in the above-cited studies the following thesis was proved: if contract is concluded voluntarily, and whether its subject has been reasonably estimated, its conclusion leads to Pareto-optimal improvement of social welfare. In this work, the author used the bargaining theory in economic analysis of Polish administrative agreement. Nevertheless, it is also allowed to find any other legal institution of administrative law, which could be modeled by the prisoner's dilemma or by any other Game Theory's tools applied in the economic analysis of law. However, any freely chosen tool of economic analysis of law requires application of the assumption of human rationality. In his master's thesis, the author of this article proved that in the tools used in economic law analysis such as Coase Theorem, Prisoner's Dilemma or various inequalities used to optimize criminal sanctions, the *homo oeconomicus* concept performs a very important function.

It is also worth noting that legal institutions of administrative law can be easily analyzed by economic tools. The reason is that the subject of administrative process as well as material administrative law can be simply quantified. Very often there is possibility to clearly summarize profits and losses of particular alternative, especially in various types of building proceedings[57], tax procedures[58], consolidation and exchange processes[59] or even environmental procedures[60]. In different part of this article the author pinpointed possible areas of administrative law in which an economic analysis can be effectively applied. Depending on the examined legal problem or the analyzed legal institution it is possible to

---

[56] *Ibidem.*

[57] The Act of 7 July 1994 – Construction Law, Journal of Laws of 1994, No. 89, Item 414.

[58] The Act of 29 August 1997 – Tax Ordinance, Journal of Laws of 1997, No. 137, Item 926.

[59] The Act of 26 March 1982 of Consolidation and Exchange of Plots, Journal of Laws of 1982, No. 11, Item 80.

[60] The Act of 27 April 2001 – Environmental Law, Journal of Laws of 2001, No.62, Item 627.

use various economic models and tools[61]. Moreover, the underpinning of every such tool is the assumption of a man who is an instrumentally rational egoist, what in turn illustrates in an emphatic manner the significance of this concept for the law.

The author entirely disregards the critics of the *homo oeconomicus* concept. Responding to allegations of criticism is not the purpose of this article. Its aim was to demonstrate the applicability and usefulness of this model in administrative law (more precisely - in the economic analysis of administrative law), what in the author's opinion was successfully realized. It has been shown that application of this theory allows to indicate legal solutions that optimize and maximize social wealth. On the other hand, it may seem that entities appearing in administrative procedures (both parties and public administration body) due to quantifiable nature of this procedures, will behave much more definitely as *homo oeconomicus* than entities in other branches of law. Public body has an access to rich intellectual resources of office holders who acts on behalf of such body. What is more, the same relates to legal person – it has a group of people who make decision on behalf of such person. It is widely known that choices discussed by number of people and made as a result of heated discussion are better and more rational than made by emotional entity. However, it may be supposed that natural person who is a party in administrative procedure – because of the nature of such process – can behave more rational than usual.

5. Closing remarks

The *homo oeconomicus* concept is the basic assumption of economic analysis of law. This model consist of two elements: formal factor and the material one. The formal element means that people make decisions in instrumentally rational manner. Then, the material element signifies that they are also egoists. This model is applied in law through economic analysis of law. The author showed that *Law & Economics* scholars primarily were focused on such branches of law as civil law, criminal and penal law or civil procedure. Unfortunately, legal theorists did not used economic analysis more widely to study administrative legal institutions. However, as author of the article proved, economic tools can be succesfully used in examination of administrative legal norms. Due to the nature of administrative law and administrative procedure economic models can

[61] T. Guzik, *Perspektywy zastosowania…*, pp. 75 – 78.

be effectively applied to optimize this branches of law. Finally, because *Law & Economics* may be profitably adopted in administrative law, therefore the *homo oeconomicus* model is a concept, which can play a significant role in the theory and philosophy of law.

Bibliografia

Becker G., *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976 Tullock G., *Does Punishment Deter Crime?*, „The Public Interest" 1974, Vol. 36, p. 103-111.

Bełdowski B., Metelska-Szaniawska K., *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa,* „Bank i Kredyt" 2007, Vol. 38, No. 10, pp. 51-69.

Bouckaert B., De Geest G. (eds), *Essays in Law and Economics II: Contract Law, Regulation, and Reflections on Law and Economics*, Antwerpen-Maklu 1995.

Cane P., *Administrative Law,* Oxford-New York 2011.

Coase R. H., *The Firm, the Market, and the Law,* Chicago and London 1990.

Cooter R. D., Helpman E., *Optimal Income Taxation for Transfer Payments Under Different Social Welfare Functions*, „Quarterly Journal of Economics" 1974, Vol. 88, No. 4, pp. 656-670.

Cooter R. D., Marks S. V., Mnookin R. H., *Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior*, „The Journal of Legal Studies", Vol. 11, 1982, pp. 225-251.

Cooter R. D., *Optimal Tax Schedules and Rates: Mirrlees and Ramsey,* „American Economic Review" 1978, Vol. 68, No. 5, pp. 756-768.

Cooter R., Ulen T., *Law & Economics,* Boston 2012.

Dawidowicz W., *Ugoda w postępowaniu administracyjnym* (in:) *Kodeks postępowania administracyjnego po nowelizacji*, Warszawa 1980.

Decision theory selection criteria (in:) *Policonomics*, http://policonomics.com/decision-theory-selection-criteria/ (5.08.2018).

Dolan P., *The measurement of individual utility welfare and social*, „Journal of Health Economics" 1998, Vol. 17, No. 1, pp. 39-52.

Gilovich T, Griffin D., Kahneman D., *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment,* Cambridge 2002.

Guzik T., *Perspektywy zastosowania ekonomicznej analizy w prawie administracyjnym*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2017, Vol. 30, No. 6, pp. 66-79.

Hill J. S., Brazier J. E., *Constraining Administrative Decisions: A Critical Examination of the Structure and Process Hypothesis*, „The Journal of Law, Economics, and Organization" 1991, Vol. 7, No. 2, pp. 373-400.

Kaplow L., Shavell S., *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, „Journal of Legal Studies" 1994, Vol. 23, No. 2, pp. 667-681.

Kerkmeester H., *Methodology: General* (in:) B. Bouckaert, G. De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0400-methodology-general.pdf (5.08.2018).

Landes W., Posner R., *The Economic Structure of Intellectual Property Law,* Cambridge, Massachusetts 2003.

Łaszczyca G., Martysz C., Matan A., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. Tom 1*, Warszawa 2010.

Mashaw J. L., *Explaining Administrative Process: Normative, Positive, and Critical Stories of Legal Devopment*, „Journal of Law, Economics, and Organization" 1990, Vol. 6, pp. 267-298.

Miceli T. J., *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford 1996.

Miceli T. J., *The Economic Approach to Law,* Stanford 2004.

Parisi F., *The Economic Structure of the Law. The Collected Papers of Richard A. Posner: Volume I*, Cheltenham and Lyme 1998.

Peterson M., *An Introduction to Decision Theory*, Cambridge 2009.

Polinsky A. M., *Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies*, „The Journal of Legal Studies" 1983, Vol. 12, No. 2, p. 427-44.

Posner R., *Economic Analysis of Law,* New York 2011.

Przybysz P. M., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 10688.

Schmitz S., Koeszegi S.T., Enzenhofer B., Harrer Ch., *Quo Vadis Homo Economicus? References to Rationality/Emotionality in Neuroeconomic Discourses,* Wiedeń 2015.

Shavell S., *A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?*, „American Economic Review" 1981, Vol. 71, No. 2, pp. 414-418.

Stelmach J., Brożek B., Załuski W., *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa,* Warszawa 2007, pp. 18-19.

Stelmach J., *Spór o ekonomiczną analizę prawa* (in:) J. Stelmach, M. Soniewicka (eds.), *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych,* Warszawa 2007, pp. 9-23.

The Act of 14 June 1960 – Administrative Proceedings Code, Journal of Laws of 2000, No. 98, Item 1071.

The Act of 26 March 1982 of Consolidation and Exchange of Plots, Journal of Laws of 1982, No. 11, Item 80.

The Act of 27 April 2001 – Environmental Law, Journal of Laws of 2001, No.62, Item 627.

The Act of 29 August 1997 – Tax Ordinance, Journal of Laws of 1997, No. 137, Item 926.

The Act of 7 July 1994 – Construction Law, Journal of Laws of 1994, No. 89, Item 414.

Veljanovski C. G., *The Coase Theorems and the Economic Theory of Markets and Law*, „Kyklos" 1982, Vol. 35, No. 1, p. 53-74.

Warren A., *Would a Consumption Tax Be Fairer Than an Income Tax?,* „The Yale Law Journal" 1980, Vol. 89, No. 6, pp. 1081-1124.

Weisbach D. A., Bankman J., *The Superiority of an Ideal Consumption Tax over an Ideal Income Tax,* „Stanford Law Review" 2006, Vol. 58, No. 5, pp. 1413-1456.

Woś T., *Postępowanie administracyjne,* Warszawa 2017.

Załuski W. (2008), *Człowiek jako homo oeconomicus (Human Being as Homo Oeconomicus)* (in:) O. Bogucki, S. Czepita (ed), *System prawny a porządek prawny* (*Legal and Legal Order*), Szczecin 2008, p. 297-315.

Załuski W., *The Limits of Naturalism: a Game – Theoretic Critique of Justice as Mutual Advantage,* Kraków 2006.

Streszczenie

W teorii i filozofii prawa jednym z najważniejszych nurtów jest program badawczy *Law & Economics.* Projekt ten, choć niejednorodny badawczo, oparty jest na założeniu, iż twórcą i podmiotem prawa jest *homo oeconomicus.* Pomimo tego, iż przedstawiciele ekonomicznej analizy prawa bardzo dogłębnie zbadali takie gałęzie prawa jak prawo cywilne (procesowe i materialne), prawo karne, prawo konstytucyjne czy prawo ochrony środowiska, to w literaturze przedmiotu można odnaleźć śladowe ilości przeprowadzonych analiz ekonomicznych instytucji prawnych o charakterze administracyjnoprawnym. Autor stawia tezę (którą następnie broni), iż koncepcja *homo oeconomicus* może być z powodzeniem stosowana w analizie ekonomicznej instytucji administracyjnoprawnych. W tym celu przeprowadza on – na stworzonym przez siebie przykładzie procedury scalania gruntów – stosowną analizę ugody administracyjnej uregulowaną w art. 114 kodeksu postępowania administracyjnego. Artykuł składa się czterech części. W pierwszej z nich przybliżona zostaje koncepcja modelu *homo oeconomicus* oraz całego nurtu ekonomicznej analizy prawa. W kolejnym rozdziale pogłębionej analizie zostaje poddane zagadnienie analizy ekonomicznej prawa administracyjnego. Dyskutowane są rozmaite definicje prawa administracyjnego oraz omówiona zostaje instytucja ugody administracyjne. Po tym autor dokonuje przedmiotowej analizy ekonomicznej ugody administracyjnej. Ostatnia część to analiza krytyczna przedstawionych badań.

SŁOWA KLUCZOWE: *homo oeconomicus,* ugoda administracyjna, procedura administracyjna, ekonomiczna analiza prawa, teoria i filozofia prawa

Summary

One of the most important research currents in theory and philosophy of law is *Law & Economics.* Despite the fact, that this research project is heterogenous, it is based on the assumption according to which the subject and the creator of law is *homo oeconomicus.* In spite of the fact, that scholars deeply analyzed such branches of law, as civil law (material one and civil procedure), criminal law, constitutional law or environmental

law, in the literature there are only few papers concerning economic analysis of administrative law. The author defends the thesis, that the *homo oeconomicus* concept can be successfully applicable in economic analysis of administrative law. For this purpose he conducts (using created by him factual state) economic analysis of administrative agreement set in art. 114 of Polish Code of Administrative Procedure. The article is divided into four parts. In the first section the *homo oeconomicus* concept and the whole current of economic analysis of law are presented. Then, the author shows deep research about economic analysis of administrative law. There are discussed various definitions of administrative law. What is more, legal institution of administrative agreement is also presented. Finally, the author conducts economic analysis of Polish administrative agreement. The last part is critical analysis of demonstrated research results.

KEY WORDS: *homo oeconomicus,* administrative agreement, administrative procedure, economic analysis of law, theory and philosophy of law

Autor

Tomasz Guzik – mgr, doktorant w Katedrze Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Dziedziny działalności naukowej: ekonomiczna analiza prawa, teoria i filozofia prawa, prawo prywatne i podatkowe.

Waldemar Zadworny, Stanisław Gemra

Ocena jakości usług w transporcie zbiorowym na przykładzie Miejskiego Zakładu Komunikacji Spółka z o.o. w Jarosławiu

Evaluation of public transport service quality based on Municipal Transport Company"Private Limited Company in Jarosław"

Wstęp

Zmiany, jakie zachodzą w związku z nasyceniem rynku, prowadzą do zaostrzenia konkurencji między oferentami dóbr i usług, co również wymaga zmiany podejścia do jakości oferowanych usług. Popyt na usługi komunikacji miejskiej jest uwarunkowany atrakcyjnością oferty i nie odnosi się tylko i wyłącznie do usługi przewozowej, ale także do wielu aspektów towarzyszących wykonywanej usłudze. Dlatego też przedsiębiorstwa przewozowe powinny systematycznie przeprowadzać badania satysfakcji swoich klientów, których wyniki pozwolą na stworzenie optymalnej oferty[1].

