

ISSN: 1689-8052
E-ISSN: 2451-0807



STUDIA
prawnicze
ROZPRAWY I MATERIAŁY

2020 NR 2 (27)

STUDIES IN LAW
RESEARCH PAPERS

2020 No. 2 (27)

STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY 2020 NR 2 (27)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2020 NO. 2 (27)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief	– Zbigniew Maciąg
zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor	– Mariusz Załucki
redaktor statystyczny / Statistics Editor	– Tadeusz Stanisław
redaktor tematyczny ds. nauk o administracji / Subject Editor for Administrative Sciences	– Monika Augustyniak
redaktor tematyczny ds. nauk prawnych / Subject Editor for Legal Sciences	– Adam Strzelec
sekretarze redakcji / Managing Editors	– Aleksandra Partyk

www.ka.edu.pl • www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Scientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]	Jacek Mazurkiewicz [Wrocław]
Andriy Bojko [L'viv]	Francesco Morandi [Sassari]
Daniel H. Cole [Bloomington]	Stephen Riley [Utrecht]
Janina Czapska [Kraków]	Christian Rolfs [Köln]
Tomas Davulis [Vilnius]	Janusz Szwaja [Kraków]
Angelo Vigliani Ferraro [Reggio Calabria]	Maria Tzanou [Keele]
Pavlo Fris [Ivano Frankivsk]	Emod Veress [Cluj Napoca]
Tommaso Edoardo Frosini [Napoli]	Jan Widacki [Kraków]
Aurelijus Gutauskas [Vilnius]	Dewi Williams [Stoke-on-Trent]
Harald G. Kundoch [Köln]	Vincenzo Zeno-Zencovich [Roma]
Egidijus Kūris [Vilnius]	

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2020

e-ISSN: 2451-0807

ISSN: 1689-8052

Wszystkie numery czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” są dostępne w wolnym dostępie (*open access*).

Wersją pierwotną czasopisma jest wydanie elektroniczne.

Redakcja językowa tekstów polskich: Agnieszka Boniatowska, Carmen Stachowicz

Na zlecenie: Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiających, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.



Wydawca:

Oficyna Wydawnicza AFM

Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

oficyna@afm.edu.pl

Projekt graficzny: Joanna Sroka

Skład: Jakub Aleksejczuk

Spis treści

Słowo wstępne 1

Artykuły i studia

Rafał Adamus

dr hab., prof. UO, Uniwersytet Opolski

Następcza niemożliwość świadczenia producenta rolnego z umowy kontraktacji 5

Anna Golonka

dr hab., prof. UR, Uniwersytet Rzeszowski

Upicie (upojenie) alkoholowe a problematyka poczytalności sprawcy przestępstwa 23

Jadwiga Stawnicka

prof. dr hab., Wyższa Szkoła Humanitas w Sosnowcu

Kamil Jadczyk

mgr, Kancelaria Wiśniewska i Partnerzy Adwokaci i Radcy Prawni Sp.P. w Katowicach

Kazimierz Marszał

prof. dr hab., Wyższa Szkoła Humanitas w Sosnowcu

Właściwość miejscowa rzecznika dyscyplinarnego uczelni w postępowaniu w sprawie deliktu dyscyplinarnego popełnionego przez byłego nauczyciela akademickiego 45

Grzegorz Wolak

dr hab., wiceprezes i Przewodniczący IV Wydziału Pracy w Sądzie Rejonowym w Stalowej Woli

Z problematyki pracy świadczonej przez skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego. Rozważania na kanwie zagadnienia prawnego w sprawie III PZP 3/20..... 63

Marius Andreescu

PhD, University of Pitești, Romania

Andra Puran

PhD, University of Pitești, Romania

Some considerations on the principles of law..... 87

Aleksandra Partyk

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Instytucja zgłaszania zastrzeżeń do protokołu po nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego 107

Weronika Wenda

radca prawny, dr, Weronika Wenda Kancelaria Radcy Prawnego

Przedkontraktowe obowiązki informacyjne dewelopera, a zmiana przedsięwzięcia deweloperskiego po zawarciu umowy deweloperskiej 125

Beata Więzowska-Czepiel dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego <i>Sztuczna inteligencja w arbitrażu – AI w roli arbitra?</i>	133
Lucas Moreira Alcici master, University of Lisbon School of Law <i>The Protection of the Right to Freedom of Expression in International Human Rights Law: an Overview</i>	151
Piotr Kęsek doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego <i>Obsada stanowisk szefów cywilnych służb specjalnych w Polsce – uregulowania prawne</i>	161
Grzegorz Kościelniak mgr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego <i>Konstytucyjna regulacja instytucji wyłączenia w Polsce – konstytucyjne pojęcie wyłączenia</i>	181
Katarzyna Sikora doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego <i>Technologie biometryczne sposobem uwspółcześnienia przepisów o formie testamentu holograficznego</i>	207
Barbara Smuk mgr, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Rzeszowie <i>Wybrane aspekty odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza w świetle ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie</i>	227
Ewelina Zander-Zięcina mgr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego <i>Praca zdalna w kontekście proponowanych zmian w Kodeksie pracy</i>	243
Glosy	
Magdalena Bainczyk dr hab., prof. KA AFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego <i>Glosa do wyroku FTK z 5 maja 2020 r. w sprawie obligacji EBC</i>	257
Monika Szymanowska mgr, Uniwersytet w Białymstoku <i>Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., wydanego w sprawie sygn. akt IV CSK 626/13</i>	273
Recenzje, sprawozdania, varia	
Carlo Pilia prof., Faculty of Law, University of Cagliari, Sardinia (Italy) <i>A European mediator for social inclusion</i>	285

Aleksandra Partyk dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego	
Kamil Szpyt dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego <i>Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Sztuczna inteligencja a prawa człowieka” (International Conference „Artificial Intelligence & Human Rights”), Kraków, 29–30 listopada 2020.....</i>	291
Kamil Najjar prezes zarządu Studenckiej Poradni Prawnej KA AFM <i>Działalność Studenckiej Poradni Prawnej w czasie pandemii COVID-19.....</i>	297
Kacper Siudut student, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego <i>Sekcja cywilna Studenckiej Poradni Prawnej Krakowskiej Akademii</i>	301
Robert Borkowski dr hab., prof. KA AFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego <i>Robin T. Bowen, Ethics and the Practice of Forensic Science, 2nd ed., CRC Press Taylor & Francis, Boca Raton cop. 2018, 253 ss.....</i>	303
Rafał Czachor dr hab., prof. KA AFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego <i>Anthea Roberts, Is International Law International?, Oxford University Press, New York [cop. 2017], 406 ss.</i>	309
Marcin Kwiecień dr. hab., Uniwersytet Jagielloński <i>Karl Heinz Roth, Hartmut Rübner, Wyparte, odroczone, odrzucone. Niemiecki dług reparacyjny wobec Polski i Europy, tłum. E. Marszałek, A. Peszke, Instytut Zachodni, Poznań 2020, 421 ss.</i>	315
Lista recenzentów	319
O czasopiśmie	321
About The Magazine	325
Über die Zeitschrift.....	329

Contents

Opening comment.....	2
----------------------	---

Articles and Studies

Rafał Adamus

Associate Professor, University of Opole

<i>Consequent Inability of an Agricultural Producer to Perform Obligations from the Cultivation Contract.....</i>	5
---	---

Anna Golonka

Associate Professor, University of Rzeszów

<i>Drunkness (Alcohol Intoxication) and Sanity of the Perpetrator of the Offense.....</i>	23
---	----

Jadwiga Stawnicka

Full Professor, Humanitas University of Sosnowiec

Kamil Jadczyk

Master, Kancelaria Wiśniewska i Partnerzy Adwokaci i Radcy Prawni Sp.P. w Katowicach
[attorney and legal adviser office]

Kazimierz Marszał

Full Professor, Humanitas University of Sosnowiec

<i>The Local Jurisdiction of the University Disciplinary Spokesman in Proceedings Regarding a Disciplinary Tort Committed by a Former Academic Teacher</i>	45
--	----

Grzegorz Wolak

Associate Professor, Vice-President and Chairman of the 4th Work Division of the District Court in Stalowa Wola

<i>On the Issues of Work Provided by a Convict Serving a Sentence of Imprisonment on the Basis of a Job Placement by the Director of a Penitentiary Institution. Considerations on the Basis of the Legal Issue in the Case III PZP 3/20</i>	63
--	----

Marius Andreescu

PhD, University of Pitești, Romania

Andra Puran

PhD, University of Pitești, Romania

<i>Some considerations on the principles of law.....</i>	87
--	----

Aleksandra Partyk

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

<i>Institution of Recording Reservations in the Minutes After the Amendment of the Code of Civil Procedure.....</i>	107
---	-----

Weronika Wenda

attorney-at-law, PhD, Weronika Wenda Kancelaria Radcy Prawnego [legal adviser office]

<i>Pre-contractual Information Obligations of the Developer and Change of the Development Project After the Conclusion of the Development Contract</i>	125
---	-----

Beata Więzowska-Czepiel PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Artificial Intelligence in arbitration – AI as an arbitrator?</i>	133
Lucas Moreira Alcici Master, University of Lisbon School of Law <i>The Protection of the Right to Freedom of Expression in International Human Rights Law: an Overview</i>	151
Piotr Kęsek Master, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Staff positions of heads of civil special services in Poland – legal regulations</i>	161
Grzegorz Kościelniak Master, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Constitutional regulation of the institution of expropriation in Poland – the constitutional concept of expropriation</i>	181
Katarzyna Sikora Master, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Biometric technologies as a way to modernized regulations on the form of holographic wills</i>	207
Barbara Smuk Master, WSPiA University of Rzeszow <i>Selected aspects of a notary's disciplinary liability in the light of the Act of February 14, 1991 – Law on Notaries</i>	227
Ewelina Zander-Zięcina Master, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Remote work in the context of the proposed changes in the Labor Code</i>	243
Glosses	
Magdalena Bainczyk Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Gloss to the Federal Constitutional Court judgment of 5th May 2020 regarding the European Central Bank bonds</i>	257
Monika Szymanowska Master, University of Białystok <i>Commentary to the decision of the Supreme Court of 5 June 2014 in the case of IV CSK 626/13</i>	273
Book Reviews, Reports, Varia	
Carlo Pilia prof., Faculty of Law, University of Cagliari, Sardinia (Italy) <i>A European mediator for social inclusion</i>	285

Aleksandra Partyk PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University	
Kamil Szpyt PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>International Conference „Artificial Intelligence & Human Rights”, Kraków, 29–30 listopada 2020</i>	291
Kamil Najjar Student, Chairman of the Students' Council of the Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>The activities of the Student Legal Clinic during the COVID-19 pandemic</i>	297
Kacper Siudut Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Civil section of the students legal clinic of the Krakow Academy</i>	301
Robert Borkowski Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Robin T. Bowen, Ethics and the Practice of Forensic Science, 2nd ed., CRC Press Taylor & Francis, Boca Raton cop. 2018.</i>	303
Rafał Czachor Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Anthea Roberts, Is International Law International?, Oxford University Press, New York [cop. 2017]</i>	309
Marcin Kwiecień Associate Professor, Jagiellonian University <i>Karl Heinz Roth, Hartmut Rübner, Wyparte, odroczone, odrzucone. Niemiecki dług reparacyjny wobec Polski i Europy, tłum. E. Marszałek, A. Peszke, Instytut Zachodni, Poznań 2020.</i>	315
Reviewers	319
About the Magazine	325

Aleksandra Partyk

dr, Sekretarz Redakcji „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały”
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ORCID: 0000-0003-3196-6601
apartyk@afm.edu.pl

Słowo wstępne

Drodzy Czytelnicy,

Prezentujemy Państwu kolejny numer naszego periodyku. W tym bogatym zbiorze wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa i praktyki prawniczej znalazło się miejsce dla prac autorów z różnych dziedzin prawa. Analizowane zagadnienia odnoszą się w szczególności do problematyki prawa konstytucyjnego, prawa cywilnego, prawa pracy, prawa karnego. Zgromadziliśmy cenne spostrzeżenia autorów z różnych ośrodków akademickich – tak z Polski, jak i z zagranicy. Obok interesujących artykułów naukowych oraz głos przedstawiamy też niemałą liczbę innych tekstów, przede wszystkim recenzji publikacji naukowych i sprawozdań pokonferencyjnych. Mamy nadzieję, że ten, jak i przyszłe numery czasopisma stanowiąc będą dla Państwa interesującą lekturę, skłaniającą do refleksji nad poruszonymi tematami i prowokującą do tworzenia kolejnych prac naukowych. Liczymy, że zechcą Państwo publikować je – jak do tej pory – na łamach czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały”. Życzę inspirującej lektury!

Aleksandra Partyk

PhD, Managing Editor of “Studies in Law. Research Papers”

Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

ORCID: 0000-0003-3196-6601

apartyk@afm.edu.pl

Opening comment

Dear Readers,

We present you the next issue of our periodical. In this rich collection of statements from representatives of legal doctrine and practice there is a place for works of authors from various fields of law. The analyzed issues refer in particular to constitutional law, civil law, labour law and criminal law. We have gathered valuable insights from authors representing various academic centers, located both in Poland and abroad. In addition to interesting scientific articles and commentaries to judgements, we also present a considerable number of other texts, above all reviews of scientific publications and post-conference reports. We hope that this issue of the journal, as well as the future ones, will make an interesting read for you, making you reflect on the discussed topics and provoking you to create more scientific works. We hope that you will want to publish them – as you have done before – in the “Studies in Law. Research Papers”. I wish you an inspiring reading!

ARTYKUŁY
i studia

ARTICLES
and Studies

Rafał Adamus

dr hab., prof. UO, Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0003-4968-459X

radamus@uni.opole.pl

Następcza niemożliwość świadczenia producenta rolnego z umowy kontraktacji

Zagadnienia wprowadzające. Cel badawczy

W XXI wieku w Polsce umowa kontraktacji – z uwagi na przeobrażenia stosunków własności rolnej i nieopłacalność ekonomiczną małych gospodarstw rolnych – coraz częściej jest umową rodzącą poważne skutki ekonomiczne.

Zgodnie z art. 613 § 1 k.c. przez umowę kontraktacji¹ producent rolny zobowiązuje się, po pierwsze, wytworzyć produkty rolne i, po drugie, dostarczyć (co oznacza przede wszystkim zebranie wytworzonych produktów rolnych) kontraktującemu oznaczoną ilość produktów rolnych określonego rodzaju, a kontraktujący zobowiązuje się te produkty odebrać w terminie umówionym, zapłacić umówioną cenę oraz spełnić określone świadczenie dodatkowe, jeżeli umowa lub przepisy szczególne przewidują obowiązek spełnienia takiego świadczenia. Świadczeniem charakterystycznym w umowie kontraktacji, obciążonym szczególnym ryzykiem jego wykonania, jest świadczenie producenta rolnego. Przybiera ono postać świadczenia niepieniężnego.

¹ Zob. np. A. Stelmachowski, *Kontraktacja*, Wydawnictwo ZPP, Katowice 1965, *passim*; *idem*, *Kontraktacja produktów rolnych*, PWN, Warszawa 1960, *passim*; *idem*, *Zagadnienia prawne kontraktacji*, „Państwo i Prawo” 1954, nr 7–8, s. 76 i n. Tematyka umów o wytworzenie i dostarczenie produktów rolnych jest przedmiotem analiz UNIDROIT w dokumencie pn. *Legal guide on contract farming*, UNIDROIT – FAO – IFAD, Rome 2015, s. 1 i n. Określa on uniwersalne rekomendacje UNIDROIT co do kształtowania praw i obowiązków stron takich umów – począwszy od etapu negocjacji, przez wykonywanie kontraktu i jego rozwiązywanie. Modelowe rozwiązania UNIDROIT nie mogą prowadzić do naruszania właściwych przepisów *iuris cogentis*.

Jeżeli istota umowy zawieranej przez strony polega na odpłatnym wytworzeniu i dostawie produktów rolnych, będzie to zawsze umowa kontraktacji bez względu na to, jaką nomenklaturę przyjmą strony umowy i czy konkretny stosunek zobowiązaniowy zostanie nazwany jako „sprzedaż”, „dostawa” czy inaczej. Przepisy art. 613 i n. k.c. przy uregulowaniu praw i obowiązków stron umowy uwzględniają okoliczność, że wytwarzanie na sprzedaż produktów rolnych wiąże się ze szczególnym ryzykiem agrobiologicznym (rozumianym jako biologiczny cykl wytwarzania)² producenta rolnego.

Celem badawczym niniejszego opracowania jest, po pierwsze, analiza aktualnego stanu prawnego (w zakresie części ogólnej prawa zobowiązań i szczególnej regulacji umowy kontraktacji) pozwalającego na ocenę prawną sytuacji, w której wytworzenie przez producenta rolnego zakontraktowanych produktów rolnych w całości lub w części okazuje się – z różnych przyczyn – niemożliwe³. Problem ten jest szczególnie aktualny w warunkach stosunkowo intensywnych zmian klimatycznych rodzących anomalie pogodowe⁴, w sytuacji niedoboru wody⁵, w warunkach strukturalnych epidemii dotyczących zwierzęta hodowlane (np. afrykański pomór świń ASF, gąbczasta encefalopatia bydła BSE). Po drugie, przyjętym celem badawczym jest sformułowanie – w obszarze prowadzonych analiz – ewentualnych wniosków *de lege ferenda*.

Umowa kontraktacji jako umowa wzajemna

Umowa kontraktacji należy do umów wzajemnych, co ma oczywiste konsekwencje w przypadku niemożliwości spełnienia jednego ze świadczeń wzajemnych przez producenta rolnego. Zgodnie z art. 487 § 2 k.c. umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej⁶. Umowa wzajemna (synalagmatyczna) stanowi podstawowy rodzaj umowy w obrocie

² D. Łobos-Kotowska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4: *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764⁹)*, red. M. Habdas, M. Frasz, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 196.

³ *Ibidem*, s. 197; A. Rembieniński, [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 2, red. J. Winiarz, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989, s. 608–609.

⁴ Zob. np. W. Mioduszeński, *Zjawiska ekstremalne w przyrodzie – susze i powodzie*, [w:] *Współczesne Problemy Kształtowania i Ochrony Środowiska*, red. A. Łachacz, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2012, s. 57 i n.

⁵ Rocznik Statystyczny Rolnictwa Statistical / Yearbook of Agriculture, GUS, Warszawa 2020, s. 58 wskazuje na niekorzystne zjawiska agrometeorologiczne w obszarze rocznej sumy opadów.

⁶ Zgodnie z art. 51 k.z. „jeżeli obie strony zobowiązują się wzajemnie tak, że jedno świadczenie ma być odpowiednikiem drugiego, umowa jest wzajemna”.

gospodarczym⁷. Umowa wzajemna jest zarazem umową odpłatną, jak i umową dwustronnie zobowiązującą⁸. Umowa wzajemna podlega tzw. zasadzie ekwiwalentności⁹. W piśmiennictwie przyjmuje się w tym zakresie teorię subiektywnej ekwiwalentności, zgodnie z którą decydujące znaczenie dla oceny równowagi świadczeń ma stanowisko stron¹⁰. Można wskazać na dwa warianty subiektywnej ekwiwalentności. O subiektywnej ekwiwalentności można mówić w wymiarze ekonomicznym czy wymiennym, przy czym ekwiwalentność może być ujmowana od strony użyteczności wzajemnych świadczeń¹¹. Innymi słowy, nie ma znaczenia obiektywna wartość świadczeń¹². Z punktu widzenia konstrukcji umowy wzajemnej nie ma znaczenia, czy świadczenia stron powinny być spełnione jednocześnie. Celem umowy wzajemnej jest doprowadzenie do obopólnej wymiany świadczeń¹³. Świadczenia stron z umowy wzajemnej są ze sobą powiązane. Nieważność jednego z zobowiązań, niewykonanie względnie nienależyte wykonanie świadczenia jednego z kontrahentów ma wpływ na ważność drugiego zobowiązania albo obowiązek wykonania świadczenia wzajemnego przez drugą stronę¹⁴. Umowy wzajemne były i są prototypem całego mechanizmu umownego, stanowią najważniejszy rodzaj czynności prawnych organizujących obrót prawny¹⁵. Dla uznania, czy świadczenia mają charakter ekwiwalentny, „[...] decydujący jest miernik subiektywny (ocena partnerów) nie zaś rzeczywista wartość w obrocie [...] W praktyce obrotu kontraktowego strony kierują się jednak prawami rynku i obiektywnymi relacjami wartości”¹⁶. Co ważne, Kodeks cywilny, z uwagi na „silniejsze powiązania i współzależność kontrahentów”, zawiera szereg przepisów szczególnych odnoszących się do umów wzajemnych (art. 487-497,

⁷ Zob. np. A. Brzozowski, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 409; W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1994, s. 104; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, wyd. 11 popr. i uaktualnione, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 805; M. Pannert, *Wpływ upadłości na zobowiązania z umów wzajemnych*, Warszawa 2006, s. 16, 32.

⁸ Zgodnie z art. 51 k.z. „jeżeli obie strony zobowiązują się wzajemnie tak, że jedno świadczenie ma być odpowiednikiem drugiego, umowa jest wzajemna”.

⁹ M. Pannert, *op. cit.*, s. 16.

¹⁰ *Ibidem*, s. 33.

¹¹ *Ibidem*, s. 34.

¹² *Ibidem*.

¹³ A. Brzozowski, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 410; W. Czachórski, *op. cit.*, s. 104.

¹⁴ A. Brzozowski, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 410.

¹⁵ R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Księgarnia Akademicka, Poznań 1948, s. 151; A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, wyd. 2, PWN, Warszawa 1984, s. 108; W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 1997, s. 992–993.

¹⁶ A. Brzozowski, w: *System prawa prywatnego...*, s. 409.

380 § 2, 388 k.c.)¹⁷. Ryzyka faktyczne stron umowy kontraktacji będącej umową wzajemną są zróżnicowane.

Możliwość spełnienia świadczenia przez dłużnika (producenta rolnego) jako istota zobowiązania

Zgodnie z art. 353 § 1 k.c. zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. W strukturze zobowiązania można zaobserwować pewne istotne sprzężenie: wierzytelność jest korelatem długu¹⁸. Zobowiązanie jest stosunkiem prawnym, w ramach którego można wyróżnić trzy podstawowe elementy: jego podmioty, przedmiot i treść. Umowa kontraktacji jest rzecz jasna złożonym stosunkiem prawnym, w ramach którego określona wierzytelność przysługuje każdej ze stron stosunku cywilnoprawnego¹⁹.

Przedmiotem stosunku prawnego jest świadczenie, czyli określone zachowanie dłużnika, którego spełnienia może domagać się wierzyciel („zachowanie się dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i polegające na zadośćuczynieniu godnemu ochroni interesowi wierzyciela”)²⁰. Celem świadczenia jest zapewnienie wierzycielowi określonej korzyści czy, innymi słowy, zaspokojenie pewnego interesu strony wierzycielskiej. Ów interes wierzyciela rozstrzyga o sensie powstania zobowiązania i dalszego jego istnienia, musi istnieć w czasie, w którym świadczenie jest spełniane, i być godnym ochrony w świetle całości zasad porządku prawnego²¹. O jaki interes wierzyciela chodzi w ramach stosunku prawnego, decydować będzie całokształt okoliczności towarzyszących powstaniu tego stosunku i znaczenie, jakie do tych okoliczności przywiązują istniejące w tym względzie normy prawne. Z definicji zobowiązania wypływa wniosek, iż świadczenie powinno być tego rodzaju, że może zostać spełnione przez dłużnika, tzn. dłużnik ma w danych okolicznościach faktyczną zdolność do jego spełnienia. Innymi słowy, winna istnieć możliwość spełnienia świadczenia przez dłużnika.

Na schemat świadczenia producenta rolnego z umowy kontraktacji składają się z dwa elementy: wytworzenie produktów rolnych i dostarczenie

¹⁷ *Ibidem*, s. 410.

¹⁸ P. Machnikowski, [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 108, P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 531 i n., W. Czachórski, *op. cit.*, s. 31.

¹⁹ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 10, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 84–85.

²⁰ T. Dybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 1: *Część ogólna. Zobowiązania*, red. Z. Radwański, Ossolineum, Wrocław 1981, s. 71–72; M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1..., s. 567.

²¹ T. Dybowski, [w:] *System prawa cywilnego...*, s. 74–75; W. Czachórski, *op. cit.*, s. 35.

ich kontraktującemu. Schemat świadczenia charakterystycznego z art. 613 § 1 k.c. konstrukcyjnie przypomina schemat świadczenia dostawcy. Zgodnie z art. 605 k.c. dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy i ich dostarczenia odbiorcy. Zasadnicza różnica tkwi jednak w sile sprawczej wytworzenia przedmiotu świadczenia.

Wytworzenie produktów rolnych, które są przedmiotem świadczenia producenta rolnego, wymaga (ujmując to w pewnym uproszczeniu) dwóch elementów sprawczych o różnej intensywności: po pierwsze, odpowiedniego zachowania człowieka (w tym m.in. użycia odpowiednich maszyn i środków zgodnie z kulturą rolną, np. nasadzenia, nawożenia, nawodnienia) i – po drugie – kluczowego udziału sił przyrody (jest to udział *sine qua non*). Wytworzenie przedmiotu dostawy może również wymagać pewnych elementów sił przyrody (zakładu wprawianego w ruch za pomocą sił przyrody). Niemniej nadal oba przypadki, tzn. wytworzenie produktu rolnego i wytworzenie przedmiotu dostawy, różni intensywność wpływu sił przyrody na wytworzenie przedmiotu świadczenia. Działanie sił przyrody przy wytworzeniu produktu rolnego jest przewidywalne. Przy założeniu normalnego działania sił przyrody można się umówić co do uzyskania określonych wielkości produktów rolnych. Anomalie w działaniu sił przyrody – niespowodowane przez producenta rolnego – mogą jednak uniemożliwić finalne spełnienie umówionego świadczenia. Producent rolny może nie mieć możliwości spełnienia świadczenia w całości albo może nie mieć możliwości spełnienia świadczenia w określonej jakości i/lub ilości.

Umowa kontraktacji wymyka się prostemu kwalifikowaniu do umów rezultatu albo starannego działania. W efekcie umowy kontraktacji kontraktujący ma otrzymać pewien rezultat w postaci wytworzonych płodów rolnych. Natomiast zachowanie sprawcze producenta rolnego przy wytworzeniu produktów rolnych właściwie sprowadza się do możliwości starannego działania.

Wykonanie zobowiązania producenta rolnego z umowy kontraktacji

W myśl art. 354 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią, w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje, to także w sposób odpowiadający takim zwyczajom.

Przywołany przepis wskazuje na kryteria, jakie będą miały zastosowanie dla oceny prawidłowości wykonania zobowiązania przez producenta rolnego i stwierdzenia, czy zachodzą ewentualne przesłanki odpowiedzialności *ex contractu*. Pierwzoplanowe znaczenie ma kryterium zgodności zachowania dłużnika z treścią zobowiązania, czyli z postanowieniami zawartymi w umowie

i przepisach prawa (treść zobowiązania kształtują jeszcze inne czynniki, ale uczyniono z nich samodzielne kryteria). W piśmiennictwie słusznie podkreślono, że kryterium zgodności postępowania z ustaleniami dokonanymi przez same strony (np. co do jakości, ilości świadczenia, terminu jego spełnienia) ma charakter nadrzędny nad pozostałymi elementami wymienionymi w art. 354 § 1 k.c. i z owych elementów nie można wyciągać wniosków sprzecznych z *lex contractus*²². Dla oceny prawidłowości wykonania zobowiązania przez dłużnika stosuje się też niekiedy przepisy dyspozytywne Kodeksu cywilnego, np. jeżeli chodzi o miejsce spełnienia świadczenia (art. 450 k.c. i n.) czy o wymagania co do jakości świadczenia (art. 357 k.c.). Normy te będą jednak miały zastosowanie w dalszej kolejności, po kryteriach z art. 354 § 1 k.c.²³ Sposób zachowania dłużnika przy wykonywaniu zobowiązania oceniany przez pryzmat art. 354 § 1 k.c. ujmowany jest szeroko, obejmuje bowiem wszystkie składniki zachowania się dłużnika związane ze spełnieniem świadczenia. Wymienić tu więc można kwestie związane z miejscem spełnienia świadczenia, czasem spełnienia świadczenia, sposobem wydania przedmiotu świadczenia, jakością świadczenia, zasadami współdziałania z wierzycielem itp.²⁴

Niemniej o ile np. stworzenie dzieła czy wykonanie obiektu budowlanego (jako wykonanie zobowiązania rezultatu) jest co do zasady zależne od zachowania dłużnika (i osób, którymi się posługuje w wykonaniu zobowiązania), o tyle wytworzenie produktu rolnego wymaga – oprócz określonego zachowania producenta rolnego – także odpowiedniego, niezakłóconego działania sił przyrody.

Niemożliwość spełnienia świadczenia przez producenta rolnego

Jeżeli sensem zobowiązania jest spełnienie świadczenia przez dłużnika, to niemożliwość spełnienia świadczenia przez dłużnika ma oczywistą doniosłość prawną w sferze prawa zobowiązań. Niemożliwość spełnienia świadczenia jest zjawiskiem o charakterze ogólnym – i jest uregulowana w części ogólnej prawa zobowiązań w art. 387, 475, 493 i 495 k.c., mającym zastosowanie do umów nazwanych, jak i do umów nienazwanych²⁵. Ponadto do niemożności

²² M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1..., s. 578–579.

²³ *Ibidem*, s. 580–581.

²⁴ *Ibidem*, s. 580.

²⁵ Zgodnie z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę – *lege non distinguente* umowę nazwaną, jak i nienazwaną – mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Należy bronić poglądu, że niemożność świadczenia jest niezwykle mocno powiązana z właściwością (naturą, istotą) stosunku zobowiązaniowego. Definicja zobowiązania zasadza się bowiem na możliwości spełnienia świadczenia przez dłużnika. Z tej przyczyny do

świadczenia z umowy kontraktacji odnoszą się przepisy szczególne art. 622 i 623 k.c. Generalnie tzw. niemożliwość świadczenia może mieć różne postaci. Na niemożliwość spełnienia świadczenia można spoglądać z punktu widzenia relacji czasowej pomiędzy powstaniem stanu niemożności spełnienia świadczenia a powstaniem zobowiązania. Niemożliwość świadczenia może zatem istnieć *in stipulatione* (niemożliwość pierwotna) albo – co istotne w odniesieniu do umów kontraktacji – dopiero *in solutione* (niemożliwość wtórna). Dalej: niemożliwość spełnienia świadczenia może być absolutna (tzn. spełnienie świadczenia może być w ogóle niemożliwe) albo może być niemożliwe do spełnienia jedynie gospodarczo (tzn. spełnienie świadczenia może być teoretycznie możliwe ale z uwagi na nadzwyczajne nakłady byłoby to gospodarczo nieuzasadnione).

Niemożliwość świadczenia rodzi inne konsekwencje w przypadku umów jednostronnie zobowiązujących i w przypadku umów wzajemnych, do jakich należy umowa kontraktacji.

Wreszcie kluczowe znaczenie ma problem przyczyn, dla których doszło do niemożliwości spełnienia świadczenia w kontekście konsekwencji prawnej dla stron tej niemożliwości świadczenia²⁶. W szczególności problem przyczyn niemożności spełnienia świadczenia należy rozpoznawać w kontekście regulacji art. 471 k.c., w myśl którego dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

W kontekście braku możliwości wykonania umowy kontraktacji istotne znaczenie ma tzw. gospodarcza niemożliwość świadczenia. W literaturze przedmiotu podnosi się, że „[...] na równi z niemożliwością świadczenia należy traktować sytuację, w której spełnienie świadczenia jest wprawdzie technicznie możliwe, ale połączone z nadmiernymi trudnościami, kosztami lub szkodą dla dłużnika. [...] W świetle art. 354 k.c., a zwłaszcza zasad współżycia społecznego, nie można żądać od dłużnika więcej, niż mógłby on wykonać, oraz by przez wykonanie zobowiązania doprowadził się do ruiny lub poważnych kłopotów finansowych, zwłaszcza przy niepewnym wyniku jego starań o wykonanie”²⁷.

Stan o charakterze przemijającym, przejściowym, nie identyfikuje jeszcze niemożliwości świadczenia. „Tylko stan trwałej niewykonalności, pozwala

dopuszczalności modyfikacji kodeksowego modelu niemożności świadczenia należy podchodzić z bardzo dużą ostrożnością.

²⁶ K. Kruczałak, *Skutki niemożliwości świadczenia według prawa cywilnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1983, *passim*.

²⁷ A. Rembieliński, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz...*, t. 1, s. 486.

na uznanie, iż ma zastosowanie instytucja niemożliwości świadczenia [...]. Niemożliwość świadczenia musi mieć charakter definitywny. Jeżeli w przyszłości spełnienie świadczenia będzie możliwe, niemożliwość świadczenia nie zachodzi²⁸. W przypadku umowy kontraktacji stan trwałości niemożliwości spełnienia świadczenia należałoby szacować przez pryzmat długości cyklu produkcyjnego produktów rolnych.

W przypadku świadczenia producenta rolnego z umowy kontraktacji istotne znaczenie ma następcza, wtórna niemożliwość spełnienia świadczenia przez producenta rolnego²⁹.

Następcza niemożliwość świadczenia może być następstwem np. siły wyższej. W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2010 r., IV CSK 510/2009, wskazano, że siłą wyższą jest zdarzenie nadzwyczajne, pochodzące z zewnątrz podmiotu i w zasadzie niezależne od jego woli. Stanowią ją katastrofy, klęski żywiołowe, nadzwyczajne działania ludzkie, którym zapobiec nie można, np. wojny, gwałtowne kryzysy, a także akty władzy państwowej. Działania władcze organów państwa mogą być zakwalifikowane jako siła wyższa, gdy są czynami nadzwyczajnymi o zewnętrznym charakterze, tj. pozostają w zasadzie poza sferą wpływu podmiotu i uniemożliwiają mu przeciwstawienie się takiemu postępowaniu. Jak wykazano wcześniej, nie tylko siła wyższa może być przyczyną niemożliwości świadczenia.

Przepisy o niemożności świadczenia czynią z umowy wzajemnej dystrykcję pomiędzy całkowitą a częściową niemożnością świadczenia. W tym kontekście warto przywołać art. 620 k.c., zgodnie z którym jeżeli przedmiot kontraktacji jest podzielny, kontraktujący nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chyba że inaczej zastrzeżono.

²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27 lutego 2014, IACa 737/ 13 niepubl.

²⁹ W odróżnieniu od następczej niemożliwości świadczenia może mieć miejsce pierwotna niemożność świadczenia, czyli niemożność *ab initio*, od samego początku istnienia stosunku zobowiązaniowego. Już na początku rozwoju cywilistyki opracowano zasadę *impossibilium nulla obligatio est*. Na temat zdania Celsusa „*Impossibilium nulla obligatio est*” (Digesta. 50,17,185; Celsus 8 dig.) zob. D. Skrzywanek-Jaworska, *Nieważne zobowiązania ex stipulatione. Znaczenie Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50,17,185) w prawie rzymskim*, „Studia Prawno Ekonomiczne” 2011, t. LXXXIII, s. 205 i n. Obecnie art. 387 § 1 k.c. stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna por. A. Rembieliński, [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 349, 485; K. Skupisz-Kępką, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353 - 534)*, red. M. Habdas, M. Frasz, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 228 i n. Strona, która w chwili zawarcia umowy nie wiedziała o pierwotnej niemożliwości świadczenia, nie ponosi żadnej odpowiedzialności. Zgodnie z art. 387 § 2 k.c. strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o pierwotnej niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia. Teoretycznie gdyby umowa kontraktacji dotyczyła niemożliwych do wytworzenia produktów rolnych, byłaby dotknięta pierwotną niemożliwością świadczenia.

Generalnie niemożliwość świadczenia może być obiektywna albo subiektywna. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27 lutego 2014 r.³⁰ podniesiono, że „[...] w doktrynie i judykaturze przez niemożliwość świadczenia rozumie się stan, w którym spełnienie świadczenia w istniejących warunkach jest niewykonalne. Może to wynikać z przyczyn natury faktycznej jak i prawnej. Tak ujęta niemożliwość świadczenia może przedstawiać się jako niemożliwość przedmiotowa (obiektywna) jak i podmiotowa (subiektywna)”. Kryterium rozróżnienia jest proste. „Obiektywna niemożliwość świadczenia występuje wtedy, gdy nie tylko kontrahent danej umowy, ale nikt nie może wykonać określonego świadczenia. Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe jedynie wtedy, gdy przyczyna niemożliwości leży poza sferą działalności i aktywności dłużnika, tkwi w przedmiocie świadczenia, czyli jest niemożliwością »samą z siebie«. Niemożliwość subiektywna zachodzi wtedy, gdy tylko dłużnik nie może spełnić określonego świadczenia, ale może je spełnić jakakolwiek inna osoba”.

W wyroku Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2000 r.³¹ stwierdzono, że niemożliwość świadczenia skutkująca wygaśnięciem zobowiązania obejmuje sytuację, gdy po powstaniu zobowiązania zaistnieje stan zupełnej, trwałej i obiektywnej niemożności zachowania się dłużnika w sposób wynikający z treści zobowiązania. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy zwrócił jednak uwagę na dopuszczalność przyjęcia stanu następczej niemożliwości wskutek przyczyn subiektywnych, leżących po stronie dłużnika. Zdaniem Sądu Najwyższego obiektywny charakter niemożności spełnienia świadczenia wyraża się w tym, że nie tylko dłużnik, ale także każda inna osoba nie jest w stanie zachować się w sposób zgodny z treścią zobowiązania, ponieważ z przyczyn o charakterze powszechnym lub dotyczących sytuacji dłużnika świadczenie jest niewykonalne. Dalej przyjęto, że przyczyna niemożności spełnienia świadczenia dotyczyć może również tylko dłużnika, a mimo to świadczenie może być uznane za obiektywnie niewykonalne.

W przypadku umowy kontraktacji chodzi co do zasady o obiektywną niemożliwość świadczenia.

Przepisy kodeksowe o niemożności świadczenia można sprowadzić do trzech płaszczyzn regulacji: po pierwsze, regulacji stanu niemożności spełnienia świadczenia, po drugie, regulacji przyczyn niemożliwości spełnienia świadczenia, po trzecie – regulacji konsekwencji prawnych niemożliwości spełnienia świadczenia.

³⁰ IACa 737/13, niepubl.

³¹ V CKN 150/00, niepubl.

Przepis art. 487 § 1 k.c. wprowadza zasadę, że wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych podlegają przepisom ogólnym, o ile przepisy poświęcone umowom wzajemnym nie stanowią inaczej. Zagadnieniom niemożności świadczenia z umów wzajemnych poświęcone są art. 493 k.c. (zawiniona następcza niemożliwość świadczenia całkowita albo częściowa) i 495 k.c. (niezawiniona następcza niemożliwość świadczenia całkowita albo częściowa).

W pierwszej kolejności do niemożliwości spełnienia świadczenia przez producenta rolnego stosuje się art. 622 i 623 k.c. Ponieważ przepisy te nie regulują wszystkich kwestii związanych z niemożliwością spełnienia świadczenia, w dalszej kolejności znajdują zastosowanie przepisy o zobowiązaniach z umów wzajemnych i dopiero w dalszej kolejności przepisy ogólne o zobowiązaniach.

Zgodnie z art. 622 § 1 k.c. jeżeli wskutek okoliczności (których zmiana może być – *lege non distinguente* – zwyczajna lub nadzwyczajna), za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi, producent rolny nie może dostarczyć przedmiotu kontraktacji – a innymi słowy: gdy zachodzi stan niemożności świadczenia – obowiązany jest on „tylko do zwrotu pobranych zaliczek i kredytów bankowych”. Regulacja ta odnosi się do następczej, obiektywnej niemożliwości świadczenia.

Powyższa norma prawna jest jednostronnie bezwzględnie obowiązująca³², co wynika z art. 622 § 2 k.c., zgodnie z którym w umowie kontraktacji strony mogą zastrzec warunki zwrotu zaliczek i kredytu korzystniejsze dla producenta rolnego.

Okolicznością, za którą producent rolny nie ponosi odpowiedzialności, jest np. powódź, zalanie, gradobicie, wiatr, susza, epidemia. W literaturze przedmiotu trafnie uważa się, że jest to pojęcie szersze niż pojęcie siły wyższej³³. Siłą wyższą charakteryzuje się tym, że jest: nieprzewidywalna, nie do uniknięcia, poza kontrolą strony umowy³⁴. Siłą wyższą są zjawiska natury (tzw. *Acts of God*) takie jak powodzie, mrozy, susze, burze, pożary, trzęsienia ziemi³⁵. Siłą wyższą są akty działania władzy publicznej³⁶. Wreszcie za siłę wyższą uważa się inne zakłócenia, takie jak zamieszki i inne zaburzenia społeczne, wojny, powstania i rewolucje³⁷. Paradygmat starannego działania producenta rolnego np. nie wymaga od niego zapewnienia takiego systemu irygacyjnego,

³² D. Łobos-Kotowska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4..., s. 198.

³³ *Ibidem*, s. 197.

³⁴ *Legal guide...*, s. 133; J. Pokrzywniak, *Klauzula siły wyższej*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 6.

³⁵ *Legal guide...*, s. 134.

³⁶ *Ibidem*, s. 135.

³⁷ *Ibidem*.

aby zapobiec strukturalnej suszy³⁸. Zatem art. 622 k.c. znajduje zastosowanie w przypadku zajścia siły wyższej, jak i innych niezależnych od stron zdarzeń skutkujących niemożliwością wykonania umówionego zobowiązania.

Pomiędzy okolicznościami niezależnymi od stron umowy a brakiem możliwości wykonania świadczenia przez producenta rolnego powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy.

Nie można w sposób ważny zastrzec w umowie, że wyłączenie odpowiedzialności producenta rolnego za niewykonanie zobowiązania może nastąpić tylko na wypadek siły wyższej, biorąc pod uwagę okoliczność, że art. 622 k.c. nie jest dyspozytywny.

Ustawodawca nie wymaga, aby okoliczności uniemożliwiające wytworzenie produktów rolnych były całkowicie nieprzewidywalne. Komunikaty hydrologiczne, długoterminowe prognozy pogody, ryzyko wybuchu ognisk epidemii pozwalają na hipotetyczne przewidywanie pewnych problemów.

W warunkach, o których mowa w art. 622 k.c., producent rolny nie ponosi względem kontraktującego odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie (nienależyte wykonanie) zobowiązania. Nie jest też w takiej sytuacji dopuszczalne obciążenie producenta rolnego karą umowną za niewytworzenie produktów rolnych³⁹.

Producent rolny obowiązany jest do zwrotu kontraktującemu otrzymanych zaliczek, przy czym producent rolny powinien dokonać zwrotu zaliczek także wówczas, jeżeli już je zużył. Regulacja art. 622 k.c. jest zatem mniej korzystna dla producenta rolnego niż standard wynikający z zasady ogólnej wyrażonej w art. 495 § 1 *in fine* k.c., według której zwrot świadczenia wzajemnego następuje według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Przepis art. 409 k.c. stanowi, że obowiązek wydania wygasa, jeżeli ten, kto korzyść uzyskał, zużył ją lub utracił w taki sposób, że nie jest już wzbogacony, chyba że wyzbywając się korzyści lub zużywając ją, powinien był liczyć się z obowiązkiem zwrotu. Zwrot zaliczek przez producenta rolnego – o ile nie

³⁸ Por. A. Rembieliński, [w:] Kodeks..., s. 608.

³⁹ W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 maja 2016 VI ACa 611/15 podniesiono, że „[...] kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służyć realnemu wykonaniu zobowiązania. Kara ta ma różne funkcje, przede wszystkim: dyscyplinującą wobec strony zagrożonej sankcją kary, odszkodowawczą wobec strony, której wierzytelność z tytułu kary przysługuje i gwarancyjno-zabezpieczającą zapewniającą wykonanie umowy w uzgodnionych rygorach (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 3.06.2015 r., VI ACa 1682/14 [...]). Ustawowa konstrukcja kary umownej nie opiera się na mechanizmie gwarancyjnym, lecz na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. [...] Innymi słowy, niezbędną przesłanką dochodzenia kary umownej jest tylko takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.)”.

przewidziano z góry takich terminów – powinien nastąpić niezwłocznie po wezwaniu do zwrotu (art. 455 k.c.). Nie można zobowiązać producenta rolnego do zwrotu samego oprocentowania od zaliczek pieniężnych udzielonych kontraktującemu ani zwrotu równowartości udzielonej pomocy agrotechnicznej i zootechnicznej, zwrotu równowartości wsparcia producenta rolnego w pozyskaniu przez niego kredytu. Dopuszczalne jest natomiast wyłączenie albo ograniczenie obowiązku zwrotu zaliczek kontraktującemu, np. poprzez zmniejszenie sumy przypadającej do zwrotu, zastosowanie okresu karencji, rozłożenie zwrotu na raty.

Producent rolny obowiązany jest – stosownie do zawartej przez siebie umowy z bankiem – do zwrotu kredytu zaciągniętego na wytworzenie i zebranie produktów rolnych. Umowa kontraktacji może jednak przewidywać wsparcie producenta rolnego przez kontraktującego przy spłacie kredytów na rzecz banków.

Producent rolny, który – wskutek okoliczności niezależnych od stron – nie jest w stanie dostarczyć zakontraktowanych produktów rolnych, nie otrzyma umówionego wynagrodzenia od kontraktującego. Zgodnie z art. 495 § 1 k.c. (znajdującego zastosowanie do umów wzajemnych) jeżeli jedno ze świadczeń wzajemnych (w analizowanym przypadku chodzi o świadczenie producenta rolnego) stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi, strona, która miała to świadczenie spełnić (producent rolny), nie może żądać świadczenia wzajemnego (zapłaty od kontraktującego), a w wypadku, gdy je już otrzymała, obowiązana jest do zwrotu według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu⁴⁰. Należy bronić poglądu, że regulacji art. 622 k.c. dotyczącej zaliczki nie można rozciągać na przypadek otrzymania całego świadczenia (co w praktyce należy do rzadkości).

Dodatkowo producent rolny traci poczynione przez siebie nakłady z własnych środków.

W konsekwencji – jeżeli kontraktujący ma roszczenie o zwrot zaliczek – ciężar ryzyka umowy kontraktacji w przeważającej części spoczywa na producencie rolnym. Ma on kontraktowo wyraźnie słabszą pozycję⁴¹. Przy spekulacyjnej polityce nabywców produktów rolnych pojawia się oczywiste pytanie o potrzebę zmiany takiego stanu rzeczy.

Zgodnie z art. 623 k.c. jeżeli umowa kontraktacji wkłada na producenta obowiązek zgłoszenia w określonym terminie niemożności dostarczenia

⁴⁰ A. Rembieliński, [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 512; G. Stojek, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3..., s. 991 Natomiast w przypadku prostego stosunku zobowiązaniowego, zgodnie z art. 475 § 1 k.c., jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa (*ibidem*, s. 867 i n.).

⁴¹ A. Rembieliński, [w:] *Kodeks...*, s. 609.

przedmiotu kontraktacji wskutek okoliczności, za które producent odpowiedzialności nie ponosi, niedopełnienie tego obowiązku z winy producenta wyłącza możliwość powoływania się na te okoliczności (w sądzie i poza sądem). Nie dotyczy to jednak wypadku, gdy kontraktujący o powyższych okolicznościach wiedział albo gdy były one powszechnie znane (np. powódź czy strukturalna susza jest okolicznością powszechnie znaną⁴²). Ustawodawca jak widać wprowadza surowy rygor w przypadku niedopełnienia przez producenta rolnego umownego wymogu awizacji. Niedopełnienie tego obowiązku skutkuje przyjęciem fikcji prawnej braku zaistnienia podstaw wyłączających odpowiedzialność producenta. Jest to rozwiązanie nieproporcjonalne. Kontraktujący może nie ponieść żadnej szkody w wyniku braku informacji. Wydaje się, że zupełnie wystarczające byłoby roszczenie odszkodowawcze kontraktującego w stosunku do producenta, gdyby kontraktujący przez sam brak informacji poniósł szkodę ograniczoną do *damnum emergens*.

Przepis art. 622 k.c. ma zastosowanie do niemożności świadczenia przez producenta rolnego w odniesieniu do całości świadczenia – a jeżeli jego przedmiot jest podzielny – zastosowanie znajdzie art. 495 § 2 zd. 1 k.c. (jeżeli świadczenie jednej ze stron stało się niemożliwe tylko częściowo, strona ta traci prawo do odpowiedniej części świadczenia wzajemnego), w zakresie w jakim nie zastępuje go art. 622 k.c.⁴³ W przypadku częściowej niemożliwości świadczenia zwrot zaliczek powinien być proporcjonalny⁴⁴.

Jak się wydaje, zgodnie z art. 495 § zd. 2 k.c. druga strona (kontraktujący) może od umowy odstąpić, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez tę stronę cel umowy, wiadomy stronie (producentowi rolnemu), której świadczenie stało się częściowo niemożliwe (zob. art. 620 k.c.).

Niekiedy producent rolny może ponosić odpowiedzialność za niemożliwość świadczenia. W myśl art. 493 § 1 k.c. (znajdującego zastosowanie do umów wzajemnych, w tym do umowy kontraktacji) jedno ze świadczeń wzajemnych (wytworzenie i dostarczenie produktów rolnych) może stać się niemożliwe do wykonania wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność strona zobowiązana (producent rolny). W przypadku umowy kontraktacji przypadek taki może się wiązać ze złą kulturą rolną prowadzoną przez producenta rolnego. W takiej sytuacji druga strona (kontraktujący) może, według swego wyboru, albo żądać od producenta rolnego naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania, albo od umowy odstąpić.

⁴² *Ibidem*, s. 610.

⁴³ *Ibidem*, s. 609.

⁴⁴ D. Łobos-Kotowska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4..., s. 198.

Dalej wspomnieć trzeba, iż zgodnie z art. 493 § 2 k.c. w razie częściowej niemożności świadczenia jednej ze stron druga strona może od umowy odstąpić, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez tę stronę cel umowy, wiadomy stronie, której świadczenie stało się częściowo niemożliwe⁴⁵.

Ustawodawca nie uregulował przypadku (możliwego do ziszczenia się w rzeczywistości), w którym niemożliwość spełnienia świadczenia wynika zarówno z okoliczności za które nie odpowiada żadna ze stron jak i z okoliczności za które odpowiada producent rolny. Niemniej w takim przypadku należałoby odpowiednio zastosować przepis o przyczynieniu się do powstania szkody (art. 362 k.c.). W takim wypadku obowiązek producenta rolnego do naprawienia szkody powinien ulec odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy producenta rolnego.

Od niemożności świadczenia producenta rolnego należy odróżnić nieprzewidywane przy zawieraniu umowy „nadmierne trudności” przy spełnieniu świadczenia, jak i nieprzewidywane wcześniej spełnienie świadczenia z rażąco strata, będące następstwami nadzwyczajnej zmiany stosunków (art. 357¹ k.c.)⁴⁶ w ramach tzw. klauzuli *rebus sic stantibus*⁴⁷.

Po pierwsze, w przypadku klauzuli *rebus sic stantibus* chodzi nie o całkowite wyłączenie możliwości świadczenia, ale o nadmierne trudności w jego spełnieniu albo o nadmierne straty przy jego spełnieniu. Przeprowadzenie linii demarkacyjnej pomiędzy faktami prawnymi z art. 357¹ k.c. odnoszącymi się do trudności ze spełnieniem świadczenia a znamionami gospodarczej niemożności świadczenia nie jest sprawą prostą.

Po drugie, w przypadku powyższych komplikacji ze spełnieniem świadczenia, o których mowa w art. 357¹ k.c., ich przyczyną musi być wyłączenie nadzwyczajna zmiana stosunków, a nie jakakolwiek zmiana okoliczności (nie wykluczając jednak tej nadzwyczajnej), za którą strony nie ponoszą od-

⁴⁵ A. Rembieliński, [w:] Kodeks..., t. I, s. 510–511.

⁴⁶ Zob. np. A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na wykonanie zobowiązania*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 85 i n.

⁴⁷ *Idem*, *Regulacja wpływu zmiany okoliczności na zobowiązania w świetle nowelizacji kodeksu cywilnego z dnia 28 lipca 1990 r.*, „Palestra” 1992, nr 5–6, s. 20; R. Tollik, *Nowe uregulowanie klauzuli rebus sic stantibus oraz nominalizmu i waloryzacji świadczeń pieniężnych w kodeksie cywilnym (art. 357¹ i 358¹ k.c.)*, „Problemy Ustawodawstwa Gospodarczego” 1991, nr 6, s. 5–6; Z. Gawlik, *Klauzula rebus sic stantibus w znouelizowanym kodeksie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1990, nr 10–12, s. 39; W. Robaczynski, *Kilka uwag na temat relacji między art. 357¹ a 358¹ § 3 k.c.*, „Rejent” 1996, nr 11, s. 70 i n.; E. Bagińska, *Klauzula rebus sic stantibus – współczesne zastosowania*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2010, t. XXIV, s. 177; J. Rajski, *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 3, s. 4.

powiedzialności. Nadzwyczajna zmiana stosunków to zdarzenia niebywale, niepospolite czy niezwykle albo mające zarówno wyjątkowy, jak i nadzwyczajny charakter; mieszczą się tu takie zjawiska jak katastrofy naturalne czy epidemie⁴⁸. Nadzwyczajna zmiana stosunków traktowana jest jako zjawisko powszechne (tzn. dotyczące większej liczby podmiotów) i trwałe⁴⁹, choć prezentowane jest stanowisko, że może dotyczyć zmian o charakterze indywidualnym⁵⁰.

Po trzecie, w przypadku klauzuli *rebus sic stantibus* istotnym elementem jest nieprzewidywalność trudności w wykonaniu świadczenia („czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy”), natomiast ani przepis art. 495 k.c., ani przepis art. 622 k.c. nie wprowadza takiej przesłanki.

Podsumowanie

Jeżeli wskutek okoliczności, za które żadna ze stron umowy kontraktacji (bez względu w jaki semantyczny sposób strony określiły istniejący pomiędzy nimi stosunek prawny) odpowiedzialności nie ponosi (np. strukturalnej suszy), producent rolny nie może dostarczyć przedmiotu kontraktacji w całości albo w części – a innymi słowy: gdy zachodzi stan następczej i obiektywnej niemożności świadczenia (całkowity albo częściowy, jeżeli przedmiot świadczenia był podzielny) – producent rolny nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej względem kontraktującego, w tym np. z tytułu kary umownej przewidzianej za zmniejszenie kontyngentu dostaw. Producent rolny obowiązany jest do zwrotu pobranych zaliczek i kredytów bankowych.

Powstaje pytanie, czy konstrukcja niemożliwości świadczenia producenta rolnego w Kodeksie cywilnym nie powinna zostać poddana rewizji w kierunku wzmocnienia jego pozycji prawnej. Rolnictwo należy do tych dziedzin społecznych, które – w interesie ogólnym – wymagają szczególnej ochrony. W warunkach zmian klimatycznych wykonywanie działalności rolniczej wiąże się z coraz większym ryzykiem. Kontraktujący – z reguły nieponoszący większych ryzyk poza spekulacyjnymi – niejednokrotnie odnoszą większe korzyści ekonomiczne niż producenci. *De lege ferenda* można zatem zaproponować, aby art. 622 § 1 k.c. przewidywał, że jeżeli wskutek okoliczności, za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi, producent rolny nie może

⁴⁸ Z. Gawlik, *op. cit.*, s. 40; E. Bagińska, *op. cit.*, s. 177.

⁴⁹ T. Wiśniewski, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, red. G. Bieniek, Warszawa 2006, s. 39; A. Malarewicz, *Wpływ zmiany stosunków na wykonanie zobowiązań*, cz. 1, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 11, s. 542; Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 1997, s. 243.

⁵⁰ W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1998, s. 92–93.

dostarczyć przedmiotu kontraktacji, obowiązany jest on do zwrotu świadczenia pieniężnego otrzymanego od kontraktującego, w tym zaliczek, tylko w takim zakresie, w jakim ich nie zużył na wytworzenie produktów rolnych.

Bibliografia

- Bagińska E., *Klauzula rebus sic stantibus – współczesne zastosowania*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2010, t. XXIV.
- Brzozowski A., *Regulacja wpływu zmiany okoliczności na zobowiązania w świetle nowelizacji kodeksu cywilnego z dnia 28 lipca 1990 r.*, „Palestra” 1992, nr 5–6.
- Brzozowski A., *Wpływ zmiany okoliczności na wykonanie zobowiązania*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1994.
- Gawlik Z., *Klauzula rebus sic stantibus w znowelizowanym kodeksie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1990, nr 10–12.
- Klein A., *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo”, t. XIV, Wrocław 1980.
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, wyd. 11 popr. i uaktualnione, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 1997.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, red. M. Habdas, M. Fras, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4: *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764⁹)*, red. M. Habdas, M. Fras, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 1, red. J. Winiarz, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989.
- Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 2, red. J. Winiarz, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989.
- Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, red. G. Bieniek, Warszawa 2006.
- Kruczalak K., *Skutki niemożliwości świadczenia według prawa cywilnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1983.
- Legal guide on contract farming*, UNIDROIT – FAO – IFAD, Rome 2015.
- Longchamps de Berier R., *Zobowiązania*, Księgarnia Akademicka, Poznań 1948.
- Malarewicz A., *Wpływ zmiany stosunków na wykonanie zobowiązań*, cz. 1, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 11.
- Mioduszewski W., *Zjawiska ekstremalne w przyrodzie – susze i powodzie*, [w:] *Współczesne Problemy Kształtowania i Ochrony Środowiska*, red. A. Łachacz, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2012.
- Pannert M., *Wpływ upadłości na zobowiązania z umów wzajemnych*, Warszawa 2006.
- Pokrzywniak J., *Klauzula siły wyższej*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 6.
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 10, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Radwański Z., *Zobowiązania – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 1997.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 8, C.H. Beck, Warszawa 2008.

- Rajski J., *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Fundacja Centrum Prywatyzacji, Warszawa 1994.
- Rajski J., *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 3.
- Robaczyński W., *Kilka uwag na temat relacji między art. 357¹ a 358¹ § 3 k.c.*, „Rejent” 1996, nr 11.
- Robaczyński W., *Sądowa zmiana umowy*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1998.
- Rocznik Statystyczny Rolnictwa / Statistical Yearbook of Agriculture, GUS, Warszawa 2020.
- Skrzywanek-Jaworska D., *Nieważne zobowiązania ex stipulatione. Znaczenie Impossibilium nulla obligatio est Celsusa (D. 50,17,185) w prawie rzymskim*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2011, t. LXXXIII.
- Stelmachowski A., *Kontraktacja*, Wydawnictwo ZPP, Katowice 1965.
- Stelmachowski A., *Kontraktacja produktów rolnych*, PWN, Warszawa 1960.
- Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, wyd. 2, PWN, Warszawa 1984.
- Stelmachowski A., *Zagadnienia prawne kontraktacji*, „Państwo i Prawo” 1954, nr 7–8.
- System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 1: *Część ogólna. Zobowiązania*, red. Z. Radwański, Ossolineum, Wrocław 1981.
- System prawa prywatnego*, t. 5: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Tollik R., *Nowe uregulowanie klauzuli rebus sic stantibus oraz nominalizmu i waloryzacji świadczeń pieniężnych w kodeksie cywilnym (art. 357¹ i 358¹ kc.)*, „Problemy Ustawodawstwa Gospodarczego” 1991, nr 6.

Abstract

Consequent Inability of an Agricultural Producer to Perform Obligations from the Cultivation Contract

This study is devoted to the issue of the subsequent inability to provide services by an agricultural producer under a cultivation contract, in a situation where the inability to perform an obligation is a consequence of circumstances for which neither party is responsible. The legislator has specifically regulated the inability to provide services by an agricultural producer in art. 622 of the Civil Code. However, for a full analysis of this issue, it is necessary to refer to the provisions of the general part of the law on obligations. The current legal regulation puts the risk of the agricultural producer in too asymmetrical way. Therefore, the current legal status has been critically addressed.

Key words: cultivation contract, inability to provide, force majeure, *impossibilium nulla obligatio est*

Streszczenie

Następcza niemożliwość świadczenia producenta rolnego z umowy kontraktacji

Niniejsze opracowanie poświęcone jest zagadnieniu następczej niemożliwości świadczenia producenta rolnego z umowy kontraktacji w sytuacji, gdy brak możliwości wykonania zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności. Ustawodawca w sposób szczególny uregulował przypadek niemożliwości świadczenia producenta rolnego w art. 622 Kodeksu cywilnego. Niemniej dla pełnej analizy tego zagadnienia niezbędne jest sięgnięcie do przepisów części ogólnej prawa zobowiązań. Obecna regulacja prawna w sposób zbyt niesymetryczny obciąża ryzykiem producenta rolnego. Do aktualnego stanu prawnego odniesiono się zatem w sposób krytyczny.

Słowa kluczowe: umowa kontraktacji, niemożliwość świadczenia, siła wyższa, *impossibilium nulla obligatio est*

Anna Golonka

dr hab., prof. UR, Uniwersytet Rzeszowski

ORCID: 0000-0002-0199-2203

anna_golonka@o2.pl

Upicie (upojenie) alkoholowe a problematyka poczytalności sprawcy przestępstwa

Wprowadzenie

Problematyka upojenia alkoholowego stanowiła przedmiot niejednego już opracowania naukowego. Nie może podlegać dyskusji, że obejmuje zagadnienia leżące w kręgu zainteresowania przedstawicieli wielu dziedzin wiedzy. W naukach medycznych, a także toksykologii o upojeniu alkoholowym pisze się w kontekście uzależnienia czy stanu zatrucia alkoholem¹. Z kolei psychologia jako nauka zdaje się w tej mierze koncentrować bardziej na determinantach, modelach i terapii uzależnień². Jeszcze inaczej problem wynikający z *sensu largo* użycia alkoholu jest ukazywany w analizach socjologicznych, gdzie nacisk kładzie się zwłaszcza na wymiar społeczny różnych rodzajów szkodliwego używania alkoholu³. W wielu kwestiach dziedziny te wykazują wiele punktów wspólnych w zakresie tematyki szeroko ujętego upojenia. Wynikają one z konieczności kompleksowego ukazania przedmiotowego zagadnienia, a zarazem szerokiego spektrum przypadków możliwych do analizy pod kątem upojenia. Pozostaje przy tym sprawą

¹ *Toksykologia współczesna*, red. W. Seńczuk, PZWL, Warszawa 2017, s. 334–335.

² Por. np. R. Modrzyński, *Abstynencja czy ograniczanie picia?*, Difin, Warszawa 2017, s. 13–111; J. Chodkiewicz et al., *Głód alkoholu i jego determinanty. Doniesienie wstępne*, „Polskie Forum Psychologiczne” 2015, nr 20(4), s. 467–483; *Wybrane zagadnienia psychologii alkoholizmu*, red. J. Chodkiewicz, K. Gąsior, Difin, Warszawa 2013, s. 11–128.

³ M. Frąckowiak, M. Motyka, *Charakterystyka problemów społecznych związanych z nadużywaniem alkoholu*, „Hygeia Public Health” 2015, Vol. 50(2), s. 314–322; Meszuga, *Alkoholizm zobowiązuje. Nie tylko dla alkoholików*, WAM, Kraków 2012, s. 5–192.

niebudzącą wątpliwości, iż stan powstały w wyniku użycia tej substancji odurzającej obejmuje również tematykę doniosłą z prawnego punktu widzenia, zwłaszcza – prawnokarne, gdzie, w zależności od wysokości stężenia alkoholu we krwi lub wydychanym powietrzu, obejmuje stany relewantne dla prawa karnego materialnego albo prawa wykroczeń. Jeszcze inaczej aspekt odurzenia alkoholowego może się jednak prezentować, gdyby poddać go rozważaniom w kontekście trudności związanych z ustaleniem poczytalności sprawcy czynu zabronionego. Jeżeli zważyć przy tym na to, że poza „typowymi” (umownie rzecz ujmując), „klasycznymi” przykładami upicia zwykłego (prostego, niepowikłanego) obejmują one także te przypadki, w których stan upojenia alkoholowego sprawcy czynu zabronionego charakteryzuje się nietypowym przebiegiem, to kwestie z tym związane wymagają analizy zagadnienia z perspektywy oceny zdatności takiego sprawcy do przypisania mu winy. To zaś, zarówno z dogmatycznego, jak i praktycznego punktu widzenia może się okazać wcale niełatwym zadaniem, czego ukazaniu ma służyć niniejsze opracowanie.

Stan nietrzeźwości i jego znaczenie dla odpowiedzialności karnej – uwagi na tle upojenia prostego

Polskie prawo karne, podobnie jak większość systemów prawa karnego, dostrzega w stanie odurzenia osoby popełniającej przestępstwo przesłankę przemawiającą raczej za karaniem jego sprawcy niż uwolnieniem go od odpowiedzialności karnej. Ta ostatnia reakcja prawnokarne byłaby bardziej współmierną do stanu faktycznego, w jakim znajduje się sprawca odurzony alkoholem albo inną substancją psychoaktywną. Uzasadniałoby ją ograniczenie, nierzadko sięgające znacznego stopnia, a niekiedy nawet zniesienie zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem – oczywiście odnoszone do sfery psychofizycznej, nie zaś prawnokarnej (tzw. faktyczna niepoczytalność albo poczytalność zmniejszona).

Nie może bowiem budzić żadnych wątpliwości fakt, że użycie alkoholu etylowego wywołuje u człowieka reakcje, które (gdyby oprzeć się tylko na kryterium psychologicznym niepoczytalności, tj. zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem) uzasadniałyby bezsprzecznie jej orzeczenie albo przynajmniej orzeczenie o ograniczeniu w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Z medycznego punktu widzenia każde upicie powoduje bowiem zakłócenia zarówno w sferze intelektualnej, odnoszącej się do możliwości rozpoznania znaczenia czynu, jak i wolicjonalnej, związanej z możliwością pokierowania swoim zachowaniem w sposób adekwatny do

tego rozpoznania⁴. Taka reakcja na użycie substancji odurzającej wynika z jej hamującego działania, powodującego upośledzenie, spowolnienie i dezorganizację czynności ośrodkowego układu nerwowego⁵. Badania nad strukturą i funkcjonowaniem mózgu poddanego oddziaływaniu alkoholu dostarczają niezbitych dowodów, iż substancja ta odpowiada za zmiany w funkcjonowaniu połączeń synaptycznych w niektórych obszarach mózgu (głównie kory płatów czołowych i skroniowych)⁶. Dochodzi także do zmian czynności bioelektrycznej⁷, a zapis EEG po spożyciu alkoholu „wykazuje zwolnienie częstotliwości fal *alfa*, podwyższenie ich amplitudy; pojawiają się w nim pojedyncze fale wolne”⁸. Wnioski te zdają się potwierdzać także liczne badania kliniczne⁹. Z jednego z nich wynika na przykład, że w 50–90% przypadków nawet tylko szkodliwego używania alkoholu dochodzi do zmian zanikowych struktur mózgowych (zaniki mózdzku, kory mózgowej, głównie w okolicach płata czołowego i skroniowego)¹⁰. W konsekwencji zachodzi swoista reakcja

⁴ Por. M. Kopera, M. Wojnar, W. Szelenberger, *Funkcje poznawcze, struktura i czynności mózgu u osób uzależnionych od alkoholu*, „Alkoholizm i Narkomania” 2010, t. 23, nr 4, s. 361–378.

⁵ G. Lowe, *Uzależnienie od alkoholu i narkotyków*, [w:] *Psychopatologia*, red. A.A. Lazarus, A.M. Colman, tłum. J. Gilewicz, Prószyński i S-ka, Poznań 2001, s. 104.

⁶ S. O’Connor, V. Hesselbrock, L. Bauer, *Układ nerwowy a podatność na uzależnienie od alkoholu. Alkohol i mózg*, Państwowa Agencja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, Warszawa 1996, s. 11–25, a także: M.A. Guevara et al., *Ethanol Effects on Cortical EEG Correlation and Sexual Behavior in Male Rats*, „Journal of Behavioral and Brain Science” 2014, Vol. 4 (2), s. 92–98.

⁷ S. Izdebski, J. Bukowski, M. Janiszewski, *Analiza aktywacji alkoholowej w świetle materiałów Wojewódzkiego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Świeciu n/Wisłą*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1978, z. 2, s. 118. Por. także: A. Czernecka, *Alkohol a przemoc domowa*, [w:] *Alkohol, alkoholizm i przemoc: rozboje, wypadki, gwałty, kradzieże, pobicia, zabójstwa (materiały sympozjum – listopad 2002 r.)*, wpraw. K. Renda. Polihymnia, Lublin 2004, s. 10–11.

⁸ S. Izdebski, J. Bukowski, M. Janiszewski, *op. cit.*, s. 118. Por. także: J. Kocur, *Wpływ alkoholu na stan emocjonalny. Aspekty sądowo-psychiatryczne*, [w:] *Materiały IX Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. Stany afektywne w opiniowaniu sądowym psychiatryczno-psychologicznym*, red. Z. Majchrzyk, T. Gordon, E. Milewska, PTP, Warszawa 1991, s. 129–130, a także wnioski z badań: V.E. Pollock et al., *The EEG after alcohol administration in men at risk for alcoholism*, „Archives of General Psychiatry” 1983, Vol. 40 (8), s. 857–861.

⁹ Por. B. Kissin, H. Begleiter, *The Biology of Alcoholism*, vol. 2: *Physiology and Behavior*, Plenum Publishing Corporation, New York 1972, s. 293–343; E.L. Scott et al., *EEG alpha activity increases during transient episodes of ethanol-induced euphoria*, „Pharmacology, Biochemistry & Behavior” 1986, Vol. 25 (4), s. 889–895, a także: *EEG and Evoked Potentials in Psychiatry and Behavioral Neurology*, eds. J. Hughes, W.P. Wilson, Butterworth Publishers, Boston 1983, s. 1–4 oraz 127–210.

¹⁰ Por. B.T. Woronowicz, *Alkoholizm jako choroba*, Państwowa Agencja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, Warszawa 1993, s. 22. Wpływ alkoholu na spadek poziomu sprawności psychicznej był badany już na przełomie XIX i XX w., por. R. Radziwiłłowicz, *Psychologia i psychopatologia alkoholizmu*, [w:] *Alkoholologia: książka podręczna dla walczących z alkoholizmem*, cz. 1, Polskie Towarzystwo Walki z Alkoholizmem „Trzeźwość”, Warszawa 1928, s. 99–101.

wyrównawcza przeciwdziałająca efektom hamującym, co z kolei jest powodem zakłóceń w zakresie prawidłowego reagowania na bodźce przez osobę poddaną działaniu alkoholu¹¹.

Przebieg upicia zwykłego znamionują reakcje psychosomatyczne, które w ujęciu „modelowym” doprowadziły do wyróżnienia pewnych jego etapów, które można opisać kolejno jako:

- faza dysfotyczna, odpowiadająca stężeniu alkoholu we krwi sięgającemu 1,0‰. Odnotowuje się w niej m.in. subiektywną poprawę nastroju, zwiększenie pewności siebie, a przy tym zmniejszenie pojemności uwagi, zaburzenia spostrzegania i początkowe zaburzenia psychomotoryczne. Praktyka opiniodawcza dowodzi, że zazwyczaj sprawcami czynów zabronionych – w szczególności aktów o charakterze chuligańskim, są osoby znajdujące się w tej albo następnej fazie działania alkoholu¹². Wybryki chuligańskie, nierzadko połączone z czynami agresywnymi, są wynikiem odnotowywanego w tej fazie braku zahamowań oraz nadmiernej „odwagi”, spotęgowanej spożytym alkoholem¹³.
- faza euforyczna, odpowiadająca stężeniu alkoholu we krwi na poziomie 1.0-2.0‰. Obserwuje się wówczas m.in. ujawnianie działań popędowych. Na tym etapie dostrzegalne są już także wyraźnie zaburzenia psycho- i sensomotoryczne. Poprawa nastroju, sięgająca stanu swoistej euforii (skąd nazwa tego stadium), wpływa przy tym na podwyższenie samooceny, przy jednoczesnym obniżeniu realnego krytycyzmu, co w rezultacie prowadzi do utraty zdolności obiektywnego osądu rzeczywistego stanu rzeczy.
- faza ekscytacyjna, która występuje przy stężeniu alkoholu we krwi wynoszącym 2.0-3.0‰. Na tym etapie odnotowuje się już znaczny zanik uczuciowości wyższej i krytycyzmu. W stadium tym występuje także nadmierne pobudzenie psychomotoryczne, przy czym ruchy osoby wykazują daleko posunięty brak koordynacji; są niezborne. W sferze procesów myślowych obserwuje się natomiast ich zahamowanie, co pozostaje w ścisłym związku z zaburzeniami mowy (tzw. bełkot).
- faza narkotyczna, która występuje przy stężeniu alkoholu we krwi wynoszącym od 3.0 do 4.0‰. Objawia się zamroczeniem, snem narkotycznym, zaburzeniami ośrodka oddychania i krążenia.

¹¹ G. Lowe, *op. cit.*, s. 104.

¹² Por. A. Lipczyński, *Psychologia sądowa*, Difin, Warszawa 2007, s. 118; podobnie: M. Seligman, E. Walker, D. Rosenhan, *Psychopatologia*, Zysk i S-ka, Poznań 2003, s. 633–635.

¹³ Por. T. Gordon, E. Milewska, R. Rutkowski, *Alkohol a przestępczość osób z nieprawidłową osobowością*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1987, t. 18, s. 127–129, a także: B. Hołyst, *Kryminologia*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 570–572.

- faza porażenna, jako ostatnia w przyjętej klasyfikacji, która odpowiada stężeniu alkoholu we krwi na poziomie 4.0–5.5‰ lub wyższemu. Charakteryzuje się głębokim snem narkotycznym o cechach odkorowania, zanikiem odruchów prostych, drgawkami, porażeniem ośrodką krążenia i oddychania, a w konsekwencji nierzadko również i śmiercią¹⁴.

Już w tym miejscu wypada zaznaczyć, że tak opisany, „modelowy” schemat przebiegu upicia dotyczy jedynie tej jego formy, która z psychopatologicznego punktu widzenia nie wykazuje odstępstw uzasadniających stwierdzenie, że upicie ma charakter inny niż proste (zwykłe, niepowikłane)¹⁵. W takim kontekście nie powinno więc zastanawiać to, że również ustawodawca karny „przyrównuje” stan spowodowany odurzeniem alkoholowym do stanu zmniejszonej poczytalności, do której zresztą *de facto* dochodzi¹⁶. Stopień tego ograniczenia może być zaś nawet znaczny, a w niektórych przypadkach (obejmujących w szczególności fazę narkotyczną) w swoich następstwach związanych z brakiem zdolności rozpoznania znaczenia czynu oraz pokierowania swoim postępowaniem wręcz odpowiadać opisowi niepoczytalności. Z tego powodu w pełni uprawnione zdaje się być więc określenie odnoszące się do tzw. poczytalności faktycznie zmniejszonej albo faktycznej niepoczytalności dla zasygnalizowania, że użycie alkoholu, jako substancji odurzającej, prowadzi do zakłócenia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Zrozumiały jest wobec tego powód, dla którego ustawodawca karny regulację dotyczącą odpowiedzialności sprawcy przestępstwa, który *tempore criminis* znajdował się w stanie nietrzeźwości lub odurzenia zawarł w artykule, który określa także niepoczytalność i poczytalność zmniejszoną (tj. art. 31 § 1-3 k.k.).

Faktem jest jednak, że w zależności od przyjętej koncepcji kwestia unormowania w tym względzie bywa różnie rozwiązywana na płaszczyźnie legislacyjnej. Przykładowo w niemieckojęzycznych systemach prawa (Niemcy, Szwajcaria, Austria) obowiązują przepisy statuujące odpowiedzialność za (*Voll*)*rauschdelikt*, czyli odrębny typ czynu zabronionego, polegający na tym, że sprawca przez użycie napoju alkoholowego lub innego środka odurzającego wprawia się w sposób zamierzony lub chociażby przez niedbalstwo w stan odurzenia; jeżeli w tym stanie popełnił on czyn zabroniony, nie

¹⁴ Na podstawie: J. Heitzman, *Upicie alkoholowe jako przedmiot ekspertyzy sądowo-psychiatrycznej*, [w:] *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, red. J. Gierowski et al., Collegium Medicum UJ, Kraków 1996, s. 96–97.

¹⁵ *Ibidem*, s. 98.

¹⁶ Por. *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, LexisNexis, Warszawa 2004, s. 187–188.

może zostać ukarany z tego względu, że wskutek odurzenia był niezdolny do przypisania mu winy albo nie jest ono wyłączone (stan częściowej niezdolności do przypisania winy)¹⁷. Natomiast w polskim kodeksie karnym z 1932 r. obowiązującą była koncepcja *actio libera in causa*¹⁸. Kodeks karny z 1997 r. w art. 31 § 3 (podobnie jak czynił to k.k. z 1969 r. w art. 25 § 3) wyłącza stosowanie poprzedzających paragrafów (tj. § 1 określającego niepoczytalność oraz § 2 – poczytalność w znacznym stopniu ograniczoną) w przypadku, gdy „sprawca wprawił się w stan nietrzeźwości lub odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć”. Tym samym względem takiego sprawcy wykluczone są konsekwencje w sferze odpowiedzialności karnej (nie dochodzi do wyłączenia ani zmniejszenia stopnia winy)¹⁹.

W aktualnym stanie prawnym ustawodawca karny podaje także definicję legalną stanu nietrzeźwości²⁰, jak również posługuje się tym znamieniem w opisie niektórych typów czynów zabronionych²¹. Stan taki należy odróżnić od stanu po użyciu alkoholu, który został określony w art. 46 ust. 2 ustawy z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi²², w świetle którego jest nim stan, w którym zawartość alkoholu w organizmie człowieka wynosi lub prowadzi do:

1) stężenia we krwi od 0,2 do 0,5 promila alkoholu
albo

2) obecności od 0,1 mg do 0,25 mg alkoholu w 1 dm³ wydychanego powietrza.

¹⁷ Por. § 323a ust. 1 niemieckiego k.k. (*deutsches Strafgesetzbuch* – StGB), BGBl. I S. 3322; § 287 austriackiego k.k. (*österreichisches Strafgesetzbuch*) BGBl. Nr 60, poz. 1974; art. 263 ust. 1 szwajcarskiego k.k. (*schweizerisches Strafgesetzbuch*) AS 54 1328 ze zm.

¹⁸ Zgodnie z założeniami *a.l.i.c.* przyjmowano, iż sprawca odpowiada jak osoba poczytalna wtedy, gdy wprawił się w stan odurzenia „po to, aby” dokonać przestępstwa. Jego czyn traktowano jako „działanie wolne w przyczynie”, tzn. wewnątrznie nieskrępowane (*actio libera*), będące przyczyną skutku przestępnego (*in causa*); por. np. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Ossolineum, Lwów 1933, s. 73; S. Pławski, *Prawo karne. Część ogólna. Nauka o przestępstwie*, PWN, Łódź 1952, s. 98.

¹⁹ Na temat winy moralnej (społecznej) w tym przypadku por. T. Kaczmarek, *Spory wokół charakteru odpowiedzialności*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, WUMCS, Lublin 2005, s. 36–37.