Mając na uwadze powyższe, celem artykułu jest próba oceny jakości usług przewozowych świadczonych przez przedsiębiorstwo transportu miejskiego w Jarosławiu. Cel ten zrealizowano przeprowadzając badania ankietowe, a analizę wyników poprzedzono omówieniem istoty i kształtowania jakości usług przewozowych. Pozyskane wyniki analizy empirycznej mogą pomóc w lepszym zrozumieniu problematyki obsługi pasażerów komunikacji miejskiej.

---

[1] J. Szołtysek, *Logistyczne aspekty zarządzania przepływami osób i ładunków w miastach*, Katowice 2009, s. 25.

1. Istota jakości usług transportowych

Zarządzanie poprzez jakość znalazło szerokie praktyczne zastosowanie w działalności gospodarczej w latach 80. Początkowo teoria jakości odnosiła się głównie do oceny końcowego wyniku procesu produkcyjnego, jakim był wyrób lub usługa. Jakość w usługach przewozowych rozumiano jako perfekcyjny pod względem technicznym transport od punktu początkowego do końcowego.

Obecnie podaż produktów jest większa niż popyt, co oznacza, że rynek z jakim mamy do czynienia, to rynek klienta, a więc punktem odniesienia dla jakości usług stał się klient i jego wymagania. Tym samym zmieniło się rozumienie pojęcia jakości w usługach przewozowych i odnosi się ono do usług, dostosowanych do potrzeb podróżnych od chwili pierwszego kontaktu z klientem do chwili zakończenia podróży[2].

Jakość usługi, to wychodzenie naprzeciw wymaganiom klienta przez podmioty prowadzące działalność usługową. Jest to więc stopień, w jakim ogół nieodłącznych właściwości usługi spełnia wymagania klienta[3]. Z definicji tej wynika, że klient może decydować, czy i w jakim zakresie usługa odpowiada jego oczekiwaniom i zaspokaja jego potrzeby. Jakość może być więc rozumiana jako suma cech, decydujących o jej zdolności do zaspokojenia określonych potrzeb. Przyjmując za S. Vinckem i in., jakość może być m.in. określana jako[4]:

- związek pomiędzy tym, co konsumenci dostają, a tym, co chcieliby otrzymywać,
- stopień, w jakim dany produkt odpowiada wzorowi lub specyfikacji,
- stwierdzenie, kiedy życzenia klientów są spełniane przy minimalnym koszcie produkcji,
- stopień doskonałości przy możliwej do przyjęcia cenie i jej uzyskanie przy możliwych do przyjęcia kosztach,
- pomiary, dzięki którym sporządzić można charakterystykę podstawowych cech produktu, procedury lub usług oraz obiektywnie stwierdzić, czy te cechy spełniają stawiane im oczekiwania,
- stopień, w jakim wszystkie cechy produktu/usług spełniają wymagania użytkowników.

---

[2] A. Mężyk, S. Zamkowska, *Podnoszenie jakości usług w przewozach pasażerskich*, opublikowano: http://docplayer.pl/28215909-Podnoszenie-jakosci-uslug-w-przewozach-pasazerskich.html, s. 21 (20.12.2017).

[3] J. Łańcucki, *Podstawy kompleksowego zarządzania jakością TQM*, Poznań 2001, s. 43.

[4] S. Vinck, P. Mopin, J.M. Molina, K. Nost, P. Als, *Barometr jakości satysfakcji pasażerów*, „Biuletyn Komunikacji Miejskiej", nr 40, (1998), s. 50-79.

- W odniesieniu do usługi transportowej możemy wyróżnić trzy kategorie jakości[5]:
- jakość postulowaną przez klientów, która określa ich żądania i życzenia dotyczące sposobu realizacji usługi transportowej,
- jakość oferowaną przez przewoźników, którą cechuje projektowana jakość, możliwa do realizacji przy aktualnym zasobie wiedzy, techniki i organizacji,
- jakość realizowaną przez usługodawców transportu, która jest zrealizowaną usługą transportową o jakości najczęściej gorszej od wymaganej i oferowanej.

Jakość w transporcie zbiorowym rozumiana jest jako poziom usług, determinujący zadowolenia klienta (pasażera) z nabytego dobra lub usługi (przejazdu). Jakość usług przewozowych zależy od wielu czynników określanych jako kryteria jakości transportu miejskiego, czyli oczekiwania, wymagania klientów. Na bazie tych wymagań są formułowane tzw. postulaty przewozowe. Ustalenie liczby i rodzajów zgłaszanych postulatów przewozowych jest przedmiotem wielu badań empirycznych i teoretycznych. Najczęściej wymieniane są cztery podstawowe postulaty i są to[6]: koszt, czas, dostępność i wygoda. Jednak dla precyzyjniejszej oceny jakości należy dodatkowo uwzględnić[7]:

- bezpieczeństwo - monitoring wnętrza pojazdu i przystanków, doświadczenie i odpowiednie umiejętności kierowców oraz odpowiedni stan autobusów,
- troskę o klienta - przyjazny stosunek personelu do pasażerów, odpowiednie kwalifikacje personelu, (nie tylko kierowców, ale także osób zajmujących się udzielaniem informacji i sprzedażą biletów), wygląd zewnętrzny personelu, stosowanie rekompensat za odstępstwa od obowiązujących standardów,
- ekologię - ekologiczny napęd oraz niski poziom hałasu generowanego przez pojazdy.

Nie jest to hierarchia uniwersalna i bezwzględna. Ranga postulatów przewozowych jest zależna od preferencji użytkowników i czynników lokalnych.

---

[5] M. Cieśla, *Potrzeby i preferencje użytkowników transportu publicznego jako wskaźnik jakości usług transportowych* „Logistyka", nr 6, (2006); A. Hamrol, *Zarządzanie jakością z przykładami*, Warszawa 2005, s. 474.

[6] J. Jackiewicz, P. Czech, J. Barcik, *Standardy jakości usług w komunikacji miejskiej*, Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej, (2010), z. 68, s. 56; A. Jonkis, *Kształtowanie zachowań komunikacyjnych na potrzeby logistyki miasta.* Logistyka 5, 2010, s. 24.

[7] O. Wyszomirski, *Transport miejski. Ekonomika i organizacja*, Gdańsk, 2008, s. 111; J. Szołtysek, *Podstawy logistyki miejskiej*, Katowice 2007, s. 31.

Pomimo dużej różnorodności sformułowań odnoszących się do jakości, zawsze przewija się zasadnicza myśl, że jakość oznacza spełnienie wymagań klientów usług transportowych. Ocena jakości usług transportowych obejmuje więc działania niezbędne do dostarczenia klientowi obiektywnych dowodów, że będą spełnione jego wymagania odnoszące się do jakości i dotyczące głównie czasu, miejsca przewozu, jakości środków transportu, przewożonych ładunków i zadowolenia pasażerów (w przypadku transportu pasażerskiego).

2. Kształtowanie jakości usług przewozowych

Usługa transportowa jest świadczona w wyniku powstania wtórnego popytu - wcześniej następuje popyt na dobro, które aby zaspokoiło potrzeby na rynku musi być przetransportowane. Każda usługa transportowa ma charakter potrzeb przewozowych, z których każda generuje decyzje wyboru określonej gałęzi transportu, określonego przewoźnika, określonej drogi przewozu i określonego sposobu przewozu[8].

Usługa przewozowa jest produktem oferowanym na rynku. Jako usługa charakteryzuje się cechami, które powodują odmienne podejście do kształtowania jej jakości niż w przypadku

produktów materialnych (dóbr rzeczowych). Cechy te to[9]:

- jednoczesność produkcji i konsumpcji (brak możliwości odrzucenia wadliwej partii przed sprzedażą, złej jakości usługa jest odbierana przez klientów),
- brak możliwości magazynowania (nie można korzystać z produktów wytworzonych wcześniej w okresach zwiększonego popytu),
- niemożliwe jest osiągnięcie powtarzalności dobrych zachowań (znaczenie personelu, biorącego udział w kształtowaniu jakości usług),
- niemacalny i nieuchwytny charakter (konsument ocenia jakość dostarczanej usługi na podstawie czynników jej towarzyszących, np. poczucia bezpieczeństwa).

Kształtując jakość usług należy brać pod uwagę, że zbudowana jest ona z trzech warstw – rdzenia produktu, produktu rzeczywistego i produktu

---

[8] B. Liberadzki., L. Mindur (red.), *Uwarunkowania rozwoju systemu transportowego*, Warszawa-Radom 2007, s. 35.

[9] J. Jackiewicz, P. Czech, J. Barcik, dz. cyt., s. 73.

potencjalnego. Rdzeniem jest sama potrzeba przemieszczania się (pierwotna potrzeba konsumenta). Produkt rzeczywisty zaspokaja podstawowe oczekiwania użytkowników przy realizacji tej pierwotnej potrzeby. Składają się na niego: punktualne odjazdy, czyste środki transportu czy niezawodność usługi. Natomiast w skład produktu potencjalnego wchodzą te elementy, które zaspokajają rozszerzone potrzeby klientów, wpływając na jakość usług, polepszając wizerunek przedsiębiorstwa oraz zwiększając jego przewagę konkurencyjną. W skład tych elementów mogą wchodzić m.in. dodatkowe formy płatności (np. bilet sms), informacje o rzeczywistych odjazdach środków transportu w postaci tablic elektronicznych na przystankach, uprzywilejowanie w ruchu środków transportu zbiorowego. Aby korzyści z wdrożenia elementów produktu potencjalnego wpływały na satysfakcję klientów, konieczne jest najpierw zaspokojenie potrzeb wynikających z oferowania produktu rzeczywistego. Usługę przewozową można analizować również z punktu widzenia standardowego cyklu życia produktu. Jest to cykl opisujący poszczególne etapy od wprowadzenia usługi do jej wycofania z rynku[10]. W pierwszej fazie obejmuje on procesy rozwoju i projektowania usługi, które składają się z kilku faz:

- poszukiwania i gromadzenia pomysłów, dotyczących nowej usługi (np. na podstawie wniosków mieszkańców),
- wstępna selekcja pomysłów (analiza celów i możliwości oraz warunków przestrzennych),
- analiza ekonomiczna wybranej idei,
- techniczny rozwój usługi (stworzenie rozkładu jazdy),
- testowanie usługi (pilotażowe wprowadzenie na rynek).

Po wprowadzeniu usługi na rynek należy intensyfikować działania marketingowe zmierzające do promocji nowej usługi (nowej linii), w celu upowszechnienia informacji o niej. Kolejnym etapem jest faza wzrostu, która charakteryzuje się największą dynamiką zwiększania poziomu sprzedaży. Utrzymanie tej wysokiej dynamiki możliwe jest przez kreowanie odpowiedniej jakości usług, np. przez dodatkowe udogodnienia dla pasażerów (takie jak: udostępnianie pasażerom pojazdu na pętli przed odjazdem, wykorzystywanie obniżenia podłogi na przystanku, w celu ułatwienia wsiadania osobom starszym, niepełnosprawnym czy z wózkami dziecięcymi, ogrzewanie wnętrza pojazdu zimą przed wyjazdem na trasę, czy zastosowanie skomunikowanych i gwarantowanych przesiadek między liniami). Kolejną fazą życia produktu jest faza dojrzałości. W tym okresie

[10] L. Garbarski, I. Rutkowski, W. Wrzosek, *Marketing. Punkt zwrotny nowoczesnej firmy*, Warszawa 2000, s. 28.

następuje stabilizacja poziomu sprzedaży, a w związku z intensywną konkurencją ze strony motoryzacji indywidualnej konieczne są działania, związane z oferowaniem klientowi dodatkowych elementów usługi (produkt potencjalny). Ze względu na duże znaczenie czasu podróży w preferencjach pasażerów jednym z potencjalnych działań może być uprzywilejowanie w ruchu środków transportu zbiorowego czy modernizacja infrastruktury. Czwarta faza stanowi zakończenie cyklu życia produktu i charakteryzuje się spadkiem liczby pasażerów. W tym przypadku konieczne są zmiany w ofercie przewozowej, powodujące ponowne wejście usługi w fazę wzrostu. Likwidacja linii powinna być rozważana tylko w przypadku, gdy pasażerom zaoferować można substytucyjny produkt w postaci innych połączeń o nie gorszych parametrach, w przeciwnym wypadku może to spowodować ich przesiadkę do samochodów osobowych[11].

3. Badanie jakości usług przewozowych - analiza wyników

Gmina Jarosław wraz z 13 otaczającymi sołectwami zajmuje powierzchnię 113,5 km^2 i liczy obecnie 13174 mieszkańców. Siedzibą gminy jest miasto Jarosław, które zajmuje powierzchnię 35,0 km^2 i liczy 38970 osób. Transport zbiorowy na terenie miasta i gminy Jarosław realizują: prywatni przewoźnicy, komunikacja kolejowa, PKS S.A w Jarosławiu oraz MZK Spółka z o.o. w Jarosławiu, która prowadzi 10 linii autobusowych, w tym: 8 linii miejskich i 2 linie podmiejskie. Tabor badanej spółki tworzy 13 autobusów, wśród nich 11 to autobusy firmy SOR Libchavy, niskopodłogowe i niskowejściowe, w tym: 10 autobusów wyprodukowane w latach 2009-2010 i jeden w latach 2012-2013 oraz dwa kilkunastoletnie mercedesy[12].

Realizując założony cel badawczy, jakim uczyniono próbę oceny jakości usług przewozowych świadczonych przez Miejski Zakład Komunikacji Spółka z o.o. w Jarosławiu, funkcjonujący na terenie miasta i gminy Jarosław, skoncentrowano się na takich zagadnieniach jak:

- satysfakcja pasażerów z jakości usług przewozowych MZK,
- preferencje pasażerów w zakresie jakości usług przewozowych MZK,

[11] K. Grzelec, *Specyfika działalności marketingowej w komunikacji miejskiej*, „Biuletyn Komunikacji Miejskiej", nr 76, (2004), s. 24.

[12] Strategia Rozwoju Gminy Jarosław na lata 2016-2025, s 4-11, Strategia Rozwoju Miasta Jarosławia na lata 2016-2020, s. 8-10, http://www.mzk-jaroslaw.pl/ (21.12.2017), Autobus dla MZK, opublikowano: http://www.jaroslawska.pl/artykul/13617,Autobus-dla-MZK (21.12.2017).

- działania sprzyjające skutecznemu zachęceniu podróżujących do korzystania z usług przewozowych MZK.

Zaprojektowane badanie ankietowe pasażerów korzystających z usług komunikacji miejskiej w Jarosławiu, zrealizowano techniką wywiadu bezpośredniego kwestionariuszowego. Respondentów wcześniej poinformowano telefonicznie o wykonywaniu wywiadu co ułatwiło nawiązanie kontaktu z ankietowanymi. Wywiad przeprowadzono w domu respondenta w czwartym kwartale 2017 roku i objęto nim 250 ankietowanych zamieszkujących na terenie miasta i gminy Jarosław.

Spośród ogółu osób objętych badaniem 62% stanowili mężczyźni. Zdecydowana większość badanych to osoby w wieku 19-39 lat (68%). Ponad połowa ankietowanych legitymuje się wykształceniem średnim (52%). Pozostała część respondentów posiada wykształcenie zasadnicze zawodowe (23,2%), wyższe (14,8%) i podstawowe (10%). 54% ogółu badanych respondentów stanową osoby pracujące, 38% uczące się (studenci: 26%, uczniowie: 12%), niepracujące 4,4%, a pozostałe 3,6% to emeryci lub renciści. Prawie połowa respondentów nie posiada własnego samochodu (47,2%), a pozostali ankietowani go posiadają, jednak tylko 22,4% z nich jest jego głównym użytkownikiem. Codziennie z usług komunikacji miejskiej korzysta 51,2% ankietowanych, a kilka razy w tygodniu 32%. Respondenci w większości realizują swe podróże po mieście autobusem MZK (54%), a 24,4% z nich przemieszcza się zarówno samochodem, jak i komunikacją publiczną. 44% ankietowanych korzystało z przewozów komunikacji miejskiej w celu dojazdu do pracy, 29,6% badanych w celu dojazdu do szkoły lub uczelni. Pozostali respondenci jako cel podróży wybrali cele prywatne: na zakupy, spotkać się ze znajomymi, do rodziny, do lekarza (10,4%) i sprawy służbowe (16%).

W pierwszym etapie badań dokonano analizy poziomu zadowolenia i preferencji pasażerów z jakości usług przewozowych świadczonych przez MZK Spółka z o.o. w Jarosławiu. Badanie polegało na określeniu przez respondentów swoich ocen i oczekiwań w stosunku do cech jakościowych wskazanych przez ankietera. Zastosowano skalę pięciostopniową, przy czym: 1 - to ocena najniższa, a 5 - najwyższa. Średnią ocen i oczekiwań analizowanych cech jakościowych zestawiono na rysunku 1.

Rys. 1. Wyniki badań satysfakcji i preferencji pasażerów korzystających z usług Miejskiego Zakładu Komunikacji Spółka z o.o. w Jarosławiu

Źródło: Opracowanie własne na podstawie badań ankietowych.

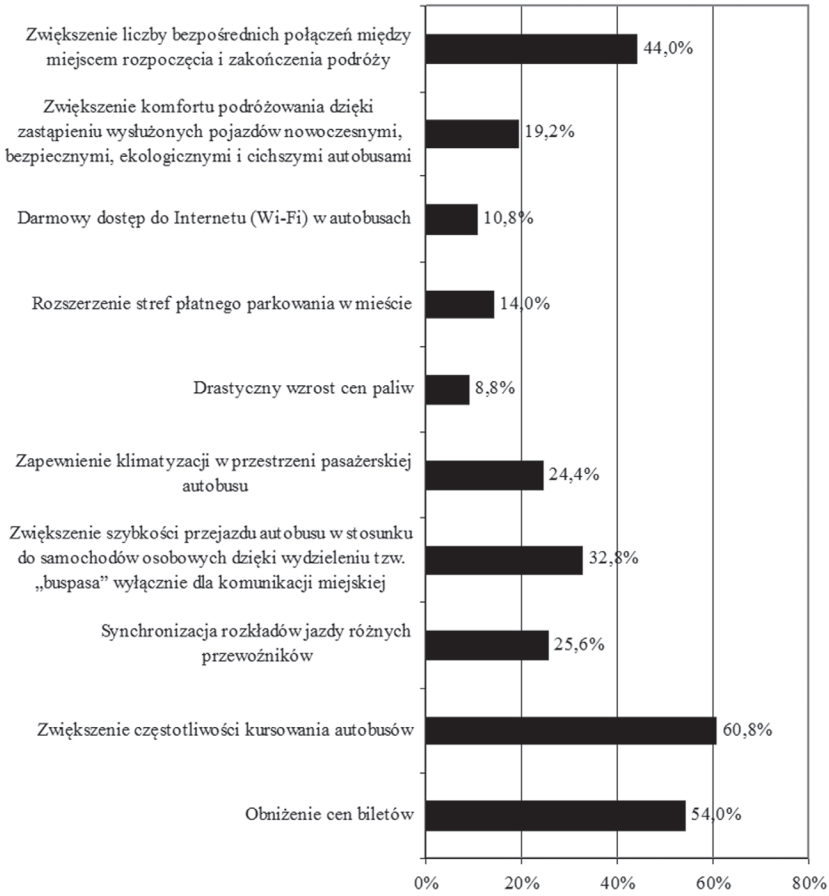
Analiza odpowiedzi powala zauważyć, że spośród cech opisujących poziom zadowolenia z jakości usług przewozowych badanej spółki respondenci najwyżej ocenili atrakcyjność wyglądu zewnętrznego autobusów (4,42), która dotyczy sukcesywnej modernizacji taboru autobusowego oraz stopniowego ujednolicania kolorystyki na barwy biało-czerwone, czytelną i wyraźną identyfikację autobusów (4,40), która oznacza wyraźny numer i kierunek obsługiwanych linii, numer boczny i wyraźne logo przewoźnika, bezpieczeństwo podróżowania (4,38), związane z nowoczesnością autobusów wyposażonych m.in. w systemy

wspomagające hamowanie (EBS, ABS, ASR), systemy gaszenia komory silnika, profesjonalizmem kierujących pojazdem, przestrzeganiem przez kierowców zakazu prowadzenia rozmów w czasie jazdy lub palenia tytoniu, wyposażeniem kabiny kierowcy w gaśnicę przeciwpożarową, oznakowaniem wyjść ewakuacyjnych i monitoringiem pojazdów. Stosunkowo liczna grupa ankietowanych uznała również wygodę podróży (4,29), która wiąże się z ergonomicznością autobusów, odpowiednią ilością miejsc siedzących, uchwytami dla pasażerów podróżujących w pozycji stojącej, oraz ogrzewaniem wnętrza pojazdów, ułatwienia dla osób odczuwających utrudnienia w swobodnym poruszaniu się (4,26): niepełnosprawnych, starszych, z większym bagażem, matek z małymi dziećmi oraz kobiet w ciąży związane są z ilością autobusów niskopodłogowych, miejsc, pasów i przycisków dla niepełnosprawnych na wózkach inwalidzkich, tablic świetlnych z wyraźnym numerem i kierunkiem linii. Natomiast najniżej respondenci ocenili schludność strojów firmowych kierowców (3,92), czas podróży (3,84) oraz informację podawaną podróżnym w pojazdach i na przystankach (3,80).

Analizując wyniki badań dotyczących preferencji respondentów w zakresie jakości usług przewozowych świadczonych przez badaną spółkę należy zauważyć, że oczekiwania ankietowanych są mniejsze jedynie w przypadku czytelnej i wyraźnej identyfikacji autobusów (4,34), atrakcyjności wyglądu zewnętrznego autobusów (4,32) oraz ceny przejazdu (3,91). Natomiast w przypadku pozostałych cech jakościowych oczekiwania respondentów wzrastają, a zwłaszcza w odniesieniu do łatwości za jaką mogą nabyć bilety i dokonać płatności za nie w różnej formie (4,28), informacji podawanej podróżnym w pojazdach i na przystankach w postaci elektronicznych tablic informacyjnych (4,32), częstotliwości kursowania autobusów (4,37) oraz warunków podróży w pojazdach (4,45). Należy podkreślić, że wymagania, jakie stawia klient w odniesieniu do warunków podróży wynikają najczęściej z porównania z warunkami jazdy samochodem osobowym. Spełnienie tych oczekiwań jest możliwe poprzez wprowadzenie odpowiednich zmian w konstrukcji i wyposażeniu taboru. Chodzi nie tylko o zmiany poprawiające komfort jazdy i estetykę wnętrza pojazdu, ale głównie dostosowanie go do potrzeb osób ograniczonych ruchowo.

W drugim etapie badań zadano respondentom pytania dotyczące działań, które mogłyby najskuteczniej zachęcić podróżujących do wyboru przejazdu autobusem zamiast samochodem prywatnym. Respondenci mieli możliwość wskazania dowolnej liczby działań. Rodzaje działań sprzyjających skutecznemu zachęceniu podróżujących do korzystania z usług przewozowych świadczonych przez Miejski Zakład Komunikacji Spółka z o.o. w Jarosławiu, przedstawione zostały na rysunku 2.

Rys. 2. Działania, które według ankietowanych mogłyby najskuteczniej zachęcić podróżujących do wyboru przejazdu autobusem zamiast samochodem prywatnym



Źródło: Opracowanie własne na podstawie badań ankietowych.

W ocenie respondentów za najbardziej skuteczne działania sprzyjające zachęcaniu podróżujących do korzystania z usług przewozowych badanej spółki uznano: zwiększenie częstotliwości kursowania autobusów (60,8% wskazań), obniżenie cen biletów (54% wskazań) oraz zwiększenie liczby bezpośrednich połączeń między miejscem rozpoczęcia i zakończenia podróży (44% wskazań). Natomiast za najmniej skuteczne działania ankietowani uznali odpowiednio: rozszerzenie stref płatnego parkowania w mieście (14% wskazań), darmowy dostęp do Internetu (Wi-Fi) w autobusach (10,8% wskazań) oraz drastyczny wzrost cen paliw (8,8% wskazań).

Podsumowanie

Obecna sytuacja rynkowa stawia producentów usług transportowych wobec konieczności zmiany filozofii działania. Wyprodukowanie usługi, nawet doskonałej z punktu widzenia producenta, nie gwarantuje jej akceptacji przez nabywców. W centrum uwagi powinien znaleźć się klient – podróżny i jego oczekiwania. Właściwa zatem kolejność działań to nie wyprodukować usługę i sprzedać ją, ale najpierw należy poznać preferencje nabywców i przygotować odpowiadającą im ofertę usługową.

Sytuacja komunikacji zbiorowej jest o tyle specyficzna, że oprócz konkurencji między oferentami transportu publicznego istnieje poważne zagrożenie ze strony motoryzacji indywidualnej. Aby sprostać temu zagrożeniu transport publiczny musi stworzyć na tyle atrakcyjną dla pasażera ofertę, aby mogła stanowić alternatywną propozycję wobec jazdy własnym samochodem.

Kolejnym aspektem przemawiającym na rzecz doskonalenia jakości usług w transporcie zbiorowym jest walor ekologiczny. Wobec postępującej degradacji środowiska naturalnego, ciężar obsługi komunikacyjnej powinien zostać przeniesiony, szczególnie w miastach, na komunikację zbiorową. W demokratycznym społeczeństwie może się to tylko odbyć na drodze swobodnego wyboru dokonanego przez użytkownika. W tym procesie wyboru jakość usług ma decydujące znaczenie[13].