²⁰ Zgodnie z art. 115 § 16 k.k.: „Stan nietrzeźwości w rozumieniu tego kodeksu zachodzi, gdy: 1) zawartość alkoholu we krwi przekracza 0,5 promila albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość lub 2) zawartość alkoholu w 1 dm³ wydychanego powietrza przekracza 0,25 mg albo prowadzi do stężenia przekraczającego tę wartość” (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1600).

²¹ Por. art. 178a k.k., art. 178, art. 179 czy art. 180 k.k.

²² Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 2137.

Tym ostatnim pojęciem zastąpiono stosowany uprzednio przez przepisy niektórych aktów prawnych zwrot odnoszący się do „stanu wskazującego na użycie alkoholu”²³.

Ponadto w myśl art. 48 ust. 1 tej ustawy przez użyte w dotychczasowych przepisach określenie „stan wskazujący na użycie alkoholu” rozumie się stan po użyciu alkoholu. Stan po użyciu alkoholu (podobnie jak stan nietrzeźwości w przypadku przestępstw) stanowi znamię wybranych wykroczeń (np. art. 87 § 1 k.w., art. 86 § 2 k.w.) W prawie wykroczeń, co istotne, przewidziano jednak, że działanie pod wpływem alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka stanowi okoliczność obciążającą (art. 33 § 4 pkt. 7 k.w.)²⁴. Natomiast w k.k. brak jest podobnego przepisu przewidującego stan nietrzeźwości jako okoliczność uzasadniającą *a priori* nadzwyczajne obostrzenie kary. Wprawdzie przewiduje on regulację zawartą w art. 178 k.k., gdzie stan nietrzeźwości stanowi podstawę do takiego obostrzenia, jednak przepis ten odnosi się jedynie do wskazanych w tym artykule czynów, tj. do wybranych przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji.

W kontekście założeń legislacyjnych art. 31 § 3 k.k. (analogicznych, jak w przypadku art. 25 § 3 k.k. z 1969 r.) i oparcia się w tym względzie na zasadzie ochrony społecznej²⁵, w pełni uprawniony wydaje się w tym miejscu postulat dotyczący wprowadzenia do k.k. przepisu, który na wzór regulacji zawartej w art. 33 k.w. przewidywałby, że stan nietrzeźwości lub odurzenia sprawcy przestępstwa (każdego przestępstwa – nie tylko wybranych przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji) stanowi podstawę do nadzwyczajnego obostrzenia kary. Jak bowiem trafnie podnoszono już przed laty w literaturze przedmiotu, a co w świetle obecnych unormowań zachowuje swoją aktualność w całej rozciągłości, w starciu zasady pełnej indywidualizacji odpowiedzialności z zasadą ochrony społeczeństwa przed pijanymi sprawcami przestępstw, pierwszeństwo powinno przyspaść tej drugiej, jako że alkohol sam w sobie jest wyjątkowo silnym czynnikiem kryminogennym, nierzadko właśnie przyczyniającym się w bezpośredni sposób do popełniania czynów

²³ Zwrotem takim posługiwała się np. ustawa z 27 listopada 1961 r. o bezpieczeństwie i porządku ruchu na drogach publicznych (Dz.U. Nr 53, poz. 295 ze zm.) i rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z 1 grudnia 1971 r. w sprawie nakładania, uiszczania i ściągania grzywien w postępowaniu mandatowym (Dz.U. Nr 34, poz. 302 ze zm.).

²⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 618.

²⁵ Por. np. L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 142–143; T. Kaczmarek, *Spory wokół charakteru odpowiedzialności*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego...*, *op. cit.*, s. 37.

bezpprawnych²⁶. Wymogi sprawiedliwości społecznej uzasadniają bowiem nie tylko ponoszenie przez takiego sprawcę pełnej odpowiedzialności karnej, czyli ponoszonej na zasadach przewidzianych dla poczytalnego sprawcy przestępstwa, ale nadto mogą także przemawiać za surowszym potraktowaniem sprawcy z uwagi na świadome i dobrowolne wprawienie się przez niego w stan nietrzeźwości lub odurzenia²⁷. Zgłoszonemu powyżej postulatowi *de lege ferenda* zdaje się wychodzić naprzeciw ustawodawca karny²⁸, który wysunął propozycję wprowadzenia do art. 53 k.k. § 2a, który w pkt. 9) przewiduje, iż jedną z okoliczności obciążających wskazanych w tym przepisie jest (*in extenso*): „popęlnienie przestępstwa w stanie po spożyciu alkoholu lub środka odurzającego, jeżeli stan ten był czynnikiem prowadzącym do popełnienia przestępstwa lub istotnego zwiększenia jego skutków”. Idea przyświecająca prawodawcy zasługuje na aprobatę (może z wyjątkiem samego określenia odwołującego się do „okoliczności obciążających”, które na gruncie k.k. nie wydaje się najwłaściwsze). Sam kształt tej regulacji należy jednak ocenić negatywnie. Powodem tego jest przede wszystkim wskazanie na „stan po użyciu” alkoholu, który jest relewantny dla prawa wykroczeń. Odpowiedzialność na gruncie kodeksu karnego, jak była już o tym mowa, rodzi natomiast „stan nietrzeźwości”, w jakim znajdował się sprawca. Nie wydaje się także najlepszym sformułowanie odnoszące się do warunku, by wskazany stan „był czynnikiem prowadzącym do popełnienia przestępstwa lub istotnego zwiększenia jego skutków”. Może ono bowiem sugerować, iż wymaga się, by zachodził związek przyczynowy między stanem odurzenia sprawcy (ujmując *sensu largo*), a popełnionym przestępstwem, zatem – wykazania, że substancja odurzająca miała zasadniczy wpływ na zachowanie sprawcy. Stąd już tylko krok do stwierdzenia, że wymagamy, aby realizacja znamion typu czynu zabronionego była zdeterminowana stanem odurzenia, czyli – innymi słowy – dochodzimy do wniosku, że ideą tego zapisu jest to, że sprawca użył substancji odurzającej „po to, by” popełnić konkretne przestępstwo. Od konstrukcji tej, znanej z k.k. z 1932 r., ustawodawca odszedł już wiele lat temu, trafnie uznając, że może ona prowadzić do zniekształcenia rozumowania uzasadniającego odpowiedzialność za przestępstwo popełnione w stanie odurzenia. Z kolei odmienne rozumowanie, jak się zdaje

²⁶ Por. W. Wolter, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 140.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3451). Ustawa została uznana przez TK za niezgodną z Konstytucją RP; por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2020 r., Kp 1/19, OTK-A 2020/36, LEX nr 3028994.

leżące u podstaw tego zapisu, prowadzi do wniosku, że alkohol (lub inna substancja odurzająca) powinien mieć w danym przypadku istotny wpływ na fakt popełnienia przestępstwa. Tego jednak nie ma potrzeby sygnalizować w kontekście regulacji zawartej w art. 31 § 3 k.k., tudzież zaprezentowanych powyżej efektów oddziaływania alkoholu na organizm człowieka.

W świetle zaprezentowanych wyżej uwag może natomiast zastanawiać powód, dla którego art. 31 § 3 k.k. w zasadzie nie jest powoływany w kwalifikacji prawnej, mimo iż w świetle przyjętych zasad odpowiedzialności karnej sprawca znajdujący się *tempore criminis* w stanie nietrzeźwości nierzadko nie powinien przecież ponosić odpowiedzialności z uwagi na brak winy albo należałoby uznać, że stopień zawinienia był zmniejszony – o czym była już mowa powyżej. Tym zasadniejsze wydawałoby się więc powoływanie na przepis, który wyłącza stosowanie poprzedzających paragrafów, tj. § 1 i 2, oraz przewidzianych w nich konsekwencji w sferze zawinienia (wyłączenie albo zmniejszenie stopnia winy). Powód, a właściwie powody rezygnacji z powoływania się na art. 31 § 3 k.k., mogą być co najmniej dwa. Po pierwsze, wymagałoby to zarazem wskazania, stosowanie którego z poprzedzających paragrafów (tj. § 1 czy §2) wyłącza *in concreto* stosowany § 3 art. 31 k.k. To natomiast wymagałoby każdorazowego określenia (zapewne poprzedzonego badaniem) „stopnia” ograniczenia (albo zniesienia) faktycznej zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim przez sprawcę znajdującego się w stanie nietrzeźwości lub odurzenia. Wydaje się to z gruntu niedorzeczne. Po wtóre jednak, powodem tego jest sama konstrukcja wspomnianego przepisu, daleka od doskonałości (o ile o takiej w ogóle może być mowa w przypadku zakresu regulacji zawartej w § 3 art. 31 k.k.).

Powołany przepis powinien zostać przeredagowany pod kątem wskazania w nim na ponoszenie odpowiedzialności karnej za przestępstwo, „choćby” sprawca w czasie czynu miał ograniczoną w znacznym stopniu, albo nawet zniesioną zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Wnioskując *a fortiori*, ograniczenie (faktyczne²⁹) w niższym niż znaczny stopniu tym bardziej uzasadnia odpowiedzialność na zasadach przewidzianych w k.k.³⁰ Oczywiście w pełni aktualna pozostaje przesłanka

²⁹ Sformułowanie to nawiązuje do określenia „faktyczna niepoczytalność” i „faktyczna poczytalność zmniejszona”, którą się wolno posłużyć na wskazanie, że u sprawcy w stanie nietrzeźwości lub odurzenia dochodzi do zakłócenia czynności psychicznych, którego następstwem może być ograniczenie albo zniesienie zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem.

³⁰ W przypadku poczytalności ograniczonej brak wskazania w art. 31 § 2 k.k. na niższy niż znaczny stopień nie oznacza, że stan ten jest prawnie irrelevantny, gdyż każdorazowo w takim przypadku należałoby go uwzględnić na płaszczyźnie wymiary kary, zgodnie z dyrektywami jej wymiaru, wynikającymi z art. 53 § 1 k.k.

w postaci wymogu, aby sprawca wprawił się w stan nietrzeźwości lub odurzenia. Należałoby jednak wskazać *expressis verbis*, że czyni to „pomimo iż przewiduje, albo może przewidzieć, że doprowadzi to do takiego ograniczenia albo zniesienia” (tj. zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem).

Ponadto samo użycie sformułowania „ograniczona poczytalność” albo „niepoczytalność”, w kontekście odesłania do § 1 lub 2 art. 31 k.k., wydaje się również niepoprawne, a to z racji tego, że w powołanych przepisach nie ma mowy o poczytalności, jako takiej (a jej określenie następuje w sposób negatywny). Co więcej zaś, poczytalność ograniczona w istocie nie jest tożsama z poczytalnością w znacznym stopniu ograniczoną, o której mowa w § 2 art. 31 k.k. (oczywiście pomijając pewnego rodzaju skrót myślowy stosowany w piśmiennictwie na oznaczenie stanu, o którym mowa w § 2 art. 31 k.k., a który jest w pełni uzasadniony w kontekście określenia: poczytalność zmniejszona³¹).

Powyższe pozostaje przy tym aktualne, o ile nie rozważyć, co wydaje się bardziej trafnym rozwiązaniem, dodania nowego artykułu, tj. art. 31a k.k. Przepis ten normowałby zasady odpowiedzialności sprawcy, który popełnił przestępstwo w stanie nietrzeźwości lub odurzenia, chociażby na kształt formuły odpowiedzialności przyjmowanej dotychczas w polskim prawie karnym, jednak bez nieściśłości, którymi obarczony jest art. 31 § 3 k.k. Artykuł ten powinien wskazywać, że: „Odpowiada na zasadach przewidzianych w kodeksie karnym ten, kto dopuszcza się czynu zabronionego znajdując się w stanie nietrzeźwości lub odurzenia, w który wprawił się przewidując, albo mogąc przewidzieć, że ograniczy to albo zniesie jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”. Przepis ten należy odczytywać z uwzględnieniem w szczególności art. 1 § 1-3 k.k.

Jednocześnie dla meritum tego opracowania nie bez znaczenia pozostaje fakt, że „stan nietrzeźwości lub odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności”, o którym mowa w art. 31 § 3 k.k., obejmuje jedynie takie przypadki, w których wskazany stan zostaje wywołany dobrowolnie przez samego sprawcę, a przy tym swoim obrazem klinicznym nie odbiega zasadniczo od typowej jego formy (tj. jego przebieg charakteryzuje się pewnego rodzaju zaburzeniami w sferze psychoruchowej, które

³¹ Na temat terminologii odnoszącej się do poczytalności zmniejszonej – por. A. Golonka, *Zabójstwo w afekcie jako problem natury teoretycznej i praktycznej*, [w:] *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Aspekty prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne*, red. D. Semków, Think, Warszawa 2018, s. 54-55.

odpowiadają opisowi przyjętemu w klasyfikacji³²). Zupełnie inaczej należy oceniać te stany, które odbiegają od tego, jaki charakteryzuje upicie zwykłe (proste). Do nich może mieć zastosowanie art. 31 § 2, a nawet § 1 k.k., o czym jednak zawsze decyduje sąd, w konkretnym przypadku opierając się na stosownych opiniach wydanych przez biegłych lekarzy psychiatrów sądowych, a często również psychologa lub specjalisty z innego zakresu.

„Atypowe” formy upojenia alkoholowego i trudności związane z prawnokarną oceną poczytalności sprawcy czynu zabronionego

Potrzebę wyróżnienia nietypowych form upicia w nauce psychiatrii dostrzeżono już z początkiem XX wieku, określając je zazwyczaj mianem *mania ebriorum acutissima* lub *mania à potu*³³. Karol Spett zdefiniował nawet upojenie patologiczne jako „krótkotrwałą chorobą psychiczną”, a doprecyzował to wskazaniem, że w tym przypadku chodzi o zatrucie organizmu alkoholem należące do zjawisk patologicznych³⁴. O znaczeniu stanu zatrucia alkoholem dla nauki psychiatrii klinicznej pisano już w literaturze z tego zakresu³⁵. W piśmiennictwie zaczęto również wysuwać propozycje oddzielenia w orzecznictwie sądowym formy upicia zwykłego od patologicznego, a tego ostatniego od upicia na podłożu patologicznym³⁶. Warto także nadmienić, że w piśmiennictwie można się spotkać także z zastrzeżeniem dotyczącym niepoprawnej terminologii, tj. posługiwania się określeniem „upojenie”. Jako poprawniejszy uznaje się zwrot „upicie”, skoro to właśnie upicie (jako pewien stan) zakłóca prawidłowe funkcjonowanie świadomości, wobec czego w konsekwencji prowadzi ono do zaburzenia zdolności rozpoznania znaczenia zachowania i adekwatnego nim pokierowania³⁷.

Z czasem zaczęto również wprowadzać różne podziały upicia, które z racji prezentowanego obrazu klinicznego, względnie swojego tła, zasługiwały na osobne ich uwzględnienie, w szczególności, gdy były rozpatrywane w kategoriach przyczyn wpływających na ograniczenie albo zniesienie poczytal-

³² Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych (ang. International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems), <http://www.icd10.pl> [dostęp: 2.02.2019].

³³ J. Fleszar-Szumigaj, *Tzw. upojenia na podłożu patologicznym; upojenia atypowe – powikłane*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1978, nr 2 (16), s. 42.

³⁴ K. Spett, *Lekarskie zagadnienia poczytalności przestępców odurzonych alkoholem lub innymi środkami*, „Państwo i Prawo” 1959, z. 5–6, s. 966.

³⁵ Por. np. T. Bilikiewicz, *Psychiatria kliniczna*, PZWL, Warszawa 1973, s. 501.

³⁶ Por. K. Spett, *op. cit.*, s. 966; A. Malinowski, *Podstawowe zagadnienia w orzecznictwie sądowo-psychiatrycznym*, PZWL, Warszawa 1961, s. 111.

³⁷ Por. J. Heitzman, *Upicie alkoholowe jako przedmiot ekspertyzy sądowo-psychiatrycznej*, [w:] *Postępowanie karne i cywilne wobec osób...*, *op. cit.*, s. 94.

ności sprawcy czynu zabronionego. Zaczęto więc wyróżniać np. upicie niezwykle, skomplikowane bądź patologiczną reakcją na alkohol. Ostatecznie jednak przyjęto jako najwłaściwszy podział upić na zwykłe, patologiczne i powikłane (atypowe)³⁸.

W praktyce opiniodawczej sądowo-psychiatrycznej często spotykany jest jednak podział na upicie zwykłe (proste), na podłożu patologicznym oraz patologiczne. W literaturze przedmiotu zwracano jednak uwagę, że posługiwanie się nomenklaturą odwołującą się do upojenia patologicznego i „na podłożu patologicznym” może prowadzić do pewnego nieporozumienia, jeżeliby próbować dostrzec w tym drugim rodzaju upojenia czegoś na kształt „stanu pośredniego” między zwykłą (tj. niepowikłaną) formą upojenia alkoholowego, a upojeniem patologicznym³⁹. Jak podnosi Janusz Heitzman, przyjęty podział mógłby bowiem sugerować, że w przypadku upicia na podłożu patologicznym jakieś nietypowe podłoże pociąga za sobą każdorazowo „inność upicia”⁴⁰. Autor ten zwraca również uwagę na to, że w praktyce opiniodawczej niektórzy biegli psychiatrzy posługują się wobec tego terminologią zaczerpniętą ze „starej klasyfikacji Bindera”⁴¹, w której była mowa o upiciu zwykłym, patologicznym i powikłanym⁴². Co więcej, w fachowej literaturze z zakresu psychiatrii sądowej pojawił się nawet godny uwagi postulat (który zdaje się znajdować zwolenników wśród biegłych psychiatrów sądowych), aby przyjmować podział upojenia na proste, atypowe oraz patologiczne⁴³.

Odnosząc się natomiast do trudności, jakie w praktyce orzeczniczej może stanowić zdiagnozowanie atypowej formy upicia, jak również charakterystyki możliwych w tym względzie wybranych stanów upicia, uwzględniając przy tym motyw przewodni tego opracowania, warto zaprezentować jeszcze kilka uwag dotyczących zagadnienia nietolerancji alkoholu z psychopatologicznego punktu widzenia.

³⁸ *Ibidem*, s. 42, 52.

³⁹ Por. K. Spett, *Psychopatologia szczegółowa*, [w:] M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1991, s. 305.

⁴⁰ J. Heitzman, *op. cit.*, s. 100.

⁴¹ Warto odnotować, iż na przestrzeni lat pojawiały się różne koncepcje w zakresie terminologii stosowanej na inne niż zwykłe (proste, niepowikłane) formy upicia, a mianowicie: upicie alkoholowe wyjątkowe (*Frostiga*), nienormalna reakcja na alkohol (*Bleulera*), anormalna reakcja na alkohol (*Hoffa*), a także stosowane niekiedy w praktyce określenia takie jak upicie niezwykle, atypowe, anormalne, patologicznie zabarwione, zatrucie alkoholowe padaczkopodobne, ciężkie upojenie patologiczne, upicie skomplikowane.

⁴² *Ibidem*, s. 100–101.

⁴³ J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym – podręcznik dla lekarzy i prawników. Część I*, Tumult, Toruń 2005, s. 194–205.

W nauce tej wskazuje się, że nietolerancja taka może, chociaż wcale nie musi, być właściwością patologiczną⁴⁴. Podnosi się również, że jako taka stosunkowo często bywa diagnozowana w przypadkach stanów pourazowych, w padaczkę lub po przebyłym zapaleniu mózgu. Najczęściej jednak występuje w przebiegu alkoholizmu przewlekłego i sprowadza się do występowania upojenia o ciężkim przebiegu po nieznacznych dawkach wypitego alkoholu⁴⁵. Nietolerancję na alkohol mogą wywoływać także zmiany chorobowe, czynniki wrodzone lub nabyte zmiany organiczne⁴⁶. Wśród zaburzeń psychicznych na tle organicznym przed laty umiejscawiano alkoholizm przewlekły (*alcoholismus chronicus*), odróżniając go od nałogowego (*alcoholismus habitualis*), czyli przebiegającego bez organicznych uszkodzeń mózgu. Dla odmiany do takich zmian prowadzi alkoholizm przewlekły, przez co u zaburzonego osobnika pojawiają się m.in. objawy zespołu psychoorganicznego⁴⁷. Wskazywano także, że spowolnieniu ulegają u niego procesy myślowe, słabną funkcje zapamiętywania, chory traci zainteresowania, które miał dotychczas, a które zostają wyparte przez alkohol je zastępujący⁴⁸. Nomenklatura odwołująca się do alkoholizmu przewlekłego została zastąpiona przez Amerykański Komitet do spraw Kryteriów Diagnostycznych działający przy WHO (World Health Organisation) w 1964 r. terminologią Zespołu Zależności od Alkoholu (ZZA)⁴⁹. W praktyce sądowo-orzeczniczej stan zależności alkoholowej wcale nierzadko stanowi podstawę opiniowania o ograniczeniu w znacznym stopniu poczytalności sprawcy przestępstwa, jako że zależność alkoholową postrzega się w kategoriach choroby. Znajduje to potwierdzenie w prowadzonych przeze mnie badaniach, z których wynika, że wśród przyczyn uzasadniających opiniowanie o poczytalności zmniejszonej sprawcy przestępstwa (art. 31 § 2 k.k.) najliczniejszą kategorię stanowili ci ze sprawców, u których zdiagnozowano ZZA⁵⁰. Nie należały przy tym do rzadkości przypadki, w których obok stanu zależności alkoholowej u oskarżonych rozpoznano także inne choroby lub zaburzenia, które – jak uznano w opiniach – mogły również stanowić patogenezę zakłócenia czynności psychicznych, prowadzącego

⁴⁴ T. Bilikiewicz, *op. cit.*, s. 502.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Por. R. Radziwiłłowicz, *op. cit.*, s. 104–109.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ L. Cierpiałkowska, *Szkodliwe używanie i uzależnienie od alkoholu*, [w:] *Psychologia uzależnień – alkoholizm*, red. L. Cierpiałkowska, M. Ziarko., Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2010, s. 67.

⁵⁰ A. Golonka, *Niepoczytalność i poczytalność ograniczona*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 257–271.

do ograniczenia w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem w czasie czynu⁵¹.

W praktyce atypowa forma upojenia alkoholowego bywa niekiedy trudna do zdiagnozowania. Na jej wystąpienie *in concreto* może wskazywać m.in. nasilenie objawów intoksykacji w stosunku do tego, jakie występuje w prostej formie upicia. Mogą występować także zaburzenia ilościowe świadomości (w postaci przymglenia i zwężenia strumienia świadomości), co z kolei prowadzi do zaburzeń orientacji⁵². W odniesieniu do osoby dotkniętej tą formą upojenia daje to obraz jej swoistego zagubienia w otaczającej rzeczywistości i znacznego rozluźnienia z nią związków, chociaż kontakt z otoczeniem nie zostaje całkowicie zerwany. Obserwuje się również wysoką impulsywność i nieadekwatny do działających bodźców stopień reakcji emocjonalnej takiej osoby. Wreszcie w obrazie klinicznym atypowy przebieg upicia wiąże się z głębszymi niż przy zwykłym upiciu zaburzeniami pamięci (pamięć wsteczna, jeżeli występuje, jest fragmentaryczna), a samo upicie – tak jak nagle się pojawia, tak i nagle się kończy (zazwyczaj snem terminalnym)⁵³. Natomiast w odróżnieniu od upojenia patologicznego przy tej formie upojenia nie występują jakościowe zaburzenia świadomości⁵⁴.

Tytułem przykładu można w tym miejscu wskazać na przypadek zacierpnięty z własnych badań aktowych⁵⁵. Dotyczył on mężczyzny oskarżonego o zabójstwo (art. 148 § 1 k.k.) popełnione w stanie nietrzeźwości, gdyż taki właśnie stan został potwierdzony badaniem na zawartość alkoholu we krwi przez wezwanych w trakcie zajścia policjantów, przy czym zatrzymali oni mężczyznę dopiero wskutek podjętego pościgu. W trakcie postępowania sądowego obrońca oskarżonego podnosił jednak, że zachowanie oskarżonego *tempore criminis* cechował przebieg, który uzasadniał poddanie w wątpliwość, czy faktycznie działał on w stanie „zawinionej niepoczytalności lub poczytalności ograniczonej”. Argument ten znajdował potwierdzenie w zeznaniach świadków, zarówno tych obecnych na miejscu

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Por. J. Przybysz, *Propozycja jednolitej klasyfikacji upojeń alkoholowych dla celów orzecznictwa sądowo-psychiatrycznego*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1978, z. 2 (16), s. 68–71; L.K. Paprzycki, *Wpływ stanu nietrzeźwości alkoholowej sprawcy na ocenę jego poczytalności w sprawach o umyślne pozbawienie życia człowieka*, „Przegląd Prawniczy” 1990, nr 1, s. 52–53.

⁵³ J. Przybysz, *Psychiatria sądowa...*, *op. cit.*, s. 195–196.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 195. Odmiennie przyjął J. Kocur w: *Nietypowe formy upicia alkoholowego a poczytalność*, [w:] *Materiały VII Międzynarodowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. „Teoria i praktyka oceny poczytalności”*, *Cedzyna 9-11.VI.1988*, red. R. Rutkowski, Z. Majchrzyk, PTP, Warszawa 1988, s. 266 i 269.

⁵⁵ Więcej na temat badań aktowych zob. A. Golonka, *op. cit.*, s. 257–271.

zdarzenia, jak i mających kontakt z oskarżonym w trakcie jego „ucieczki przed mafią” (odwołując się do wyjaśnień składanych przez samego oskarżonego w trakcie postępowania). Świadkowie zeznawali zgodnie, że zachowanie mężczyzny (m.in. jego ruchy, wypowiedane słowa) wskazywało na „kompletne oderwanie” od otaczającej rzeczywistości, w miejsce której – jak twierdzili – oskarżony, miotając się po tym, jak został „schwytany”, „widział” i „słyszał” przesładujących go „ludzi z mafii”. Świadkowie zeznawali wprost, iż zachowanie mężczyzny było „inne”, „dziwne” i „nienormalne”. obrońca oskarżonego zgłosił wobec tego, skutecznie, wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych psychiatrów. Z przedstawionego dokumentu wynikało, że na podstawie charakterystyki czynu i badania stan zatrzymanego wykazywał najprawdopodobniej cechy upojenia, które charakteryzowało się atypowym przebiegiem (zdiagnozowane jako upojenie na podłożu patologicznym, którym były przewlekłe schorzenia somatyczne, na które mężczyzna ten cierpiał od lat). Tym samym biegli uznali, iż w tym przypadku zostały spełnione warunki, o których mowa w art. 31 § 1 k.k. Z wnioskiem dowodowym obrońcy nie zgodził się natomiast oskarżyciel, który powołując się na zgromadzony w trakcie postępowania przygotowawczego materiał dowodowy, w szczególności zeznania policjantów, tudzież załączoną dokumentację medyczną, podnosił, że oskarżony z całą pewnością nie miał zniesionej zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem w czasie, gdy dopuścił się zarzucanej mu zbrodni. Nie wykluczył natomiast, że zdolności te mogły być u mężczyzny „w pewnym stopniu” ograniczone, niemniej jednak z uwagi na stan nietrzeźwości, w jakim znajdował się sprawca zabójstwa, wykluczone powinno być jego zdaniem stosowanie art. 31 § 2 k.k. wobec zasadności odwołania się do zasad odpowiedzialności wynikających z § 3 tego artykułu. W tym stanie rzeczy sąd postanowił z urzędu powołać biegłych w celu wydania opinii, czy oskarżony w czasie czynu miał zniesioną albo ograniczoną zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Kolejni biegli, powołani do oceny stanu psychicznego oskarżonego *tempore criminis*, po zbadaniu go wydali opinię, że wprawdzie w czasie czynu miał on najprawdopodobniej w znacznym stopniu ograniczoną zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, o czym mowa w art. 31 § 2 k.k., jednak z uwagi na to, że spowodował on ten stan „sam”, przez uprzednie wprawienie się w stan odurzenia, to w tym konkretnym przypadku spełnione są przesłanki z § 3 tego artykułu. Co więcej podnieśli oni, iż brak jest podstaw do zdiagnozowania u oskarżonego cech zależności alkoholowej, natomiast rozpoznane zmiany miażdżycowe i postępujący

z wiekiem proces miażdżycowy nie był bezpośrednią przyczyną ograniczenia w znacznym stopniu poczytalności w czasie czynu, gdyż wynikało ono wyłącznie ze stanu odurzenia alkoholowego. Rozbieżności między wnioskami płynącymi z przedstawionych opinii przesądziły o zasadności zwrócenia się przez sąd do instytucji naukowej (Instytutu Ekspertyz Sądowych) ze stosownym wnioskiem dotyczącym oceny stanu psychicznego oskarżonego. Konkluzje dokumentu wydanego przez specjalistów w dziedzinie psychiatrii sądowej oraz psychologa wskazywały na to, że oskarżony w czasie czynu miał w znacznym stopniu ograniczoną zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, a zatem zachodzą warunki, o których mowa w art. 31 § 2 k.k. Uznali, że bezpośrednią przyczyną tego ograniczenia było upojenie na podłożu patologicznym, którym były zmiany miażdżycowe oraz inne toczące się procesy chorobowe. Tym samym – ich zdaniem – stosowanie § 3 art. 31 k.k. (tj. przepisu mającego zastosowanie w przypadku upojenia o niepowikłanym przebiegu) powinno być wykluczone. Zarazem jednak dokładna i wnikliwa analiza załączonej dokumentacji medycznej dała im podstawę do wywiedzenia, że badany mężczyzna w przeszłości przynajmniej jednokrotnie wykazał podobną reakcję na użycie alkoholu, wobec czego „mógł on znać i przewidywać konsekwencje użycia alkoholu”, w tym także to, iż jego reakcja na niego będzie odmienna od tej, jaką obserwuje się zazwyczaj u ludzi po spożyciu określonej dawki tej substancji odurzającej.

Nie mniej trudności w opiniowaniu sądowo-psychiatrycznym mogą dostarczać te przypadki, w których u sprawcy czynu zabronionego zdiagnozowano np. założoną postać upicia. W takiej sytuacji jego przebieg może być np. dwufazowy i część znamion zostaje zrealizowana w stanie upicia zwykłego, natomiast w trakcie realizacji pozostałej części znamion sprawca ma ograniczoną w znacznym stopniu (czy rzadziej: całkowicie zniesioną) zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Przykładem czynu popełnionego w takim stanie może być udział w bójce (tj. czyn określony w art. 158 k.k.), który w typach kwalifikowanych, określonych w art. 158 § 2 albo 3 k.k., znamionuje skutek w postaci – odpowiednio – ciężkiego uszczerbku na zdrowiu albo śmierci. Część znamion tego czynu (lub niektóre czyny) mogą zostać popełnione w stanie „zawinionej niepoczytalności albo poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej”, natomiast inna część (bądź inne czyny) w stanie upojenia innego niż proste.

Poza powyższymi zaburzeniami czynności psychicznych spowodowanymi użyciem bądź też nadużywaniem alkoholu, mogącymi wywoływać spore trudności w opiniowaniu sądowo-psychiatrycznym, praktycznie doniosły-

mi są również zaburzenia psychiczne powstałe na tle nadużywania alkoholu takie jak alkoholowy obłąd zazdrości (alkoholowy zespół Otella), przewlekła halucynoza alkoholowa (halucynoza Wernickiego), majaczenie drżenne, a także inne zaburzenia: padaczka alkoholowa, otępienie alkoholowe i opilstwo okresowe. U długoletnich, ciężkich alkoholików może wystąpić także szczególna postać zespołu psychoorganicznego w postaci tzw. zespołu amnestycznego Korsakowa⁵⁶.

Podsumowanie

Reasumując, w świetle zaprezentowanych powyżej uwag dotyczących upojenia alkoholowego z perspektywy prawnokarnej oceny sprawcy czynu zabronionego, jawi się ono jako zagadnienie o znacznej doniosłości teoretycznej i nie mniejszych trudnościach, jakie może wywoływać w praktyce. W tym pierwszym przypadku wynika to z nadania stanowi nietrzeźwości statusu znamienia wybranych tylko przestępstw, pomimo iż negatywne skutki tego stanu ustawodawca dostrzega przewidując ogólne zasady odpowiedzialności karnej. Te zaś wymagają odwołania się do art. 31 § 3 k.k. W przepisie tym przewidziano zarazem szczególnie i jedyny przypadek, w którym uzasadnione jest przyjęcie przestępności czynu, mimo iż z prawnokarnej punktu widzenia, jak wolno tutaj założyć, brak jest zawinienia (czyli winy jako elementu warunkującego przestępstwo w myśl art. 1 § 3 k.k.).

Na tle upicia prostego, ujmowanego z perspektywy karnistycznej, rodzi się jednak sporo wątpliwości. Odnoszą się one zarówno do brzmienia art. 31 § 3 k.k., jak i jego stosowania w praktyce. Przepis ten, chociaż w obecnie przyjętym kształcie obowiązuje już od wielu lat, w czasie których był zresztą niejednokrotnie przedmiotem krytyki⁵⁷, to jednak nadal nie doczekał się zmiany. Nie przewiduje jej również ustawa nowelizująca k.k. z dnia 13 czerwca 2019 r., w której ustawodawca ogranicza się jedynie do zmiany w zakresie zasad wymiaru kary za przestępstwo popełnione w stanie odurzenia. Znowelizowany art. 53 § 2a pkt. 9 k.k., w brzmieniu, jakie nadaje temu przepisowi wspomniana ustawa, nie może jednak zasługiwać na aprobatę. Powody tego zostały zaprezentowane powyżej.

Z kolei dylematy, jakie rodzą się na gruncie art. 31 § 3 k.k., mają nie tylko znaczenie dogmatyczne, ale również swój praktyczny wymiar. Na tym właśnie aspekcie skoncentrowano się w niniejszym opracowaniu. Zasygnalizowano w nim trudności, jakie może powodować upicie sprawcy przestępstwa, które

⁵⁶ T. Bilikiewicz, *op. cit.*, s. 505–506.

⁵⁷ Por. R. Rutkowski, *Różnice i podobieństwa w opiniowaniu stanów upić alkoholem i odurzeń innymi środkami*, „Nowe Prawo” 1991, nr 1–3, s. 120.

nie w każdym przypadku będzie stanem relewantnym z punktu widzenia tego przepisu.

Upojenie sprawcy czynu zabronionego nie w każdym przypadku bowiem będzie uzasadniało odpowiedzialność karną zgodnie z art. 31 § 3 k.k., nawet wówczas, gdy będzie ono znamionowało stan nietrzeźwości. Do takiego wniosku prowadzi analiza zagadnienia, poparta psychopatologicznym podejściem do niego. Poza przypadkami upojenia prostego (niepowikłanego), jako tej jego formy, w odniesieniu do której ma zastosowanie wspomniany wyżej przepis, mogą wystąpić także inne formy upojenia, uzasadniające stosowanie art. 31 § 1 albo 2 k.k. Jednak nawet w przypadku upojenia prostego, a więc w tym „klasycznym” przypadku – ujmując rzecz z perspektywy prawnokarnej⁵⁸, konieczne jest uwzględnienie konsekwencji, jakie w sferze psychofizycznej powoduje użycie omawianej substancji odurzającej. Ustawodawca dał temu wyraz przez fakt zamieszczenia powyższej regulacji w tej samej podstawowej jednostce redakcyjnej tekstu prawnego, tj. w art. 31 k.k., co i przepisów określających niepoczytalność oraz poczytalność zmniejszoną. Te ostatnie jednak, odmiennie niż stan nietrzeźwości, o którym mowa w art. 31 § 3 k.k., prowadzą do wyłączenia winy albo przynajmniej zmniejszenia stopnia zawinienia sprawcy czynu zabronionego. Nie jest to wykluczone także w sytuacji, gdy sprawca czynu zabronionego *tempore criminis* znajdował się w stanie upojenia alkoholowego. O tym wszakże, czy zostały spełnione przesłanki do zastosowania § 3 czy też § 1 albo 2 art. 31 k.k., powinni wypowiedzieć się *in concreto* specjaliści, czyli biegli psychiatrzy sądowi z pożądanym udziałem w opiniowaniu biegłego psychologa.

Bibliografia

- Andrejew I., Świda W., Wolter W., *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973.
- Bilikiewicz T., *Psychiatria kliniczna*, PZWL, Warszawa 1973.
- Chodkiewicz J. et al., *Głód alkoholu i jego determinanty*. *Doniesienie wstępne*, „Polskie Forum Psychologiczne” 2015, nr 20(4).
- Czernecka A., *Alkohol a przemoc domowa*, [w:] *Alkohol, alkoholizm i przemoc: rozboje, wypadki, gwałty, kradzieże, pobicia, zabójstwa (materiały sympozjum – listopad 2002 r.)*, wpraw. K. Renda, Polihymnia, Lublin 2004.
- EEG and Evoked Potentials in Psychiatry and Behavioral Neurology*, eds. J. Hughes, W.P. Wilson, Butterworth Publishers, Boston 1983.

⁵⁸ Warto w tym miejscu przywołać raport WHO sporządzony w 2014 r., który prezentuje dane dotyczące spożycia alkoholu w Polsce z uwzględnieniem wskaźników takich jak: płeć, sposób i wzorce jego konsumpcji, tendencje w tym kierunku; zob. https://www.who.int/substance_abuse/publications/global_alcohol_report/profiles/pol.pdf [dostęp: 12.03.2019].

- Fleszar-Szumigaj J., *Tzw. upojenia na podłożu patologicznym; upojenia atypowe – powikłane*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1978, nr 2 (16).
- Frąckowiak M., Motyka M., *Charakterystyka problemów społecznych związanych z nadużywaniem alkoholu*, „Hygeia Public Health” 2015, Vol. 50 (2).
- Gardocki L., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Golonka A., *Niepoczytalność i poczytalność ograniczona*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Gordon T., Milewska E., Rutkowski R., *Alkohol a przestępczość osób z nieprawidłową osobowością*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1987, t. 18.
- Guevara M.A. et al., *Ethanol Effects on Cortical EEG Correlation and Sexual Behavior in Male Rats*, „Journal of Behavioral and Brain Science” 2014, Vol. 4 (2).
- Heitzman J., *Upicie alkoholowe jako przedmiot ekspertyzy sądowo- psychiatrycznej*, [w:] *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, red. J. Gierowski et al., Collegium Medicum UJ, Kraków 1996.
- Hołyst B., *Kryminologia*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- Izdebski S., Bukowski J., Janiszewski M., *Analiza aktywacji alkoholowej w świetle materiałów Wojewódzkiego Szpitala dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Świeciu n/Wisłą*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1978, z. 2.
- Kaczmarek T., *Spory wokół charakteru odpowiedzialności*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, WUMCS, Lublin 2005.
- Kissin B., Begleiter H., *The Biology of Alcoholism*, vol. 2: *Physiology and Behavior*, Plenum Publishing Corporation, New York 1972.
- Kocur J., *Nietypowe formy upicia alkoholowego a poczytalność*, [w:] *Materiały VII Międzynarodowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. „Teoria i praktyka oceny poczytalności”*, Cedzyna 9-11. VI.1988, red. R. Rutkowski, Z. Majchrzyk, PTP, Warszawa 1988
- Kocur J., *Wpływ alkoholu na stan emocjonalny. Aspekty sądowo-psychiatryczne*, [w:] *Materiały IX Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP pt. Stany afektywne w opiniowaniu sądowym psychiatryczno- psychologicznym*, red. Z. Majchrzyk, T. Gordon, E. Milewska, PTP, Warszawa 1991.
- Kopera M., Wojnar M., Szelenberger W., *Funkcje poznawcze, struktura i czynności mózgu u osób uzależnionych od alkoholu*, „Alkoholizm i Narkomania” 2010, t. 23, nr 4.
- Lipczyński A., *Psychologia sądowa*, Difin, Warszawa 2007.
- Lowe G., *Uzależnienie od alkoholu i narkotyków*, [w:] *Psychopatologia*, red. A.A. Lazarus, A.M. Colman, tłum. J. Gilewicz, Prószyński i S-ka, Poznań 2001.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Ossolineum, Lwów 1933.
- Malinowski A., *Podstawowe zagadnienia w orzecznictwie sądowo- psychiatrycznym*, PZWL, Warszawa 1961.
- Meszuge, *Alkoholizm zobowiązuje. Nie tylko dla alkoholików*, WAM, Kraków 2012.
- Modrzyński R., *Abstynencja czy ograniczanie picia?*, Difin, Warszawa 2017.
- O'Connor S., Hesselbrock V., Bauer L., *Układ nerwowy a podatność na uzależnienie od alkoholu. Alkohol i mózg*, Państwowa Agencja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, Warszawa 1996.

- Paprzycki L.K., *Wpływ stanu nietrzeźwości alkoholowej sprawcy na ocenę jego poczytalności w sprawach o umyślne pozbawienie życia człowieka*, „Przegląd Prawniczy” 1990, nr 1.
- Pławski S., *Prawo karne. Część ogólna. Nauka o przestępstwie*, PWN, Łódź 1952.
- Pollock V.E. et al., *The EEG after alcohol administration in men at risk for alcoholism*, „Archives of General Psychiatry” 1983, Vol. 40 (8).
- Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Przybysz, *Propozycja jednolitej klasyfikacji upojeń alkoholowych dla celów orzecznictwa sądowo-psychiatrycznego*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1978, z. 2 (16).
- Przybysz J., *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym – podręcznik dla lekarzy i prawników. Część I*, Tumult, Toruń 2005.
- Radziwiłłowicz R., *Psychologia i psychopatologia alkoholizmu*, [w:] *Alkoholologia: książka podręczna dla walczących z alkoholizmem*, cz. 1, Polskie Towarzystwo Walki z Alkoholizmem „Trzeźwość”, Warszawa 1928.
- Rutkowski R., *Różnice i podobieństwa w opiniowaniu stanów upić alkoholem i odurzeń innymi środkami*, „Nowe Prawo” 1991, nr 1–3.
- Scott E.L. et al., *EEG alpha activity increases during transient episodes of ethanol-induced euphoria*, „Pharmacology, Biochemistry & Behavior” 1986, Vol. 25 (4).
- Seligman M.E.P., Walker E.F., Rosenhan D.L., *Psychopatologia*, Zysk i S-ka, Poznań 2003.
- Spett K., *Lekarskie zagadnienia poczytalności przestępców odurzonych alkoholem lub innymi środkami*, „Państwo i Prawo” 1959.
- Spett K., *Psychopatologia szczegółowa*, [w:] M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1991
- Toksykologia współczesna*, red. W. Seńczuk, PZWL, Warszawa 2017.
- Woronowicz B.T., *Alkoholizm jako choroba*, Państwowa Agencja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, Warszawa 1993.
- Wybrane zagadnienia psychologii alkoholizmu*, red. J. Chodkiewicz, K. Gąsior, Diffin, Warszawa 2013.

Abstract

Drunkness (Alcohol Intoxication) and Sanity of the Perpetrator of the Offense

This study presents the issues of alcohol and the impact that its use by the offender may have on the ability of recognition of the meaning of his act or directing his proceedings. The legislator by posting a provision that allows to justify the full responsibility of the offender being in a state of inebriation in the same unit of a legal text like insanity and significantly diminished sanity (Article 31 of Polish Penal Code), indicates the some kind of linking between these states. Article 31 § 3 P.P.C., however, in its current form may raise some doubts. They justify the *de lege ferenda* postulates regarding its change. Also noteworthy is the issue of punishment for a crime committed by the perpetrator in a state of intoxication, especially in the light of the amendment to the Criminal Code of June 13, 2019 regarding the rules of punishment. Moreover, from a psychopatho-

logical point of view, the state of intoxication leads undoubtedly to the disruption of the mental activities of the perpetrator of a prohibited act. These distortions not in every case justify criminal liability accordingly the general principles provided for in the Penal Code. In some cases, they may lead to insanity or diminished responsibility of the perpetrator. These issues were an incentive to undertake research work, the selected results of which were also presented in this scientific article.

Key words: intoxication, insanity, diminished sanity, crime

Streszczenie

Upicie (upojenie) alkoholowe a problematyka poczytalności sprawcy przestępstwa

Opracowanie porusza problematykę alkoholu i wpływu, jaki może mieć fakt jego użycia przez sprawcę przestępstwa na zdolność rozpoznania przez niego znaczenia podjętego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Ustawodawca karny, zamieszczając przepis usprawiedliwiający pełną odpowiedzialność sprawcy znajdującego się w stanie nietrzeźwości w tej samej jednostce redakcji tekstu prawnego, co niepoczytalność i poczytalność w znacznym stopniu ograniczoną (art. 31 § 1-3 k.k.), wskazuje tym samym na pewne powiązanie tych stanów. Art. 31 § 3 k.k. w swoim obecnym kształcie może jednak budzić wątpliwości, które uzasadniają wysunięcie postulatów *de lege ferenda* dotyczących jego zmiany. Na uwagę zasługuje także kwestia wymiaru kary za przestępstwo popełnione przez sprawcę znajdującego się *tempore criminis* w stanie nietrzeźwości, zwłaszcza zwłaszcza w kontekście nowelizacji k.k. z dnia 13 czerwca 2019 r. i przewidzianej w niej propozycji dotyczącej wprowadzenia §2a do art. 53 k.k.. Natomiast z psychopatologicznego punktu widzenia stan odurzenia prowadzi niewątpliwie do zakłócenia czynności psychicznych sprawcy czynu zabronionego. Zakłócenia te, występujące u sprawcy poddanego oddziaływaniu alkoholu, nie w każdym przypadku uzasadniają jego odpowiedzialność karną na ogólnych zasadach przewidzianych w k.k. W pewnych przypadkach mogą bowiem prowadzić do zmniejszenia, a nawet zniesienia poczytalności sprawcy czynu zabronionego. Zagadnienia te stanowiły asumpt do podjęcia przez autorkę opracowania pracy badawczej, której wybrane wyniki zostały zaprezentowane w niniejszym artykule naukowym.

Słowa kluczowe: upojenie, niepoczytalność, poczytalność zmniejszona, przestępstwo

Jadwiga Stawnicka

prof. dr hab., Wyższa Szkoła Humanitas w Sosnowcu

ORCID: 0000-0002-0404-5383

jadwigastawnicka@wp.pl

Kamil Jadczyk

mgr, Kancelaria Wiśniewska i Partnerzy Adwokaci i Radcy Prawni Sp.P. w Katowicach

ORCID: 0000-0001-8765-5891

kamil.jadczyk@gmail.com

Kazimierz Marszał

prof. dr hab., Wyższa Szkoła Humanitas w Sosnowcu

ORCID: 0000-0003-4838-945X

Właściwość miejscowa rzecznika dyscyplinarnego uczelni w postępowaniu w sprawie deliktu dyscyplinarnego popełnionego przez byłego nauczyciela akademickiego

Uwagi wprowadzające

Odpowiedzialność dyscyplinarna jest szczególną formą odpowiedzialności prawnej, rozumianej jako zasada ponoszenia przez podmiot przewidzianych prawem ujemnych konsekwencji za zdarzenia lub stany rzeczy podlegające ujemnej kwalifikacji normatywnej i przypisywalne prawnie określonemu podmiotowi w danym porządku normatywnym¹. Odpowiedzialność dyscyplinarna oznacza zatem obowiązek ponoszenia przewidzianych przez normę prawa negatywnych konsekwencji zachowania się niezgodnie z normami prawnymi lub etycznymi, obowiązującymi w danej korporacji zawodowej

¹ W. Lang, *Struktura odpowiedzialności prawnej (Studium analityczne z dziedziny, teorii prawa)*, „Zeszyty Naukowe UMK. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1968, nr 31.

lub w stosunkach służbowych określonego rodzaju, które nakazują podporządkowanie się przepisom regulującym relacje wewnętrzne danej grupy zawodowej bądź środowiska (kultury). Należy bowiem zauważyć, że odpowiedzialności tej podlegają także osoby niepozostające w stosunku służbowym czy nienależące do korporacji zawodowych, np. studenci, osoby odbywające karę pozbawienia wolności czy członkowie organizacji branżowych i zrzeszeń (np. Polskiego Związku Łowieckiego). Jak wskazuje Marian Cieślak, odpowiedzialność dyscyplinarna oznacza ponoszenie negatywnych konsekwencji określonych przez zespół norm prawnych regulujących warunki, tryb i zasady tej odpowiedzialności u osób należących do pewnych ustawowo określonych i wyodrębnionych grup. Konsekwencje te pozostają w związku z naruszeniem obowiązujących, szczególnych norm postępowania. Przedmiotem odpowiedzialności dyscyplinarnej są czyny przedstawicieli zbiorowości, wykonujących ten sam zawód lub zajęcie, względnie przynależących do tej samej organizacji, naruszające obowiązki służbowe lub inny wiążący ich specyficzny sposób postępowania bądź etos obowiązujący w danym środowisku². Jak słusznie uważa przy tym Katarzyna Ceglarska-Piłat,

Konsekwencją zachowań niezgodnych z tym standardem jest zastosowanie wobec podmiotu podlegającego odpowiedzialności dyscyplinarnej określonego zespołu środków prawnych. W ramach sankcji jako konsekwencji naruszenia obowiązujących zasad, równocześnie z represją, dochodzi do realizacji innych dodatkowych celów dotyczących interesu wspólnoty³.

Postępowanie wyjaśniające, a następnie postępowanie dyscyplinarne, analogicznie do procesu karnego, jest pewnym zamkniętym układem pozwalającym na określenie jego początku i końca. Przebieg postępowania odbywa się po torze składającym się z następujących po sobie etapów – ogniw, tworzących tok postępowania. Postępowanie dyscyplinarne, tak jak proces będący ruchem, zmierza do określonego rezultatu, który jest jego celem. Jest więc zawsze określoną, zamierzoną działalnością o charakterze celowym – instytucją wykreowaną przez ustawodawcę do osiągnięcia określonych celów i świadomie w tym zakresie wykorzystywaną. Postępowanie dyscyplinarne stanowi więc przewidziane prawem zachowanie organów dyscyplinarnych i pozostałych uczestników postępowania, zmierzające do wykrycia i ustalenia czynu będącego deliktem dyscyplinarnym i jego sprawcy oraz do wymierzenia sankcji lub zastosowania innych środków albo – w razie stwierdzenia

² Por. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, PWN, Warszawa 1994, s. 22–23.

³ K. Ceglarska-Piłat, *Pojęcie i cechy charakterystyczne odpowiedzialności dyscyplinarnej w prawie polskim*, „Studia Prawnicze” 2005, z. 2.

braku deliktu dyscyplinarnego: sprawstwa lub istnienia okoliczności wyłączających odpowiedzialność – do uniewinnienia obwinionego od zarzuczonego mu czynu. Postępowanie wyjaśniające, a następnie postępowanie dyscyplinarne, podobnie jak proces karny, przebiega wedle zasad stanowiących wzorce ukształtowania określonego przedmiotu unormowania. Są to wzorce wyrażone w formule powinnościowej, a więc w postaci dyrektywnej. Wzorce te mogą być postulowane (abstrakcyjne) lub też odtworzone⁴.

Jedną z grup zawodowych, które podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej, są nauczyciele akademicki. Ich odpowiedzialność dyscyplinarna, zgodnie z istotą tej instytucji prawnej, ma charakter ustawowy – podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej uczonych stanowią przepisy Ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (dalej: ustawa)⁵. Regulację prawną postępowania dyscyplinarnego w postaci ustawy trzeba uznać za konieczność. Ustawa nie tylko przewiduje odpowiedzialność dyscyplinarną nauczycieli akademickich, ale określa także podstawowe jej wyznaczniki: zakres podmiotowy (kto jej podlega), zakres przedmiotowy (czyny, za jakie się ją ponosi), organy orzekające środki tej odpowiedzialności oraz kary i rodzaje tych środków⁶. O zakresie przedmiotowym tych regulacji decydują racje, które – podobnie jak w przypadku procesu karnego – wyrażają się w postaci trzech funkcji prawa dyscyplinarnego: funkcji porządkującej (polegającej na tym, że postępowanie dyscyplinarne jako skomplikowana struktura wymaga skoordynowania poszczególnych jego czynności, aby mogło przebiegać sprawnie i bez zahamowań), funkcji zabezpieczenia celów postępowania (wyraża się ona w tym, że postępowanie dyscyplinarne nastawione jest na uzyskanie odpowiedniego celu, którego zrealizowanie nie byłoby możliwe, gdyby bieg postępowania pozostawiono całkowitemu uznaniu jego uczestników) oraz funkcji gwarancji uczestników postępowania (w razie braku prawnego uregulowania procedur, interesy jego uczestników byłyby uzależnione od woli organów procesowych. Obawa przed taką sytuacją zakłada konieczność uregulowania praw i obowiązków uczestników postępowania)⁷. Zgodnie z art. 275 § 1 ustawy nauczyciel akademicki podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za przewinienie dyscyplinarne stanowiące czyn uchybiający obowiązkowi nauczyciela akademickiego lub godności zawodu nauczyciela akademickiego. Z kolei zgodnie z art. 275 § 2 ustawy ustanie zatrudnienia w uczelni nie wyłącza odpowiedzialności dyscyplinarnej za przewinienie dyscyplinarne po-

⁴ Por. K. Marszał, *Proces karny*, Volumen, Katowice 2013, s. 12, 57.

⁵ Dz.U. 2018 poz. 1668 ze zm.

⁶ Na temat wyznaczników odpowiedzialności dyscyplinarnej zob. R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, WUG, Gdańsk 2013, s. 31.

⁷ Por. K. Marszał, *op. cit.*, s. 39.

pełnione w trakcie tego zatrudnienia. Wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że odpowiedzialności dyscyplinarnej podlegać może zarówno osoba zatrudniona w uczelni i posiadająca w dacie wszczęcia postępowania w sprawie dyscyplinarnej status nauczyciela akademickiego, jak i osoba niezatrudniona w uczelni, która status nauczyciela akademickiego posiadała w przeszłości i utraciła go na skutek ustania zatrudnienia w szkolnictwie wyższym (jeśli czyn, który ma być podstawą odpowiedzialności dyscyplinarnej został popełniony w okresie zatrudnienia w szkolnictwie wyższym). W świetle powyższego konieczne jest określenie mechanizmu umożliwiającego pociągnięcie takiej osoby do odpowiedzialności dyscyplinarnej, w tym ustalenie właściwości organów, które winny prowadzić postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej, a tym samym – zapewnić realną możliwość wyegzekwowania odpowiedzialności za przewinienie stanowiące czyn uchybiający obowiązkowi nauczyciela akademickiego lub godności zawodu nauczyciela akademickiego. Aby bowiem postępowanie dyscyplinarne mogło odnieść swój skutek i spełnić przewidziane dla niego funkcje, niezbędne jest stworzenie systemu instytucjonalno-proceduralnego pozwalającego na zastosowanie w praktyce funkcjonowania organów systemu szkolnictwa wyższego normy wyrażonej w art. 275 § 2 ustawy. Kształt podmiotowy tego systemu, w tym zwłaszcza szczegółową właściwość organów dyscyplinarnych, określa art. 277 ustawy oraz § 2 Rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 25 września 2018 r. w sprawie szczegółowego trybu prowadzenia mediacji, postępowania wyjaśniającego i postępowania dyscyplinarnego w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich, a także sposobu wykonywania kar dyscyplinarnych i ich zatarcia (dalej: rozporządzenie)⁸. Postępowanie wyjaśniające w sprawie deliktu dyscyplinarnego nauczyciela akademickiego prowadzi rzecznik dyscyplinarny. Zgodnie z art. 277 § 1 ustawy rzeczników dyscyplinarnych w uczelni powołuje rektor spośród nauczycieli akademickich posiadających co najmniej stopień doktora. „Własnych” rzeczników dyscyplinarnych powołuje także minister właściwy ds. szkolnictwa wyższego. Minister powołuje 14 rzeczników dyscyplinarnych spośród nauczycieli akademickich, z których: a) 7 reprezentuje każdą z dziedzin i posiada stopień doktora habilitowanego lub tytuł profesora; b) 7 posiada co najmniej stopień doktora w zakresie nauk prawnych (art. 277 § 2 ustawy). Rzecznik dyscyplinarny powołany przez ministra jest właściwy w sprawach dotyczących czynów nauczycieli akademickich pełniących funkcje rektora, przewodniczącego uczelnianej komisji dyscyplinarnej, przewodniczącego i członka komisji dyscyplinarnej przy Radzie Głównej

⁸ Dz.U. poz. 1843.

Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz przewodniczącego i członka komisji dyscyplinarnej przy ministrze. Kadencja rzeczników dyscyplinarnych trwa 4 lata i rozpoczyna się w przypadku rzeczników powoływanych przez: a) rektora – w dniu 1 stycznia roku następującego po roku, w którym rozpoczęła się kadencja rektora; b) ministra – w dniu 1 stycznia (art. 277 § 4 ustawy). Rzecznik dyscyplinarny, po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie deliktu dyscyplinarnego nauczyciela akademickiego, jeżeli zebrany w toku postępowania wyjaśniającego materiał dowodowy daje podstawę do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, przygotowuje wniosek o wszczęcie takiego postępowania i kieruje sprawę do komisji dyscyplinarnej.

Zgodnie § 2 rozporządzenia postępowanie wyjaśniające i postępowanie dyscyplinarne w pierwszej instancji wobec nauczyciela akademickiego prowadzi się w uczelni będącej podstawowym miejscem pracy nauczyciela akademickiego, który popełnił czyn mający znamiona przewinienia dyscyplinarnego (§ 2 ust. 1 rozporządzenia), a w wypadku, jeżeli nauczyciel akademicki nie posiada podstawowego miejsca pracy, postępowanie wyjaśniające i postępowanie dyscyplinarne w pierwszej instancji wobec tego nauczyciela akademickiego prowadzi się w tej zatrudniającej go uczelni, której rektor lub rzecznik dyscyplinarny powziął wiadomość o popełnieniu czynu mającego znamiona przewinienia dyscyplinarnego (§ 2 ust. 2 rozporządzenia). Postępowanie wyjaśniające w sprawie deliktu dyscyplinarnego popełnionego przez byłego nauczyciela akademickiego (niezatrudnionego aktualnie w żadnej uczelni wyższej) może zatem zostać wszczęte i prowadzone pod warunkiem spełnienia łącznie następujących przesłanek: przedmiotowe postępowanie zostanie wszczęte w uczelni, w której nauczyciel akademicki był zatrudniony, a zatem pozostawał z nią w stosunku pracy w rozumieniu prawa pracy⁹; przedmiotowe postępowanie zostanie wszczęte w uczelni, której rektor lub rzecznik dyscyplinarny powzięli wiedzę o czynie, mogącym stanowić przewinienie dyscyplinarne; postępowanie dotyczy czynu, który został popełniony w okresie, w którym sprawca był zatrudniony w szkolnictwie wyższym jako nauczyciel akademicki.

Należy przyjąć, że zakres podmiotowy przepisu § 2 rozporządzenia obejmuje zarówno „czynnych zawodowo” nauczycieli akademickich (a zatem takich, którzy posiadają podstawowe miejsce pracy w uczelni), jak i osoby,

⁹ Ustawa nie definiuje pojęcia zatrudnienia, dlatego dokonując wykładni par. 2 rozporządzenia należy posiłkować się art. 2 Kodeksu pracy, który definiuje pojęcie pracownika. Zgodnie z definicją kodeksową zatrudnienie to stosunek pracy, zawarty na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania bądź spółdzielczej umowy o pracę, bez względu na wymiar zatrudnienia. Powyższe wyłącza możliwość kwalifikowania jako „osoby zatrudnionej” osoby wykonującej określone czynności na podstawie umowy cywilnoprawnej.

które nie posiadają miejsca pracy w uczelni, ale mogą podlegać odpowiedzialności dyscyplinarnej na podstawie art. 275 ust. 2 Prawa o szkolnictwie wyższym, również po ustaniu ich zatrudnienia w szkolnictwie wyższym. Przyjęcie odmienną interpretacji powyższego przepisu rozporządzenia musiałoby prowadzić do konkluzji, że osoba niezatrudniona w uczelni (były pracownik uczelni, który utracił status nauczyciela akademickiego) nie ponosi odpowiedzialności dyscyplinarnej za czyn popełniony w trakcie zatrudnienia w szkolnictwie wyższym, co byłoby sprzeczne z art. 275 ust. 2 ustawy. Co więcej, przyjęcie takiej wykładni wskazanego przepisu rozporządzenia mogłoby prowadzić do całkowicie nieakceptowalnej sytuacji, w której osoba dopuszczająca się przewinień dyscyplinarnych (w tym tych najpoważniejszych gatunkowo, jak oszustwa naukowe lub przestępstwa, będące jednocześnie deliktami dyscyplinarnymi) celowo unika odpowiedzialności dyscyplinarnej poprzez rozwiązanie swojego stosunku pracy z uczelnią (uczelniami) i zmianę zawodu. W konsekwencji nauczyciel akademicki dopuszczający się np. plagiatu mógłby zatrudnić się jako nauczyciel w jednostce systemu oświaty (np. szkole, przedszkolu) bez ryzyka poniesienia odpowiedzialności dyscyplinarnej, mimo iż zgodnie z art. 275 ust. 2 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym takiej odpowiedzialności podlega.

Dyrektywy językowe

Par. 2 rozporządzenia, dopełniając i konkretyzując art. 275 ust. 2 ustawy, przewiduje okoliczność wszczęcia postępowania wyjaśniającego i dyscyplinarnego wobec byłego nauczyciela akademickiego, stanowiąc – jak już wskazano powyżej – iż postępowanie wyjaśniające i dyscyplinarne w pierwszej instancji wobec takiej osoby prowadzi się w tej zatrudniającej ją uczelni, której rektor lub rzecznik dyscyplinarny powziął wiadomość o popełnieniu czynu mającego znamiona przewinienia dyscyplinarnego. W treści powołanego przepisu ustawodawca użył wyrażenia „uczelnia zatrudniająca”. Należy uznać, że wyrażenie to nie odnosi się wyłącznie do uczelni, w której nauczyciel akademicki jest zatrudniony w dacie wszczęcia postępowania wyjaśniającego czy dyscyplinarnego, ale również do uczelni zatrudniającej takiego nauczyciela w przeszłości. Innymi słowy, wyrażenie „w zatrudniającej go [nauczyciela akademickiego] uczelni” odnosić się może zarówno do uczelni zatrudniającej nauczyciela akademickiego aktualnie, tj. w momencie wszczynania postępowania wyjaśniającego, jak i uczelni zatrudniającej go w okresie minionym (przeszłym), gdy posiadał on status nauczyciela akademickiego, który następnie utracił (co aktualnie skutkuje brakiem podstawowego miejsca pracy w szkolnictwie wyższym). Do takiej

konkluzji prowadzi przede wszystkim wykładnia językowa wskazanego przepisu rozporządzenia.

Jedną z podstawowych metod interpretacji normy prawnej jest tzw. wykładnia językowa, zwana gramatyczną, obok wykładni historycznej, systemowej i teleologicznej¹⁰. Przekonanie o pierwszeństwie językowych dyrektyw wykładni i subsydiarności pozostałych rodzajów wykładni panuje w orzecznictwie sądowym pomimo wątpliwości zgłaszanych przez teoretyków prawa¹¹. Dopiero wówczas, gdy wykładnia językowa nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów, dopuszczalne jest skorzystanie z pozajęzykowych dyrektyw interpretacyjnych. Zgodnie z tym poglądem, „gdy wykładnia językowa daje rezultat jasny i jednoznaczny, interpretator powinien oprzeć się na wyniku wykładni językowej, a jedynie w celu jej potwierdzenia może posłużyć się wykładnią systemową, czy też celowościową”¹². W orzecznictwie i dogmatyce prawniczej funkcjonuje zresztą termin „wykładnia gramatyczna”, używany na ogół zamiennie z terminem „wykładnia językowa”. Wszystko to wzmacnia siłę perswazyjną argumentów gramatycznych w realiach polskiej kultury prawnej, a analiza orzeczeń pokazuje, że w wielu przypadkach znajomość gramatyki i odwołanie do stosownej reguły nie tylko dostarcza silnego argumentu za określonym rozstrzygnięciem, ale i eliminuje wątpliwość interpretacyjną. Wykładnia językowa jednoznacznie określa granice możliwego sensu słów, które są zawarte w tekście prawnym. „Jedną z podstawowych zasad wykładni gramatycznej jest domniemanie języka potocznego, co oznacza, że tak daleko, jak to jest możliwe, nadaje się zwrotom prawnym znaczenie występujące w języku potocznym”¹³. Istotą wykładni językowej (gramatycznej) jest interpretacja tekstów prawnych w celu wyjaśnienia zakodowanych w tekście norm prawnych.

¹⁰ F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, [s.n.], Berlin 1974.

¹¹ Por. np. Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 122–134; A. Bielska-Brodziak, *Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 191; M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, WN Scholar, Warszawa 2007, s. 181 i n.; M. Zieliński, *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa*, „Palestra” 2011 nr 3/4; K. Pleszka, *Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, WUŁ, Łódź 1997, s. 69–77; L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, TNOiK, Toruń 2002, s. 26–34, 158–159; T. Spyra, *Granice wykładni prawa – znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Zakamycze – Wolters Kluwer, Kraków 2006.

¹² Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 7 lipca 2015 r., II SA/OI 104/15, Lex nr 1805278. W literaturze teoretycznoprawnej pogląd ten prezentuje m.in. L. Morawski, *op. cit.*, s. 72 i n.

¹³ A. Michalak, *Słowniki językowe w interpretacjach prawa podatkowego*, [w:] *Język w prawie, administracji i gospodarce*, red. K. Michalewski, WUŁ, Łódź 2010, s. 22.

Dokonując wykładni językowej § 2 ust. 2 rozporządzenia, wskazać należy, że ustawodawca posłużył się w nim imiesłowem przymiotnikowym czynnym. Pod pojęciem imiesłowu w polskiej literaturze językoznawczej rozumiemy niefinitywną formę czasownika, która jest używana w funkcjach przysłówkowych lub przymiotnikowych. Na tej zasadzie wyróżniamy imiesłowy przysłówkowe oraz przymiotnikowe. W języku polskim imiesłów przymiotnikowy czynny (na „-ący”) ma szeroki zakres funkcjonowania. Zdania zawierające rozwiniętą przydawkę imiesłowową z takiego rodzaju imiesłowem aktywnie funkcjonują w tekstach literackich, publicystycznych, naukowych, natomiast w języku mówionym dominują zdania złożone ze zdaniami podrzędnymi przydawkowymi. Zdania podrzędne przydawkowe i rozwinięte przydawki imiesłowowe – są strukturami synonimicznymi, a ich wybór zależy od treści, specyfiki i osobliwości stylistycznych¹⁴. Dla prawidłowej interpretacji § 2 rozporządzenia konieczne jest dokonanie analizy językoznawczej użytego przez prawodawcę pojęcia „zatrudniająca [uczelnia]”. Jest to imiesłów przymiotnikowy czynny utworzony od czasownika niedokonanego i przechodniego „zatrudniać”. Określa podmiot jako wykonawcę innej czynności, równoczesnej z czynnością orzeczenia zdania, zatem będzie ono równoważne z określeniem „ten, który zatrudnia / zatrudniał”. Czasownik „zatrudniać” tworzy parę aspektową z czasownikiem „zatrudnić” (kogoś), ale nie dopuszcza tzw. rekategoryzacji terminatywnej: „Zatrudniał go, ale go nie zatrudnił”. Kluczowe znaczenie dla wykładni analizowanego przepisu ma konstatacja, że imiesłów przymiotnikowy czynny to forma, która może się odnosić zarówno do zdarzeń teraźniejszych, jak i zdarzeń w przeszłości. W praktyce językowej często używamy bowiem imiesłowów przymiotnikowych czynnych również w znaczeniu przeszłym, opisując czynności mające miejsce dawniej, jakiś czas temu np.: „Ten zakład pracy był zakładem zatrudniającym Jana Kowalskiego w przeszłości, gdy mieszkał on w Polsce”; „Chłopak piszący to zadanie na maturze sześć lat temu popełnił ten sam błąd”; „Adam Nowak, pobierający zasiłek w latach 1994–1996, dziś nie musi oddawać tych pieniędzy do budżetu państwa”; „Prezydent ślubujący przed laty wierność Konstytucji”. Należy więc uznać, że interpretacja frazy „instytucja zatrudniająca X-a” wyraża znaczenie: „instytucja, która zatrudnia obecnie” oraz „która zatrudniała X-a w przeszłości”. W ten sposób forma imiesłowu przymiotnikowego, wskazującego jednoczesność czynności z formą innego czasownika niedokonanego, dotyczy znaczenia duratywnego tego czasownika („był zatrudniony w instytucji w okresie...”). W treści § 2 ust. 1 rozporządzenia występuje czas teraźniejszy

¹⁴ Z. Klemensiewicz, *Problematyka składniowej interpretacji stylu*, [w:] *idem*, *W kręgu języka literackiego i artystycznego*, PWN, Wrocław 1961, s. 197.

trybu orzekającego, stanowiący jeden ze sposobów wyrażania znaczenia deontycznego w aktach normatywnych. Jeśli wypowiedzenie zostałoby wyizolowane z kontekstu, jego struktura powierzchniowa mogłaby być rozumiana jako opis faktów (*declarativum*), gdyż brak w nim eksplicytnie wyrażonego wykładnika nakazu, jednak kontekst pragmatyczny tekstu normatywnego (autor tekstu – ustawodawca, gatunek tekstu – akt normatywny, a także sposób funkcjonowania tekstów prawnych) sprawia, że wypowiedzenie należy interpretować jako jednostkę składniową obligującą do określonego zachowania. Użyty środek gramatyczny jest tu zatem wskaźnikiem modalności deontycznej (czasownik refleksywny), a czas terażniejszy jest signifikatorem znaczenia deontycznego imperatywności. Wypowiedzenia niezawierające w swej strukturze powierzchniowej wykładnika nakazu są zatem ekwiwalentne semantycznie z konstrukcjami zawierającymi leksykalne jednostki modalne, na co wskazuje interpretacja przywoływanego aktu normatywnego ze wskazaniem eksplicytnych signifikatorów obligatywności („jest zobowiązany / jest obowiązany / musi / ma obowiązek / powinien”¹⁵). Na podstawie wskazanych powyżej rozważań językoznawczych stwierdzić należy, iż użycie przez ustawodawcę określenia „w zatrudniającej go [nauczyciela akademickiego] uczelni” może odnosić się (w sensie językowym) zarówno do uczelni zatrudniającej nauczyciela teraz, aktualnie, w tej chwili, jak i do uczelni zatrudniającej nauczyciela akademickiego kiedyś, w przeszłości. Możemy wszak powiedzieć „uczelnia zatrudniająca obecnie”, jak i „uczelnia zatrudniająca w latach minionych”, w obu przypadkach używając tego samego imiesłowu. Opierając się na założeniu racjonalnego ustawodawcy, trzeba przyjąć, że gdyby jego intencją było ograniczenie właściwości rzeczników dyscyplinarnych wyłącznie do rzeczników uczelni zatrudniających nauczyciela akademickiego aktualnie (a nie również w przeszłości), w treści rozporządzenia użyto by nie imiesłowu, ale czasownika w formie czasu terażniejszego (np. poprzez użycie wyrażenia „uczelnia, która zatrudnia”).

Dyrektywy pozajęzykowe

Powyższy, językowy sposób interpretacji § 2 rozporządzenia nie jest jednak jedynym możliwym. Nie można zapominać o tym, że sam pojedynczy przepis nie jest tożsamy z normą prawną, która jest kształtowana przy uwzględnieniu celów regulacji zarówno tych wprost wyartykułowanych (np. w preambule do

¹⁵ Maciej Zieliński podkreśla: „w każdym przypadku, w którym zwrot »powinien« zawarty został w przepisie prawnym jako funktor główny, użyty jest on w sensie normatywnym, a zatem jako operator nakazu”; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, LexisNexis, Warszawa 2002, s. 161.

ustawy), jak i wywiedzionych z treści innych przepisów. Poszczególne przepisy nie mogą być bowiem odczytywane bez uwzględnienia powiązań systemowych, które kształtują sytuację prawną w danych okolicznościach, realizując cel ustawodawcy¹⁶. Wskazać zatem należy, że już w preambule do ustawy podkreślono, że każdy uczony ponosi odpowiedzialność za jakość i rzetelność prowadzonych badań oraz za wychowanie młodego pokolenia, co uwidacznia rangę, jaką ustawodawca przywiązuje do kompetencji (także etycznych) nauczycieli akademickich oraz ich odpowiedzialności wobec społeczeństwa. Nauczyciele akademicy pełnią w społeczeństwie szczególną rolę: nie tylko przekazują studentom wiedzę, ale również wychowują, kształtują postawy etyczne, kreują kulturę normatywną i symboliczną oraz tożsamość kulturową studentów. Prawidłowe realizowanie wskazanych zadań uwarunkowane jest posiadaniem przez nauczyciela akademickiego odpowiednich kwalifikacji moralnych, a ich utrata stanowić winna skuteczną barierę uniemożliwiającą wykonywanie tego zawodu lub powrót do niego. Zgodnie z art. 3 ustawy system szkolnictwa wyższego i nauki funkcjonuje z poszanowaniem standardów międzynarodowych, zasad etycznych i dobrych praktyk w zakresie kształcenia i działalności naukowej oraz z uwzględnieniem szczególnego znaczenia społecznej odpowiedzialności nauki. Regulację tę można uznać za sformułowanie nakazu respektowania tych wartości przez członków społeczności akademickiej, w tym zwłaszczauczonych. Praktyczne znaczenie tej regulacji polega też na tym, że wymóg respektowania dobrych praktyk akademickich i zasad etycznych stanowi jeden z filarów funkcjonowania systemu nauki i szkolnictwa wyższego i nie tylko musi być bezwzględnie przestrzegany, ale konieczne jest również wprowadzenie mechanizmów skutecznego egzekwowania odpowiedzialności (w tym dyscyplinarnej) za złamanie owych zasad. Z tych też powodów ustawodawca szeroko określił zakres podmiotowy odpowiedzialności dyscyplinarnejuczonych, uznając, że podlegają jej zarówno nauczyciele akademicy pracujący w uczelni, jak i akademicy, których zatrudnienie w uczelni ustało. W art. 275 ust. 2 ustawy ustawodawca jednoznacznie rozstrzygnął wszakże, iż ustanie zatrudnienia nie jest okolicznością wyłączającą odpowiedzialność dyscyplinarną. Przyjęte rozwiązanie oznacza, że pomimo ustania zatrudnienia postępowanie wyjaśniające i dyscyplinarne może się toczyć, jak też po ustaniu zatrudnienia może zostać wszczęte. Okolicznością wyłączającą odpowiedzialność może być upływ czasu (zgodnie z art. 288 i 299 ustawy), ale nie ustanie zatrudnienia nauczyciela akademickiego. Zauważyć trzeba, że w art. 289 ust. 3 ustawy przewidziany został wyjątek od przedawnienia

¹⁶ *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, red. J. Woźnicki, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 712–713.

karalności dla wymienionych w nim rodzajów przewinień dyscyplinarnych związanych z naruszeniem praw autorskich i oszustwem naukowym. W przypadku tego rodzaju przewinień dyscyplinarnych postępowanie wyjaśniające może być wszczęte w dowolnym czasie, niezależnie od tego, kiedy miał miejsce czyn stanowiący tego rodzaju przewinienie dyscyplinarne. Uznać należy, że postępowanie takie może być zatem wszczęte również wobec byłego nauczyciela akademickiego. Orzeczona w takiej sytuacji kara dyscyplinarna służyć może m.in. uniemożliwieniu powrotu do „korporacji uczonych” osobie, które dopuściła się najcięższych przewinień dyscyplinarnych, np. fałszowania wyników badań, plagiatu etc.

W świetle powyższych argumentów wykładnia teleologiczna i funkcjonalna § 2 ust. 2 rozporządzenia musi prowadzić do wniosku, że wszczęcie i prowadzenie postępowania wyjaśniającego i dyscyplinarnego możliwe jest wobec nauczyciela akademickiego również po ustaniu jego zatrudnienia w uczelni, z inicjatywy rzecznika dyscyplinarnego działającego z urzędu lub na polecenie rektora uczelni, która zatrudniała nauczyciela akademickiego podejrzanego o delikt dyscyplinarny, i który powziął wiadomość o popełnieniu takiego deliktu, jeśli został on popełniony w okresie zatrudnienia nauczyciela akademickiego w szkolnictwie wyższym. W ten sposób ustawodawca zapewnił – nie tylko na szczeblu poszczególnych uczelni, ale również, a może przede wszystkim, na poziomie całego systemu szkolnictwa wyższego i nauki – istnienie mechanizmu egzekwującego odpowiedzialność dyscyplinarną byłych nauczycieli akademickich i tym samym chroniącego ów system przed konsekwencjami powrotu do zawodu osób niegodnych, naruszających fundamenty etosu akademickiego. Wskazać w tym miejscu należy, że – jak podkreśla się w doktrynie – zasada powiązania odpowiedzialności dyscyplinarnej ze stosunkiem ustrojowoprawnym między konkretną uczelnią a osobą fizyczną będącą jej pracownikiem nie ma charakteru bezwzględnego i dopuszczalne jest, aby ustawodawca kształtował zakres odpowiedzialności dyscyplinarnej także szerzej, co miało miejsce również pod rządami poprzednio obowiązującej Ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym¹⁷.

Przepisy mogą [...] przewidywać w tej materii pewne wyjątki uzasadnione głównie tym, że osoba, która przestała być członkiem danej organizacji, może w przyszłości próbować do niej powrócić, także wtedy, gdy dopuściła się czynu wymagającego reakcji dyscyplinarnej uniemożliwiającej taki powrót. [...] Może się w tym miejscu nasunąć wątpliwość, czy wymienione wyjątki nie podważają założenia, że odpowiedzialność dyscyplinarna opiera się na stosunku ustrojowoprawnym. Należy uznać, że nie, albowiem warunkiem pociągnięcia do tej odpowiedzialności pozostaje bycie stroną takiego stosunku w czasie popełnienia przewinienia, a kary orzeczone po

¹⁷ *Ibidem*, s. 706.

ustaniu tego stosunku mają taki sam charakter jak kary orzeczone w czasie jego trwania, tzn. wywołują bezpośrednie skutki co do zasady tylko w obrębie wspomnianego stosunku, z tym że w omawianej sytuacji będą to skutki raczej potencjalne, w pełni aktualizujące się dopiero w razie zamiaru ponownego nawiązania stosunku ustrojowoprawnego z tą samą organizacją (orzeczona kara dyscyplinarna może być przeszkodą do jego nawiązania) lub już po nawiązaniu tego stosunku (chyba że będzie to kara pozbawiająca prawa wykonywania zawodu nauczyciela lub nauczyciela akademickiego)¹⁸.

Należy zauważyć, że nawet odmienna od powyższej interpretacja § 2 ust. 2 rozporządzenia zakładająca, że użyte przez prawodawcę określenie imiesłowowe „uczelnia zatrudniająca” winno być traktowane dosłownie jako „uczelnia zatrudniająca [nauczyciela akademickiego] obecnie”, tj. w dacie wszczęcia postępowania wyjaśniającego (a nie kiedykolwiek), nie prowadzi do konkluzji, iż wszczęcie i prowadzenie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej byłego nauczyciela akademickiego staje się wykluczone. Przeciwnie, jeśliby przyjąć, że uregulowanie przyjęte w rozporządzeniu w wykonaniu delegacji art. 306 ustawy nie obejmuje swoim zakresem sytuacji, w której wszczęcie i prowadzenie postępowania następować ma w stosunku do nauczyciela akademickiego, który w danym momencie nie pozostaje zatrudniony w żadnej uczelni, zasadnym będzie zastosowanie art. 305 ustawy, zgodnie z którym do postępowań w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich, w zakresie nieuregulowanym w ustawie, stosuje się odpowiednio przepisy ustawy Kodeks postępowania karnego z wyłączeniem art. 82. Brzmienie wskazanego odesłania ustawowego nie pozostawia wątpliwości co do zakresu swojego zastosowania. Ustawodawca w sposób wyraźny i nie budzący wątpliwości wskazał, że brak regulacji w przepisach ustawy (*a maiore ad minus* – także rozporządzenia wykonawczego do ustawy) w zakresie postępowań w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich (a zatem zarówno postępowaniach wyjaśniających, jak i postępowaniach dyscyplinarnych) winien skutkować poszukiwaniem właściwej regulacji w treści przepisów ustawy Kodeksu postępowania karnego. Powyższe obstrzone zostało jednak dwoma zastrzeżeniami: 1) zastosowania w zakresie postępowań w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich nie znajdzie art. 82 k.p.k., zgodnie z którym obrońcą może być jedynie osoba uprawniona do obrony według przepisów o ustroju adwokatury lub ustawy o radcach prawnych; 2) zastosowanie przepisów

¹⁸ R. Giętkowski, *op. cit.*, s. 251.

Kodeksu postępowania karnego do postępowań w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich ma odbywać się w sposób odpowiedni. Powyższe obostrzenia są niezwykle istotne dla dalszej interpretacji przepisu art. 305 ustawy. W pierwszym bowiem przypadku wskazanie przez ustawodawcę *expressis verbis* jedyne go wyjątku od zastosowania przepisów ustawy – Kodeksu postępowania karnego do postępowań w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich pozwala na poczynienie wniosku, że w pozostałym zakresie ustawowym, nieuregulowanym w ustawie oraz przepisanych wydanych na podstawie tejże ustawy, każda inna regulacja przewidziana w Kodeksie postępowania karnego nie tylko może, ale wręcz powinna znaleźć zastosowanie w ramach zagadnień proceduralnych postępowań w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich. Zawarte w art. 305 ustawy sformułowanie „stosuje się” świadczy o tym, że organy postępowania wyjaśniającego oraz dyscyplinarnego pozbawione są w tym względzie swobody – mają obowiązek przyjęcia właściwej regulacji kodeksowej do zastosowania w ramach prowadzonego postępowania. Z drugiej zaś strony, przyjmując „odpowiednie” stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego, ustawodawca nakazuje stosować te przepisy w sposób uwzględniający specyfikę postępowania dotyczącego odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich, a zatem fakt, że postępowanie dyscyplinarne i wyjaśniające nie stanowi realizacji konstytucyjnego wymiaru sprawiedliwości, wyłącza możliwość zastosowania w ramach postępowania wyjaśniającego oraz dyscyplinarnego niektórych instytucji karnoprosesowych, takich jak stosowanie kar porządkowych czy środków zapobiegawczych¹⁹.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę postępowania wyjaśniającego i postępowania dyscyplinarnego, wskazać należy, że ich uregulowanie w ustawie oraz rozporządzeniu pozwala na poczynienie wniosku, iż postępowanie wyjaśniające w stosunku do nauczycieli akademickich stanowi odpowiednik (na gruncie procedury karnej) postępowania przygotowawczego, natomiast postępowanie dyscyplinarne – postępowania przed sądem. Świadczy o tym przede wszystkim przedmiot obu postępowań, ukształtowanie ich (przysługującym stronom uprawnień), jak również zachodzące między wyżej wymienionymi postępowaniami relacje i zależności. Już bowiem z mocy § 14 rozporządzenia wynika, że postępowanie wyjaśniające w swojej istocie zmierza do weryfikacji, czy zachodzą podstawy wszczęcia

¹⁹ M. Nawrocki, *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, [w:] *Biegły w postępowaniu cywilnym i karnym. Komentarz praktyczny, orzecznictwo, wzory pism procesowych*, red. K. Flağa-Gieruszyńska, C.H. Beck, Warszawa 2020, komentarz do art. 305.

postępowania dyscyplinarnego, tj. wystąpienia przez rzecznika dyscyplinarnego z wnioskiem o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, tak samo jak postępowanie przygotowawcze zmierza do weryfikacji, czy zachodzą podstawy do wszczęcia postępowania sądowego, tj. wystąpienia przez organ postępowania z aktem oskarżenia do sądu. Tym samym, w kwestiach nieuregulowanych w zakresie postępowania wyjaśniającego stosować należy odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego dotyczące postępowania przygotowawczego, natomiast w zakresie postępowania dyscyplinarnego – postępowania przed sądem. Tylko takie stosowanie przepisów spełnia bowiem wyrażony w art. 305 ustawy wymóg odpowiedniego stosowania przepisów procedury karnej.

Przepisem regulującym właściwość miejscową sądu w postępowaniu karnym jest art. 31 § 1 k.p.k., zgodnie z którym miejscowo właściwy do rozpoznania sprawy jest sąd, w którego okręgu popełniono przestępstwo. W § 3 wskazanej regulacji przewidziano natomiast, że w przypadku popełnienia przestępstwa w okręgu kilku sądów, właściwy jest ten sąd, w którego okręgu najpierw wszczęto postępowanie przygotowawcze. Wyżej wymienione przepisy stanowią podstawę dla wyznaczenia jednostki właściwej do prowadzenia postępowania przygotowawczego, a to z mocy odesłania zawartego w § 116 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 roku – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury²⁰, zgodnie z którym do określenia właściwości miejscowej jednostki prokuratury w zakresie postępowania przygotowawczego stosuje się odpowiednio przepisy art. 31-34 k.p.k., a także przepisy § 113-115 rozporządzenia MS. Mając na względzie powyższe, w przypadkach nieprzewidzianych w rozporządzeniu, właściwość uczelni (a zatem także rzecznika dyscyplinarnego do spraw nauczycieli akademickich, powołanego przez rektora uczelni) wyznaczać należy poprzez odpowiednie zastosowanie art. 31 k.p.k., tj. przyjęcie właściwości uczelni, w której doszło do popełnienia przewinienia dyscyplinarnego. Jeżeli natomiast przewinienie popełnione zostało w ramach kilku uczelni, właściwą do wszczęcia i prowadzenia postępowania wyjaśniającego będzie każda z nich, przy czym wszczęcie przez rzecznika dyscyplinarnego którejkolwiek uczelni postępowania wyjaśniającego w pierwszej kolejności powoduje zastosowanie przewidzianej w art. 31 par. 3 k.p.k. zasady tzw. wyprzedzania, tj. przyjęcia właściwości tego rzecznika dyscyplinarnego, który jako pierwszy wszczął postępowanie wyjaśniające.

²⁰ Dz.U.2017.0.1206.

Wnioski

Podsumowując, wskazać należy, że były nauczyciel akademicki może ponosić odpowiedzialność dyscyplinarną za czyn uchybiający obowiązkowi nauczyciela akademickiego lub godności zawodu nauczyciela akademickiego popełniony w okresie jego zatrudnienia w szkolnictwie wyższym. Jeśli nauczyciel akademicki, który mógł popełnić przewinienie dyscyplinarne, nie posiada podstawowego miejsca pracy w uczelni, postępowanie wyjaśniające i postępowanie dyscyplinarne w pierwszej instancji wobec niego prowadzi się w tej zatrudniającej go uczelni, której rektor lub rzecznik dyscyplinarny powziął wiadomość o popełnieniu czynu mającego znamiona przewinienia dyscyplinarnego. Postępowanie takie wszczynane jest przez rzecznika dyscyplinarnego z urzędu lub na skutek zbadania sprawy, której rozpoczęcie polecił rzecznikowi dyscyplinarnemu rektor uczelni. Kwestia ta została uregulowana w § 2 ust. 2 rozporządzenia, albowiem użyte w treści przedmiotowego przepisu określenie „uczelnia zatrudniająca [nauczyciela akademickiego]” obejmuje swoim zasięgiem podmiotowym również uczelnię zatrudniającą nauczyciela akademickiego kiedykolwiek w przeszłości. Przyjęcie odmiennej interpretacji i zawężenie zakresu wskazanego pojęcia wyłącznie do uczelni zatrudniających nauczyciela akademickiego w dacie wszczęcia postępowania wyjaśniającego stoi w sprzeczności z dyrektywami wykładni językowej i celowościowej. Jeśli by jednak przyjąć zawężającą interpretację § 2 ust. 2 rozporządzenia, nie wyklucza to odpowiedzialności byłego nauczyciela akademickiego za delikt dyscyplinarny popełniony w okresie jego zatrudnienia w szkole wyższej. W takiej sytuacji należałoby bowiem uznać, że kwestia trybu i właściwości miejscowej rzecznika dyscyplinarnego oraz komisji dyscyplinarnej w sprawach dyscyplinarnych byłych nauczycieli akademickich nie została uregulowana w ustawie i rozporządzeniu. W kwestiach proceduralnych dotyczących postępowania wyjaśniającego w stosunku do nauczycieli akademickich, które nie znalazły swojego uregulowania w ustawie i rozporządzeniu, zastosowanie znajdują zaś odpowiednie przepisy ustawy – Kodeks postępowania karnego. W przypadku nieposiadania przez nauczyciela akademickiego podstawowego miejsca pracy, jak również zatrudnienia w innej uczelni, do wszczęcia i prowadzenia postępowania wyjaśniającego w stosunku do nauczyciela akademickiego właściwym rzecznikiem dyscyplinarnym do spraw nauczycieli akademickich jest rzecznik uczelni, w której nauczyciel akademicki dopuścił się przewinienia dyscyplinarnego, a to z mocy art. 305 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce w zw. z art. 31 par. 1 k.p.k. W przypadku zaś, jeżeli nauczyciel akademicki dopuścił się przewinienia dyscyplinarnego w zakresie kilku uczelni,

rzecznikiem dyscyplinarnym do spraw nauczycieli akademickich właściwym do prowadzenia postępowania wyjaśniającego będzie rzecznik dyscyplinarny do spraw nauczycieli akademickich uczelni, w której najpierw wszczęto postępowanie wyjaśniające, a to z mocy art. 305 Ustawy w zw. z art. 31 par. 3 k.p.k.

Bibliografia

- Bielska-Brodziak A., *Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2009.
- Ceglarska-Piłat K., *Pojęcie i cechy charakterystyczne odpowiedzialności dyscyplinarnej w prawie polskim*, „Studia Prawnicze” 2005, z. 2.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, PWN, Warszawa 1994.
- Giętkowski R., *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, WUG, Gdańsk 2013.
- Klemensiewicz Z., *Problematyka składniowej interpretacji stylu*, [w:] *idem*, *W kręgu języka literackiego i artystycznego*, PWN, Wrocław 1961.
- Lang W., *Struktura odpowiedzialności prawnej (Studium analityczne z dziedziny, teorii prawa)*, „Zeszyty Naukowe UMK. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1968, nr 31.
- Marszał K., *Proces karny*, Volumen, Katowice 2013.
- Marczak M., *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, WN Scholar, Warszawa 2007.
- Michalak A., *Słowniki językowe w interpretacjach prawa podatkowego*, [w:] *Język w prawie, administracji i gospodarce*, red. K. Michalewski, WUŁ, Łódź 2010.
- Morawski L., *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, TNOiK, Toruń 2002.
- Nawrocki M., *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, [w:] *Biegły w postępowaniu cywilnym i karnym. Komentarz praktyczny, orzecznictwo, wzory pism procesowych*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Pleszka K., *Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, WUŁ, Łódź 1997.
- Savigny F.C. von, *System des heutigen Römischen Rechts*, [s.n.], Berlin 1974.
- Spyra T., *Granice wykładni prawa – znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Zakamycze – Wolters Kluwer, Kraków 2006.
- Tobor Z., *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Wolters Kluwer business Warszawa 2013.
- Zieliński M., *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa*. „Palestra” 2011 nr 3–4.

Abstract

The Local Jurisdiction of the University Disciplinary Spokesman in Proceedings Regarding a Disciplinary Tort Committed by a Former Academic Teacher

The basis for disciplinary liability of academic teachers lies in the provisions of the Higher Education and Science Act of July 20, 2018. According to Article 275 § 1 of the Act, an academic teacher is subject to disciplinary liability for a disciplinary offense constituting an act that infringes the duties of an academic teacher or the dignity of the academic teacher's profession. In turn, according to Article 275 § 2 of the Act, termination of employment at the university does not exclude disciplinary liability for a disciplinary misconduct committed in the course of that employment. The interpretation of this provision leads to the conclusion that both a person employed at the university and having the status of an academic teacher on the date of instituting disciplinary proceedings, and a person not employed at the university who had the status of an academic teacher in the past and lost it as a result of termination of their employment in higher education may be subject to disciplinary liability. The subject of this article are issues concerning the jurisdiction of the local disciplinary proceedings representative of the university conducting an inquiry into the disciplinary responsibility of a former academic teacher. On the basis of the linguistic interpretation of § 2 sec. 2 of the Regulation of the Minister of Science and Higher Education of 25 September 2018 on the detailed mode of mediation, explanatory proceedings and disciplinary proceedings in matters of disciplinary liability of academic teachers, it should be assumed that the first-instance explanatory proceedings and disciplinary proceedings against a former academic teacher are conducted at a university which in the past employed the academic teacher suspected of a disciplinary offense, and whose rector or disciplinary proceedings representative became aware of an act constituting a disciplinary offense.

Key words: disciplinary liability, disciplinary offense, academic teacher, disciplinary proceedings representative for academic staff, law on higher education

Streszczenie

Właściwość miejscowa rzecznika dyscyplinarnego uczelni w postępowaniu w sprawie deliktu dyscyplinarnego popełnionego przez byłego nauczyciela akademickiego

Podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich stanowią przepisy Ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Zgodnie z art. 275 § 1 Ustawy nauczyciel akademicki podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za przewinienie dyscyplinarne stanowiące czyn uchybiający obowiązkom nauczyciela akademickiego lub godności zawodu nauczyciela akademickiego. Z kolei zgodnie z art. 275 § 2 ustawy ustanie zatrudnienia w uczelni nie wyłącza odpowiedzialności

dyscyplinarnej za przewinienie dyscyplinarne popełnione w trakcie tego zatrudnienia. Wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że odpowiedzialności dyscyplinarnej podlegać może zarówno osoba zatrudniona w uczelni i posiadająca w dacie wszczęcia postępowania w sprawie dyscyplinarnej status nauczyciela akademickiego, jak i osoba niezatrudniona w uczelni, która status nauczyciela akademickiego posiadała w przeszłości i utraciła go na skutek ustania zatrudnienia w szkolnictwie wyższym. Przedmiotem niniejszego artykułu jest problematyka właściwości miejscowej rzecznika dyscyplinarnego uczelni prowadzącego postępowanie wyjaśniające w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej byłego nauczyciela akademickiego. Na podstawie wykładni językowej § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 25 września 2018 r. w sprawie szczegółowego trybu prowadzenia mediacji, postępowania wyjaśniającego i postępowania dyscyplinarnego w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich należy przyjąć, że postępowanie wyjaśniające i postępowanie dyscyplinarne w pierwszej instancji wobec byłego nauczyciela akademickiego prowadzi się w uczelni, która w przeszłości zatrudniała nauczyciela akademickiego podejrzewanego o delikt dyscyplinarny, a której rektor lub rzecznik dyscyplinarny powziął wiadomość o popełnieniu czynu mającego znamiona przewinienia dyscyplinarnego.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność dyscyplinarna, delikt dyscyplinarny, nauczyciel akademicki, rzecznik dyscyplinarny ds. nauczycieli akademickich, prawo o szkolnictwie wyższym

Grzegorz Wolak

dr hab., wiceprezes i Przewodniczący IV Wydziału Pracy w Sądzie Rejonowym
w Stalowej Woli

ORCID: 0000-0003-3636-8440

Z problematyki pracy świadczonej przez skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego. Rozważania na kanwie zagadnienia prawnego w sprawie III PZP 3/20

Wprowadzenie

Przedmiotem prawa pracy jako gałęzi systemu prawa są wyłącznie społeczne stosunki pracy dobrowolnie podporządkowanej oraz inne stosunki prawne ściśle (życiowo¹, nierozzerwalnie²) ze stosunkami pracy związane, zwłaszcza te odnoszące się do ochrony pracy – przede wszystkim do ochrony pracownika jako słabszej strony stosunku pracy³. Z kolei najważniejszym komponentem treściowym przedmiotu prawa pracy jest stosunek pracy⁴. Kodeks pracy, jak i całe polskie prawo pracy, stoi na gruncie zobowiązaniowej koncepcji stosunku pracy i nie jest to bynajmniej przejaw wsteczności czy konserwatyizmu albo wreszcie niedoceniań zmian, które nastąpiły w sytuacji prawno-społecznej pracownika w zakładzie pracy⁵. Przeciwnie, opowiedzenie się za tą koncepcją niesie za sobą wiele zalet⁶.

W artykule omówiona zostanie ogólnie problematyka reżimu prawnego pracy świadczonej przez skazanego osadzonego w zakładzie karnym i od-

¹ M. Świącicki, [w:] Z. Salwa, W. Szubert, M. Świącicki, *Podstawowe problemy prawa pracy*, PWN, Warszawa 1957, s. 17.

² Z. Salwa, *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, PWN, Warszawa 1996, s. 15.

³ J. Stelina, [w:] *Prawo pracy*, red. *idem*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 6.

⁴ *Ibidem*, s. 7.

⁵ Zob. T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2017, s. 114.

⁶ *Ibidem*.

bywającego karę pozbawienia wolności, wykonywanej przez niego na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego (art. 121 i n. k.k.w.), będącego decyzją, gdyż obowiązujące przepisy kodeksu karnego wykonawczego jako formę działania dyrektora zakładu karnego przewidują właśnie decyzję (art. 7 k.k.w.). Nie jest to jednak decyzja w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania administracyjnego⁷. Za przyjęciem takiego poglądu przemawia chociażby odmienny od uregulowanego w kodeksie postępowania administracyjnego tryb zaskarżania rozstrzygnięć dyrektora zakładu karnego⁸. Chodzi o odpowiedź na dwa zasadnicze pytania. Po pierwsze, czy świadczenie pracy przez skazanego na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego odbywa się w ramach stosunku pracy. Po drugie – czy dopuszczalna jest droga sądowa dla dochodzenia przez skazanego roszczeń od zakładu karnego wynikających z faktu wykonywania takiej właśnie pracy, a zatem czy sprawa o takie roszczenie jest sprawą cywilną w rozumieniu art. 1 k.p.c.

Zasadniczym powodem napisania artykułu było zagadnienie prawne przedstawione niedawno do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu, które brzmiało następująco: czy roszczenie o ustalenie istnienia stosunku pracy i wynagrodzenie dochodzone przez skazanego skierowanego do pracy w czasie odbywania kary pozbawienia wolności powinny zostać uznane za »sprawę cywilną« w rozumieniu art. 1 k.p.c. i podlegać weryfikacji w drodze powództwa cywilnego (art. 2 § 1 k.p.c.)? Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 29 września 2020 r., III PZP 3/20⁹, odmówił podjęcia uchwały w tej sprawie. U podstaw takiego rozstrzygnięcia zapewne leżało to, iż z jednej strony oczywiste jest, że powództwo o ustalenie istnienia stosunku pracy jest dopuszczalne, z drugiej zaś to, że w sprawie nie było dochodzone wynagrodzenie z tytułu świadczenia pracy w ramach skierowania do pracy skazanego na podstawie art. 121 k.k.w. Nie zwalnia to jednak od podjęcia próby wyjaśnienia tych problemów prawnych.

Okoliczności sprawy III PZP 3/20

Kanwę rozważań stanowić będą okoliczności sprawy, w której sąd odwoławczy (Sąd Okręgowy w G.) zwrócił się do Sądu Najwyższego w trybie art. 390 § 1 k.p.c. Otóż w sprawie tej powód Mateusz H. w pozwie przeciwko Skar-

⁷ Zob. np. A. Gozdowski, *Wybrane aspekty zatrudnienia skazanych*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2000, nr 27, s. 30; O. Stanowska, *Zatrudnienie skazanych pozbawionych wolności na podstawie skierowania do pracy*, „Roczniki Administracji i Prawa”, R. XIV, Sosnowiec 2014, s. 219.

⁸ Tak trafnie O. Stanowska, *op. cit.*, s. 219.

⁹ LEX nr 3066984.

bowi Państwa¹⁰ – Dyrektorowi Zakładu Karnego w Z. wniósł o ustalenie, że w okresie od 13 sierpnia 2018 r. do 4 lutego 2019 r. wiązał go z pozwanym stosunek pracy oraz o zasądzenie od pozwanego na jego rzecz 6 tys. zł tytułem wynagrodzenia za pracę świadczoną w ramach tego stosunku. W sprawie ustalono, że skazany Mateusz H. w spornym okresie na swój wniosek świadczył pracę na podstawie skierowania przez Dyrektora Zakładu Karnego do nieodpłatnej pracy w charakterze pracownika gospodarczego (art. 121 i n. k.k.w.).

Sąd Rejonowy w Z. odrzucił pozew złożony w sprawie z powodu niedopuszczalności drogi sądowej. Rozpoznając zażalenie powoda na to postanowienie, Sąd Okręgowy w G. powziął wątpliwości co do prawidłowości tego stanowiska i zwrócił się o ich rozstrzygnięcie przez Sąd Najwyższy. Jak była już o tym mowa na wstępie, Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały w tej sprawie.

Pojęcie stosunku pracy

W myśl art. 22 § 1 k.p. przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy (§ 1¹). Nie jest dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy, określonych w § 1 (§ 1²).

Co do doktrynalnej definicji stosunku pracy, to np. Teresa Liszcz stwierdza, że stosunek ten to: „więź prawna o charakterze dobrowolnym i trwałym, łącząca pracownika i pracodawcę, której treścią jest obowiązek osobistego wykonywania pracy określonego rodzaju przez pracownika, w ustalonym miejscu i czasie, pod kierownictwem, na rzecz i na ryzyko pracodawcy, oraz obowiązek pracodawcy zatrudniania pracownika przy umówionej pracy i wypłacania mu wynagrodzenia za pracę”¹¹. Stosunek pracy jest stosunkiem dwustronnym łączącym pracownika, czyli osobę zatrudnioną na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę (art. 2 k.p.), i pracodawcę¹², którym jest jednostka organizacyjna,

¹⁰ Skarb Państwa, choć jest osobą prawną, nie jest pracodawcą (zob. szerzej G. Wolak, *Pracodawca jako strona stosunku pracy – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2018, nr 3, s.147–182).

¹¹ T. Liszcz, *Prawo pracy, op. cit.*, s. 116. Podobnie: L. Florek, *Prawo pracy*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 46; J. Stelina, [w:] *Prawo pracy, op. cit.*, s. 111–117.

¹² Zob. G. Wolak, *op. cit.*, s.147–182.

choćby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeżeli zatrudniają pracowników (art. 3 k.p.). Skoro przymiot bycia pracownikiem łączy się w sposób ścisły ze stosunkiem pracy, to w celu ustalenia, czy w danej sytuacji występują przesłanki do uznania określonej osoby za pracownika, należy łącznie traktować definicje ustawowe z art. 2 i 22 § 1 k.p.¹³ Zestawienie treści obu przepisów nakazuje przyjąć, że pracownikiem jest osoba, która w drodze jednej z czynności prawnych wyliczonych w art. 2 k.p. nawiązała stosunek pracy charakteryzujący się wskazanymi w art. 22 § 1 k.p. cechami¹⁴.

Jako cechy szczególne stosunku pracy, różniące ten stosunek od innych stosunków prawnych, wymienia się przede wszystkim¹⁵:

- 1) Osobiste wykonywanie pracy. Brak obowiązku osobistego świadczenia pracy, wyklucza możliwość zakwalifikowania określonego stosunku prawnego jako stosunku pracy¹⁶. Możliwa w umowach typu „zlecenie” klauzula wykonywania usług przez osobę trzecią – zastępcę (art. 738 § 1 w zw. z art. 750 k.c.) – jest niedopuszczalna w umowie o pracę¹⁷. Nawiązany stosunek prawny nie może być uznany za stosunek pracy wówczas, gdy strony przewidziały możliwość świadczenia pracy przez osobę trzecią. Uznaniu prawnopracowniczego charakteru nawiązanego stosunku prawnego nie stoi natomiast na przeszkodzie korzystanie przez pracownika ze sporadycznej pomocy innej osoby (innego pracownika lub – w specyficznych warunkach świadczenia pracy – także osoby niezatrudnionej przez tego samego pracodawcę). Taką pomoc wymuszają różne, nierzadkie przyczyny i okoliczności, zarówno obiektywne, jak i leżące po stronie pracownika¹⁸.
- 2) Odpłatność za wykonywaną pracę. W każdym przypadku nieodpłatnego świadczenia pracy nie może być mowy o istnieniu stosunku pracy i ubezpieczenia społecznego z jego tytułu¹⁹. Praca świadczona nieodpłat-

¹³ K. Korus, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. A. Sobczyk, C.H. Breck, Warszawa 2018, art. 2, nb 4, Legalis.

¹⁴ Tak trafnie w wyroku NSA w Warszawie z dnia 13 marca 2007 r., I OSK 630/06 LEX nr 330453.

¹⁵ Zob. np. B. Gudowska, [w:] *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, red. B. Gudowska, J. Strusińska-Żukowska, C.H. Beck, Warszawa 2014, art. 8, pkt 4.

¹⁶ Zob. wyrok SN z dnia 1 października 1969 r., I PR 246/69, OSNCP 1970, nr 7–8, poz. 138; wyrok SN z dnia 4 grudnia 1997 r., I PKN 394/97, OSNAPiUS 1998, nr 20, poz. 595; wyrok SN z dnia 28 października 1998 r., I PKN 416/98, OSNAPiUS 1999, Nr 24, poz. 775.

¹⁷ Zob. wyrok SN z dnia 2 grudnia 1998 r., I PKN 458/98, OSNAPiUS 2000, nr 3, poz. 94.

¹⁸ Zob. wyrok SN z dnia 9 lutego 2007 r., I UK 221/06, LEX nr 948780; wyrok SN z dnia 28 marca 2000 r., II UKN 386/99, OSNAPiUS 2001, nr 16, poz. 522.

¹⁹ Zob. wyrok SN z dnia 28 lipca 1999 r., I PKN 180/99, OSNAPiUS 2000, nr 21, poz. 789; wyrok SN z dnia 7 maja 1998 r., I PKN 71/98, OSNAPiUS 1999, nr 8, poz. 282; wyrok SN z dnia 1 lutego 2000 r., I PKN 494/99, OSNAPiUS 2001, nr 12, poz. 409.

nie (pomoc sąsiedzka, aktywność filantropijna) nie wchodzi w zakres przedmiotu regulacji prawa pracy.

- 3) Ryzyko ekonomiczne, osobowe i socjalne podmiotu zatrudniającego²⁰.
- 4) Podporządkowanie pracownika. Stanowi ono najbardziej charakterystyczny i istotny element stosunku pracy. W art. 22 § 1 k.p. jest on ujęty w ramach obowiązku wykonywania pracy pod kierownictwem pracodawcy. Umowę o pracę cechuje pracowniczy obowiązek starannego działania, a nie osiągnięcia rezultatu, oraz obciążenie pracodawcy ryzykiem prowadzenia działalności²¹.

Jeśli stosunek prawny łączący dwa podmioty nosi wskazane cechy, będzie stosunkiem pracy, choćby strony nazwały go np. zleceniem czy umową o dzieło²².

Praca dobrowolnie podporządkowana, będąca przedmiotem prawa pracy²³, przeciwstawiana jest tzw. pracy jednostronnie wyznaczanej, która nie podlega prawu pracy. Osoby wykonujące taką pracę pozostają w stosunku szczególnej zależności od podmiotu kierującego ich działalnością. Sposób i miejsce wykonywania pracy, wysokość ewentualnego wynagrodzenia określa jednostronnie ten drugi podmiot, który ma w tym stosunku rolę nadrzędną, nie będąc równorzędnym partnerem (kontrahentem) osoby świadczącej pracę, lecz organem władcym. Jak podaje Ludwik Florek, charakter pracy jednostronnie wyznaczanej ma przede wszystkim nieodpłatna, kontrolowana praca na cele społeczne w ramach kary ograniczenia wolności (art. 34, 35 k.k.w.), praca żołnierzy odbywających czynną, niezawodową służbę wojskową oraz właśnie praca więźniów w zakładach penitencjarnych, zatrudnianych na podstawie skierowań do pracy. W dwóch ostatnich przypadkach występuje szczególna zależność typu pozaumownego, obca stosunkom pracy dobrowolnie podporządkowanej²⁴.

Pracownikami w rozumieniu art. 2 i art. 22 k.p. nie są ponadto następujące osoby:

- 1) wykonujące pracę na podstawie „rzeczywistych” umów obligacyjnych typu cywilnoprawnego, np. umowy zlecenia, umowy o dzieło, umowy agencyjnej, kontraktu menedżerskiego;

²⁰ Zob. np. T. Liszcz, *Prawo pracy, op. cit.*, s.115–116; uchwała SN z dnia 17 kwietnia 1989 r., III UZP 10/89, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1990, nr 4, s. 55; wyrok SN z dnia 12 lipca 2005 r., II PK 360/04, OSNAPiUS 2006, nr 7–8, poz. 110; wyrok SN z dnia 20 marca 2009 r., II UK 308/08, LEX nr 707885.

²¹ Zob. wyrok SN z dnia 19 kwietnia 1932 r., I C 2105/31, OSN(C) 1932, nr 1, poz. 86.

²² Co do korzyści wynikających z posiadania statusu pracownika zob. np. A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016, art. 2 k.p., nb 7, Legalis.

²³ Przedmiot ten zdecydował skądinąd o gałęziowym wyodrębnieniu prawa pracy.

²⁴ L. Florek, *op. cit.*, s. 2–3.

- 2) jednoosobowo prowadzące samodzielny działalność gospodarczą;
- 3) zatrudnione w tzw. służbach mundurowych: policjanci, funkcjonariusze Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Straży Więziennej, Straży Granicznej, zawodowi żołnierze i funkcjonariusze Państwowej Straży Pożarnej – stosunki prawne, na jakich świadczą oni pracę, nie są stosunkami pracy, lecz stosunkami służbowymi o charakterze administracyjnym, które regulowane są przez tzw. pragmatyki służbowe, przynależne do prawa administracyjnego²⁵;
- 4) wykonujące pracę nakładczą na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z 31.12.1975 r. w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą²⁶;
- 5) będące członkami rolniczych spółdzielni produkcyjnych.

Czy praca skazanego wykonywana w zakładzie karnym na podstawie kodeksu karnego wykonawczego świadczona jest w ramach stosunku pracy?

Wykonywanie pracy jest obowiązkiem skazanego (art. 116 § 1 pkt 4 k.k.w.). Obowiązek ten to forma nakazu w rozumieniu art. 142 § 1 k.k.w., odmowa wykonywania pracy jest więc przekroczeniem i pociąga za sobą odpowiedzialność dyscyplinarną. Kodeks karny wykonawczy wyłącza przy tym podstawową zasadę prawa pracy, jaką jest zasada swobody nawiązania stosunku pracy²⁷. Wprawdzie skazany może podjąć zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, ale może to uczynić tylko za zgodą i na warunkach określonych przez dyrektora zakładu karnego (art. 121 § 3 k.k.w.)²⁸.

Zgodnie z kodeksem karnym wykonawczym osadzony w zakładzie karnym może wykonywać pracę na różnych podstawach prawnych. Skazany może ją świadczyć (odpłatnie, nieodpłatnie) na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego. W ramach zatrudnienia na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego może wykonywać pracę na rzecz rozmaitych podmiotów, takich jak sam zakład karny czy inne jednostki organizacyjne Służby Więziennej, a także przywięzienny zakład pracy, inny pracodawca (np. zewnętrzny przedsiębiorca), organy samorządu terytorialnego czy instytucje charytatywne²⁹. Może również za zgodą dyrektora zakładu karnego świadczyć

²⁵ Zob. wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2009 r., I PK 218/08, „Monitor Prawa Pracy” 2009, nr 7, s. 372–374; T. Liszcz, *Prawo pracy, op. cit.*, s. 23–24; L. Florek, *op. cit.*, s. 3–4.

²⁶ Dz.U. z 1976 r., Nr 3, poz. 19, ze zm.

²⁷ Zob. szerzej o tej zasadzie: T. Liszcz, *Prawo pracy, op. cit.*, s. 92.

²⁸ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020, komentarz do art. 121 k.k.w., pkt II Nb 4 i 5.

²⁹ Z. Hołda, [w:] Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Lex/Arche, Warszawa 2008, komentarz do art. 121 k.k.w., pkt 12.

pracę w ramach stosunku pracy nawiązanego z pracodawcą. Skazani wykonujący w czasie odbywania kary pozbawienia wolności pracę na podstawie umowy o pracę, jak trafnie stwierdza Teresa Liszcz³⁰, są po prostu pracownikami i z tego tytułu stosuje się do nich wprost przepisy prawa pracy, z ograniczeniami i zmianami określonymi w kodeksie karnym wykonawczym, a uzasadnionymi faktem odbywania kary izolacyjnej.

Problematyka zatrudniania skazanych uregulowana jest w kodeksie karnym wykonawczym w Oddziale 5 Zatrudnienie (art. 121-129 k.k.w.). Przepis art. 121 k.k.w. stanowi, że skazanemu zapewnia się w miarę możliwości świadczenie pracy (§ 1): „Skazanego zatrudnia się na podstawie skierowania do pracy albo umożliwia się skazanemu wykonywanie pracy zarobkowej w ramach umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło, umowy o pracę nakładczą lub na innej podstawie prawnej” (§ 2). Zatrudnienie skazanego następuje za zgodą i na warunkach określonych przez dyrektora zakładu karnego, zapewniających prawidłowy przebieg odbywania kary pozbawienia wolności (§ 3). Nieprzestrzeganie przez skazanego lub podmiot zatrudniający warunków zatrudnienia, określonych przez dyrektora zakładu karnego, stanowi podstawę cofnięcia zgody. O cofnięciu zgody powiadamia się pisemnie skazanego i podmiot zatrudniający (§ 4). Dyrektor zakładu karnego może cofnąć zgodę na zatrudnienie skazanego lub wykonywanie przez niego pracy zarobkowej z przyczyn związanych z funkcjonowaniem zakładu karnego, a zwłaszcza z jego bezpieczeństwem. O cofnięciu zgody powiadamia się pisemnie skazanego oraz podmiot zatrudniający (§ 5). Zdolność skazanego do pracy oraz w miarę potrzeby rodzaj, warunki i czas pracy określa lekarz (§ 6). Z wykonywania pracy można zwolnić skazanego kształcącego się lub z innych ważnych powodów (§ 7). Skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności odbywający karę w zakładzie karnym typu zamkniętego może wykonywać pracę wyłącznie na terenie zakładu karnego (§ 10).

Stosownie do art. 122 § 1 i 2 k.k.w. przy kierowaniu do pracy uwzględnia się w miarę możliwości zawód, wykształcenie, zainteresowania i potrzeby osobiste skazanego. Jeżeli skazanego zatrudnia się na podstawie skierowania do pracy, zatrudnienie przy pracach szkodliwych dla zdrowia wymaga jego pisemnej zgody. Pracę zapewnia się przede wszystkim skazanym zobowiązanym do świadczeń alimentacyjnych, a także mającym szczególnie trudną sytuację materialną, osobistą lub rodzinną.

Praca skazanego jest odpłatna, z zastrzeżeniem art. 123a k.k.w. Zasady wynagradzania za pracę ustala się w porozumieniu zawierającym przez dyrektora zakładu karnego lub w umowie zawieranej przez skazanego. Przy skierowaniu

³⁰ T. Liszcz, *Prawo pracy, op. cit.*, s. 25.

skazanego do prac administracyjno-porządkowych na terenie zakładu karnego wynagrodzenie za pracę ustala dyrektor tego zakładu (art. 123 § 1 k.k.w.). Stosownie do ustępów 2–6 tego przepisu wynagrodzenie przysługujące skazanemu zatrudnionemu w pełnym wymiarze czasu pracy ustala się w sposób zapewniający osiągnięcie kwoty co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalanego na podstawie odrębnych przepisów, przy przepracowaniu pełnego miesięcznego wymiaru czasu pracy lub wykonaniu pełnej miesięcznej normy pracy. W wypadku przepracowania niepełnej miesięcznej normy czasu pracy lub niewykonania pełnej miesięcznej normy pracy wynagrodzenie wypłaca się proporcjonalnie do ilości czasu pracy lub wykonanej normy pracy. W razie zatrudnienia skazanego w niepełnym wymiarze czasu pracy najniższe wynagrodzenie ustala się w kwocie proporcjonalnej do liczby godzin zatrudnienia, biorąc za podstawę kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę. Skazanemu wynagrodzenie przysługuje tylko za pracę wykonaną, z zastrzeżeniem. Skazanemu przysługuje wynagrodzenie za czas niewykonywania pracy jedynie w wypadku, gdy był gotów do jej wykonania, a doznał przeszkód z przyczyn dotyczących podmiotu zatrudniającego. Podmiot może na czas przestoju powierzyć skazanemu, za zgodą dyrektora zakładu karnego, inną odpowiednią pracę, za której wykonanie przysługuje wynagrodzenie przewidziane za tę z kolei pracę. Skazanemu przysługuje wynagrodzenie za czas przestoju spowodowanego warunkami atmosferycznymi jedynie w wypadku, gdy tak stanowi porozumienie lub umowa, o których mowa w art. 123 § 1 k.k.w.

W myśl art. 123a § 1 k.k.w. za prace porządkowe oraz pomocnicze wykonywane na rzecz jednostek organizacyjnych Służby Więziennej, a także za prace na cele społeczne na rzecz: 1) samorządu terytorialnego, 2) podmiotów, dla których organ gminy, powiatu lub województwa jest organem założycielskim, 3) państwowych lub samorządowych jednostek organizacyjnych, 4) spółek prawa handlowego z wyłącznym udziałem Skarbu Państwa lub gminy, powiatu lub województwa – w wymiarze nieprzekraczającym 90 godzin miesięcznie, skazanemu nie przysługuje wynagrodzenie. Skazanemu, za jego pisemną zgodą lub na jego wniosek, dyrektor zakładu karnego może zezwolić na nieodpłatne zatrudnienie przy pracach, o których mowa w § 1, w wymiarze przekraczającym 90 godzin miesięcznie lub przy pracach na cele społeczne na rzecz podmiotów, o których mowa w art. 56 § 3, oraz innych organizacji pożytku publicznego (§ 2). W celu przyuczenia do wykonywania pracy skazanemu, za jego pisemną zgodą, można zezwolić na wykonywanie nieodpłatnej pracy w przywieziennych zakładach pracy, przez okres nie dłuższy niż 3 miesiące (§ 3). Za wykonywane prace nieodpłatne mogą być skazanemu przyznawane nagrody (§ 4).

Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że ustawodawca przewiduje różne podstawy świadczenia pracy przez skazanego. Może to być skierowanie przez dyrektora zakładu karnego, umowa o pracę, umowy cywilnoprawne (np. zlecenie, o dzieło), praca nakładcza (chałupnicza) bądź inne jeszcze podstawy prawne, z którymi wiąże się wykonywanie pracy. Kodeks karny wykonawczy stanowi ponadto, że w stosunku do skazanych pracujących, w zakresie nieuregulowanym w jego przepisach, stosuje się przepisy prawa pracy (art. 121 § 8 k.k.w.), a więc przede wszystkim przepisy kodeksu pracy. Odmienne przedstawia się to jednak w stosunku do skazanych zatrudnionych na podstawie skierowania do pracy. Do nich nie stosuje się przepisów prawa pracy, z wyjątkiem przepisów dotyczących czasu pracy oraz bezpieczeństwa i higieny pracy (art. 121 § 9 k.k.w.). Jak trafnie zauważa Olga Stanowska, wyłączenie stosowania przepisów prawa pracy do skazanych zatrudnionych na podstawie skierowania do pracy jest dodatkowym argumentem przemawiającym za tym, że w takim przypadku nie dochodzi do powstania stosunku pracy³¹. Charakter pracy jednostronnie wyznaczonej ma bowiem także (obok pracy wykonywanej w ramach kary ograniczenia wolności i pracy żołnierzy odbywających czynną, niezawodową służbę wojskową) praca więźniów w zakładach penitencjarnych, zatrudnianych na podstawie skierowań do pracy. Także i tu występuje szczególna zależność typu pozaumownego³².

W literaturze przedmiotu zatrudnienie na podstawie skierowania do pracy kwalifikuje się jako zatrudnienie penalno-prawne³³. Do czasu wejścia w życie kodeksu karnego wykonawczego z 1997 r., tj. do 1 września 1998 r., skierowanie do pracy było jedynym możliwym sposobem zatrudnienia osób pozbawionych wolności. Gdy podstawą zatrudnienia skazanego jest skierowanie do pracy na podstawie umowy o zatrudnienie – odpłatne bądź nieodpłatne, mamy trzy podmioty: skazanego, administrację zakładu karnego i zatrudniającego. Skazany pozostaje w stosunku prawnym z administracją zakładu, administracja zakładu – z zatrudniającym (administracja kieruje do pracy, ustala jej warunki, nadzoruje itp.). W doktrynie wyrażono pogląd, że skazany pozostaje także w stosunku z zatrudniającym, choć jest to stosunek

³¹ O. Stanowska, *op. cit.*, s. 215.

³² L. Florek, *op. cit.*, s. 2–3.

³³ W. Sanetra, *Uwagi w kwestii zakresu podmiotowego kodeksu pracy*, [w:] *Prawo pracy w wyzwaniach XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich – Agencja Master, Warszawa–Łódź 2002, s. 315; M. Rafacz-Krzyżanowska, *Niektóre aspekty prawa pracy wobec skazanych zatrudnionych w ośrodku przystosowania społecznego*, [w:] *Praca skazanych odbywających karę pozbawienia wolności*, red. T. Bojarski, Z. Hołda, J. Baranowski, WN UMCS, Lublin 1985, s. 103.

z prawnego punktu widzenia mało klarowny; w tej dziedzinie mogą się pojawiać rozmaite wątpliwości i trudności³⁴. Z kolei Olga Stanowska uważa, że literalna wykładnia obowiązujących przepisów prowadzi do wniosku, że w przypadku zatrudnienia na podstawie skierowania do pracy skazany nie jest traktowany jako podmiot stosunku prawnego³⁵. Teresa Liszcz uznawała, że pomiędzy skazanym a podmiotem zatrudniającym nie istnieje żadna więź prawna, a jej brak powoduje szkodliwy rozdzźwięk między sferą prawną a praktyką. Uważała, że w przypadku zatrudnienia więźnia w pozawieżnym zakładzie pracy konieczne jest wyraźne określenie stosunku prawnego między zatrudnionym więźniem a podmiotem zatrudniającym; powinien być to, jej zdaniem, stosunek pracy. Według Liszcz nie przekreślałoby to obowiązkowego charakteru pracy – stosunek pracy nawiązywałby się na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego i za jego pośrednictwem, a skazany nie mógłby go rozwiązać bez uprzedniej zgody zakładu karnego³⁶. Nie zgadza się z tym poglądem Olga Stanowska. Jak wskazuje, przemawia za tym przede wszystkim argument *a rerum natura*, tzn. nie można uznać danego stosunku prawnego za stosunek pracy w sytuacji, gdy jedna strona została do niego zmuszona w wyniku nałożonego na nią obowiązku. Ponadto powyższa propozycja doprowadziłaby do dosyć absurdalnej konstrukcji. Pomijając fakt, że w jej ocenie taki stosunek pracy byłby niedopuszczalny z punktu widzenia zasad prawa pracy, to mielibyśmy wówczas do czynienia z trzema czynnościami prawnymi – aktem skierowania jako decyzją dyrektora zakładu karnego, umową cywilnoprawną zawartą pomiędzy dyrektorem zakładu karnego a podmiotem zatrudniającym oraz umową o pracę zawartą pomiędzy skazanym a podmiotem zatrudniającym³⁷. Autorka ta zauważyła, że w doktrynie nie pojawiają się, niestety, inne kwalifikacje stosunku prawnego pomiędzy skazanym a podmiotem zatrudniającym. W ramach postulatu *de lege ferenda* uznała, że niepożądana jest sytuacja, w której skazany podczas skierowania do pracy jest traktowany jak przedmiot, a nie podmiot stosunku zatrudnienia. Stwierdziła, że niewątpliwie w tym zakresie przepisy muszą jak najszybciej ulec zmianie, w szczególności w zakresie uregulowania relacji prawnej pomiędzy skazanym a podmiotem zatrudniającym, a w konsekwencji w zakresie dochodzenia pomiędzy nimi wzajemnych roszczeń³⁸. Sytuacja jest, oczywiście, bardziej jasna, gdy skazany zatrudniony jest na podstawie umowy o pracę czy

³⁴ T. Liszcz, *Zatrudnienie skazanych odbywających karę pozbawienia wolności (Podstawowe zagadnienia prawne)*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 2, s. 90 i n.

³⁵ O. Stanowska, *op. cit.*, s. 222.

³⁶ T. Liszcz, *Zatrudnienie skazanych...*, s. 90.

³⁷ O. Stanowska, *op. cit.*, s. 222.

³⁸ *Ibidem*.

na innej podstawie prawnej, takiej jak umowa cywilnoprawna czy umowa o pracę nakładczą³⁹.

W nauce wyrażono pogląd, że przy braku odmiennych regulacji ewentualne sprawy sporne związane z umową dotyczącą zatrudnienia skazanych, którą kwalifikować należy jako umowę cywilnoprawną, zawieraną pomiędzy dyrektorem zakładu karnego a zatrudniającym, winny być rozstrzygane na zasadach ogólnych przez sądy cywilne⁴⁰. W tym kontekście art. 121 § 8 k.k.w. należy rozumieć w ten sposób, że nie dotyczy on umów cywilnoprawnych⁴¹.

Pojawia się też trudne pytanie, czy sąd cywilny byłby właściwy dla roszczeń skazanego wobec zatrudniającego na podstawie skierowania do pracy. Wydaje się, że nie ma tu co do zasady miejsca na roszczenia z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy (skazanego i zatrudniającego nie łączy umowa). Inaczej natomiast potraktować należy roszczenia z tytułu czynów niedozwolonych czy też (choć zapewne w mniejszym już stopniu) bezpodstawnego wzbogacenia. To, że umowa cywilnoprawna zawarta jest między Skarbem Państwa, reprezentowanym przez dyrektora zakładu karnego i określonym zatrudniającym, którym najczęściej jest przedsiębiorca, nie wyklucza możliwości istnienia roszczeń z tych dwóch źródeł dla skazanego z tego tytułu, że wykonuje pracę u zatrudniającego w ramach skierowania przez dyrektora zakładu karnego.

Uprawnione będzie odwołanie się w tym miejscu do kilku orzeczeń Sądów Apelacyjnych i Sądu Najwyższego traktujących o zagadnieniu pracy skazanych w zakładzie karnym w ramach kary pozbawienia wolności. Co istotne, w sprawach tych dochodzone były roszczenia wynikające z wykonywania zatrudnienia skazanego na podstawie skierowania przez dyrektora zakładu karnego. Skazani nie żądali w nich ustalenia istnienia stosunku pracy i nie podnosili, że ich żądania pieniężne wynikają ze stosunku pracy.

W postanowieniu z dnia 4 lutego 1969 r., I CZ 101/68⁴², przyjęto, iż z tego, że więźnia nie łączy stosunek pracy z podmiotem, któremu świadczy pracę, wynika wniosek o niedopuszczalności drogi sądowej dla dochodzenia od tego podmiotu wynagrodzenia za spełnioną pracę. Sprawa o to wynagrodzenie nie jest bowiem sprawą ze stosunku z zakresu prawa pracy, zaliczoną z mocy art. 1 k.p.c. do spraw cywilnych, do rozpoznania których otwarta jest

³⁹ Z. Hołda [w:] Z. Hołda, K. Postulski, *op. cit.*, komentarz do art. 121 k.k.w., pkt 13; K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, komentarz do art. 121 k.k.w., pkt 33.

⁴⁰ T. Kalisz, *Podstawy prawne świadczenia pracy przez osoby pozbawione wolności*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2003, nr 13, s. 353 i n.; O. Stanowska, *op. cit.*, s. 221.

⁴¹ K. Postulski, *op. cit.*, komentarz do art. 121 k.k.w., pkt 30.

⁴² LEX nr 6448.

droga sądowa (art. 2 § 1 k.p.c.). Niecywilny charakter takiej sprawy decyduje o niedopuszczalności tej drogi.

W postanowieniu z dnia 4 marca 1971 r., I CZ 13/71⁴³, uznano, że: „Stosunek jaki łączy więźnia ze Skarbem Państwa, reprezentowanym przez zarząd więzienia, z którego to stosunku wynika m.in. obowiązek pracy, jest stosunkiem administracyjno-prawnym, taki też charakter mają wynikające z niego roszczenia o wynagrodzeniu za pracę. Roszczenia takie nie mogą być dochodzone w drodze sądowej (art. 1 k.p.c.)”.

W postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 maja 2009 r., II AKz 293/09⁴⁴, stwierdzono, że roszczenia wynikające z wykonywania zatrudnienia skazanego na podstawie skierowania przez dyrektora zakładu karnego nie mają charakteru stosunku cywilnoprawnego, skoro do zaistnienia takiego stosunku niezbędne jest, by podmioty takiego stosunku cechowała wzajemna równorzędność, tu zaś jeden z nich – przedsiębiorstwo zatrudniające skazanego – ma pozycję dominującą. Wynika to z istoty skierowania do pracy jako aktu administracyjnego oraz z niektórych uprawnień zakładu wobec skazanego (np. wnioskowania o wycofanie skazanego z zatrudnienia). Stosunek prawny między skazanym a przedsiębiorstwem, do którego go skierowano, nie jest też stosunkiem pracy, bowiem nie spełnia wymogów dobrovolności nawiązania i akceptowania przez pracownika istotnych składników stosunku (*essentialia negotii*). Skazany nie może się sprzeciwić skierowaniu go do pracy, bo ma obowiązek wykonywania pracy. Praca wykonywana na tej podstawie w przedsiębiorstwie przywięziennym odbywa się w ramach publicznoprawnego stosunku wykonywania kary, a nie w ramach stosunku pracy⁴⁵. Zatrudnienie realizuje cele postępowania karnego (art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności⁴⁶), a podejmowane w nim decyzje podlegają kontroli sądu przewidzianej w art. 7 k.k.w.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2013 r., II PK 192/12⁴⁷, wywieziono, że jednostronne skierowanie do pracy na podstawie art. 121 § 2 k.k.w. oznacza nawiązanie specyficznego stosunku administracyjnopraw-

⁴³ LEX nr 6888.

⁴⁴ „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 10, s. 43.

⁴⁵ T. Liszcz, *Zatrudnienie skazanych...*, s. 85; Z. Hołda, J. Wojcieszczuk, *Praca więźniów – zagadnienia prawne*, „Państwo i Prawo” 1983, nr 3, s. 70; M. Petrikowski, *Status pracowniczy osoby pozbawionej wolności a status pracownika cywilnego*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2002, nr 37, s. 22; wyrok SN z dnia 11 lutego 1970 r., III PRN 106/69, OSNCP 1970, z. 9, poz. 167; wyrok SN z dnia 17 listopada 1995 r., II PRN 9/95, OSNP 1996, nr 12, poz. 171; wyrok z 26 kwietnia 1974 r., I PR 85/74, LEX 14253.

⁴⁶ Dz.U. Nr 123, poz. 777.

⁴⁷ OSNAPiUS 2014, nr 11, poz. 242.

nego między osadzonym a dyrektorem jednostki penitencjarnej. W przypadku zatrudnienia skazanego na podstawie skierowania do pracy brak jest jednak cechy równorzędności. O tym, czy skazany zostanie skierowany do pracy, otrzyma zgodę na zatrudnienie i w jakim charakterze (odpłatnym czy nieodpłatnym) decyduje bowiem w sposób arbitralny dyrektor zakładu karnego/aresztu śledczego, zaś praca skazanego jest niejako „wtopiona” w publicznoprawny stosunek wykonywania kary. Także administracyjnym obowiązkiem dyrektora jest przyznanie skazanemu zwolnienia od pracy (*quasi* urlopu) w przypadku spełnienia przez niego przesłanek z § 19 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 lutego 2004 r. w sprawie szczegółowych zasad zatrudniania skazanych⁴⁸ oraz udzielenie mu ekwiwalentu za niewykorzystany okres zwolnienia w trybie § 26 rozporządzenia. Powyższe prowadzi do wniosku, że roszczenia finansowe skazanego wynikające ze świadczenia przez niego pracy, wykonywanej na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego, nie mogą być postrzegane jako sprawy cywilne w rozumieniu art. 1 k.p.c., co oznacza, że dla roszczeń tego typu zamknięta jest droga procesu cywilnego. Podejmowane przez dyrektora zakładu karnego decyzje w przedmiocie skierowania do pracy, wyrażenia zgody na zatrudnienie, charakteru zatrudnienia (odpłatne albo nieodpłatne), wypłaty wynagrodzenia za okres zwolnienia od pracy (ekwiwalentu za urlop) itp. są decyzjami z zakresu prawa karnego wykonawczego i jako takie podlegają zaskarżeniu przez skazanego do sądu penitencjarnego w trybie przepisu art. 7 k.k.w., a także kontroli sędziego penitencjarnego w trybie przepisu art. 34 § 1 k.k.w. oraz kontroli w trybie przepisu art. 78 § 2 k.k.w.

W wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 lutego 2018 r., I Aca 804/17⁴⁹, zwrócono uwagę na to, że zgodnie z art. 2 § 1 k.p.c. sądy powszechne rozpoznają sprawy cywilne. Niedopuszczalność drogi sądowej zachodzi zatem wówczas, gdy dana sprawa nie jest sprawą cywilną. Definicję terminu „sprawa cywilna” zawiera art. 1 k.p.c. (w ujęciu materialnoprawnym i formalnym). Według kryterium materialnoprawnego sprawami cywilnymi są te sprawy, w których stosunki prawne stron układają się na zasadzie równorzędności podmiotów i ekwiwalentności świadczeń. W tym rozumieniu sprawy cywilne to sprawy z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy. Natomiast wg kryterium formalnego sprawami cywilnymi są te sprawy, które nie ze swej istoty, ale z woli ustawodawcy zostały poddane właściwości sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. W związku z tym w pierwszej kolejności należało ocenić, czy

⁴⁸ Dz.U. Nr 27, poz. 242, ze zm.

⁴⁹ Lex nr 2453711.

sprawa spełnia jedno z kryteriów uznania jej za sprawę cywilną w rozumieniu kodeksu postępowania cywilnego. W tym celu konieczne było ustalenie, na jakiej podstawie powód został zatrudniony przez pozwanego. Sąd Apelacyjny wskazał dalej, że zgodnie z art. 121 § 2 k.k.w. skazanego zatrudnia się na podstawie skierowania do pracy albo umożliwia się skazanemu wykonywanie pracy zarobkowej w ramach umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o dzieło, umowy o pracę nakładczą lub na innej podstawie prawnej. Przepis ten jednoznacznie rozróżnia zatrudnienie skazanych na podstawie administracyjnego aktu skierowania do pracy od zatrudnienia na innych podstawach prawnych. Świadczone przez powoda prace były wykonywane na podstawie skierowania do pracy wydanego przez dyrektora zakładu karnego. W ocenie sądu apelacyjnego zatrudnienie skazanego na podstawie skierowania do pracy wystawionego przez dyrektora aresztu śledczego nie jest niewątpliwie wykonywaniem pracy w ramach stosunku pracy. Skazany nie posiada statusu pracownika w rozumieniu kodeksu pracy. W myśl art. 2 k.p. pracownikiem jest bowiem osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Stosunek pracy powstaje zatem na podstawie zgodnych oświadczeń woli stron. Skazani zaś świadczą pracę w warunkach podporządkowania typu administracyjnego, a nie umownego, jak to ma miejsce w przypadku zatrudnienia pracowników. Praca mająca swe źródło w decyzji dyrektora zakładu karnego niewątpliwie nie jest też realizacją stosunku zobowiązaniowego, a to z uwagi na brak umowy i brak równości stron takiego stosunku (skazany nie może odmówić wykonywania pracy). Praca skazanego w takich przypadkach winna być postrzegana, jako mieszcząca się w ramach stosunku publicznoprawnego, jaki powstaje na skutek orzeczenia kary pozbawienia wolności i trwa przez cały czas jej odbywania, wiążąc skazanego z państwem, reprezentowanym przez administrację zakładu karnego. Odwołano się tu do stanowiska wyrażonego w piśmiennictwie przez Annę Kosut⁵⁰, której zdaniem w razie skierowania do pracy świadczenie pracy nie jest efektem obowiązku przyjętego przez skazanego dobrowolnie, lecz wynika z faktu skierowania przez administrację zakładu karnego. W konsekwencji skazany świadczy pracę nie w ramach zobowiązaniowego stosunku prawnego, lecz w ramach stosunku publicznoprawnego, jaki powstaje na skutek orzeczenia wobec niego kary pozbawienia wolności i który wiąże skazanego przez czas jej odbywania z państwem reprezentowanym przez administrację zakładu karnego.

⁵⁰ A. Kosut, *Zasady zatrudniania osadzonych w świetle nowych uregulowań prawnych*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 1999, nr 24–25, s. 6, 9.

Wnioski, jakie wypływają z orzeczeń, składających się niejako na pewną utrwaloną linię orzeczniczą, są dość oczywiste. Praca świadczona przez skazanego w zakładzie karnym w ramach kary pozbawienia wolności:

- jest pracą jednostronnie naznaczoną (a nie dobrowolnie podporządkowaną) na podstawie jednostronnego aktu, jakim jest skierowanie dyrektora zakładu pracy, nie występuje w tym stosunku równorzędność podmiotów, gdyż dominującą pozycję ma tu dyrektor zakładu pracy (decyduje m.in., czy pracownik zostanie skierowany do pracy, jak długo będzie ową pracą świadczył, czy będzie ona odpłatna czy nieodpłatna);
- jest elementem (częścią) publicznoprawnego stosunku wykonywania kary wiążącego go z państwem reprezentowanym przez administrację zakładu karnego, a powstałego w wyniku wyroku skazującego⁵¹.

Wszystkie te cechy obce są stosunkowi pracy – w rozumieniu art. 22 k.p. – gdyż ten, zgodnie ze stanowiskiem doktryny, jest stosunkiem zobowiązaniowym (zobowiązaniem), a więc stosunkiem cywilnoprawnym, opartym na zasadzie równorzędności podmiotów. W konsekwencji skazany nie jest w takim stosunku pracownikiem, a zakład pracy nie jest pracodawcą.

Problem dopuszczalności drogi sądowej w sprawach, w których skazany (były skazany), pozywając zakład pracy (Skarb Państwa reprezentowany przez dyrektora zakładu karnego), żąda ustalenia stosunku pracy, ewentualnie także wynagrodzenia za pracę

W art. 22 § 1 k.p. ustawodawca wyraził zasadę zatrudnienia w ramach stosunku pracy. Przepis art. 22 § 1¹ k.p., wbrew niekiedy wyrażanym poglądom⁵², nie stwarza jednak domniemania prawnego zawarcia umowy o pracę⁵³. W razie sporu odnośnie do tego, jaka jest podstawa prawna zatrudnienia, pracownikowi przysługuje roszczenie o ustalenie stosunku pracy, którego źródło stanowią przepisy art. 189 i 476 § 1 pkt 1¹ k.p.c. Z roszczeniem o ustalenie istnienia stosunku pracy, jeżeli łączący strony stosunek pracy wbrew zawartej między nimi umowie ma cechy stosunku pracy, może wystąpić każdy, kto ma w tym interes prawny. W sporach o ustalenie stosunku pracy lub prowadzących do rozstrzygnięcia o podleganiu ubezpieczeniu społecznemu z konkretnego tytułu, zakwalifikowaniu umowy o świadczenie usług jako umowy o pracę nie stoi na przeszkodzie ani nazwa umowy określająca ją jako umowę

⁵¹ Zob. też postanowienie SN z dnia 11 lutego 1970 r., III PRN 106/69, OSNCP 1970, nr 9, poz. 167; uchwała SN z dnia 30 marca 1979 r., III PZP 1/79, OSNCP 1979, nr 9, poz. 166.

⁵² Zob. np. M. Barzycka-Banaszczyk, *Prawo pracy*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 53.

⁵³ Zob. wyrok SN z dnia 23 września 1998 r., II UKN 229/98, OSNAPiUS 1999, nr 1, poz. 627; z dnia 29 czerwca 2010 r., I PK 44/10, OSNAPiUS 2011, nr 23-24, poz. 294.

cywilnoprawną (np. umowę zlecenia), ani postanowienia umowy wskazujące na charakter stosunku cywilnoprawnego. Liczy się bowiem sposób wykonywania umowy, a w szczególności realizowanie przez strony – nawet wbrew postanowieniom zawartej umowy – tych cech, które charakteryzują umowę o pracę i odróżniają ją od innych umów o świadczenie usług⁵⁴. Roszczenie o ustalenie istnienia stosunku pracy może być rozpoznane tylko przez sąd pracy i tylko ten sąd może, uznając jego niezasadność, wydać orzeczenie oddalające powództwo, nawet gdy przesłanką takiego rozstrzygnięcia jest uznanie cywilnoprawnego charakteru stosunku łączącego powoda z pozwanym lub uznanie, że stosunek ten ma charakter administracyjnoprawny⁵⁵. Relevantne jest bowiem w tym kontekście to, że powód opierał swoje roszczenia na zdarzeniach prawnych mogących wywoływać konsekwencje cywilnoprawne. Droga sądowa jest wówczas dopuszczalna, choćby powoływane zdarzenia były fikcyjne lub w rzeczywistości nie rodziły skutków cywilnoprawnych.

Droga sądowa jest niedopuszczalna w rozumieniu art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c., jeżeli sprawa poddana sądowi pod rozstrzygnięcie nie ma charakteru sprawy cywilnej w znaczeniu materialnym ani formalnym. Sprawa cywilna w znaczeniu materialnym to sprawa ze stosunku prawa cywilnego, prawa rodzinnego i prawa pracy. Cechą charakterystyczną takiej sprawy jest równorzędność podmiotów stosunku prawnego. Sprawa cywilna w znaczeniu materialnym może zostać wyjątkowo wyłączona spod kompetencji sądów powszechnych i przekazana do kompetencji innego organu na mocy przepisu szczególnego. Wtedy w tym zakresie droga sądowa będzie niedopuszczalna. Z kolei sprawa cywilna w znaczeniu formalnym to sprawa niebędąca sprawą cywilną w znaczeniu materialnym, poddana jednak pod rozstrzygnięcie sądowi powszechnemu w postępowaniu cywilnym mocą przepisu szczególnego. Na ogół chodzi o sprawę administracyjną. Jako przykład podaje się sprawy z zakresu ubezpieczeń społecznych (art. 477⁸ k.p.c.) albo z odwołań od decyzji, o których mowa w art. 479²⁸, 479⁴⁶, 479⁵⁷, 479⁶⁸ i 479⁷⁹ k.p.c. Cechą charakterystyczną sprawy administracyjnej jest to, że jeden podmiot stosunku prawnego ma uprawnienia władcze wobec drugiego podmiotu tego stosunku⁵⁶.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego z ostatnich lat dominuje szerokie rozumienie pojęcia sprawy cywilnej, wyznaczające granice dopuszczalności

⁵⁴ Zob. wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2000 r., I PKN 594/99, OSNAPiUS 2001, nr 21, poz. 637; W. Cajselski, *Glosa do wyroku SN z dnia 17 lutego 1998 r., I PKN 532/97*, „Monitor Prawa Pracy” 2000, nr 1, s. 34.

⁵⁵ Zob. wyrok SN z 15 listopada 2006 r., I PK 98/06, OSNAPiUS 2007, nr 21–22, poz. 309.

⁵⁶ Zob. I. Kunicki, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I A: *Komentarz. Art. 1-424¹²*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2020, komentarz do art. 199 k.p.c., Nb 21-24.

drogi sądowej. Warto tu przywołać kilka judykatów⁵⁷. W postanowieniu z dnia 22 kwietnia 1998 r., I CKN 1000/97⁵⁸, uznano, że „droga sądowa jest dopuszczalna, jeżeli powód opiera swoje roszczenia na zdarzeniach prawnych, które mogą stanowić źródło stosunków cywilnoprawnych”. W postanowieniu z dnia 10 marca 1999 r., II CKN 340/98⁵⁹, Sąd Najwyższy wskazał, że: „Dopuszczalność drogi sądowej zależy od okoliczności faktycznych przytoczonych przez powoda jako podstawa roszczenia, nie jest natomiast warunkowana wykazaniem istnienia tego roszczenia; nie jest także uzależniona od zarzutów pozwanego ani zastosowanego przez niego sposobu obrony”. W uchwale z dnia 8 stycznia 1992 r., III CZP 138/91⁶⁰ i postanowieniu z dnia 19 marca 1999 r., II CKN 984/98⁶¹ stwierdzono, że ocena danej sprawy na tle art. 1 k.p.c. zależy przede wszystkim od przedmiotu procesu oraz wskazanego przez stronę powodową stanu faktycznego. Te elementy bowiem konkretyzują stosunek prawny zachodzący między stronami, kształtują charakter sprawy i nadają jej lub odejmują przymiot sprawy cywilnej.

W orzecznictwie tym przyjmuje się ponadto dość zgodnie, że o samej dopuszczalności wszczęcia i przeprowadzenia postępowania cywilnego nie decyduje ustalenie, że pomiędzy stronami rzeczywiście istnieje stosunek prawny, z którego mogą wynikać ich sporne prawa bądź obowiązki, lecz samo twierdzenie osoby inicjującej postępowanie przed sądem, że tak jest, a więc jego twierdzenia o istnieniu stosunku prawnego z zakresu objętego pojęciem sprawy cywilnej w rozumieniu art. 1 i art. 2 § 1 i 3 k.p.c.⁶² We wstępnej fazie procesu badania dopuszczalności drogi sądowej sąd nie bada prawa podmiotowego, o którego istnieniu zapewnia powód, ani tego, czy ono rzeczywiście istnieje i czy przysługuje powodowi, bowiem przedmiotem procesu jest roszczenie procesowe, a więc hipotetyczne roszczenie

⁵⁷ Podaję w części za: E. Maniewska, *Dopuszczalność drogi sądowej w sprawie o ustalenie istnienia stosunku pracy i zasądzenie wynagrodzenia za pracę z tego stosunku z powództwa skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności przeciwko Skarbowi Państwa – dyrektorowi zakładu karnego (Analiza do sprawy III PZP 3/20)*, http://www.sn.pl/orzecznictwo/Biuletyn_IPiUS_SN/Biuletyn%209.20.pdf [dostęp: 12.12.2020].

⁵⁸ OSNC 1999, nr 1, poz. 6. Zob. też np. post. SN z dnia 24 czerwca 2010 r., IV CSK 554/09, OSNC 2011, nr 2, poz. 29 i powołane tam orzecznictwo.

⁵⁹ OSNC 1999, nr 9, poz. 161

⁶⁰ OSNCP 1992, nr 7–8, poz. 128.

⁶¹ OSNC 1999, nr 10, poz. 180.

⁶² Zob. postanowienie z dnia 22 kwietnia 1998 r., I CKN 1000/97, OSNC 1999, nr 1, poz. 6; postanowienie z dnia 10 marca 1999 r., II CKN 340/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 161; postanowienie z dnia 22 sierpnia 2000 r., IV CKN 1188/00, OSNC 2001, nr 1, poz. 20; postanowienie z dnia 3 października 2000 r., I CKN 852/00, LEX nr 205431; postanowienie z dnia 24 czerwca 2010 r., V CSK 554/09; wyrok z 11 maja 2012 r., II CSK 471/11, LEX nr 1212805; postanowienie z dnia 6 maja 2003 r., V CK 435/02, LEX nr 303667; wyrok z dnia 30 stycznia 2013 r., V CSK 101/12, LEX nr 1311853.

materialnoprawne, określone przez powoda. Jeżeli roszczenie to dotyczy stosunków cywilnoprawnych i sformułowane zostało na podstawie przepisów prawa cywilnego, to nawet jeżeli już na pierwszy rzut oka widać, że uwzględnienie żądania nie jest możliwe, gdyż nie istnieje odpowiednia norma prawa materialnego, należy przyjąć, że jest to sprawa cywilna, w której droga sądowa jest dopuszczalna, o ile przepisy szczególne nie przekazały jej rozpoznania innym organom. Dotyczy to też sytuacji, gdy chodzi o sprawę w rozumieniu art. 45 ust. 1 w zw. z art. 177 i art. 77 ust. 2 Konstytucji, a nie występuje żaden stosunek cywilnoprawny, pozwalający na powstanie roszczenia cywilnoprawnego, natomiast żądanie zostało sformułowane w sposób odpowiadający przepisom prawa procesowego.

Również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 10 lipca 2000 r., SK 12/99⁶³, wywiódł, że o dopuszczalności drogi sądowej sąd musi decydować, kierując się jedynie treścią pozwu i powołanymi w nim przepisami, a nie oceną zasadności żądania. Dopuszczalność drogi sądowej nie zależy bowiem ani od wykazania istnienia roszczenia, ani też od stosunku prawnego między stronami. Za takim ujęciem, uzasadnianym dotąd argumentami natury prawno-procesowej, przemawia dodatkowo treść art. 177 Konstytucji RP, zgodnie z którym sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów. „Sprawa cywilna” to abstrakcyjny stosunek prawny z zakresu prawa cywilnego i dopiero proces ma na celu wiążące ustalenie istnienia albo nieistnienia konkretnego stosunku cywilnoprawnego między powodem a pozwanym, zatem każdy może wytoczyć powództwo, jakie uzna za słuszne, i sąd powszechny powinien je rozpoznać⁶⁴. Następnym ustalenia nieistnienia konkretnego stosunku prawnego z zakresu prawa cywilnego będzie oddalenie powództwa. Okoliczność zatem, że zgłoszone w pozwie roszczenie, będące przedmiotem procesu (tzw. roszczenie procesowe), powodowi nie przysługuje albo że z innych powodów jest ono bezzasadne, nie oznacza występowania ujemnej przesłanki procesowej w postaci niedopuszczalności drogi sądowej, ale bezzasadność powództwa, co winno znaleźć swój wyraz w wyroku kończącym postępowanie.

Zatem jeśli powód w pozwie żąda ustalenia istnienia stosunku pracy i zapłaty wynikającego z tego stosunku wynagrodzenia za pracę, to nie ulega wątpliwości, że sprawa zainicjowana tak sformułowanym żądaniem jest sprawą cywilną w rozumieniu art. 1 k.p.c., a nadto jest sprawą z zakresu prawa

⁶³ OTK 2000, nr 5, poz.143.

⁶⁴ Zob. postanowienia SN z dnia 5 stycznia 2001 r., I CKN 1127/00, LEX nr 52462 i z dnia 20 czerwca 2012 r., I CSK 558/11, LEX nr 123222.

pracy – art. 476 § 1 k.p.c., do rozpoznania której właściwy jest sąd pracy. W żadnym wypadku nie można dlatego odrzucić pozwu o takiej treści z powołaniem się na niedopuszczalność drogi sądowej. Oczywiście, jeśli sąd ustali, że praca wykonywana przez skazanego miała swe źródło w skierowaniu dyrektora zakładu karnego, a tym samym, że nie może być tu mowy o istnieniu (umownego) stosunku pracy, dojdzie do oddalenia powództwa. Będzie to jednak problem oceny zasadności powództwa, a nie dopuszczalności złożenia pozwu.

Nie byłaby już natomiast sprawą cywilną w rozumieniu art. 1 k.p.c., a nadto sprawą z zakresu prawa pracy – art. 476 § 1 k.p.c., do rozpoznania której właściwy byłby sąd pracy, sprawa, w której powód wywodziłby swoje prawo z administracyjnego (publicznoprawnego) stosunku prawnego, z jakim mamy do czynienia wtedy, gdy na podstawie skierowania dyrektora zakładu pracy świadczy on pracę jednostronnie mu nakazaną. Żaden przepis kodeksu postępowania cywilnego nie pozwala na uznanie takiej sprawy za cywilną. Nie jest to sprawa cywilna w znaczeniu materialnym ani formalnym. Nie jest to zwłaszcza sprawa ze stosunków regulowanych prawem pracy. Brak też *prima facie* podstaw do uznania, że sprawy tego rodzaju, chociaż nie mające charakteru cywilnego, poddane zostały rozpoznaniu w postępowaniu cywilnym na mocy przepisów szczególnych (art. 1 *in fine* k.p.c.). W takim przypadku powód nie opiera swojego roszczenia na zdarzeniach prawnych, z których wynikać mogą dla niego skutki cywilnoprawne, a co wskazywałoby na dopuszczalność drogi sądowej.

Zgodnie z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. W tym przepisie zostało więc wyrażone pojęcie drogi sądowej w znaczeniu konstytucyjnym. Oczywiście nie oznacza to, że każda sprawa ma zostać rozstrzygnięta przez sąd powszechny, gdyż właściwym do rozpoznania konkretnej sprawy może być inny sąd (przede wszystkim sąd administracyjny). Ponieważ jednak z art. 177 Konstytucji RP wynika domniemanie właściwości sądów powszechnych, to jeżeli sprawa ani w ujęciu materialnym, ani formalnym nie jest sprawą cywilną, wówczas wobec braku zastrzeżenia ustawowego do jej rozpoznania przez sąd administracyjny podlega ona rozpoznaniu przez sądy powszechne⁶⁵.

⁶⁵ Zob. np. postanowienie SN z dnia 11 kwietnia 2008 r., II CSK 646/07, LEX nr 627208. Uznano w nim, że może się zdarzyć, że sprawa przedstawiona do rozstrzygnięcia przez sąd powszechny nie jest sprawą cywilną ani w ujęciu materialnym, ani formalnym, ani też nie jest sprawą toczącą się według przepisów kodeksu postępowania karnego, ale jednocześnie ustawa nie zastrzega dla jej rozpoznania właściwości sądu administracyjnego; wówczas, zgodnie z art. 177 Konstytucji RP, sprawę tę – mimo niedostatków unormowań prawnoprocesowych – rozpoznaje sąd powszechny w postępowaniu cywilnym. W takiej sprawie – „niecywilnej” z natury lub z woli ustawodawcy, ale nie będącej także sprawą karną – poszczególne

W związku z tym w orzecznictwie przyjmuje się, że sąd powszechny – odrzucając pozew z powodu niedopuszczalności drogi sądowej – nie może poprzestać na stwierdzeniu, że sprawa przedstawiona do rozstrzygnięcia nie jest sprawą cywilną w rozumieniu art. 1 k.p.c., lecz zobowiązany jest także wskazać sąd, dla którego właściwości rozpoznanie tej sprawy zostało ustawowo zastrzeżone (art. 45 ust. 1 i art. 177 Konstytucji RP)⁶⁶. Jak zauważył jednak Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 sierpnia 2000 r., IV CKN 1188/00, nie należą do drogi sądowej przed sądem cywilnym sprawy wynikłe na tle stosunków prawnych regulowanych normami prawa publicznego, w ramach których zachodzi nierównorzędność pomiędzy podmiotami tych stosunków⁶⁷. Taka nierównorzędność występuje niewątpliwie w relacji: dyrektor kierującego skazanego do pracy – skazany wykonujący pracę na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego. Potwierdza to także orzecznictwo Sądu Najwyższego, niezaliczające do kategorii spraw cywilnych w rozumieniu art. 1 k.p.c. spraw o wynagrodzenie za pracę więźnia wykonywaną w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności.

W sprawie III PZP 3/20, w której Sąd Najwyższy odmówił odpowiedzi na przedstawione mu zagadnienie prawne, powód nie wskazywał w pozwie, że świadczył pracę w zakładzie karnym na podstawie skierowania do pracy; natomiast wyraźnie domagał się w nim ustalenia istnienia stosunku pracy. Z treści pozwu wynikało wprost, że żąda wypłaty wynagrodzenia w związku ze świadczeniem pracy w ramach stosunku pracy, a nie w związku z pracą na podstawie wskazanego wyżej skierowania. Nie zachodziła zatem potrzeba podjęcia uchwały w trybie art. 390 k.p.c. Sąd odwoławczy nie miał bowiem racji, uznając, że: „Istota sporu między stronami sprowadza się do ustalenia, w jakim trybie skazani mogą dochodzić roszczeń majątkowych wynikających z wykonywania zatrudnienia na podstawie skierowania do pracy w czasie odbywania kary pozbawienia wolności”.

Konkluzja

W świetle przedstawionych wyżej wywodów uprawniona jawi się konstatacja, że praca świadczona przez skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności, którą wykonuje on na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego,

instytucje procesu cywilnego są, w zależności od przedmiotu i charakteru żądania oraz konfiguracji podmiotowej, stosowane wprost, inne odpowiednio, a jeszcze inne przy wykorzystaniu analogii.

⁶⁶ Zob. np. wyrok SN z dnia 17 grudnia 1997 r., I CKN 370/97, OSNC 1998, nr 7–8, poz. 116; postanowienia SN: z dnia 21 maja 2002 r., III CK 53/02, OSNC 2003, nr 2, poz. 31 i z dnia 30 stycznia 2013 r., V CSK 101/12, LEX nr 1311853.

⁶⁷ OSNC 2001, nr 1, poz. 20.

nie jest pracą dobrowolnie podporządkowaną w rozumieniu art. 22 k.p. Jest to praca jednostronnie nakazana. W takim przypadku stosunku prawnego łączącego skazanego i zakład karny reprezentowany przez dyrektora nie można zakwalifikować jako stosunku pracy.

Innym problemem jest natomiast dopuszczalność dochodzenia roszczeń przez skazanego związanych ze świadczeniem pracy w ramach wykonywania kary pozbawienia wolności. Jeśli w pozwie utrzymuje on, że łączył go z zakładem karnym stosunek pracy i na tej podstawie dochodzi określonych roszczeń, np. wynagrodzenia za pracę, to brak jest podstaw do przyjęcia, że pozew podlega odrzuceniu z uwagi na niedopuszczalność drogi sądowej. Sprawa taka jest sprawą cywilną (art. 1 k.p.c.). Czym innym jest bowiem kwestia istnienia przesłanek do odrzucenia pozwu, a czym innym kwestia merytorycznej oceny żądania zgłoszonego w pozwie. Powództwo o ustalenie istnienia stosunku pracy jest dopuszczalne i właściwy do jego ustalenia jest sąd pracy.

Jeśli natomiast powód w pozwie przeciwko zakładowi karnemu dochodziłby wynagrodzenia za pracę świadczoną w ramach skierowania do pracy na podstawie art. 121 k.k.w., pozew podlegałby odrzuceniu. Sprawa, w której powód dochodzi prawa z takiego stosunku, nie jest sprawą cywilną (art. 1 k.p.c.). Chodzi tu jednak o sytuację, gdy powód w pozwie nie twierdzi, że łączył go z pozwanym zakładem karnym stosunek pracy. Właściwa jest tu bowiem inna droga prawna określona w kodeksie karnym wykonawczym. Decyzje dyrektora zakładu karnego podejmowane wobec skazanego w związku ze skierowaniem go do pracy (art. 121 k.k.w.) wydawane są na podstawie przepisów kodeksu karnego wykonawczego oraz przepisów wykonawczych do niego i podlegają zaskarżeniu przez skazanego do sądu penitencjarnego w trybie przepisu art. 7 k.k.w., a także kontroli sędziego penitencjarnego w trybie przepisu art. 34 § 1 k.k.w. oraz kontroli w trybie przepisu art. 78 § 2 k.k.w.