Analiza wyników przeprowadzonych badań prowadzi do wniosku, że ankietowani w większości są zadowoleni z poziomu usług świadczonych przez MZK Spółka z o.o. w Jarosławiu i dobrze oceniają działalność badanej spółki. Potwierdza to wynosząca 4,12 średnia arytmetyczna ocen analizowanych cech, które uznano za szczególnie istotne z punktu widzenia jakości. Nie mniej jednak występują cechy jakościowe wymagające natychmiastowej poprawy i ciągłego doskonalenia, których wyższy poziom dopełni braki satysfakcji niezadowolonych pasażerów.

Podkreślić należy, że możliwość monitoringu poziomu świadczonych usług, umożliwiają przeprowadzane systematycznie badania satysfakcji pasażerów. Informacje, które niosą takie badania są podpowiedzią, jakie działania należy wykonać, aby osiągnąć pożądany poziom. Tworzenie jakości jest procesem długofalowym i złożonym, i nie dotyczy tylko aspektów, z którymi ma kontakt klient, ale także obejmuje cały proces zarządzania przedsiębiorstwem

[13] A. Mężyk, S. Zamkowska, dz. cyt., s. 21. (20.12.2017).

transportowym. Jakość usług powinna być systematycznie monitorowana i dopasowywana do potrzeb pasażerów[14].

Badania pokazują również, że najskuteczniejszymi działaniami sprzyjającymi zachęcaniu podróżujących do korzystania z usług przewozowych MZK Spółka z o.o. w Jarosławiu, zamiast jazdy własnym samochodem są: zwiększenie częstotliwości kursowania autobusów, obniżenie cen biletów oraz zwiększenie liczby bezpośrednich połączeń między miejscem rozpoczęcia i zakończenia podróży.

Reasumując, stwierdzić należy, że rozwój transportu zbiorowego miejskiego jest jedynym rozwiązaniem, które pozwoli udrożnić komunikację miejską w Jarosławiu. W innym wypadku wzrost korzystania z transportu indywidualnego może doprowadzić do zablokowania miasta. Na „bezproblemową" naprawę logistyki miejskiej będzie wtedy już za późno. Wzrosną koszty modernizacji, a proces będzie długotrwały, co negatywnie wpłynie na rozwój miasta i sytuację ekonomiczną mieszkańców.

Bibliografia

Autobus dla MZK, opublikowano: http://www.jaroslawska.pl/artykul/13617,Autobus--dla-MZK (21.12.2017).

Cieśla M., Potrzeby i preferencje użytkowników transportu publicznego jako wskaźnik jakości usług transportowych „Logistyka", nr 6, (2006).

Garbarski L., Rutkowski I., Wrzosek W., *Marketing. Punkt zwrotny nowoczesnej firmy*, Warszawa 2000.

Grzelec K., Specyfika działalności marketingowej w komunikacji miejskiej, „Biuletyn Komunikacji Miejskiej", nr 76, (2004).

Hamrol A., Zarządzanie jakością z przykładami, Warszawa 2005.

http://www.mzk-jaroslaw.pl/ (21.12.2017).

Jackiewicz J., Czech P., Barcik J., *Standardy jakości usług w komunikacji miejskiej*, Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej, (2010), z. 68.

Jonkis A., Kształtowanie zachowań komunikacyjnych na potrzeby logistyki miasta. Logistyka 5, 2010.

Liberadzki B., Mindur L (red.)., Uwarunkowania rozwoju systemu transportowego, Warszawa-Radom 2007.

Łańcucki J., Podstawy kompleksowego zarządzania jakością TQM, Poznań 2001.

[14] B.J. Milenkiewicz, K. Halicka, *Ocena jakości usług w transporcie zbiorowym na przykładzie Białostockiej Komunikacji Miejskiej*, „Economy and Management", nr 4, (2011), s. 86.

Mężyk A., Zamkowska S., *Podnoszenie jakości usług w przewozach pasażerskich*, opublikowano: http://docplayer.pl/28215909-Podnoszenie-jakosci-uslug-w-przewozach-pasazerskich.html, (20.12.2017).

Milenkiewicz B.J., Halicka K., *Ocena jakości usług w transporcie zbiorowym na przykładzie Białostockiej Komunikacji Miejskiej*, „Economy and Management", nr 4, (2011).

Strategia Rozwoju Gminy Jarosław na lata 2016-2025.

Strategia Rozwoju Miasta Jarosławia na lata 2016-2020.

Szołtysek J., Logistyczne aspekty zarządzania przepływami osób i ładunków w miastach, Katowice, 2009.

Szołtysek J., Podstawy logistyki miejskiej, Katowice 2007.

Vinck S., Mopin P., Molina J.M., Nost K., Als P., *Barometr jakości satysfakcji pasażerów*, „Biuletyn Komunikacji Miejskiej", nr 40, (1998).

Wyszomirski O., *Transport miejski. Ekonomika i organizacja*, Gdańsk, 2008.

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki związanej z jakością usług w transporcie zbiorowym. W pierwszej części opracowania omówiono teoretyczne ujęcie istoty i kształtowania jakości usług transportowych opisywane w literaturze przedmiotu. Następnie, opierając się na wynikach własnych badań ankietowych, podjęto próbę oceny jakości usług przewozowych świadczonych przez Miejski Zakład Komunikacji Spółka z o.o. w Jarosławiu.

Ocena punktowa badanych cech wskazuje na to, iż ankietowani w większości są zadowoleni z poziomu usług świadczonych przez badaną spółkę. Nie mniej jednak występują cechy jakościowe wymagające natychmiastowej poprawy i ciągłego doskonalenia, których wyższy poziom dopełni braki satysfakcji niezadowolonych pasażerów.

SŁOWA KLUCZOWE: ocena jakości, usługa, transport zbiorowy, usługa transportowa.

Summary

The article deals with issues relating to service qualityin public transport. Part I of thearticle describes theoretical aspects of the above issue and formation of service quality in public transport.On the basis of own survey data it is made an attempt to evaluate the service quality of public transport provided by Municipal Transport Company "Private Limited Company in Jarosław".

The grading assessment of the above problem confirms that in general the surveyed are satisfied with the services provided by the company under study. However, one can

state that some quality factors are to be improved immediately in order to respond to passengers' needs.

KEY WORDS: quality assessment, service, public transport, transport service.

Autor

Waldemar Zadworny – dr inż., Państwowa Wyższa Szkoła Techniczno-Ekonomiczna im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu, Instytut Ekonomii i Zarządzania. Główne kierunki zainteresowań: ekonomika i organizacja przedsiębiorstw, zarządzanie jakością usług, działalność innowacyjna przedsiębiorstw.
Stanisław Gemra – dr inż., Państwowa Wyższa Szkoła Techniczno-Ekonomiczna im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu, Instytut Ekonomii i Zarządzania. Główne kierunki zainteresowań: transport i spedycja, logistyka, zarządzanie jakością produktów przemysłowych.

Grzegorz Wolak

Samodzielność tytułu do dziedziczenia z ustawy przez dalszych zstępnych a odrzucenie spadku. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 529/15

Independence of the statutory inheritance right by remoter descendants and rejection of inheritance. Gloss to the decision of the Supreme Court of 15 June 2016, II CSK 529/15

Teza:

> Złożenie oświadczenia o odrzuceniu spadku po ojcu nie ma wpływu na dziedziczenie po dziadkach

Wprowadzenie

Glosowane orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 529/15[1], zostało wydane w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku po Kr.G. i P.G. - babci i dziadku wnioskodawczyń D.G. i K.G., reprezentowanych przez matkę D.S. W jego tezie uznano, że złożenie oświadczenia o odrzuceniu spadku po ojcu nie ma wpływu na dziedziczenie po dziadkach (rodzicach ojca). W uzasadnieniu omawianego orzeczenia Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że przewidziane w art. 931 § 2 k.c. następstwo, w którym dzieci zmarłego wcześniej dziecka spadkodawcy wchodzą w miejsce swojego rodzica, powoduje, że zstępni zmarłego dziedziczną w istocie bezpośrednio po spadkodawcy. Wnuki spadkodawcy

[1] OSNC-ZD 2018, nr B, poz. 20.

w opisanej sytuacji dochodzą do spadku prawem własnym, bezpośrednio po spadkodawcy, a nie po swoim wstępnym, ponieważ ich dziedziczenie uzależnione jest od istnienia przesłanek dziedziczenia takiego zstępnego w stosunku do spadkodawcy, nie zaś względem swego bezpośrednio przodka.

Teza glosowanego judykatu, jak i jego uzasadnienie zasługuje na aprobatę. Warto moim zdaniem, by nie pozostawić go bez doktrynalnego komentarza.

Wydawać by się mogło, że sądy orzekające w sprawie nie powinny mieć większych problemów z subsumpcją ustalonego w niej, prostego, nieobszernego stanu faktycznego, pod normy księgi IV kodeksu cywilnego regulującego dziedziczenie ustawowe, zwłaszcza, że sprawy o stwierdzenie nabycia spadku są niejako na porządku dziennym na wokandach wydziałów cywilnych sądów powszechnych. Było jednak inaczej. Potrzeba było aż skargi kasacyjnej i zaangażowania Sądu Najwyższego, by przybliżyć strony postępowania do uzyskania zgodnego z prawem materialnym rozstrzygnięcia sporu pomiędzy nimi odnośnie do tego, kto jest ustawowym sukcesorem uniwersalnym po spadkodawcach Kr.G. i P.G.

Najpierw przedstawiony zostanie stan faktyczny sprawy, a później stanowisko sądów, na końcu zaś dokonana zostanie ocena stanowiska Sądu Najwyższego.

Stan faktyczny i stanowisko sądów

Spadkodawczyni Kr. G. zmarła w dniu 30 kwietnia 2013 r. Pozostawiła męża P.G. i trzech synów: L.G., M.G. i D.G. Spadkodawca P.G. (mąż Kr.G.) zmarł w dniu 2 października 2013 r. Zarówno Kr. G. jak i P.G. nie pozostawili testamentu. Syn spadkodawców - D.G. zmarł w dniu 28 grudnia 2010 r., pozostawiając córki - D. G. i K. G., które działając przez ich matkę D. S., odrzuciły spadek po ojcu w dniu 24 czerwca 2011 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Rejonowy w Ł. postanowieniem z dnia 4 września 2014 r., stwierdził, że spadek po Kr. G., zmarłej 30 kwietnia 2013 r. w Ł., nabyli na podstawie ustawy: mąż P. G., syn L. G. - M., G. i syn M. G. - A. G. po 1/3 części spadku każdy z nich oraz, że spadek po P.G., zmarłym w dniu 2 października 2013 r. w Ł., nabyli na podstawie ustawy: syn L. G. - M. G. i syn M. G. - A.G. po 1/2 części każdy z nich.

Z taką oceną zgodził się Sąd Okręgowy w Ł., który oddalił apelację wnioskodawczyń od orzeczenia Sądu I instancji. Uznał, z powołaniem się na art. 931 § 2 i 1020 k.c., że skuteczne odrzucenie przez wnioskodawczynie D.G. i K.G., spadku po ojcu D.G. spowodowało wyłączenie ich od dziedziczenia tak, jakby nie dożyły otwarcia spadku po ich ojcu, co nastąpiło w dniu 28 grudnia 2010

r. W konsekwencji Sądy obu instancji przyjęły, że w dacie otwarcia spadku po Kr.G. oraz P.G. wnioskodawczynie nie miały zdolności dziedziczenia jako dzieci D.G. i wnuki P.G. oraz Kr.G., ponieważ były traktowane jak spadkobiercy, którzy nie dożyli otwarcia spadku.

Skarga kasacyjna obu wnioskodawczyń oparta została na zarzucie naruszenia prawa materialnego, tj. art. 931 § 2 k.c. oraz 1020 k.c. przez błędną ich wykładnię skutkującą przyjęciem, że odrzucenie przez małoletnie wnioskodawczynie spadku po ojcu, zmarłym przed jego rodzicami skutkuje wyłączeniem ich od dziedziczenia ustawowego po babci i dziadku.

Sąd Najwyższy uznał skargę kasacyjną za zasadną, w konsekwencji czego orzekł kasatoryjnie.

Ocena stanowiska Sądu Najwyższego

Ocenę zapatrywania Sądu Najwyższego rozpocznę od małej dygresji. Otóż po pierwsze, omawiane orzeczenie jest kolejną ilustracją tego, że także poza procesem toczącym się pomiędzy powodem (*actor*) i pozwanym (*reus*), możliwy jest spór między stronami postępowania. Dobrze zatem, że w przepisach ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego[2], postępowanie uregulowane w Księdze drugiej (art. 506 i nast.), toczące się z udziałem zainteresowanych[3] (wnioskodawcy, uczestników), nosi nazwę postępowania nieprocesowego, a nie postępowania niespornego, jak było w stanie prawnym sprzed wejścia w życie kodeksu postępowania cywilnego, tj. przed 1 stycznia 1965r. [4]

---

[2] Dz.U. Nr 43, poz. 296, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 155.

[3] W myśl art. 510 § 1 k.p.c. zainteresowanym w sprawie jest każdy, czyich praw dotyczy wynik postępowania, może on wziąć udział w każdym stanie sprawy aż do zakończenia postępowania w drugiej instancji. Jeżeli weźmie udział, staje się uczestnikiem. Na odmowę dopuszczenia do wzięcia udziału w sprawie przysługuje zażalenie. Jeżeli okaże się, że zainteresowany nie jest uczestnikiem, sąd wezwie go do udziału w sprawie. Przez wezwanie do wzięcia udziału w sprawie wezwany staje się uczestnikiem. W razie potrzeby wyznaczenia kuratora do zastępowania zainteresowanego, którego miejsce pobytu jest nieznane, jego wyznaczenie następuje z urzędu (§ 2).

[4] Kodeks postępowania cywilnego uchylił m.in.: 1) Kodeks postępowania niespornego - dekret z dnia 18 lipca 1945 r. (Dz. U. Nr 27, poz. 169); dekret z dnia 8 listopada 1946 r. o postępowaniu niespornym z zakresu prawa rzeczowego (Dz. U. Nr 63, poz. 345); 5) dekret z dnia 8 listopada 1946 r. o postępowaniu spadkowym (Dz. U. Nr 63, poz. 346); ustawę z dnia 27 czerwca 1950 r. o postępowaniu niespornym w sprawach rodzinnych oraz z zakresu kurateli (Dz. U. Nr 34, poz. 310); 8) art. 63 ust. 2 zdanie drugie dekretu z dnia 8 czerwca 1955 r. - prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. Nr 25, poz. 151). Wcześniej postępowanie niesporne nie było skodyfikowane ani zunifikowane – obowiązywały nadal regulacje państw zaborczych.

. Po drugie, okazuje się, że w z pozoru prostej sprawie, wniesiona przez stronę skarga kasacyjna może się okazać uzasadniona.

Przechodząc zaś do meritum, w omawianej sprawie spór dotyczył ustalenia kręgu spadkobierców ustawowych uprawnionych do dziedziczenia po zmarłych babci i dziadku wnioskodawczyń. Sądy I i II instancji przyjęły, że odrzucenie przez wnioskodawczynie spadku po swoim ojcu powoduje, że nie mogą one dziedziczyć po rodzicach swojego ojca, tj. swojej babci i dziadku. Nie zgodził się z tym, i słusznie, Sąd Najwyższy.

Porządek dziedziczenia z ustawy regulują przepisy art. 931-937 k.c. Kodeks cywilny w obecnym brzmieniu[5] dzieli spadkobierców ustawowych na 6 grup[6]:

- I grupa - dzieci i małżonek spadkodawcy, a jeżeli dziecko spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku – jego zstępni (art. 931 k.c.),

- II grupa – małżonek i rodzice spadkodawcy (art. 932 § 1-3 k.c.); ci ostatni są wyłącznymi spadkobiercami, jeżeli spadkodawca w chwili śmierci nie pozostawał w związku małżeńskim,

- III grupa - małżonek, jedno z rodziców i rodzeństwo[7] spadkodawcy, a jeżeli którekolwiek z rodzeństwa nie dożyło otwarcia spadku – jego zstępni (art. 932 § 4-5 k.c.),

- IV grupa – dziadkowie spadkodawcy, a jeśli któreś z dziadków nie dożyło otwarcia spadku – jego zstępni; w braku zstępnych tego dziadka, który nie dożył otwarcia spadku, udział spadkowy, który mu przypadał, przypada pozostałym dziadkom w częściach równych (art. 934 k.c.),

- V grupa – dzieci małżonka spadkodawcy (pasierbowie), których żadne z rodziców nie dożyło spadku (art. 934 [1] k.c.),

- VI grupa – gmina ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy, a jeżeli ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy w Rzeczypospolitej nie da się

---

[5] W stanie prawnym sprzed 28 czerwca 2009 r. tych grup było trzy: I grupa - małżonek i dzieci spadkodawcy, II grupa – małżonek, rodzeństwo i zstępni rodzeństwa, III grupa - Skarb Państwa, zaś z dniem wejścia w życie ustawy z dnia 14 lutego 2003r. o zmianie ustawy-Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 49, poz. 408), tj. z dniem 25 września 2003r. – gmina ostatniego miejsca zamieszkania spadkodawcy, a gdy miejsca ostatniego zamieszkania spadkodawcy w Rzeczypospolitej Polskiej nie da się ustalić lub ostatnie miejsce zamieszkania spadkodawcy znajdowało się za granicą – Skarb Państwa.

[6] Zob. np. E. Skowrońska – Bocian, Prawo spadkowe, Warszawa 2011, s. 55.

[7] W uchwale z dnia 14 października 2011 r., III CZP 49/11, OSNC 2012 nr 3, poz. 35, SN trafnie uznał, iż: „Jeżeli jedno z rodziców spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku, udział spadkowy, który by mu przypadał, dziedziczy, na podstawie art. 932 § 4 k.c., w częściach równych rodzeństwo rodzone i przyrodnie spadkodawcy". Zob. też glosy do tej uchwały: A. Sylwestrzak, Orzecznictwo Sądów Polskich 2012, nr 6, poz. 60 oraz G. Wolaka, Monitor Prawniczy 2013 nr 18, s. 994 i n.

ustalić albo ostatnie miejsce zamieszkania spadkodawcy znajdowało się za granicą – Skarb Państwa (art. 935 k.c.).

Wymienione grupy dziedziczenia ustawowego wzajemnie się przy tym wykluczają, co oznacza, że spadkobiercy należący do grupy dalszej dochodzą do dziedziczenia dopiero wówczas gdy nie ma spadkobierców należących do grupy bliższej[8]. Ujmując to inaczej, dopiero w braku np. spadkobierców ustawowych grupy II, możliwe jest dziedziczenie przez spadkobierców ustawowych grupy III, przy czym przez pojęcie braku spadkobierców ustawowych określonej grupy dziedziczenia ustawowego należy rozumieć nie tylko fizyczne ich nieistnienie, ale także wyłączenie ich od dziedziczenia z takim skutkiem jakby nie dożyli otwarcia spadku; chodzi więc o niegodność dziedziczenia (art. 928 § 2 k.c.), odrzucenie spadku (art. 1020 kc) lub umowne zrzeczenie się dziedziczenia (art. 1049 § 2 k.c.)[9]. W prawie polskim małżonek dziedziczy zarówno w I, w II, jak i w III grupie spadkobierców ustawowych.

Jak dopiero co była o tym mowa, spadkobiercami ustawowymi pierwszej grupy są współmałżonek i dzieci spadkodawcy (art. 931 § 1 k.c.). W związku ze zmianami zasad porządku dziedziczenia ustawowego[10], warto zaznaczyć, że przepis art. 931 k.c. nie był nowelizowany, stąd też data otwarcia spadku nie ma znaczenia przy dziedziczeniu z ustawy spadkobierców pierwszej grupy. Z uwagi na stan faktyczny sprawy nie ma potrzeby odnosić się do pozostałych grup dziedziczenia ustawowego. Współmałżonek i dzieci spadkodawcy dziedziczą co do zasady w częściach równych. W przepisie tym, i nie tylko zresztą w nim, ustawodawca zdecydował się na pewne uprzywilejowanie małżonka spadkodawcy, wyrażające się w tym, że jego udział, w przypadku gdy dziedziczy w zbiegu z dziećmi, nie może być mniejszy niż 1/4 spadku. Jeżeli zatem dziedziczy np.

---

[8] Zob. E. Skowrońska – Bocian, Prawo, s. 54.

[9] Zob. postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 1972r., III CRN 19/72, OSNCP 1972, nr 11, poz. 205.

[10] Obecnie obowiązujący porządek dziedziczenia ustawowego został wprowadzony z dniem 28 czerwca 2009 r. na mocy ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 79, poz. 662). W tych wszystkich przypadkach, w których śmierć spadkodawcy nastąpiła w dniu 28 czerwca 2009 r. lub później, w razie dziedziczenia ustawowego zastosowanie znajdą przepisy dotyczące tego dziedziczenia w obecnym brzmieniu, z tym jednak zastrzeżeniem, że w stosunku do spadków otwartych począwszy od 23 października 2011 r. stosować należy także wprowadzony od tego dnia art. 932 § 6 k.c., który został dodany do kodeksu cywilnego na podstawie art. 1 pkt 4 ustawy z 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 85, poz. 458). W przypadku zatem, gdy śmierć spadkodawcy nastąpiła przed 28 czerwca 2009 r., do określenia kręgu spadkobierców ustawowych i przypadających im udziałów należy stosować przepisy obowiązujące uprzednio (tak trafnie np. J. Kuźmicka-Sulikowska, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017, Komentarz do art. 931, nb 1, Legalis).

dwoje dzieci i małżonek, udział każdego z nich wynosi 1/3 spadku, jeżeli natomiast czworo dzieci i małżonek, udział małżonka wynosi 1/4, a udział każdego z dzieci – 3/16. Jeśli dziedziczy małżonek i pięcioro dzieci, udział małżonka wynosi 1/4, a udział każdego z dzieci – 3/20.

Zgodnie zaś z art. 931 § 2 k.c. jeżeli dziecko spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku, udział spadkowy, który by mu przypadał, przypada jego dzieciom (czyli wnukom spadkodawcy) w częściach równych. Aby ustalić wielkość ich ułamków spadkowych, należy najpierw obliczyć udział nieżyjącego dziecka i następnie podzielić go po równo między jego dzieci. W piśmiennictwie J. S. Piątowski[11], ilustrował to następującym przykładem: spadkodawca pozostawił małżonka oraz troje dzieci B, C, i D; natomiast najstarszy syn A zmarł przed spadkodawcą, pozostawiając dwoje dzieci (wnuków spadkodawcy) E i F. Udziały spadkowe wynoszą: małżonka – 1/4, dzieci B, C i D – po 3/16, wnuków E i F – po 3/32.

Tak samo należy postąpić w tych wypadkach, gdy dziecko spadkodawcy wprawdzie żyje w chwili otwarcia spadku, ale z mocy przepisów ustawy nie jest brane pod uwagę, tak jakby nie dożyło otwarcia spadku - art. 928 § 2, art. 1020 i 1049 § 2 KC. W tym ostatnim przypadku, gdy zrzeczenie się dziedziczenia nie objęło zstępnych zrzekającego się. Zasada ta ma odpowiednie zastosowanie do dalszych zstępnych spadkodawcy (art. 931 § 2 zd. 2 k.c.).

Przepis art. 931 § 2 k.c. nie może być stosowany w drodze analogii w razie śmierci małżonka spadkodawcy przed otwarciem spadku, a także w przypadku , gdy kodeks cywilny nakazuje traktować go tak jakby nie dożył chwili otwarcia spadku. W takich okolicznościach nikt nie wstępuje w jego miejsce[12]. Również Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 16 grudnia 1986 r., II CRN 325/86, stanął na stanowisku, że przepis art. 931 § 2 k.c. nie ma w drodze analogii zastosowania w przypadku uznania małżonka spadkodawcy na podstawie art. 928 § 2 k.c. za niegodnego dziedziczenia. W takiej sytuacji mają zastosowanie ogólne zasady dziedziczenia[13]. W przeciwieństwie do dziedziczenia testamentowego (art. 965 k.c.) w dziedziczeniu ustawowym nie znajduje zastosowania zasada przyrostu.

W razie wyłączenia od dziedziczenia z ustawy dziecka spadkodawcy sąd ma obowiązek badania z urzędu, czy osoba taka pozostawiła swoich zstępnych, i wezwania ich do udziału w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku jako

---

[11] J.S. Piątowski, [w:] System prawa cywilnego. Tom IV. Prawo spadkowe, pod red. J. S.Piątowskiego, Ossolineum 1986, s. 138, A. Kawałko, J. S. Piątowski, H. Witczak, [w:] System Prawa Prywatnego. Tom 10. Prawo spadkowe, pod red. B. Kordasiewicza, Warszawa 2015, s. 272.

[12] Tak trafnie J. Ciszewski, J. Knabe, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, pod red. J. Ciszewskiego, Warszawa 2013, s. 1574.

[13] LEX nr 8801.

spadkobierców ustawowych (art. 670 k.p.c.). W przeciwnym bowiem razie może mieć miejsce wadliwe ustalenie kręgu spadkobierców ustawowych w postanowieniu o stwierdzeniu nabycia spadku.