Droga sądowa byłaby także niedopuszczalna, gdyby powód dochodził ustalenia administracyjnoprawnego (publicznoprawnego) stosunku prawnego łączącego go z zakładem karnym w ramach odbywania kary pozbawienia wolności, na podstawie którego świadczył pracę. Przedmiotem ustalenia w drodze powództwa przewidzianego w art. 189 k.p.c. mogą być prawa i stosunki prawne, dla ustalenia których właściwa jest droga procesu cywilnego, na co trafnie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 listopada 1971 r., I PR 344/71⁶⁸. Można zatem żądać ustalenia istnienia albo nieistnienia stosunku prawnego lub prawa o charakterze cywilnoprawnym. A zatem już nie o charakterze administracyjnoprawnym.

⁶⁸ OSNCP 1972, nr 2, poz. 89.

Bibliografia

- Barzycka-Banaszczyk M., *Prawo pracy*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Cajsel W., *Glosa do wyroku SN z dnia 17.02.1998 r., I PKN 532/97*, „Monitor Prawa Pracy” 2000, nr 1.
- Florek L., *Prawo pracy*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Gozdowski A., *Wybrane aspekty zatrudnienia skazanych*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2000, nr 27.
- Hołda Z., Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Lex/Arche, Warszawa 2008.
- Hołda Z., Wojcieszczuk J., *Praca więźniów – zagadnienia prawne*, „Państwo i Prawo” 1983, nr 3.
- Kalisz T., *Podstawy prawne świadczenia pracy przez osoby pozbawione wolności*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2003, nr 13.
- Kodeks postępowania cywilnego*, t. I A: *Komentarz. Art. 1-424¹²*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2020.
- Kodeks pracy. Komentarz*, red. A. Sobczyk, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Kosut A., *Zasady zatrudniania osadzonych w świetle nowych uregulowań prawnych*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 1999, nr 24–25.
- Lelental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Liszczyński T., *Zatrudnienie skazanych odbywających karę pozbawienia wolności (Podstawowe zagadnienia prawne)*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 2.
- Liszczyński T., *Prawo pracy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Maniewska E., *Dopuszczalność drogi sądowej w sprawie o ustalenie istnienia stosunku pracy i zasądzenie wynagrodzenia za pracę z tego stosunku z powództwa skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności przeciwko Skarbowi Państwa – dyrektorowi zakładu karnego (Analiza do sprawy III PZP 3/20)*, http://www.sn.pl/orzecznictwo/Biuletyn_IPiUS_SN/Biuletyn%209.20.pdf [dostęp: 12.12.2020].
- Petrikowski M., *Status pracowniczy osoby pozbawionej wolności a status pracownika cywilnego*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2002, nr 37.
- Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Prawo pracy*, red. J. Stelina, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Rafacz-Krzyżanowska M., *Niektóre aspekty prawa pracy wobec skazanych zatrudnionych w ośrodku przystosowania społecznego*, [w:] *Praca skazanych odbywających karę pozbawienia wolności*, red. T. Bojarski, Z. Hołda, J. Baranowski, WN UMCS, Lublin 1985.
- Salwa Z., *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, PWN, Warszawa 1996.
- Salwa Z., Szubert W., Świącicki M., *Podstawowe problemy prawa pracy*, PWN, Warszawa 1957.
- Sanetra W., *Uwagi w kwestii zakresu podmiotowego kodeksu pracy*, [w:] *Prawo pracy w wyzwaniach XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, red. M. Matej-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich – Agencja Master, Warszawa–Łódź 2002.
- Stanowska O., *Zatrudnienie skazanych pozbawionych wolności na podstawie skierowania do pracy*, „Roczniki Administracji i Prawa”, R. XIV, Sosnowiec 2014.
- Świątkowski A.M., *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016.

Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz, red. B. Gudowska, J. Strusińska-Żukowska, C.H. Beck, Warszawa 2014.

Wolak G., *Pracodawca jako strona stosunku pracy – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2018, nr 3.

Abstract

On the Issues of Work Provided by a Convict Serving a Sentence of Imprisonment on the Basis of a Job Placement by the Director of a Penitentiary Institution. Considerations on the Basis of the Legal Issue in the Case III PZP 3/20

The article discusses in general the issues of the legal regime of work provided by a convict serving a sentence of imprisonment on the basis of a job placement by the director of a penitentiary institution. The basis for considerations is the legal issue referred to the Supreme Court in the case III PZP 3/20 with the following wording: “Is a claim to establish the existence of an employment relationship and remuneration asserted by a convict sent to work while serving the sentence of imprisonment should be considered as ‘a civil matter’ within the meaning of art.1 of the Civil Code and be subject of verification by means of a civil action (art.2 §1 of the Civil Code)”. The Supreme Court refused to pass a resolution on the matter. However, this does not exempt from making an attempt to clarify whether the provision of work by the convict on the basis of a job placement by the director of a penitentiary institution takes place under an employment relationship in the meaning of art.22 of the Labour Code and whether legal action is permitted (art.199 §1(1) of the Civil Code) for assertion of claims by a convict against a penitentiary institution arising from the fact of providing such work, and therefore, whether the case for such a claim is a civil matter within the meaning of art.1 of the Civil Code.

Key words: job placement, convict serving a sentence of imprisonment, decision, director of a penitentiary institution, employing entity

Streszczenie

Z problematyki pracy świadczonej przez skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego. Rozważania na kanwie zagadnienia prawnego w sprawie III PZP 3/20

W artykule omówiona została ogólnie problematyka reżimu prawnego pracy świadczonej przez skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego. Kanwą rozważań jest zagadnienie prawne skierowane do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu w sprawie III PZP 3/20, które brzmiało następująco: „Czy roszczenie o ustalenie istnienia stosunku pracy i wynagrodzenie dochodzone

przez skazanego skierowanego do pracy w czasie odbywania kary pozbawienia wolności powinny zostać uznane za »sprawę cywilną« w rozumieniu art. 1 k.p.c. i podlegać weryfikacji w drodze powództwa cywilnego (art. 2 § 1 k.p.c.)». Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały w tej sprawie. Nie zwalnia to jednak od podjęcia próby wyjaśnienia, czy świadczenie pracy przez skazanego na podstawie skierowania dyrektora zakładu karnego odbywa się w ramach stosunku pracy w rozumieniu art. 22 k.p. oraz czy dopuszczalna jest droga sądowa (art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c.) dla dochodzenia przez skazanego roszczeń od zakładu karnego wynikających z faktu wykonywania takiej właśnie pracy, a zatem czy sprawa o takie roszczenie jest sprawą cywilną w rozumieniu art. 1 k.p.c.

Słowa kluczowe: skierowanie do pracy, skazany pozbawiony wolności, decyzja, dyrektor zakładu karnego, podmiot zatrudniający

Marius Andreescu

PhD, University of Pitești, Romania

ORCID: 0000-0001-7424-0160

andreescu_marius@yahoo.com

Andra Puran

PhD, University of Pitești, Romania

ORCID: 0000-0002-8773-1548

andradascalu@yahoo.com

Some considerations on the principles of law

General considerations about principles in science and philosophy

In philosophy and, in general, in science, the principle has a theoretical and explanatory value because it is meant to synthesize and express the bases and unity of human existence, of existence in general and of knowledge in their diversity of manifestation. The discovery and affirmation of principles in any science gives certainty to knowledge, both by expressing the *prime element*, which exists by itself, without needing to be deduced or demonstrated, and by achieving system cohesion, without which knowledge and scientific creation would not exist.

The principle has multiple significations in philosophy and science, but for our scientific approach, we retain that of: “fundamental element, idea, basic law on which it is established a scientific theory, a political or legal system, a norm of conduct or the totality of the laws and basic notions of a discipline”¹. The common place of the meanings of the term of principle is represented by the *essence*, an important category for philosophy, as well as for the law.

¹ *Dicționar explicativ al limbii române*, Socialist Republic of Romania Publ.-house, Bucharest 1975, p.744.

The principle represents *the given as such*, which can have a double meaning: a) that of what exists before any knowledge as aprioristic feature and ground for science; b) theoretical and resulting element of synthesis of phenomenal diversity for reality of any kind. The distinction, but also the relation between “given” and “built” are important to understand the nature of the principles in science and especially in law. In his paper *Science et technique en droit positif*, published in the beginning of the 20th century, Francois Geny² analyses for the first time the relation between science and legal technique starting from two concepts: “the given” and “the built”. According to Geny, a thing is “given” when it exists as an object outside of man’s productive activity. In this meaning, the author distinguishes four categories: the real given; the historical given; the rational given and the ideal given. From the perspective of our research subject we are interested only in two categories, namely “the rational given” which consists of those principles which result from the consideration to be given to man and human relations and “the ideal given” through which a dynamic element is established, respectively the moral and spiritual aspirations of a particular civilization.

A thing is “built” when it is created by man, as for instance a reasoning, a legal norm etc. “The given” is relative in the meaning that it is influenced by “the built”, by the human activity. Regarding “the given”, the man’s attitude consists in knowing it with the help of science. Concerning “the built”, the man is by hypothesis the builder, he can make art or technique in this sense. The area of the built expands over the social and political order as well. The question is whether the law is “given”, an object of science, in other words of ascertainment and registration, or is it “constructed”, a technical work? From a historical perspective, the law is “given”, object of science, as it appears the old law, the national or international contemporary law. However, the elaboration of positive law presupposes “a construction” and in this sense the legal rules are the work of technology.

This distinction has been noted in the legal literature, according to which science investigates the social climate that requires a certain legal norm, and the technique aims at the ways in which the legislator transposes into practice, “builds” the legal rules. It was also underlined the relativity of this distinction, taking into consideration that the legal technique also implies a creation, a scientific activity³. Therefore, the principles represent “the given” as ideal or ground for science and “the built” for the situation

² Ion Craiovan in the monography *Introducere in filosofia dreptului*, All Beck, Bucharest 1998, p. 63.

³ J. Dabin, *Théorie générale du Droit*, Bruylant, Bruxelles 1953, p. 118–159.

in which are drafted or transposed in a human construction, including by legal norms.

A good systematization of the notion of principle's meanings is made by a monography⁴: “a) the founding principle of a realm of existence; b) which would be hidden from direct knowledge and requires logical-epistemological processing; c) logic concept which would allow the recognition of the particular phenomenon”. This systematization, applied on the law means that “a) the debate regarding the essence of the law; b) if and how we would recognize the essence; c) the operativity of the settlement in the phenomenality of the law, corelated or not with the essence”⁵.

The need of the spirit to climb up to the principles is natural and incredibly persistent. Any scientific construction or normative system must relate to principles that will guarantee or establish them. This regressive movement towards the unconditional, towards what it is absolutely prime is for example the movement followed by Plato in the 7th book of its *Republic*⁶, when he puts the existence of “Good” as prime and non-hypothetical principle. In the same meaning, another great thinker⁷ talks about “the first principles” or the eternal principles of the unprovable “Being”, the basis of any knowledge and of any existing, beyond which lies only ignorance.

The question is to know if what seems necessary, in the logical virtue of knowledge is also necessary in the ontological order of existence. In the “Critique of Pure Reason”⁸, Kant will show that such passing, from logic to existence (the ontological argument) is not legitimate. If the unconditional, as a principle, is necessarily put by our reason, this cannot and must not lead us to the conclusion that this unconditional exists outside it and independent of any reality. Therefore, the principles, since they aim at existence in all its domains, cannot and must not be immutable, but are the result of becoming. They are a “given”, but only as a result of existential dialectics or as a reflection of becoming in the phenomenal and of essence world.

The principles and norms of law

The law, because it presupposes the particularly complex relationship between essence and phenomena, as well as a dialectic specific to each of the

⁴ G.C. Mihai, R.I. Motica, *Fundamentele dreptului. Teoria și filozofia dreptului*, All Beck, Bucharest 1997, p. 19.

⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁶ Plato, *Opere*, vol. 5, Scientific and Encyclopedic, Bucharest 1982, p. 401–402.

⁷ Aristotle, *Metafizica*, Book 1, IRI, Bucharest 1996, nr. 9–69.

⁸ I. Kant, *Critica rațiunii pure*, IRI, Bucharest 1994, p. 270–273.

two categories in terms of theoretical, normative and social reality, cannot be outside the principles.

The issue of the statute of the legal principles and their explanation has always preoccupied the theoreticians. The school of the natural law has argued that the source, origin, thus the ground for all legal principles is the human nature. The historical school of law, under the influence of Kantianism, opens a new perspective in the research of the genesis of the legal principles, by presenting them as products of the popular spirit (*Volkgeist*) which shifts the legal ground from the universe of pure reason to the confluence of historical origins dissipated in a multitude of transient forms. The variants of the positivist school claim that the principles of law are generalizations induced by social experience. When generalization covers a sufficiently large number of social facts we are in the presence of principles. There are also authors such as Rudolf Stammler who deny the validity of any legal principle, considering the content of the law diversified in space and time, lacking universality. In the author's conception, law would be a cultural category⁹.

By referring to the same issue, Mircea Djuvara stated that "All the science of law does not consist in reality, for a serious and methodical research, except in deriving from the multitude of the provisions of the law their essential, that is, precisely these ultimate principles of justice from which all other provisions derive. In this way the whole legislation becomes very clear and catches what is called the legal spirit. Only in this way is the scientific elaboration of a law done"¹⁰. In our opinion, this is the starting point for the understanding of the principles of law.

In the legal literature, there is no unanimous opinion regarding the definition and significations of the principles of law¹¹. There can be identified a series of common elements that we underline up next:

- The legal principles are general ideas, guiding postulates, fundamental prescriptions or foundations of the legal system. They characterize the whole system of law, while constituting specific features of a type of law;

⁹ R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, University of Chicago Press, Chicago 1989, p. 24–25.

¹⁰ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, All Beck, Bucharest 1999, p. 265.

¹¹ I. Ceterchi, I. Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, All Beck, Bucharest 1993, p. 30; G. Boboș, *Teoria generală a statului și dreptului*, Didactic and Pedagogical, Bucharest 1983, p. 186; N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Actami, Bucharest 1999, p. 112–114; I. Craiovan, *Tratat elementar de teorie generală a dreptului*, All Beck, Bucharest 2001, p. 209; R. Motica, G. Mihai, *Teoria generală a dreptului*, Alma Mater, Timișoara 1999, p.75.

- The general principles of law configure the structure and development of the system of law, insuring its unity, homogeneity, balance, coherence and the capacity of its development;
- The authors distinguish between the fundamental principles of law, which characterize the entire system of law and which reflect what it is essential for that particular type of law and principles valid for certain branches of law or legal institutions.

Thus, in the doctrine the following general principles of the law have been identified and analyzed: 1) insuring the legal basis for the functioning of the state; 2) the principle of freedom and equality; 3) the principle of responsibility; 4) the principle of equity and justice¹². The same author considers that the general principles of the law have a theoretical and practical importance consisting in: a) the principles of law outline the guideline for the legal system and guide the activity of the legislator; b) these principles are important also for the administration of justice because “the man of law shall have to ascertain not only the positivity of the law, he must explain the reason of his social existence, the social support of the law, its connection with the social values”; c) the general principles of law may replace the norms of regulation when the judge, in the absence of the law, solves the case based on the general principles of law¹³.

One of the main problems of the legal doctrine is represented by the relation between the principles of law, the norms of law and social values. The expressed opinions are not unitary, they differ depending on the legal conception. The school of the natural law, rationalists, the Kantian and Hegelian philosophies of the law admit the existence of certain principles outside the positive norms and superior to them. The principles of law are based on human reason and value the entire legal order. In contrast, the positivist school of law, the Kelsian normativism considers that principles are expressed by the rules of law and consequently there are no principles of law outside the system of legal norms.

Eugeniu Speranția established a correspondence between the law and its principles: “If the law appears as a total of mandatory social norms, the unity of this totality is due to the consistency of all norms towards a minimum number of fundamental principles, themselves presenting a maximum of logical affinity between them”¹⁴.

¹² N. Popa, *op. cit.*, p. 120–130.

¹³ *Ibidem*, p. 119.

¹⁴ *Ibidem*, p. 114.

About this issue, the Romanian specialized literature has expressed the idea that the principles of law are fundamental prescriptions of all legal norms¹⁵. In another opinion, it is considered that the principles of law guide the elaboration and application of legal norms, they have the force of superior norms, found in the texts of normative acts, but can also be deduced from the “permanent social values” when not expressly formulated by the rules of positive law¹⁶.

We consider that the general principles of law are separated by the positive norms of law, but indisputably there is a relation between the two values. For instance, equality and freedom or equity and justice are fundamental values of social life. They must find their social expression. In this way the legal concepts that express these values appear, concepts that become foundations (principles) of law. Legal norms then derive from these principles. Unlike norms, the general principles of law have explanatory value because they contain the grounds for the existence and evolution of law. Legal norms then derive from these principles. Unlike norms, the general principles of law have explanatory value because they contain the grounds for the existence and evolution of law¹⁷.

Together with other authors¹⁸ we consider that the legal norms relate to the principles of law in two ways: the norms contain and describe most of their principles; the functioning of the principles is then achieved by the practical application of the conduct prescribed by the norms. In relation to the principles, the legal norms have an explanatory, a teleological value more restricted, the purpose of the norms being that of preserving the social values, not explaining the causal reason of their existence. The principles of law are the expression of the values promoted and protected by the law. One could even say that the most general principles of the law coincide with the social values promoted by the law.

For a correct understanding of the issue of the values of law and their expression through the principles of the law brief clarifications are necessary in the context of our scientific research. Different currents and legal schools, from antiquity to present days, have tried to explain and to fundament the regulations and legal institutions through certain general concepts appreciated as special values for society. Indeed, by its nature, law implies an

¹⁵ E. Speranția, *Principii fundamentale de filozofie juridică*, Cluj, Ardealul 1936, p. 8; N. Popa, *op. cit.*, p. 114.

¹⁶ I. Ceterchi, I. Craiovan, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷ N. Popa, *op. cit.*, p. 116–117.

¹⁸ *Ibidem*; R.I. Motica, G.C. Mihai, *Teoria generală a dreptului. Curs universitar*, Alma Mater, Timișoara 1999, p. 78.

appreciation, a valorization of human conduct according to certain values, representing the finality of the legal order such as: justice, common good, freedom etc.¹⁹ On the contrary, they have a broader moral, political, social, philosophical dimension in general. These values shall be understood in their socio-historical dynamic. Although some of them can be found in all legal systems, such as justice, the specifics and historical features of society make their mark on them. The values of a society can be primarily deduced from the philosophy (social, moral, political, legal) presiding and orienting the social forces from that particular society.

The legislator, in the process of legislating, following these values, expressed especially by the general principles of law, transposes them into legal norms, and on the other hand, once “legislated” these values are defended and promoted in the specific form of legal regulations. Thus, the legal norm becomes both a standard of appreciation of conduct according to the respective social value, and a means of ensuring the fulfillment of the exigencies of this value and of predicting the future evolution of the society. We need to add that the legal norms substantialize the legal values in a relative manner, because neither as a whole nor individually it indicates a total legal value, it does not exhaust its richness of content.

Regarding the identification of the legal values promoted, the authors’ opinions do not coincide, although they are confined to close spheres. Thus, Paul Roubier lists as values: *justice, legal security and social progress*²⁰. Michael Villey counts four finalities of the law: *justice, good behavior, serving individuals and serving society*²¹. François Rigaux talks about two categories, namely: the primordial ones, called by him formal, the *order, legal peace and security* and the material ones like *equality and justice*²².

The indisputable value that defines the finality of law, in the conception of the most important thinkers, since antiquity is *justice*. The very complex concept of justice has been approached, explained and defined by numerous thinkers – moralists, philosophers, jurists, sociologists, theologians – who start in defining it from the ideas of *just, equitable*, in the meaning of giving to each other what he deserves. The general principle of the law, of equity and justice is the expression of justice as social value. Many conceptions about law would be suitable either in a rationalist line, or in a realistic one. Rationalists argue that the principle of justice is innate in man, it belongs to our reason

¹⁹ P. Roubier, *Théorie générale du Droit*, L.G.D.J., Paris 1986, p. 267.

²⁰ *Ibidem*, p. 268.

²¹ Quoted by Jean-Louis Bergel in *Théorie générale du Droit*, Dalloz, Paris 1989, p. 29.

²² I. Ceterchi, I. Craiovan, *op. cit.*, p. 27.

in its eternity. Realists argue that justice is an elaboration of general human history and experience.

Regardless of the theoretical orientation, justice is undoubtedly a complex theme of the legal universe. Giorgio del Vecchio claims that justice is a conformation with the juridical law, the juridical law comprising the justice. According to Lalande justice is the property of all that is fair; Faberquetes considers the law as the unique expression of the principle of justice, and justice as, naturally, the unique content of the expression of the law. It has also been said that justice is the will to give to each his own; is it balance or the *proportion* of relationships between people, is it social love or is it the harmonious realization of the essence of the human being²³.

Justice as value and principle of the law exists through judicial norms comprised in constitutions, laws etc. This does not mean that the objective law, with its expressions, carries entirely and inevitably “the justice”: not everything that is right in force is fair. On the other hand, there are legal norms, as for instance the technical ones, which are indifferent to the idea of justice. As there are circumstances when the positive right is inspired more by considerations of utility than of justice in order to maintain order and stability in society. In our opinion, justice as social value and as general principle of the law is dimensioned in the ideas of true measure, equity, legality and good faith. In particular, the concepts of fairness and fairness express proportionality. The principle of justice has this guiding content in the cognitive-action line: to give everyone what they deserve. A system of law is unitary, homogenous, balanced and coherent if in all its components “ensures, protects and consecrates” so that every natural or legal person to be what it is, to have what he deserves without harming each other or the social system.

Equity is a dimension of the principle of justice in its consensuality with the good of morality. This concept softens the formal legal equality, humanizes it, introducing in the legal systems in force the categories of morality from the perspective of which the justification is both a doing for good and for freedom. “Considered in this way, equity spreads to the most distant spheres of the system of legal norms, fruiting even strictly technical or formal domains, apparently indifferent to the axiological concerns”²⁴. Understood through the idea of proportionality, equity refers to the diminution of inequality, where the establishment of a perfect equality (also called formal justice) is impossible due to the particularities of the actual situation. In other

²³ G.C. Mihai, R.I. Motica, *Fundamentele dreptului. Teoria și filozofia dreptului*, All Beck, Bucharest 1997, p. 128.

²⁴ *Ibidem*, p. 133.

words, in relation to the generality of the legal norm, equity suggests us to consider the actual situation, the personal circumstances, the unicity of the cause, without falling in extreme.

The idea of justice evolves under the influence of the socio-political transformations within the society. Thus, in the contemporary democratic states, in order to emphasize the achievements of social policy on living and working conditions, the economic, social or cultural rights, there are talks of *social justice*. The achievement of social justice is mentioned as a requirement of the state of law in the document adopted during the Conference for European Security and Cooperation, held in Copenhagen in 1990.

Another issue of the legal doctrine is that to establish the relation between the principles of law and those of morality. Christian Thomasius in his paper *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu comuni deducta* (1705)²⁵ distinguishes between the law's mission to protect the exterior relations of human individuals through prescriptions forming perfect and sanctionable obligations and the mission of morality to protect the inner life of individuals only through prescriptions forming imperfect and unsanctionable obligations. This differentiation between the morality and law has become classic.

Undoubtedly, law cannot be confused with morality, for several reasons analyzed in the literature²⁶. However, law and morality are from ancient times in a close relationship which cannot be considered as accidental. That relationship is axiological in nature. Legal and ethical values have a common origin, namely the conscience of individuals living in the same community. The theory of jus-rationalism – the modern form of jus-naturalism – has tried to argue that there is a fund of principles of universal and eternal justice, because they are inscribed in human reason where they intertwine with the principles of good and truth. Therefore, law, because it is rational, is natural, and because it is natural, it is also moral.

Of course, the law eminently regulates the external conduct of the human individual. However, law is not disinterested in morality, “in that through equity it seeks the good by acting to reconcile the outside with the inside, while morality acts to reconcile the inside with the outside of the individual, for the same equity”²⁷.

²⁵ Quoted by Ion Dobrinescu in *Dreptatea și valorile culturii*, Romanian Academy Press, Bucharest 1992, p. 95.

²⁶ G. del Vecchio, *Lecții de filozofie juridică*, Europa Nova, Bucharest 1995, p. 192–202; I. Dobrinescu, *op. cit.*, p. 95–99; G. Mihai, R.I. Motica, *op. cit.*, p. 81–86; I. Ceterchi, I. Craiovan, *op. cit.*, p. 39–42.

²⁷ G.C. Mihai, R.I. Motica, *op. cit.*, p. 84.

We consider that morality and law do have a common value structure and this can be deduced not only from the fairly common statement that “law is a minimum of morality”, but also from the finding that there is no moral statement to be denounced as unjust, although legal statements are sometimes found that are inconsistent with moral principles. It is noted the tendency of the law to appeal to values with moral feature to have them inserted in legal regulations. In this meaning, Ioan Muraru stated that: “Moral rules, although usually much closer to natural law and custom, express ancestral and permanent desideratum of mankind. Moral rules, although usually not enforced, in case of need through the coercive force of the state must be legally supported in their realization when defending the life, freedom and happiness of the people. That is why in the Romanian Constitution the references to morality are not missing. These constitutional references insure efficiency and validity to morality. Thus, for instance, Art 26 and 30 protect “the good morals”, while Art 53 states the “public morals”. Also, the “good faith” which is first of all a moral concept is stated by Art 11 and Art 57”²⁸. Therefore, the general principles of law and morality have a common value fund. The legal norms may express values which originally are moral and are also found in the content of the principles of law, as for instance equity or its particular form, the proportionality.

The principles of law have the same features and logical-philosophical meanings as the principles in general. Their particularities are determined by the existence of two systems of dialectic relations specific to the law:

- A) Principles – categories – norms;
- B) Principles – law, as social reality.

Several more important features of the principles of law can be identified, useful in determining whether proportionality can be considered a principle of law:

A) Every principle of law must be of the order of essence. It cannot be identified with a specific case or an individual appreciation of the legal relationships. The principle shall represent order and balance of the legal relationships, regardless of the variety of normative regulations or of the particular aspects specific to legal reality. Consequently, the principle of law must be opposed to randomness and express necessity as its essence.

Nevertheless, the principle cannot be a simple creation of reason. It has a rational dimension, abstract of maximum generality, but it is not a meta-

²⁸ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții publice*, vol. 1, All Beck, Bucharest 2003, p. 8.

physical creation. Regardless of the essence, the principles of law cannot be eternal and absolute, but they reflect the social transformations, they express the historical, economic, geographical, political particularities of the system that contains them and, in their turn, that it bases²⁹. The principles of law evolve because the realities that it reflects and explain are subjected to perfecting. “In law, every legal relationship is susceptible – of perfecting. It will never be able to complete the scientific improvement of the legal analysis. But, in law, we must give solutions immediately, because practical life does not wait”³⁰.

Being of the order of essence, the principles of law have a generalizing character, both for the variety of legal relations and for the norms of law. In the same time, expressing the essential and general of the legal reality, the principles of law are grounds for all other normative regulations.

There are great principles of law which do not depend on their statement in legal norms, but the legal norm determines their specific content, in relation to the historical time of reference.

B) The principles of law are stated and recognized by constitutions, laws, customs, jurisprudence, international documents or documents drafted by the legal doctrine.

The principles must be accepted internally and be part of the national law of each state. The general principles of law are stated by constitutions. The features of the legal system of a state influence and even determine the statement and recognition of the principles of law.

The work of enshrining in the political and legal documents the principles of law is in full swing.

Thus, in international documents such as the UN Charter or the Declaration of the UN General Assembly of 1970³¹ are stated principles³² which characterize the international democratic legal order. The regional legal systems have known and recognized their own principles. For instance, the system of Community law enshrines the following more important principles: the principle of equality, the protection of the fundamental human rights,

²⁹ M. Djuvara, *Drept și sociologie*, I.S.D., Bucharest 1936, p. 52–56; N. Popa, *op. cit.*, p. 113–114.

³⁰ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului...*, *op. cit.*, p. 265.

³¹ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, available at: https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_2625-Eng.pdf [access: 8.12.2020].

³² A. Bolintineanu, A. Năstase, B. Aurescu, *Drept internațional contemporan*, All Beck, Bucharest 2000, p. 52–71; the UN Charter mentions as source of law “the general principles of the law recognized by all civilized nations”.

the principle of legal certainty, the principle of subsidiarity, the principle of *res judicata* and the principle of proportionality³³. Most of the democratic constitutions state principles such as: the principle of sovereignty, the principle of legality and supremacy of the constitution, the principle of democracy, the principle of pluralism, the principle of representation, the principle of equality etc.

Jurisprudence has a significant role in enshrining and applying the principles of law. There are situations in which the principles of law are recognized by jurisprudence, without being formulated in the text of normative acts. Thus, the Italian Civil Code recommends to judges to rule in the absence of certain texts, in the light of the general principles of law.

There are legal systems in which not all principles have a normative regulation. We especially refer to the great system known as *common law*, which consists in the existence of three normative, autonomous and parallel sub-systems: *common law* (in a narrow sense), *equity* and *statute law*. Equity represents an ensemble of principles resulted from the court's practice and which are a corrective brought to the rules of common law.

Despite the variety of ways of enshrining and recognizing the principles of law, there is a need for at least their recognition in order to be characterized and applied in the legal system. This consecration or recognition is not sufficient to be doctrinal but must be achieved through norms or jurisprudence. Still a definition between the consecration or recognition of the principles of law and on the other hand their application.

C) The principles of law represent values for the legal system, because they express both the legal ideal, as well as the objective requirements of society, have a regulatory role for social relations. If the norm is unclear or does not exist, the settlement of disputes can be done directly based on the general or special principles of law. Ideally, they are a coordinating theme for the legislative work.

D) The classification of the principles of law starts from the consideration that there is a hierarchy or a relationship between the general and the individual³⁴. Starting from this ascertainment we can distinguish:

1) The general principles of law forming the content of certain universal application norms with a maximum level of generality. These are recognized by the doctrine and expressed by normative acts in the domestic law or inter-

³³ I. Craiovan, *Tratat elementar...*, *op. cit.*, p. 211.

³⁴ I. Ceterchi, I. Craiovan, *op. cit.*, p. 31; R.I. Motica, G.C. Mihai, *op. cit.*, p. 77.

national treaties of special importance. Usually, these principles are enshrined in constitutions thus having a legal force superior to all the other laws and to all branches of the law. Referring to the theoretical and practical importance of studying the principles of law, Nicolae Popa remarked: “the general principles of law are the fundamental prescriptions that combine the creation of law and its application... In conclusion, the action of the principles of law results in conferring the *certainty of the law* – the guarantee granted to individuals against the unpredictability of coercive norms – and the congruence of the legislative system, i.e. the concordance of laws, their social feature, their probability, their opportunism”³⁵.

The general principles also have a role in the administration of justice, because the ones entrusted with the application of the law must know not only the law, but also its spirit, with the general principles representing this spirit. Among them we can include: the principle of legality, the principle of consecration, of compliance with and guarantee of human rights, the principle of equality, the principle of justice and equity etc.

2) Specific principles expressing particular values, and which normally have an action limited to one or multiple branches of law. They are mentioned by codes or other laws. In this category we may include the principle of legality of sanctions, of compulsoriness of contracts, the assumption of innocence, the principle of compliance with the international treaties etc. Special principles have their value source in the fundamental principles of law.

For instance, proportionality is one of the oldest and classical principles of the law, rediscovered in modern times. The signification of this principle, in general meaning, is that of equivalent relation, balance between phenomena, situations, persons etc., but also the idea of fair measure.

Ion Deleanu states that “Originally, the concept of proportionality is outside the law; it evokes the idea of correspondence and balance, even harmony. Emerged as mathematical principle, the principle of proportionality was developed as fundamental idea in philosophy and law by receiving different forms and acceptations: “reasonable”, “rational”, “balance”, “admissible”, “tolerable” etc.”³⁶ Therefore, proportionality is part of the content of the principle of equity and justice, considered as being a general principle of law. At the same time, through its normative consecration, explicit or implicit, and through its jurisprudential application, proportionality has particular meanings in different branches of law: constitutional law, administrative law,

³⁵ N. Popa, *op. cit.*, p. 117.

³⁶ I. Deleanu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1, Europa Nova, Bucharest 1996, p. 264.

community law, criminal law, etc. The definition, understanding and application of this principle, in the above-mentioned meanings result from the doctrinal analysis and jurisprudential interpretation³⁷.

Philosophical founding of the principles of law

An argument for which the philosophy of law must be a reality present not only in the theoretical sphere but also for the practical activity of elaborating normative acts or the administration of justice, is the existence of general and branching principles of law, some being enshrined in the Constitution.

The principles of law, by their nature, generality and depth, are topics of reflection primarily for the philosophy of law. Only after their construction in the sphere of law's metaphysics, these principles can be transposed into the general theory of law, and thus can be enshrined in law and applied in jurisprudence. Moreover, there is a dialectical circle because the "meanings" of the principles of law, after the normative consecration and the jurisprudential elaboration, are to be elucidated also in the sphere of the philosophy of law. Such ascertainment requires the distinction between what we could call: *built principles of law*, and on the other hand, *metaphysical principles of law*. The distinction we propose has as a philosophical basis, which is the difference shown above between "built" and "given" in law.

The built principles of law are, by their nature, legal rules of maximum generality, drafted by the legal doctrine or by the legislator, in all situations explicitly stated in the name of the law. These principles may represent the internal structure of a group of legal relations, of a branch or even of the entire system of law. One can identify the following features: 1) they are drafted within the law, usually expressing the manifestation of the legislator's will, stated by legal norms; 2) they are always expressed by legal norms; 3) the work of interpretation and application of law is able to discover the meanings and determinations of the constructed principles of law which, obviously, cannot exceed their conceptual limits established by the legal norm. In this category we can identify principles such as: publicity of the court hearing, the principle of adversariality, of the supremacy of the law and Constitution, the principle of non-retroactivity of the law etc.

Therefore, the built principles of law have, by their nature, first of all, a legal connotation and a metaphysical one, in subsidiary. Being the result of an elaboration within the law, the possible metaphysical meanings and meanings are to be subsequent to their consecration established by the meta-

³⁷ M. Andreescu, *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, C.H. Beck, Bucharest 2007.

physics of the law. Also, being legal norms, they have a compulsory feature and generate legal effects as any other normative regulation. It should be noted that the legal norms enshrining such principles are superior in legal force to the usual rules of law, as they usually concern social relations considered essential primarily for the observance of fundamental rights and legitimate interests recognized to the subjects, but also for the stability and fair, predictable, transparent conduct of judicial proceedings.

For the situation of this category of principles, the above-mentioned dialectical circle has the following look: 1) the built principles are elaborated and normatively enshrined by the legislator; 2) their interpretation is performed during the application of the law; 3) the valuable significations of these principles are subsequently expressed in the area of the metaphysics of the law; 4) “the metaphysical meanings” may represent the theoretical basis necessary for the enlargement of the connotation and denotation of the principles or of the normative elaboration of new such principles.

The number of constructed principles of law may be determined at a certain moment of the legal reality, but there is no pre-constituted limit to them. The evolution of the law is manifested through the normative elaboration of new such principles. As example, we mention “the principle of subsidiarity”, a construction in the law of the European Union, taken by the legislation of many European states, including by Romania.

The metaphysical principles of law may be considered as a “given” towards the legal reality and by their nature being exterior to law. At their origin, they do not have a legal, normative or jurisprudential elaboration. They are a transcendental “given” and not transcendent of the law, therefore, are not “beyond” the sphere of the law but are “something else” in the legal system. In other words, they represent the value essence of the law, without which this constructed reality would not have an ontological dimension.

Without being constructed, but representing a transcendental, metaphysical “data” of law, it is not necessary to express them explicitly through legal norms. The metaphysical principles may also have an implicit existence, discovered or valorized in the interpretation of the law. As an implicit fact and at the same time as a transcendental essence of the law, these principles must be found, in the end, in the content of any legal norm and in any act or manifestation that represents, as the case may be, the interpretation or application of the legal norm. It must be underlined that the existence of the metaphysical principles’ fundament the teleological nature of the law, because any manifestation in the area of judicial, in order to be legitimate, must be appropriated with such principles.

In the legal literature, such principles, without being called metaphysical, are identified by their generality and are therefore called “general principles of law”. We prefer to underline the metaphysical dimension, value and transcendental, as a result of which we consider them metaphysical principles of legal reality. As transcendental and not built “given” of the law, the principles in case are permanent, limited, but with determinations and meanings which can be diversified in the dialectic circle comprising them.

According to our opinion, the metaphysical principles of the law are *the principle of justice, the principle of truth, the principle of equity and justice, the principle of proportionality, the principle of freedom*. In a future study, we will set out in detail the considerations that entitle us to identify the principles mentioned above as having a metaphysical and transcendental value in relation to legal realities.

The metaphysical dimension of these principles is uncontested, but it remains in debate the normative dimension. A deeper analysis of this issue exceeds the object of this study, which aimed to be a wide trip over the philosophical dimension of the principles of law. Still, several considerations are necessary. The contemporary ontology no longer considers reality by reference to classical concepts, of substance or matter. In his paper “*Substanzbegriff und Funktionsbegriff*” (1910), Ernest Cassirer opposes the modern concept of functioning to the ancient one of substance. Not what is “work” or concrete reality, but their way of being, their inner fabric, the structure interests the modern. There are no more concrete objects in front of knowledge, but only “relationships” and “functions”. In a way, for scientific knowledge, but not for ontology, things disappear making room for relations, functions. Such approach is cognitively operational for the material reality, but not for the ideal reality, that “world of ideas” which Plato talked about³⁸.

The normative dimension of the legal reality seems to correspond very well with Ernest Cassirer’s statements. What else is the legal reality than an ensemble of social relations and functions which are transposed in the new ontological dimension of “legal relations” by the application of legal norms. The built principles by being applicable to a sphere of social relations through the legal norm it transforms them in legal relations, so these principles do correspond to a reality of the judicial, understood as relational and functional structure.

But there is a deeper order of reality than relationships and functions. Constantin Noica said that we must call “element” this order of reality, in which things are fulfilled and which makes them be. Between the concept of

³⁸ C. Noica, *Devenirea întru ființă*, Humanitas, Bucharest 1998, p. 332–334.

substance and the one of function or relation it is necessary a new concept, which will maintain a substantiality and without dissolving in function, to manifest functionality³⁹.

Taking this idea of the great Romanian philosopher, we can say that the metaphysical principles of law evoke not only legal relations or functions, but “value elements” of legal reality, without which it would not exist.

The metaphysical principles of law have normative value, even if they are not explicitly expressed by norms of law. Moreover, as it results from the jurisprudential interpretations, they may even have a supra-normative signification, and, in this manner, may legitimate the jus-naturalist conceptions in the law. These conceptions and the doctrine of super-legality supported by Francois Geny, Leon Duguit and Maurice Duverger, consider that justice and especially constitutional justice must relate to super-constitutional rules and principles. In our opinion, such standards are expressed by the metaphysical principles which we have mentioned. The jus-naturalist conceptions have been applied by certain constitutional courts. It is famous in this meaning the decision of 16 January 1957 of the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany regarding the freedom to exit from the federal territory. The court states that “The laws are not constitutional unless they have been drafted in compliance with the mentioned forms. Their substance must be in accordance with the supreme values of the democratic and liberal order as a system of values established by the Constitution, but they must also be in accordance with the *basic unwritten principles* (s.n.) and with the fundamental principles of the Fundamental Law, especially with the principles of the rule of law and the welfare state”⁴⁰.

A last aspect that we want to emphasize refers to the role of the judge in the application of the constructed principles but especially of the metaphysical principles of law. We consider that the fundamental rule is that of interpretation and implicitly, of the application of any legal regulation in the spirit and with the compliance of the valuable content of the metaphysical principles built by the law. Another rule refers to the situation in which there is an inconsistency between the normal legal regulations and on the other hand the principles built and the metaphysical ones. In such situation, we consider, in the light of the jurisprudence of the German constitutional court, that the metaphysical principles shall be applied with priority, even to the detriment of a concrete rule. In this way, the judge respects the essential feature of the legal system and not only the legal functions or relations.

³⁹ *Ibidem*, p. 327–367.

⁴⁰ M. Andreescu, *op. cit.*, p. 34–38.

Bibliography

- Andrescu M., *Principiul proporționalității în dreptul constituțional*, C.H. Beck, Bucharest 2007.
- Aristotle, *Metafizica*, IRI, Bucharest 1996.
- Bolintineanu A., Năstase A., Aurescu B., *Drept internațional contemporan*, All Beck, Bucharest 2000.
- Ceterchi I., Craiovan I., *Introducere în teoria generală a dreptului*, All Beck, Bucharest 1993.
- Craiovan I., *Introducere în filosofia dreptului*, All Beck, Bucharest 1998.
- Craiovan I., *Tratat elementar de teorie generală a dreptului*, All Beck, Bucharest 2010.
- Constantin N., *Devenirea întru ființă*, Humanitas, Bucharest 1998.
- Dabin J., *Théorie générale du Droit*, Bruylant, Bruxelles 1953.
- Deleanu I., *Drept constituțional și instituții politice*, C.H. Beck, Bucharest 2006.
- Deleanu I., *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1, Europa Nova, Bucharest 1996.
- Djuvara M., *Drept și sociologie*, I.S.D., Bucharest 1936.
- Djuvara M., *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, All Beck, Bucharest 2009.
- Kant I., *Critica rațiunii pure*, IRI, Bucharest 1996.
- Mihai G.C., Motica R.I., *Fundamentele dreptului. Teoria și filozofia dreptului*, All Beck, Bucharest 1997.
- Muraru I., Simina T., *Drept constituțional și instituții politice*, vol. 1–2, C.H. Beck, Bucharest 2011.
- Noica C., *Devenirea întru ființă*, Humanitas, Bucharest 1998.
- Plato, *Opere*, vol. 5, Scientific and Encyclopedic, Bucharest 1982.
- Popa N., *Teoria generală a dreptului*, Actami, Bucharest 1999.
- Roubier P., *Théorie générale du Droit*, L.G.D.J., Paris 1986.
- Speranția E., *Principii fundamentale de filozofie juridică*, Cluj, Ardealul 1936.
- Stammler R., *Theorie der Rechtswissenschaft*, University of Chicago Press, Chicago 1989.

Abstract

Some considerations on the principles of law

Any scientific intercession that has as objective the understanding of the significances of the “principle of law” needs to have an interdisciplinary character, the basis for the approach being the philosophy of law. In this study we fulfill such an analysis with the purpose to underline the multiple theoretical significances due to this concept, but also the relationship between the juridical principles and norms, respectively the normative value of the principle of the law. Thus, extensive references to the philosophical and juridical doctrine in the matter are being materialized. This study is a pleading to refer to the principles in the work for the law’s creation and application. Starting with the difference between “given” and “constructed”, we propose the distinction between the

“metaphysical principles” outside the law, which by their contents have philosophical significances, and the “constructed principles” elaborated inside the law. We emphasize the obligation of the law maker, but also of the expert to refer to the principles in the work of legislation, interpretation and applying of the law. Arguments are brought for the updating, in certain limits, the justice – naturalistic concepts in the law.

Key words: principles of the law, essence and phenomenon like aspect of the law, “given” and “constructed” in the law, significances of the principles of law, moral value, juridical value, metaphysical principles, constructed principles

Aleksandra Partyk

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0003-3196-6601

apartyk@afm.edu.pl

Instytucja zgłaszania zastrzeżeń do protokołu po nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego

Wprowadzenie

Nowelizacja polskiego Kodeksu postępowania cywilnego, która weszła w życie 7 listopada 2019 r., stanowiła jedną z najbardziej gruntownych zmian prawa procesowego od wielu lat. Ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw wprowadzono do polskiego porządku prawnego szereg zmian, które znacząco przeobraziły model polskiego postępowania cywilnego. Jak zwykle bywa w tego rodzaju przypadkach, część zmian w prawie została oceniona przez praktyków i teoretyków prawa pozytywnie, podczas gdy inne rozwiązania skrytykowano¹. Symptomatyczne dla znowelizowanych reguł procesowych jest znaczne poszerzenie kręgu negatywnych konsekwencji dla stron (zwłaszcza reprezentowanych przez zawodowych pełnomocników), jeśli podejmowane przez nie czynności procesowe nie spełniają wymagań określonych prawem². Niewątpliwie w znowelizowanym modelu postępowania cywilnego

¹ Zob. N. Boluk, B. Karolczyk, *1.4. Co dalej? Podsumowanie*, [w:] *Postępowanie cywilne po nowelizacji. Komentarz dla pełnomocników procesowych i sędziów*, red. B. Karolczyk, Warszawa 2020 (SIP LEX, wersja elektroniczna); *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. 1–2, red. T. Zembrzusi, WKP 2020 (SIP LEX, wersja elektroniczna). Zob. też: A. Partyk, *Should the same judge hear over again a case when it is referred back for reconsideration? Comments on new version of article 386 § 5 of Polish Civil Procedure Code*, „Journal of Legal and Administrative Studies” 2019, vol 2, p. 8.

² Zob. A. Tomaszek, *Nowe powinności adwokackie po nowelizacji procedury cywilnej*, „Palestra” 2019, nr 11–12, s. 36–37.

go ustawodawca stawia wyższe wymagania stronom reprezentowanym przez profesjonalnych pełnomocników, co uzasadnione jest przede wszystkim koniecznością usprawnienia postępowania cywilnego. Założenie to zasługuje co do zasady na pozytywną ocenę, aczkolwiek niektóre konkretne regulacje mogą budzić kontrowersje.

Niniejsze opracowanie obejmuje tematykę jednej z takich instytucji, tj. zastrzeżeń do protokołu, które dotyczą uchybień sądu w kwestii przepisów postępowania. Uregulowania w tym przedmiocie uległy istotnym zmianom wskutek wskazanej wyżej nowelizacji, stąd warto podjąć próbę analizy funkcjonowania tej instytucji w nowym kształcie. Tematyka ta jest o tyle istotna z praktycznego punktu widzenia, że zgłoszenie zastrzeżenia do protokołu niejednokrotnie stanowi warunek konieczny podniesienia określonego zarzutu w środku zaskarżenia wnoszonym od zapadłego w sprawie orzeczenia. Jednocześnie zgłaszanie zastrzeżeń do protokołu może wpływać na efektywność postępowania, skoro pozwala sądowi od razu dostrzec popełnione błędy procesowe, które może wyeliminować, a dzięki temu istnieje szansa, że w sprawie nie powstanie konieczność procedowania po raz kolejny, do czego mogłoby dojść, gdyby w toku kontroli instancyjnej orzeczenie sądu zostało uznane za dotknięte poważnymi błędami o charakterze formalnym³.

Instytucja zastrzeżenia do protokołu uregulowana została w art. 162 k.p.c. Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 162 § 1 k.p.c. strona powinna zwrócić uwagę sądu na uchybienie przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Zastrzeżenie można zgłosić najpóźniej na kolejnym posiedzeniu. W świetle art. 162 § 2 k.p.c. stronie zastępowanej przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje prawo powoływania się na to uchybienie w dalszym toku postępowania. Skutku tego nie niweczy wypowiedzenie lub cofnięcie pełnomocnictwa. Jednocześnie na podstawie art. 162 § 3 k.p.c. przepisu § 2 nie stosuje się, gdy chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozważenie z urzędu, lub gdy strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy.

Najogólniej rzecz ujmując, wskazana instytucja polega więc na tym, że strona, która nie zgłosi w toku postępowania zastrzeżenia do protokołu w związku z dostrzeżonym naruszeniem przez sąd przepisów postępowania, nie może powoływać się na to uchybienie proceduralne w dalszym toku sprawy, w szczególności w środkach zaskarżenia. Innymi słowy: strona dostrzega-

³ K. Weitz, *O znaczeniu zastrzeżeń stron zgłaszanych do protokołu rozprawy na podstawie art. 162 k.p.c.*, „Palestra” 2006, nr 1–2, s. 220–222.

jąca uchybienie sądu, powinna zgłosić je sądowi w toku postępowania, tak by mógł on dokonać ewentualnej zmiany swojej decyzji procesowej, a jeśli strona tego nie uczyni, utraci możliwość późniejszego zarzucania sądowi tych naruszeń norm proceduralnych⁴. Rygor ten nie jest jednak bezwarunkowy. W szczególności nie znajduje on zastosowania w przypadku uprawdopodobnienia przez stronę, że nie ponosi winy w niezgłoszeniu zastrzeżenia, a także w odniesieniu do uchybień proceduralnych, które powinny być brane pod uwagę przez sąd z urzędu.

Przepis art. 162 k.p.c. został znacząco zmodyfikowany na skutek nowelizacji z dnia 4 lipca 2019 r. W poprzednim stanie prawnym strony, na podstawie art. 162 k.p.c., mogły w toku posiedzenia, a jeżeli nie były obecne, na najbliższym posiedzeniu zwrócić uwagę sądu na uchybienia przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługiwało prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku postępowania, chyba że chodziło o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo strona uprawdopodobniła, iż nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy⁵. Dokonując nowelizacji, ustawodawca zdecydował się na dokonanie podziału art. 162 na trzy paragrafy. Sama instytucja zastrzeżenia do protokołu z jednej strony zyskała charakter *quasi*-obligatoryjny, co znalazło odzwierciedlenie w zastąpieniu wyrażenia „strony mogą” sformulowaniem „strona powinna”, aczkolwiek – jak się zdaje – nie ma to istotnego znaczenia praktycznego. Z drugiej strony praktyczna waga zastrzeżeń do protokołu, przejawiająca się w utracie prawa do powoływania się na „niewytknięte” uchybienie przepisom postępowania w dalszym toku postępowania, została ograniczona do tych przypadków, w których strona korzysta z profesjonalnego zastępstwa procesowego. W obecnym stanie prawnym, odmiennie niż przed nowelizacją, rygor utraty prawa powoływania się w dalszym toku postępowania na uchybienia sądu odnosi się bowiem wyłącznie do strony zastępowanej przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej. Zmianie uległ również termin, w którym zastrzeżenie należy zgłosić. Co istotne skutku tego nie niweczy wypowiedzenie lub cofnięcie pełnomocnictwa. O ile w poprzednim stanie prawnym należało uczynić to w toku posiedzenia, podczas którego doszło do uchybienia przepisom postę-

⁴ A. Partyk [w:] T. Partyk, *Proces cywilny. Sprawa o odszkodowanie i zadośćuczynienie. Od wniesienia pozwu do prawomocnego zakończenia postępowania*, red. A. Partyk, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 122.

⁵ K. Weitz, *op. cit.*, s. 217–223. Zob. też: J. Parafianowicz, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, red. O.M. Piaskowska, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 478–479.

powania, a jedynie w przypadku nieobecności strony – na najbliższym posiedzeniu, o tyle *de lege lata* zastrzeżenie może zostać wniesione najpóźniej na kolejnym posiedzeniu. Zachowano natomiast normę, zgodnie z którą mimo braku zgłoszenia zastrzeżenia do protokołu możliwe jest powoływanie się na uchybienie przepisom postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu lub gdy strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy.

Analiza zmienionego brzmienia art. 162 k.p.c. skłania do stawiania pytań o to, czy ustawodawca przeobraził tę instytucję we właściwy sposób, częściowo łagodząc jej rygoryzm. Co do zasady skutkiem niezgłoszenia przez stronę reprezentowaną przez zawodowego pełnomocnika zastrzeżenia do protokołu w przedmiocie dostrzeżonych uchybień sądu jest to, że strona ta poniesie konsekwencje tego stanu rzeczy. Czy jednak strony powinny taką odpowiedzialność ponosić, jeśli następczo wypowiedziały lub cofnęły pełnomocnictwo? Odpowiedź na to pytanie nie jest jednoznaczna, biorąc pod uwagę rudymenarną gwarancję prawa strony do rzetelnego procesu. Niewątpliwie zasada *fair trial* zakłada, że każda ze stron powinna móc dysponować takimi instrumentami, jakie dają jej najlepsze gwarancje przedstawienia w procesie swoich racji. Stąd celem niniejszego artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy *de lege lata* instytucja zastrzeżenia do protokołu nie wiąże się ze zbyt daleko idącymi restrykcjami dla stron reprezentowanych przez zawodowych pełnomocników. W niektórych przypadkach obecne brzmienie art. 162 k.p.c. może uniemożliwić stronie skuteczne zgłaszanie zarzutów co do uchybień sądu, o ile jej pełnomocnik nie zgłosił w odpowiednim terminie zastrzeżenia do protokołu, nawet jeśli strona ta następczo przestanie korzystać z reprezentacji procesowej. Należy również odpowiedzieć na pytanie, czy różnicowanie skutków niezgłoszenia zastrzeżenia w zależności od tego, czy strona działa w procesie samodzielnie bądź nie, nie narusza fundamentalnej zasady równości wobec prawa.

Istota zastrzeżeń do protokołu

W literaturze wskazuje się, że art. 162 k.p.c. powinien być traktowany jako przejaw dążenia do stanu, w którym postępowanie jest właściwie prowadzone⁶. Na strony nakładany jest więc obowiązek bieżącego śledzenia poczynąń sądu i zgłaszania mu dostrzeżonych uchybień proceduralnych, by móc na bieżąco eliminować ewentualne nieprawidłowości. Jak już wcześniej wska-

⁶ S. Janas, *Ciężar dążenia do prawidłowego przebiegu postępowania (art. 162 k.p.c.) jako ciężar procesowy*, „Polski Proces Cywilny” 2015, nr 1, s. 67. Zob. też K. Weitz, *op. cit.*, s. 220–221.

zono, kwestia ta ma istotny wymiar praktyczny, gdyż od zgłoszenia (bądź nie) zastrzeżenia do protokołu zależeć może pomyślny dla strony wynik postępowania. W określonych sytuacjach ustawodawca uzależnił skuteczność powoływania się w dalszym toku postępowania na błędy sądu od tego, czy strona (reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika) we właściwym terminie zgłosiła zastrzeżenie do protokołu. Co do zasady wskazany przepis nakłada na strony działające z zawodowymi pełnomocnikami obowiązek nieustannego czuwania nad przebiegiem postępowania pod rygorem sankcji utraty prawa do powoływania się na określone uchybienia sądu.

Instytucję zastrzeżeń do protokołu wprowadzono do Kodeksu postępowania cywilnego już na samym początku obowiązywania tej ustawy. Jak zaznaczono w literaturze, przepis art. 162 k.p.c. stał się jedną z kluczowych regulacji w procesie cywilnym, gdy ustawodawca wzmocnił zasadę kontradyktoryjności⁷. Na przestrzeni pierwszego półwiecza od wejścia Kodeksu postępowania cywilnego w życie art. 162 tegoż Kodeksu obowiązywał w niezmiennym brzmieniu, które uległo modyfikacji dopiero na podstawie wyżej wskazanej nowelizacji z dnia 4 lipca 2019 r.

Jak zostało to już wyżej zasygnalizowane, negatywne konsekwencje przewidziane w tym przepisie w obecnym stanie prawnym osiągnąć mogą wyłącznie tej strony, która zastrzeżenia do protokołu nie zgłosiła, jeśli była ona reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika (chyba, że ma miejsce wyjątkowy przypadek z art. 162 § 3 k.p.c.). Zmienił się również termin, w którym takie zastrzeżenie może zostać zgłoszone. Obecnie bowiem można zgłosić najpóźniej na kolejnym posiedzeniu, niezależnie od tego, czy strona brała udział w posiedzeniu, na którym miało dojść do dostrzeżonego uchybienia proceduralnego. Rozwiązanie to niewątpliwie działa na korzyść stron.

Wskazane zmiany legislacyjne nie zmieniły samej istoty instytucji zastrzeżenia do protokołu i jej zasadniczego celu. W dalszym ciągu art. 162 k.p.c. realizuje założenie mobilizowania stron do zgłaszania dostrzeganych błędów sądu po to, by mogły one zostać odpowiednio wcześniej poprawione⁸. Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 2 października 2019 r. w sprawie I AGa 364/18⁹, celem unormowania zawartego w art. 162 k.p.c.

⁷ H. Pietrkowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Lexis-Nexis, Warszawa 2010, s. 145.

⁸ M. Strus-Wołos, *Przepis art. 162 k.p.c. okiem praktyka*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 7–8, s. 104. Zob. też: M. Sekuła-Lelono, *Zgłoszenie zastrzeżenia na podstawie art. 162 k.p.c. na uchybienia przepisom postępowania*, [w:] *Sine ira et studio. Księga jubileuszowa dedykowana Sędziemu Jackowi Gudowskiemu*, red. T. Ereciński i in., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 545.

⁹ LEX nr 2784565.

jest, by sąd mógł usunąć skutki naruszenia przepisów postępowania. Zwraca się przy tym w judykaturze uwagę, że skuteczne sformułowanie zarzutu w trybie art. 162 k.p.c. ma umożliwić sądowi zorientowanie się, na czym uchybienie polega, oraz wszczęcie postępowania naprawczego, o ile w istocie uchybienie występuje¹⁰. Norma art. 162 k.p.c. to swoiste antidotum na nielojalność stron, które – świadome zaniedbań lub błędów sądu – mogłyby przemilczeć ich dostrzeżenie w toku postępowania w danej instancji, by podnieść je dopiero w składanym środku odwoławczym. W szczególności w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 lutego 2020 r. w sprawie I ACa 618/19¹¹ podkreślono, że celem regulacji zawartej w art. 162 k.p.c. jest zapobieżenie nielojalności procesowej przez zobligowanie stron do zwracania na bieżąco uwagi sądu na uchybienia procesowe w celu ich niezwłocznego wyeliminowania i niedopuszczenia do celowego tolerowania przez strony takich uchybień z zamiarem późniejszego wykorzystania ich w środkach odwoławczych. Niewątpliwie konstrukcja art. 162 k.p.c. uzupełnia obowiązek działania przez strony i uczestników postępowania w sposób lojalny (art. 3 k.p.c.). Warto jednocześnie wskazać na trafne zapatrywanie wyrażone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 czerwca 2018 r., V ACa 511/17¹², w świetle którego o naruszeniu przez sąd art. 162 k.p.c. można mówić w tych tylko wypadkach, w których sąd odwoławczy bada zarzuty naruszenia prawa procesowego mimo braku zastrzeżenia, o jakim mowa w art. 162 k.p.c., lub gdy zastrzeżenie to nie spełnia stawianych mu wymogów albo gdy sąd ten odmawia zbadania zarzutów, choć złożone zastrzeżenie było prawidłowe. Z kolei w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie I ACa 216/18¹³ zaakcentowano, że aby przepis art. 162 k.p.c. był skuteczny i prowadził do rzeczywistej realizacji założonych celów, musi przewidywać rygor utraty możliwości powoływania się w dalszym toku postępowania na wskazane w nim zarzuty. W przeciwnym wypadku strony pozostawiałyby sobie możliwość ich podniesienia np. dopiero w apelacji, mogąc w sposób zamierzony (o ile pozostaje to w ich interesie) przedłużać tok postępowania sądowego. Analizowana norma prawna w znacznym stopniu ogranicza możliwość takiego postępowania.

Niewątpliwie w tych przypadkach, w których strona dostrzeża uchybienia sądu, powinna ona przede wszystkim jednoznacznie zgłosić zastrzeżenie do protokołu, wskazując na zauważony mankament procesu decyzyjnego sądu.

¹⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 stycznia 2019 r., I ACa 1247/17, LEX nr 2668793.

¹¹ LEX nr 2978291.

¹² LEX nr 2516020.

¹³ LEX nr 2716764.

Jeżeli zastrzeżenie nie zostanie wyraźnie zgłoszone przez stronę i wpisane do protokołu, nie wywoła ono swojego skutku¹⁴. Zarazem strona zgłaszająca zastrzeżenie powinna uzasadnić swoje stanowisko, tj. wyjaśnić, z jakich względów uznaje określone działanie sądu za błędne. W tym kontekście bezwzględnie wymaga się wskazania określonych, konkretnych regulacji prawnych, które sąd miał uchybić¹⁵. Sąd powinien bowiem uzyskać jednoznaczny komunikat od strony, że w jej ocenie doszło do obrazy właściwych (wskazanych przez zgłaszającego zastrzeżenie) przepisów procesowych, co może skłonić sąd do zmiany decyzji procesowej¹⁶. Innymi słowy, brak przytoczenia konkretnego przepisu postępowania i ograniczenie się do żądania wpisania zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. jest niewystarczające i nie spełnia wymogów określonych tym przepisem¹⁷. Jak wcześniej wskazano, zastrzeżenia powinny być zgłaszane w określonym przedziale czasu, gdyż spóźnione są bezskuteczne. Prawidłowo zgłoszone zastrzeżenia dają stronie nieskrępowaną możliwość powoływania się na dalszym etapie postępowania na uchybienia sądu – i to bez względu na ich rangę (istotność)¹⁸.

Skutki niezgłoszenia zastrzeżenia do protokołu

Jak wprost wynika z art. 162 § 2 k.p.c., niezgłoszenie w terminie zastrzeżenia do protokołu przez stronę zastępowaną przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej skutkuje tym, że nie przysługuje jej prawo do powoływania się na to uchybienie w dalszym toku postępowania. Zasada ta znajduje zastosowanie, nawet jeśli *ex post* dojdzie do wypowiedzenia lub cofnięcia pełnomocnictwa. Ustawodawca przyjął jednocześnie, że regulacja z art. 162 § 2 k.p.c. jest wyłączona, jeśli zastrzeżenie miałoby dotyczyć przepisów postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, lub gdy strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy.

Dla oceny omawianej regulacji kluczowe jest ustalenie, jakiego rodzaju naruszenia przepisów podlegają badaniu przez sąd z urzędu i nie muszą być zgłaszane przez strony pod rygorem utraty prawa do powoływania się na nie w dalszym toku postępowania.

¹⁴ H. Pietrkowski, *op. cit.*, s. 146.

¹⁵ Por. M. Sekuła-Leleno, *op. cit.*, s. 550.

¹⁶ Zob. szerzej wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 lipca 2018 r., I ACa 312/17, LEX nr 2564268.

¹⁷ Tak słusznie wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 marca 2017 r., V ACa 568/16, LEX nr 2770816.

¹⁸ J. Turek, *Czynności dowodowe sądu w procesie cywilnym*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 209.

W obecnym stanie prawnym, jak wynika z art. 202 k.p.c., okoliczności, które uzasadniają odrzucenie pozwu, jak również niewłaściwy tryb postępowania, brak należytego umocowania pełnomocnika, brak zdolności procesowej pozwanego, brak w składzie jego organów lub niedziałanie jego przedstawiciela ustawowego sąd bierze pod rozwagę z urzędu w każdym stanie sprawy. Nadto z urzędu bada się kwestię braku jurysdykcji krajowej, co wynika z art. 1099 k.p.c. Tego rodzaju kwestie o fundamentalnym znaczeniu dla ważności postępowania powinny być stale i na bieżąco weryfikowane przez sąd. W art. 379 k.p.c. zawarto zamknięty katalog przypadków rażących uchybień procesowych sądu, skutkujących nieważnością postępowania. Należą do nich m.in.: procedowanie przez sąd mimo braku drogi sądowej, naruszenie powagi rzeczy osądzonej lub prowadzenie postępowania w sytuacji, gdy strona została pozbawiona możliwości obrony swych praw. Jak wynika z art. 378 § 2 k.p.c., sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania, co jest związane z rażącym charakterem uchybień przepisom procesowym¹⁹. W szczególności zatem, jeśli sąd popełni błąd o tak fundamentalnym charakterze, że jest on klasyfikowany jako przesłanka nieważności postępowania, to nawet niezgłoszenie zastrzeżenia do protokołu przez stronę reprezentowaną przez pełnomocnika nie wpłynie ujemnie na prawo i obowiązek sądu do usunięcia, na dalszym etapie procesu cywilnego, stwierdzonych następstw naruszenia norm proceduralnych.

Drugi przypadek dopuszczalności powoływania się na uchybienia proceduralne sądu mimo niezgłoszenia zastrzeżenia do protokołu zachodzi, gdy strona zdoła uprawdopodobnić, że nie zgłosiła zastrzeżenia bez swojej winy. Warto dostrzec, że w art. 162 § 3 k.p.c. ustawodawca posłużył się pojęciem uprawdopodobnienia, nie zaś udowodnienia. Uprawdopodobnienie ma inny zakres semantyczny niż udowodnienie. Z art. 243 k.p.c. wynika, że zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne, ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu. Strona nie musi zatem wykazać, a jedynie uprawdopodobnić, iż nie jest winna tego, że nie zgłosiła zastrzeżenia z art. 162 k.p.c. Oznacza to zatem, że strona zmierzająca do uprawdopodobnienia, że nie ponosi winy w niezgłoszeniu zastrzeżenia do protokołu, może posiłkować się zarówno dowodami sensu stricto, jak i środkami o charakterze quasi-dowodowym, celem przekonania sądu do swoich racji²⁰. Na stronie spoczywa zatem ciężar przedstawienia uwiarygod-

¹⁹ T. Zembrzuski, *Nieważność postępowania w procesie cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 209.

²⁰ Przykładowo w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 25 marca 2014 r. w sprawie I ACa 755/13 (LEX nr 1466945) przyjęto, że strona, dążąc do uprawdopodobnienia okre-

nionych twierdzeń wskazujących, że stan zaniechania zgłoszenia zastrzeżenia był od niej (lub jej pełnomocnika) niezależny. Nie sposób jednak uznać, że strona w każdej sprawie będzie w stanie z łatwością uprawdopodobnić brak winy w zaniechaniu zgłoszenia zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. W szczególności strona nie może skutecznie powoływać się na zaniechanie swojego pełnomocnika procesowego, zwłaszcza profesjonalnego, jako przesłankę braku własnej winy w niezgłoszeniu zastrzeżenia do protokołu. Na gruncie procesu cywilnego przyjmuje się bowiem, że błędy pełnomocnika strony obciążają samą stronę, co prowadzi do wniosku, że uprawdopodobnienie musiałoby dotyczyć innych okoliczności niż zaniechania jej pełnomocnika²¹. Mógłby być to w szczególności stan siły wyższej²² czy też obiektywna niemożność zgłoszenia zastrzeżenia w terminie (np. z powodu choroby, pozbawienia wolności uniemożliwiającego nawiązanie kontaktu z sądem itp.).

Gdy strona nie zdoła przekonać sądu, że nie ponosi winy w zaniechaniu zgłoszenia zastrzeżenia, a potencjalne uchybienie sądu dotyczy przepisów postępowania, których naruszenie nie jest brane przez sąd z urzędu, to strona ta bezpowrotnie traci możliwość powołania się na uchybienia sądu w postępowaniu odwoławczym. Innymi słowy: strona nie może wówczas skutecznie podnieść w apelacji (skardze kasacyjnej), że w toku postępowania naruszono określone regulacje procesowe, skoro nie zgłoszono w sposób prawidłowy zastrzeżenia do protokołu. Może to oznaczać, że mimo ewidentnych uchybień proceduralnych sądu strona pozbawiona będzie możliwości powołania się na nie, a to może udaremnić skuteczność wnoszonych przez nią środków odwoławczych. Od tego zaś niedaleka droga do niekorzystnego orzeczenia w instancji odwoławczej – wyłącznie z uwagi na formalizm postępowania cywilnego²³.

Wątpliwości interpretacyjne

Na gruncie art. 162 § 1 i 2 k.p.c. sytuacja jest jednoznaczna w tych przypadkach, gdy strona od momentu zaistnienia uchybienia sądu do upływu terminu do zgłoszenia zastrzeżenia była lub nie – zastępowana przez zawodowego pełnomocnika, a zakres jego pełnomocnictwa jest nieograniczony.

ślonych okoliczności, może w szczególności opierać się na pisemnych oświadczeniach osób trzecich, surogatach dokumentów czy tzw. opiniach prywatnych, które to środkami nieznanymi przez kodeks postępowania cywilnego za dowody.

²¹ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2019 r., I CZ 74/19, LEX nr 2788496.

²² H. Pietrzkowski, *op. cit.*, s. 147.

²³ Zob. też: A. Tomaszek, [w:] *Orzecznictwo SN w zakresie postępowania cywilnego – okiem praktyków*, red. A. Tomaszek, O. Szejnert-Roszak, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 106.

Powyższe nie oznacza, że obecne brzmienie wskazanego przepisu nie budzi wątpliwości.

Problematyczne są te sytuacje, w których ustanowienie pełnomocnika lub wypowiedzenie pełnomocnictwa procesowego następuje po dopuszczeniu się przez sąd uchybienia procesowego, a przed upływem terminu do zgłoszenia zastrzeżenia do protokołu. Przypadków takich ustawa nie reguluje; podkreślenia wymaga, że kwestia ta ma zasadnicze znaczenie dla dopuszczalności zgłaszania przez stronę zarzutów dotyczących naruszenia przez sąd przepisów postępowania. Może bowiem powstać problem, czy art. 162 §2 k.p.c. znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy strona w czasie posiedzenia, na którym sąd dopuścił się uchybienia, nie była reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, natomiast później – a przed upływem terminu do złożenia zastrzeżenia – ustanowiła pełnomocnika procesowego. Analiza wskazanego przepisu nie daje podstaw do jednoznacznego przesądzenia, jaki moment jest właściwy dla dokonania oceny, czy strona z uwagi na brak reprezentacji przez pełnomocnika procesowego poniesie ujemne skutki procesowe niezgłoszenia w terminie zastrzeżenia do protokołu. Wydaje się, że brak uregulowania tej kwestii przemawia za uznaniem, że w takim wypadku strona nie będzie pozbawiona możliwości zgłaszania zarzutów co do naruszenia przepisów postępowania. Wątpliwości interpretacyjne należy bowiem co do zasady rozstrzygać na korzyść stron. Powyższe wynika również z konieczności dokonywania wykładni art. 162 § 2 k.p.c. w sposób ścisły, z uwagi na restrykcyjny charakter przepisu. Nie jest zatem dopuszczalne interpretowanie go w sposób rozszerzający, na niekorzyść stron. Na kwestię tę zresztą zwrócono uwagę w literaturze jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego²⁴.

Innym problemem, jaki może pojawić się w przypadku ustanowienia przez stronę pełnomocnika procesowego w toku postępowaniu już po zaistnieniu naruszenia przez sąd przepisów postępowania, jest kwestia możliwości ustalenia przez ów pełnomocnika, że takie zdarzenie miało miejsce. Z oczywistych względów pełnomocnik taki nie mógł podjąć reakcji na niewłaściwe postępowanie sądu w czasie jego dokonania, gdyż wówczas nie brał udziału w postępowaniu. Niewątpliwie pełnomocnik ustanowiony w toku postępowania powinien zapoznać się z aktami sprawy, a w razie dostrzeżenia, że sąd dopuścił się uchybień przepisom prawa procesowego – złożyć zastrzeżenie. Na gruncie art. 162 § 1 k.p.c. zgłoszenie zastrzeżenia może nastąpić najpóźniej na kolejnym posiedzeniu. Ustawa nie reguluje jednak przypadku, w którym pełnomocnik profesjonalny zostaje ustanowiony dopiero na zaawansowanym etapie postępowania i stwierdza, że naruszenie przepisów postępowania miało

²⁴ Zob. np. M. Strus-Wołos, *op. cit.*, s. 107.

miejsce nie na ostatnim posiedzeniu, lecz znacznie wcześniej. Czy w takim wypadku będzie możliwe skuteczne podniesienie przez niego stosownego zarzutu procesowego w dalszym toku postępowania? Na gruncie literalnej wykładni art. 162 § 2 k.p.c. odpowiedź jawi się jako negatywna. Czy zatem w takim przypadku pełnomocnik będzie mógł skutecznie zgłosić zastrzeżenie na najbliższym posiedzeniu? A może zaistnieje tu przypadek, o którym mowa w § 3 omawianego przepisu w postaci możliwości powołania się na brak zawinienia w niezgłoszeniu zastrzeżenia w odpowiednim czasie z uwagi na niedostateczne obeznanie strony z regulacjami prawnoprosesowymi? Na tle możliwości ustanowienia pełnomocnika procesowego w toku postępowania pojawia się również inny problem praktyczny, związany z realną możliwością ustalenia, że doszło do uchybienia przepisom postępowania. *De lege lata* dokumenty procesowe znajdujące się w aktach postępowania nie odzwierciedlają z pełną dokładnością wszystkich czynności sądu. W szczególności Kodeks postępowania cywilnego przewiduje posiedzenia niepodlegające wideorejestracji ani pełnemu protokołowaniu (jak w szczególności posiedzenie przygotowawcze – por. art. 205⁸ § 1 k.p.c., czy spotkanie informacyjne dotyczące polubownych metod rozwiązywania sporów – por. art. 183⁸ § 4 k.p.c.). Czy w przypadku naruszenia przez sąd przepisów postępowania w toku takiego posiedzenia powoływanie się na nie w dalszym toku postępowania będzie dopuszczalne w przypadku ustanowienia pełnomocnika procesowego dopiero po ich zaistnieniu, jeśli pełnomocnik nie zgłosił zastrzeżenia do protokołu na pierwszym posiedzeniu ze swoim udziałem, gdyż o uchybieniu nie wiedział, a wiedzę o nim powziął dopiero później? Tego rodzaju wątpliwości będą rozstrzygane przez sądy *in concreto*, co jednak rodzi realne ryzyko ukształtowania się rozbieżnych praktyk orzeczniczych.

Problematiczna jest również sytuacja, gdzie strona była reprezentowana przez pełnomocnika profesjonalnego na etapie postępowania, w którym sąd dopuścił się uchybienia przepisom postępowania, natomiast w momencie upływu terminu do zgłoszenia zastrzeżenia do protokołu strona ta nie korzysta już z zastępstwa procesowego. Wydaje się, że wykładnia przepisów prawa na korzyść stron przemawia za uznaniem, że również w takim przypadku strona powinna móc bez ograniczeń powoływać się na uchybienia proceduralne sądu mimo niezgłoszenia zastrzeżenia do protokołu. Nie wynika to jednak wprost z literalnej treści art. 162 k.p.c.

Wątpliwości może również budzić sytuacja, gdy strona udzieli pełnomocnikowi pełnomocnictwa tylko do podjęcia określonych czynności procesowych (art. 88 k.p.c.), np. do sporządzenia i złożenia pozwu lub reprezentacji jej na jednej z rozpraw sądowych. Strona może bowiem udzielić pełnomocnictwa, znacznie limitując jego zakres, jeśli jej wola jest, aby ustanowiony

pełnomocnik miał podjąć się tylko określonych czynności²⁵. Warto przy tym pamiętać, że „umocowanie do poszczególnych czynności procesowych ocenia się według treści pełnomocnictwa oraz przepisów prawa cywilnego”²⁶. Czy w takim wypadku art. 162 § 2 k.p.c. znajduje zastosowanie, jeśli podejmowana przez pełnomocnika czynność nie wiąże się z uchybieniem sądu? Podobnie jak w przypadku wcześniej zasygnalizowanych wątpliwości interpretacyjnych, na podstawie samego literalnego brzmienia wskazanego przepisu trudno udzielić jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie. Wykładnia celowościowa zdaje się prowadzić do konkluzji, że jeśli pełnomocnik był umocowany do podjęcia wyłącznie określonych czynności, zaś uchybienie procesowe sądu nie wiąże się z nimi bezpośrednio, to brak jest podstaw do uznania, że w takim wypadku znajduje zastosowanie art. 162 § 2 k.p.c. Możliwość sformułowania takiego wniosku nie oznacza jednak, że w praktyce sądowej ukształtuje się jednolita praktyka orzecznicza w zakresie takiego właśnie stosowania przedmiotowej regulacji w tego rodzaju przypadku.

Niezależnie od powyższych uwag treść art. 162 § 2 k.p.c. nasuwa wątpliwości co do dopuszczalności jego stosowania, jeśli strona udziela pełnomocnictwa osobie, która wprawdzie wykonuje zawód adwokata, radcy prawnego, lecz pełnomocnictwo procesowe udzielane jest na innej podstawie (np. jako członkowi najbliższej rodziny, współuczestnikowi sporu itp.). Na gruncie zasad etyki adwokackiej i radcowskiej profesjonalny pełnomocnik powinien ujawniać fakt wykonywania określonego zawodu prawniczego i dawać temu wyraz noszeniem stroju urzędowego. Gdyby jednak z rozmaitych względów tego nie uczynił, a sąd nie miałby z urzędu wiedzy, że określony pełnomocnik procesowy jest pełnomocnikiem profesjonalnym, to zapewne strona faktycznie reprezentowana przez pełnomocnika profesjonalnego nie byłaby dotknięta ujemnymi następstwami procesowymi niezgłoszenia zastrzeżenia do protokołu.

Niezgłoszenie zastrzeżenia do protokołu a równość wobec prawa

Kluczowe dla oceny rygoryzmu omawianej regulacji jest to, że strona nie może przeciwdziałać utracie prawa do powoływania się na uchybienia przepisom dokonane przez sąd, jeśli ani ona, ani jej pełnomocnik nie zgłoszą stosownych zastrzeżeń. Takie rozwiązanie obowiązuje, nawet jeśli strona cofnie lub wypowie pełnomocnictwo procesowe po upływie terminu do zgłoszenia zastrzeżenia. Założenie, że cofnięcie lub wypowiedzenie pełnomocnictwa nie

²⁵ S. Gołąb, *O pełnomocnikach w procesie cywilnym*, „Palestra” 1938, nr 10, s. 9.

²⁶ Z. Krzemiński, *Zakres pełnomocnictwa w sądowym postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 1967, nr 8, s. 18.

wpływa na przywrócenie stronie prawa do zgłoszenia spóźnionego zastrzeżenia do protokołu, co do zasady jest słuszne. Udaremnia bowiem przypadki obchodzenia rygoryzmu z art. 162 § 2 k.p.c. poprzez formalne wypowiedzenie lub cofnięcie pełnomocnictwa tylko po to, by móc takie zastrzeżenie zgłosić. Niewątpliwie gdyby ustawodawca nie wprowadził tego uregulowania, to strony lub ich pełnomocnicy mogliby celowo, poprzez cofanie lub wypowiedzanie pełnomocnictw, niweczyć cel instytucji zastrzeżenia do protokołu.

Nie można jednak apriorycznie przyjmować założenia, że każde cofnięcie lub wypowiedzenie pełnomocnictwa ma na celu obejście prawa procesowego. Niejednokrotnie w praktyce sądowej zdarzają się przypadki, gdy strona wypowiada pełnomocnictwo z uwagi na utratę zaufania do pełnomocnika, gdy w toku postępowania dochodzi do przekonania, że jest reprezentowana nienależycie. Przyczyny wypowiedzenia lub cofnięcia pełnomocnictwa mogą być też inne, związane chociażby z sytuacją majątkową strony. W tego rodzaju przypadkach, nawet gdy strona zerwie łączącą ją cywilnoprawną więź z pełnomocnikiem, nie będzie mogła skutecznie podnieść zarzutów, co do których wystąpiła już prekluzja. To znaczący mankament obecnego brzmienia art. 162 k.p.c.