Na gruncie art. 931 k.c. E. Niezbecka stwierdziła, że jeżeli spadek dziedziczą wyłącznie dzieci, to ich udziały w spadku ustala się w częściach równych, podział następuje według liczby dzieci (tzw. podział według liczby głów – *in capita*). Jeżeli dziecko spadkodawcy nie dożyło chwili otwarcia spadku, udział spadkowy, który by mu przypadał, przypada jego dzieciom w częściach równych (art. 931 § 2 zdanie pierwsze k.c.). Jest to tzw. podział według szczepów - *in stirpes*. Na dany szczep, pochodzący od zmarłego dziecka spadkodawcy, przechodzi jego udział w spadku i udział ten dzieli się według liczby dzieci (według głów – *in capita*) zmarłego spadkobiercy. Tę samą zasadę stosuje się odpowiednio do dalszych zstępnych (art. 931 § 2 zdanie drugie k.c.). Ta część jej wywodów nie budzi zastrzeżeń. Autorka ta stwierdza jednak dalej, że zstępni zmarłego dziecka spadkodawcy dziedziczą tzw. prawem zastępstwa, wstępują w prawa, jakie przysługiwałyby ich zmarłemu wstępnemu[14]. Nie tylko zresztą ona jest w doktrynie zdania, że w wymienionych sytuacjach wnuki (lub dalsi zstępni spadkodawcy) dziedziczą „prawem zastępstwa" albo „prawem reprezentacji (tak też np. J. Kremis)[15].

W ocenie natomiast J.S. Piątowskiego, terminy te, zaczerpnięte z prawa francuskiego[16] są nieścisłe i ich użycie może prowadzić do błędnych wniosków (czego, jak się wydaje, przykładem jest stanowisko zajęte przez Sądy I i II instancji w omawianej sprawie). Osoby, o które chodzi, są bowiem wtedy same powołane do spadku i w żadnej mierze nie można ich uważać za „zastępców" czy „reprezentantów" ich wstępnych, którzy zmarli przed spadkodawcą albo są traktowani tak, jakby nie dożyli otwarcia spadku. Sposób obliczania udziałów przypadających wnukom lub dalszym zstępnym spadkodawcy jest tylko wyrazem zastosowania zasady podziału *in stirpes*[17].

---

[14] E. Niezbecka, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Spadki, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2012, s. 65.

[15] J. Kremis, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2011, s. 1540. Tak samo w wydaniu tego komentarza z 2014, s. 1694.

[16] Pojęcie reprezentacji zostało wyjaśnione w art. 751 i n. KC franc. Jest ona mianowicie fikcją prawną, która polega na tym, że reprezentujący wchodzi w prawa osoby reprezentowanej, która nie dożyła otwarcia spadku lub jest tak traktowana. Reprezentacja ma miejsce bez ograniczenia w linii zstępnej (nie dotyczy natomiast wstępnych). W linii bocznej reprezentacja obejmuje dzieci i zstępnych braci i sióstr spadkodawcy.

[17] J. S. Piątowski, [w:] System prawa cywilnego, t. IV, s. 138, A. Kawałko, J. S. Piątowski, H. Witczak, [w:] System prawa prywatnego, t. 10, Warszawa 2015, s. 272.

Także J. Kuźmicka-Sulikowska[18] uważa, że ta konwencja terminologiczna jest słusznie poddawana krytyce. Ci dalsi zstępni nie dochodzą bowiem do dziedziczenia jako zastępcy czy reprezentanci swojego wstępnego, który nie dożył otwarcia spadku po spadkodawcy (lub jest tak traktowany), nie wchodzą tu w sytuację prawną swojego wstępnego, lecz mają oni swój własny tytuł do dziedziczenia i dochodzą do spadku bezpośrednio po spadkodawcy, a nie po swoim wspomnianym wstępnym[19]. Co za tym idzie, np. to, że wnuk spadkodawcy został uznany za niegodnego dziedziczenia po jego synu, nie wyłącza dziedziczenia tego wnuka po spadkodawcy – jego dziadku[20].

E. Niezbecka w odpowiedzi na zakwestionowanie przez część doktryny terminu „prawo zastępstwa" (inaczej reprezentacji) pogląd swój zmodyfikowała wywodząc, że: „Nie wydaje się jednak, by podważanie tej terminologii miało sens, bowiem reprezentacja ma zastosowanie do ustalenia wielkości udziału spadkowego przypadającego zstępnym zmarłego dziecka spadkodawcy, w tym zakresie rzeczywiście reprezentują oni (czy zastępują) swojego wstępnego. Dziedziczą wyłącznie udział przypadający na ich bezpośredniego wstępnego, wielkość ich udziału jest więc określana według wielkości udziału innego spadkobiercy. Natomiast nie można zakwestionować faktu, że spadkobiercy wstępujący w prawa zmarłego zstępnego spadkodawcy mają swój własny tytuł powołania do dziedziczenia, dla każdego z nich odrębnie jest ustalana zdolność do dziedziczenia po danym spadkodawcy (a nie po zmarłym czy wyłączonym od dziedziczenia wstępnym). Na zasadzie art. 931 § 2 k.c. zstępni dziecka spadkodawcy dziedziczą więc bezpośrednio po spadkodawcy prawem własnym (…)" [21].

Lepiej jednak nie posługiwać się, w omawianym kontekście, terminami: „prawo zastępstwa" albo „prawo reprezentacji". Trafnie nie posłużył się nim także Sąd Najwyższy w uzasadnieniu glosowanego postanowienia. Może to bowiem sugerować, że złożenie przez dziecko oświadczenia o odrzuceniu spadku po ojcu, bądź też traktowanie tego dziecka, z innych powodów, jakby nie dożył otwarcia

---

[18] E. Niezbecka [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Spadki, pod red. A. Kidyby, Lex 2015, art. 931, pkt 8.

[19] J.S. Piątowski, H. Witczak, A. Kawałko, [w:] System Prawa Prywatnego, t. 10, Warszawa 2015, s. 273; M. Pazdan, [w:] Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088. Przepisy wprowadzające, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011, art. 931, nb 6; M. Łączkowska, [w:] Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2016, s. 1495; E. Skowrońska-Bocian, Nowelizacja prawa spadkowego. Komentarz, Warszawa 2010, s. 22, W. Borysiak, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Spadki, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2018, art. 931, pkt 25.

[20] E. Skowrońska-Bocian, Nowelizacja, s. 22.

[21] E. Niezbecka w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Spadki, pod red. A. Kidyby, Lex 2015, art. 931, pkt 8.

spadku po nim (np. wskutek uznania niegodności dziedziczenia) ma wpływ na dziedziczenie przez nie po dziadkach (rodzicach ojca) w trybie uregulowanym w art. 931 § 2 k.c. W konsekwencji takiego stanu rzeczy, nie mogliby oni być uznani za reprezentantów, czy też zastępców swojego ojca (ich wstępnego), a jeśli tak to nie mogliby dziedziczyć po rodzicach ojca. Zatem może sugerować, że dziedziczą oni po swoich dziadkach nie swoim własnym prawem, lecz prawem ich wstępnego (w które wchodzą, o ile są jego sukcesorami).

Jak słusznie stwierdził Sąd Najwyższy w glosowanym judykacie, przepis art. 931 § 2 k.c. otwiera dzieciom zmarłego spadkobiercy bezpośrednią, własną drogę do dziedziczenia po jego rodzicach (dziedziczenie przez wnuków). Wnuki spadkodawcy dziedziczą tylko udział, jaki przypadałby dziecku, gdyby dożyło otwarcia spadku. Oznacza to, że przewidziane następstwo, w którym dzieci zmarłego wcześniej dziecka spadkodawcy wchodzą w miejsce swojego rodzica, powoduje, że zstępni zmarłego dziedziczną w istocie bezpośrednio po spadkodawcy. To zapatrywanie „wpisuje się" w utrwalony, zarówno w doktrynie prawa cywilnego[22] jak i judykaturze Sądu Najwyższego pogląd o tym, że wnuki spadkodawcy w opisanej sytuacji dochodzą do spadku prawem własnym, bezpośrednio po spadkodawcy, a nie po swoim wstępnym, ponieważ ich dziedziczenie uzależnione jest od istnienia przesłanek dziedziczenia takiego zstępnego w stosunku do spadkodawcy, nie zaś względem swego bezpośrednio przodka. Złożenie oświadczenia o odrzuceniu spadku po ojcu nie ma żadnego wpływu na dziedziczenie po dziadku (babci).

Odrzucenie spadku przez dziecko spadkodawcy skutkuje zatem powołaniem do dziedziczenia jego zstępnych, którzy od chwili dowiedzenia się o tytule swojego powołania mogą w terminie sześciu miesięcy złożyć oświadczenie o przyjęciu bądź odrzuceniu spadku. Transmisja o której mowa w art. 1017 k.c. dotyczy sytuacji, gdy przed upływem terminu do złożenia oświadczenia o przyjęciu spadku lub o odrzuceniu spadku spadkobierca zmarł nie złożywszy takiego oświadczenia; oświadczenie o przyjęciu bądź odrzuceniu spadku może być wówczas złożone przez jego spadkobierców. Instytucja transmisji nie ma dlatego zastosowania w sytuacji, w której spadkobierca przed swoją śmiercią złożył skutecznie oświadczenie o przyjęciu lub odrzuceniu spadku, co

[22] Zob. np. J. Pietrzykowski, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, tom 3, Warszawa 1972, s. 1845, J.S. Piątowski, H. Witczak, A. Kawałko, [w:] System Prawa Prywatnego, t. 10, Warszawa 2015, s. 273; M. Pazdan, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2, pod K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011, s. 1039; M. Łączkowska, [w:] Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2016, s. 1495; E. Skowrońska-Bocian, Nowelizacja, s. 22, W. Borysiak, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Spadki, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2018, art. 931, pkt 25.

prawidłowo potwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 kwietnia 2012 r. IV CSK 354/11[23].

Ma też rację Sąd Najwyższy stwierdzając w glosowanym postanowieniu, że regule dziedziczenia wyrażonej w art. 931 § 2 k.c. nie stoi na przeszkodzie art. 1020 k.c. określający skutki prawne odrzucenia spadku. Spadkobierca powołany do dziedziczenia po spadkodawcy może spadek przyjąć (wprost, z dobrodziejstwem inwentarza), ale może go też odrzucić. Pomijam w glosie omawianie zagadnień związanych z formą[24] i terminem[25] złożenia oświadczenia woli spadkobiercy w tym przedmiocie. W art. 1012 KC, ustawodawca posłużył się fikcją prawną zgodnie z którą spadkobierca odrzucający spadek jest traktowany tak, jakby nie żył w chwili otwarcia spadku, a więc nie miał na ten moment zdolności dziedziczenia, będącej wycinkiem zdolności prawnej. Przy ustalaniu porządku dziedziczenia z ustawy nie wolno jednak zapominać o tym, że odrzucenie spadku wywołuje skutek jedynie w odniesieniu do określonego tytułu powołania do dziedziczenia. Nie oznacza więc ono, że spadkobiercy, którzy odrzucili spadek, są traktowani tak jakby nie dożyli daty otwarcia spadku odrzuconego w przypadku powołania ich do dziedziczenia po innych osobach, nawet w tej samej linii[26]. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu glosowanego orzeczenia, na powyższą, prawidłową, wykładnię przepisów o dziedziczeniu zwracała uwagę Sądowi

---

[23] LEX nr 1250572.

[24] Oświadczenie o przyjęciu lub o odrzuceniu spadku składa się przed sądem lub przed notariuszem. Można je złożyć ustnie lub na piśmie z podpisem urzędowo poświadczonym. Pełnomocnictwo do złożenia oświadczenia o przyjęciu lub o odrzuceniu spadku powinno być pisemne z podpisem urzędowo poświadczonym (art. 1018 § 3 k.c.). W myśl art. 640 k.p.c. oświadczenie o prostym przyjęciu spadku lub z dobrodziejstwem inwentarza albo o odrzuceniu spadku może być złożone przed notariuszem lub w sądzie rejonowym, w którego okręgu znajduje się miejsce zamieszkania lub pobytu składającego oświadczenie. Notariusz lub sąd prześle niezwłocznie oświadczenie wraz z załącznikami do sądu spadku (§ 1). Oświadczenia, o których mowa w paragrafie pierwszym, mogą być również składane w sądzie spadku w toku postępowania o stwierdzenie praw do spadku (§ 2). Z kolei art. 641 § 1 k.p.c. przewiduje, że: oświadczenie o przyjęciu lub odrzuceniu spadku powinno zawierać: 1) imię i nazwisko spadkodawcy, datę i miejsce jego śmierci oraz miejsce jego ostatniego zamieszkania; 2) tytuł powołania do spadku; 3) treść złożonego oświadczenia. Oświadczenie powinno również zawierać wymienienie wszelkich wiadomych składającemu oświadczenie osób należących do kręgu spadkobierców ustawowych, jak również wszelkich testamentów, chociażby składający oświadczenie uważał je za nieważne, oraz danych dotyczących treści i miejsca przechowania testamentów (§ 2). Przy oświadczeniu należy złożyć wypis aktu zgonu spadkodawcy albo prawomocne orzeczenie sądowe o uznaniu za zmarłego lub o stwierdzeniu zgonu, jeżeli dowody te nie zostały już poprzednio złożone (§ 3). Jeżeli oświadczenie zostało złożono ustnie, z oświadczenia spisuje się protokół (§4).