Powstaje więc pytanie, czy tego rodzaju rozwiązanie nie narusza prawa strony do rzetelnego procesu. Jeśli strona występuje przed sądem samodzielnie i nie zgłasza zastrzeżeń w trybie art. 162 k.p.c., to w obecnym stanie prawnym może na dalszym etapie postępowania skutecznie podnosić wszelkie zarzuty co do sposobu procedowania sądu – bez ujemnych konsekwencji procesowych. Z możliwości tej nie mogą natomiast skorzystać te strony, które są zastępowane przez profesjonalnych pełnomocników bądź były przez nich reprezentowane w okresie, w którym sąd miał dopuścić się określonego uchybienia i kiedy zastrzeżenie do protokołu mogło zostać zgłoszone. Rozważyć należy zatem, czy rozwiązanie to jest słuszne.

Niewątpliwie strony powinny być odpowiedzialne za wynik procesu cywilnego – są wszak bezpośrednio zainteresowane uzyskaniem określonego rozstrzygnięcia w sprawie. Trafne jest stanowisko, że ustawodawca może i powinien wymagać, aby strony, w szczególności działające przez profesjonalnych pełnomocników, podejmowały działania zgodne z prawem procesowym, a zarazem czuwały nad czynnościami podejmowanymi przez sąd. Jednakże tego rodzaju obowiązki nie powinny być obwarowane tak poważnymi skutkami, jak utrata prawa do powołania określonych zarzutów, praktycznie za każdym razem, gdy nie zostanie zgłoszone zastrzeżenie do protokołu i to bez względu na to, że pełnomocnictwo procesowe zostanie następczo cofnięte lub wypowiedziane.

Jak wcześniej wskazano, przed wejściem w życie znowelizowanych przepisów rygor z art. 162 k.p.c. znajdował jednakowe zastosowanie względem wszystkich stron. Były więc one traktowane na równi, niezależnie czy działały w postępowaniu samodzielnie, czy też korzystały z profesjonalnego zastępstwa prawnego. Na takich samych zasadach obciążały je skutki ewentualnego zaniebdania zgłoszenia zastrzeżenia do protokołu, przy czym w przypadku stron działających samodzielnie istotne znaczenie miało uprzednie pouczenie ich o treści wskazanego przepisu²⁷. Obecnie tak nie jest. Wydaje się, że jest to rozwiązanie nietrafne, godzące w prawa stron, które zdecydowały się na udzielenie pełnomocnictw procesowych, jeśli następczo okaże się, że ich pełnomocnik nie działał w sprawie z należytą starannością, uwzględniającą jej zawodowy charakter²⁸. Niewątpliwie strona ma prawo do korzystania z pomocy prawnej świadczonej przez profesjonalistów, co stanowi jeden z aspektów standardu ochrony praw jednostki²⁹. Niejednokrotnie zastępstwo procesowe jest wynikiem konieczności, gdy strona z rozmaitych przyczyn nie może brać osobistego udziału w postępowaniu sądowym³⁰. Fundamentem stosunku pełnomocnictwa jest zaś zaufanie³¹.

Nie budzi poważniejszych wątpliwości twierdzenie, że stronę obciążają niesumienne działania jej pełnomocnika. Strony, angażując pełnomocników z wyboru bądź korzystając z pomocy prawnej świadczonej z urzędu, zazwyczaj nie zastanawiają się, jakie rygory przewidziane zostały w postępowaniu cywilnym dla stron występujących w sprawie z profesjonalnym pełnomocnikiem. O ile jednak w przypadku szeregu instytucji nakładających na pełnomocników rygory proceduralne obwarowane sankcjami (np. automatyczny zwrot pisma nieopłaconego lub dotkniętego brakami formalnymi) ustawodawca wprowadza możliwość sanowania błędu pełnomocnika przez stronę, o tyle w przypadku niezgłoszenia zastrzeżenia do protokołu w terminie, możliwość powoływania się na uchybienie proceduralne sądu właściwie przepada co do zasady bezpowrotnie. Czy jednak właściwe jest praktycznie całkowite pozbawienie strony możliwości podnoszenia określonych zarzutów

²⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2017 r., II CSK 520/16, LEX nr 2334880.

²⁸ Na temat staranności pełnomocnika w reprezentacji klienta zob. L. Galeński, *Uwagi o staranności adwokata – pełnomocnika w sprawach cywilnych*, „Palestra” 1986, nr 5–6, s. 5.

²⁹ K. Markiewicz, *Podmiotowe i przedmiotowe granice pełnomocnictwa w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 1, s. 32–33.

³⁰ Zob. szerzej J. Misztal-Konecka, *O udziale w postępowaniu cywilnym osób, które doznają przeszkód faktycznych w osobistym dokonywaniu czynności procesowych*, „Przegląd Sądowy” 2017, nr 11–12, s. 123 i nast.

³¹ W. Kaliński, F. Zoll, *Pełnomocnictwo nie gasnące mimo śmierci mocodawcy*, „Rejent” 1994, nr 3, s. 80.

odwoławczych z powodu zaniedbania jej pełnomocnika w odniesieniu do zgłoszenia w odpowiednim terminie zastrzeżenia do protokołu?

Podsumowanie i *postulat de lege ferenda*

Art. 162 k.p.c. w obecnym brzmieniu nie jest regulacją optymalną. Dla stron korzystających z profesjonalnego zastępstwa procesowego przewiduje bowiem bardzo surową sankcję w postaci bezpowrotnej utraty możliwości powoływania się na uchybienie proceduralne sądu w razie zaniedbania zgłoszenia zastrzeżenia do protokołu, natomiast w odniesieniu do stron występujących w postępowaniu samodzielnie w wypadku niezgłoszenia zastrzeżenia do protokołu nie przewiduje żadnych ujemnych skutków procesowych. Wydaje się, że tak poważne różnicowanie sytuacji procesowej stron jedynie z uwagi na fakt korzystania lub nie z reprezentacji procesowej przez zawodowego pełnomocnika jest nieuzasadnione. W świetle kierunku dokonanej już zmiany brzmienia art. 162 k.p.c. należy uznać, że proponowanie nowelizacji tego przepisu w kierunku ograniczenia możliwości powoływania się na uchybienia proceduralne sądu stronom występującym w sprawie samodzielnie byłoby sprzeczne z wolą ustawodawcy. Postulować należy zatem wprowadzenie do omawianego przepisu takiego mechanizmu, który pozwalałby w wyjątkowych sytuacjach powoływać się na uchybienie sądu przepisom postępowania, nawet jeżeli strona była zastępowana przez profesjonalnego pełnomocnika, który zaniedbał zgłoszenia zastrzeżenia do protokołu. Taki skutek można osiągnąć na przykład dokonując zmiany treści art. 162 § 3 k.p.c., tak aby brzmiał on: „Przepisu § 2 nie stosuje się, gdy chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu lub gdy strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy, lub gdy zachodzi inny szczególnie uzasadniony wypadek”. Tego rodzaju zabieg legislacyjny mógłby umożliwić stronie skuteczne powołanie się na zaistniałe uchybienia sądu, gdyby było to uzasadnione nadzwyczajnymi okolicznościami. W takim wypadku sąd odwoławczy badałby *ad casum*, czy w realiach danego przypadku można uznać, że mimo zaniedbania zgłoszenia zastrzeżenia do protokołu dopuszczalne jest rozpoznanie określonego zarzutu procesowego. Taki „wentyl bezpieczeństwa” jawi się w obecnym modelu procesu cywilnego jako niewątpliwie pożądany, gdyż jego brak oznacza niemal całkowite pozbawienie stron korzystających z profesjonalnego zastępstwa prawnego możliwości poddania kontroli instancyjnej nieprawidłowości postępowania sądu, nawet w przypadku ich ewidentności, natomiast w przypadku stron występujących w postępowaniu samodzielnie nie przewiduje tu żadnych ograniczeń. Rygoryzm

tego przepisu wobec stron, które udzieliły pełnomocnictwa procesowego, jawi się jako nadmierny i należy postulować jego złagodzenie.

Bibliografia

- Galeński L., *Uwagi o staranności adwokata – pełnomocnika w sprawach cywilnych*, „Palestra” 1986, nr 5–6.
- Gołąb S., *O pełnomocnikach w procesie cywilnym*, „Palestra” 1938, nr 10.
- Janas S., *Ciężar dążenia do prawidłowego przebiegu postępowania (art. 162 k.p.c.) jako ciężar procesowy*, „Polski Proces Cywilny” 2015, nr 1.
- Kaliński W., Zoll F., *Pełnomocnictwo nie gasnące mimo śmierci mocodawcy*, „Rejent” 1994, nr 3.
- Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. 1–2, red. T. Zembrzusi, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, red. O.M. Piaskowska, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Krzemiński Z., *Zakres pełnomocnictwa w sądowym postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 1967, nr 8.
- Markiewicz K., *Podmiotowe i przedmiotowe granice pełnomocnictwa w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 1.
- Misztal-Konecka J., *O udziale w postępowaniu cywilnym osób, które doznają przeszkód faktycznych w osobistym dokonywaniu czynności procesowych*, „Przegląd Sądowy” 2017, nr 11–12.
- Orzecznictwo SN w zakresie postępowania cywilnego – okiem praktyków*, red. A. Tomaszek, O. Szejnert-Roszak, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Partyk A., *Should the same judge hear over again a case when it is referred back for reconsideration? Comments on new version of article 386 § 5 of Polish Civil Procedure Code*, „Journal of Legal and Administrative Studies” 2019, Vol. 2.
- Pietrkowski H., *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Postępowanie cywilne po nowelizacji. Komentarz dla pełnomocników procesowych i sędziów*, red. B. Karolczyk, Warszawa 2020. (SIP LEX, wersja elektroniczna).
- Proces cywilny. Sprawa o odszkodowanie i zadośćuczynienie. Od wniesienia pozwu do prawomocnego zakończenia postępowania*, red. A. Partyk, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Sekuła-Leleno M., *Zgłoszenie zastrzeżenia na podstawie art. 162 k.p.c. na uchybienia przepisom postępowania*, [w:] *Sine ira et studio. Księga jubileuszowa dedykowana Sędziemu Jackowi Gudowskiemu*, red. T. Ereciński et al., Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Strus-Wołos M., *Przepis art. 162 k.p.c. okiem praktyka*, „Przegląd Sądowy” 2016, 7–8.
- Tomaszek A., *Nowe powinności adwokackie po nowelizacji procedury cywilnej*, „Palestra” 2019, nr 11–12.
- Turek J., *Czynności dowodowe sądu w procesie cywilnym*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Weitz K., *O znaczeniu zastrzeżeń stron zgłaszanych do protokołu rozprawy na podstawie art. 162 k.p.c.*, „Palestra” 2006, nr 1–2.

Zembrzuski T., *Nieważność postępowania w procesie cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Orzecznictwo

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2019 r., I CZ 74/19, LEX nr 2788496.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 25 marca 2014 r. w sprawie I ACa 755/13 (LEX nr 1466945).

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 marca 2017 r., V ACa 568/16, LEX nr 2770816.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 czerwca 2018 r., V ACa 511/17, LEX nr 2516020.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 lipca 2018 r., I ACa 312/17, LEX nr 2564268.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie I ACa 216/18, LEX nr 2716764.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 stycznia 2019 r., I ACa 1247/17, LEX nr 2668793.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 2 października 2019 r. w sprawie I AGa 364/18, LEX nr 2784565.

Wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 lutego 2020 r. w sprawie I ACa 618/19, LEX nr 2978291.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2017 r., II CSK 520/16, LEX nr 2334880.

Abstract

Institution of Recording Reservations in the Minutes After the Amendment of the Code of Civil Procedure

In accordance with the current wording of Article 162 of Code of Civil Procedure, the parties represented by professional proxies are, as a rule, obliged to raise objections that are recorded to the minutes in order to note the court's observed procedural deficiencies - on pain of losing the right to invoke these deficiencies at a later date. This rigour applies even if subsequently a party terminates or withdraws the power of attorney. The article analyses the institution of Article 162 of the Civil Procedure Code in both its new and previous form. It was pointed out that the current content of Article 162 of the Code of Civil Procedure may give way to a number of doubts concerning interpretation, since the objections raised by the parties acting independently in the civil case are treated differently than those represented by proxies. In the article it was stated that there is a need to consider introducing certain legislative changes - in order to mitigate the excessive rigour of the current provisions.

Key words: civil procedure, reservation regarding the minutes, court deficiencies of the procedural law, filling the appeal, fair trial

Streszczenie

Inytucja zgłaszania zastrzeżeń do protokołu po nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego

Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 162 k.p.c. strony reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników co do zasady mają obowiązek zgłaszania zastrzeżeń do protokołu celem odnotowania dostrzeżonych uchybień procesowych sądu – pod rygorem utraty prawa powoływania się na te uchybienia w czasie późniejszym. Owy rygor stosowany jest nawet jeśli następczo strona wypowie lub cofnie pełnomocnictwo. W artykule analizie poddano instytucję art. 162 k.p.c. zarówno w nowym, jak i w poprzednim kształcie. Zwrócono uwagę, iż aktualna treść art. 162 k.p.c. może budzić szereg wątpliwości interpretacyjnych, skoro odmiennie traktuje się zgłaszanie zastrzeżeń przez strony występujące w procesie samodzielnie w odróżnieniu od tych, które są reprezentowane przez zawodowych pełnomocników. W artykule zaakcentowano potrzebę wprowadzenia określonych zmian legislacyjnych – celem łagodzenia nadmiernego rygoryzmu tej regulacji.

Słowa kluczowe: postępowanie cywilne, zastrzeżenie do protokołu, uchybienia sądu, wnoszenie apelacji, rzetelny proces

Weronika Wenda

radca prawny, dr, Weronika Wenda Kancelaria Radcy Prawnego

ORCID: 0000-0003-1284-4959

wwenda@wwkrp.pl

Przedkontraktowe obowiązki informacyjne dewelopera, a zmiana przedsięwzięcia deweloperskiego po zawarciu umowy deweloperskiej

Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego z dnia 16 września 2011 r. (Dz.U. Nr 232, poz. 1377), tj. z dnia 30 sierpnia 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1805) – dalej zwana **Ustawą Deweloperską**, miała za zadanie chronić słabszą stronę stosunku zobowiązaniowego, jaką z założenia jest nabywca¹. Ustawa deweloperska miała bowiem odpowiadać zapotrzebowaniom społecznym na zapewnienie ochrony nabywcom lokali mieszkalnych i domów jednorodzinnych, jakiej nie dawały dotychczasowe regulacje prawne – zarówno poprzez wprowadzenie mechanizmu ochrony środków wpłacanych przez nabywcę w trakcie przedsięwzięcia deweloperskiego, jak i doprecyzowanie obowiązków informacyjnych². Ustawodawca wychodził bowiem z założenia, że ważne jest nie tylko bezpieczeństwo finansowe nabywcy, ale także wiedza na temat przedsięwzięcia deweloperskiego, w ramach którego realizowany jest lokal mieszkalny lub dom jednorodzinny.

W związku z tym warto przyjrzeć się przepisom Ustawy Deweloperskiej w zakresie obowiązku informacyjnego dewelopera, szczególnie, że w tym roku minęło 9 (słownie: dziewięć) lat obowiązywania Ustawy Deweloperskiej. Z tego powodu zasadnym jest pytanie, czy ustawa ta realnie przyczyniła się

¹ Tak m.in. A. Młyńczak, *Opinia prawna o zgodności poselskiego projektu ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego z prawem Unii Europejskiej*, BAS-WAPEiM-1471/11, Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2011.

² W. Wenda, *Odstąpienie od umowy deweloperskiej jako instrument ochrony praw nabywcy*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 27.

do zwiększenia ochrony nabywcy lokalu mieszkalnego. Wydaje się, iż w kwestii ochrony środków finansowych nabywcy Ustawa Deweloperska istotnie przysłużyła się do poprawy bezpieczeństwa, większe wątpliwości budzi natomiast realizacja postulatu zapewnienia nabywcy dostatku informacji w odniesieniu do planowanej transakcji. Intencją ustawodawcy było umożliwienie nabywcy podjęcia decyzji o nabyciu lokalu lub domu jednorodzinnego w warunkach pozwalających na dokładne rozeznanie wszelkich wymogów, na jakich dokonuje transakcji, w rozumieniu zarówno parametrów samego lokalu mieszkalnego (domu jednorodzinnego), jak i przedsięwzięcia deweloperskiego oraz informacji o samym deweloperze. Nie ulega bowiem wątpliwości, że nabycie własnego lokalu mieszkalnego (domu jednorodzinnego) jest dla większości decyzją niezwykle doniosłą, nierzadko podejmowaną tylko raz w ciągu życia i mającą na celu zapewnienie podstawowych potrzeb mieszkaniowych nabywcy i jego rodziny.

W kontekście powyższego należy zwrócić uwagę, jakie informacje ustawodawca uznał za na tyle istotne, że powinny być znane nabywcy już na przedpolu zawarcia umowy deweloperskiej. Otóż zgodnie z art. 17 Ustawy Deweloperskiej deweloper jest zobowiązany do sporządzenia prospektu informacyjnego. Obligatoryjny zakres treści prospektu informacyjnego wyznacza załącznik do Ustawy Deweloperskiej, którego zakresem objęte jest przedsięwzięcie deweloperskie. Prospekt zawiera ponadto informacje o deweloperze, nieruchomości gruntowej, jej bezpośrednim sąsiedztwie, koncepcji i parametrach przedsięwzięcia deweloperskiego, a także o lokalu mieszkalnym albo domu jednorodzinnym stanowiącym przedmiot zainteresowania nabywcy³. Jednocześnie na podstawie art. 21 Ustawy Deweloperskiej deweloper ma obowiązek udostępnienia potencjalnemu nabywcy dodatkowych dokumentów wymienionych w tym przepisie dotyczących dewelopera lub przedsięwzięcia deweloperskiego, a są to: (i) aktualny stan księgi wieczystej prowadzonej dla nieruchomości; (ii) kopia aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, jeśli podmiot podlega wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego lub aktualne zaświadczenie o wpisie do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, (iii) kopia pozwolenia na budowę, (iv) sprawozdanie finansowe dewelopera za ostatnie dwa lata, a w przypadku realizacji inwestycji przez spółkę celową – sprawozdanie spółki dominującej, (v) projekt architektoniczno-budowlany. Co istotne, zapewnienie możliwości zapoznania się z tymi dokumentami oznacza ich okazanie potencjalnemu

³ B. Gliniecki, [w:] *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019, komentarz do art. 17.

nabywcy w celu ich przeczytania, obejrzenia, zrobienia notatek, także sporządzenia fotografii lub kopii⁴.

W świetle powyższych uregulowań nie powinno budzić wątpliwości, że rolą obowiązków informacyjnych dewelopera jest przedstawienie nabywcy nie tylko informacji na temat samego lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, ale także na temat przedsięwzięcia deweloperskiego, jak i samego dewelopera. Co do informacji na temat lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego to oczywista jest konieczność uzyskania przez nabywcę informacji w przedmiocie wielkości, położenia i rozkładu lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Także w kwestii danych na temat samego dewelopera nie ulega wątpliwości, że rzetelne informacje na temat dewelopera mają pozwolić na ocenę jego wiarygodności. Jaką ma zatem doniosłość obowiązków informacji co do przedsięwzięcia deweloperskiego? Czy nabywca ma prawo na podstawie przedłożonych mu dokumentów wnioskować nie tylko o tym, jaki ma mieć ostatecznie kształt nabywany lokal mieszkalny lub dom jednorodzinny, ale czy może liczyć, że także otoczenie (lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego) będzie odpowiadać projektowi zagospodarowania, jaki mu został okazany przed zawarciem umowy deweloperskiej? Otóż nabywca, mając prawo do zapoznania się z projektem budowlanym⁵ jeszcze przed zawarciem umowy deweloperskiej, uzyskuje także informację na temat zagospodarowania terenu przedsięwzięcia deweloperskiego, gdyż projekt budowlany obejmuje m.in. projekt zagospodarowania działki lub terenu⁶.

Wydaje się, że powyższe kwestie nie zostały dostatecznie uregulowane w Ustawie Deweloperskiej, gdyż ustawodawca ochronę nabywcy w aspekcie informacyjnym odniósł jedynie do momentu zawarcia umowy deweloperskiej. Deweloper jest bowiem zobowiązany do dostarczania potencjalnemu nabywcy prospektu informacyjnego oraz informowania go o zmianie danych tam zawartych w czasie umożliwiającym zapoznanie się z ich treścią przed zawarciem umowy deweloperskiej⁷. Także obowiązek okazania dokumentów, o których mowa w art. 21 Ustawy Deweloperskiej, dotyczy osoby zainteresowanej zawarciem umowy deweloperskiej.

Trudno zatem nie odnieść wrażenia, że ustawodawca zadbał o to, by nabywca świadomie decydował o zawarciu umowy deweloperskiej, pomijając, że umowa deweloperska nie jest umową na podstawie której nabywca stanie się właścicielem lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego,

⁴ B. Gliniecki, *op. cit.*, komentarz do art. 22, Legalis.

⁵ Zob. art. 21 ust. 5 Ustawy Deweloperskiej.

⁶ Zob. art. 34 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 414), tj. z dnia 7 lipca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333).

⁷ Zob. art. 19 ust. 3 Ustawy Deweloperskiej.

a pomiędzy jej zawarciem, a terminem przeniesienia prawa własności (lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego) mogą nastąpić zmiany w zakresie przedsięwzięcia deweloperskiego, które niejednokrotnie będą mieć doniosłe znaczenie dla nabywcy.

Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, gdy nabywca kieruje się wyborem danego lokalu także z uwagi na planowane zagospodarowanie terenu przedsięwzięcia deweloperskiego. Otóż ocena atrakcyjności danej oferty nie ogranicza się do ceny metra kwadratowego powierzchni lokalu mieszkalnego czy domu jednorodzinnego. Ocena atrakcyjności dotyczy także dostępności infrastruktury, w rozumieniu przykładowo sklepów, szkół czy komunikacji publicznej oraz otoczenia – w znaczeniu jego estetycznych i praktycznych aspektów. Ta ostatnia z przesłanek zdaje się zyskiwać coraz większe znaczenie, zważywszy na gęstość współczesnej zabudowy mieszkaniowej, gdzie często przestrzeń dla celów rekreacyjnych, w postaci skwerów, placów zabaw, czy boisk sportowych, ograniczona jest do minimum wymaganego przepisami prawa. Dlatego też należy zadać sobie pytanie, jakie ma prawa nabywca, gdy po zawarciu umowy deweloperskiej przedsięwzięcie deweloperskie ulegnie zmianie. Czy w takim przypadku nabywca może odstąpić od umowy deweloperskiej, czy też zmiany dokonane po zawarciu umowy deweloperskiej nie mają znaczenia, ponieważ przedmiotem umowy deweloperskiej jest lokal mieszkalny wraz z udziałem w nieruchomości wspólnej, a ta może ograniczać się – poza częściami budynku, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali – do gruntu pod budynkiem.

Na te wątpliwości Ustawa Deweloperska obecnie nie daje jednoznacznej odpowiedzi. Z jednej strony prospekt informacyjny – zawierający opis przedsięwzięcia deweloperskiego oraz dane decyzji o pozwoleniu na budowę, na podstawie której jest ono realizowane – stanowi integralną część umowy deweloperskiej⁸, z drugiej strony jednak zobowiązaniem dewelopera jest ustanowienie odrębnej własności lokalu mieszkalnego i przeniesienia własności tego lokalu na nabywcę albo przeniesienia na nabywcę własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym lub użytkownika wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego stanowiącego odrębną nieruchomość⁹. Jak zatem traktować sytuację, gdy przedstawiony obraz przedsięwzięcia deweloperskiego – na etapie przed zawarciem umowy deweloperskiej – różni się od jego finalnego kształtu. Kierując się zdrowym rozsądkiem, należałoby odpowiedzieć, że skoro nabywca wybiera konkretną ofertę, mając na uwadze wszystkie udostępnione mu in-

⁸ Zob. art. 20 ust. 2 Ustawy Deweloperskiej.

⁹ Zob. art. 1 Ustawy Deweloperskiej.

formacje, w tym opis przedsięwzięcia deweloperskiego oraz informacje zawarte w projekcie budowlanym, to zasadnie ma prawo oczekiwać, że finalnie stanie się właścicielem lokalu mieszkalnego (domu jednorodzinnego) zlokalizowanego w określonym otoczeniu. Niemniej jednak nie można pomijać sytuacji, gdy zmiany przedsięwzięcia deweloperskiego okażą się konieczne. Przewidywane przez dewelopera zmiany już na etapie zawierania umowy deweloperskiej deweloper powinien opisać w treści samej umowy. W takiej sytuacji nabywca świadomie decyduje o przystąpieniu do umowy deweloperskiej, mając na uwadze, że przedsięwzięcie deweloperskie ulegnie określonym modyfikacjom. Nie zawsze jednak deweloper może przewidzieć, jakie zmiany będą konieczne w późniejszym etapie inwestycji, nadto wskazanie już w umowie deweloperskiej planowanych zmian nie jest obligatoryjne z uwagi na brak regulacji ustawowych określających konsekwencje prawne zmian przedsięwzięcia deweloperskiego po zawarciu umowy deweloperskiej.

W związku z powyższym zasadnym z punktu widzenia praw nabywcy byłoby wprowadzenie uprawnienia do odstąpienia od umowy deweloperskiej w sytuacji, gdy nastąpią istotne zmiany dotyczące przedsięwzięcia deweloperskiego w okresie pomiędzy zawarciem umowy deweloperskiej, a nadejściem terminu przystąpienia do umowy przyrzeczonej (rozporządzającej), które mogłyby mieć wpływ na wywiązanie się przez dewelopera ze zobowiązania określonego umową deweloperską¹⁰. Ten postulat *de lege ferenda* powinien być jednak traktowany z ostrożnością, gdyż nie każda zmiana przedsięwzięcia deweloperskiego powinna dawać uprawnienie do odstąpienia od umowy deweloperskiej przez nabywcę, a tylko taka, która w sposób istotny zmienia przedsięwzięcie deweloperskie. Trudno bowiem przyjąć za zasadny pogląd, że każda zmiana mogłaby uprawniać nabywcę do odstąpienia od umowy deweloperskiej; w takim przypadku ryzyko inwestycyjne, w sposób nieuprawniony, zostałoby przerzucone na dewelopera. Trzeba pamiętać, iż inwestycje budowlane są na tyle skomplikowane, że zmiany, w rozumieniu nieistotnych lub istotnych odstępstw od projektu budowlanego, są zjawiskiem częstym i typowym. Dlatego też zdaje się, iż prawo do odstąpienia od umowy deweloperskiej dotyczyć powinno z całą pewnością sytuacji, gdy deweloper, po zrealizowaniu inwestycji, pozbawia nabywców części terenu (przedsięwzięcia deweloperskiego) bilansowanego jako powierzchnia biologiczna czynna. Znane są, niestety, przypadki, iż deweloperzy traktują tereny zielone jako tymczasowe, wyznaczone tylko na potrzeby procesów pozwoleniodawczych – z uwagi na wymogi miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego albo decyzji o warunkach zabudowy, nakazujących spełnienie określonych

¹⁰ W. Wenda, *op. cit.*, s. 224.

parametrów dla powierzchni biologicznie czynnej. Oczywiście powyższe przypadki nie są jedynymi, gdy zmiana przedsięwzięcia deweloperskiego już po zawarciu umowy deweloperskiej może uzasadniać prawo nabywcy do odstąpienia od umowy, niemniej byłoby zbyt kazuistyką analizowanie na potrzeby niniejszego artykułu poszczególnych przypadków – ewentualne spory związane z zakresem zmian przedsięwzięcia deweloperskiego byłyby marginesem, gdyby w jak najszerszy możliwy sposób planowane zmiany były sygnalizowane w samej umowie deweloperskiej, natomiast te zmiany, których deweloper nie mógł przewidzieć, były notyfikowane nabywcy niezwłocznie po ich wprowadzeniu wraz z uzasadnieniem. Mając bowiem racjonalne podejście nabywcy, który związał się umową deweloperską i zainwestował już swoje środki finansowe (nierzadko pochodzące z zaciągniętego kredytu), trudno wyobrazić sobie, by tylko czekał na okazję na wycofanie się z umowy deweloperskiej. Uczciwe i partnerskie traktowanie przez dewelopera, który jest w stanie uzasadnić konieczność wprowadzenia zmian przedsięwzięcia deweloperskiego, może przede wszystkim wzmocnić zaufanie obu stron. Z tego względu zasadnym byłoby oczekiwanie, że ustawodawca zobowiąże dewelopera do informowania nabywcy o wprowadzonych zmianach przedsięwzięcia deweloperskiego, z informacją o możliwości zapoznania się z nową dokumentacją, taką jak np. zamienny projekt budowlany – ze względu na zakres tematu niniejszego artykułu, dotyczącego przedkontraktowych obowiązków informacyjnych dewelopera w kontekście zmiany przedsięwzięcia deweloperskiego, pominięto analizę procedury związanej z wystąpieniem nieistotnych i istotnych odstępstw od projektu budowlanego, w tym procedury zmiany pozwolenia na budowę w trybie art. 36a ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 414), tj. z dnia 7 lipca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333). Otóż z punktu widzenia interesu nabywcy najistotniejsza jest wiedza na temat zmian przedsięwzięcia deweloperskiego w odniesieniu do stanu z daty zawarcia umowy deweloperskiej, bez względu na to, czy w rozumieniu projektanta dokonującego kwalifikacji zamierzonego odstąpienia od zatwierdzonego projektu zagospodarowania działki lub terenu, projektu architektoniczno-budowlanego bądź innych warunków decyzji o pozwoleniu na budowę odstąpienie to ma charakter istotny, czy też takiego charakteru nie ma¹¹.

Podsumowując, problem zmiany przedsięwzięcia deweloperskiego po zawarciu umowy deweloperskiej nie doczekał się, jak dotąd, rozwiązania w przepisach Ustawy Deweloperskiej, pomimo tego, że ustawodawca zadbał, by

¹¹ Zob. art. 36a ust. 6 ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 414), tj. z dnia 7 lipca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333).

nabywca miał pełną wiedzę na jego temat na etapie poprzedzającym zawarcie umowy deweloperskiej. Powyższe może budzić uzasadnione zdziwienie, gdyż nabywca, podejmując decyzję o związaniu się umową deweloperską, ma prawo oczekiwać, że finalnie jego miejsce zamieszkania będzie odpowiadało tym uwarunkowaniom, na które godził się, zawierając umowę. Tym samym uzasadniona jest dyskusja na temat praw przysługujących nabywcy w przypadku, gdy po zawarciu umowy deweloperskiej nastąpiły w samym przedsięwzięciu deweloperskim tak daleko idące modyfikacje, że nabywca nie przystąpiłby do umowy deweloperskiej, gdyby o nich wiedział przed przystąpieniem do niej. Jednocześnie wyraźnie należy zaznaczyć, że nie każda zmiana przedsięwzięcia deweloperskiego, której deweloper nie mógł przewidzieć w momencie zawierania umowy deweloperskiej, powinna dawać nabywcy uprawnienie do odstąpienia od umowy. Nie można bowiem zapominać o złożoności przedsięwzięcia deweloperskiego, co oznacza, że nie byłoby uzasadnionym obciążanie dewelopera w pełni ryzykiem inwestycyjnym. Niemniej jednak ważnym jest, by nabywca otrzymywał na każdym etapie przedsięwzięcia deweloperskiego pełną informację o dokonanych modyfikacjach z uzasadnieniem ich wprowadzenia, co niewątpliwie może służyć budowaniu wzajemnego zaufania pomiędzy stronami umowy deweloperskiej.

Bibliografia

- Młyńczak A., *Opinia prawna o zgodności poselskiego projektu ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego z prawem Unii Europejskiej*, BAS-WAPEiM-1471/11, Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2011.
- Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019.
- Wenda W., *Odstąpienie od umowy deweloperskiej jako instrument ochrony praw nabywcy*, C.H. Beck, Warszawa 2018.

Abstract

Pre-contractual Information Obligations of the Developer and Change of the Development Project After the Conclusion of the Development Contract

The aim of the article is to answer the question whether the regulations of the Act on Protection of Rights of Buyers of Residential Premises or Single-Family House of 16 September 2011 are in place. (Journal of Laws No. 232, item 1377), i.e. of 30 August 2019. (Journal of Laws of 2019, item 1805) – hereinafter referred to as the Developer's Act, are sufficient in the context of the developer's information obligations. The author specifically referred to the obligation to provide information on a development project.

In the opinion of the author, the Developer's Act does not provide the purchaser with sufficient protection in the period between the conclusion of the development contract and the date of transfer of the ownership right (residential unit or single-family house). Therefore, the author considers the legitimacy of amending the Development Act to introduce the buyer's right to withdraw from the development contract in the case of significant changes to the development project in the period between the conclusion of the development contract and the date of accession to the promised contract. Also, the author notes that not every change in a development project, which the developer could not foresee at the time of concluding the development contract, should give the purchaser the right to withdraw from the contract. It cannot be forgotten about the complexity of a development project, which means that it would not be justified to fully burden the developer with investment risk.

Key words: development contract, development project, information duties of the developer, withdrawal from the development contract

Streszczenie

Przedkontraktowe obowiązki informacyjne dewelopera, a zmiana przedsięwzięcia deweloperskiego po zawarciu umowy deweloperskiej

Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy regulacje ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego z dnia 16 września 2011 r. (Dz.U. Nr 232, poz. 1377), tj. z dnia 30 sierpnia 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1805) – dalej zwana **Ustawą Deweloperską**, są wystarczające w kontekście obowiązków informacyjnych dewelopera. Autorka w sposób szczególny odniosła się do obowiązku informacji na temat przedsięwzięcia deweloperskiego. Zdaniem autorki Ustawa Deweloperska nie daje nabywcy dostatecznej ochrony w okresie pomiędzy zawarciem umowy deweloperskiej, a terminem przeniesienia prawa własności (lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego). W związku z tym autorka rozważa zasadność zmiany Ustawy Deweloperskiej, jaka miałaby polegać na wprowadzeniu uprawnienia nabywcy do odstąpienia od umowy deweloperskiej w sytuacji, gdy nastąpią istotne zmiany dotyczące przedsięwzięcia deweloperskiego, w okresie pomiędzy zawarciem umowy deweloperskiej, a nadejściem terminu na przystąpienie do umowy przyrzeczonej (rozporządzającej). Jednocześnie autorka zauważa, że nie każda zmiana przedsięwzięcia deweloperskiego, której deweloper nie mógł przewidzieć w momencie zawierania umowy deweloperskiej, powinna dawać uprawnienie nabywcy do odstąpienia od umowy. Nie można bowiem zapominać o złożoności przedsięwzięcia deweloperskiego, co oznacza, że nie byłoby uzasadnionym obciążanie dewelopera w pełni ryzykiem inwestycyjnym.

Słowa kluczowe: umowa deweloperska, przedsięwzięcie deweloperskie, obowiązki informacyjne dewelopera, odstąpienie od umowy deweloperskiej

Beata Więżowska-Czepiel

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0002-0869-6562

Sztuczna inteligencja w arbitrażu – AI w roli arbitra?

Wprowadzenie

Rozwiązywanie sporów jest niewątpliwie jedną z dziedzin, w której sztuczna inteligencja (skrót: SI, ang. *artificial intelligence*, AI)¹ będzie miała duże znaczenie. Wśród szerokiego spektrum możliwości wykorzystania AI w arbitrażu, materię budzącą największe kontrowersje stanowi zagadnienie możliwości

¹ Nie istnieje jednolita, powszechnie przyjęta definicja sztucznej inteligencji. W komunikacie do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów *Sztuczna inteligencja dla Europy* (COM(2018) 237 final, Bruksela, 25.04.2018, s. 1, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/PL/COM-2018-237-F1-PL-MAIN-PART-1.PDF> [dostęp: 19.09.2020]) Komisja Europejska wskazała, że „[...] termin sztuczna inteligencja odnosi się do systemów, które wykazują inteligentne zachowanie dzięki analizie otoczenia i podejmowaniu działań – do pewnego stopnia autonomicznie – w celu osiągnięcia konkretnych celów. Systemy SI mogą być oparte na oprogramowaniu, działając w świecie wirtualnym (np. asystenci głosowi, oprogramowanie do analizy obrazu, wyszukiwarki, systemy rozpoznawania mowy i twarzy), lub mogą być wbudowane w urządzenia (np. zaawansowane roboty, samochody autonomiczne, drony lub aplikacje internetu rzeczy)”. Definicja ta została doprecyzowana przez niezależną grupę ekspertów wysokiego szczebla ds. sztucznej inteligencji, powołaną przez Komisję Europejską, w Wytocznych w zakresie etyki dotyczącej godnej zaufania sztucznej inteligencji (Bruksela 2019, s. 48, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2019/11-06/Ethics-guidelines-AI_PL.pdf [dostęp: 19.09.2020]): „Systemy sztucznej inteligencji (SI) to oprogramowania komputerowe (i ewentualnie również sprzęt komputerowy) stworzone przez człowieka, które, biorąc pod uwagę złożony cel, działają w wymiarze fizycznym lub cyfrowym poprzez postrzeganie ich otoczenia dzięki gromadzeniu danych, interpretacji zebranych ustrukturyzowanych lub nieustrukturyzowanych danych, rozumowaniu na podstawie wiedzy lub przetwarzaniu informacji pochodzących z tych danych oraz podejmowaniu decyzji w sprawie najlepszych działań, które należy podjąć w celu osiągnięcia określonego celu. Systemy SI mogą wykorzystywać symboliczne reguły albo uczyć się modelu numerycznego, a także dostosowywać swoje zachowanie, analizując wpływ ich poprzednich działań na otoczenie”.

zastąpienia nią człowieka w roli arbitra². Niniejsze opracowanie jest drugim z cyklu artykułów³ analizujących rolę sztucznej inteligencji w arbitrażu przy rozstrzygnięciu sporu w świetle obowiązujących regulacji arbitrażowych poprzez identyfikację barier prawnych w tym zakresie. Punktem odniesienia jest polski porządek prawny, ujęty w konwencjach międzynarodowych, których Polska jest stroną, oraz zgodnie z Kodeksem postępowania cywilnego⁴, zestawiony z rozwiązaniami funkcjonującymi w wybranych państwach.

Sztuczna inteligencja w roli arbitra. Wymogi dotyczące osoby arbitra

Perspektywa dotycząca możliwości zastąpienia człowieka przez sztuczną inteligencję w roli arbitra może *prima facie* wydawać się bardziej realna i bliższa niż w przypadku sędziów sądów państwowych. Arbitraż jest prywatną metodą rozstrzygnięcia sporów cywilnoprawnych, opartą na autonomii woli stron. Autonomia ta przejawia się w wielu kwestiach dotyczących arbitrażu, począwszy od samej decyzji stron o poddaniu sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, przez wybór reguł postępowania, po dobór arbitrów, którzy rozstrzygną spór. Jest to sytuacja diametralnie inna od tej, jaka ma miejsce w sądownictwie państwowym, gdzie strony nie mają żadnego wpływu na wybór sędziego. Skoro strony decydują o wyborze arbitrów, nasuwa się pytanie, dlaczego nie mogłyby podjąć decyzji o powierzeniu mandatu arbitra AI zamiast człowiekowi?

Ograniczeniem dopuszczalności przejęcia przez sztuczną inteligencję roli arbitrów może być obowiązujące prawo arbitrażowe. Konwencje międzynarodowe w dziedzinie arbitrażu nie odnoszą się bezpośrednio do tej problematyki, co – mając na uwadze, że w okresie ich sporządzania nie przewidywano jeszcze możliwości wyrokowania przez AI – jest zrozumiałe⁵. Jednak ani

² W pełni zautomatyzowany system AI, który miałby zastąpić człowieka, musiałby wykonywać pełne spektrum zadań związanych z prowadzeniem postępowania arbitrażowego, począwszy od procesu przyjęcia sprawy, w tym m.in. prowadzenie rozpraw czy posiedzeń, przeprowadzanie postępowania dowodowego, dokonywanie analiz prawnych i faktycznych, wydanie wyroku, czy sporządzenie uzasadnienia. O ile już na obecnym etapie rozwoju sztucznej inteligencji możliwe jest wsparcie człowieka przy niektórych z wymienionych czynności, póki co nie istnieje system, który mógłby przejąć całość zadań należących do arbitra. Por. H. Eidenmueller, F. Varesis, *What is an Arbitration? Artificial Intelligence and the Vanishing Human Arbitrator*, SSRN, 15.07.2020, s. 16–17, <https://ssrn.com/abstract=3629145> [dostęp: 19.09.2020]. Nie oznacza to jednak, że taki system nie może powstać we – wcale nie tak odległej – przyszłości.

³ Pierwszy z artykułów *Sztuczna inteligencja w arbitrażu – wsparcie dla arbitrów w procesie podejmowania decyzji*, ukazał się w: „Studia Prawnicze” 2019, nr 2, s. 57–65.

⁴ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.

⁵ Por. Ch. Sim, *Will Artificial Intelligence Take over Arbitration?*, „Asian Journal of International Arbitration” 2018, Vol. 14, No. 1, s. 3.

Konwencja nowojorska o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych⁶, ani też Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym⁷ nie zawierają żadnych postanowień, które wprost przesądzałyby o konieczności sprawowania roli arbitra przez człowieka⁸.

⁶ Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r., Dz.U. z 1962, nr 9, poz. 41.

⁷ Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym, sporządzona w Genewie dnia 21 kwietnia 1961 r., Dz.U. z 1964, nr 40 poz. 270.

⁸ Artykuł I ust. 2 Konwencji nowojorskiej wskazuje, że przez określenie „orzeczenie arbitrażowe” należy rozumieć „[...] nie tylko orzeczenia wydawane przez arbitrow powołanych dla odnośnej sprawy, ale również orzeczenia wydawane przez stałe instytucje arbitrażowe, którym się strony poddały”. Według art. 1 ust. 2 lit. b) Konwencji europejskiej termin „arbitraż» oznacza rozpoznawanie sporów tak przez arbitrow, mianowanych dla każdej oddzielnej sprawy (arbitraż *ad hoc*), jak i przez stałe instytucje arbitrażowe”. Wspomniane konwencje nie przesądają natomiast o tym, kto może sprawować funkcję arbitra. Należy jednak zaznaczyć, że funkcjonowanie autonomicznego systemu sztucznej inteligencji w roli arbitra, powiązane jest z zagadnieniem przyznania AI podmiotowości prawnej. Zob. H. Eidenmueller, F. Varesis, *op. cit.*, s. 21–22. W UE propozycja rozważenia wprowadzenia nowej formy podmiotowości – osoby elektronicznej do systemów prawnych państw członkowskich została przedstawiona w Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lutego 2017 r. zawierającej zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki (2015/2103[INL]), Dz. Urz. UE C 252/239, 18.7.2018. Punkt 59 lit. f) rezolucji zawiera wezwanie do Komisji, aby „przeprowadzając oceny skutków swych przyszłych instrumentów prawnych – zbadała, przeanalizowała i rozważyła konsekwencje wszystkich możliwych rozwiązań prawnych [...]” dotyczących nadania „robotom specjalnego statusu prawnego w perspektywie długoterminowej, aby przynajmniej najbardziej rozwiniętym robotom autonomicznym można było nadać status osób elektronicznych odpowiedzialnych za naprawianie wszelkich szkód, jakie mogłyby wyrządzić, oraz ewentualne stosowanie osobowości elektronicznej w przypadkach podejmowania przez roboty autonomicznych decyzji lub ich niezależnych interakcji z osobami trzecimi”. Kwestia zapewnienia systemom oprogramowania sztucznej inteligencji osobowości prawnej została zarzucona w późniejszych dokumentach. Por. np. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie ram aspektów etycznych sztucznej inteligencji, robotyki i powiązanych z nimi technologii (2020/2012[INL]), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PL.html; Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczna inteligencję (2020/2014[INL]), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PL.html; Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. w sprawie praw własności intelektualnej w dziedzinie rozwoju technologii sztucznej inteligencji (2020/2015[INI]), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_PL.pdf [dostęp: 18.11.2020]. Odnośnie do problematyki podmiotowości prawej sztucznej inteligencji w literaturze zob. np. M. Jankowska, *Podmiotowość prawna sztucznej inteligencji?*, [w:] *O czym mówią prawnicy, mówiąc o podmiotowości*, red. A. Bielska-Brodziak, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2015, s. 171–196; M. Rojszczak, *Prawne aspekty systemów sztucznej inteligencji – zarys problemu*, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 1–22; M. Uliasz, *Sztuczna inteligencja jako sztuczna osoba prawna*, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain..., op. cit.*, s. 23–37; A. Chłopecki, *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 113–116.

Ustawodawstwa arbitrażowe poszczególnych państw nie zawierają postanowień, które *expressis verbis* poruszałyby kwestię możliwości przyznania sztucznej inteligencji statusu arbitra. W niektórych porządkach prawnych taka ewentualność jest wykluczona ze względu na szczególne wymogi stawiane wobec arbitrów, takie jak wymóg pełnienia funkcji arbitra przez osobę fizyczną, czy konieczność posiadania przez niego zdolności do czynności prawnych. Artykuł 1450 francuskiego Kodeksu postępowania cywilnego stanowi, że „misja arbitra może być wykonywana wyłącznie przez osobę fizyczną, w pełni korzystającą ze swoich praw”⁹. Zgodnie z art. 13 hiszpańskiej ustawy 60/2003 o arbitrażu¹⁰ osoby fizyczne, które w pełni korzystają ze swoich praw obywatelskich, mogą być arbitrami, jeżeli nie zostały pozbawione prawa do wykonywania swojego zawodu. Z kolei § 6 ust. 1 słowackiej ustawy 244/2002 o arbitrażu¹¹ przewiduje, że „arbitrem może być każda osoba fizyczna uzgodniona przez strony, jeżeli jest pełnoletnia, ma pełną zdolność do czynności prawnych i cieszy się nieposzlakowaną opinią, chyba że przepis szczególny lub niniejsza ustawa stanowią inaczej”.

Istnieją jednak krajowe porządki prawne, które nie zawierają podobnych ograniczeń. Są to ustawodawstwa, które w ślad za ustawą modelową UNCITRAL¹² nie wprowadzają definicji arbitra¹³, a tym samym pozostawiają kwestię wyrokowania przez AI otwartą. Do tej grupy systemów prawnych należą np. Niemcy, Austria, a także Korea¹⁴.

⁹ Code de procédure civile, Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006070716.pdf&size=786,7%20Ko&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/07/16/LEGITEXT000006070716/LEGITEXT000006070716.pdf&title=Code%20de%20proc%C3%A9dure%20civile> [dostęp: 19.09.2020]. Artykuł 1450 znajduje się w księdze IV, tytule I, rozdziale II franc. k.p.c., regulującym krajowe postępowania arbitrażowe. Przepis ten nie ma zastosowania w arbitrażu międzynarodowym.

¹⁰ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE-A-2003, <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/23/60/con> [dostęp: 19.09.2020].

¹¹ Zákon z 3. apríla 2002 o rozhodcovskom konaní, Zákon č. 244/2002 Z. z <https://www.zakony-preludi.sk/zz/2002-244> [dostęp: 19.09.2020].

¹² *Model Law on International Commercial Arbitration* – dokument przyjęty przez Komisję Organizacji Narodów Zjednoczonych do Spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego w dniu 21 czerwca 1985 r., przyjęty i zarekomendowany państwom członkowskim w dniu 11 grudnia 1985 r. przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych, zmieniony w 2006 r.

¹³ Zob. W. Maxwell, G. Vannieuwenhuyse, *Robots Replacing Arbitrators: Smart Contract Arbitration*, „ICC Dispute Resolution Bulletin” 2018, Issue 1, s. 31. Aczkolwiek w ustawie modelowej UNCITRAL można doszukiwać się postanowień, które w sposób pośredni ograniczają możliwość sprawowania funkcji arbitra przez SI. Przykładowo: art. 11 ust. 1 ustawy modelowej odnosi się do właściwości, którą posiadać może jedynie człowiek, tj. narodowości arbitra. Por. Ch. Sim, *op. cit.*, s. 3.

¹⁴ Koreańska ustawa o arbitrażu w art. 3 ust. 3 „definiuje «trybunał arbitrażowy» jako «jednego arbitra lub grupę arbitrów prowadzących postępowanie arbitrażowe i wydających wyrok arbi-

Polska zalicza się do grupy państw, które wyraźnie przewidują, że funkcję arbitra może pełnić wyłącznie osoba fizyczna. Zgodnie z art. 1170 § 1 k.p.c. „arbitrem może być osoba fizyczna bez względu na obywatelstwo, mająca pełną zdolność do czynności prawnych”. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i określa minimalne wymagania co do osoby arbitra, które muszą być zachowane w każdym postępowaniu arbitrażowym z miejscem postępowania w Polsce¹⁵. Naruszenie wymogów zawartych w art. 1170 § 1 k.p.c. stanowi podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego w oparciu o okoliczność wymienioną w art. 1206 § 1 pkt 4 k.p.c., tj. niezachowanie „wymagań co do składu sądu polubownego lub podstawowych zasad postępowania przed tym sądem, wynikających z ustawy lub określonych przez strony”¹⁶. Jest to podstawa, której sąd powszechny nie może uwzględnić z urzędu, a jedynie na wniosek strony¹⁷. Jeżeli jednak potraktować przewidziany w art. 1170 § 1 k.p.c. wymóg, że arbiter może być wyłącznie osobą fizyczną, jako podstawową zasadę polskiego porządku prawnego, co nie jest wykluczone (o czym poniżej), wydanie wyroku przez SI w roli arbitra, mogłoby być podstawą do uchylenia wyroku sądu polubownego w oparciu o art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c., tj. sprzeczność wyroku sądu polubownego z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powyższą podstawę uchylenia, określaną jako klauzulę porządku publicznego¹⁸, sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę z urzędu.

W razie niezaskarżenia wyroku sądu polubownego do sądu powszechnego, zastanowienia wymaga, czy wyrok wydany przez sztuczną inteligencję mógłby zostać wykonany. W przypadku krajowych orzeczeń arbitrażowych brak jest analogicznej do art. 1206 § 1 pkt 4 k.p.c. podstawy odmowy uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego. Art. 1214 § 3 k.p.c. przewiduje jedynie dwie podstawy odmowy uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej, którymi są: brak zdatności arbitrażowej sporu i sprzeczność z podstawowymi za-

trażowy»”. Zob. P. Billiet, F. Nordlund, *A new beginning – artificial intelligence and arbitration*, „Korean Arbitration Review” 2018, Issue 9, s. 27.

¹⁵ Por. R. Flejszar, *Arbiter – sędzia z wyboru*, „ADR. Arbitraż i Mediacje” 2010, nr 4, s. 8–9.

¹⁶ W literaturze podkreśla się, że przez „wymagania co do składu sądu polubownego” należy rozumieć m.in. ustawowe kwalifikacje podmiotowe do pełnienia funkcji arbitra, wynikające z art. 1170 k.p.c. Zob. R. Uliasz, *Kwalifikacje podmiotowe arbitrów i mediatorów*, „ADR. Arbitraż i Mediacje” 2014, nr 4, s. 75; M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowania postarbitrażowe*, [w:] *System Prawa Handlowego. Arbitraż handlowy*, t. 8, red. A. Szumański, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 712.

¹⁷ Ze względu na bezwzględnie obowiązujący charakter przepisu art. 1170 k.p.c. należy uznać, że zarzut ten nie podlega prekluzji zgodnie z art. 1193 k.p.c., a zatem nawet mimo jego niepodniesienia w postępowaniu arbitrażowym, będzie można go zgłosić dopiero w postępowaniu w sprawie o uchylenie wyroku sądu polubownego.

¹⁸ Jest to określenie ustawowe.

sadami porządku prawnego RP. Jedynie przyjęcie, że uznanie lub wykonanie wyroku sądu polubownego wydanego z udziałem AI w roli arbitra lub ugody przed nim zawartej byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, mogłoby uzasadniać odmowę przymusowego wykonania tego wyroku w Polsce, przy założeniu, że żadna ze stron nie wniosłaby do sądu państwowego skargi o jego uchylenie.

W związku z tym należy rozważyć, czy zasada rozstrzygania sporu w arbitrażu przez osobę fizyczną stanowi podstawową zasadę polskiego porządku prawnego.

Klauzula porządku publicznego służy ochronie porządku prawnego państwa, w którym orzeczenie nie pochodzące od jego własnego organu sądowego ma odnieść skutek prawny¹⁹. Przez podstawowe zasady porządku prawnego stanowiące podstawę oceny wyroku sądu arbitrażowego należy rozumieć normy konstytucyjne oraz naczelne normy w poszczególnych dziedzinach prawa²⁰. W ramach zasad porządku publicznego wyodrębnia się materialnoprawny oraz procesowy porządek publiczny²¹. Ten ostatni przejawia się w kontroli prawidłowości postępowania, które doprowadziło do wydania wyroku arbitrażowego, a tym samym może potencjalnie obejmować również kwestię wydania wyroku przez arbitra będącego w istocie programem komputerowym²². Klauzula porządku publicznego jest klauzulą generalną²³, stąd

¹⁹ Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 281.

²⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.4.2000 r., II CKN 267/00, OSNC 2000 nr 11, poz. 203; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3.9.2009 r., I CSK 53/09, OSNC-ZD 2010, nr A, poz. 25 oraz Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4.12.2015 r., I CSK 26/15, LEX nr 1968430.

²¹ Por. T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 399.

²² Należy jednak odnotować, że w literaturze istnieje również pogląd, zgodnie z którym klauzula porządku publicznego zaczyna się tam, gdzie kończy się działanie innych podstaw odmowy wykonania orzeczenia arbitrażowego czy jego uchylenia, w szczególności tych uwzględnianych na wniosek strony. M. Pilich, *Klauzula porządku publicznego w postępowaniu o uznanie i wykonanie zagranicznego orzeczenia arbitrażowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 1, s. 176 i n. Powyższe stanowisko ogranicza procesowe znaczenie klauzuli porządku publicznego wyłącznie do kwestii, które nie są objęte zakresem innych podstaw. Krytycznie wobec tego stanowiska odnoszą się M. Łaszczuk, J. Szpara, *op. cit.*, s. 725. Podnoszą oni, że klauzula porządku publicznego obejmuje wszystkie te przyczyny uchylenia lub odmowy uznania albo stwierdzenia wykonalności, które mają charakter najpoważniejszy – na tyle, że uzasadnia to wzięcie ich pod uwagę z urzędu, choćby nie powołała się na nie strona. Na gruncie Konwencji nowojorskiej pogląd, że brak możliwości odmowy wykonania orzeczenia na podstawie art. V ust. 1 lit. d) Konwencji nie ma wpływu na dopuszczalność ewentualnego zastosowania art. V ust. 2 lit. b) Konwencji prezentuje J.A. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, T.M.C. Asser Institute, Haga 1981, s. 331.

²³ W wyroku z dnia z 16.02.2011 r., II CSK 425/10, LEX nr 1027168, SN stwierdził, że „klauzula *ordre public* [public policy] jest klauzulą generalną i jako taka jest pojęciowo otwarta, a wyjaśnienie jej treści pozostawione jest sądowi orzekającemu w danej sprawie”.

proces konkretyzacji jej treści należy do organu stosującego prawo, tj. sądu państwowego orzekającego w postępowaniu postarbitrażowym²⁴. Pojęcie porządku publicznego jest przy tym zmienne w czasie i ewoluuje wraz ze zmianą kontekstów: politycznego, społecznego, kulturowego i ekonomicznego. O ile obecnie uznanie, że zasada rozstrzygania sporu w arbitrażu przez osobę fizyczną stanowi podstawową zasadę polskiego porządku prawnego pozostaje kwestią otwartą, o tyle nie jest wykluczone, że za kilkanaście, być może kilkadziesiąt lat, wobec upowszechnienia sztucznej inteligencji i przejmowania przez nią coraz to nowych ról, w tym w zakresie rozstrzygania sporów, idea powierzenia AI mandatu arbitra uzyska powszechną akceptację, a wyrok w ten sposób wydany będzie mógł być wykonywany bez przeszkód.

Z perspektywy polskiego porządku prawnego istotną kwestią wymagającą refleksji jest także możliwość uznania i wykonania wyroku arbitrażowego wydanego za granicą, w przypadku w którym strony funkcję arbitra powierzą AI. Uznawanie i wykonywanie zagranicznych orzeczeń arbitrażowych w Polsce odbywa się na zasadach przewidzianych w art. 1215 k.p.c.²⁵ oraz w Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych²⁶. Z uwagi na pierwszeństwo stosowania Konwencji

²⁴ W tym kontekście wątpliwości budzić może zaproponowana (w formie zagadnienia pod dyskusję) przez Katarzynę Szczudlik zmiana legislacyjna, przewidująca wprowadzenie ograniczenia możliwości powoływania się na przesłankę uchylenia wyroku sądu arbitrażowego z uwagi na sprzeczność wyroku z porządkiem prawnym RP, jeżeli strony w zapisie na sąd polubowny przewidziały wydanie wyroku przez AI. Klauzula porządku publicznego jako klauzula generalna powinna pozostać pojęciowo otwarta; kazuistyka w tym zakresie nie wydaje się pożądana. Jak zresztą zauważa autorka, wprowadzone ograniczenia miałyby jedynie znaczenie w odniesieniu do krajowych wyroków arbitrażowych, a jej propozycja dotyczy wyłącznie doprecyzowania podstawy skargi o uchylenie (art. 1206 k.p.c.). W tym względzie, tj. w odniesieniu do arbitrażu krajowego, wystarczające byłoby jednak przesądzenie w sposób wyraźny w art. 1170 k.p.c., że rola arbitra może zostać powierzona AI, co wyeliminowałoby konieczność dokonywania zmian w art. 1206 k.p.c. Ewentualne zmiany w zakresie przyczyn odmowy uznawania i wykonywania zagranicznych wyroków arbitrażowych wymagałyby natomiast zmian w Konwencji nowojorskiej, co chociażby ze względu na konieczność procesów ratyfikacyjnych nie wydaje się realne. Bardziej zasadny jest inny postulat autorki, dotyczący konieczności zbudowania wśród sędziów i praktyków zrozumienia nadchodzących zmian technologicznych w zakresie AI, co mogłoby zapobiec uchylaniu i odmowom stwierdzenia wykonalności wyroków wydanych przez AI/z udziałem AI w sytuacji, gdy strony postępowania zgodziły się na jej użycie. Por. K. Szczudlik, *Rozwiązywanie sporów (arbitraż) a Sztuczna Inteligencja*, [w:] *Założenia do strategii AI w Polsce. Plan działań Ministerstwa Cyfryzacji*, Ministerstwo Cyfryzacji, Warszawa 2018, s. 183, <http://cli.re/LNXz9N> [dostęp: 19.09.2020].

²⁵ Artykuł 1215 k.p.c. dotyczy wyroku sądu polubownego oraz ugody przed nim zawartej, gdy miejsce wydania wyroku lub zawarcia ugody znajdowało się za granicą.

²⁶ Art. I ust. 1 Konwencji nowojorskiej „odnosi się do uznawania i wykonywania orzeczeń arbitrażowych, które wskutek sporów między osobami fizycznymi lub prawnymi zostały wydane na obszarze państwa innego niż to, w którym żąda się uznania i wykonania tych orzeczeń”, a także do „[...] orzeczeń arbitrażowych, które w państwie, w którym żąda się ich uznania i wykonania, nie są uważane za orzeczenia krajowe”.

nowojorskiej przed regulacją k.p.c., art. 1215 k.p.c. ma znaczenie marginalne i znajduje zastosowanie w zakresie w niej nieuregulowanym²⁷. Podstawy odmowy uznania albo stwierdzenia wykonalności zagranicznego wyroku arbitrażowego określone w art. V Konwencji są zbieżne z tymi, które przewiduje art. 1215 k.p.c.

Zgodnie z art. V ust. 1 lit. d) Konwencji nowojorskiej przyczyną odmowy uznania i wykonania orzeczenia na wniosek strony, przeciwko której orzeczenie jest skierowane, jest dostarczenie właściwej władzy, do której skierowano żądanie uznania i wykonania, dowodu „że bądź to skład sądu arbitrażowego, bądź też procedura arbitrażowa nie były zgodne z umową stron, lub – w razie braku takiej umowy – że nie były zgodne z prawem kraju, w którym odbył się arbitraż”. Przepis art. 1215 § 2 pkt 4 k.p.c. stanowi, że „[...] sąd na wniosek strony odmawia uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego za granicą lub ugody zawartej przed sądem polubownym za granicą, jeżeli strona wykaże, że [...] skład sądu polubownego lub postępowanie przed tym sądem nie były zgodne z umową stron lub – w braku w tym przedmiocie umowy – nie były zgodne z prawem państwa, w którym przeprowadzono postępowanie przed sądem polubownym”. Powyższe regulacje przyznają pierwszeństwo umowie stron co do składu sądu polubownego przed przepisami prawa państwa miejsca arbitrażu²⁸. W konsekwencji naruszenie przepisów prawa miejsca arbitrażu nie powinno mieć wpływu na uznanie i wykonanie zagranicznego orzeczenia, jeżeli skład sądu polubownego powołany był zgodnie z umową stron²⁹. Art. V ust. 1 lit. d) Konwencji

²⁷ Poza zakresem zastosowania Konwencji nowojorskiej pozostają ugody zawarte przed sądem polubownym. Zob. T. Erciński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 6: *Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, red. nauk. *idem*, wyd. 5. Wolters Kluwer, Warszawa 2017, komentarz do art. 1215, Nb 1. Ponadto Polska przy podpisywaniu Konwencji nowojorskiej zgłosiła zastrzeżenia, o których mowa w art. I ust. 3 Konwencji, ograniczające jej stosowanie do orzeczeń wydawanych jedynie na obszarze innego umawiającego się państwa oraz do sporów wynikłych jedynie z takich stosunków prawnych, które uważane są według prawa krajowego za handlowe. Jakkolwiek obowiązywanie wspomnianych zastrzeżeń budzi kontrowersje z uwagi na brak ich powtórzenia przy ratyfikacji, uznaje się je za obowiązujące. Zob. M. Łaszczuk, J. Szpara, *op. cit.*, s. 801 i n.

²⁸ Na gruncie Konwencji nowojorskiej; A.J. van den Berg, *op. cit.*, s. 323. Autor wskazuje, że zamiarem twórców Konwencji nowojorskiej było ograniczenie roli prawa kraju miejsca arbitrażu przy uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych. Podkreśla on również różnicę między brzmieniem Konwencji nowojorskiej a jej poprzedniczką, Konwencją o wykonywaniu obcych orzeczeń arbitrażowych, sporządzoną w Genewie w dniu 26 września 1927 r. (Polska nie przystąpiła do tej konwencji), która przewidywała możliwość odmowy uznania i wykonania orzeczenia, jeżeli skład sądu arbitrażowego bądź procedura arbitrażowa nie były zgodne z umową stron i prawem kraju, w którym odbył się arbitraż.

²⁹ Zob. M. Łaszczuk, J. Szpara, *op. cit.*, s. 817; A.J. van den Berg, *op. cit.*, s. 324; N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Oxford University Press, New York 2009, s. 648.

nowojorskiej, jak też art. 1215 § 2 pkt 4 k.p.c. nie stoją zatem na przeszkodzie uznaniu i wykonaniu zagranicznego wyroku wydanego przez sztuczną inteligencję, jeśli strony zawarłyby umowę o rozstrzygnięcie przez nią sporu, bez względu na to, czy porządek prawny państwa miejsca arbitrażu dopuszczałby przyznanie AI statusu arbitra, czy też wykluczał taką możliwość, jak również wtedy, gdy pomijałby tę kwestię milczeniem³⁰.

Nie oznacza to jednak, że taki wyrok musiałby automatycznie zostać w Polsce wykonany. Zarówno w świetle Konwencji nowojorskiej³¹, jak i przepisów k.p.c. dotyczących uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego wydanego za granicą lub ugody zawartej przed sądem polubownym za granicą³², sąd państwowy w postępowaniu delibacyjnym – podobnie jak ma to miejsce w przypadku orzeczeń krajowych – ma obowiązek zbadać z urzędu, czy uznanie lub wykonanie wyroku sądu polubownego nie jest sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP³³.

Wymogi dotyczące treści i formy wyroku arbitrażowego

Inną barierę stojącą na przeszkodzie możliwości rozstrzygnięcia sporów przez AI mogą stanowić wymogi dotyczące treści i formy wyroku arbitrażowego. Dotyczy to konieczności podpisania wyroku przez arbitrów oraz obligatoryjności sporządzenia jego uzasadnienia.

Podpisanie wyroku przez arbitra/arbitrów jest wymogiem przewidzianym w art. 31 ust. 1 ustawy modelowej UNCITRAL³⁴ i powszechnie przyjmowanym w krajowych ustawach odnoszących się do arbitrażu. Tytułem przykładu można wymienić art. 1480 zd. 2 francuskiego Kodeksu postępowania

³⁰ Przepisy dotyczące miejsca arbitrażu byłyby zatem relewantne dopiero w przypadku braku umowy stron co do tej kwestii.

³¹ Zgodnie z Art. V ust 2. lit. b) Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych „odmowa uznania i wykonania orzeczenia arbitrażowego może nastąpić [...], jeżeli właściwa władza kraju, w którym postawiono żądanie uznania i wykonania, stwierdzi, [...] że uznanie lub wykonanie orzeczenia byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym tego kraju”.

³² Art. 1215 § 2 k.p.c. zawiera odesłanie do art. 1214 § 3 pkt 2 k.p.c., który stanowi, że „sąd odmawia uznania albo stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej, jeżeli [...] uznanie lub wykonanie wyroku sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego)”.

³³ Na gruncie k.p.c. uchylenie wyroku na podstawie tej przesłanki jest obligatoryjne, natomiast na kanwie Konwencji nowojorskiej fakultatywne.

³⁴ Art. 31 ust. 1 ustawy modelowej UNCITRAL przewiduje, że wyrok powinien być sporządzony na piśmie i podpisany przez arbitra lub arbitrów. W postępowaniu arbitrażowym z więcej niż jednym arbitrem wystarczą podpisy większości członków trybunału arbitrażowego, z zastrzeżeniem podania przyczyny pominięcia brakujących podpisów.

cywilnego³⁵, § 1054 ust. 1 niemieckiego Kodeksu postępowania cywilnego³⁶, czy § 606 ust. 1 austriackiego Kodeksu postępowania cywilnego³⁷. Również polski ustawodawca traktuje podpis jako konieczny element wyroku. Według art. 1197 § 1 k.p.c. „wyrok sądu polubownego powinien być sporządzony na piśmie i podpisany przez arbitrow, którzy go wydali. Jeżeli wyrok jest wydany przez sąd polubowny rozpoznający sprawę w składzie trzech lub więcej arbitrow, wystarczą podpisy większości arbitrow z podaniem przyczyny braku pozostałych podpisów”. Przy składzie większym niż dwuosobowy możliwe jest zatem teoretycznie, aby w sytuacji, gdy strony powołałyby do składu orzekającego trzech arbitrow, a rolę jednego z nich powierzyłyby sztucznej inteligencji, wyrok został podpisany przez dwóch pozostałych arbitrow. Z treści art. 1197 § 1 k.p.c. wynika jednak, że podpis pod wyrokiem złożyć muszą bezwzględnie arbiter jedyny oraz arbitrzy w dwuosobowym składzie orzekającym. W polskiej doktrynie przyjmuje się, że złożenie podpisów przez arbitrow należy do przesłanek konstytutywnych wyroku³⁸, a wyrok sądu polubownego, który nie zostanie podpisany zgodnie z wymogami wynikającymi z art. 1197 § 1 k.p.c., należy uznać za wyrok nieistniejący (*sententia non existens*³⁹).

³⁵ Według art. 1480 zd. 2 franc. k.p.c. wyrok arbitrażowy „powinien być podpisany przez wszystkich arbitrow”. Przepis art. 1480 zd. 3 stanowi, że „jeżeli mniejszość arbitrow odmówiła podpisu, należy o tym wspomnieć w wyroku, a wyrok ma tę samą moc, jakby został podpisany przez wszystkich arbitrow”. Zgodnie z art. 1483 postanowienia art. 1480 przewidziane są pod rygorem nieważności. Brak wymaganych podpisów arbitrow pod wyrokiem stanowi, stosownie do art. 1492⁶ franc. k.p.c., podstawę do uchylecia wyroku. Powyższe przepisy stosuje się do arbitrażu krajowego.

³⁶ Przepis § 1054 ust. 1 niem. k.p.c. przewiduje, że „wyrok sądu polubownego powinien być wydany na piśmie i podpisany przez arbitra lub arbitrow. W postępowaniu arbitrażowym z udziałem więcej niż jednego arbitra wystarczają podpisy większości członków sądu arbitrażowego, o ile zostanie wskazany powód braku podpisu”; Zivilprozessordnung, <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html#BJNR005330950BJNG079200301> [dostęp: 19.09.2020].

³⁷ Zgodnie z § 606 ust. 1 austr. k.p.c. „wyrok sądu polubownego powinien być wydany na piśmie i podpisany przez arbitra lub arbitrow. Jeżeli strony nie uzgodniły inaczej, w postępowaniu arbitrażowym z udziałem więcej niż jednego arbitra wystarczają podpisy większości członków sądu arbitrażowego, o ile arbiter przewodniczący lub inny arbiter uczyni w wyroku wzmiankę o tym, jaka przeszkoda spowodowała brak podpisu”; Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. StF: RGBl. Nr. 113/1895, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699> [dostęp: 19.09.2020].

³⁸ Obok wymogu zachowania formy pisemnej wyroku arbitrażowego. Zob. Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu polubownego w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 187–190.

³⁹ Por. *idem*, *Wyrok arbitrażowy nieistniejący w postępowaniu o uznanie i stwierdzenie wykonaności (wybrane zagadnienia)*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 1, s. 31 i n.; T. Strumiłło, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2: *Komentarz do art. 730–1217*, red. J. Jankowski, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2019, komentarz do art. 1197, Nb 5; K. Górski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2: *Komentarz do art. 506–1217*, red. T. Szancilo, C.H. Beck, Warszawa 2019, komentarz do art. 1197, Nb 2 i 5.

W konsekwencji nie jest możliwe jego uznanie albo stwierdzenie jego wykonalności przez sąd⁴⁰.

Dopuszczenie możliwości wyrokowania przez AI w arbitrażu toczącym się według przepisów polskiego k.p.c., wymagałoby zatem rozważenia, w jaki sposób należałoby uregulować „składanie podpisów” przez sztuczną inteligencję. Jedną z przedstawionych w doktrynie propozycji jest złożenie podpisu przez administratora systemu w ramach stałej instytucji arbitrażowej, oferującej możliwość rozstrzygnięcia sporów przez AI bądź też przez samą instytucję arbitrażową⁴¹.

Drugim z wymogów dotyczących wyroku arbitrażowego, którego wypełnienie może rodzić problemy prawne, w przypadku, gdy rolę arbitra przejmie sztuczna inteligencja, jest konieczność uzasadnienia wyroku przez arbitrów. Podnosi się w szczególności, że AI na obecnym etapie rozwoju nie jest w stanie uzasadniać swoich wyroków⁴². Jest to wynikiem braku możliwości odtworzenia sposobu rozumowania sztucznej inteligencji, który często pozostaje niewytłumaczalny nawet dla twórców oprogramowania. Wiąże się to z szerszym problemem tzw. wyjaśnialności wyników AI. Modele uczenia maszynowego z reguły nie są oparte o z góry ustalone zasady; wykorzystują one dostarczane dane stosując metody statystyczne. Pojawia się wówczas problem tzw. czarnej skrzynki (*black box*) – nie wiadomo do końca, w jaki sposób programy przetwarzają informacje, skąd biorą konkretne rozwiązania. Trudność z uzasadnieniem decyzji podejmowanych przez AI jest dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, występuje problem ze zidentyfikowaniem faktycznych czynników, które były podstawą podjętej decyzji. Po drugie, nawet rozpoznanie tych czynników nie prowadzi do satysfakcjonującego uzasadnienia z uwagi na to, że wynik uzyskiwany przy użyciu modeli AI nie jest następstwem logicznego rozumowania⁴³.

⁴⁰ Zob. Ł. Błaszczak, *Wyrok arbitrażowy nieistniejący...*, *op. cit.*, s. 39. Dopuszczalne jest w takim wypadku wytoczenie powództwa o ustalenie, że wydany przez zespół orzekający akt nie jest wyrokiem arbitrażowym, o ile powód będzie miał interes prawny w żądaniu ustalenia (art. 189 k.p.c.). M. Łaszczuk, J. Szpara, *op. cit.*, s. 683.

⁴¹ W. Maxwell, G. Vannieuwenhuysse, *op. cit.*, s. 31.

⁴² K. Szczudlik, *op. cit.*, s. 181. Zob. też: Ch. Sim, *op. cit.*, s. 9–10; M. Scherer, *International Arbitration 3.0 – How Artificial Intelligence Will Change Dispute Resolution*, [w:] *Austrian Yearbook of International Arbitration*, eds. Ch. Klausegger et al., C.H.Beck–MANZ Verlag Wien–Stämpfli Verlag, Wien 2019, s. 511– 512; *eadem*, *Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Study on the Example of International Arbitration*, „Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper” 2019, No. 318, s. 22–24; W. Maxwell, G. Vannieuwenhuysse, *op. cit.*, s. 32.

⁴³ *Eadem*, *Artificial Intelligence and...*, s. 22–23.

Nie wszystkie krajowe ustawodawstwa arbitrażowe bezwzględnie wymagają, aby wyrok sądu arbitrażowego zawierał uzasadnienie⁴⁴. Znaczna część ustaw krajowych, w ślad za ustawą modelową UNCITRAL⁴⁵, traktuje konieczność uzasadnienia wyroku jako zasadę, od której strony mogą odstąpić. Zgodnie z § 1054 ust. 2 niem. k.p.c. „wyrok sądu polubownego należy uzasadnić, chyba że strony postanowiły, że uzasadnienie nie musi być podane, albo chodzi o wyrok sądu polubownego z uzgodnionym brzmieniem w rozumieniu § 1053” niem. k.p.c. Przepis § 606 ust. 2 austr. k.p.c. stanowi, że „jeżeli strony nie uzgodniły inaczej, wyrok sądu polubownego należy uzasadnić”. Podobnie art. 189 szwajc. k.p.c.⁴⁶ daje stronom możliwość odstąpienia od konieczności uzasadnienia wyroku (choć uzasadnienie pisemne pozostaje zasadą). Możliwość odstąpienia za zgodą stron od obowiązku sporządzenia uzasadnienia przewiduje także art. VIII Konwencji europejskiej o międzynarodowym arbitrażu handlowym⁴⁷.

Do ustawodawstw, które traktują uzasadnienie jako niezbędny element wyroku, należą m.in. Francja oraz Holandia. Przepis art. 1482 zd. 2 franc. k.p.c. stanowi, że wyrok zawiera uzasadnienie; zgodnie z art. 1483 wymóg ten przewidziany jest pod rygorem nieważności, a wydanie wyroku bez uzasadnienia jest podstawą do uchylenia wyroku w oparciu o art. 1492⁶ franc. k.p.c.⁴⁸ Art. 1065 ust. 1 pkt d holenderskiego Kodeksu postępowania cywilnego⁴⁹ przewiduje możliwość uchylenia wyroku arbitrażowego, który nie zawiera uzasadnienia⁵⁰.

W polskim porządku prawnym uzasadnienie wyroku jest obligatoryjne. Stosownie do art. 1197 § 2 k.p.c., który formułuje minimalne wymagania

⁴⁴ Por. G. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. 3: *International Arbitral Awards*, 2nd ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014, s. 3037–3048.

⁴⁵ Według art. 31 ust. 2 ustawy modelowej w wyroku podaje się motywy rozstrzygnięcia, chyba że strony uzgodniły, że nie będą one podane, albo chodzi o wyrok oparty na uzgodnionych zasadach.

⁴⁶ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html> [dostęp: 19.09.2020].

⁴⁷ Według art. VIII Konwencji europejskiej o międzynarodowym arbitrażu handlowym „uważa się, że w umowie o arbitraż strony uzgodniły, że uzasadnienie orzeczenia arbitrażowego jest niezbędne, chyba że strony: a) umówiły się wyraźnie, że orzeczenie nie powinno być uzasadnione, albo b) obrały procedurę arbitrażową, według której uzasadnianie orzeczenia arbitrażowego nie jest przyjęte, a żadna ze stron nie zażądała przed zakończeniem ustnej rozprawy lub w braku ustnej rozprawy – przed sporządzeniem orzeczenia arbitrażowego, aby orzeczenie było uzasadnione”.

⁴⁸ Powyższe przepisy znajdują zastosowanie w krajowym postępowaniu arbitrażowym.

⁴⁹ Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (geldt in geval van niet-digitaal procederen), Overheid.nl, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0039872/2020-07-30> [dostęp: 19.09.2020].

⁵⁰ Od tej zasady istnieją wyjątki – np. wyrok wydany na podstawie ugody stron (art. 1069 holend. k.p.c.).

dotyczące treści wyroku arbitrażowego, „wyrok sądu polubownego powinien zawierać motywy rozstrzygnięcia”. Przepis art. 1197 k.p.c. wzorowany jest na art. 31 ustawy modelowej UNCITRAL, jednak polski ustawodawca nie przewidział przewidzianego w art. 31 ust. 2 ustawy modelowej rozwiązania, dającego stronom możliwość zwolnienia sądu polubownego z obowiązku sporządzenia uzasadnienia, wobec czego należy uznać, że art. 1197 § 2 k.p.c. ma charakter bezwzględnie obowiązujący⁵¹. W świetle powyższego należałoby zastanowić się nad ewentualną zmianą art. 1197 § 2 k.p.c., pod kątem dopuszczalności wydawania wyroków arbitrażowych bez uzasadnienia, w przypadku gdy taka jest wola stron⁵².

De lege lata nieopatrzenie wyroku uzasadnieniem stanowi podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego. Wprawdzie inaczej niż w prawie francuskim przepisy k.p.c. nie wymieniają wprost tej okoliczności jako wady stanowiącej podstawę uchylenia wyroku arbitrażowego, przyjmuje się jednak, że przyczynę uzasadniającą uchylenie wyroku arbitrażowego może w takim przypadku stanowić niezachowanie podstawowych zasad postępowania arbitrażowego przed sądem polubownym, wynikających z ustawy (art. 1206 § 1 pkt 4 k.p.c.)⁵³.

W kontekście postępowania delibacyjnego (zarówno w przypadku krajowego, jak i zagranicznego⁵⁴ wyroku arbitrażowego) dotyczącego wyroku, który nie zawiera motywów rozstrzygnięcia, odmowa przez sąd powszechny

⁵¹ T. Ereciński, K. Weitz, *op. cit.*, s. 332; T. Strumiłło, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, *op. cit.*, komentarz do art. 1197, Nb 11; M. Aslanowicz, *Sąd polubowny (arbitrażowy). Komentarz do art. 1154–1217 KPC*, C.H. Beck, Warszawa 2017, komentarz do art. 1197, Nb 14; K. Górski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 506–1217, op. cit.*, komentarz do art. 1197, Nb 7. Por.: M. Hauser-Morel, T. Wiśniewski, *Wyrok, zasady wyrokowania i inne sposoby zakończenia postępowania arbitrażowego*, [w:] *System Prawa Handlowego...*, *op. cit.*, s. 611, przypis nr 6 – według autorów należy dopuścić możliwość odstąpienia przez arbitrów od uzasadnienia w razie wyraźnej zgody stron.

⁵² K. Szczudlik, *op. cit.*, s. 181.

⁵³ M. Łaszczuk, J. Szpara, *op. cit.*, s. 715; T. Strumiłło, *op. cit.*, komentarz do art. 1197, Nb 15; M. Aslanowicz, *op. cit.*, komentarz do art. 1197, Nb 14. Podkreśla się również, że w przeciwieństwie do wymogu formalnego polegającego na konieczności złożenia przez arbitrów podpisu pod wyrokiem, uzasadnienie wyroku nie stanowi elementu konstytutywnego orzeczenia arbitrażowego. Tak więc jego brak nie przekreśla bytu prawnego wyroku – wyroku nieopatrzonego uzasadnieniem nie można uznać za wyrok nieistniejący. Jest to zasadne ze względu na fakt, że brak uzasadnienia stanowi naruszenie przepisów postępowania o mniejszym ciężarze gatunkowym niż brak podpisu. Zob. E. Błaszczak, *Wyrok sądu polubownego...*, *op. cit.*, s. 191; T. Strumiłło, *op. cit.*, komentarz do art. 1197, Nb 15.

⁵⁴ Jeżeli chodzi o zagraniczny wyrok arbitrażowy, odmowa jego uznania albo stwierdzenia wykonalności byłaby ponadto uzasadniona w przypadku, gdyby krajowe prawo arbitrażowe nie wprowadzało odstępstw od konieczności uzasadnienia wyroku, a strony nie przewidziałyby, że wyrok nie wymaga uzasadnienia. Dotyczy to zarówno odmowy uznania lub wykonania wyroku krajowego na podstawie art. 1214 k.p.c., jak i na gruncie Konwencji nowojorskiej.

uznania czy wykonania tego wyroku mogłaby nastąpić w oparciu o okoliczność, że art. 1197 § 2 k.p.c., jako przepis bezwzględnie obowiązujący części V k.p.c., należy traktować jako podstawową zasadę postępowania arbitrażowego, której naruszenie może oznaczać sprzeczność wyroku z procesowym porządkiem publicznym Rzeczypospolitej Polskiej⁵⁵. Argumentami, które można powołać za przyjęciem takiego stanowiska, są: fakt, że ujawnienie motywów rozstrzygnięcia arbitrażowego służy urzeczywistnieniu zasady rzetelnego procesu (*due process*)⁵⁶, a także okoliczność, że brak uzasadnienia ogranicza lub nawet wyłącza możliwość kontroli wyroku arbitrażowego przez sąd powszechny w ramach postępowań postarbitrażowych⁵⁷. W polskiej literaturze przy analizie powyższego zagadnienia na gruncie art. V ust 2. lit. b) Konwencji nowojorskiej, wyrażony został pogląd, że brak uzasadnienia orzeczenia arbitrażowego sam w sobie nie może być uznany za sprzeczny z polskim porządkiem publicznym⁵⁸.

Wnioski

Obowiązujące prawo arbitrażowe nie pozwala na przejście w pełni funkcji arbitra przez sztuczną inteligencję. W przypadku postępowania arbitrażowego toczącego się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dopuszczenie możliwości wydania wyroku przez AI wymagałoby zmian legislacyjnych, dotyczących zarówno przepisów określających wymogi w zakresie ustawowych kwalifikacji podmiotowych do pełnienia funkcji arbitra (art. 1170 k.p.c.), jak i treści oraz formy wyroku arbitrażowego (art. 1197 k.p.c.). Pod znakiem zapytania stoi także kwestia uznania i wykonania w Polsce zagranicznego wyroku arbitrażowego wydanego – za zgodą stron – przez AI, ze względu na potencjalną możliwość przyjęcia przez polski sąd delibacyjny, że wyrok, w którym spór nie został rozstrzygnięty przez człowieka, jest sprzeczny z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

Obowiązujące rozwiązania nie były tworzone z myślą o uregulowaniu problematyki AI w arbitrażu. Nie stanowią one zatem świadomego zamyśłu ustawodawczego, aby w sposób wąski wyznaczyć granice dopuszczalnego

⁵⁵ Zob. K. Szczudlik, *op. cit.*, s. 181.

⁵⁶ Por. J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Hague–London–New York, Kluwer Law International [cop. 2003], s. 648; M. Hauser-Morel, T. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 611.

⁵⁷ Por. K. Szczudlik, *op. cit.*, s. 181.

⁵⁸ S. Sołtysik, *Podstawy odmowy uznania i wykonania zagranicznego orzeczenia arbitrażowego według Konwencji Nowojorskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 340. Zob. też Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu polubownego...*, *op. cit.*, s. 192.

zaangażowania SI przy rozstrzyganiu sporów. Konfrontacja z pytaniem, czy jesteśmy gotowi na zaakceptowanie tego, aby program komputerowy zastąpił człowieka w roli arbitra, a w konsekwencji debata nad pożądanym kształtem regulacji arbitrażowej dotyczącej tej materii, jest nieunikniona. Z uwagi na nieuchronność postępu technologicznego, podjęcia dalszej refleksji w środowisku arbitrażowym wymaga nie tylko problematyka wytyczenia granic dopuszczalnego stopnia zaangażowania AI w zadania należące do zespołu orzekającego, w którym rozstrzyga jeszcze człowiek, ale także zmierzenie się z wizją sztucznej inteligencji w roli arbitra.

Bibliografia

- Aślanowicz M., *Sąd polubowny (arbitrażowy). Komentarz do art. 1154–1217 KPC*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Billiet P., Nordlund E., *A new beginning – artificial intelligence and arbitration*, „Korean Arbitration Review” 2018, Issue 9.
- Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Oxford University Press, New York 2009.
- Błaszczak Ł., Ludwik M., *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Błaszczak Ł., *Wyrok arbitrażowy nieistniejący w postępowaniu o uznanie i stwierdzenie wykonalności (wybrane zagadnienia)*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 1.
- Błaszczak Ł., *Wyrok sądu polubownego w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.
- Born G., *International Commercial Arbitration*, Vol. 3: *International Arbitral Awards*, 2nd ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014.
- Chłopecki A., *Sztuczna inteligencja — szkice prawnicze i futurologiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Code de procédure civile, Légifrance, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006070716.pdf&size=786,7%20Ko&path-ToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/07/16/LEGITEXT000006070716/LEGITEXT000006070716.pdf&title=Code%20de%20proc%C3%A9dure%20civile> [dostęp: 19.09.2020].
- Eidenmueller H., Varesis F., *What is an Arbitration? Artificial Intelligence and the Vanishing Human Arbitrator*, SSRN, 15.07.2020, <https://ssrn.com/abstract=3629145> [dostęp: 19.09.2020].
- Ereciński T., Weitz K., *Sąd arbitrażowy*, LexisNexis, Warszawa 2008.
- Flejszar R., *Arbiter – sędzia z wyboru*, „ADR. Arbitraż i Mediacje” 2010, nr 4.
- Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. StF: RGBl. Nr. 113/1895, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699> [dostęp: 19.09.2020].
- Hauser-Morel M., Wiśniewski T., *Wyrok, zasady wyrokowania i inne sposoby zakończenia postępowania arbitrażowego*, [w:] *System Prawa Handlowego. Arbitraż handlowy*, t. 8, red. A. Szumański, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2015.

- Jankowska M., *Podmiotowość prawna sztucznej inteligencji?*, [w:] *O czym mówią prawnicy, mówiąc o podmiotowości*, red. A. Bielska-Brodziak, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2015.
- Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2: *Komentarz do art. 730–1217*, red. J. Jankowski, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2: *Art. 506–1217*, red. T. Szanciło, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 6: *Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, red. nauk. T. Ereciński, wyd. 5., Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Komisja Europejska, *Wytyczne w zakresie etyki dotyczącej godnej zaufania sztucznej inteligencji*, Bruskele 2019, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2019/11-06/Ethics-guidelines-AI_PL.pdf [dostęp: 19.09.2020].
- Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym, sporządzona w Genewie dnia 21 kwietnia 1961 r., Dz.U. z 1964, nr 40 poz. 270.
- Konwencja o uznaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r., Dz.U. z 1962, nr 9, poz. 41.
- Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll S.M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Hague–London–New York, Kluwer Law International [cop. 2003].
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE-A-2003-23646, <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/23/60/con> [dostęp: 19.09.2020].
- Łaszczuk M., Szpara J., *Postępowania postarbitrażowe*, [w:] *System Prawa Handlowego. Arbitraż handlowy*, t. 8, red. A. Szumański, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Maxwell W., Vannieuwenhuysse G., *Robots Replacing Arbitrators: Smart Contract Arbitration*, „ICC Dispute Resolution Bulletin” 2018, Issue 1.
- Pilich M., *Klauzula porządku publicznego w postępowaniu o uznanie i wykonanie zagranicznego orzeczenia arbitrażowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 1.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4.12.2015 r., I CSK 26/15, LEX nr 1968430.
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 16 lutego 2017 r. zawierającej zalecenia dla Komisji w sprawie przepisów prawa cywilnego dotyczących robotyki (2015/2103[INL]), Dz.Urz. UE C 252/239, 18.7.2018.
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. z zaleceniami dla Komisji w sprawie systemu odpowiedzialności cywilnej za sztuczną inteligencję (2020/2014[INL]), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PL.html [dostęp: 18.11.2020].
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie ram aspektów etycznych sztucznej inteligencji, robotyki i powiązanych z nimi technologii (2020/2012[INL]), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PL.html [dostęp: 18.11.2020].
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2020 r. w sprawie praw własności intelektualnej w dziedzinie rozwoju technologii sztucznej inteligencji (2020/2015[INI]), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_PL.pdf [dostęp: 18.11.2020].
- Rojszczak M., *Prawne aspekty systemów sztucznej inteligencji – zarys problemu*, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnie-*

- nia wybrane, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Scherer M., *Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Study on the Example of International Arbitration*, „Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper” 2019, No. 318.
- Scherer M., *International Arbitration 3.0 – How Artificial Intelligence Will Change Dispute Resolution*, [w:] *Austrian Yearbook of International Arbitration*, eds. Ch. Klausegger et al., C.H. Beck–MANZ Verlag Wien–Stämpfli Verlag, Wien 2019.
- Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html> [dostęp: 19.09.2020].
- Sim Ch., *Will Artificial Intelligence Take over Arbitration?*, „Asian Journal of International Arbitration” 2018, Vol. 14, No. 1.
- Sołtysik S., *Podstawy odmowy uznania i wykonania zagranicznego orzeczenia arbitrażowego według Konwencji Nowojorskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Szczudlik K., *Rozwiązywanie sporów (arbitraż) a Sztuczna Inteligencja*, [w:] *Założenia do strategii AI w Polsce. Plan działań Ministerstwa Cyfryzacji*, Ministerstwo Cyfryzacji, Warszawa 2018, <http://cli.re/LNXz9N> [dostęp: 19.09.2020].
- Sztuczna inteligencja dla Europy*. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, COM(2018) 237 final, Bruksela 25.04.2018, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/PL/COM-2018-237-F1-PL-MAIN-PART-1.PDF> [dostęp: 19.09.2020].
- Uliasz M., *Sztuczna inteligencja jako sztuczna osoba prawna*, [w:] *Sztuczna inteligencja, blockchain cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Uliasz R., *Kwalifikacje podmiotowe arbitrów i mediatorów*, „ADR. Arbitraż i Mediacje” 2014, nr 4.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.
- van den Berg A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, T.M.C. Asser Institute, Haga 1981.
- Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (geldt in geval van niet-digitaal procederen), Overheid.nl, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0039872/2020-07-30> [dostęp: 19.09.2020].
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.4.2000 r., II CKN 267/00, OSNC 2000 nr 11, poz. 203.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3.9.2009 r., I CSK 53/09, OSNC-ZD 2010, nr A, poz. 25.
- Zákon z 3. apríla 2002 o rozhodcovskom konaní, Zákon č. 244/2002 Z. z., <https://www.zakonypreludi.sk/zz/2002-244> [dostęp: 19.09.2020].
- Zivilprozessordnung, <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.htm#BJNR005330950BJNG079200301> [dostęp: 19.09.2020].

Abstract

Artificial Intelligence in arbitration – AI as an arbitrator?

The article is the first one in a series of two studies analyzing the use of artificial intelligence in the arbitral decision-making process in the light of applicable legal regulations. It deals with the controversial issue of replacement of human by artificial intelligence. This issue will be analysed from a perspective of Polish legal order, included in international conventions in force in Poland and in the Code of Civil Procedure, juxtaposed with solutions functioning in selected countries.

Key words: artificial intelligence, arbitration, arbitrator, dispute resolution

Streszczenie

Sztuczna inteligencja w arbitrażu – AI w roli arbitra?

Artykuł jest drugim z cyklu dwóch opracowań analizujących problematykę wykorzystania sztucznej inteligencji w arbitrażu w procesie podejmowania decyzji merytorycznych w świetle obowiązujących regulacji prawnych. Artykuł porusza kontrowersyjne zagadnienie możliwości zastąpienia człowieka przez sztuczną inteligencję w roli arbitra. Punktem odniesienia jest polski porządek prawny ujęty w konwencjach międzynarodowych, których Polska jest stroną, oraz zgodnie z Kodeksem postępowania cywilnego, zestawiony z rozwiązaniami funkcjonującymi w wybranych państwach.

Słowa kluczowe: sztuczna inteligencja, arbitraż, arbiter, rozstrzygnięcie sporu

Lucas Moreira Alcici

master, University of Lisbon School of Law

ORCID: 0000-0003-3995-9684

lucas.moreira.alcici@gmail.com

**The Protection of the Right to Freedom of Expression
in International Human Rights Law:
an Overview**

Introduction

International human rights law guarantees protection to the right to freedom of expression. Due to the essential role played by freedom of expression in a democratic society, it benefits of a special protection and can only be restricted in exceptional circumstances, provided some conditions are met.

This article is divided into two parts. Firstly, it addresses the scope of the right to freedom of expression, presenting how this right is protected in the main international and regional human rights treaties, the obligations of States and private companies towards this right, the individual and social dimensions of freedom of expression and the types of speeches and kinds of information and ideas protected by this right.

Secondly, this paper focuses on the restrictions to freedom of expression, presenting the requirements that shall be met in order for a restriction to comply with international human rights law.

*The scope of the right to freedom of expression
in international human rights law*

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) guarantees protection to the right to freedom of expression, establishing that everyone shall have the right to „seek, receive and impart information and ideas

of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media”¹.

At the regional level, in Europe and the Americas, the European Convention on Human Rights (ECHR) and the American Convention on Human Rights (ACHR) also guarantee protection to freedom of expression².

According to the ICCPR and those regional treaties, States parties have an obligation to ensure that individuals under their jurisdiction are able to exercise their right to freedom of expression without unlawful interference³. The duty of States comprises the protection against abuse of this right by third parties, including business enterprises, as reinforced by the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights⁴.

The Guiding Principles on Business and Human Rights, reflecting an increasing call from the international community, also establish the responsibility of private companies to actively respect internationally guaranteed human rights, such as the right to freedom of expression, wherever they operate⁵. In the case of the right to freedom of expression, it is essential that social media companies adopt international human rights law in their businesses, as they are constantly moderating content on their platforms and, consequently, restricting freedom of expression⁶.

The Human Rights Council has acknowledged that freedom of expression „constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and development”⁷.

The regional courts of human rights share exactly this same view towards freedom of expression. While the Inter-American Court of Human

¹ Article 19 (2) of the ICCPR; The right to freedom of expression had already been recognized in article 19 of the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations General Assembly on 10 December 1948. The wording of article 19 of the Universal Declaration of Human Rights is similar of that adopted by the ICCPR in article 19 (2), though the way the latter addresses the right in the other paragraphs of article 19 is a lot more comprehensive than the former did.

² The right to freedom of expression is recognized in article 10 of the ECHR and article 13 of the ACHR.

³ A. Shepherd, *Extremism, Free Speech and the Rule of Law: Evaluating the Compliance of Legislation Restricting Extremist Expressions with Article 19 ICCPR*, „Utrecht Journal of International and European Law” 2017, Vol. 33, p. 64.

⁴ United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, Principle 1.

⁵ *Ibidem*, Principle 11.

⁶ United Nations, Report on the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 6 April 2018, A/HRC/38/35, p. 5, para. 10.

⁷ United Nations, Human Rights Council, Resolution 21/12, 9 October 2012, A/HRC/RES/21/12, p. 1.

Rights (IACtHR) declared that the right to freedom of expression is the cornerstone of a democratic society⁸, the European Court of Human Rights (ECtHR) identified freedom of expression as an essential foundation of a democratic society⁹.

One might go even further and say there can be no democracy without freedom of expression¹⁰. Furthermore, freedom of expression is essential to the protection of all human rights, as it promotes transparency and accountability¹¹.

The right to freedom of expression has an individual and a social dimension¹². Its individual dimension means that not only individuals have the right to speak or write but also to use any appropriate means to disseminate information and ideas in order to reach the greatest number of people¹³. Its social dimension means that everyone has the right to receive those information and ideas¹⁴. Those two dimensions shall be equally and simultaneously guaranteed in order for the right to freedom of expression to be fully respected¹⁵.

The right to freedom of expression is interpreted broadly, comprising political, cultural, artistic and commercial speeches¹⁶, and including ideas and information disclosed and disseminated by any means¹⁷, including through the internet, which is nowadays the most relevant forum for the exchange of ideas and information of all kinds¹⁸.

⁸ S.G. Ramírez, A. Gonza, E.R. Vázquez, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5th ed., Sociedad Interamericana de Prensa, Miami 2018, p. 25.

⁹ ECtHR, Case of Wingrove v. The United Kingdom (Application no. 17419/90), Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 25 November 1996, para. 52.

¹⁰ B. Wilson, *Le respect des convictions religieuses d'autrui et la protection de la morale: limites ultimes à la liberté d'expression au sens de l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme?*, „Swiss Review of International and European Law” 2000, Vol. 10, Issue 4, p. 482.

¹¹ United Nations, Human Rights Committee, General Comment No. 34, p. 1, para. 3.

¹² IACtHR, Case of Ricardo Canese v. Paraguay. Judgment of August 31, 2004 (Merits, Reparations, and Costs), p. 54, para. 77.

¹³ IACtHR, Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), p. 9, para. 31.

¹⁴ *Ibidem*, p. 9, para. 32.

¹⁵ *Ibidem*, p. 9, para. 33.

¹⁶ Human Rights Committee, John Ballantyne et Elizabeth Davidson, et Gordon McIntyre v. Canada, Communications Nos 359/1989 et 385/1989, CCPR/C/47/D/359/1989 et 385/1989, 31 mars 1993, para. 11.3.

¹⁷ R. Toulson, *Freedom of Expression and Privacy*, „Law Teacher” 2007, Vol. 41, p. 141.

¹⁸ The Human Rights Council affirmed that the rights individuals have offline shall also be protected online, particularly the right to freedom of expression. United Nations, Human Rights Council, Resolution 20/8, 16 July 2012, A/HRC/RES/20/8, p. 2.

According to the ECtHR, freedom of expression not only applies to information or ideas „that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb”¹⁹. This is essential, as highlighted by the ECtHR, to the very existence of a democratic society²⁰.

Despite its fundamental character, the right to freedom of expression is not absolute as it may be subject to limitations²¹. Due to the essential role freedom of expression plays in democracy, restrictions shall be imposed prudently in order not to violate this right²². As the Special Rapporteur rightfully stated: „Since the freedom of expression is fundamental to the enjoyment of all human rights, restrictions on it must be exceptional, subject to narrow conditions and strict oversight”²³.

Restrictions to freedom of expression under international human rights law

The right to freedom of expression might only be restricted provided certain conditions established in international human rights law are met²⁴.

According to article 19 (3) of the ICCPR, restrictions to the right to freedom of expression shall be provided by law and be necessary for (a) the respect of the rights or reputation of others; or (b) the protection of national security or of public order, or of public health or morals²⁵.

Similarly, article 10 (2) of the ECHR establishes that restrictions to freedom of expression shall be prescribed by law and be necessary in a democratic society for (a) the prevention of disorder or crime; (b) the protection of health or morals; (c) the protection of the reputation or rights of others;

¹⁹ ECtHR, Case of *The Sunday Times v. The United Kingdom* (No. 2) (Application no. 13166/87), Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Plenary), 26 November 1991, para. 50(a).

²⁰ ECtHR, Case of *Éditions Plon v. France* (Application no. 58148/00), Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Second Section), 18 May 2004, para. 42.

²¹ Human Rights Committee, *Vladimir Viktorovich Shchetko and Vladimir Vladimirovich Shchetko v. Belarus*, Communication No. 1009/2001, 11 July 2006, para. 7.3.

²² J. Velu, R. Ergec, *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*, Bruylant, Bruxelles 1990, p. 611, para. 753.

²³ United Nations, Report on the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 9 October 2019, A/74/486, p. 5, para. 6.

²⁴ N. Wenzel, *Freedom of Opinion and Expression, International Protection*, [in:] Max Planck Encyclopedia of Public International Law (OUP), 2014, para. 29.

²⁵ United Nations, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 11 May 2016, A/HRC/32/38, p. 4, para. 7; United Nations, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 23 April 2020, A/HRC/44/49, p. 5, para. 11.

(d) preventing the disclosure of information received in confidence; or (e) maintaining the authority and impartiality of the judiciary²⁶.

Finally, article 13 (2) of the ACHR states that restrictions to freedom of expression shall be expressly established by law and be necessary to guarantee (a) respect for the rights or reputations of others; or (b) the protection of national security, public order, or public health or morals²⁷.

Despite a few differences between the universal, European and Inter-American systems, it is possible to identify certain common requirements that shall be cumulatively met in order for a restriction to comply with international law. Therefore, a restriction to the right to freedom of expression shall be provided by law, pursue a legitimate aim and be necessary to achieve this particular legitimate aim²⁸. Furthermore, the restriction shall be the least restrictive measure capable of achieving the particular legitimate aim pursued²⁹.

The conditions laid out on article 19 of ICCPR, article 10 of the ECHR and article 13 of the ACHR are cumulative and, therefore, it is not sufficient that a restriction is aimed at one of the legitimate aims, such as the protection of public health, as it must still meet the requirements of legality, necessity and proportionality³⁰.

Article 20 of the ICCPR establishes that any propaganda of war and any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law³¹.

The Human Rights Committee noted that articles 19 and 20 of the ICCPR „are compatible with and complement each other”, since all acts

²⁶ D. Pannick, *Article 10 of the European Convention on Human Rights*, „The King’s College Law Journal” 1993–1994, Vol. 4, pp. 44–45.

²⁷ IACtHR, Advisory Opinion OC-5/85, p. 11, para. 39.

²⁸ Human Rights Committee, *Kim Jong-Cheol v. Republic of Korea*, Communication No. 968/2001, 27 July 2005, para. 8.3.

²⁹ United Nations, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 29 August 2018, A/73/348, p. 12, para. 28.

³⁰ A/HRC/44/49, p. 5, para. 13.

³¹ Article 20 (1) and (2) of the ICCPR; According to the Special Rapporteur on freedom of expression: „There are two key elements of the type of expression that is prohibited under article 20, paragraph 2, of the International Covenant: first, only advocacy of hatred is covered, and second, it must constitute incitement to one of the three listed results. Thus, advocacy of national, racial or religious hatred is not a breach of article 20, paragraph 2, of the Covenant on its own. Such advocacy becomes an offence only when it also constitutes incitement to discrimination, hostility or violence; in other words, when the speaker seeks to provoke reactions (perlocutionary acts) on the part of the audience, and there is a very close link between the expression and the resulting risk of discrimination, hostility or violence. In this regard, context is central to the determination of whether or not a given expression constitutes incitement”. United Nations, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 10 August 2011, A/66/290, p. 10, para. 28.

addressed in article 20 are „subject to restriction pursuant article 19 (3)”³². The Human Rights Committee highlighted that a restriction justified under article 20 must still comply with the requirements of article 19 (3), the only difference being that for the acts addressed in article 20 the ICCPR requires from the State a specific response, which is their prohibition by law³³.

In conclusion, to comply with international law, a restriction shall meet the requirements of (a) legality, (b) legitimacy, (c) necessity and proportionality, as defined by international law³⁴.

(a) Legality

The restriction shall be provided by law in order to avoid arbitrary interference by governments³⁵. Nevertheless, the mere fact that a restriction is prescribed by law is not enough to comply with international law, as the national law establishing the restriction must comply with the requirements of accessibility and foreseeability³⁶.

Laws establishing restrictions to the right to freedom of expression must be clear, accessible and precise so that individuals can regulate their conduct accordingly³⁷. They must be able to anticipate, to a great extent, the consequences a particular act may entail when exercising their right to freedom of expression³⁸.

(b) Legitimacy

Each treaty presents a list of all legitimate aims which may justify a restriction on freedom of expression under its own system. Those legitimate aims are either based on the protection of the rights of other individuals or on a specific overriding public interest³⁹.

³² General comment 34, p. 12, para. 50.

³³ General comment 34, pp. 12–13, paras. 50–51.

³⁴ A/74/486, pp. 5–6, para. 6.

³⁵ S.G. Ramírez, Gonza A., Vázquez E.R., *op. cit.*, p. 44.

³⁶ ECtHR, Case of Ekin Association v. France (Application no. 39288/98), Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 17 July 2001, paras. 44–45.

³⁷ According to the Special Rapporteur, „the precision and clarity required under article 19 (3) of the Covenant mean that State laws should constrain the excessive discretion of government actors to enforce the rules or of private actors to use the rules to suppress lawful expression [...]”. A/74/486, p. 13, para. 31.

³⁸ ECtHR, Case of Perinçek v. Switzerland (Application no. 27510/08), Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 15 October 2015, para. 131; E. Abbasli, *The Protection of the Freedom of Expression in Europe: Analysis of Article 10 of the ECHR*, „Baku State University Law Review” 2015, Vol. 2, Issue 1, p. 21.

³⁹ United Nations, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 6 September 2016, A/71/373, p. 5, para. 8.

For instance, restrictions under the ICCPR are only allowed to pursue the legitimate aims specified in article 19 (3)⁴⁰. Likewise, restrictions under the ECHR are only permitted if they are imposed in order to meet one of the legitimate purposes enumerated in article 10 (2) and restrictions under the ACHR are only permissible if they pursue the legitimate aims listed in article 13 (2)⁴¹.

It should be noted that the ECHR provides for a more expansive list of legitimate aims than the ICCPR and the ACHR⁴².

(c) Necessity and proportionality

Considering the essential role freedom of expression plays in a democratic society, restrictions to this right should be imposed carefully in order not to limit freedom of expression more than it is strictly necessary to achieve one of the legitimate aims⁴³.

The compliance with international law depends if the restrictions to freedom of expression are enforced to meet an overriding public interest⁴⁴. As Wenzel points out, a restriction to freedom of expression „must be required by a compelling State interest which clearly outweighs the social need for protecting freedom of expression and has to be proportional for the purpose pursued by the State”⁴⁵.

What is more, as the Human Rights Committee points out, „a State party [...] must demonstrate in specific and individualized fashion the precise nature of the threat, and the necessity and proportionality of the specific action taken, in particular by establishing a direct and immediate connection between the expression and the threat”⁴⁶.

Finally, according to international law, the restriction must be the least restrictive measure capable of achieving the particular legitimate aim pursued, in order to comply with the proportionality requirement⁴⁷.

⁴⁰ General comment 34, para. 22.

⁴¹ S.G. Ramírez, A. Gonza, E.R. Vázquez, *op. cit.*, pp. 44–45; IACtHR, Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica, Judgment of July 2, 2004 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), p. 66, para. 120.

⁴² N. Wenzel, *op. cit.*, para. 31.

⁴³ J. Velu, R. Ergec, *op. cit.*, p. 611.

⁴⁴ IACtHR, Case of Palamara Iribarne v. Chile. Judgment of November 22, 2005 (Merits, Reparations, and Costs), pp. 60-61, para. 85.

⁴⁵ N. Wenzel, *op. cit.*, para. 32.

⁴⁶ General Comment No. 34, p. 8, para. 35.

⁴⁷ IACtHR, Case of Ricardo Canese v. Paraguay, p. 63, para. 96; A/74/486, p. 6, para. 6.

Concluding remarks

The right to freedom of expression is essential to protect democracy and all human rights. For this reason, international human rights law guarantees a special protection to freedom of expression, establishing that it can only be restricted in exceptional circumstances, provided some conditions are met.

According to international law, a restriction must be provided by law, pursue a legitimate aim and be necessary to achieve this particular legitimate aim. Additionally, the restriction shall be the least restrictive measure capable of achieving the legitimate aim pursued. Therefore, freedom of expression may only be limited if the restrictive measure meets the requirements of legality, legitimacy, necessity and proportionality.

Bibliography

- Abbasli E., *The Protection of the Freedom of Expression in Europe: Analysis of Article 10 of the ECHR*, „Baku State University Law Review” 2015, Vol. 2, Issue 1.
- Pannick D., *Article 10 of the European Convention on Human Rights*, „The King’s College Law Journal” 1993–1994, Vol. 4.
- Ramírez S.G., Gonza A., Vázquez E.R., *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5th ed., Sociedad Interamericana de Prensa, Miami 2018.
- Shepherd A., *Extremism, Free Speech and the Rule of Law: Evaluating the Compliance of Legislation Restricting Extremist Expressions with Article 19 ICCPR*, „Utrecht Journal of International and European Law” 2017, Vol. 33.
- Toulson R., *Freedom of Expression and Privacy*, „Law Teacher” 2007, Vol. 41.
- Velu J., Ergec R., *La Convention Européenne des Droits de L’Homme*, Bruylant, Bruxelles 1990.
- Wenzel N., *Freedom of Opinion and Expression, International Protection*, [in:] Max Planck Encyclopedia of Public International Law (OUP), 2014.
- Wilson B., *Le respect des convictions religieuses d’autrui et la protection de la morale: limites ultimes à la liberté d’expression au sens de l’article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l’homme?*, „Swiss Review of International and European Law” 2000, Vol. 10, Issue 4.

Jurisprudence

- ECtHR, Case of *Éditions Plon v. France* (Application no. 58148/00), Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Second Section), 18 May 2004.
- ECtHR, Case of *Ekin Association v. France* (Application no. 39288/98), Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 17 July 2001.
- ECtHR, Case of *Perinçek v. Switzerland* (Application no. 27510/08), Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 15 October 2015.
- ECtHR, Case of *The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2)* (Application

- no. 13166/87), Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Plenary), 26 November 1991.
- ECtHR, Case of *Wingrove v. The United Kingdom* (Application no. 17419/90), Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 25 November 1996.
- Human Rights Committee, *John Ballantyne et Elizabeth Davidson, et Gordon McIntyre v. Canada*, Communications Nos 359/1989 et 385/1989, CCPR/C/47/D/359/1989 et 385/1989, 31 mars 1993.
- Human Rights Committee, *Kim Jong-Cheol v. Republic of Korea*, Communication No. 968/2001, 27 July 2005.
- Human Rights Committee, *Vladimir Viktorovich Shchetko and Vladimir Vladimirovich Shchetko v. Belarus*, Communication No. 1009/2001, 11 July 2006.
- IACtHR, Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights).
- IACtHR, Case of *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Judgment of July 2, 2004 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).
- IACtHR, Case of *Palamara Iribarne v. Chile*. Judgment of November 22, 2005 (Merits, Reparations, and Costs).
- IACtHR, Case of *Ricardo Canese v. Paraguay*. Judgment of August 31, 2004 (Merits, Reparations, and Costs).

Documents

- United Nations, Human Rights Committee, General Comment No. 34.
- United Nations, Human Rights Council, Resolution 20/8, 16 July 2012, A/HRC/RES/20/8.
- United Nations, Human Rights Council, Resolution 21/12, 9 October 2012, A/HRC/RES/21/12.
- United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework.
- United Nations, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 11 May 2016, A/HRC/32/38.
- United Nations, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 6 September 2016, A/71/373.
- United Nations, Report on the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 6 April 2018, A/HRC/38/35.
- United Nations, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 29 August 2018, A/73/348.
- United Nations, Report on the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 9 October 2019, A/74/486.
- United Nations, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 23 April 2020, A/HRC/44/49.

Abstract

The Protection of the Right to Freedom of Expression in International Human Rights Law: an Overview

This paper provides an overview on the protection of the right to freedom of expression in international human rights law. It addresses the scope of this right and focuses on the exceptional circumstances in which this right might be restricted. According to international law, a restriction must be provided by law, pursue a legitimate aim and be necessary to achieve this particular legitimate aim. Additionally, the restriction shall be the least restrictive measure capable of achieving the legitimate aim pursued. In other words, freedom of expression may only be limited if the restriction meets the requirements of legality, legitimacy, necessity and proportionality, as defined by international human rights law.

Key words: freedom of expression, International human rights law, International Covenant on Civil and Political Rights, restrictions, requirements

Piotr Kęsek

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0002-9900-0400

Obsada stanowisk szefów cywilnych służb specjalnych w Polsce – uregulowania prawne

Wprowadzenie

Cywilne służby specjalne to organy administracji państwowej wyznaczone do realizacji zadań w sektorze bezpieczeństwa. Sprawne i merytoryczne zarządzanie służbami stanowi element ich skutecznego działania oraz ma bez wątpienia przełożenie na poziom bezpieczeństwa w państwie. Obsada stanowisk szefów służb specjalnych odgrywa zatem istotną rolę, albowiem osoby te, dysponując wszystkimi środkami wynikającymi z funkcji kierowania, odpowiadają za skutek działalności służb. Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy regulacji prawnych związanych z powoływaniem szefów cywilnych służb specjalnych w Polsce oraz próba odpowiedzi na pytanie, czy normy prawne w tym zakresie są wystarczające i nie wywołują wątpliwości prawnych. Jednocześnie wskazane zostaną możliwe rozwiązania prawne, które powinny przyczynić się do wzrostu znaczenia pozycji tych stanowisk, a przez to poprawy jakości działania szefów cywilnych służb specjalnych.

Usytuowanie prawne szefów służb specjalnych

Pozycja szefów służb na przestrzeni lat podlegała ewolucji. Zgodnie z ustawą o Urzędzie Ochrony Państwa (UOP) jej szef pierwotnie był określany jako centralny organ administracji państwowej podległy Ministrowi Spraw Wewnętrznych¹. Takie usytuowanie jego pozycji powodowało, że UOP pozostawał częścią Ministerstwa Spraw Wewnętrznych. Prezes Rady Ministrów (PRM) powoływał i odwoływał szefa na wniosek Ministra Spraw Wewnętrz-

¹ Art. 4 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Urzędzie Ochrony Państwa (Dz.U. 1990.30.180).

nych po uzyskaniu opinii Politycznego Komitetu Doradczego funkcjonującego przy Ministrze Spraw Wewnętrznych². Jednocześnie Minister Spraw Wewnętrznych występował z wnioskiem do PRM, w którym określał szczegółowo strukturę i zadania UOP. Minister Spraw Wewnętrznych na wniosek szefa UOP tworzył i rozwiązywał delegatury UOP. Podkreślić należy, że ustawodawca nie przewidywał wobec kandydata na stanowisko szefa UOP jakichkolwiek wymagań. Taki stan prawny istniał przez blisko sześć lat i częściowo został zmieniony ustawą z dnia 1 października 1996 r., na mocy której m.in. szef UOP został określony jako centralny organ administracji rządowej, podlegający bezpośrednio PRM³.

Zdaniem Andrzeja Misiuka w sferze organizacyjnej była to decyzja mająca na celu redukcję roli „superresortu” – jak określano Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, które ewoluowało w kierunku podmiotu zarządzającego sprawami bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz terenowej administracji rządowej⁴. Ustawowa zmiana charakteru podporządkowania wynikała też zapewne z precedensowych wydarzeń w historii służby z końca grudnia 1995 r.⁵ Reforma przeprowadzona w organizacji Rady Ministrów (RM) w 1996 r. skutkowałą także przyznaniem PRM uprawnienia do wyznaczenia ministra-członka RM, do którego zadań należała koordynacja działań UOP. Stanowisko ministra koordynatora do spraw służb specjalnych zostało utworzone w 1997 r. – od tego czasu upoważniony minister bezpośrednio kontrolował i nadzorował działalność służb specjalnych w imieniu premiera. Ponadto szef UOP został wyposażony w uprawnienie pozwalające na opracowywanie projektów aktów prawnych w zakresie swojej właściwości i przedstawianie ich RM oraz PRM. Zabieg ten należy ocenić pozytywnie, albowiem szef UOP, obserwując z pozycji służb specjalnych kształtującą się w latach 90. rzeczywistość społeczno-gospodarczą, mógł reagować wyprzedzająco. Było to tym istotniejsze, że na znaczeniu zyskiwały zadania mające na celu zwalczanie przestępczości transnarodowej i gospodarczej wymierzonej w kluczowe interesy państwa polskiego.

² Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 lipca 1990 r. w sprawie powołania Politycznego Komitetu Doradczego przy Ministrze Spraw Wewnętrznych oraz nadania mu statutu (Dz.U. 1990 nr 47, poz. 279).

³ Art. 34 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zmianie niektórych ustaw normujących funkcjonowanie gospodarki i administracji publicznej (Dz.U. 1996 nr 106, poz. 496).

⁴ A. Misiuk, *Instytucje bezpieczeństwa wewnętrznego w Polsce. Zarys dziejów (od X wieku do współczesności)*, Wydział Wydawnictw i Poligrafii Wyższej Szkoły Policji, Szczytno 2011, s. 352.

⁵ 21 grudnia 1995 r. ówczesny Minister Spraw Wewnętrznych Andrzej Milczanowski na podstawie informacji UOP z trybuny sejmowej podniósł kwestię współpracy Prezesa RM Józefa Oleksego z rosyjskim wywiadem, co dało początek tzw. aferze Olina. Afera negatywnie wpłynęła na wizerunek UOP, na którego materiały powoływał się minister spraw wewnętrznych.

Mimo powstania Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW) oraz Agencji Wywiadu (AW) utrzymano regulacje dotyczące podporządkowania szefów agencji bezpośrednio Premierowi. Agencje posiadają odąd status centralnych urzędów administracji rządowej o charakterze pozaresortowym, jednocześnie zachowano rozwiązania umożliwiające PRM przyznanie innym członkom rządu kompetencji w zakresie koordynowania i nadzorowania działalności służb specjalnych. W świetle przedstawionych możliwości premier nie jest zmuszony realizować osobiście funkcji nadzoru nad szefami „cywilnych” służb specjalnych: na gruncie obowiązującego ustawodawstwa PRM może korzystać z pomocy innych osób. Praktyka ostatnich lat pokazuje, że premierzy korzystali w tym zakresie z pomocy ministra-członka RM Koordynatora Służb Specjalnych⁶. Istotne jest to, że korzystanie przez premiera z pośredników nie zmienia pozaresortowego charakteru szefów cywilnych służb specjalnych, nawet jeśli nadzór nad ich działalnością w imieniu PRM sprawuje minister-członek RM Koordynator Służb Specjalnych⁷.

Powoływanie i odwoływanie szefów ABW oraz AW

Kompetencja premiera do obsadzania stanowisk szefów jest wyrazem potwierdzenia jego nadzoru nad działalnością agencji i podporządkowania sobie jej szefów. Konstrukcja przepisów prawnych dowodzi, że stosunek szefów służb specjalnych wobec Prezesa RM ma charakter bezpośredniej podległości przybierającej kształt hierarchicznego podporządkowania. Elementem charakterystycznym hierarchicznego podporządkowania jest możliwość wydawania wiążących poleceń i wytycznych oraz prawo do decydowania o obsadzie personalnej organu podległego⁸. W tym miejscu poruszyć należy problem relacji jakie zachodzą między Prezesem RM a ABW oraz AW w zakresie obsady stanowisk szefów agencji.

Pierwotnie przepis art. 14 ustawy o ABW oraz AW brzmiał: „Szefów ABW i AW, w randze sekretarza stanu, powołuje i odwołuje Prezes Rady Ministrów, po zasięgnięciu opinii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Kolegium do Spraw Służb Specjalnych oraz Sejmowej Komisji do spraw Służb Specjalnych”⁹. Na mocy nowelizacji ustawy o ABW oraz AW z dnia 1 stycznia

⁶ M.in. Zbigniew Wassermann, Jacek Cichocki, Bartłomiej Sienkiewicz, Mariusz Kamiński.

⁷ M. Bożek, M. Czuryk, M. Karpiuk, J. Kostrubiec, *Służby specjalne w strukturze władz publicznych. Zagadnienia prawnoustrojowe*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014, s. 47.

⁸ B. Opaliński, M. Rogalski, P. Szustakiewicz, *Służby specjalne w systemie administracyjnym Rzeczypospolitej Polskiej*, Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego, Warszawa 2016, s. 32.

⁹ Art. 14 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst pierwotny Dz.U. 2002.74.676).

2005 r. skreślono wyrażenie „w randze sekretarza stanu”¹⁰. Zmiana wynikała z zapadłego przed Trybunałem Konstytucyjnym wyroku, stwierdzającego, że przepis art. 14 w brzmieniu pierwotnym w zakresie, w jakim nadaje rangę sekretarza stanu Szefom ABW i AW, jest niezgodny z art. 103 ust.1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹¹. Trybunał Konstytucyjny zauważył, że Konstytucja z 1997 r. dokonała systemowej zmiany w przedmiocie niepołączalności mandatu parlamentarnego z innymi rodzajami działalności publicznej¹² – wprowadziła zakaz łączenia mandatu parlamentarnego z funkcjami: Prezesa Narodowego Banku Polskiego, Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, Rzecznika Praw Obywatelskich, członka Rady Polityki Pieniężnej, członka Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, ambasadorów, a także zatrudnionych w Kancelariach Sejmu, Senatu, Prezydenta oraz administracji rządowej. Z powszechnego zakazu łączenia mandatu parlamentarnego z zatrudnieniem w administracji rządowej wyłączone zostały osoby zajmujące dwie kategorie stanowisk administracji także: członka RM oraz sekretarza stanu. W efekcie rozważając zgodność kwestionowanego przepisu art. 14 ustawy o ABW oraz AW w zakresie stanowiącym o powołaniu szefów Agencji „w randze sekretarza stanu”, Trybunał wziął pod uwagę, że w polskim systemie prawnym regulującym ustrój i strukturę administracji nie istnieją rozwiązania dające podstawę do używania kategorii – rang stanowisk. Zakres uprawnień i obowiązków ciążących na pracownikach administracji rządowej związany jest z ustawowym lub statutowym opisem charakteru zajmowanego stanowiska, a nie z określoną rangą. Wprowadzenie do regulacji ustawowych takiej kategorii byłoby uzasadnione w określonej strukturze administracyjnej, jeżeli związane byłyby z tym szczególne zadania lub prawne instrumenty działania, jednak nadanie szefom Agencji rangi sekretarza stanu nie niesie ze sobą konsekwencji w zakresie kompetencji oraz zadań, te bowiem związane są ze statusem kierownika urzędu centralnego i określone w ustawie o ABW oraz AW. Poza tym wobec szefów służb funkcjonujących jako sekretarze stanu nie miała zastosowania procedura, w której dochodzi do obligatoryjnego złożenia dymisji przez sekretarzy stanu w administracji rządowej. Szefowie agencji, powoływani na podstawie ustawy o ABW oraz AW, a nie ustawy o RM, nie mieli zatem obowiązku składania dymisji mimo zmiany rządu. Tym samym

¹⁰ Ustawa o zmianie ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu z dnia 1 stycznia 2005 r. (Dz.U. 2004.267.2647).

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 45/02.

¹² Odmienne P. Radziejewicz w: *Możliwość łączenia mandatu poselskiego ze stanowiskiem Szefa ABW i AW w randze sekretarza stanu*, [w:] *Status posła*, cz. 2: *Wybór ekspertyz prawnych do rozdziału 5 ustawy z dnia 9 maja 1996r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora*, wyb. i oprac. I. Golińska-Raczy, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, Warszawa 2007, s. 179–185.

nawet w przypadku dymisji rządu, związanej z wyrażeniem wobec RM wotum nieufności lub z ukonstytuowaniem się w drodze kolejnych wyborów nowego układu politycznego w parlamencie, szefowie agencji – sekretarze stanu w administracji odchodzącej ekipy rządzącej – nie musieli podawać się do dymisji¹³.

W gestii PRM leży personalne obsadzenie stanowisk szefów agencji. Jak wskazano, Premier zobligowany jest do zasięgnięcia opinii Prezydenta, Sejmowej Komisji do spraw Służb Specjalnych oraz Kolegium do Spraw Służb Specjalnych, jednak opinia ta nie ma charakteru wiążącego. Zasięgnięcie opinii nie jest równoznaczne z uzyskaniem zgody danego organu, choć oczywiście stanowisko Prezydenta, Kolegium oraz Sejmowej Komisji do spraw Służb Specjalnych ma pewne znaczenie. Opinia jest bowiem podawana do publicznej wiadomości i trudno wyobrazić sobie sytuację, że Premier powołuje wskazanego przez siebie kandydata na szefa agencji przy trzech negatywnych opiniach wskazanych organów. W dotychczasowej historii polskich służb taka sytuacja nie miała miejsca. Jednak przepis ten budzi kontrowersje. Przejawem tego było zwlekanie z wydaniem opinii przez Prezydenta RP w 2007 r. wobec kandydata na stanowisko szefa ABW. Kancelaria Prezydenta zwróciła się wówczas o uzupełnienie informacji dotyczącej wniosku PRM, co przez Kancelarię PRM zostało zinterpretowane jako wydanie negatywnej opinii¹⁴.

Mechanizm, w którym Prezydent RP i Sejmowa Komisja do Spraw Służb Specjalnych wyrażają opinie w sprawie kandydata na stanowisko szefa właściwej agencji, można zaliczyć do katalogu środków właściwych dla ustrojowej zasady systemu parlamentarno-gabinetowego¹⁵. Dodatkowo stanowi on obszar współpracy na płaszczyźnie problematyki bezpieczeństwa państwa pomiędzy podmiotami władzy wykonawczej (RM i Prezydent RP) oraz władzy wykonawczej z władzą ustawodawczą (RM i Sejm). Ważne jest, aby istotne kwestie – a taką jest niewątpliwie obsada stanowiska szefa służby specjalnej – nie rodziły niepotrzebnych konfliktów. W tej materii potrzebny jest konsensus konstytucyjnych organów władzy biorących udział w tej procedurze¹⁶. Regulacja prawna dotycząca opiniowania nie określa terminu wydania opinii przez zobowiązane organy; może to kończyć się celową obstrukcją przy powołaniu danej osoby na stanowisko szefa wobec uporczywego niewydawania opinii. Taka praktyka

¹³ M. Bożek, *Charakter i pozycja prawna polskich służb specjalnych w strukturze aparatu państwa*, „Zeszyty Naukowe AON” 2005, nr 2, s. 150.

¹⁴ D. Laskowski, *Służby specjalne w Polsce*, FNCE, Poznań 2017, s. 82.

¹⁵ K. Walczuk, M. Bożek, *Konstytucyjne i ustawowe uwarunkowania organizacji i funkcjonowania Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego*, Wydawnictwo Diecezji Siedleckiej Unitas, Siedlce 2015, s. 71.

¹⁶ *Ibidem*.

może prowadzić do paraliżu w instytucji, od której zależy bezpieczeństwo państwa. Chodzi nie tyle o wydanie pozytywnej lub negatywnej opinii o kandydacie na szefa służby, co o brak stanowiska w tym zakresie ze strony organu uprawnionego w ramach ustawowej procedury. Rozwiązaniem kierunkowym w tej sytuacji byłoby wprowadzenie terminu określonego w dniach, w ramach którego organ powinien zająć stanowisko – bezskuteczny wpływ tego terminu wiązałby się z akceptacją danego kandydata. Rozważyć także można posłużenie się formułą o „niezwłocznym wydaniu opinii”. Problem ten swego czasu był poruszany na forum sejmowym, jednakże nie zyskał należytego poparcia¹⁷.

W odróżnieniu od ustawy o UOP ustawa o ABW oraz AW stawia określone wymagania przed kandydatami na szefów agencji. W ramach przyjętych rozwiązań stanowisko szefa agencji może objąć osoba: posiadająca wyłącznie obywatelstwo polskie, korzystająca z pełni praw publicznych, wykazująca nieskazitelną postawę moralną, obywatelską i patriotyczną, dająca rękojmię należytego wykonywania zadań, spełniająca wymagania określone w ustawie o ochronie informacji niejawnych (dająca m.in. rękojmię zachowania tajemnicy), a także niepracująca, niepełniąca służby zawodowej, nie będąca współpracownikiem organów bezpieczeństwa państwa wymienionych w ustawie o IPN oraz nie będąca sędzią, który orzekając, uchybił godności urzędu, sprzeniewierzając się niezawisłości sędziowskiej¹⁸.

Charakterystyczny w tym przepisie jest dość obszerny katalog wymogów formalnych stawianych szefom ABW oraz AW, brak w nim natomiast jakichkolwiek wymogów związanych z wykształceniem oraz przygotowaniem i doświadczeniem zawodowym. Wprost nie zostało to wyartykułowane i nie jest przejrzyste, czy szefowie ABW i AW są jednocześnie funkcjonariuszami tych agencji. Naturalną sytuacją jest, gdy funkcjonariusz właściwej agencji zostaje jej szefem; w przypadku powołania na szefa służby osoby spoza środowiska służb mundurowych dla dobra agencji należałoby przyjąć, że nie powinna ona zostać funkcjonariuszem, albowiem wprowadzenie jej w tryby właściwe dla funkcjonariuszy może w pewnych sytuacjach rodzić niezręczne relacje, przykładem chociażby uzyskiwanie stopni służbowych w poszczególnych korpusach. Służby specjalne, podobnie jak inne formacje mundurowe, to hierarchiczna struktura, w której obowiązują określone korpusy, np. szeregowych, podoficerów, chorążych i oficerów. W poszczególnych korpusach wyszczególnia się odpowiednio

¹⁷ Zapis stenograficzny ze wspólnego posiedzenia Komisji: Sprawiedliwości i Praw Człowieka oraz do Spraw Służb Specjalnych w dniu 23 listopada 2004 r. do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o ABW oraz AW (druk nr 3427), Biuletyn nr 3881/IV.

¹⁸ Art. 15 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. 2018.2387 j.t.).

stopnie służbowe¹⁹. Zasadą jest, że nowo przyjmowana osoba mianowana jest na najniższy stopień służbowy, jakim jest stopień szeregowego, niezależnie od posiadanego wieku, wykształcenia i doświadczenia zawodowego. Wyjątkiem od tej zasady jest posiadanie przez osobę przyjmowaną do służby stopnia wojskowego, policyjnego, Straży Granicznej, Służby Ochrony Państwa, Państwowej Straży Pożarnej lub Służby Więziennej²⁰. Osobami właściwymi do mianowania na stopnie służbowe są: w korpusie szeregowych i podoficerów – dyrektor właściwej miejscowo delegatury ABW, w korpusie chorążych – szef właściwej agencji. W korpusie oficerów na pierwszy stopień oficerski (podporucznika) oraz na stopień generała brygady mianuje Prezydent w stosunku do pozostałych stopni oficerskich – PRM²¹.

Powstaje zatem pytanie: kto mianuje szefa ABW, który jest zwierzchnikiem służbowym wszystkich funkcjonariuszy, na stopień szeregowego? Wydaje się, że w tym przypadku szefa ABW na stopień szeregowego może mianować zastępca szefa ABW. Problem pojawia się natomiast przy mianowaniu na stopnie w korpusie podoficerów, chorążych oraz oficerów, gdyż zgodnie z wymogami ustawowymi mianowanie na stopnie uzależnione jest od spełnienia kumulatywnie przesłanek dających podstawę do mianowania na stopień w danym korpusie²². Są nimi: pozytywna opinia służbowa, zajmowane stanowisko służbowe oraz zdanie odpowiedniego egzaminu. Na tym tle powstaje kolejny kłopot: kto w takim razie byłby uprawniony do wydania bezstronnej opinii co do osoby szefa agencji aspirującego na wyższy stopień służbowy. Przepisy na ten temat milczą. Podobnie jest z kwestią złożenia stosownego egzaminu. Co do zasady komisję uprawnioną do przeprowadzenia egzaminów korpusowych powołuje szef agencji i składa się ona zazwyczaj z kilkunastu członków wybranych spośród funkcjonariuszy dysponujących odpowiednią wiedzą z różnych dziedzin, właściwym doświadczeniem, wieloletnim stażem w służbach. Jak zatem miała by wyglądać komisja egzaminująca samego szefa? Kto by ją powoływał i z jakich osób miałyby się składać? Komisja, która egzaminuje swojego przełożonego? Trudno wyobrazić sobie taką sytuację.

W doktrynie porusza się również dodatkowe kryterium, któremu powinien uczynić zadość szef agencji²³: dotyczy to warunku, który wprost nie został podniesiony w art. 15, ale wynika z tzw. przepisów pragmatyki służbowej, a ściślej z art. 81 ustawy o ABW oraz AW. Otóż funkcjonariusz nie może być członkiem partii politycznej ani uczestniczyć w działalności tejsze lub na jej rzecz. Innymi

¹⁹ Art. 66.

²⁰ Art. 77.

²¹ Art. 67.

²² Art. 68 i art. 69.

²³ Tak K. Walczuk, M. Bożek, *op. cit.*, s. 72.

słowy: kandydat powinien być bezpartyjny i apolityczny. Omawiany przepis nie jest wątpliwy interpretacyjnie, jeśli kandydat na szefa agencji wywodzi się spośród funkcjonariuszy będących w służbie. Problem powstaje, gdy kandydat pochodzi spoza środowiska służb i w swojej biografii posiada krótkie lub dłuższe epizody polityczne, zwłaszcza bezpośrednio przed powołaniem na szefa agencji. Historia polskich służb zna takie przypadki. Wydaje się, że w przyszłości należałoby rozważyć wprowadzenie okresów karencyjności dotyczących braku związania politycznego kandydata przed objęciem funkcji szefa, ewentualnie zerwania z taką praktyką. Nakazywałaby tego kwestia dobrych obyczajów, będąca elementem kultury prawnej. Pozostaje w tym miejscu zadać pytanie: czy spośród kilku tysięcy funkcjonariuszy danej agencji nie znajdzie się osoba, która byłaby w stanie pokierować i odpowiednio zarządzać tą instytucją?

Obserwując sytuacje kadrowe na najwyższych stanowiskach w Policji lub Straży Granicznej, można zauważyć, że Komendanta Głównego Policji lub Straży Granicznej, zwykle poza nielicznymi wyjątkami, powołuje się spośród funkcjonariuszy, odpowiednio: Policji lub Straży Granicznej. Podkreślić należy, że stanowiska komendantów zgodnie z poszczególnymi ustawami sklasyfikowane są podobnie jak pozycja szefa ABW lub AW, a oni sami są przełożonymi wszystkich funkcjonariuszy²⁴. Gdyby podobna praktyka lub utarty zwyczaj obowiązywały w służbach specjalnych, pozwoliłoby to wykluczyć lub przynajmniej zminimalizować ewentualne zarzuty co do polityczności danego kandydata.

Ponadto takie rozwiązanie z powodzeniem można uregulować odpowiednią normą prawną, zwłaszcza że polskie ustawodawstwo posiada już stosowne rozwiązania prawne, np. w Państwowej Straży Pożarnej. Jej szef – Komendant Główny PSP – również usytuowany jest jako centralny organ administracji rządowej²⁵, niemniej powoływany jest w sposób właściwy tylko dla tej formacji. Zgodnie z ustawą o Państwowej Straży Pożarnej Komendanta Głównego powołuje i odwołuje PRM na wniosek ministra właściwego do spraw wewnętrznych spośród oficerów Państwowej Straży Pożarnej²⁶.

W debacie publicznej sygnalizowane były dotychczas rozwiązania, które dotyczyły obsady stanowisk Komendanta Głównego Policji oraz Komendanta Głównego Straży Granicznej²⁷. Dla kandydatów na w/w stanowiska projektodawcy proponowali co najmniej dziesięcioletni staż w służbach, a w stosunku

²⁴ Art. 5 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. 2019.161 j.t.) oraz art. 3 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. 2019. 147 j.t.).

²⁵ Art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (Dz.U. 2018. 1313. j.t.).

²⁶ Art. 9 ust. 2.

²⁷ Projekt ustawy z zmianie ustawy o CBA z 2008 r. (druk 3113).

do ich zastępców staż wynoszący co najmniej 8 lat. Takie rozwiązanie można by także rozważyć w odniesieniu do służb specjalnych. Bez wątpienia taka koncepcja wpłynęłaby na podniesienie etosu służby.

W pierwotnym projekcie ustawy o ABW oraz AW jako pomysł na wzmocnienie niezależności szefów agencji postulowano wprowadzenie kadencyjności na tym stanowisku. Zgodnie z tym rozwiązaniem szefów obu agencji miał powoływać PRM na trzyletnią kadencję z możliwością powołania na drugą kadencję²⁸. Zdzisław Galicki w opinii prawnej do projektu ustawy o ABW oraz AW wyraził krytyczny pogląd dla tego pomysłu, stwierdzając, że trzyletnia kadencja jest zbyt krótka, a możliwość powołania na drugą kadencję może prowadzić do upolitycznienia działalności szefów w celu uzyskania przychylności organu powołującego czyli PRM²⁹. Ostatecznie na etapie prac sejmowych nad projektem ustawy zrezygnowano z kadencyjności szefów ABW oraz AW. Takie rozwiązanie funkcjonuje za to w innej cywilnej służbie specjalnej, jaką jest Centralne Biuro Antykorupcyjne: zgodnie z ustawą szef CBA powoływany jest na czteroletnią kadencję³⁰.

Na gruncie ustawy o ABW oraz AW należy rozróżnić kwestię powołania na stanowisko szefa agencji od powierzenia wykonywania obowiązków szefa agencji³¹. W tej ostatniej sytuacji procedura określona dla powołania na stanowisko szefa nie znajdzie zastosowania; powierzenie pełnienia obowiązków przez PRM dokonywane jest samodzielnie. Jest to rozwiązanie pozwalające na realizację zasady ciągłości państwowej i funkcjonujących w państwie instytucji. Gdy szef agencji czasowo nie może pełnić swojej funkcji albo stanowisko szefa zostało zwolnione wskutek jego śmierci lub rezygnacji, PRM może wówczas powierzyć pełnienie obowiązków szefa jego zastępcy lub innej osobie. Maksymalny czas, na jaki można powierzyć pełnienie obowiązków szefa, wynosi trzy miesiące. Z konstrukcji tego przepisu wynika, że przejściowa niemożność sprawowania przez szefa funkcji nie może przekroczyć tego okresu – po jego upływie powinno nastąpić odwołanie dotychczasowego szefa i powołanie nowej osoby na to stanowisko w ramach stosownej procedury. Należy zauważyć, że osoba, której powierzono funkcje szefa, nie jest ograniczona w zakresie jego kompetencji. „Pełnienie obowiązków Szefa ABW przez osobę wyznaczoną w ramach prerogatyw PRM, daje pełną podstawę do wykonywania kompetencji organu

²⁸ Art. 14 projektu ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (IV druk 276).

²⁹ Z. Galicki, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu oraz zmianie niektórych ustaw z dnia 19 marca 2002 r.*, materiały Sejmu.

³⁰ Art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2018.2104, j.t.).

³¹ Art.17 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. 2018.2387 j.t.).

w tym i do podpisywania postanowień³². Potwierdził to również NSA, stwierdzając, że: „osoba zastępująca Szefa Agencji ma pełnię ustawowych uprawnień przypisanych temu podmiotowi”³³.

Poruszając kwestie powoływania na stanowisko szefów agencji, należy również odnieść się do okoliczności związanych z odwołaniem z piastowanego stanowiska. Ustawodawca przewiduje pięć przypadków, po zaistnieniu których PRM może odwołać szefa ABW lub AW. Takie przypadki jak rezygnacja szefa z zajmowanego stanowiska, zrzeczenie się przezeń obywatelstwa polskiego lub nabycie obywatelstwa innego państwa, skazanie prawomocnym wyrokiem sądu za popełnione przestępstwo lub przestępstwo skarbowe oraz niewykonywanie obowiązków z powodu choroby trwającej nieprzerwanie ponad trzy miesiące nie budzą większych wątpliwości. Jednak przesłanka utraty predyspozycji niezbędnych do zajmowania stanowiska może być już dyskusyjna. Samo wskazanie przyczyn, z powodu których może nastąpić odwołanie Szefa, niewątpliwie służy zminimalizowaniu uznaniowości w podejmowaniu takich decyzji przez Premiera. To z kolei służy wzmocnieniu pozycji szefów agencji. Ostatnie kryterium nie jest jednak ostre. Powstaje pytanie, jakie predyspozycje są konieczne do zajmowania stanowiska szefa, skoro ustawodawca posługuje się tylko kryteriami formalnymi, a nie merytorycznymi dla osoby, która może zostać szefem agencji. Problem ten zauważono w doktrynie, uznając, że jest to kryterium mało czytelne i może otwierać potencjalne pole do nadużyć³⁴. Jako przykład podawana jest sytuacja, w której Premier chcąc usunąć szefa agencji z powodów wyłącznie natury politycznej, argumentuje swoją decyzję utratą bliżej nieokreślonych predyspozycji do zajmowania stanowiska. Do Premiera należy ocena, czy dana osoba posiada predyspozycje do tego, aby być szefem służby specjalnej. Regulacja nie wspomina, o jakie predyspozycje chodzi ani kiedy następuje ich utrata. W związku z powyższym trudno wskazać obiektywne kryteria oceny, tak aby zaistnienie w rzeczywistości określonych sytuacji z udziałem szefa agencji można traktować jako utratę predyspozycji do zajmowania stanowiska³⁵. Funkcjonuje też pogląd, że przez utratę predyspozycji należy rozumieć utratę niekazitelną postawy moralnej lub patriotycznej albo utratę praw publicznych³⁶.

Co ciekawe, wątpliwości co do tego przepisu były przedmiotem prac parlamentarnych. W ich trakcie ówczesny p.o. szefa UOP Zbigniew Siemiątkowski

³² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2006 r. (II Sa/Wa, 120/06 Legalis).

³³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 kwietnia 2007 r. (I OSK 1055/06, Legalis).

³⁴ K. Wąlczyk, M. Bożek, *op. cit.*, s. 76.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ B. Opaliński, M. Rogalski, P. Szustakiewicz, *op. cit.*, s. 53.

wyraził pogląd, że przez utratę predyspozycji do zajmowania stanowiska szefa agencji należy rozumieć np. utratę zaufania, a także sytuację, gdy „szef Agencji nie przechodzi stosownej procedury, gdyż zaistniały okoliczności, które uniemożliwiają wydanie mu poświadczenia bezpieczeństwa”.

Podobnie stwierdził Zbigniew Siemiątkowski na posiedzeniu senackiej komisji, podnosząc, że postawę moralną szefów będzie oceniał ten, kto ich powołuje, czyli Premier. „Postawa moralna jest bardzo nieweryfikowalną kategorią, trudną do obliczenia kategorią, ale występuje ona w wielu innych ustawach: w ustawach o ustroju sądów powszechnych, w ustawie o prokuraturze czy w ustawie o Instytucji Pamięci Narodowej”³⁷. To pokazuje, że celem tego przepisu ze strony wnioskodawców było stworzenie klucza umożliwiającego zmiany na stanowiskach kierownictwa służb w dowolnym momencie. Tym samym dano do zrozumienia, że służby specjalne nie są wolne od polityki.

Powoływanie i odwoływanie szefa CBA

W odróżnieniu od szefów agencji misja szefa CBA ograniczona jest czasowo. Szef CBA powoływany jest na czteroletnią kadencję z możliwością jednokrotnego jej przedłużenia³⁸. Celem wprowadzenia kadencyjności na stanowisku szefa CBA było zwiększenie niezależności. Powstaje zatem pytanie: dlaczego takiej kadencyjności nie wprowadzono w innych służbach specjalnych?³⁹

Powołania dokonuje PRM po zasięgnięciu opinii Prezydenta RP, Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych oraz Kolegium ds. Służb Specjalnych. W opinii zleconej Biura Studiów i Ekspertyz o zgodności projektu ustawy o CBA z Konstytucją wyrażono pogląd, że: „sposób powoływania Szefa CBA nie budzi wątpliwości przy założeniu, że Biuro zajmuje się zwalczaniem korupcji”. Jednak zaliczenie do zadań Biura walki z „działalnością godzącą w interesy ekonomiczne państwa” (art. 1), niejawnego gromadzenia danych o poglądach politycznych obywateli (art. 22), przeprowadzania oględzin składników majątku osób pełniących funkcje publiczne (art. 39 projektu), w tym np. posłów opozycyjnych czy sędziów, czyni zasady powoływania szefa CBA niezgodnymi z zasadą podziału i równowagi władz (art. 10 Konstytucji) oraz zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), daje bowiem Premierowi działającemu przy pomocy wytycznych (art. 12 projektu) możliwość arbitralnego i uznaniowego naruszania prywatności osób pełniących funkcje publiczne (art. 39

³⁷ Zapis stenograficzny z 30 posiedzenia Komisji Obrony Narodowej i Bezpieczeństwa Publicznego w dniu 15 maja 2002 r. w sprawie rozpatrzenia ustawy o ABW oraz AW, materiały Senatu.

³⁸ Art. 6 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2018.2104. j.t.).

³⁹ S. Hoc, P. Szustakiewicz, komentarz do art. 6 ustawy o CBA, źródło: LEX 2012.

projektu), z konsekwencjami w postaci napiętnowania tych osób przez samo postawienie zarzutu korupcji. Projekt traktuje bowiem wadliwe oświadczenie majątkowe osoby pełniącej funkcję publiczną jako przejaw korupcji⁴⁰.

Zastępcy Szefa CBA są powoływani i odwoływani przez premiera na wniosek szefa CBA⁴¹, od 2 września 2010 r. wymagana jest jednak opinia Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych⁴². Ustawa w sposób enumeratywny określa przesłanki odwołania szefa CBA przed upływem 4-letniej kadencji. Są one ujęte w większości analogicznie do przesłanek odwołania zefów ABW i AW⁴³. Warto wspomnieć, że na etapie prac parlamentarnych pojawił się pomysł powoływania szefa CBA przez Sejm. W tym trybie, po zasięgnięciu opinii Prezydenta RP, PRM oraz Kolegium do Spraw Służb Specjalnych, szefa CBA powoływałby Sejm spośród trzech kandydatów zaproponowanych przez Sejmową Komisję do Spraw Służb Specjalnych.

Inna propozycja polegała na tym, że kandydat na szefa zgłaszany byłby przez Kolegium złożone z sześciu reprezentantów Sejmu, dwóch przedstawicieli Krajowej Rady Sądownictwa i jednego przedstawiciela Naczelnej Rady Adwokackiej, a następnie jego wyboru dokonywałby Sejm większością 3/5 głosów⁴⁴. Taka regulacja znalazła zwolenników, jak i przeciwników. Z jednej strony argumentowano, że centralne organy administracji rządowej (tzw. urzędy centralne) są samodzielnymi organami administracji podporządkowanymi organom stopnia rządowego, przy czym stanowiska kierowników urzędów centralnych obsadza co do zasady PRM, ale w założeniu pozostawać mają stabilne i niezależnione od zmian politycznych, w związku z czym zaliczenie Szefa CBA do centralnych organów administracji rządowej nie pozwala na powoływanie go przez Sejm⁴⁵. W systemie polskiego prawa żaden centralny organ administracji rządowej nie jest powoływany przez Sejm (czy też przez Sejm za zgodą Senatu); przepisy ustawy zakładające taką konstrukcję powoływania Szefa CBA, któremu jednocześnie miałby przysługiwać status centralnego organu administracji rządowej, byłyby niezgodne z przepisem Konstytucji stanowiącym, że RM

⁴⁰ R. Piotrowski, *Opinia z dnia 21 marca 2006 r. o zgodności projektu ustawy o CBA z konstytucją RP*, materiały sejmowe.

⁴¹ Art. 6 ust. 4 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2018.2104, j.t.).

⁴² Art. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o zmianie ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2010.151.1014).

⁴³ Art. 8 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2018.2104, j.t.).

⁴⁴ R. Kalisz, zapis stenograficzny z 10. posiedzenia Sejmu w dniu 17 lutego 2006 r., materiały sejmowe.

⁴⁵ Szerzej na ten temat: R. Piotrowski, *opinia o zgodności z Konstytucją RP i wiążącymi Polskę zobowiązaniami międzynarodowymi projektu ustawy (druk nr 275) o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 5 kwietnia 2006 r.*, materiały sejmowe.

kieruje administracją rządową. W doktrynie przyjmuje się, że zasada ta określa pozycję RM jako organu stanowiącego zwieńczenie jednostek organizacyjnych składających się na „administrację rządową”. Kierować można działalnością tylko takich jednostek, względem których zajmuje się pozycję zwierzchnią czy nadrzędną. Konstytucyjne pojęcie „kierownictwa” zakłada możliwość względnie swobodnego decydowania o obsadzie personalnej organu podlegającego kierowaniu. W systemie parlamentarno-gabinetowym wpływ parlamentu na skład osobowy organów podlegających władzy wykonawczej możliwy jest wyłącznie poprzez polityczne oddziaływanie na członków rządzącego gabinetu⁴⁶. Układ zależności służbowych określanych jako kierownictwo cechuje struktury organizacyjne o charakterze scentralizowanym, oparte na hierarchicznym podporządkowaniu oraz możliwości wydawania poleceń służbowych organom niższego rzędu przez organy wyżej usytuowane w hierarchii organizacyjnej (nadrzędne). Typowym elementem kierownictwa jest podległość osobowa (obok podległości organizacyjnej), która może przejawiać się m.in. pod postacią prawa organu nadrzędnego do decydowania o awansie podwładnego, stosowaniu środków dyscyplinarnych, a także powoływaniu i odwoływaniu go ze stanowiska. Przepisy ustaw przewidują zwykle modyfikacje systemu kierownictwa, ograniczając np. uznaniowość decyzji przełożonego (konkursy poprzedzające powołanie na stanowisko, enumeratywne wyliczenia okoliczności uzasadniających odwołanie ze stanowiska lub kwalifikacji koniecznych do jego zajmowania, konieczność uzgodnienia lub zaopiniowania kandydatury przez inne organy itd.), nie zmienia to jednak faktu, że – co do zasady – nieodłącznym elementem tego modelu organizacji administracji publicznej jest wpływ przełożonego na obsadę personalną podlegającego mu urzędowi⁴⁷. Podnoszono, że szef CBA ma być powoływany i odwoływany przez Sejm, a jednocześnie nadzorowany przez PRM, który tylko mógł opiniować kandydata na Szefa. W istocie oznaczałoby to pozbawienie istotnego wpływu PRM na działalność organu jemu podległego. Stanowiłoby to też swoiste odwrócenie ról konstytucyjnych. Zgodnie z Konstytucją rolą Sejmu nie jest przejmowanie działalności Rady Ministrów czy administracji rządowej, lecz sprawowanie nad Radą Ministrów kontroli. W tym świetle interesujące jest, że w razie zwolnienia stanowiska szefa CBA lub czasowej niemożności sprawowania przez niego funkcji, Prezes RM może na pewien czas powierzyć pełnienie funkcji szefa CBA osobie wyznaczonej (art. 9

⁴⁶ W. Odrowąż-Sypniewski, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 21 marca 2006 r.*, materiały sejmowe.

⁴⁷ P. Radzewicz, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją niektórych przepisów projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym – druk nr 275 (w wersji zawartej w sprawozdaniu Podkomisji nadzwyczajnej) z dnia 24 kwietnia 2006 r.*, materiały sejmowe.

projektu)⁴⁸. Z drugiej strony ustawa zasadnicza nie wprowadza absolutnego podziału władz, w tym ustawodawczej i wykonawczej.

Ministrowie, premier i rząd wydają rozporządzenia, będące źródłami powszechnie obowiązującego prawa RP⁴⁹. Posłowie pełnią funkcję ministrów. Sejm wypowiada się na temat prywatyzacji kluczowych sektorów gospodarki lub kluczowych przedsiębiorstw. Sejm powołuje, na mocy Konstytucji oraz ustaw, szefów różnych instytucji. Są to z reguły instytucje sprawujące także władzę wykonawczą poza sektorem rządu (np. prezes Narodowego Banku Polskiego) lub mające zasadnicze znaczenie dla praw i wolności obywateli (np. prezes Instytutu Pamięci Narodowej). W tym zakresie, poza funkcją ustawodawczą i kontrolną, Sejm pełni także inną rolę, a mianowicie kreacyjną. Z uwagi na to w świetle powyższego rozumowania, nie ma przeszkód by Sejm miał władzę kreowania szefa tej instytucji. Przemawia za tym przede wszystkim zakres ingerencji władzy w podstawowe prawa człowieka. Z tej racji konieczne jest, aby prawo zapewniało, iż Szefem CBA będzie możliwie najwybitniejszy fachowiec, daleki od wszelkich, byłych, bieżących i przyszłych interesów partyjnych. Politycznie uwikłany Szef CBA, zależny wyłącznie od premiera, to oczywiście zagrożenie dla skorumpowanych polityków. Taki układ (instytucjonalny) wymusza, i musi wymuszać zmianę na stanowisku Szefa CBA przez każdego nowego Premiera. Każdy Premier musi nie tylko chcieć, ale i mieć „swojego” Szefa tak wrażliwej dla politycznych interesów instytucji. Aby zatem zmaksymalizować szanse, by jedynym „panem” Szefa CBA była RP i jej dobro, należy postulować zapewnienie Sejmowi kluczowej pozycji w procedurze powoływania Szefa CBA⁵⁰.

W odróżnieniu od szefów ABW oraz AW ustawodawca stawia dla kandydata na szefa CBA kryterium merytoryczne: jest nim posiadanie wykształcenia wyższego⁵¹. Nie określono jednak, jakiej specjalności. Nie jest wymagane ponadto doświadczenie w kierowaniu zespołami osobowymi lub jakiegokolwiek doświadczenie zawodowe. Ustawodawca wskazuje tylko niepołączalność funkcji Szefa z innymi funkcjami publicznymi, zakaz dodatkowego zatrudnienia, zajęcia zarobkowego poza służbą, brak członkostwa w partiach politycznych, a także brak aktywności politycznej⁵². Ponadto szef CBA w przeciwieństwie do szefów ABW oraz AW nie musi dawać rękojmi należytego wykonywania zadań – tylko w jego przypadku został wpisany ustawowy wymóg niekaralności za przestępstwa umyślne ścigane z oskarżenia publicznego. Kolejną różnicą jest

⁴⁸ C. Mik, *Opinia w sprawie projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 27 kwietnia 2006 r.*, materiały Sejmowe

⁴⁹ Art. 87 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997.78.483).

⁵⁰ A. Rzepliński, *Opinia dotycząca niektórych przepisów projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (druk nr 275) z dnia 25 kwietnia 2006 r.*, materiały sejmowe.

⁵¹ Art. 7 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2018.2104.j.t.).

⁵² *Ibidem*.

wyraźny ustawowy zakaz łączenia swojej funkcji z inną funkcją publiczną oraz zakaz przynależności do partii politycznej, uczestniczenia w działalności partii politycznej lub na jej rzecz, a także zakaz pracy i wykonywania zajęć zarobkowych poza służbą, bowiem jak wskazano, w przypadku ABW i AW zakazy te działają wyłącznie wobec szefów będących funkcjonariuszami tych służb.

Wskazać należy, co potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny, że osoba powołana na stanowisko szefa CBA nie staje się funkcjonariuszem w rozumieniu ustawy o CBA, albowiem akt powołania nie jest tożsamy i nie zastępuje decyzji o powołaniu do służby w CBA⁵³. Wspomniane orzeczenie było asumptem do wyjaśnienia, jaki skutek prawny wywołuje akt powołania szefa CBA, tj. czy powoduje on nawiązanie stosunku administracyjnoprawnego podlegającego kontroli sądownoadministracyjnej, czy też stosunku pracy niepodlegającego kognicji sądów administracyjnych. W orzecznictwie sądownoadministracyjnym prezentowany jest pogląd, według którego akt odwołania ze stanowiska kierowniczego administracji państwowej osoby powołanej na to stanowisko nie jest decyzją administracyjną w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania administracyjnego i na ten akt nie przysługuje skarga do sądu administracyjnego⁵⁴. W tym stanie rzeczy odwołanie ze stanowiska dotyczy sfery organizacji służby i jest ono elementem stosunku wynikającego z podległości organizacyjnej pomiędzy organem administracji publicznej a osobą zatrudnioną⁵⁵.

W CBA, podobnie jak w ABW oraz AW, w razie zwolnienia stanowiska szefa CBA lub czasowej niemożności sprawowania przez niego funkcji, PRM może przekazać obowiązki szefa jego zastępcy lub innej osobie, jednak na czas nie dłuższy niż trzy miesiące⁵⁶. Jak wskazano, szef CBA w myśl ustawy podlega bezpośrednio PRM. W tym miejscu warto odnotować, że swego czasu zgodnie z poselskim projektem ustawy o zmianie ustawy o CBA oraz innych ustaw została zaproponowana istotna zmiana ustrojowa w zakresie funkcjonowania CBA, dotycząca objęcia zwierzchnim nadzorem i podległością szefa CBA przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych⁵⁷. Spowodowałoby to, że nadzór nad szefem CBA i odpowiedzialność za jego działania przeszłaby z PRM na

⁵³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 listopada 2010 r., sygn. I OSK 1067/10, LEX nr 744923.

⁵⁴ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21.10.1981 r., sygn. II SA 670/81 publ. ONSA 1981/2/102 oraz postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16.01.1991 r., sygn. II SA 807/90, publ. OSP 1992/4/93.

⁵⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 listopada 2010 r., sygn. I OSK 1067/10, LEX nr 744923.

⁵⁶ Art. 9 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2018.2104, j.t.).

⁵⁷ Poselski projekt o zmianie ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym oraz zmianie niektórych innych ustaw z dnia 28 maja 2008 r. (druk 984).

ministra właściwego w sprawach wewnętrznych. W projekcie nowelizacji to minister właściwy do spraw wewnętrznych, po zasięgnięciu opinii Prokuratora Generalnego oraz Prezesa NIK, określałby kierunki działań CBA. W uzasadnieniu wnioskodawcy wskazali, że „oddanie Szefa CBA pod nadzór ministra właściwego w sprawach wewnętrznych, który nadzoruje także Policję ułatwi koordynację działań tych dwóch organów, wymianę informacji itp., a sam nadzór nad CBA uczyni bardziej realnym”⁵⁸. Zaproponowane zmiany można co do zasady ocenić jako pozytywne. Proponowane rozwiązanie nie spowodowałoby przecież wyzucia nadzoru nad CBA z zakresu kompetencyjnego RM. W dalszym ciągu Szef CBA byłby powoływany i odwoływany przez Premiera, ale na wniosek ministra właściwego do spraw wewnętrznych. W tej sytuacji doszłoby jednak do niejednolitości, oto bowiem cywilna służba specjalna, jaką jest CBA, podlegałaby ministrowi, a dwie inne – ABW oraz AW – w dalszym ciągu Premierowi. Skoro przekazanie kompetencji nadzoru ministrowi do spraw wewnętrznych miałyby wzmocnić realną kontrolę nad CBA, to *ergo* można uznać, że pozostawienie nadzoru premierowi nad ABW oraz AW jest niewystarczające.