[25] Oświadczenie o przyjęciu lub o odrzuceniu spadku może być złożone w ciągu sześciu miesięcy od dnia, w którym spadkobierca dowiedział się o tytule swego powołania (art. 1015 § 1 k.c.).

[26] Zob. też postanowienie SN z dnia 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 354/11, LEX nr 1250572; wyrok SA w Łodzi z dnia 28 sierpnia 2014 r., I ACA 31/14, LEX nr 1511690.

Okręgowemu, wszelako bezskutecznie, przedstawicielka ustawowa małoletnich wnioskodawczyń w osobiście sporządzonej apelacji, podnosząc, że na odrzucenie spadku po ojcu wnioskodawczyń musiała uzyskać zgodę sądu opiekuńczego, który badał czy z powodu odrzucenia spadku dzieci D. G. nie poniosą szkody.

Jeśli idzie o wypowiedzi sądów odnośnie do wykładni art. 931 § 2 k.c., to zwrócić należy uwagę na dwa orzeczenia. Najpierw przytoczyć należy stanowisko Sądu Apelacyjnego w Łodzi wyrażone w wyroku z dnia 28 sierpnia 2014 r. I ACa 31/14[27], wydanym w sprawie powództwa Z. S. przeciwko T. L. o zachowek. W sprawie tej ustalono, że spadkodawcy K. S. i M.S. mieli dwie córki: A. L. oraz powódkę Z. S., przy czym A. L. zmarła przed rodzicami pozostawiając jednego syna pozwanego T. L., który odziedziczył po niej spadek w całości. W dniu 22 lipca 1998 r. małżonkowie K.S. i M.S. darowali swojej córce A. L. należące do nich spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego nr (...) położone w Ł. przy ulicy (...) wraz z wkładem budowlanym, którego wartość rynkowa według cen aktualnych wynosi 162.000 zł. Tego samego dnia nastąpiło wydanie obdarowanej przedmiotu darowizny do współposiadania i korzystania. K. S. zmarł w dniu 21 listopada 2008 r., zaś M. S. zmarła w dniu 26 lutego 2011 r. Żadne z nich nie pozostawiło testamentu.

Osią sporu w tamtej sprawie była kwestia dopuszczalności zaliczenia do spadku dla potrzeb ustalenia substratu zachowku po spadkodawcach wartości przedmiotu darowizny dokonanej na rzecz poprzednika prawnego pozwanego T.L. w osobie jego matki A.L. Przedmiotowa darowizna została dokonana przed więcej niż dziesięciu laty, licząc wstecz od otwarcia spadku. W takiej sytuacji, w myśl art. 994 § 1 k.c., jej wartość co do zasady nie podlega doliczeniu do spadku przy obliczaniu zachowku, chyba że została dokonana na rzecz osób będących spadkobiercami albo uprawnionymi do zachowku. Sąd Apelacyjny zaaprobował pogląd, że pod pojęciem spadkobierców, jak i osób uprawnionych do zachowku należy rozumieć te spośród osób wymienionych w przepisie art. 931 i nast. oraz art. 991 k.c., które w konkretnym układzie rodzinnym istniejącym w chwili otwarcia spadku dziedziczyłyby z ustawy[28] . Mając powyższe na uwadze córka spadkodawców A.L. nie może zostać zaliczona do kręgu spadkobierców ani osób uprawnionych do zachowku po K.S. i M.S., ponieważ zmarła przed nimi, a więc nie dożyła otwarcia spadku po rodzicach. Z kolei pozwany, choć należy do kręgu osób uprawnionych do zachowku w rozumieniu art. 991 § 1 k.c. nie otrzymał od

[27] LEX nr 1511690.

[28] Tak też P. Księżak [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2018, art. 994, Nb 3 (tak samo w poprzednich wydaniach tego komentarza).

spadkodawców darowizny, która podlegałaby zaliczeniu jako substrat zachowku po małżonkach K.S. i M.S. Sąd Apelacyjny stwierdził dalej, że nie znajduje umocowania w obowiązujących przepisach prawa stanowisko powódki, że pozwany odziedziczył odpowiedzialność z tytułu zachowku z tytułu spadkobrania po swojej matce. Nie wynika to z treści art. 931 k.c., zgodnie z którym najpierw do spadku powołani są spadkobiercy pierwszej grupy, w tym dzieci spadkodawcy (§ 1). Jeżeli jednak dziecko nie dożyło otwarcia spadku, udział spadkowy, który by mu przypadał, przypada jego dzieciom w częściach równych (§ 2). Zaznaczył, że przewidziane w art. 931 § 2 k.c. następstwo prawne, w którym dzieci wcześniej zmarłego dziecka wchodzą na miejsce swojego rodzica powoduje, że dalsi zstępni dziedziczą w istocie bezpośrednio po spadkodawcy. Dochodzą do spadku prawem własnym, bezpośrednio po spadkodawcy, a nie po swoim wstępnym, ponieważ ich dziedziczenie uzależnione jest od istnienia przesłanek dziedziczenia takiego zstępnego w stosunku do spadkodawcy (m.in. niegodność dziedziczenia rozpatrywana jest zawsze w relacji: kandydat na spadkobiercę-spadkodawca), nie bierze się zaś pod uwagę stosunku kandydata na spadkobiercę do swego bezpośredniego przodka[29]. W związku z tym istniejące przesłanki wykluczające od dziedziczenia żyjącego zstępnego spadkodawcy nie wykluczają automatycznie możliwości dziedziczenia po spadkodawcy jego dalszych zstępnych[30]. Okoliczność zatem, że dalszy zstępny spadkodawców (pozwany) dziedziczy w granicach, w jakich dziedziczyłby jego wstępny (córka spadkodawców A. L.) nie uzasadnia jego odpowiedzialności za zachowek wobec współspadkobierczyni (powódki). Granice te dotyczą bowiem wyłącznie wielkości udziału przypadającego dalszym zstępnym, który odpowiada udziałowi wyznaczonemu dla spadkobiercy pierwszej grupy. W tym zakresie sąd ten odwołał się do poglądu P. Księżaka[31] stwierdzającego, że jeżeli darowizny były zdziałane więcej niż dziesięć lat wstecz przed otwarciem spadku, dla uprawnionego może być korzystniej, by obdarowany dziedziczył lub miał prawo do zachowku - tylko wtedy bowiem darowizna będzie doliczona do spadku. Przykładowo, jeśli spadkobierca, który otrzymał darowiznę przed ponad dziesięciu laty, odrzuci spadek albo zostanie uznany za niegodnego, darowizna nie będzie doliczana do spadku.

---

[29] Zob. M. Pazdan [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011, t. II, art. 931, Nb 6.

[30] Zob. E. Skowrońska - Bocian, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki, Warszawa 2011, art. 931, pkt 12.

[31] Zob. P. Księżak, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3. Spadki, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2018, art. 994, Nb 3 (tak samo w poprzednich wydaniach tego komentarza).

Także w uzasadnieniu postanowienia z dnia 6 lipca 2005 r., III CK 637/04[32], Sąd Najwyższy zajmował się wykładnią art. 931 § 2 k.c. Nie podzielił w tamtej sprawie zarzutu jego naruszenia przez błędną wykładnię. Podkreślił, że przepis ten dotyczy sytuacji, gdy dziecko spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku. Otwiera on bezpośrednią, własną drogę do dziedziczenia dzieciom zmarłego spadkobiercy - wnukom spadkodawcy a jedyną przesłanką pochodną od uprawnień nieżyjących dzieci spadkodawcy jest to, że ich dzieci (wnuki spadkodawcy) dziedziczą tylko udział, jaki przypadłby dzieciom, gdyby dożyły otwarcia spadku. W ocenie Sądu Najwyższego, przepis ten wykładany w związku z art. 1059 i art. 1060 k.c.[33] w żadnym wypadku nie daje podstaw do przyjęcia, że w sytuacji, gdy dziecko spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku, jego dziecko (wnuk spadkodawcy) dziedziczy jego udział spadkowy tylko wówczas, gdyby on sam (dziecko spadkodawcy) miał uprawnienia do dziedziczenia gospodarstwa rolnego. Pomijając brak jakiejkolwiek możliwości i przesłanek ustalenia takiej okoliczności w stosunku do osoby nie żyjącej (często od wielu lat) w dacie otwarcia spadku po rodzicu, brak ku temu jakichkolwiek podstaw prawnych. Dziedziczenie gospodarstwa rolnego przez dalszego krewnego spadkodawcy (jego wnuka), powołanego do spadku wskutek śmierci bliższego krewnego (dziecka), nie zależy od tego, czy zmarły dziedziczyłby gospodarstwo rolne z ustawy, gdyby dożył otwarcia spadku. Jedynym warunkiem dziedziczenia w takiej sytuacji gospodarstwa rolnego przez wnuka spadkodawcy jest to by on sam spełniał którąś z przesłanek art. 1059 k.c. Odwołał się między innymi do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 1975 r., III CZP 81/75[34].

Zakończenie

Podsumowując, pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w glosowanym postanowieniu, jak też przytoczona na jego rzecz argumentacja jurydyczna zawarta w jego uzasadnieniu, są trafne i zgodne z prawem. Tak samo oczywiście ocenić należy wydanie przez ten sąd orzeczenia kasatoryjnego. Nie mogło być inaczej, skoro błędna wykładnia art. 931 § 2 k.c. i art. 1020 k.c. spowodowana

---

[32] LEX nr 603861.

[33] Przepisy art. 1059 k.c. i art. 1060 k.c., nie obowiązują od 14 lutego 2001r., choć mają zastosowanie do spadków otwartych przed tą datą. Ograniczały one ustawowe dziedziczenie gospodarstw rolnych i zostały uznane przez Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z dnia 31 stycznia 2001 r., sygn. akt P. 4/99, (Dz.U. z 2001, Nr 11, poz. 91), za sprzeczne z Konstytucją RP.

[34] OSNC 1976, nr 6, poz. 122.

nieuwzględnieniem przez Sąd Okręgowy samodzielnego tytułu dalszych zstępnych do dziedziczenia z ustawy, doprowadziła do nieprawidłowego określenia kręgu spadkobierców po zmarłych Kr. G. i P. G. W ustalonym w niniejszej sprawie stanie faktycznym należało bowiem stwierdzić, że: 1) spadek po Kr. G., zmarłej 30 kwietnia 2013 r. w Ł., nabyli na podstawie ustawy: mąż P.G., syn L. G. - M. G. i syn M. G. - A. G. po ¼ części każdy z nich oraz córki D. G. - D.G. i K.G., po 1/8 części spadku każda z nich; 2) spadek po P.G., zmarłym 2 października 2013 r. w Ł., nabyli na podstawie ustawy: syn L. G. -M. G. i syn M. G. - A.G. po 1/3 części każdy z nich oraz córki D. G. - D.G. i K.G., po 1/6 części spadku każda z nich.

Okoliczność, że małoletnie D.G. i K.G., poprzez swojego przedstawiciela ustawowego, odrzuciły spadek po ich ojcu D.G., oznacza tyle, i tylko tyle, że nie mogą one dziedziczyć po nim (traktowane są wszak, jakby nie dożyły otwarcia spadku po nim). Nie oznacza już jednak, że nie mogą dziedziczyć z ustawy spadku po rodzicach swojego ojca (wstępnego), w sytuacji opisanej w art. 931 § 2 k.c. (a więc gdy dziecko spadkodawcy nie dożyło otwarci spadku, a ma własne dzieci). Skoro żyją, w dacie otwarcia spadku po rodzicach ojca, w przeciwieństwie do swojego wstępnego (ojca), to mogą po nich dziedziczyć.

Bibliografia

Akty normatywne

Dekret z dnia 18 lipca 1945 r. - Kodeks postępowania niespornego - (Dz. U. Nr 27, poz. 169).

Dekret z dnia 8 listopada 1946 r. o postępowaniu niespornym z zakresu prawa rzeczowego (Dz. U. Nr 63, poz. 345).

Dekret z dnia 8 listopada 1946 r. o postępowaniu spadkowym (Dz. U. Nr 63, poz. 346).

Dekret z dnia 8 czerwca 1955 r. - prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. Nr 25, poz. 151).

Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. o postępowaniu niespornym w sprawach rodzinnych oraz z zakresu kurateli (Dz. U. Nr 34, poz. 310).

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 155).

Ustawa z dnia 14 lutego 2003r. o zmianie ustawy-Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 49, poz. 408).

Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 79, poz. 662).

Ustawa z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 85, poz. 458).

Literatura

W. Borysiak, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Spadki, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2018.

J. Ciszewski, J. Knabe, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, pod red. J. Ciszewskiego, Warszawa 2013.

A. Kawałko, J. S. Piątowski, H. Witczak [w:] System Prawa Prywatnego. Tom 10. Prawo spadkowe, pod red. B. Kordasiewicza, Warszawa 2015.