Jednocześnie zaproponowano zaostrzyć kryteria stawiane szefom CBA oraz ABW poprzez odesłanie do wymagań, jakie konieczne są do uzyskania pozwolenia na broń zgodnie z ustawą o broni i amunicji⁵⁹. Pomimo że proponowane zmiany miały charakter doraźny, służący zdaniem projektodawców umożliwieniu usunięcia patologii ze służb ochrony porządku i bezpieczeństwa, a także uzyskały pozytywną opinię m.in. Krajowej Rady Sądownictwa i Prokuratora Generalnego – Ministra Sprawiedliwości, nie znalazły akceptacji na forum VI kadencji Sejmu⁶⁰. Część przedstawionych propozycji została uwzględniona podczas prac koncepcyjnych i legislacyjnych w 2014 r. nad odrębnymi procedowanymi projektami ustaw: o ABW oraz AW⁶¹. W założeniach rządowego projektu, będącego rezultatem koncepcji reformy systemu cywilnych służb specjalnych, podporządkowano szefa ABW ministrowi właściwemu ds. wewnętrznych. Propozycja ta byłaby fundamentalną zmianą organizacyjną dotyczącą ABW i stanowiłaby w istocie powrót do regulacji istniejących przed 1996 r.

⁵⁸ Uzasadnienie projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym oraz zmianie niektórych innych ustaw z dnia 28 maja 2008 r. (druk 984).

⁵⁹ Art. 15 ust. 1 pkt 2-4 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz.U.2019.284 j.t.).

⁶⁰ Opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 18 lipca 2008 r. w przedmiocie poselskiego projektu ustaw o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym oraz zmianie niektórych innych ustaw oraz opinia Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego z dnia 10 lipca 2008 r. w przedmiocie poselskiego projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym oraz zmianie niektórych innych ustaw, pismo sygn. DL-P-V-024-30/08, materiały sejmowe.

⁶¹ Rządowy projekt ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (druk 2295) – VII kadencja oraz rządowy projekt ustawy o Agencji Wywiadu (druk 2294) – VII kadencja.

w odniesieniu do Urzędu Ochrony Państwa, który podlegał wówczas Ministrowi Spraw Wewnętrznych. Asumptem do takich rozważań była analiza działań organów administracji rządowej w związku ze „sprawą Amber Gold” z 2012 r. Problemem okazał się m.in. brak mechanizmu bieżącej koordynacji pomiędzy działaniami Policji podległej ministrowi spraw wewnętrznych, a działaniami ABW, nad którą minister spraw wewnętrznych nie sprawuje pieczy.

W związku z powyższym zmiana polegać miała na całkowitym podporządkowaniu sektora bezpieczeństwa wewnętrznego ministrowi właściwemu ds. wewnętrznych, który powinien ponosić pełną odpowiedzialność w tym zakresie. Celem miała być bieżąca organizacja współpracy wszystkich służb, których działania oscylują w sektorze bezpieczeństwa wewnętrznego, oraz właściwe wykorzystanie dostępnych sił i środków w kierunku przeciwdziałania powstałym zagrożeniom. W świetle powyższego z punktu widzenia gwarancji konstytucyjnych projektowana zmiana byłaby neutralna, bowiem nie zmieniałaby zasadniczo zasad podporządkowania ABW. Funkcjonowanie ABW nadal byłoby nadzorowane przez organ władzy wykonawczej, a zmiana dotyczyłaby jedynie szczebla wykonywania nadzoru. Zamiast Prezesowi RM nadzór nad ABW zostałby powierzony ministrowi kierującemu działem spraw wewnętrznych. Wedle tej koncepcji CBA i AW miały zostać w dalszym ciągu pod protektoratem Premiera. O ile podporządkowanie AW bezpośrednio Premierowi nie budzi większych wątpliwości z uwagi na jej ponadresortowy charakter oraz funkcje w systemie, to próżno szukać argumentów za pozostawieniem CBA w nadzorze Premiera, zważywszy na jej ściśle policyjny charakter. Tempo prac nad wspomnianym projektem sprawiło, że nie wszedł on w życie z uwagi na upływ kadencji Sejmu.

Podsumowanie

Szefowie służb specjalnych jako kierownicy urzędów centralnych są odpowiedzialni za zapewnienie, organizowanie i nadzorowanie działalności ich urzędów. Stoją na ich czele i posiadają kompetencje do kierowania ich pracą. Kierowanie skomplikowanymi organizacjami, jakimi pozostają służby specjalne, to zadanie niełatwe i niekomfortowe. Istotne jest, by bezpieczeństwo państwa zostało oddane w ręce osób kompetentnych i cechujących się stosownym doświadczeniem. Zabezpieczeniem takiego stanu rzeczy winny być zmiany ustawowe w postaci wprowadzenia odpowiednich wymagań stawianych kandydatom ubiegającym się o powołanie na stanowiska szefów służb. Ustawodawca powinien przywiązać większe znaczenie do procedury powołania szefów służb specjalnych, stawiając wyższe kryteria dla kandydatów niż aktualnie obowiązujące.

Bibliografia

- Bożek M., *Charakter i pozycja prawna polskich służb specjalnych w strukturze aparatu państwa*, „Zeszyty Naukowe AON” 2005, nr 2.
- Bożek M., Czuryk M., Karpiuk M., Kostrubiec J., *Służby specjalne w strukturze władz publicznych. Zagadnienia prawnoustrojowe*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2014.
- Galicki Z., *Opinia prawna na temat projektu ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu oraz zmianie niektórych ustaw z dnia 19 marca 2002 r.*, materiały sejmowe.
- Kalisz R., zapis stenograficzny z 10. posiedzenia Sejmu w dniu 17 lutego 2006 r., materiały sejmowe.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997.78.483).
- Laskowski D., *Służby specjalne w Polsce*, FNCE, Poznań 2017.
- Mik C., *Opinia w sprawie projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 27 kwietnia 2006 r.*, materiały sejmowe.
- Misiuk A., *Instytucje bezpieczeństwa wewnętrznego w Polsce. Zarys dziejów (od X wieku do współczesności)*, Wydział Wydawnictw i Poligrafii Wyższej Szkoły Policji, Szczytno 2011.
- Odrowąż-Sypniewski W., *Opinia prawna na temat projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 21 marca 2006 r.*, materiały sejmowe
- Opaliński B., Rogalski M., Szustakiewicz P., *Służby specjalne w systemie administracyjnym Rzeczypospolitej Polskiej*, Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego, Warszawa 2016.
- Opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 18 lipca 2008 r. w przedmiocie poselskiego projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym oraz zmianie niektórych innych ustaw oraz opinia Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego z dnia 10 lipca 2008 r. w przedmiocie poselskiego projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym oraz zmianie niektórych innych ustaw, pismo sygn. DL-P-V-024-30/08*, materiały sejmowe.
- Piotrowski R., *Opinia o zgodności z Konstytucją RP i wiążącymi Polskę zobowiązaniami międzynarodowymi projektu ustawy (druk nr 275) o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 5 kwietnia 2006 r.*, materiały sejmowe.
- Piotrowski R., *Opinia z dnia 21 marca 2006 r. o zgodności projektu ustawy o CBA z konstytucją RP*, materiały sejmowe.
- Poselski projekt o zmianie ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym oraz zmianie niektórych innych ustaw z dnia 28 maja 2008 r. (druk 984).
- Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21.10.1981 r., sygn. akt II SA 670/81, publ. ONSA 1981/2/102.
- Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16.01.1991 r., sygn. akt II SA 807/90, publ. OSP 1992/4/93.
- Projekt ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (IV druk 276).
- Projekt ustawy o zmianie ustawy o CBA z 2008 r. (druk 3113).
- Radziejewicz P., *Możliwość łączenia mandatu poselskiego ze stanowiskiem Szefa ABW i AW w randze sekretarza stanu*, [w:] *Status posła*, cz. 2: *Wybór ekspertyz prawnych do*

- rozdziału 5 ustawy z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora*, wyb. i oprac. I. Golińska-Raczy, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, Warszawa 2007, s. 179–185.
- Radzewicz P., *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją niektórych przepisów projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym – druk nr 275 (w wersji zawartej w sprawozdaniu Podkomisji nadzwyczajnej) z dnia 24 kwietnia 2006 r.*, materiały sejmowe.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 lipca 1990 r. w sprawie powołania Politycznego Komitetu Doradczego przy Ministrze Spraw Wewnętrznych oraz nadania mu statutu (Dz.U. 1990 nr 47, poz. 279).
- Rządowy projekt ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (druk 2295) – VII kadencja oraz rządowy projekt ustawy o Agencji Wywiadu (druk 2294) – VII kadencja.
- Rzepliński A., *Opinia dotycząca niektórych przepisów projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (druk nr 275) z dnia 25 kwietnia 2006 r.*, materiały sejmowe.
- Siemiątkowski Z., zapis stenograficzny z 30. posiedzenia Komisji Obrony Narodowej i Bezpieczeństwa Publicznego w dniu 15 maja 2002 r. w sprawie rozpatrzenia ustawy o ABW oraz AW, materiały Senatu.
- Stenogram ze wspólnego posiedzenia Komisji: Sprawiedliwości i Praw Człowieka oraz do Spraw Służb Specjalnych w dniu 23 listopada 2004 r. do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o ABW oraz AW (druk nr3427), Biuletyn nr 3881/IV.
- Ustawa o zmianie ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu z dnia 1 stycznia 2005 r. (Dz.U. 2004.267.2647).
- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. 2019.161 j.t.).
- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Urzędzie Ochrony Państwa (Dz.U. 1990.30.180).
- Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. 2019. 147 j.t.).
- Ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (Dz.U. 2018.1313. j.t.).
- Ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zmianie niektórych ustaw normujących funkcjonowanie gospodarki i administracji publicznej (Dz.U. 1996. Nr 106 poz.496).
- Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz.U.2019.284 j.t.).
- Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. 2018.2387 j.t.).
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. 2018.2104. j.t.).
- Uzasadnienie projektu ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym oraz zmianie niektórych innych ustaw z dnia 28 maja 2008 r. (druk 984).
- Walczuk K., Bożek M., *Konstytucyjne i ustawowe uwarunkowania organizacji i funkcjonowania Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego*, Wydawnictwo Diecezji Siedleckiej Unitas, Siedlce 2015.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. I OSK 1055/06, Legalis.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 listopada 2010 r., sygn. I OSK 1067/10, LEX nr 744923.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2004 r. sygn. K 45/02.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2006 r., II Sa/Wa, 120/06 Legalis.

Abstract

Staff positions of heads of civil special services in Poland – legal regulations

The purpose of the article is to discuss issues related to the staffing of the heads of civilian special services. The considerations were preceded by an analysis of the evolution of the position of the bosses in the structure of state organs. The study covers regulations related to the Office for State Protection, the Internal Security Agency, the Foreign Intelligence Agency and the Central Anti-Corruption Bureau. Using literature and current regulations, statutory conditions related to the appointment, entrustment and dismissal of the heads of civil special services were discussed. At the same time, *delege ferenda* conclusions were made indicating the introduction of statutory changes in filling such important positions in organs of special services.

Key words: civil special services, appointment of heads of special services, requirements imposed on heads of special services

Streszczenie

Obsada stanowisk szefów cywilnych służb specjalnych w Polsce – uregulowania prawne

Celem artykułu jest omówienie problematyki związanej z obsadą stanowisk szefów cywilnych służb specjalnych. Rozważania poprzedzono analizą ewolucji usytuowania pozycji szefów w strukturze organów państwowych. Opracowanie obejmuje uregulowania związane z Urzędem Ochrony Państwa, Agencją Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencją Wywiadu oraz Centralnym Biurem Antykorupcyjnym. Wykorzystując literaturę oraz aktualne regulacje, omówiono ustawowe przesłanki związane powołaniem, powierzeniem oraz odwołaniem ze stanowisk szefów cywilnych służb specjalnych. Jednocześnie dokonano wniosków *delege ferenda* wskazujących na wprowadzenie zmian ustawowych przy obsadzaniu tak ważnych stanowisk w organach, jakimi są służby specjalne.

Słowa kluczowe: cywilne służby specjalne, powoływanie szefów służb specjalnych, wymagania stawiane szefom służb specjalnych

Grzegorz Kościelniak

mgr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0002-9016-7319

gkoscielniak@afm.edu.pl

Konstytucyjna regulacja instytucji wyłączenia w Polsce – konstytucyjne pojęcie wyłączenia

Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest przybliżenie problematyki regulacji instytucji wyłączenia w Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. Instytucja ta znana jest od dawna zarówno prawu administracyjnemu, jak i cywilnemu, przedmiotem zainteresowania konstytucjonalistów jest natomiast od momentu jej wprowadzenia do postanowień ustawy zasadniczej. Z uwagi na złożoność pracy została ona podzielona na trzy części.

W pierwszej części autor przeprowadził analizę procesu konstytucjonalizacji tej instytucji w polskim porządku prawnym oraz dokonał selektywnej analizy konstytucyjnych regulacji instytucji wyłączenia w niektórych współczesnych państwach, głównie europejskich oraz w USA. W niniejszej, drugiej części pracy podjęto próbę zdefiniowania konstytucyjnego pojęcia wyłączenia. Badaniom tym będzie przewodziło pytanie, czy konstytucyjne pojęcie ma charakter autonomiczny. A jeśli tak, to jakie są jego konstytutywne elementy? Analiza ta będzie uwzględniała bogate orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dotyczące wzmiankowanej problematyki. Jednocześnie przyjęcie założenia, zgodnie z którym definicja danego pojęcia prawnego powinna opisywać konstytutywne elementy instytucji określanej tym pojęciem, umożliwi scharakteryzowanie samej instytucji wyłączenia. Natomiast ostatnia, trzecia część pracy (która ukaże się w kolejnym numerze „Studiów...”) koncentrować się będzie na konstytucyjnych warunkach dopuszczalności instytucji wyłączenia. Zawierać będzie również konkluzje podsumowujące i jednocześnie wieńczące przeprowadzone badania.

Konstytucyjne pojęcie wywłaszczenia

Już na wstępie tej części pracy należy zaznaczyć, że próba jednoznacznego zdefiniowania pojęcia wywłaszczenia nie należy do zadań łatwych. Bowiernie pojęcie to nie jest zdefiniowane na gruncie samej Konstytucji¹, co zresztą jest charakterystyczne dla tego typu aktów, a co więcej, z uwagi na jego niejednorodną konstrukcję (instytucję prawa cywilnego, administracyjnego i konstytucyjnego), również w piśmiennictwie brakuje jego spójnej definicji². Definicje taką można co prawda odnaleźć w przepisach ustawy o gospodarce nieruchomościami³, jednak jest ona, z punktu widzenia wykładni konstytucyjnego pojęcia, całkowicie nieprzydatna, ponieważ w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego⁴ (co znajduje również potwierdzenie w piśmiennictwie z zakresu prawa konstytucyjnego⁵) wyraźnie przyjmuje się, że niedopuszczalnym jest interpretowanie pojęć zawartych w Konstytucji za pomocą postanowień ustaw zwykłych, toteż należy skonstatować, iż konstytucyjne pojęcie wywłaszczenia ma „charakter autonomiczny”⁶.

Pojęcie wywłaszczenia musi być zatem definiowane w sposób przyjęty w doktrynie prawa konstytucyjnego oraz w orzecznictwie Trybunału

¹ Podobnie m.in.: wyrok TK z dnia 14 marca 2000 r., sygn. P 5/99, OTK ZU z 2000 r., nr 2, poz. 60; wyrok TK z grudnia 2008 r., sygn. K 61/07, OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 174; wyrok TK z 13 grudnia 2012 r., sygn. P 12/11, OTK ZU nr 11/A/2012, poz. 135; wyrok TK z 23 września 2014 r., sygn. SK 7/13, OTK ZU z 2014 r., nr 8A, poz. 93; wyrok TK z 14 lipca 2015 r., sygn. SK 26/14, OTK ZU nr 7A z 2015 r., poz. 101; wyrok TK z 25 maja 2016 r., sygn. Kp 2/15, OTK ZU A/2016, poz. 23; wyrok TK z dnia 12 grudnia 2017 roku, sygn. SK 39/15, OTK ZU A z 2017 r., poz. 86; postanowienie TK z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. SK 21/18, OTK ZU A z 2019 r., poz. 58.

² B. Kasperek, *Tryb zwrotu wywłaszczonych nieruchomości*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 1 i n.

³ Art. 112 ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami, t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 1774 ze zm.

⁴ Np. wyrok TK z dnia 14 marca 2000 r., sygn. P 5/99, OTK ZU z 2000 r., nr 2, poz. 60; wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, OTK ZU z 1998 r., nr 3, poz. 87.

⁵ G. Kościelniak, B. Naleziński, *Pojęcie organu administracji publicznej w świetle art. 79 ust. 1 Konstytucji RP – uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Państwo Demokratyczne, Prawne i Socjalne. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi*, t. 3, red. M. Grzybowski, KAAFM, Kraków 2014, s. 116–117, 121; zob. również: P. Tuleja, *Konstytucyjne podstawy zwrotu wywłaszczonej nieruchomości*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018, t. 40, s. 335 i n.

⁶ L. Garlicki, *Komentarz do art. 21 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. *idem*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 13; L. Garlicki, M. Zubik, *Komentarz do art. 21 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, red. *idem*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, s. 553; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, wyd. 8, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 210 i n. Szerzej na temat pojęć autonomicznych w Konstytucji RP zob. M. Safian, *Wprowadzenie. Pojęcia autonomiczne a wykładnia Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safian, L. Bosek, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 72 i n.

Konstytucyjnego. Z drugiej jednak strony podkreślenia wymaga, iż nie sposób przyjąć, że konstytucyjne pojęcie wyłączenia jest całkowicie nowym, ukształtowanym w sposób odmienny od konstrukcji znanej prawu wcześniej, bowiem takie działanie ustrojodawcy przeczyłoby jego racjonalności. Co więcej, w doktrynie prawniczej przyjmuje się, że gdy prawodawca wprowadza do aktu normatywnego (w tym konstytucji) jakieś pojęcie występujące „w obrocie prawnym”, to jeśli jednocześnie nie wskaże na nowatorski sposób jego definiowania – np. poprzez podanie nowej definicji legalnej – należy wówczas przyjąć, że posługuje się tym pojęciem w znaczeniu dotychczas przyjmowanym i utrwalonym. W przeciwnym razie w momencie wejścia w życie nowej konstytucji nie nadawałaby się ona do bezpośredniego stosowania i wymagałaby uprzednio wyznaczenia – zwłaszcza przez orzecznictwo sądowe⁷, w tym trybunalskie – treści wszystkich istotnych do jej stosowania pojęć. Działanie takie jest zatem nie tylko irracjonalne, ale i (co zdaje się mieć kluczowe znaczenie) nie znajduje żadnego uzasadnienia w obowiązującej konstytucji.

Jakkolwiek przyjąć zatem należy, iż konstytucyjne pojęcie wyłączenia ma „autonomiczny charakter”⁸, nie oznacza to, że jest redefiniowane przez ustrojodawcę w całkowicie nowatorski sposób⁹. Co więcej, pojęcie to można uznać za tzw. pojęcie zastane¹⁰. Dlatego też wyznaczając jego treść, należy sięgnąć nie tylko do przepisów Konstytucji z 1997 roku oraz sformułowanego do niej orzecznictwa, ale również do regulacji rangi konstytucyjnej i judykatury „przedkonstytucyjnej”, tj. od momentu wejścia w życie ustawy o zmianie Konstytucji PRL z dnia 29 grudnia 1989 roku¹¹. Tym bardziej że – jak wskazano w pierwszej części niniejszej publikacji – treść art. 7 Konstytucji Lipcowej znowelizowana ustawą z grudnia 1989 roku jest zbliżona do współczesnej regulacji instytucji wyłączenia określonej w art. 21 ust. 2 Konstytucji RP z 1997 roku, a ponadto tezy orzecznicze TK sformułowane na kanwie przepisów rangi konstytucyjnej po 1989 roku zostały zasadniczo utrzymane przez Trybunał w jego orzecznictwie „pokonstytucyjnym”.

⁷ Musiałyby to *de facto* mieć miejsce w momencie jej stosowania, co dodatkowo świadczy o kuriozalności takiej tezy.

⁸ Zob. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 88 i następane.

⁹ *Per analogia* zob. zakres relacji pomiędzy „cywilistycznym” pojęciem „bezprawności” a konstytucyjną „niezgodnością z prawem” – uzasadnienie do wyroku TK z dnia 27 października 2015 r., sygn. SK 9/13, OTK ZU z 2015 r., nr 9A, poz. 151 i podane tam orzecznictwo.

¹⁰ Zob. np. P. Tuleja, *Zastane pojęcia państwa prawnego*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wrótkowska, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 49–73.

¹¹ Podobnie np. L. Garlicki, *Komentarz do art. 21 Konstytucji...*, *op. cit.*, s. 553 i n.; S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 236 i n.

Już analiza przedkonstytucyjnego orzecznictwa TK ukazuje pierwsze trudności interpretacyjne w zakresie definiowania pojęcia wywłaszczenia¹², bowiem TK w jednym z pierwszych orzeczeń odnoszących się do omawianego zagadnienia (sygn. K 1/90)¹³, wydanych po wejściu w życie znowelizowanych przepisów Konstytucji Lipcowej, skonstatował „wywłaszczenie w rozumieniu art. 7 Konstytucji – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – to wszelkie pozbawienie własności z przeznaczeniem na cele publiczne, bez względu na formę (nie tylko na podstawie decyzji administracyjnej)”. Z kolei w orzeczeniu wydanym nieco ponad rok później (sygn. K 1/91)¹⁴ uznał on, że wywłaszczenie to „ograniczenie lub odjęcie w całości na cele publiczne prawa własności konkretnej nieruchomości na rzecz konkretnego podmiotu (Skarbu Państwa lub konkretnej gminy), dokonywane w drodze aktu indywidualnego, mianowicie w drodze decyzji administracyjnej”. Dopuszczalne jest tylko wówczas, gdy odbywa się na cel publiczny i „wyłącznie za słusznym odszkodowaniem”¹⁵. Co więcej, instytucja wywłaszczenia „wiązała się zawsze ze sferą prawa rzeczowego”¹⁶. Należy jednak podkreślić, że w uzasadnieniu do orzeczenia z 1991 roku Trybunał nie wskazał na odstępstwo od dotychczas przyjętej linii orzeczniczej.

Zatem jednym z fundamentalnych pytań odnoszących się do istoty konstytucyjnego pojęcia wywłaszczenia jest pytanie dotyczące tego czy na gruncie przepisów konstytucyjnych należy posługiwać się tym pojęciem w znaczeniu szerszym czy też węższym, tj. czy z instytucją wywłaszczenia mamy do czynienia tylko wówczas, gdy ingerencja w prawo własności¹⁷ następuje w wyniku wydania decyzji administracyjnej. Czy też wywłaszczenie należy rozumieć jako „wszelkie” pozbawienie własności bez względu na jego formę, np. w drodze ustawy?

Tytułem przykładu można wskazać, iż prawodawca niemiecki rozwiązał ww. problem w sposób jednoznaczny, wprost wskazując w art. 14 ust. 3 zd. 2 Konstytucji RFN¹⁸, że wywłaszczenie może „nastąpić jedynie przez ustawę lub na podstawie ustawy, która określa rodzaj i rozmiar odszkodowania”,

¹² Zob. S. Jarosz-Zukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności...*, *op. cit.*, s. 229 i n.

¹³ Orzeczenie TK z dnia 8 maja 1990 r., sygn. K 1/90, OTK ZU z 1990 r., poz. 2.

¹⁴ Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1991 r., sygn. K 1/91, OTK ZU z 1991 r., poz. 4.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Oczywiście kolejnym istotnym pytaniem jest pytanie o to, czy pojęcie to należy rozumieć jedynie jako formę ingerencji we własność czy też inne prawa majątkowe, o czym szerzej w dalszej części pracy.

¹⁸ Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec, tłum. B. Banaszak i A. Malicka, [w:] *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, red. W. Stańkiewicz, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011, s. 524.

Toteż podając za Ottonem Kimminichem, należy przyjąć, że na gruncie konstytucji niemieckiej wyróżniamy dwa rodzaje wywłaszczenia: „ustawowe” i „administracyjne”¹⁹.

Jak wiadomo, polski prawodawca nie skorzystał z tego wzorca. Czy zatem na gruncie przepisów polskiej konstytucji możliwa jest tak spójna konstatacja? Wydaje się, że, niestety, nie, i to pomimo upływu już blisko 30 lat od momentu konstytucjonalizacji instytucji wywłaszczenia. Uwagi formułowane w piśmiennictwie są zatem podzielone²⁰, co również znajduje swój wyraz w niespójnym orzecznictwie trybunalskim²¹.

Za reprezentatywne dla przeciwników rozszerzania znaczenia pojęcia wywłaszczenia można uznać stanowisko Sylwii Jarosz-Żukowskiej, które jednocześnie nawiązuje do teorii ogólnej wywłaszczenia²². Autorka podkreśla, że „[...] przyjęcie szerokiego rozumienia wywłaszczenia tylko pozornie wzmocniłoby konstytucyjne gwarancje własności. Z racji bowiem tego, że dla zaskarżenia wywłaszczenia w drodze ustawy właściwa byłaby z reguły tylko jedna instancja – sąd konstytucyjny – nieograniczona niczym dopuszczalność wywłaszczenia ustawowego osłabiłby w istotny sposób prawną ochronę prawa własności. Możliwość skargi konstytucyjnej przeciwko ustawie powodującej bezpośrednio wywłaszczenie nie byłaby dostateczną rekompensatą braku

¹⁹ O. Kimminich, *Eigentum-Erbrecht-Enteignung, Artikel 14*, [w:] *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Hrsg. W. Kahl et al., C.F. Müller, Heidelberg 1992; cyt. za: S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności...*, *op. cit.*, s. 239–240.

²⁰ Za szerokim rozumieniem pojęcia „wywłaszczenie” opowiada się np. L. Garlicki, *Komentarz do art. 21 Konstytucji...*, *op. cit.*, s. 13; M. Safian, *Sprawozdanie stenograficzne z 83. posiedzenia sejmiku w dniu 19 lipca 2000 r. w sprawie informacji o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 1999 r., druk nr 1930* wraz ze stanowiskiem Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka (druk nr 1964). Natomiast przeciwne stanowisko prezentują m.in.: K. Działocha, *Sprawozdanie stenograficzne z 83. Posiedzenia Sejmu w dniu 19 lipca 2000 r. w sprawie informacji o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 1999 r. (druk nr 1930) wraz ze stanowiskiem Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka* (druk nr 1964); M. Wolanin, *Szczegółowe formy wywłaszczenia praw rzeczowych pod budowę autostrad*, „Przegląd Sejmowy” 1996 nr 4, s. 3–5; S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności...*, *op. cit.*, s. 247.

²¹ Za szerokim rozumieniem ww. terminu TK opowiedział się m.in. w wyroku z dnia 14 marca 2000 r., sygn. P 5/99, OTK ZU z 2000 r., nr 2, poz. 60; wyroku z dnia 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, OTK ZU z 1998 r., nr 3, poz. 87; wyroku z dnia 12 grudnia 2017 roku, sygn. SK 39/15, OTK ZU z 2017 r., nr A, poz. 86. Z kolei odmienne stanowisko TK sformułował np. w wyroku z dnia 21 czerwca 2005 r., sygn. P 25/02, OTK ZU z 2005 r., nr 6, poz. 65; wyroku z 9 grudnia 2008 r., sygn. K 61/07, OTK ZU z 2008 r., nr 10A, poz. 174; wyroku z dnia 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13, OTK ZU z 2015 r., nr 5A, poz. 76. Natomiast na problem dwoistości interpretowania pojęcia wywłaszczenia w orzecznictwie trybunalskim zwraca on uwagę m.in. w wyroku z 13 grudnia 2012 r., sygn. P 12/11, OTK ZU z 2012 r., nr 11A, poz. 135.

²² Zob. np. M. Zimmermann, *Wywłaszczenie. Studium z dziedziny prawa publicznego*, Lwowskie Towarzystwo Naukowe, Lwów 1933, s. 3; cyt. za: T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 21–22.

ochrony prawnoadministracyjnej. Prowadzenie postępowania administracyjnego nie jest bowiem zadaniem TK²³. Następnie na potwierdzenie słuszności swoich wywodów odwołuje się do orzecznictwa FTK.

W mojej ocenie nie sposób zgodzić się z tymi konstatacjami.

Po pierwsze, przywoływanie orzecznictwa FTK powstałego na gruncie przepisów niemieckiej ustawy zasadniczej, która wprowadza dwa rodzaje wyłączenia: „ustawowe” i „administracyjne”, deprecjonuje jego przydatność w uzasadnianiu niniejszego wyводу, bowiem zasadniczo należy porównywać rzeczy porównywalne.

Po drugie, przyjęcie założenia, że konstytucyjna instytucja wyłączenia odnosi się jedynie do działań państwa dokonywanych w formie zindywidualizowanych aktów administracyjnych wcale przecież nie oznacza, iż mogą być to jedyne przypadki ograniczenia konstytucyjnego prawa własności. Bowiem nawet przyjęcia stanowiska autorki nie uzasadnia konstatacji, że niedopuszczalnym jest ograniczenia tego prawa w drodze ustawy, gdyż własność nie jest prawem o charakterze bezwzględnym²⁴. Przy czym wówczas należałoby stosować konstrukcję z art. 64 ust. 3²⁵ w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a więc regulacje dotyczące dopuszczalności ograniczenia tego prawa podmiotowego²⁶. Jednak różnica byłaby taka, że żaden z ww. przepisów nie przewiduje odszkodowania, co z kolei jest jednym z warunków dopuszczalności wyłączenia. Zatem skłonny jestem do sformułowania przeciwnych do Jarosz-Żukowskiej konstatacji, że stosowanie szerokiego pojęcia wyłączenia na gruncie art. 21 ust. 2 Konstytucji służy poszerzeniu gwarancji ochronnych prawa własności. Uważam ponadto, iż uznanie określonej ingerencji ustawodawcy w prawo własności za wyłączenie wcale nie wyłącza stosowania przepisów art. 64 ust. 3 i 31 ust. 3 Konstytucji, oczywiście w odpowiednim zakresie i w sposób wzajemnie się niewykluczający²⁷.

²³ S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności...*, *op. cit.*, s. 247.

²⁴ Zob. np. J. Polanowski, *Ograniczenie prawa własności nieruchomości w specustawach na przykładzie specustawy drogowej*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G: Ius*” 2020, nr 1 (67), s. 66–67 i podana tam literatura; M. Zdyb, *Konstytucyjne podstawy administracyjnoprawnych ograniczeń prawa własności jako podstawowego prawa rzeczowego (i ograniczonych praw rzeczowych)*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 7: *Prawo administracyjne materialne*, red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 594 i n. wraz z powołaną tam literaturą; Ł. Kamiński, *Administracyjnoprawne ograniczenie prawa własności nieruchomości*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2018, s. 42 i podana tam literatura.

²⁵ Szerzej zob. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 215 i n.

²⁶ L. Garlicki, S. Jarosz-Żukowska, *Uwagi do art. 64 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, red. L. Garlicki, M. Zubik, wyd. 2, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016; zob. również B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, wyd. 8, *op. cit.*, s. 214–216.

²⁷ Podobnie Lech Garlicki, konstatując: „wszędzie tam, gdzie unormowania art. 21 ust. 2 nie są

Po trzecie, autorka zdaje się przyjmować założenie, że opowiedzenie się za szerokim rozumieniem pojęcia wyłączenia oznacza niejako wyłączenie jego dokonywania w następstwie wydawania zindywidualizowanych decyzji wyłączeniowych, a jedynie w drodze aktów generalno-abstrakcyjnych – z czym trudno się zgodzić. Co więcej, zwolennicy szerokiego rozumienia tego terminu nie formułują takich postulatów.

Po czwarte, autorka wskazuje, że przyjęcie szerokiego rozumienia omawianego terminu skutkować będzie „nieograniczoną niczym dopuszczalnością wyłączenia ustawowego”, co osłabi „w istotny sposób prawną ochronę prawa własności”. Taka teza wydaje się trudna do zaakceptowania, bo przecież nie sposób zgodzić się z tym, że w sytuacji, gdy prawodawca dokonuje ingerencji w prawa majątkowe, której w świetle powyższych konstatacji nie uznamy za wyłączenie, działa w sposób niczym nieograniczony. Przede wszystkim związany jest szeregiem standardów dotyczących sposobu tworzenia tych regulacji, a wynikających z zasady demokratycznego państwa prawnego, m.in. zasady zaufania do państwa i stanowionego przez niego prawa, zasady ochrony praw słusznie nabytych itp.²⁸ A przecież wymogi te nie mają charakteru li tylko proceduralnego, lecz istotnie wpływają na treść przepisów materialnych. Co więcej, prawodawca uwzględniać musi cały kontekst aksjologiczny porządku konstytucyjnego, wszystkie wartości, które uznane przez społeczeństwo za fundamentalne dla jego funkcjonowania, znalazły się u podstaw tekstu obowiązującej w Polsce ustawy zasadniczej. Ponadto prawodawca konstytucyjny w art. 64 gwarantuje ochronę nie tylko własności, ale również innych praw majątkowych. Nie bez znaczenia dla analizowanej sprawy jest również konstytucyjnie gwarantowana zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 oraz art. 2)²⁹, która w ogóle określa dopuszczalny sposób ograniczania konstytucyjnych praw i wolności. Wreszcie, odwołując się do hierarchicznej budowy systemu źródeł prawa, wskazać należy, iż ustawodawcę zwykłego wiążą postanowienia ratyfikowanych przez Polskę umów międzynarodowych, określających co najmniej minimalne standardy ochrony praw i wolności, oraz bazujące na nich orzecznictwo międzynarodowe, nie wspominając już o *acquis communautaire*. Toteż owa „pełna swoboda ustawodawcy” *de facto* w istotny sposób zostaje ograniczona.

Po piąte, przyjęcie szerokiego sposobu definiowania pojęcia wyłączenia umożliwia Trybunałowi Konstytucyjnemu dokonywanie przez niego kontroli

treściowo odmienne od unormowań art. 31 ust. 3 i art. 64 ust. 3, należy stosować także te przepisy”; *idem, op. cit.*, s. 15.

²⁸ Szerzej zob. G. Kościelniak, *Bezprawie legislacyjne a bezpieczeństwo prawne jednostki – wybrane zagadnienia*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2013, nr 2, s. 21–48.

²⁹ Podobnie: Ł. Kamiński, *op. cit.*, s. 79 i n.

a casu ad casum. Zatem nie tylko w zakresie badania zgodności ze wzorcem konstytucyjnym ustawowej regulacji określającej sposób dokonywania wywłaszczenia na podstawie decyzji zindywidualizowanych, ale również wówczas, gdy podstawę wywłaszczenia stanowi sam akt generalny.

Dodać również warto, że za szerokim rozumieniem terminu „wywłaszczenie” opowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka³⁰, co oczywiście nie jest wiążące dla interpretatora tekstu Konstytucji RP z uwagi na jej nadrzędną moc prawną w odniesieniu do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności jednak ale wskazuje na przyjmowany w orzecznictwie międzynarodowym kierunek interpretacyjny wzmiankowanej instytucji, który również wymaga chociażby ograniczonego uwzględnienia.

W kontekście powyższych uwag należałoby skonstatować, że przyjęcie wykładni funkcjonalnej i opowiedzenie się za szerokim rozumieniem konstytucyjnego pojęcia wywłaszczenia służy podniesieniu poziomu ochrony konstytucyjnie gwarantowanego prawa własności i z uwagi na to wymagałoby zaaprobowania. Jednak konkluzje takie nie znajdują jednoznacznego potwierdzenia w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, gdyż jak wskazano, nie jest ono spójne w tym zakresie. Z jednej strony TK opowiada się bowiem za wąskim rozumieniem ww. terminu³¹, wprost konstatuując: „[...] gdyby wywłaszczenie rozumieć szeroko – jako wszelkie pozbawienie własności bez względu na formę – to wówczas zaciera się różnica między wywłaszczeniem a niedozwoloną przez Konstytucję nacjonalizacją³² Zaciera się również granica między wywłaszczeniem a ograniczeniami ustalającymi treść i zakres ochrony prawa własności”. I na tej podstawie ostatecznie konstatuje, że konstytucyjnym elementem instytucji wywłaszczenia jest dokonywanie go jedynie w drodze aktu indywidualnego, obejmującego konkretną nieruchomość, na rzecz konkretnego podmiotu, w postępowaniu administracyjnym.

³⁰ Zob. F. Zoll, *Prawo własności w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z perspektywy polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 5, s. 31 i n.; S. Jarosz-Zukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności...*, *op. cit.*, s. 231; D. Dawidowicz, *Problematyka wywłaszczeń w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2013, nr 2 (6), s. 47–50; P. Śmiałek, *Przesłanki wywłaszczenia w świetle norm konstytucyjnych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2018, nr 5 (45), s. 261–280; B. Kasperek, *op. cit.*, s. 1 i n.

³¹ Zob. np. wyrok TK z dnia 21 czerwca 2005 r., sygn. P 25/02, OTK ZU z 2005 r., nr 6, poz. 65; wyrok TK z 9 grudnia 2008 r., sygn. K 61/07, OTK ZU z 2008 r., nr 10A, poz. 174; wyrok TK z dnia 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13, OTK ZU z 2015 r., nr 5A, poz. 76.

³² Zob. S. Pawłowski, *Wywłaszczenie z mocy prawa (ex lege) a nacjonalizacja – refleksje w przedmiocie publicznoprawnych ingerencji w prawo własności*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” 2019, nr 1, s. 87 i n.

Z kolei w innych orzeczeniach³³ polski sąd prawa wprost opowiada się za szerokim rozumieniem pojęcia wyłączenia, wskazując m.in., że „w świetle art. 21 ust. 2 [K]onstytucji nie jest uzasadnione dyskwalifikowanie regulacji ustawowej dotyczącej problematyki odjęcia własności tylko z tego powodu, iż jej normatywny kształt odbiega od przyjmowanej w obowiązujących ustawach zwykłych konstrukcji wyłączenia” (wyrok o sygn. P 5/99). Postulat szerokiej wykładni konstytucyjnego pojęcia wyłączenia „[...] powinien być brany pod uwagę przy ocenie wszelkich aktów indywidualnych, na podstawie których dochodzi do odjęcia własności. Szerokiego ujęcia wyłączenia nie można [...] ograniczać do wydania decyzji administracyjnych w rozumieniu art. 105 k.p.a. Obejmowanie określonych wypadków kategorią wyłączenia z art. 21 ust. 2 Konstytucji nie może być też uzależnione od wymogu, by następowało ono wyłącznie jednym aktem indywidualnym”.

Wskazane powyżej rozbieżności niekiedy dostrzega sam Trybunał Konstytucyjny, wzmiankując o problemie dwoistości interpretowania pojęcia wyłączenia w orzecznictwie polskiego sądu prawa – zob. m.in. wyrok TK z 13 grudnia 2012 r., sygn. P 12/11, OTK ZU z 2012 r., nr 11A, poz. 135 oraz podane tam orzecznictwo.

Podejmując polemikę z uwagami Trybunału aprobującymi przyjmowanie wąskiego sposobu definiowania na gruncie konstytucji pojęcia wyłączenia, należałoby wskazać, że TK w uzasadnieniu do orzeczenia z dnia 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13, odnosi się do konstytucyjnego zakazu dokonywania nacjonalizacji. Dodać zatem należy, iż zakaz ten nie wynika literalnie z treści konstytucji, a jedynie z „całego kontekstu normatywnego” jej przepisów, np. z art. 20 Konstytucji i zawartej w nim gwarancji dla własności prywatnej³⁴.

Natomiast Trybunał sugeruje, że rozszerzenie pojęcia wyłączenia może wywołać „błędne przeświadczenie” prawodawcy, iż nacjonalizacja jest formą wyłączenia, w następstwie czego mógłby on wprowadzić tę instytucję do obrotu prawnego. Ale trudno nie zauważyć, że podążając za tokiem rozumowania Trybunału, można by również skonstatować, iż skoro zakaz nacjonalizacji nie wynika literalnie z tekstu konstytucji, to również przy zawężeniu pojęcia wyłączenia prawodawca może uznać, że nacjonalizacja jest co prawda odmienną instytucją od wyłączenia, ale dopuszczalną na gruncie konstytucji, i to bez konieczności dokonywania jej na cel publiczny i za słusznym odszkodowaniem.

³³ Zob. m.in. wyrok TK z dnia 14 marca 2000 r., sygn. P 5/99, OTK ZU z 2000 r., nr 2, poz. 60; wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, OTK ZU z 1998 r., nr 3, poz. 87; wyrok TK z dnia 12 grudnia 2017 r., sygn. SK 39/15, OTK ZU z 2017 r., nr A, poz. 86.

³⁴ Zob. np. L. Garlicki, *Komentarz do art. 21 Konstytucji...*, *op. cit.*, s. 14.

Co więcej, dokonanie przez ustawodawcę zwykłego nacjonalizacji i tak musiałoby zostać uznane, w przypadku kontroli trybunalskiej, za naruszające konstytucyjne standardy gwarancyjne własności, i to bez względu na to, czy uznalibyśmy ją za formę wywłaszczenia, czy też nie.

Należałoby również zadać, zdaje się – retoryczne pytanie: czy zatem w Niemczech, poprzez konstytucyjne rozszerzenie pojęcia wywłaszczenia, z uwagi na przedstawione powyżej zagrożenia dla własności standardy jej ochrony są znacznie niższe niż w Polsce? A jeśli polski ustrojodawca dokonałby zmiany treści art. 21 Konstytucji – na kształt rozwiązań niemieckich – czy mielibyśmy do czynienia ze znacznym obniżeniem owych standardów ochronnych? W moje ocenie wręcz przeciwnie, bowiem kontroli realizacji tych standardów powinien dokonywać kompetentny, niezależny i merytorycznie do tego przygotowany sąd konstytucyjny³⁵.

Przy czym należy zgodzić się, że zasadniczo podstawową formą wywłaszczenia powinno być wywłaszczenie dokonywane w postaci klasycznej, zatem w drodze decyzji administracyjnej, co jednak nie deprecjonuje powyższych konstatacji. Dodać również należy, że TK w uzasadnieniu powyższego orzeczenia, tj. wyroku z dnia 26 maja 2015 r., sygn. SK 26/13, jednocześnie nie wskazuje na złożoność tego zagadnienia i dotychczasową niespójność jego orzecznictwa, co z kolei podkreślał w uzasadnieniu do wyroku z 13 grudnia 2012 r., sygn. P 12/11. Co więcej, wzmiankowany wyrok nie został wydany w pełnym składzie, toteż nie powinien być traktowany jako „ostateczne stanowisko” polskiego sądu konstytucyjnego w powyższym zakresie, a jedynie jako kolejny głos w tej dyskusji.

Kolejną niezwykle istotną kwestią przy konstruowaniu konstytucyjnej definicji pojęcia wywłaszczenia jest udzielenie odpowiedzi na pytanie: czy określone w treści art. 21 ust. 2 Konstytucji RP elementy warunkujące dokonanie wywłaszczenia – określenie celu i konieczności ustanowienia rekompensaty, uznać należy za jej elementy konstytutywne (zatem definicyjne), czy też jedynie za warunki dopuszczalności wywłaszczenia? Różnica ta jest niebagatelna, bowiem bezpośrednio rzutuje na zakres tej instytucji – jej normatywne elementy.

Gdy przyjęta przez prawodawcę konstrukcja nie będzie zawierała jednego z dwóch ww. elementów, w pierwszym przypadku trzeba będzie uznać, że prawodawca unormował instytucję wywłaszczenia w sposób niezgodny z konstytucją – naruszył jeden z warunków jej dopuszczalności; natomiast

³⁵ Z uwagi na zakres pracy autor nie podejmuje się szerszej analizy problematyki związanej ze sporem wokół Trybunału Konstytucyjnego, jaki miał miejsce na przestrzeni ostatnich lat, natomiast formułowane konkluzje bazuje na postanowieniach Konstytucji RP oraz dotychczasowym dorobku orzecznictwym Trybunału.

przyjmując drugie z założeń, zasadnym będzie uznanie, że w ogóle nie mamy do czynienia z wywłaszczeniem, tylko z inną formą ingerencji we własność³⁶.

Kierując się przyjętymi dyrektywami interpretacyjnymi aktów normatywnych, należy przyznawać walor pierwszeństwa wykładni językowej. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 21 ust. 2 Konstytucji RP należałoby uznać, że ww. elementy stanowią przesłanki dopuszczalności instytucji wywłaszczenia, a nie jego konstytutywne cechy. Bowiem prawodawca wprost stanowi „wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas”. Co więcej, taka ocena jest zasadniczo akceptowana przez większość doktryny prawniczej³⁷ oraz znajduje potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego³⁸.

Należy więc przyjąć, że zarówno przesłanka publicznego celu wywłaszczenia, jak i słusznego odszkodowania³⁹ nie stanowią definicyjnych elementów instytucji wywłaszczenia – szerzej zostaną one omówione w kolejnej części niniejszej pracy (która to część ukaże się w następnym numerze niniejszych „Studiów...”).

Zasadnym jest również sformułowanie pytania o to, jakie podmioty, w świetle konstytucyjnej regulacji, mogą zostać wywłaszczone. Czy tylko podmioty prywatne – osoby fizyczne, jak i osoby prawne?⁴⁰ A może również niektóre podmioty publicznoprawne, np. jednostki samorządu terytorialnego?

Ponadto istotnym jest również doprecyzowanie, na rzecz jakiego podmiotu może być dokonywane wywłaszczenie? Czy jedynie na rzecz podmiotów publicznych, czy również prywatnych?

Odpowiedzi na te pytania umożliwią określenie konstytucyjnie wyznaczonego zakresu podmiotowego instytucji wywłaszczenia.

Podkreślić należy, że co prawda ustawodawca zwykły w art. 113 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami wprost konstatuje: „nieruchomość może być wywłaszczona tylko na rzecz Skarbu Państwa albo na rzecz jednostki samorządu terytorialnego”, a w ust. 2 dodaje „nieruchomość stanowiąca własność Skarbu Państwa nie może być wywłaszczona”, przewidując jednocześnie wyjątek – „nie dotyczy to wywłaszczenia prawa użytkowania wieczystego oraz ograniczonych praw rzeczowych obciążających nieruchomość”,

³⁶ Szerzej zob. P.T. Kociubiński, *Powojenne przekształcenia własnościowe w świetle konstytucji*, Lex, Warszawa 2013, s. 120.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Zob. np. wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, OTK ZU z 2000 r., nr 3, poz. 87; wyrok TK z dnia 21 czerwca 2005 r., sygn. P 25/02, OTK ZU z 2005 r., nr 6, poz. 65.

³⁹ Szerzej na temat przesłanki słusznego odszkodowania zob. Z. Czarnik, *Słuszne odszkodowanie za wywłaszczenie nieruchomości*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019 i podana tam literatura.

⁴⁰ Nie dokonując szerszej analizy tego problemu, warto podkreślić, że w świetle orzecznictwa trybunalskiego za podmioty prywatne zostały uznane m.in. spółdzielnie mieszkaniowe; zob. uzasadnienie do wyroku TK z dnia 29 maja 2001 r., sygn. K 5/01, OTK ZU z 2001 r., nr 4, poz. 87.

jednak przyjęcie takiej regulacji przez ustawodawcę wcale nie musi wynikać z konstytucyjnie wyznaczonego zakresu tej instytucji, stąd koniecznym zdaje się dokonanie jego oceny w świetle standardów konstytucyjnych. Oczywiście nie da się wykluczyć, że ustrojodawca „milczy w tym zakresie”, pozostawiając pełną swobodę regulacyjną ustawodawcy zwykłemu. Jednak wymaga to zbadania.

Wątpliwości nie wywołuje brak możliwości wywłaszczenia Skarbu Państwa. Bowiem, po pierwsze, nie sposób uznać, że może być dokonywane wywłaszczenie Skarbu Państwa na rzecz jego samego czy też innych podmiotów publicznoprawnych, gdyż jak słusznie zauważa Lech Garlicki, prowadziłoby to do uznania legalności instytucji „samowywłaszczenia”⁴¹.

Podkreślić również należy, że przekazanie majątku Skarbu Państwa na rzecz jednostek samorządu terytorialnego tradycyjnie nosi nazwę komunalizacji, a nie wywłaszczenia, które przecież nie są tożsame.

Pozostaje zatem udzielić odpowiedzi na pytanie, czy przekazanie mienia publicznego na rzecz podmiotów prywatnych można uznać za działania mieszczącą się w konstytucyjnej instytucji wywłaszczenia. Zauważyć należy, że istota tego pytania nie tyle dotyczy możliwości wywłaszczenia Skarbu Państwa czy nawet szerzej – podmiotów publicznoprawnych, ale sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy możliwym jest dokonywanie wywłaszczenia na rzecz podmiotu prywatnego. Co oczywiście jest ze sobą silnie skorelowane.

Jakkolwiek pytanie takie mogłoby wydawać się *stricto* teoretycznym, to jednak miało ono doniosłe znaczenie praktyczne z uwagi na działania zmierzające do przeprowadzenia pod koniec lat 90. XX wieku reprivatyzacji, polegającej na przywróceniu podmiotom prywatnym uprzednio przez nie utraconej własności. Stąd kwestia, czy proces taki należałoby uznać za wywłaszczenie, czego konsekwencją byłoby zastosowanie konstytucyjnie zdeteminowanego reżimu charakterystycznego dla tej konstrukcji (m.in. łącznie z przesłankami dopuszczalności wywłaszczenia), czy też traktować jako odmienną instytucję prawną.

Stanowiska formułowane w doktrynie były zróżnicowane⁴².

⁴¹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 21 Konstytucji...*, *op. cit.*, s. 14. Konstatacje te aprobuje m.in. P.T. Kociubiński, *op. cit.*, s. 121.

⁴² Za dopuszczalnością wywłaszczenia na rzecz podmiotów prywatnych opowiadają się m.in.: M. Pyziak-Szafnicka, *Uwagi na temat cywilnoprawnego i konstytucyjnego ujęcia własności jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 1999, nr 10, s. 3–18; S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności...*, *op. cit.*, s. 244–247; P.T. Kociubiński, *op. cit.*, s. 131. Z kolei w sposób przeciwny tej tezie wypowiadał się m.in.: L. Garlicki, *Komentarz do art. 21 Konstytucji...*, *op. cit.*, s. 15; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 169.

Przy czym analiza uwag prezentowanych przez zwolenników utożsamiania pojęcia reprivatyzacji z wywłaszczeniem prowadzi do konstatacji, że ich ocena determinowana była m.in. tym, że na gruncie postanowień polskiej ustawy zasadniczej nie można odnaleźć regulacji, dzięki którym możliwym byłoby przeprowadzenie reprivatyzacji. A jednocześnie z uwagi na znaczenie tego procesu właściwym byłoby dokonywanie go na podstawie wzorca konstytucyjnie zdeterminowanego. W kontekście takiej argumentacji należałoby postawić pytanie, czy nie zmierza ona do instrumentalizacji prawa. Czy nie można byłoby, określając sposób przeprowadzenia ww. procesu, odwołać się do aksjologii polskiej konstytucji, do tych postanowień konstytucji, które stanowią o dobru wspólnym (art. 1 i preambuła⁴³), zasadzie demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasadę sprawiedliwości społecznej (art. 2) bądź przepisów konstytuujących instytucję własności (np. art. 64)?

Z kolei współcześnie zwolennicy rozszerzenia zakresu podmiotowego wywłaszczenia zwracają uwagę na to, że w dobie rozwijającego się partnerstwa publiczno-prywatnego zasadnym jest przyjęcie takiej właśnie koncepcji⁴⁴.

Nie dokonując w tym miejscu szerszej analizy tego problemu, należy wskazać, że ostatecznie stanowisko, zgodnie z którym na gruncie przepisów Konstytucji RP pojęcie reprivatyzacji należałoby utożsamiać z wywłaszczeniem, nie znalazło szerszej akceptacji w doktrynie i nie zostało potwierdzone w orzecznictwie trybunalskim. Toteż przyjąć należy, że przekazanie mienia publicznego na rzecz podmiotów prywatnych nosi, zgodnie z nomenklaturą stosowaną w piśmiennictwie, nazwę uwłaszczenia (np. w postaci reprivatyzacji) i nie powinno być ono utożsamiane z wywłaszczeniem⁴⁵.

⁴³ Problematyka normatywnego charakteru preambuły stanowi odmienne zagadnienie prawne i z uwagi na zakres pracy nie zostanie poddana szerszej analizie. Jedynie w celu sygnalizacyjnym można wskazać, że za normatywnością opowiadają się np. A. Bałaban, *Katalog zasad naczelnych konstytucji w polskich podręcznikach prawa konstytucyjnego*, [w:] *Zasady naczelne Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, red. A. Bałaban, P. Mijał, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2011, s. 54–55; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 54; I. Lipowicz, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Kolonia Limited, Wrocław 1998, s. 43; T. Rabska, *Pozycja samorządu terytorialnego w Konstytucji*, „Ruch Prawny, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1995, nr 2; z kolei normatywny charakter preambuły podważają np.: K. Complak, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku...*, *op. cit.*, s. 9, 12–13; S. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Komentarz*, Zakamycze, Kraków 1998, s. 10; *idem*, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 12. Na temat spornego charakteru Preambuły pisze również Piotr Tuleja: *Źródła prawa*, [w:] *Prawo konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 52.

⁴⁴ P.T. Kociubiński, *op. cit.*, s. 131–132.

⁴⁵ Aleksander Hetko wskazuje wprost, iż „przeciwieństwem wywłaszczenia jest uwłaszczenie”; zob. *idem*, *Dekret Warszawski. Wybrane aspekty systemowe*, Warszawa 2012, s. 40–42 i podana tam literatura; zob. również M. Bednarek, *Komunalizacja versus uwłaszczenie państwowych osób*

Również prywatyzacji nie sposób uznać za formę wywłaszczenia⁴⁶.

Zgodzić można się zatem z uwagami Lecha Garlickiego, że poza pojęciem wywłaszczenia „pozostaje [...] odjęcie własności na rzecz podmiotu niepublicznego”. Konstatacje takie znajdują również potwierdzenie w orzecznictwie trybunalskim⁴⁷, który konstatuje, że „instytucja wywłaszczenia należy do sfery prawa publicznego i obejmuje przede wszystkim przymusowe wyzucie z własności na rzecz Skarbu Państwa lub innego podmiotu prawa publicznego”⁴⁸.

Dodać również należy, że w zakresie pojęcia wywłaszczenia nie będą mieściły się różnego rodzaju konstrukcje prawne powodujące zmiany w zakresie prawa własności czy innych praw rzeczowych, dokonywane pomiędzy podmiotami prywatnymi. Bowiernie, jak słusznie konstatuje TK, „różnego rodzaju unormowania z dziedziny prawa prywatnego, przewidujące przejście prawa własności wbrew woli uprawnionego na inną osobę lub osoby, nie powinny być oceniane w świetle konstytucyjnej regulacji dotyczącej instytucji wywłaszczenia”⁴⁹.

Co więcej, oczywista jest możliwość wywłaszczania podmiotów prywatnych na rzecz podmiotów publicznych, gdyż to *de facto* stanowi istotę tej instytucji⁵⁰ – która polega na ingerowaniu przez państwo, w sposób prawnie zdeterminowany i dopuszczalny, we własność czy też inne prawa rzeczowe podmiotów prywatnych.

Problem dotyczący określenia podmiotu wywłaszczanego oraz podmiotu, na rzecz którego dokonywane jest wywłaszczenie, zasadniczo sprowadza się zatem do rozważenia kwestii, czy możliwe jest dokonywanie wywłaszczenia podmiotu publicznoprawnego na rzecz innego podmiotu tego typu, np. gminy na rzecz powiatu, oraz podmiotu publicznoprawnego na rzecz Skarbu Państwa, np. gminy na rzecz SP. Bowiernie jak już wskazano, z zakresu

prawnych (na przykładzie nieruchomości PKP), C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 92 i n. oraz podana tam literatura.

⁴⁶ Podobnie: L. Garlicki, S. Jarosz-Żukowska, *op. cit.*, s. 14.

⁴⁷ Zob. np. wyrok TK z dnia 29 maja 2001 r., sygn. K 5/01, OTK ZU z 2001 r., nr 4, poz. 87; wyrok TK z dnia 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13, OTK ZU z 2015 r., nr 5A, poz. 76.

⁴⁸ Wyrok TK z dnia 29 maja 2001 r., sygn. K 5/01, OTK ZU z 2001 r., nr 4, poz. 87. Teza ta została utrzymana m.in. w wyroku TK z dnia 21 czerwca 2005 r., sygn. P 25/02, OTK ZU z 2005 r., nr 6, poz. 65. Podobnie L. Garlicki, *Komentarz do art. 21 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. *idem*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 13.

⁴⁹ Wyrok TK z dnia 29 maja 2001 r., sygn. K 5/01, OTK ZU z 2001 r., nr 4, poz. 87. Teza ta została utrzymana m.in. w wyroku TK z dnia 21 czerwca 2005 r., sygn. P 25/02, OTK ZU z 2005 r., nr 6, poz. 65. Podobnie: L. Garlicki, *Komentarz do art. 21 Konstytucji...*, *op. cit.*, s. 13.

⁵⁰ Podobnie: L. Garlicki, *Komentarz do art. 21 Konstytucji...*, *op. cit.*, s. 14.

konstytucyjnego pojęcia wywłaszczenia należy wyłączyć przypadki dokonywania wywłaszczenia na rzecz podmiotów prywatnych.

Zawężając dokonywaną analizę jedynie do problematyki wyzucia z własności podmiotów komunalnych można podać za L. Garlicki, iż orzecznictwo trybunalskie „nie dało dotychczas precyzyjnej odpowiedzi na pytanie” o możliwość rozszerzenia pojęcia wywłaszczenia na „odjęcie własności komunalnej”⁵¹.

TK w orzeczeniu z 12 kwietnia 2000 r. skonstratował, iż „[...] zmiany stanu własności komunalnej wynikające z norm o charakterze generalnym nie powinny być kwalifikowane jako wywłaszczenie w rozumieniu art. 21 ust. 2 konstytucji. Właściwą podstawę oceny stanowi w tym wypadku art. 165 i art. 167 konstytucji”⁵². Jednak dodać należy, że TK w uzasadnieniu do ww. orzeczenia wprost i jednoznacznie nie wyklucza całkowicie możliwości uczynienia z art. 21 ust. 2 konstytucji wzorca kontroli w zakresie dotyczącym ograniczania własności jednostek samorządu terytorialnego. Odnosi to jedynie do badanego przypadku, dodając: „[...] mimo iż wywłaszczenie na tle tego przepisu [tj. art. 21 ust. 2 – przyp. G.K.] musi być ujmowane szeroko, trudno traktować art. 21 ust. 2 jako wzorzec kontroli wszystkich aktów normatywnych skutkujących odjęciem gminom określonych składników ich majątku. Nie można zapominać, że okres zasadniczej przebudowy stosunków własnościowych w Polsce nie uległ jeszcze zakończeniu; trwają prace legislacyjne nad projektami ustaw, które mogą doprowadzić do istotnych zmian stanu własności (reprivatyzacja i powszechne uwłaszczenie)”. Zatem z takiej konstatacji jednoznacznie nie wynika, czy teza ta ma charakter generalny, czy jej zawężenie jest po prostu efektem związania TK granicami skierowanego doń wniosku.

Dodać należy, że w piśmiennictwie⁵³ można odnaleźć również poglądy, zgodne z którymi możliwe jest dokonywanie wywłaszczenia podmiotów komunalnych na rzecz Skarbu Państwa. Ich autorzy odwołują się do treści art. 113 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami i wskazują, że odczytując ją literalnie, należałoby uznać, że prawodawca bezwzględnie zakazuje jedynie wywłaszczania nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa. Zatem nie powinno rozszerzać się zakresu stosowania tego przepisu na nieruchomości stanowiące własność podmiotów komunalnych, a więc owa własność może stanowić przedmiot wywłaszczenia.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, OTK ZU z 2000 r., nr 3, poz. 87.

⁵³ M. Wolanin, *Skuteczność roszczenia o zwrot nieruchomości wywłaszczonej*, „Monitor Prawniczy” 1994, nr 3 s. 69; cyt. za: S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności...*, *op. cit.*, s. 244–245.

Polemizowałbym jednak z takimi uwagami, przede wszystkim dlatego, że jak już wskazano, nieakceptowane jest interpretowanie tekstu konstytucji poprzez regulacje ustawowe. Stąd bez względu na to, czy dopuszczalność wywłaszczenia majątku podmiotów komunalnych wynikałaby z przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami, czy też innych przepisów ustawowych⁵⁴, to w żadnym zakresie nie wpływa to na wyznaczanie zakresu podmiotowego konstytucyjnego pojęcia wywłaszczenia, a wręcz przeciwnie – to ustawowy sposób regulacji powinien być oceniany w kontekście wzorca konstytucyjnego, toteż przedstawione powyżej argumenty nie mają większego znaczenia przy dokonywaniu wykładni konstytucyjnego pojęcia wywłaszczenia.

Konstatując, jakkolwiek każdy przypadek przekazania mienia podmiotów komunalnych na rzecz Skarbu Państwa wymagałby skontrolowania pod względem dopuszczalności takiej ingerencji w świetle konstytucyjnych standardów wyznaczonych m.in. zasadą decentralizacji i pomocniczości, a ponadto konstytucyjnie gwarantowaną samodzielnością samorządu terytorialnego, to jednak nie można apriorycznie, bezsprzecznie i całkowicie wyłączyć stosowania w tym zakresie przepisów konstytucji traktujących o instytucji wywłaszczenia. Przy czym, jak podkreśla się w piśmiennictwie, wątpliwości tych do dzisiaj nie udało się Trybunałowi Konstytucyjnemu jednoznacznie rozstrzygnąć⁵⁵.

Trybunał w swoim orzecznictwie zdaje się wskazywać na kolejny element konstytucyjnej instytucji wywłaszczenia, bowiem formułuje tezę, że „[...] nie każde przeniesienie własności z podmiotu prywatnego na podmiot publiczny, którego uzasadnieniem jest realizacja »celu publicznego«, stanowi »wywłaszczenie« w sensie konstytucyjnym. Jedynie bowiem wyzucie z własności prywatnej na rzecz podmiotu publicznego, mające podstawę w obowiązującym prawie i – co istotniejsze – wbrew woli właściciela, może być uznane za »wywłaszczenie«, o którym mowa w art. 21 ust. 2 Konstytucji. Nie mieszczą się zatem w ramach tego konstytucyjnego pojęcia inne formy przekazania własności nieruchomości, których dojście do skutku uzależnione jest od osiągnięcia konsensu między zbywcą a nabywcą (w tym w drodze czynności prawnych)”⁵⁶. Stąd należałoby przyjąć, że kolejnym definicyjnym elementem

⁵⁴ Jakkolwiek ustawa o gospodarce nieruchomościami stanowi istotny, a wręcz fundamentalny akt normatywny, na podstawie którego dokonywany jest proces wywłaszczenia, to jednak nie sposób na tej podstawie uznać, że prawodawca nie mógłby określić sposobu wywłaszczenia podmiotów komunalnych w innym akcie ustawowym, np. w ustawach kształtujących ustrój samorządu terytorialnego.

⁵⁵ Patrz np. P.T. Kociubiński, *op. cit.*, s. 122.

⁵⁶ Wyrok TK z dnia 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13, OTK ZU z 2015 r., nr 5A, poz. 76; wyrok TK z 12 grudnia 2017 r., sygn. SK 39/15, OTK ZU A/2017, poz. 86 i powołane tam orzecznictwo; postanowienie TK z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. SK 21/18, OTK ZU z 2019 r., nr A, poz. 58.

konstytucyjnego pojęcia wywłaszczenia jest brak zgody podmiotu wywłaszczanego. Oczywiście przyjęciu takiej koncepcji nie może towarzyszyć rozszerzająca interpretacja pojęcia „wbrew woli”, bowiem wówczas należałoby przyjąć, że każdy przypadek wyzucia z własności, aby mógł zostać uznany za wywłaszczenie, winien kończyć się postępowaniem sądowym, w którym ów brak woli ulegałby materializacji. Co więcej, ten brak woli powinien zostać stwierdzony *de facto* przed dokonaniem wywłaszczenia w drodze zindywidualizowanego aktu wywłaszczającego, bowiem Trybunał, dokonując kontroli realizacji przez ustawodawcę zwykłego konstytucyjnego wzorca wywłaszczenia, nie bada aktów konkretno-indywidualnych, a jedynie akty generalnie-abstrakcyjne i to nawet w przypadku rozpatrywania w tym zakresie skarg konstytucyjnych, bowiem należy pamiętać, że polski ustrojodawca wprowadza wąski model skargi konstytucyjnej⁵⁷.

Dodać również należy, że konstatacje sformułowane w doktrynie we wspomnianym zakresie są z reguły ostrożniejsze, bowiem przyjmuje się, że akt wywłaszczenia podejmowany jest „bez względu na wolę uprawnionego podmiotu (najczęściej wbrew jego woli)”⁵⁸. Wydaje się, iż takie konstatacje są zdecydowanie precyzyjniejsze, a teza trybunalska powinna zostać o nie skorygowana.

Definiując konstytucyjne pojęcie wywłaszczenia, należy jeszcze udzielić odpowiedzi na następujące pytania – po pierwsze: czy odnosi się ono jedynie do nieruchomości, czy ma może charakter szerszy i obejmuje wszystkie rzeczy; po drugie: czy dotyczy jedynie ograniczenia własności, czy również innych praw rzeczowych, a może w ogóle wszystkich praw majątkowych. Po trzecie: czy dotyczy ono jedynie bezpośredniego „wyjęcia [...] prawa ze sfery majątkowej jednostki”, czy również przypadków jego ograniczenia⁵⁹. Z uwagi na ramy niniejszej pracy problematyka ta nie zostanie kompleksowo przeanalizowana. Autor ograniczy się jedynie do sformułowania ogólnych konkluzji.

W celu udzielenia odpowiedzi na pierwsze z pytań zasadnym jest sięgnięcie do jednego z orzeczeń trybunalskich, które konstatuje wprost: „aktualny pozostaje wszakże pogląd, że konstytucyjne pojęcie wywłaszczenia ma charakter autonomiczny i obejmuje zarówno odjęcie własności rzeczy, jak i własności nieruchomości”⁶⁰.

⁵⁷ Szerzej zob. np. G. Kościelniak, *Zakres podmiotowy skargi konstytucyjnej – uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, t. 3, red. J. Jaskiernia, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2014, s. 610–626 i podane tam orzecznictwo.

⁵⁸ T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot...*, *op. cit.*, s. 22–23.

⁵⁹ P.T. Kociubiński, *op. cit.*, s. 119.

⁶⁰ Wyrok TK z dnia 25 maja 2016 r., sygn. Kp 2/15, OTK ZU z 2016 r., nr A, poz. 23 i podane tam orzecznictwo. Ponownie należy zaznaczyć, że autor niniejszego opracowania konsekwent-

Takie konstatacje z reguły znajdują potwierdzenie w piśmiennictwie wśród przedstawicieli tzw. ogólnej teorii wywłaszczenia⁶¹, należy jednak zaznaczyć, że pogląd ten bywa niekiedy kontestowany, np. Aleksander Hetko wskazuje, iż przedmiotem wywłaszczenia zasadniczo może być tylko nieruchomości⁶², co jest z kolei charakterystyczne dla zwolenników tzw. klasycznej teorii wywłaszczenia⁶³.

Zatem jakkolwiek można zauważyć pewną niespójność w zakresie dotyczącym odnoszenia konstytucyjnego pojęcia wywłaszczenia do szerokiego katalogu „rzeczy”, to jednak panuje całkowita zgodność, że termin ten odnosi się do nieruchomości.

Po drugie, zasadniczo w doktrynie panuje zgodność, że konstytucyjne pojęcie wywłaszczenia obejmuje nie tylko sytuacje, w których dochodzi do pozbawienia lub ograniczenia prawa własności, ale również praw rzeczowych czy w ogóle majątkowych. Z uwagami takimi zgadzają się m.in. Piotr T. Kociubiński⁶⁴, Tomasz Dybowski, Fryderyk Zoll, Ewa Łętowska, Lech Garlicki, Bogusław Banaszak czy Maria Szewczyk. Jednak w piśmiennictwie można również spotkać odmienne stanowiska, np. Sylwii Jarosz-Żukowskiej, Krzysztofa Świdorskiego czy Tadeusza Woś⁶⁵.

nie nie odnosi się do problematyki obowiązywania orzeczeń trybunalskich wydawanych po 9 marca 2016 r., sygn. K 47/15, OTK ZU z 2016 r., nr A, poz. 2. Przywołane powyżej orzeczenie służyć ma jedynie wskazaniu sformułowanych w najnowszym orzecznictwie tez odnoszących się do analizowanego problemu. Natomiast w badanej materii nie mieści się problematyka skutków prawnych owych orzeczeń.

⁶¹ Np. M. Zimmermann, *Polskie prawo wywłaszczeniowe*, B. Wysłouch, Lwów 1939, s. 25–183; cyt za: T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot...*, *op. cit.*, s. 23.

⁶² A. Hetko, *op. cit.*, s. 57.

⁶³ Na co zwraca uwagę T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot...*, *op. cit.*, s. 24. Szerzej na temat modyfikacji klasycznej koncepcji wywłaszczenia zob. S. Pawłowski, *Modyfikacje klasycznej koncepcji wywłaszczenia a gwarancje praw jednostki*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Poznań 2018.

⁶⁴ Zob. np. P.T. Kociubiński, *op. cit.*, s. 120–121.

⁶⁵ Cyt. za: A. Hetko, *op. cit.*, s. 56–57 odpowiednio: T. Dybowski, *Własność w przepisach konstytucyjnych wedle stanu obowiązywania w roku 1996*, [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzciniński, A. Jankiewicz, Biuro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 1996, s. 325; F. Zoll, *op. cit.*, s. 31; E. Łętowska, *Własność jako prawo jednostki w świetle Konstytucji i Konwencji Europejskiej*, „Szkoła Praw Człowieka” 1998, nr 4, s. 98; L. Garlicki, *Komentarz do art. 21 Konstytucji...*, *op. cit.*, s. 13; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, CH. Beck, Warszawa 1999, s. 196; M. Szewczyk, *Ingerencja publicznoprawna w prawo własności jednostki w demokratycznym państwie prawnym*, [w:] *Jednostka w demokratycznym państwie prawnym*, red. J. Filipek, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Administracji, Białsko-Biała 2003, s. 600; S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności...*, *op. cit.*, s. 247; K. Świdorski, *Wywłaszczenie w świetle art. 21 ust. 2 Konstytucji RP*, „Casus” 2006, nr 42, s. 16; T. Woś, *Wywłaszczenie i zwrot wywłaszczonych nieruchomości*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 42.

Przy czym zasadniczo Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie⁶⁶ opowiada się za szerokim, w tym znaczeniu, rozumieniem pojęcia wywłaszczenia. Wskazuje bowiem (np. w wyroku z dnia 23 września 2014 r. czy wyroku z dnia 26 maja 2015 r.), że wywłaszczenie „polega na ograniczeniu bądź odjęciu w całości prawa własności lub innego prawa majątkowego”.

Trybunał również w orzeczeniu z dnia 25 maja 2016 r. konstatuje: „aktualny pozostaje wszakże pogląd, że konstytucyjne pojęcie wywłaszczenia ma charakter autonomiczny i [...] może dotyczyć nie tylko własności *sensu stricto*, ale i odjęcia innych praw majątkowych [...] [m.in.] możliwy jest zarzut wywłaszczenia praw wynikających ze znaku towarowego”⁶⁷.

Po trzecie, zgodnie z orzecznictwem polskiego sądu prawa⁶⁸ oraz stanowiskiem formułowanym w doktrynie⁶⁹ należałoby przyjąć, że pod konstytucyjnym pojęciem wywłaszczenia mieszczą się również niektóre przypadki ograniczania praw, a nie tylko całkowitego z nich wyzucia. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (np. w wyroku z dnia 23 września 2014 r., sygn. SK 7/13 czy wyroku z dnia 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13), bowiem wskazuje on wprost, że wywłaszczenie „polega na ograniczeniu bądź odjęciu w całości prawa własności lub innego prawa majątkowego”.

Przy czym wydaje się, że aprioryczne budowanie katalogu określającego enumeratywnie wszystkie przypadki ograniczeń tych praw, jakie mogą mieścić się w zakresie pojęcia wywłaszczenia, skazane jest na porażkę. Właściwszym zdaje się podawanie przykładowych wyliczeń oraz dokonywanie oceny *a casu ad casum* w odniesieniu do konkretnych analizowanych instytucji ograniczających poszczególne prawa⁷⁰. Co więcej, taka szczegółowa analiza zdaje się znacząco wykraczać poza treściowe ramy niniejszej pracy.

Reasumując, jak można zatem zauważyć, z uwagi na brak w postanowieniach Konstytucji RP nie tylko definicji legalnej instytucji wywłaszczenia, ale

⁶⁶ Wyrok TK z dnia 23 września 2014 r., sygn. SK 7/13, OTK ZU z 2014 r., nr 8A, poz. 93; wyrok TK z dnia 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13, OTK ZU z 2015 r., nr 5A, poz. 76; Wyrok TK z dnia 25 maja 2016 r., sygn. Kp 2/15, OTK ZU z 2016 r., nr A, poz. 23.

⁶⁷ Wyrok TK z dnia 25 maja 2016 r., sygn. Kp 2/15, OTK ZU z 2016 r., nr A, poz. 23 i podane tam orzecznictwo.

⁶⁸ Zob. np. orzeczenie TK z dnia 28 maja 1991 r., sygn. K 1/91, OTK ZU z 1991 r., poz. 4; wyrok TK z 14 marca 2000 r., sygn. P 5/99, OTK ZU z 2000 r., nr 2, poz. 60; wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, OTK ZU z 1998 r., nr 3, poz. 87; wyrok TK z dnia 23 września 2014 r., sygn. SK 7/13, OTK ZU z 2014 r., nr 8A, poz. 93; wyrok TK z dnia 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13, OTK ZU z 2015 r., nr 5A, poz. 76.

⁶⁹ Zob. np. F. Zoll, *op. cit.*, s. 31; P.T. Kociubiński, *op. cit.*, s. 119; B. Banaszkiwicz, *Konstytucyjne prawo do własności*, [w:] *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2001, s. 47.

⁷⁰ Szerzej zob. np. B. Banaszkiwicz, *op. cit.*, s. 47 i n.; P.T. Kociubiński, *op. cit.*, s. 121–122.

nawet określenia jej konstytutywnych elementów konstytucyjny zakres tego pojęcia musi być wyznaczany na podstawie dorobku doktryny i orzecznictwa trybunalskiego. To z kolei, z uwagi na brak jednolitości koncepcji doktrynalnych⁷¹ i będących tego egzemplifikacją niespójności linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, zdecydowanie utrudnia formułowanie jednoznacznych konkluzji.

Można pokusić się więc o konstatację, zwłaszcza z uwagi na to, że minęło już blisko 30 lat od momentu konstytucjonalizacji, że konstytucyjna regulacja instytucji wyłączenia nie do końca zdała próby czasu. Zatem *de lege ferenda* zasadnym wydaje się dokonanie stosowanych zmian w tym zakresie i doprecyzowanie konstytutywnych elementów tej, przecież rudymen tarnej z punktu widzenia podmiotowego prawa własności, instytucji prawnej. Pewne potencjalne wskazówki o możliwym do wprowadzenia kierunku przyjmowanych modyfikacji można uzyskać, analizując przyjęte w Niemczech rozwiązania ustrojowe i sformułowane do nich orzecznictwa FTK. Co wcale nie musi oznaczać kopiowania tych wzorców, bo przecież możliwym byłoby np. konstytucyjne doprecyzowanie pojęcia wyłączenia i zawężenie jego zakresu – odnoszącego się tylko do przypadków wyzucia praw majątkowych w drodze aktów zindywidualizowanych – decyzji administracyjnych.

Bibliografia

Wykaz monografii, opracowań zbiorowych oraz artykułów

- Bałaaban A., *Katalog zasad naczelných konstytucji w polskich podręcznikach prawa konstytucyjnego*, [w:] *Zasady naczelné Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, red. A. Bałaaban, P. Mijał, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2011.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, wyd. 8, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Banaszkiewicz B., *Konstytucyjne prawo do własności*, [w:] *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, red. M. Wyrzykowski, Wydawnictwa Przemysłowe WEMA Warszawa 2001.
- Bednarek M., *Komunalizacja versus uwłaszczenie państwowych osób prawnych (na przykładzie nieruchomości PKP)*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Czarnik Z., *Słuszne odszkodowanie za wyłączenie nieruchomości*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Dawidowicz D., *Problematyka wyłączeń w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2013, nr 2 (6).

⁷¹ Owy brak spójności wydaje się następstwem wciąż zauważalnego sporu pomiędzy zwolennikami teorii ogólnej wyłączenia, a tzw. klasycznej teorii wyłączenia – szerzej zob. np. A. Hetko, *op. cit.*, s. 58; T. Woś, *Wyłączenie nieruchomości...*, *op. cit.*, s. 21–22.

- Garlicki L., *Komentarz do art. 21 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 64 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, red. *idem*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne*, Liber, Warszawa 2006.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Garlicki L., Jarosz-Żukowska S., *Uwagi do art. 64 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, red. L. Garlicki, M. Zubik, wyd. 2, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016.
- Garlicki L., Zubik M., *Komentarz do art. 21 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, red. *idem*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016.
- Hetko A., *Dekret Warszawski. Wybrane aspekty systemowe*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Jarosz-Żukowska S., *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Jarosz-Żukowska S., *Prawo do własności i własność jako prawo podmiotowe*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- Kamiński Ł., *Administracyjnoprawne ograniczenie prawa własności nieruchomości*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2018.
- Kasperek B., *Tryb zwrotu wywłaszczonych nieruchomości*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Kociubiński P.T., *Powojenne przekształcenia własnościowe w świetle konstytucji*, Lex, Warszawa 2013.
- Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safian, L. Bosek, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Kolonia Limited, Wrocław 1998.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Kościelniak G., *Bezprawie legislacyjne a bezpieczeństwo prawne jednostki – wybrane zagadnienia*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2013, nr 2.
- Kościelniak G., *Zakres podmiotowy skargi konstytucyjnej – uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, t. 3, red. J. Jaskiernia, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2014.
- Kościelniak G., Naleziński B., *Pojęcie organu administracji publicznej w świetle art. 79 ust. 1 Konstytucji RP – uwagi na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Państwo Demokratyczne, Prawne i Socjalne. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Zbigniewowi Antoniemu Maciągowi*, t. 3, red. M. Grzybowski, KAAFM, Kraków 2014.
- Łętowska E., *Własność jako prawo jednostki w świetle Konstytucji i Konwencji Europejskiej*, „Szkola Praw Człowieka” 1998, nr 4.
- Pawłowski S., *Modyfikacje klasycznej koncepcji wyłączenia a gwarancje praw jednostki*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Poznań 2018.
- Pawłowski S., *Wyłączenie z mocy prawa (ex lege) a nacjonalizacja – refleksje w przedmiocie publicznoprawnych ingerencji w prawo własności*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny” 2019, nr 1.