J. Kremis, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2011.

P. Księżak, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3. Spadki, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2018.

M. Łączkowska, [w:] Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2016.

E. Niezbecka, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Spadki, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2012.

E. Niezbecka [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Spadki, pod red. A. Kidyby, Lex 2015.

J.S. Piątowski [w:] System prawa cywilnego. Tom IV. Prawo spadkowe, pod red. J. S.Piątowskiego, Ossolineum 1986.

M. Pazdan [w:] Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088. Przepisy wprowadzające, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2011.

J. Pietrzykowski [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, tom 3, Warszawa 1972.

E. Skowrońska-Bocian, Nowelizacja prawa spadkowego. Komentarz, Warszawa 2010.

E. Skowrońska - Bocian, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki, Warszawa 2011.

E. Skowrońska – Bocian, Prawo spadkowe, Warszawa 2011.

A. Sylwestrzak, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2011 r., III CZP 49/11, Orzecznictwo Sądów Polskich 2012 nr 6, poz. 60.

G. Wolak, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2011 r., III CZP 49/11, Monitor Prawniczy 2013, nr 18.

Orzeczenia

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 kwietnia 1972r., III CRN 19/72, OSNCP 1972, nr 11, poz. 205.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1986 r., II CRN 325/86, LEX nr 8801.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2005 r., III CK 637/04, LEX nr 603861.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 354/11, LEX nr 1250572.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 529/15 OSNC-ZD 2018, nr B, poz. 20.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 1975 r. III CZP 81/75, OSNC 1976, nr 6, poz. 122.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2011 r., III CZP 49/11, OSNC 2012, nr 3, poz. 35.
Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 stycznia 2001 r., sygn. akt P. 4/99, (Dz.U. z 2001, Nr 11, poz. 91).
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 28 sierpnia 2014 r., I ACA 31/14, LEX nr 1511690.

Streszczenie

W glosie do postanowienia z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 529/15, wyrażona została przez Autora aprobata dla poglądu Sądu Najwyższego o tym, złożenie oświadczenia o odrzuceniu spadku po ojcu nie ma wpływu na dziedziczenie po dziadkach. W myśl 931 § 2 k.c., regulującego dziedziczenie ustawowe spadkobierców pierwszej grupy, tj. małżonka i dzieci spadkodawcy, jeżeli dziecko spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku, udział spadkowy, który by mu przypadał, przypada jego dzieciom w częściach równych. Przepis ten stosuje się odpowiednio do dalszych zstępnych. W orzeczeniu tym prawidłowo, zgodnie z zapatrywaniem wyrażonym w piśmiennictwie i judykaturze, uznano, że przewidziane w art. 931 § 2 k.c. następstwo, w którym dzieci zmarłego wcześniej dziecka spadkodawcy wchodzą w miejsce swojego rodzica, powoduje, że zstępni zmarłego dziedziczną w istocie bezpośrednio po spadkodawcy. Wnuki spadkodawcy w opisanej w tym przepisie sytuacji dochodzą do spadku prawem własnym, bezpośrednio po spadkodawcy, a nie po swoim wstępnym, ponieważ ich dziedziczenie uzależnione jest od istnienia przesłanek dziedziczenia takiego zstępnego w stosunku do spadkodawcy, nie zaś względem swego bezpośrednio przodka.

SŁOWA KLUCZOWE: dziedziczenie ustawowe, dziecko spadkodawcy, które nie dożyło otwarcia spadku, udział spadkowy, dalsi zstępni, odrzucenie spadku

Summary

In the gloss to the decision of the Supreme Court of 15 June 2016, II CSK 529/15, the approval is expressed by the author for the view of the Supreme Court that making declaration of rejection of inheritance from the father does not affect inheritance from the grandparents. According to art. 931 § 2 Civil Code that regulates statutory inheritance of the first group heirs, i.e. testator's spouse and children, if the testator's child did not survive the opening of the inheritance, the share in inheritance that would be due to them falls to their children in equal shares. This provision is applied accordingly to remoter descendants. In this decision, it has been correctly, according to the view expressed in the literature and judicature, found that the succession provided for in art. 931 § 2 Civil Code in which the children of the previously deceased testator's child enter the place of their parent causes that the descendants of the deceased in fact

inherit directly from the deceased. In the situation described in this provision, testator's grandchildren come to the inheritance in their own right, directly from the testator and not from their ascendant, because their inheritance depends on the existence of premises for inheritance of such a descendant in relation to the testator, and not in relation to their immediate ancestor.

KEY WORDS: statutory inheritance, testator's child who did not survive the opening of the inheritance, inheritance share, remoter descendants, rejection of inheritance

Autor

Dr hab. Grzegorz Wolak, adiunkt w Katedrze Prawa Prywatnego Wydziału Zamiejscowego Prawa i Nauk o Społeczeństwie KUL w Stalowej Woli, Wiceprezes i Przewodniczący V Wydziału Ksiąg Wieczystych Sądu Rejonowego w Stalowej Woli.

Artur Lis

Pavel Otmar Krafl, Polské provinciální synody 13.–15. století, Praha 2016, ss. 176.

Monografia *Polské provinciální synody 13.-15. století* ukazała się w serii Práce Historického ústavu AV ČR, Series A, Vol. 70. Pavel Otmar Krafl jest znany polskiemu czytelnikowi m.in. z prac: *Přehled provinciálních synod Hnězdna z let 1206-1503* [„Slovanské historické studie" 25, 1999, s. 5-34], *Provinciální synody hnězdenské církevní provincie do začátku 16. století,* [„Prawo Kanoniczne" 43, 2000, 1-2, s. 37-78], *Akte katedrálních kapitul hnězdenské církevní provincie jako pramen k provinciálním synodám,* [„Revue církevního práva" 15, 2000, 1, s. 35-46], *Legátská statuta pro Polsko a provinciální statuta Hnězdna do konce 15. století,* [„Sborník archivních prací" 51, 2001, s. 395-438].

Książka *Polské provinciální synody 13.-15. století* została podzielona na osiem części w porządku chronologicznym: 1. *Přehled pramenů a literatury* (s. 27-40), 2. *Institut legátské a provinciální synody* (s. 41-44), 3. *Sjezdy biskupů a knížecí kolokvia* (s. 45-50), 4. *Legátská statuta promulgovaná pro Polsko* (s. 51-54), 5. *Provinciální synody hnězdenských arcibiskupů do počátku 16. století* (s. 55-78), 6. *Charakteristiky provinciálních synod* (s. 79-83), 7. *Provinciální statuta (shrnutí)* (s. 85-89), 8. *Závěr* (s. 90). Książka czeskiego uczonego zawiera także trzy katalogi: 1. *Katalog legátských statut vydaných pro Polsko* (s. 91-103), 2. *Katalog provinciálních synod hnězdenských arcibiskupů* (s. 104-138) oraz 3. *Katalog provinciálních statut hnězdenských arcibiskupů* (s. 139-150). Na końcu publikacji znajduje się indeks miejsc i osób oraz streszczenia w języku polskim i angielskim.

Najwięcej miejsca poświęcił Krafl analizie synodów prowincjonalnych arcybiskupów gnieźnieńskich do początku XVI wieku. Wydaje się, że rozważania dotyczące instytucji synodów legackich i prowincjonalnych, czy charakterystyka synodów prowincjonalnych metropolii gnieźnieńskiej mogły by być nieco szersze. Publikacja doskonale uzupełnia badania polskiej mediewistyki oraz historyków prawa i prawa kanonicznego począwszy od Antoniego Zygmunta

Helcla[1], Romualda Hube[2], Władysława Abrahama[3], poprzez Ignacego Subery[4] do Wacława Uruszczaka[5]. Niestety czeski badacz pominął kilka kluczowych ustaleń by wymienić tylko wyniki badań Adama Vetulaniego[6], Wojciecha Barana-Kozłowskiego[7] czy wspomnianego już Wacława Uruszczaka.

W streszczeniu badacz zaakcentował, iż: „wspólne zjazdy episkopatu (w XIII stuleciu) i synody prowincjonalne, stały się instrumentem uzgadniania stanowiska biskupów w ich polityce w stosunku do książąt dzielnicowych, jak i w sprawach wewnątrzkościelnych (…) Urzędowym zestawieniem praw partykularnych ogłoszonych przez metropolitę gnieźnieńskiego był „Synodyk" Jarosława (1357). Epokowe znaczenie w rozwoju polskiej kodyfikacji prawa partykularnego miał zbiór prymasa Mikołaja Trąby ogłoszony w r. 1420. Objął on z upoważnienia papieskiego również i statuty legackie oraz podał wyczerpująco całość prawa partykularnego obowiązującego w Polsce. Dotychczasowe ustawodawstwo partykularne zostało zreformowane i ułożone w organicznie związaną całość według porządku Dekretałów. W stuleciu XIV synody prowincjonalne nie były liczne, w stuleciu XV były zwoływane bardzo często. W drugiej połowę 15 stulecia odbywały się synody mające na celu uchwalenie podatków płaconych przez kler" (s. 173-174).

Wyrażam przekonanie, że publikacja *Polské provinciální synody 13.-15. století* jest opracowaniem na bardzo wysokim poziomie merytorycznym. Nie ulega wątpliwości, że recenzowana księga, zarówno od strony treściowej, jak i formalnej zasługuje na rekomendację i pozytywną opinię.

Z treści i aparatu źródłowego wynika, że jest to opracowanie rzetelne, wykonane z nastawieniem, aby niczego nie uronić z bogatego zespołu informacji, jakie zostały zawarte w materiale źródłowym. Stwierdzić nawet należy, że autor zebrał owe informacje z rzucającą się w oczy dokładnością i starał się je wykorzystać w tekście w sposób pełny, niemal detaliczny. Tę solidność kwerendy źródłowej i dbałość o pełne przedstawienie dóbr opatowskich należy tu mocno podkreślić. Zgodzić się należy ze słowami Wacława Uruszczaka z recenzji niniejszej

---

[1] *Starodawne prawa polskiego pomniki*, t. I, ed. A.Z. Helcel, Warszawa 1856.

[2] R. Hube, *Antiquissimae constitutiones synodales provinciae gneznensis. Maxima ex parte. Nunc primum e codicibus manu scriptis typis mandatae*, Petropoli 1859.

[3] W. Abraham, *Studya krytyczne do dziejów średniowiecznych synodów prowincjonalnych kościoła Polskiego*, Kraków 1917.

[4] I. Subera, *Synody prowincjonalne arcybiskupów gnieźnieńskich*, Warszawa 1971.

[5] W. Uruszczak, *Historia państwa i prawa polskiego tom I: (966-1795)*, Warszawa 2015.

[6] A. Vetulani, *Z badań nad kulturą prawniczą w Polsce piastowskiej*, Wrocław 1976.

[7] W. Baran-Kozłowski, *Arcybiskup gnieźnieński Henryk Kietlicz 1199-1219. Działalność kościelna i polityczna*, Poznań 2009.

książki „Omawiane tutaj opracowanie oceniam wysoko. Przedstawia ono aktualny stan badań nad synodami gnieźnieńskiej prowincji kościelnej w wiekach średnich. Zaletą pracy jest bogaty aparat przypisów, dający czytelnikowi pełny przegląd źródeł i literatury przedmiotu. Autor podkreśla niezależność synodów biskupich od władzy książąt dzielnicowych. Warto tutaj zaznaczyć, że w XIII w. synody prowincjonalne, gromadzące biskupów całej prowincji gnieźnieńskiej, były przejawem jedności Kościoła polskiego i tym samym ważnym czynnikiem sprzyjającym tendencjom zjednoczeniowym”[8].

Mimo pewnego niedosytu w kwestii rozszerzenia analizy niektórych kluczowych dla tego tematu zagadnień książkę należy ocenić bardzo wysoko. Wykorzystując najnowsze ustalenia historiograficzne oraz przeprowadzając subtelną analizę źródeł historycznych, Pavel Otmar Krafl daje nam do rąk niezwykle ciekawą pracę.

Autor

Artur Lis – doktor prawa oraz doktor historii, adiunkt w Katedrze Historii Prawa Wydziału Zamiejscowego Prawa i Nauk o Społeczeństwie KUL w Stalowej Woli.

[8] W. Uruszczak, *Najnowsza monografia o polskich synodach prowincjonalnych w średniowieczu: Pavel Otmar Krafl, Polské provinciální synody 13.-15. století, Práce Historického ústavu AV ČR, Opera Instituti historici Pragae, Řada/ Series A Monographia, Svazek/ Volumen 70, Historický Ústav, Praha 2016, ss. 176,* „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2016; 9 (4), s. 581-585; zob. L. Zygner, *Pavel Otmar Krafl, Polské provinciální synody 13.-15. století, Praha 2016, ss. 176, Práce Historického ústavu AV ČR, Series A, Vol. 70, ss. 176,* „Kwartalnik Historyczny“ R. CXXV, z. 1/2018, s. 175-179.