- Polanowski J., *Ograniczenie prawa własności nieruchomości w specustawach na przykładzie specustawy drogowej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G: Ius” 2020, nr 1 (67).
- Pyziak-Szafnicka M., *Uwagi na temat cywilnoprawnego i konstytucyjnego ujęcia własności jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 1999, nr 10.
- Rabska T., *Pozycja samorządu terytorialnego w Konstytucji*, „Ruch Prawny, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1995, nr 2.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 1998.
- Szewczyk M., *Ingerencja publicznoprawna w prawo własności jednostki w demokratycznym państwie prawnym*, [w:] *Jednostka w demokratycznym państwie prawnym*, red. J. Filipek, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Administracji, Bielsko-Biała 2003.
- Śmiałek P., *Przesłanki wywłaszczenia w świetle norm konstytucyjnych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2018, nr 5 (45).
- Świderski K., *Wywłaszczenie w świetle art. 21 ust. 2 Konstytucji RP*, „Casus” 2006, nr 42.
- Tuleja P., *Zastane pojęcia państwa prawnego*, [w:] *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006.
- Tuleja P., *Źródła prawa*, [w:] *Prawo konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Tuleja P., *Konstytucyjne podstawy zwrotu wywłaszczonej nieruchomości*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018, t. 40.
- Wolanin M., *Skuteczność roszczenia o zwrot nieruchomości wywłaszczonej*, „Monitor Prawniczy” 1994, nr 3.
- Wolanin M., *Szczegółowe formy wywłaszczenia praw rzeczowych pod budowę autostrad*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 4.
- Woś T., *Wywłaszczenie i zwrot nieruchomości*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1998.
- Woś T., *Wywłaszczenie i zwrot wywłaszczonych nieruchomości*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Woś T., *Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Wyrzykowski M., *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1986.
- Zdyb M., *Konstytucyjne podstawy administracyjnoprawnych ograniczeń prawa własności jako podstawowego prawa rzeczowego (i ograniczonych praw rzeczowych)*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 7: *Prawo administracyjne materialne*, red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Zoll F., *Prawo własności w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z perspektywy polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 5.

Inne materiały i publikacje

- Działocha K., *Sprawozdanie stenograficzne z 83. Posiedzenia Sejmu w dniu 19 lipca 2000 r. w sprawie informacji o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 1999 r. (druk nr 1930) wraz ze stanowiskiem Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka (druk nr 1964)*.

Safian M., *Sprawozdanie stenograficzne z 83. posiedzenia sejmu w dniu 19 lipca 2000 r. w sprawie informacji o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 1999 r., druk nr 1930) wraz ze stanowiskiem Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka (druk nr 1964).*

Wykaz polskich aktów prawnych

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 roku, Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284.

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

Protokół Nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 roku, Dz.U. z 1995 r., nr 36, poz. 175.

Ustawa z dnia 29 grudnia 1989 roku o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz.U. z 1989 r., nr 75, poz. 444.

Ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 65 ze zm.

Wykaz obcych aktów prawnych

Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec, tłum. B. Banaszak i A. Malicka, [w:] *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, red. W. Staśkiewicz, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011.

Wykaz orzecznictwa

Orzeczenie TK z dnia 31 maja 1989 r., sygn. K 2/88, OTK ZU z 1989, poz. 1.

Orzeczenie TK z dnia 8 maja 1990 r., sygn. K 1/90, OTK ZU z 1990 r., poz. 2.

Orzeczenie TK z dnia 19 czerwca 1990 r., sygn. K 2/90, OTK ZU z 1990 r., poz. 3.

Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1991 r., sygn. K 1/91, OTK ZU z 1991 r., poz. 4.

Postanowienie TK z dnia 6 listopada 2019 roku, sygn.. SK 21/18, OTK ZU z 2019 r., nr A, poz. 58.

Wyrok TK z dnia 14 marca 2000 r., sygn. P 5/99, OTK ZU z 2000 r., nr 2, poz. 60.

Wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, OTK ZU z 1998 r., nr 3, poz. 87.

Wyrok TK z dnia 29 maja 2001 r., sygn. K 5/01, OTK ZU z 2001 r., nr 4, poz. 87.

Wyrok TK z dnia 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU z 2001 r., nr 7, poz. 216.

Wyrok TK z dnia 23 września 2003 r., sygn. K 20/02, OTK ZU z 2003 r., nr 7A, poz. 76.

Wyrok TK z dnia 21 czerwca 2005 r., sygn. P 25/02, OTK ZU z 2005 r., nr 6, poz. 65.

Wyrok TK z dnia 9 grudnia 2008 r., sygn. K 61/07, OTK ZU z 2008 r., nr 10A, poz. 174.

Wyrok TK z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. P 12/11, OTK ZU z 2012 roku, nr 11A, poz. 135.

Wyrok TK z dnia 23 września 2014 r., sygn. SK 7/13, OTK ZU z 2014 r., nr 8A, poz. 93.

Wyrok TK z dnia 26 maja 2015 r., sygn. SK 6/13, OTK ZU z 2015 r., nr 5A, poz. 76.

Wyrok TK z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. SK 26/14; OTK ZU nr 7A z 2015 r., poz. 101.

Wyrok TK z dnia 27 października 2015 r., sygn. SK 9/13, OTK ZU z 2015 r., nr 9A, poz. 151.

Wyrok TK z dnia 9 marca 2016 r., sygn. K 47/15, OTK ZU z 2016 r., nr A, poz. 2.
Wyrok TK z dnia 25 maja 2016 r., sygn. Kp 2/15, OTK ZU z 2016 r., nr A, poz. 23.
Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2017 r., sygn. SK 39/15, OTK ZU z 2017 r., nr A, poz. 86.

Abstract

Constitutional regulation of the institution of expropriation in Poland – the constitutional concept of expropriation

The aim of the present study is to present the issues of regulation of the institution of expropriation in the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997. This institution has long been known for both administrative and civil law. However, it has been the subject of interest of the constitutionalists since its introduction to the provisions of the Basic Law. Due to the complexity of the work, it will be divided into three parts.

In the first part, the author conducted an analysis of the process of constitutionalization of this institution in the Polish legal system and made a selective analysis of constitutional regulations of expropriation institutions in some modern countries, mainly European ones and in the USA. The second part of the work will attempt to define the constitutional concept of expropriation. At the same time, the assumption that the definition of a given legal concept should describe the constitutive elements of the institution defined by the concept will make it possible to characterize the expropriation itself. The last third part of the work will focus on the constitutional conditions for the admissibility of expropriation. It will also include conclusions and the coping of conducted research.

Key words: expropriation, constitutional concept of expropriation, restriction of property rights for public purposes, constitutive elements of expropriation institution

Streszczenie

Konstytucyjna regulacja instytucji wywłaszczenia w Polsce – konstytucyjne pojęcie wywłaszczenia

Celem niniejszego opracowania jest przybliżenie problematyki regulacji instytucji wywłaszczenia w Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. Instytucja ta znana jest od dawna zarówno prawu administracyjnemu, jak i cywilnemu, przedmiotem zainteresowania konstytucjonalistów jest natomiast od momentu jej wprowadzenia do postanowień ustawy zasadniczej. Z uwagi na złożoność pracy podzielono ją na trzy części.

W pierwszej części autor przeprowadził analizę procesu konstytucjonalizacji tej instytucji w polskim porządku prawnym oraz dokonał selektywnej analizy konstytucyjnych regulacji instytucji wywłaszczenia w niektórych współczesnych państwach, głównie europejskich oraz w USA. W niniejszej, drugiej części pracy podjęto próbę zde-

finiowania konstytucyjnego pojęcia wyłączenia. Jednocześnie przyjęcie założenia, zgodnie z którym definicja danego pojęcia prawnego powinna opisywać konstytucyjne elementy instytucji określanej tym pojęciem, umożliwi scharakteryzowanie samego wyłączenia. Trzecia i ostatnia część pracy koncentrować się będzie na konstytucyjnych warunkach dopuszczalności instytucji wyłączenia. Zawierać będzie również konkluzje podsumowujące i jednocześnie wieńczące przeprowadzone badania.

Słowa kluczowe: wyłączenie, konstytucyjne pojęcie wyłączenia, ograniczenie prawa własności na cele publiczne, konstytucyjne elementy instytucji wyłączenia

Katarzyna Sikora

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0001-5378-7992

katarzynasikoraa@gmail.com

Technologie biometryczne sposobem współcześnieńia przepisów o formie testamentu holograficznego

Wprowadzenie

Postępujący rozwój technologiczny stanowi jedną z głównych przyczyn popularyzacji oraz komercjalizacji nowoczesnych urządzeń elektronicznych, a także stosowania coraz doskonalszych systemów ich zabezpieczenia. Obecnie niemal każdy posiada komputer, a urządzenia takie jak smartfon czy tablet stały się nieodłącznym elementem życia codziennego. Co więcej, wszystkie z dzisiejszych urządzeń multimedialnych umożliwiają zarówno rejestrowanie obrazu i dźwięku, jak i dostęp do edytorów tekstu, poczty elektronicznej oraz różnego rodzaju komunikatorów i serwisów internetowych. Większość z nich posiada także ekran dotykowy, a wbudowane systemy biometryczne stają się coraz bardziej powszechne. Ostatnimi laty możemy zresztą zaobserwować znaczący rozwój biometrii, wzrost zasięgu jej zastosowania oraz większą przychylność społeczną w stosunku do technologii opartych na przetwarzaniu danych biometrycznych.

Już na wstępie należy zauważyć, że staliśmy się bardziej lub mniej świadomymi członkami społeczeństwa informacyjnego, którego rozwój powoduje informatyzację różnych obszarów życia. Niewątpliwie informatyzacja ta ma nieodwracalny wpływ na kształt norm prawnych, które – jak się wydaje – powinny jeżeli nie wychodzić naprzeciw, to chociaż dorównywać oraz towarzyszyć współczesnym zmianom społecznym i aksjologicznym. Także czas, w którym inteligentne urządzenia multimedialne stały się powszechnie dostępne, a ich wykorzystanie zyskuje aprobatę coraz większej części społeczeństwa, któremu umożliwiono już stosunkowo szeroką paletę usług publicznych

dostępnych w systemie informatycznym, jest właściwym na podjęcie szerszej dyskusji dotyczącej kierunku zmian legislacyjnych we współczesnym prawie spadkowym¹. Skoro za pomocą urządzeń z dostępem do Internetu można już nie tylko składać skuteczne oświadczenia woli, uczestniczyć w e-rozprawie, zarządzać urządzeniami z systemem *smart home*, czy znaleźć przyjaciół, lecz także założyć wirtualny grób oraz zapalić znicz i złożyć na nim kwiaty², powstaje pytanie o możliwość rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci z wykorzystaniem inteligentnych urządzeń multimedialnych i Internetu. Pomimo tego, że technologie nie są neutralne społecznie, gospodarczo oraz kulturowo, a na naszych oczach narodziła się nowa społeczna, gospodarcza i administracyjna wirtualna rzeczywistość, poszczególni ustawodawcy europejscy w obszarze rozrządzeń na wypadek śmierci są wciąż raczej tradycyjni³.

Dlatego też niniejszy artykuł służyć ma analizie najbardziej powszechnej obecnie formy dysponowania majątkiem *mortis causa*, którą jest testament własnoręczny, w kontekście jej aktualności do już wysoce rozwiniętych, jednak wciąż ewoluujących rozwiązań technologicznych. Celem artykułu jest próba wskazania możliwości dostosowania przepisów o formie testamentu holograficznego do wymagań współczesności, w szczególności poprzez dopuszczenie wykorzystania takich narzędzi jak elektroniczny podpis biometryczny, kwalifikowany podpis elektroniczny oraz własnoręczny podpis biometryczny. Wszystko to ma ułatwić odpowiedź na pytania o potrzebę uelastycznienia wymogów formalnych dotyczących sporządzania testamentu holograficznego oraz możliwości zastosowania we współczesnym prawie spadkowym rozwiązań opartych na systemach biometrycznych, pozwalających zarówno na potwierdzenie tożsamości osoby testatora, jak i lepsze zabezpieczenie samego testamentu.

Rozrządzenie majątkiem mortis causa

Testament jest wciąż najpopularniejszym narzędziem wykorzystywanym w poszczególnych systemach prawnych do regulowania stosunków prawnych

¹ O. Lando, *Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code*, [w:] *New Perspectives for a Common Law of Europe*, ed. M. Cappelletti, with a foreword by M. Kohnstamm, Sijthoff – Bruylant – Klett-Cotta – Le Monnie, Leyden – Bruxelles – Stuttgart – Firenze 1978, s. 267 i n.; M. Załucki, *About the Need to Adjust the Regulations Regarding the Form of Will to the Modern Requirements*, „European Journal of Economics, Law and Politics” 2019, Vol. 6, No. 2, s. 11.

² Zob. np. Wirtualny Cmentarz, <https://www.wirtualnycmentarz.pl> [dostęp: 9.11.2020].

³ Zob. np. R. Zimmermann, *Testamentsformen: »Willkur« oder Ausdruck einer Rechtskultur*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2012, Bd. 76, H. 3, s. 471–508; M. Załucki, *Videotestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 56.

po śmierci testatora⁴. Na ogół ustawodawcy dla ważności testamentu przewidują, że spadkodawca musi posiadać zdolność testowania, dokonywać rozrządzeń świadomie i swobodnie oraz przestrzegać określonej ustawowej formy i w jej ramach wyrażać swoją ostatnią wolę⁵. Bez względu na rozumienie testamentu w nowoczesnych kodyfikacjach cywilnych zazwyczaj wymienia się jego cztery najważniejsze cechy, do których należą: jednostronność, odwoływalność, formalizm sporządzenia oraz wywołanie skutków prawnych *mortis causa*⁶. Dopiero kumulatywne wystąpienie tych cech powoduje, że w danym przypadku w ogóle można mówić o testamencie⁷. Pomimo szeregu różnic charakteryzujących rozwiązania poszczególnych ustawodawstw prawnośpadkowych, do najczęściej spotykanych form testamentu należą: testament holograficzny, testament sporządzany w obecności świadków oraz testament publiczny, gdzie ostatnia wola spadkodawcy jest oświadczana w obecności osoby urzędowej⁸.

Z uwagi na ograniczone ramy objętościowe niniejszego artykułu przedmiotem jego analizy będzie forma testamentu holograficznego, która znana była już w prawie starożytnego Rzymu⁹. *Holografos* oznacza bowiem „napisany w całości tą samą ręką, własnoręcznie”, stąd testament holograficzny spisywany był w całości przez spadkodawcę, a dla swej skuteczności nie wymagał obecności świadków¹⁰. Prawo starożytnego Rzymu wywarło zresztą istotny wpływ na rozwój europejskiego prawa spadkowego¹¹ – we wszystkich znanych systemowi kontynentalnemu regulacjach prawnośpadkowych testament holograficzny zaliczany był do testamentów zwykłych, który dla swej

⁴ R. Pound, *The Role of the Will in Law*, „Harvard Law Review” 1954, Vol. 68, No. 1, s. 1 i n.; H.E. Nass, *We Can't Stop Loving You*, „Trusts & Estates” 2005, No. 8, s. 64.

⁵ M. Frost, S. Lawson, R. Jacoby, *Testamentary Capacity. Law, Practice and Medicine*, Oxford University Press, Oxford 2015, s. 5 i n.; P. Lagarde, *Loi applicable*, [w:] U. Bergquist, R. Frimston, F. Odersky, D. Damascelli, P. Lagarde, B. Reinhardt, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Paris 2015, s. 133 i n.

⁶ F. Terré, Y. Lequette, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3e éd., Dalloz, Paris 1997, s. 4 i n.; W.S. Holdsworth, C.W. Vickers, *The Law of Succession. Testamentary and Intestate*, The Lawbook Exchange, Clark 2004, s. 25–33; E. Skowrońska-Bocian, *Testament w prawie polskim*, LexisNexis, Warszawa 2004, s. 13.

⁷ A. Mączyński, *Dziedziczenie testamentowe w prawie prywatnym międzynarodowym. Ustawowe i konwencyjne unormowanie problematyki formy*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe – Uniwersytet Jagielloński, Warszawa–Kraków 1976, s. 53.

⁸ M. Załucki, *Videotestament...*, *op. cit.*, s. 53.

⁹ U. Babusiaux, *Wége zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Böhlau Verlag, Köln – Weimar – Wien 2015, s. 10 i n.

¹⁰ *Holografos* [hasło], *A Greek-English Lexicon*, comp. by H.G. Liddell, R. Scott, [A new ed. rev. and augm. throughout by H.S. Jones, with the ass. of R. McKenzie], Clarendon Press, Oxford 1953, s. 1217: *written entirely in the same hand*.

¹¹ G. Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Berlin 2012 [e-book], s. 279 i n.

skuteczności wymagał sporządzenia go przez spadkodawcę w całości pismem własnoręcznym, podpisania oraz wskazania daty¹², a także – w niektórych przypadkach – oznaczenia miejsca sporządzenia oświadczenia ostatniej woli¹³.

Analiza prawnoporównawcza dowodzi, że poszczególni ustawodawcy europejscy są w obszarze form rozrządzeń na wypadek śmierci raczej tradycyjni, przez co do najpopularniejszych form testamentu wciąż należą te oparte na złożeniu oświadczenia woli ustnie przed urzędnikiem oraz testamenty holograficzne¹⁴. Testament holograficzny wciąż występuje m.in. we Francji, Włoszech, w Niemczech, Austrii, Szwajcarii, czy Polsce, jak i w szeregu ustawodawstw stanowych Stanów Zjednoczonych Ameryki (§ 2–502 Uniform Probate Code). Elementem charakteryzującym tę formę testamentu zazwyczaj jest pismo ręczne spadkodawcy oraz jego podpis, a większego znaczenia nie ma użyte narzędzie, podobnie jak i nośnik, na którym testament jest utrwalany¹⁵.

Ostatnie lata to okres intensywnego rozwoju nowych technologii oraz poszerzenia katalogu usług publicznych dostępnych dla użytkowników Internetu. Na tym tle powstaje zatem pytanie, czy testamenty wykorzystujące rozwiązania dostarczane przez nowe technologie mogą być wykorzystywane przez spadkodawców do rozporządzania ich mieniem na wypadek śmierci oraz czy istnieje taka potrzeba. Na świecie już od pewnego czasu trwa dyskusja dotycząca konieczności uwspółcześnienia aktualnych form testamentu¹⁶. Wskazuje się bowiem, że tradycyjne instrumenty prawnospadkowe nie są adekwatne do obecnych potrzeb społeczeństwa¹⁷. Konieczność nowego spojrzenia na instrumenty służące rozrządzaniu majątkiem *mortis causa* to aktualnie powszechny trend, wspierany przez doktrynę wielu państw, w szczególności w Niemczech, Austrii, Szwajcarii, Francji, Stanach Zjednoczonych Ameryki, Kanadzie, Anglii, Szkocji, Australii, Republice Południowej Afryki, a także w Polsce¹⁸. Jeśli bowiem codzienne wykorzystywanie urzędzeń mul-

¹² Zob. np. R. Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, Paris 1995, s. 113; M. Załucki, *Videotestament...*, *op. cit.*, s. 53.

¹³ H. Hagmann, *Das eigenhändige Testament im schweizerischen Z.G.B (Art. 505) unter Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts*, Leemann, Zürich 1918, s. 7 i n.

¹⁴ R. Zimmermann, *op. cit.*

¹⁵ M. Załucki, *Videotestament...*, *op. cit.*, s. 57.

¹⁶ Zob. np. H. Bartl, *Moderne Dienstleistungen und Recht: Neue Vertragstypen – Internet, Software 2000*, Springer Gabler, Wiesbaden 1998, s. 1 i n.; D. Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form"*, "Columbia Law Review" 2000, Vol. 100, No. 1, s. 94 i n.; P.R. Champine, *My Will Be Done: Accommodating the Erring and the Atypical Testator*, "Nebraska Law Review" 2001, Vol. 80, Issue 3, s. 388.

¹⁷ A. Röthel, *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages*, Bd. 1: *Gutachten*, Teil A: *Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß*, C.H. Beck, München 2010, s. 9 i n.

¹⁸ M. Załucki, *Videotestament...*, *op. cit.*, s. 62.

timedialnych zyskuje przychylność społeczną, to wydaje się, że także przepisy prawnospadkowe, głównie te regulujące formę testamentu, powinny co najmniej dopuścić sporządzenie testamentu holograficznego w formie, która odpowiadałaby dzisiejszym czasom, jeśli nie wprowadzić nową cyfrową formę rozrządzenia majątkiem *mortis causa*. Mówiąc o możliwości unowocześnienia przepisów o formie testamentu, przekonująca wydaje się tendencja niektórych ustawodawców, zmierzająca do liberalizacji wymogów formalnych testamentu holograficznego, co do tej pory dotyczyło m.in. miejsca i charakteru podpisu, nośnika, datowania oraz zachowania zasady *unitas actus*¹⁹. Kierunek ten jest szczególnie widoczny w systemach *common law*, czego przejawem jest m.in. implementacja instytucji tzw. *dispensing power*²⁰, której zastosowanie pozwala na dopuszczenie testamentu sporządzonego w formie elektronicznej bez unormowania jej w przepisach prawa materialnego²¹. Słusznie także w niektórych systemach prawnych testament holograficzny zmierza w stronę testamentu pisemnego, który dla swej skuteczności wymaga jedynie własnoręcznego podpisu spadkodawcy²². Liberalizacji o której mowa, jeszcze do niedawna zarzucano m.in. wysokie ryzyko nieuprawnionego dostępu do rozrządzeń majątkiem *mortis causa* sporządzonych np. w formie elektronicznej oraz ryzyko ich modyfikacji przez osoby niebędące spadkodawcą, a także brak możliwości identyfikacji osoby testatora. Uwzględniając jednak aktualny poziom gotowości technologicznej oraz popularyzację zastosowania biometrii w systemach kontroli dostępu zarówno do urządzeń, jak i znajdujących się na nich danych, należy stwierdzić, że pogląd ten znacząco stracił na aktualności. Systemy biometryczne stanowią obecnie wysoce skuteczne metody zabezpieczenia nie tylko smartfonów i laptopów, lecz także kart pamięci oraz chmur obliczeniowych. Dostępność urządzeń multimedialnych wykorzystujących systemy biometryczne oraz wzrost zainteresowania ich zastosowaniem, także w sektorze usług publicznych, wydaje się uzasadniać rozważania dotyczące możliwości wykorzystania systemów biometrycznych również w prawie spadkowym. W tym zaś kontekście, mając na uwadze obecny rozwój technologiczny oraz minimalizację zagrożeń związanych z cyfryzacją, przy jedno-

¹⁹ K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, *Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective*, [w:] *Comparative Succession Law*, vol. 1: *Testamentary Formalities*, eds. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford University Press, New York 2011, s. 443.

²⁰ Zob. T. W. Merrill, *The Disposing Power of the Legislature*, "Columbia Law Review" 2010, Vol. 110, No. 2, s. 452–478.

²¹ Jako przykład należy wskazać australijskie orzeczenie uznające za ważny testament sporządzony w formie notatki na iPhonie. Zob. szer. Queensland Supreme Court judgement of 6 November 2013, *Re: Yu*, Queensland Law Reporter 2013, <https://www.queenslandjudgments.com.au/case/id/82545> [dostęp: 9.11.2020].

²² M. Załucki, *Videotestament...*, *op. cit.*, s. 57.

czesnym obniżeniu kosztów zastosowania systemów opartych na biometrii, zasadne wydaje się podejście aprobujące zliberalizowanie zasad dziedziczenia testamentowego i dopuszczenie stosowania takich mechanizmów, które pozwolą na pełniejsze urzeczywistnienie ostatniej woli spadkodawcy²³.

Ciekawy oraz pionierski przykład uwspółcześnienia przepisów o formie testamentu stanowi regulacja ustawowa poświęcona formie testamentu elektronicznego, wprowadzona przez stan Nevada nowelizacją ustawy Nevada Revised Statutes z dnia 6 czerwca 2001 r., w myśl której testament elektroniczny powinien stanowić zapis elektroniczny zawierający datę²⁴. Testator powinien opatrzyć testament podpisem elektronicznym oraz przynajmniej jedną biometryczną cechą uwierzytelniającą, wskazującą na pochodzenie testamentu od testatora (np. odcisk palca, skan siatkówki i tęczęwki oka, utrwalenie głosu lub wizerunku testatora czy biometryczny podpis)²⁵. Podnoszono dotychczas, że przepisy dotyczące testamentu elektronicznego pozbawione są doniosłości praktycznej, a zatem brak jest zapotrzebowania społecznego na tego typu unormowanie. Przyczyn tego stanu rzeczy, zresztą nie do końca trafnie, dopatrywano się w braku szerszego dostępu do oprogramowania, które pozwalałoby spełnić wymogi formalne przewidziane dla formy testamentu elektronicznego. Również na tym polu istotny problem praktyczny według ustawodawcy stanu Nevada stanowiła identyfikacja testatora²⁶. Ostatnimi czasy argumenty te jednak znacząco straciły na aktualności. Dynamiczny rozwój technologii biometrycznych, wzrost skuteczności systemów biometrycznych, a także coraz szersze wykorzystanie tego rodzaju technologii w przestrzeni publicznej, powodują, że do wymogu identyfikacji osoby testatora nie należy podchodzić już w kategorii problemu. Dostępne na rynku systemy oparte na biometrii dostarczają rozwiązania, które z powodzeniem mogłyby służyć jednoznacznej identyfikacji tożsamości testatora, gdyby tylko ich wykorzystanie w prawie spadkowym znalazło poparcie we właściwym uregulowaniu, a następnie w wykształconej linii orzeczniczej. Wydaje się bowiem, że uwspółcześnienie przepisów prawnosпадkowych powinno polegać m.in. na dopuszczeniu stosowania rozwiązań technologicznych, które na przestrzeni ostatnich lat znacząco ewoluowały, a ich dostępność dla przeciętnego obywatela wzrosła, co bez wątplenia dotyczy inteligentnych urządzeń mobilnych.

²³ *Idem*, *Współczesne tendencje rozwoju dziedziczenia testamentowego – czyli nie tylko o potrzebie wprowadzenia wideo testamentu do nowego kodeksu cywilnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012, nr 2, s. 24; K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 443.

²⁴ J.K. Grant, *Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will*, „University of Michigan Journal of Law Reform” 2008, Vol. 42, s. 105 i n.

²⁵ Zob. Chapter 133 – *Wills. Who May Make A Will*, NRS 133.085 – *Electronic Will*, <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-133.html#NRS133Sec085> [dostęp: 9.11.2020].

²⁶ M. Załucki, *Videotestament...*, *op. cit.*, s. 219.

W świetle powyższego należy uznać, że regulacja dotycząca testamentu elektronicznego w Nevadzie stanowi nowoczesną, a zarazem neutralną technologicznie odpowiedź na nieuniknioną potrzebę uwspółcześnienia tradycyjnych przepisów o formie testamentu. Sporządzenie testamentu jako rekordu elektronicznego i jego przechowywanie w ten sposób oznacza w rzeczywistości konieczność wykorzystania takiego urządzenia technicznego/multimedialnego, które umożliwi wprowadzanie tekstu i jego utrwalenie²⁷.

Mając na uwadze powyższe, a także cel niniejszego artykułu, jako interesującą jawi się przeanalizowanie formy testamentu holograficznego pod kątem możliwości unowocześnienia tej formy dysponowania majątkiem *mortis causa*. Przedmiotem rozważań dalszej części tekstu będzie więc przede wszystkim prawne dopuszczenie możliwości sporządzenia testamentu holograficznego w całości w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub biometrycznym podpisem elektronicznym oraz sporządzenia testamentu holograficznego z wykorzystaniem narzędzia jakim jest długopis cyfrowy.

Testament holograficzny

Jak wynika z raportu *Indeks gospodarki cyfrowej i społeczeństwa cyfrowego* opublikowanego przez Komisję Europejską, z Internetu co najmniej raz w tygodniu korzysta blisko 85% obywateli Unii Europejskiej. Komputery, smartfony, tablety i technologie cyfrowe stały się nieodłącznym elementem życia codziennego, o czym świadczy chociażby fakt, że największy wzrost odnotowano w usługach internetowych oferujących połączenia wideo (49% w 2018 r. i 60% w 2019 r.). Blisko 67% Europejczyków korzystających z Internetu wykorzystuje cyfrowe usługi publiczne do przesyłania formularzy i dokumentów do administracji publicznej; dla porównania w 2018 r. odsetek ten wynosił 64%, a w 2014 – 58%²⁸. Wzrost cyfryzacji jest zatem zjawiskiem wciąż postępującym, podobnie jak wzrost podstawowych umiejętności cyfrowych Europejczyków²⁹.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ P. Zegarow, *Indeks gospodarki cyfrowej i społeczeństwa cyfrowego (DESI 2020)*, Cyberpolicy, 19.06.2020, <https://cyberpolicy.nask.pl/indeks-gospodarki-cyfrowej-i-spoleczenstwa-cyfrowego-desi-2020/> [dostęp: 9.11.2020].

²⁹ Komunikat Komisji Europejskiej *Shaping Europe's digital future* z dnia 19 lutego 2020 r. prezentujący strategię cyfrowej transformacji UE wskazuje, że celem Komisji będzie m.in. przyjęcie planu działania w sprawie edukacji cyfrowej oraz wzmocnienie Europejskiej Agendy Cyfrowej, głównie w zakresie ułatwienia Europejczykom poruszania się w świecie on-line. Zob. J. Balcewicz, *Kształtowanie przyszłości cyfrowej Europy – nowa cyfrowa strategia UE*, Cyberpolicy, 24.02.2020, <https://cyberpolicy.nask.pl/ksztaltowanie-przyszlosci-cyfrowej-europy-nowa-cyfrowa-strategia-ue/> [dostęp: 9.11.2020].

Oświadczenie woli spadkodawcy może zostać złożone jedynie w sposób określony przez prawo, co jest stanowiskiem powszechnie akceptowanym w poszczególnych państwach, ponieważ testament to czynność prawna formalna³⁰. Pogląd ten przyjmuje się zarówno w państwach *civil law*, jak i w systemach *common law*³¹. Niezależnie od systemu prawnego testament holograficzny jako testament zwykły może być spisany w zasadzie w każdym momencie, a dla swej ważności wymaga sporządzenia go w całości pismem ręcznym, podpisania oraz przeważnie opatrzenia datą³². Należy jednak wskazać, że niektóre ustawodawstwa stanowe w USA, jak np. stanów Floryda³³ czy Nevada³⁴ dopuszczają już sporządzenie testamentu na komputerze³⁵. Jak więc w dobie cyfryzacji, globalnej pandemii oraz nowinek płynących z oceanu wytłumaczyć testatorom będącym aktywnymi uczestnikami cyfryzacji, że w większości europejskich systemów prawnych wymóg własnoręczności przy sporządzeniu testamentu holograficznego wciąż rozumiany jest w sposób znany jeszcze w starożytności? Z pewnością nie służy temu fakt, że nowoczesne formy składania oświadczenia woli z wykorzystaniem inteligentnych narzędzi i systemów cyfrowych z powodzeniem można by zastosować także w prawie spadkowym. Należy podkreślić, że składane w niektórych systemach prawnych propozycje zmierzające do odejścia od tradycyjnych instrumentów dla dysponowania majątkiem *mortis causa* to tendencja, od której nie ma odwrotu, mająca na celu uwspółcześnienie prawa spadkowego³⁶. Jednym z rozwiązań, które może gwarantować zarówno prawidłowe odtworzenie oświadczenia ostatniej woli po śmierci spadkodawcy³⁷, jak i odzwierciedlenie jego faktycznej, niewadliwie wyrażonej woli wydaje się być dopuszczenie sporządzenia testamentu holograficznego w całości w formie elektronicznej

³⁰ G. Miller, *The Machinery of Succession*, 2nd rev. ed., Dartmouth Publishing Company, Aldershot – Brookfield – Singapore – Sydney 1996, s. 118–122.

³¹ Zob. B.H. Mann, *Formalities and Formalism in the Uniform Probate Code*, “University of Pennsylvania Law Review” 1994, Vol. 42, No. 3, s. 1033 i n.; R.F.D. Barlow, R.A. Wallington, S.L. Meadway, R.F. MacDougald, *Williams on Wills*, 10th ed. including Supplement, London 2014, Nb 10.1 i n.

³² K.H. Gursky, *Erbrecht*, 6th ed., Cf Muller, Heidelberg-München – Lansberg – Frechen – Hamburg 2010, s. 31.

³³ Zob. An act relating to electronic legal documents, Florida House of Representatives HB 409, 2019, <https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2019/409/BillText/Filed/PDF> [dostęp: 9.11.2020].

³⁴ Zob. Chapter 133..., *op. cit.*

³⁵ S. Snail, N. Hall, *Electronic Wills in South Africa*, “Digital Evidence and Electronic Signature Law Review” 2010, Vol. 7, s. 67.

³⁶ M. Załucki, *Kierunek zmian przepisów o formie testamentu w dobie nowych technologii na przykładzie Szwajcarii*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, nr 4, s. 17.

³⁷ J. Dukeminier, R.H. Sitkoff, J. Lindgren, *Wills, Trusts and Estates*, 8th ed., Aspen Publisher, New York 2009, s. 141 i n.; F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, s. 348 i n.

opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz biometryczną cechą uwierzytelniającą lub biometrycznym podpisem elektronicznym. Drugim wartym uwagi rozwiązaniem jest możliwość sporządzenia testamentu holograficznego za pomocą długopisu cyfrowego, ponieważ tak spisany testament mógłby zostać zrównany co do skutków prawnych, jakie wywołuje testament sporządzony i podpisany w całości własnoręcznie.

Według stanowiska doktryny wymóg własnoręcznego spisania testamentu holograficznego ma umożliwić testatorowi swobodne rozrządzenie swym majątkiem na wypadek śmierci oraz zapewnić autentyczność testamentu³⁸. Jego treść powinna zatem uwidaczniać indywidualne cechy pisma spadkodawcy, co w zamyśle poszczególnych ustawodawców ma umożliwić potwierdzenie tożsamości osoby testatora³⁹. Własnoręczne sporządzenie i podpisanie testamentu holograficznego ma także utrudnić sfałszowanie testamentu, nadawać powagę czynności jego sporządzania oraz skłaniać testatora ku gruntownemu przemyśleniu treści i potencjalnych skutków składanego oświadczenia⁴⁰. Jak już wcześniej sygnalizowano, zdecydowana większość ustawodawstw przewiduje wymóg opatrzenia testamentu holograficznego datą⁴¹. Wymóg ten jest zrozumiały, bowiem zamieszczenie daty na testamencie pozwala: wskazać moment ukończenia rozrządzenia; określić przepisy obowiązujące w chwili sporządzenia testamentu; dokonać oceny, czy testament spełnił ówczesne wymogi, a także zbadać, czy w chwili składania oświadczenia woli testator miał zdolność testowania oraz jaka była wzajemna relacja kilku testamentów⁴². W Polsce przyjmuje się, że data na testamencie holograficznym powinna być napisana przez spadkodawcę własnoręcznie⁴³; w prawie niemieckim zaś dla skuteczności testamentu holograficznego data nie wymaga „własnoręczności” testatora, podobnie zresztą ma to miejsce w systemach amerykańskich⁴⁴. Z uwagi na zmiany dokonywane w obszarze informatyzacji usług publicznych oraz ustanowienie ram prawnych m.in. dla podpisu elektronicznego

³⁸ E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, Komentarz do art. 949 k.c., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. VI: *Spadki*, red. nauk. J. Gudowski, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

³⁹ Por. P.T. Wendel, *Wills Act Compliance and the Harmless Error Approach: Flawed Narrative Equals Flawed Analysis?*, “Oregon Law Review” 2017, Vol. 95, s. 386, <https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/bitstream/handle/1794/22324/Wendel.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [dostęp: 9.11.2020].

⁴⁰ S. Grundmann, *Favor Testamenti. Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten*, “Archiv für die civilistische Praxis” 1987, Bd. 187, H. 4/5, s. 448.

⁴¹ K. Osajda, Komentarz do art. 949 k.c., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. *idem*, Warszawa 2017, Nb 7–9 Legalis.

⁴² M. Rzewuski, *Podpis spadkodawcy na testamencie własnoręcznym*, Warszawa 2014, Lex, rozdz. II, podrozdz. 1.1.2: *Data testowania*.

⁴³ M. Załucki, *Videotestament...*, *op. cit.*, s. 241.

⁴⁴ Zob. M. Rzewuski, *op. cit.*

i znakowania czasem, kwalifikowany elektroniczny znacznik czasu spełniający wymogi rozporządzenia eIDAS korzysta z domniemania dokładności daty i czasu, jakie wskazuje, oraz integralności danych, z którymi wskazywane data i czas są połączone. Ponadto nie jest kwestionowany skutek prawny elektronicznego znacznika czasu ani jego dopuszczalność, jako dowodu w postępowaniu sądowym wyłącznie z tego powodu, że znacznik ten ma postać elektroniczną lub nie spełnia wymogów kwalifikowanego elektronicznego znacznika czasu⁴⁵. Tak rozumiany znacznik czasu mógłby stanowić skuteczną oraz prawnie dopuszczalną alternatywę dla formalnego wymogu własnoręcznego opatrywania datą testamentów holograficznych. Wymóg ten byłby zatem spełniony, jeżeli prawnie dopuszczalna byłaby możliwość sporządzenia testamentu holograficznego w formie elektronicznej, opatrzonego kwalifikowanym podpisem biometrycznym lub elektronicznym z biometryczną cechą uwierzytelniającą.

Chociaż ostatnimi czasy w Europie obserwujemy tendencję mającą na celu informatyzację usług publicznych, co bez wątpienia miało wpływ na zmianę tradycyjnego rozumienia podpisu oraz zrównania kwalifikowanego podpisu elektronicznego z podpisem własnoręcznym, to jednak poszczególni ustawodawcy prawnospadkowi są w tej kwestii wciąż bardzo tradycyjni⁴⁶. Dla porównania: w prawie amerykańskim możliwe jest już złożenie podpisu nie tylko własnoręcznie, lecz także na maszynie do pisania, na komputerze lub z wykorzystaniem metody fotograficznej czy litograficznej⁴⁷. W europejskiej tradycji prawnej nadal w większości ustawodawstw przyjmuje się, że spadkodawca powinien sporządzić i podpisać testament holograficzny w całości pismem własnoręcznym⁴⁸. Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie stanowiskiem, podpis spadkodawcy determinuje ważność czynności *mortis causa*, pozwala na identyfikację osoby testatora, stwierdzenie istnienia *animus testandi* oraz faktu ukończenia testamentu⁴⁹. Podpis własnoręczny z uwagi na jego „biologiczne związanie” z osobą dokonującą czynności, jest efektem indywidualnych właściwości piśmienniczych autora i powstaje w sposób natu-

⁴⁵ Art. 41 i 42 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (E) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, Dz. Urz. UE L 257/73, 28.08.2014.

⁴⁶ K. Muscheler, *Das eigenhändige Testament – gestern, heute und morgen*, „Successio” 2014, Nr. 1, s. 24 i n.

⁴⁷ Por. S. Snail, N. Hall, *op. cit.*, s. 67; G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 437 i n.

⁴⁸ Zob. m.in.: S. Wójcik, F. Zoll, *Testament*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 325; G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, *op. cit.*, s. 437, 443.

⁴⁹ E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński, *op. cit.*

ralny – cecha własnoręczności podpisu stwarza zatem istotną gwarancję jego autentyczności⁵⁰. Wydaje się jednak, że tak tradycyjne rozumienie podpisu własnoręcznego było zasadne w czasach, w których przepisy o formie testamentu holograficznego były projektowane. W dobie cyfryzacji, popularyzacji urządzeń multimedialnych oraz rozwoju zaawansowanych systemów biometrycznych należy ponownie spojrzeć zarówno na zagadnienie własnoręczności pisma oraz podpisu, jak i na możliwości, które nowe technologie dostarczają w zakresie identyfikacji osoby testatora. Globalna cyfryzacja spowodowała poszukiwanie nowych metod identyfikacji i uwierzytelnienia stron uczestniczących w transakcjach zawieranych na odległość, weryfikacji ich tożsamości, zawierania czynności prawnych i ich potwierdzania w przestrzeni wirtualnej oraz możliwości przesyłania dokumentów do urzędów i sądów ze skutkami prawnymi formy pisemnej⁵¹. Zasadniczym argumentem uzasadniającym utworzenie europejskich standardów dla podpisu elektronicznego była potrzeba zapewnienia bezpieczeństwa i zaufania w powszechnej komunikacji elektronicznej. Kwalifikowany podpis elektroniczny stanowi dowód tego, że został on złożony przez osobę określoną w certyfikacie jako składającą podpis elektroniczny. Podpis cyfrowy, jakim jest kwalifikowany podpis elektroniczny, łączy w sobie identyfikację tożsamości z zabezpieczeniem integralności podpisywanego elektronicznie dokumentu, co stanowi o jego zaawansowaniu technologicznym i wysokim poziomie bezpieczeństwa. Przenosząc jednak powyższe na grunt prawa spadkowego, należałoby stwierdzić, że dopiero dokonując weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego, który dla skuteczności czynności *mortis causa* – w ślad za propozycją z Nevady – wymagałby dodatkowego uwierzytelnienia w postaci cechy biometrycznej spadkodawcy⁵², można byłoby osiągnąć pewność, że spadkodawca składający podpis pod testamentem podpisał go, a co więcej zrobił to świadomie. Tak złożony podpis elektroniczny połączony z uwierzytelnieniem biometrycznym posiada zatem cechy, których nie zawiera zwykły podpis, stanowiąc jednocześnie rzetelny dowód tego, że został on złożony przez osobę określoną w certyfikacie jako składającą podpis elektroniczny, a dodatkowo, której wybrana biometryka znajduje się w określonej bazie danych.

Coraz większe zainteresowanie wzbudza także elektroniczny podpis biometryczny, czyli odręczny podpis składany na dokumencie elektronicznym za pośrednictwem urządzeń wyposażonych w dotykowe ekrany oraz specjalnego oprogramowania, umożliwiającego jego ściśle odwzorowanie w formie

⁵⁰ S. Wójcik, F. Zoll, *op. cit.*, s. 325.

⁵¹ A. Pytel, *Testament w formie elektronicznego dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 14, s. 761.

⁵² M.B. Leslie, S.E. Sterk, *Trusts and Estates*, 3rd ed., Foundation Press, St. Paul [cop. 2016], s. 57.

elektronicznej i związanie z dokumentem w systemie. Biometryczny podpis elektroniczny złożony za pomocą systemu, który jest zintegrowany z kwalifikowanym podpisem elektronicznym (dostawcy certyfikowanego w państwie członkowskim Unii Europejskiej)⁵³ wystarcza dla zachowania formy pisemnej. Dodatkowo, podpis złożony na dokumencie zawiera znacznik czasu pobrany z certyfikowanego serwera czasu. Z kolei treść każdego dokumentu elektronicznego podpisanego biometrycznym podpisem elektronicznym jest nierozzerwalnie związana ze złożonym na tym dokumencie podpisem. Każdy podpis – poza samym obrazem podpisu – zawiera dane biometryczne, w tym wypadku zbierane są więc behawioralne cechy biometryczne osoby podpisującej, które są unikalne dla każdego podpisującego. Każdy człowiek posiada bowiem charakterystyczny styl obsługi ekranu dotykowego, poziom nacisku na ekran, a także w przypadku urządzeń mobilnych – specyficzne nawyki dotyczące trzymania urządzenia w ręce, przez co w unikatowy i bardzo indywidualny sposób składa podpis własnoręczny. Należy zauważyć, że w przeciwieństwie do fizycznych cech biometrycznych, takich jak odcisk palca czy tęczęwka oka, biometria podpisu odręcznego wyraża również wolę osoby składającej podpis. Istotnym z punktu widzenia przepisów o formie testamentu holograficznego jest fakt, że pobrane dane biometryczne przechowywane są w dokumencie w postaci zaszyfrowanej, lecz możliwej do odczytania w przypadku konieczności analizy autentyczności złożonego podpisu⁵⁴. Należy także podkreślić, że złożenie biometrycznego podpisu elektronicznego aktualnie nie wymaga zaawansowanej wiedzy ani umiejętności technologicznych, ponieważ użytkownik systemu nie musi instalować żadnego dodatkowego oprogramowania – wystarczająca jest przeglądarka internetowa i połączenie z serwerem systemu. Dzięki temu niemal każda stacja robocza (tablet, smartfon, laptop czy komputer z signpadem) o odpowiednich parametrach technicznych może natychmiast zamienić się w narzędzie do biometrycznego podpisywania dokumentów. Użytkownicy nie muszą pobierać nowych wersji oprogramowania, działają bowiem zawsze na jednej, aktualnej wersji, co dodatkowo przemawia za rozważeniem tego rozwiązania jako alternatywy dla tradycyjnie rozumianego podpisu własnoręcznego. Dzięki tego rodzaju neutralnym technologicznie rozwiązaniom, na przestrzeni kilku ostatnich lat rozumienie podpisu własnoręcznego znacząco ewoluowało. Dostępność

⁵³ Jako warty odnotowania przykład należy wskazać np. system SignaturiX, który jest zintegrowany z kwalifikowanym podpisem elektronicznym SimplySign. Zob. Signaturix, <http://signaturix.pl> [dostęp: 9.11.2020].

⁵⁴ M. Maciejewska-Szałas, *Forma pisemna i elektroniczna czynności prawnych. Studium prawnoporównawcze*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 7.

urządzeń, które pozwalają złożyć skuteczny prawnie własnoręczny podpis elektroniczny, sprawiła, że także sygnowane za jego pomocą dokumenty spełniają wymagania formalne przewidziane dla formy pisemnej. Należy stwierdzić, że unowocześnienie i ewentualna harmonizacja przepisów o formie testamentu, mogłaby przekonać społeczeństwo do dokonywania rozrządzeń *mortis causa*. Wydaje się bowiem, że dla testatorów, którzy już świadomie uczestniczą w społeczeństwie informacyjnym, bardziej zachęcająca byłaby możliwość sporządzenia testamentu na komputerze, tablecie czy smartfonie. Trudno zatem znaleźć racjonalne przesłanki, aby przy odpowiedniej zmianie legislacyjnej testament holograficzny, który został przez spadkodawcę sporządzony własnoręcznie na komputerze czy tablecie, a następnie opatrzony za pomocą biometrycznego podpisu elektronicznego (zintegrowanego z certyfikowanym systemem) czy też kwalifikowanego podpisu elektronicznego z biometryczną cechą uwierzytelniającą, nie mógł być uznany za ważny testament własnoręczny. Należy podkreślić, że takie rozwiązanie nie pozostawiało by wątpliwości w zakresie istnienia po stronie spadkodawcy *animus testandi*, o czym świadczyłoby chociażby podjęcie dodatkowych czynności technicznych niezbędnych do przygotowania i podpisania testamentu. Ponadto zapisane dane biometryczne, w razie potrzeby zbadania autentyczności testamentu, pozwalałyby na skuteczną identyfikację osoby testatora, a datowanie czasem na bezsporne ustalenie faktu ukończenia czynności testowania.

Nie sposób w niniejszym artykule pominąć narzędzia, którym jest długopis cyfrowy pozwalający na jednoczesne tworzenie wersji papierowej dokumentów oraz digitalizację danych spisywanych ręcznie⁵⁵. Jest on wyposażony w kamerę, która włącza się automatycznie wraz z rozpoczęciem pisania, rejestrując ruchy urządzenia względem punktów na papierze. Dane odczytywane są przez kamerę z uprzednio przygotowanego arkusza papieru, zapisywane w pamięci *flash* długopisu i przesyłane bezpośrednio do systemu za pomocą Bluetooth lub USB. Konstrukcja technologiczna długopisu cyfrowego pozwala na zbieranie, rozpoznawanie i porównywanie behawioralnych cech biometrycznych, takich jak: prędkość, miarowość, forma czy dynamika pisma, które pozwalają biegłemu pismoznawcy na weryfikację autentyczności pisma i podpisu złożonego za jego pośrednictwem⁵⁶. Długopis cyfrowy mógłby zatem ułatwić pracę notariuszy i znaleźć zastosowanie m.in. w sporządzaniu testamentów holograficznych lub notarialnych, które zgodnie z przepisa-

⁵⁵ Zob. np. IC Solutions, IC Pen, <https://icpen.pl> [dostęp: 9.11.2020].

⁵⁶ Zgodnie z założeniem twórców ta innowacyjna technologia z powodzeniem sprawdza się już m.in. w placówkach medycznych, bankach, na uczelniach wyższych, a także np. w sądzie Okręgowym w Poznaniu, który wprowadził technologię długopisu cyfrowego m.in. dla ułatwienia wypełniania formularzy oraz ich obiegu i archiwizacji.

mi danego ustawodawstwa powinny zostać zarejestrowane w elektronicznym rejestrze testamentów lub przewidują taką możliwość⁵⁷. Zgodnie z ustawą stanu Floryda dotyczącą podpisywania dokumentów elektronicznych⁵⁸, która weszła w życie 1 stycznia 2020 r., testament może stanowić rekord elektroniczny podpisany elektronicznie przez spadkodawcę w zdalnej obecności notariusza oraz dwóch świadków, którzy także powinni podpisać testament za pomocą podpisu elektronicznego⁵⁹. Notariusz zobowiązany jest do uwierzytelnienia tożsamości testatora i świadków, wydrukowania testamentu i poświadczenia go podpisem elektronicznym oraz pieczęcią elektroniczną⁶⁰. Przy czym jedną z trzech dopuszczonych metod uwierzytelnienia tożsamości jest uwierzytelnienie biometryczne. To właśnie w tym miejscu można by dopatrywać się ewentualnej roli długopisu cyfrowego, bowiem przy odpowiednim dostosowaniu systemu, długopis cyfrowy mógłby dla testatora stać się sposobem digitalizacji sporządzanego własnoręcznie (podczas audycji audiowizualnej) testamentu, który w zdigitalizowanej formie zostałby potwierdzony podpisem elektronicznym. Z kolei zapisane podczas testowania cechy biometryczne spadkodawcy, mogłyby w razie wątpliwości pozwolić na uwierzytelnienie tożsamości testatora, wzmacniając tym samym proces identyfikacji tożsamości dokonywany przez notariusza. Dodatkowo, długopis cyfrowy mógłby stanowić dla notariusza narzędzie optymalizujące archiwizację dokumentów. Można także wyobrazić sobie sytuację, w której testator wykorzystując długopis cyfrowy sporządza testament w całości własnoręcznie, podpisując go, a jednocześnie treść i podpis pod testamentem podlegają digitalizacji, zyskując datowanie czasem. Sporządzenie przez spadkodawcę testamentu za pomocą długopisu cyfrowego oraz równoczesne utworzenie jego wersji papierowej i elektronicznej, a więc i przechowywanie testamentu zdigitalizowanego, dawałoby gwarancję odtworzenia ostatniej woli po śmierci testatora. Ponadto testament w formie zdigitalizowanej zapewniłby jego skuteczne zabezpieczenie na wypadek, gdyby forma papierowa uległa zniszczeniu, zagubieniu, czy też stała się przedmiotem kradzieży lub zmiany jego treści. Tak zdigitalizowany testament mógłby stanowić dopuszczalną kopię testamentu holograficznego sporządzonego na papierze, która w zależności od przyjętej w tym zakresie regulacji mogłaby być przechowywana np. jedynie w rejestrze

⁵⁷ Zob. np. informacje związane z dziedziczeniem we Francji, w Niemczech i we Włoszech, European e-Justice, Succession. General information, https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-en.do?clang=en [dostęp: 9.11.2020].

⁵⁸ Zob. An act relating to electronic legal documents, *op. cit.*

⁵⁹ Zob. np. J. Frabizzio, *Electronically Signed Wills On the (Distant) Horizon?*, Robson & Robson, 27.08.2019, <https://robsonlaw.com/2019/08/electronically-signed-wills-on-the-distant-horizon/> [dostęp: 9.11.2020].

⁶⁰ Zob. An act relating to electronic legal documents, *op. cit.*

testamentów jako „zabezpieczenie” testamentu holograficznego. Dodatkowo, należy podkreślić, że biometryczny podpis własnoręczny spełnia funkcje przypisywane w doktrynie podpisowi własnoręcznemu, a co za tym idzie – wszystkie przepisy dotyczące podpisu własnoręcznego powinny odnaleźć zastosowanie także w odniesieniu do biometrycznego podpisu własnoręcznego. Jak się wydaje, odręczny podpis biometryczny nie musi być zatem rozpatrywany na gruncie przepisów rozporządzenia eIDAS jako podpis elektroniczny, który wywołuje skutki prawne równoważne podpisowi własnoręcznemu, jeżeli stanowi kwalifikowany podpis elektroniczny. Co do zasady, testament holograficzny sporządzony i podpisany z wykorzystaniem technologii długopisu cyfrowego, dla swej skuteczności nie wymagałby zmiany przepisów w zakresie dopuszczenia sporządzenia testamentu holograficznego w dodatkowej formie (zdigitalizowanej), a jedynie uregulowania pozycji prawnej dokumentu papierowego oraz zdigitalizowanego, wraz z określeniem ich wzajemnego stosunku. W tym przypadku mamy bowiem do czynienia z testamentem spisanym w całości pismem ręcznym i podpisanym własnoręcznym podpisem, zaś dodatkowo zbierane podczas digitalizacji znaków pisemnych dane biometryczne pozwalają na uwierzytelnienie tożsamości testatora.

Wnioski

Mając na uwadze poruszoną problematykę, należy podkreślić, że informatyzacja ma nieodwracalny wpływ także na kształt norm prawa spadkowego. Dynamiczny rozwój technologiczny oraz popularyzacja elektronicznych narzędzi komunikowania się na odległość, w połączeniu z pracami Komisji Europejskiej mającymi na celu zwalczanie zjawiska wykluczenia cyfrowego, uzasadniają potrzebę prawnego uregulowania zagadnień związanych ze składaniem oświadczeń woli *mortis causa* za pomocą inteligentnych urządzeń multimedialnych. Rozwiązań wskazanych w artykule nie należy traktować jako odpowiedzi na wszystkie wyzwania, które przed współczesnym prawem spadkowym stawia cyfryzacja. Są one swojego rodzaju remedium, które po szczegółowej analizie stanowić może kolejny krok w drodze ku podjęciu prac nad dostosowaniem przepisów o formie testamentu holograficznego do potrzeb społeczeństwa informacyjnego. Skoro zadaniem prawa spadkowego jest odzwierciedlenie ostatniej woli spadkodawcy, a przepisy o formie testamentu winny stanowić odpowiedź na wciąż ewoluujące formy jego utrwalenia i urzeczywistnienia, należy podkreślić zarówno konieczność, jak i doniosłość podjęcia bardziej ożywionej dyskusji środowiska prawniczego w przedmiocie potrzeby uwspółcześnienia przepisów o formie testamentu holograficznego.

Bibliografia

- An act relating to electronic legal documents, Florida House of Representatives HB 409, 2019, <https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2019/409/BillText/Filed/PDF> [dostęp: 9.11.2020].
- Babusiaux U., *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Böhlau Verlag, Köln – Weimar – Wien 2015.
- Balcewicz J., *Kształtowanie przyszłości cyfrowej Europy – nowa cyfrowa strategia UE*, Cyberpolicy, 24.02.2020, <https://cyberpolicy.nask.pl/ksztaltowanie-przyszlosci-cyfrowej-europy-nowa-cyfrowa-strategia-ue/> [dostęp: 9.11.2020].
- Barlow R.F.D., Wallington R.A., Meadway S.L., MacDougald R.F., *Williams on Wills*, 10th ed. including Supplement, Lexis Nexis, London 2014.
- Bartl H., *Moderne Dienstleistungen und Recht: Neue Vertragstypen – Internet, Software 2000*, Springer Gabler, Wiesbaden 1998.
- Champine P.R., *My Will Be Done: Accommodating the Erring and the Atypical Testator*, “Nebraska Law Review” 2001, Vol. 80, Issue 3.
- Chapter 133 – *Wills, Who May Make A Will*, NRS 133.085 – *Electronic Will*, <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-133.html#NRS133Sec085> [dostęp: 9.11.2020].
- Dukeminier J., Sitkoff R.H., Lindgren J., *Wills, Trusts and Estates*, 8th ed., Aspen Publisher, New York 2009.
- European e-Justice, Succession. General information, https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-en.do?clang=en [dostęp: 9.11.2020].
- Frabizzio J., *Electronically Signed Wills On the (Distant) Horizon?*, Robson & Robson, 27.08.2019, <https://robsonlaw.com/2019/08/electronically-signed-wills-on-the-distant-horizon/> [dostęp: 9.11.2020].
- Frost M., Lawson S., Jacoby R., *Testamentary Capacity. Law, Practice and Medicine*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Grant J.K., *Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will*, “University of Michigan Journal of Law Reform” 2008, Vol. 42.
- Grundmann S., *Favor Testamenti. Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten*, “Archiv für die civilistische Praxis” 1987, Bd. 187, H 4/5.
- Gursky K.H., *Erbrecht*, 6th ed., Cf Muller, Heidelberg-München – Lansberg – Frechen – Hamburg 2010.
- Hagmann H., *Das eigenhändige Testament im schweizerischen Z.G.B (Art. 505): unter Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts*, Leemann, Zürich 1918.
- Holdsworth W.S., Vickers C.W., *The Law of Succession. Testamentary and Intestate*, The Lawbook Exchange, Clark 2004.
- Holografos* [hasło], *A Greek-English Lexicon*, comp. by H.G. Liddell, R. Scott, [A new ed. rev. and augm. thoughtout by H.S. Jones, with the ass. of R. McKenzie], Clarendon Pres, Oxford 1953.
- Kennedy D., *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s “Consideration and Form”*, “Columbia Law Review” 2000, Vol. 100, No. 1.
- Lagarde P., *Loi applicable*, [w:] Bergquist U., Frimston R., Odersky F., Damascelli D., Lagarde P., Reinhardt B., *Commentaire du règlement européen en sur les successions*, Dalloz, Paris 2015.

- Lando O., *Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code*, [w:] *New Perspectives for a Common Law of Europe*, ed. M. Cappelletti, with a foreword by M. Kohnstamm, Sijthoff – Bruylant – Klett-Cotta – Le Monnier, Leyden – Bruxelles – Stuttgart – Firenze 1978.
- Leslie M.B., Sterk S.E., *Trusts and Estates*, 3rd ed., Foundation Press, St. Paul [cop. 2016].
- Maciejewska-Szałas M., *Forma pisemna i elektroniczna czynności prawnych. Studium prawnoporównawcze*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Mann B.H., *Formalities and Formalism in the Uniform Probate Code*, “University of Pennsylvania Law Review” 1994, Vol. 142, No. 3.
- Mączyński A., *Dziedziczenie testamentowe w prawie prywatnym międzynarodowym. Ustawowe i konwencyjne unormowanie problematyki formy*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe – Uniwersytet Jagielloński, Warszawa–Kraków 1976.
- Merrill T.W., *The Disposing Power of the Legislature*, “Columbia Law Review” 2010, Vol. 110, No. 2.
- Miller J.G., *The Machinery of Succession*, 2nd rev. ed., Dartmouth Publishing Company, Aldershot – Brookfield – Singapore – Sydney 1996.
- Mousourakis G., *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Berlin 2012 [e-book].
- Muscheler K., *Das eigenhändige Testament – gestern, heute und morgen*, “Successio” 2014, Nr. 1.
- Nass H.E., *We Can't Stop Loving You*, “Trusts & Estates” 2005, No. 8.
- Osajda K., Komentarz do art. 949 k.c., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, Nb 7–9 Legalis.
- Pound R., “*The Role of the Will in Law*”, “Harvard Law Review” 1954, Vol. 68, No. 1.
- Pytel A., *Testament w formie elektronicznego dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 14.
- Queensland Supreme Court judgement of 6 November 2013, *Re: Yu*, Queensland Law Reporter 2013, <https://www.queenslandjudgments.com.au/case/id/82545> [dostęp: 9.11.2020].
- Reid K.G.C., de Waal M.J., Zimmermann R., *Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective*, [w:] *Comparative Succession Law*, vol. 1: *Testamentary Formalities*, eds. K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann, Oxford University Press, New York 2011.
- Röthel A., *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages*, Bd. 1: *Gutachten*, Teil A: *Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß*, C.H. Beck, München 2010.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (E) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, Dz. Urz. UE L 257/73, 28.08.2014.
- Rzewuski M., *Podpis spadkodawcy na testamencie własnoręcznym*, Warszawa 2014, Lex, rozdz. II, podrozdz. 1.1.2: *Data testowania*.
- Skowrońska-Bocian E., *Testament w prawie polskim*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Skowrońska-Bocian E., Wierciński J., Komentarz do art. 949 k.c., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. VI: *Spadki*, red. nauk. J. Gudowski, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

- Snail S., Hall N., *Electronic Wills in South Africa*, "Digital Evidence and Electronic Signature Law Review" 2010, Vol. 7.
- Szramkiewicz R., *Histoire du droit francais de la famille*, Dalloz, Paris 1995.
- Terré F., Lequette Y., *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3e éd., Dalloz, Paris 1997.
- Wendel P.T., *Wills Act Compliance and the Harmless Error Approach: Flawed Narrative Equals Flawed Analysis?*, "Oregon Law Review" 2017, Vol. 95, <https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/bitstream/handle/1794/22324/Wendel.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [dostęp: 9.11.2020].
- Wójcik S., Zoll F., *Testament*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Załucki M., *About the Need to Adjust the Regulations Regarding the Form of Will to the Modern Requirements*, "European Journal of Economics, Law and Politicis" 2019, Vol. 6, No. 2.
- Załucki M., *Kierunek zmian przepisów o formie testamentu w dobie nowych technologii na przykładzie Szwajcarii*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, nr 4.
- Załucki M., *Videotestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Załucki M., *Współczesne tendencje rozwoju dziedziczenia testamentowego – czyli nie tylko o potrzebie wprowadzenia wideotestamentu do nowego kodeksu cywilnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012, nr 2.
- Zegarow P., *Indeks gospodarki cyfrowej i społeczeństwa cyfrowego (DESI 2020)*, Cyberpolicy, 19.06.2020, <https://cyberpolicy.nask.pl/indeks-gospodarki-cyfrowej-i-spoeczenstwa-cyfrowego-desi-2020/> [dostęp: 9.11.2020].
- Zimmermann R., *Testamentsformen: »Willkur« oder Ausdruck einer Rechtskultur?*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht“ 2012, Bd. 76, H. 3.

Abstract

Biometric technologies as a way to modernized regulations on the form of holographic wills

Electronic devices such as smartphone, tablets or laptops have become integral part of living, majority of population use them on daily basis for banking, communicating, working and others. Making an effective and binding declaring thru the internet became standard procedure in business world; nevertheless, use of electronic devise to make an, legally binding statement for example testament in most of European countries is not possible due to lack of the required legislation. Moreover, electronic communication has a flaw of inability to confirm an identity of individual in effective and accessible way; one may argue, that commonly known and used means are archaic and do not provided level of assureds required for making a legal statement which has an impact on ownership of the property after the death of testator. However, emerging biometrics technology such as electronic biometric pen which store additionally characteristic for a given person, combined to behavioral biometric profiles, impossible to

catch with a traditional signature, by this electronic signature is almost unmistakable in distinguishing the person who made the signature. This article will provide a revive of information about the biometric technology which can be used in inheritance law, on the background of the existing legislation form different countries.

Key words: wills, biometrics, identification, signature

Streszczenie

Technologie biometryczne sposobem uwspółcześnienia przepisów o formie testamentu holograficznego

Urządzenia multimedialne, takie jak smartfony czy tablety, stały się nieodłącznym elementem życia codziennego i wykorzystywane są chociażby do obsługi bankowości elektronicznej, komunikowania się, pracy czy innych czynności. Składanie skutecznych oświadczeń woli za pomocą urządzeń elektronicznych z dostępem do Internetu stało się standardem w świecie biznesu, pomimo tego wykorzystanie urządzeń multimedialnych w celu złożenia skutecznego oświadczenia woli np. w formie testamentu w większości państw europejskich wciąż nie jest możliwe z uwagi na brak ustawodawstwa w tym zakresie. Ponadto sporządzeniu testamentu z wykorzystaniem urządzeń umożliwiających komunikację elektroniczną zarzuca się między innymi brak możliwości identyfikacji osoby testatora oraz ryzyko nieuprawnionego dostępu do rozrządzeń *mortis causa*. Jednak rozwój technologii biometrycznych oraz ich zastosowanie w narzędziach takich jak chociażby długopis cyfrowy, który oprócz złożenia podpisu pozwala na zbieranie, rozpoznawanie i porównywanie behawioralnych cech biometrycznych, umożliwia jednoznaczny identyfikację osoby sygnatariusza. W niniejszym artykule przedstawiono możliwości zastosowania we współczesnym prawie spadkowym rozwiązań opartych na systemach biometrycznych, umożliwiających zarówno potwierdzenie tożsamości osoby testatora, jak i uwierzytelnienie oraz lepsze zabezpieczenie samego testamentu, opierając się na rozwiązaniach wprowadzonych w poszczególnych ustawodawstwach prawnospadkowych.

Słowa kluczowe: testament, biometria, identyfikacja, podpis

Barbara Smuk

mgr, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Rzeszowie

ORCID: 0000-0002-6425-5155

smuk.barbara@gmail.com

Wybrane aspekty odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza w świetle ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie

Wprowadzenie

Odpowiedzialność dyscyplinarna notariusza uregulowana została w rozdziale VI ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie. Jest ona (obok odpowiedzialności: karnej, cywilnej, skarbowej) związana z zapewnieniem wykonywania zawodu notariusza w ściśle określony sposób, który uregulowany został także w Kodeksie Etyki Zawodowej Notariusza oraz w innych aktach, z których w sposób bezpośredni wynikają obowiązki osoby pełniącej tę funkcję. Odpowiedzialność dyscyplinarna nie jest zależna od ewentualnej odpowiedzialności karnej, gdyż w istocie stanowi ona dodatkową, niezależną dolegliwość¹.

Odnosząc się do tematyki związanej z odpowiedzialnością dyscyplinarną, należy podkreślić, że jej istota tkwi w realizacji określonych celów społecznie uzasadnionych. Ten rodzaj odpowiedzialności służy eliminacji z danej grupy społecznej osób, które nie spełniają już cech osobowościowych, koniecznych do wykonywania działań o charakterze publicznym. Ma ona również na celu zapewnienie przestrzegania reguł zachowania, które przyjęte zostały w określonej grupie społecznej. Co więcej, odpowiedzialność dyscyplinarna wiąże się z ochroną prestiżu korporacji poprzez zapewnienie wysokiej jakości usług świadczonych przez notariuszy. Odpowiedzialność ta wyznacza zasady oraz tryb postępowania wobec członków określonej korporacji bądź instytucji,

¹ W. Koziulewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, LexisNexis, Warszawa 2016, s. 16–17.

tak aby nie podlegali oni odpowiedzialności, której podlegają inni obywatele². Odpowiedzialność dyscyplinarna stanowi zatem dla danej grupy osób przynależących do określonej korporacji swoistą konsekwencję, która grozi za naruszenie konkretnych zasad w niej panujących. Dla powstania tego typu odpowiedzialności konieczne jest zaistnienie co najmniej dwóch substratów potrzebnych do przypisania danej osobie odpowiedzialności dyscyplinarnej. Po pierwsze, osoba jej podlegająca musi przynależeć do samorządu, korporacji, organizacji lub formacji, w których ten rodzaj odpowiedzialności został przewidziany. Po drugie, musi ona dopuścić się czynu, który w obrębie danej instytucji uchodzi za naganny. W doktrynie wskazuje się, że odpowiedzialność dyscyplinarna jest poniekąd blisko „spokrewniona” z odpowiedzialnością karną, jednak nie ma ona na tyle represyjnego charakteru, żeby można było ją za taką uznawać³.

Zauważyć należy, że kary za dopuszczenie się czynu, który powoduje powstanie odpowiedzialności dyscyplinarnej, są mniej dotkliwe niż kary wskazane w kodeksie karnym. Bezspornie, zdaniem autorki, ustalenia poczynione na drodze postępowania karnego są precyzyjniejsze. W postępowaniu tym sąd, jako organ będący dysponentem procesu, prowadzi je tak, aby ustalić warunki, w których oskarżony dopuścił się przestępstwa, motywy jego działania oraz okoliczności jego popełnienia. Sąd oraz organy ścigania posiadają znacznie szersze możliwości niż rzecznicy dyscyplinarni lub sądy dyscyplinarne. Między innymi z tych przyczyn postępowanie dyscyplinarne nie może być utożsamiane z postępowaniem karnym⁴. Problematyka odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza stanowi zagadnienie złożone i niejednokrotnie trudne w zakresie interpretacji, ponieważ przepisy prawne regulujące tę odpowiedzialność wywołują wiele wątpliwości interpretacyjnych zarówno w zakresie ich brzmienia, jak i stosowania. W orzecznictwie podkreśla się, że gwarancją świadczenia usług na wysokim poziomie jest istniejący w obrębie organizacji samorządu zawodowego system procedur oraz sankcji zapewniających przestrzeganie reguł deontologii⁵.

Rozważania zawarte w przedmiotowym opracowaniu dotyczą wybranych aspektów odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza w świetle aktualnych uregulowań prawnych.

² M. Zubik, M. Wiącek, *O spornych zagadnieniach z zakresu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów Trybunału Konstytucyjnego – polemika*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3, s. 70.

³ M. Laskowski, *Czy odpowiedzialność dyscyplinarna jest rodzajem odpowiedzialności karnej?*, „Themis Polska Nova” 2013, nr 1(4), s. 95–97.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18.03.2003 r., K 50/01.

Istota odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza jako osoby wykonującej zawód zaufania publicznego

Historia polskiego notariatu pokazuje, że z wykonywaniem zawodu notariusza związane jest zaufanie społeczne, wynikające z charakteru czynności, które zostały mu powierzone, jak również z określonego sposobu ich wykonywania⁶.

Na gruncie ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, notariuszowi został przyznany status osoby wykonującej zawód zaufania publicznego. Artykuł 2 § 1 stanowi, że „notariusz w zakresie swoich uprawnień, o których mowa w art. 1, działa jako osoba zaufania publicznego, korzystając z ochrony przysługującej funkcjonariuszom publicznym”⁷. W orzecznictwie wskazuje się, że „ze statusem zawodu zaufania publicznego wiążą się nierozdzielnie określone powinności o charakterze publicznym, związane ze szczególną dbałością o bezpieczeństwo obrotu. Obowiązki te konkretyzują się zwłaszcza w konieczności uwzględniania profesjonalnego baczenia na poprawność jurydyczną dokonywanych czynności a także na ich adekwatność dla realizacji lub zabezpieczenia interesów stron czynności notarialnej”⁸. Społeczeństwo oczekuje od osób, które wykonują zawód zaufania publicznego, spełnienia określonych wymogów oraz kryteriów. Obowiązki im powierzone powinny być wykonywane rzetelnie oraz przy zachowaniu staranności, której zazwyczaj nie wymaga się od osób wykonujących zawody niebędące zawodami zaufania publicznego. W odniesieniu do notariusza wymogi te dotyczą przede wszystkim konieczności posiadania przez niego wysokich umiejętności fachowych. Zawody zaufania publicznego wykonywane są w sposób przewidziany przez ustawodawcę. Ich wykonywanie, jak już wspomniano, pozostaje w ścisłym związku z zaufaniem publicznym, które przejawia się m.in. w przestrzeganiu wartości konstytucyjnych, dyrektyw postępowania oraz pełnym respektowaniu obowiązujących przepisów prawnych⁹.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, „[...] że od każdej osoby wykonującej zawód związany z ochroną prawną, wymaga się ponadstandardowego sposobu postępowania, tak w życiu zawodowym jak i prywatnym”¹⁰. Ponadto Sąd Najwyższy uznał, że „ocena zachowania notariusza

⁶ M. Stawicki, *Problematyka wymogów etycznych dotyczących osoby notariusza i sporządzanych przez niego czynności*, „Annales. Etyka w Życiu Gospodarczym” 2008, t. 11, nr 2, s. 105–111.

⁷ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, Dz.U. z 2020 r. poz. 1192.

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2019 r., I ACa 194/19.

⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, Dz.U. z 2004 nr 34, poz. 303.

¹⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2019 r., II DSI 31/18.

powinna być dokonywana także przez pryzmat jego wpływu na zaufanie społeczne do danego zawodu prawniczego oraz jego autorytet¹¹. Współczesna pozycja notariusza różni się od podmiotów, które świadczą usługi prawnicze, tj.: radców prawnych, adwokatów, doradców podatkowych. Notariusz nie jest bowiem wyłącznie osobą zaufania publicznego – pełni on określone funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości. Ponadto świadcząc swoje usługi, musi równoważyć interesy stron czynności notarialnej. W tym aspekcie jego działania odbiegają od zakresu czynności podejmowanych przez przedstawicieli innych zawodów prawniczych, którzy swoje usługi świadczą wyłącznie na rzecz podmiotu zlecającego im daną sprawę¹².

Podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza

Zakres odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza uregulowany został w ustawie Prawo o notariacie. Artykuł 50 stanowi, że „notariusz odpowiada dyscyplinarnie za przewinienia zawodowe, w tym za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawnych, uchybienia powadze lub godności zawodu, jak również za niespełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia, o którym mowa w art. 19a, zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 19b oraz za niewykonanie obowiązku, o którym mowa w art. 71 § 8, i niewykonanie zobowiązania, o którym mowa w art. 71a § 5, a także za niespełnienie obowiązku, o którym mowa w art. 8a ust. 1 ustawy z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców [...]”¹³.

Problematyka dotycząca odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza stanowi zagadnienie złożone i niejednoznaczne, jednak sama definicja odpowiedzialności dyscyplinarnej nie nastrocza trudności. Zdaniem Wiesława Kozielewicz odpowiedzialność ta stanowi swoistą instytucję prawną samokontroli oraz dyscyplinowania prawnie i organizacyjnie grup społecznych z uwagi na specyfikę realizowanych przez nie warunków oraz celów działania, jak również wynika z potrzeby zróżnicowania wymagań w obrębie standardów etycznych i zawodowych, które stawiane są uczestnikom danej grupy¹⁴. Michał Grudecki zdefiniował odpowiedzialność dyscyplinarną notariusza jako nieodłączny element tej korporacji. Wynika ona z konieczności cechowania się przez osoby sprawujące ten urząd nieskazitelnym charakterem¹⁵.

¹¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. akt: II DSI 21/19.

¹² T. Ereciński, *Kilka uwag o pozycji ustrojowej notariusza, jego odpowiedzialności cywilnej, oraz sądownictwie dyscyplinarnym*, „Rejent” 2006, nr 5, s. 49.

¹³ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, *op. cit.*

¹⁴ W. Kozielewicz, *op. cit.*, s. 15–16.

¹⁵ M. Grudecki, *Wybrane materialnoprawne aspekty odpowiedzialności dyscyplinarnej notariuszy*, „Rejent” 2018, nr 10, s. 75 i nast.

Odpowiedzialność dyscyplinarna notariuszy stanowi więc odpowiedzialność w ramach korporacji zawodowej notariuszy. W ograniczonym zakresie podlegają jej również aplikanci i zastępcy notarialni, a zwolnieni z niej są emerytowani notariusze¹⁶. Odpowiedzialność dyscyplinarna ma na celu penalizowanie czynów notariusza, które naruszają standardy etyczne oraz zawodowe wspólne dla samorządu notarialnego. Stanowi ona narzędzie, które umożliwia utrzymanie porządku oraz rzetelności zawodu notariusza. Ustalanie zakresu odpowiedzialności polega przede wszystkim na wskazaniu, czy dana osoba dopuściła się czynu będącego przewinieniem dyscyplinarnym lub przestępstwem, gdyż to od powyższego zależy, czy czyn ten powinien być karany na gruncie postępowania karnego albo dyscyplinarnego. W literaturze przedmiotu brak jest legalnej definicji przewinienia zawodowego. Ustawodawca jedynie dla przykładu wskazał na oczywistą, a także rażącą obrazę przepisów prawnych. W tym aspekcie jest ona rozumiana jako naruszanie przepisów związanych z wykonywaniem zawodu. Natomiast naruszenie przepisów niezwiązanych z wykonywaniem zawodu może zrodzić odpowiedzialność na zasadach ogólnych¹⁷.

Zdaniem Tadeusza Bojarskiego prawo dyscyplinarne nie jest elementem prawa karnego, ponieważ nie zostały w nim zawarte uregulowania, odnoszące się do wszystkich obywateli. Autor zauważa, że doktryna nie wyróżnia jednego pojęcia przewinienia dyscyplinarnego¹⁸. Według Andrzeja Zolla i Włodzimierza Wróbla, przewinienie dyscyplinarne jest czynem zabronionym, jeżeli odpowiedzialność dyscyplinarna została uregulowana w obowiązujących przepisach prawnych¹⁹. Aleksander Oleszko wyróżnia dwa rodzaje przewinień zawodowych: ciężkie oraz lżejsze. Odnosząc się do przewinień ciężkich, autor wskazuje, że powodują one odpowiedzialność karną, a tym samym wyczerpują znamiona przestępstwa. Odpowiedzialność dyscyplinarna uzasadniona jest popełnieniem przez notariusza przewinień lżejszych²⁰.

Przewinienia dyscyplinarne wykraczają poza sferę prawa karnego. Mimo tego są one naganne oraz naruszają wartości, które są niezbędne do posiadania przez notariusza autorytetu budzącego zaufanie społeczeństwa. Bez respektowania określonych wartości oraz bez przestrzegania norm, wykonywanie tego zawodu nie jest możliwe. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

¹⁶ W. Kozielowicz, *op. cit.*, s. 20 i nast.

¹⁷ D. Celiński, *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariusza*, „Rejent” 2004, nr 6, s. 32–33.

¹⁸ T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, LexisNexis, Warszawa 2002, s. 27–28.

¹⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 2010, s. 30–31.

²⁰ A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, t. 1: *Ustrój notariatu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 33.

wielokrotnie podkreślano, że „nie istnieje wyraźny katalog przewinień dyscyplinarnych. Podstawą odpowiedzialności są czyny godzące w dobro danej służby czy też godność związaną z wykonywaniem danej funkcji”²¹.

Do przypisania notariuszowi odpowiedzialności dyscyplinarnej, nie wystarczy „ogólne obwinienie notariusza o zachowanie sprzeczne z prawem, powagą lub godnością zawodu, bez skonkretyzowania sprzeczności czynu z wyraźnie wskazanym przepisem prawa bądź zachowaniem określonym w przepisach regulujących wykonywanie zawodu notariusza albo powszechnie przyjmowanym standardom w sferze ogólnych zasad etycznych i moralnych związanych z zawodem notariusza”²². W związku z tym przepisy art. 50 oraz art. 80 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, posiadają charakter blankietowy.

Przebieg postępowania dyscyplinarnego

Postępowanie dyscyplinarne ma charakter represyjny i z tego powodu jest zbliżone do postępowania karnego²³; jest także elementem współczesnego wymiaru sprawiedliwości²⁴.

Przedstawione powyżej różnice dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz karnej pozwalają na stwierdzenie, że oba postępowania charakteryzują się represyjnością. Odpowiedzialność dyscyplinarna nie jest jednak obligatoryjna, gdyż jej model tworzony jest wyłącznie dla określonej grupy osób, które nie muszą w ramach swoich struktur zdecydować się na jej utworzenie.

Wszczęcie postępowania dyscyplinarnego następuje na skutek wniosku. Podmiotami uprawnionymi do jego złożenia są Minister Sprawiedliwości oraz Rada Izby Notarialnej. Wniosek ten stanowi swoisty odpowiednik aktu oskarżenia, który występuje w polskim postępowaniu karnym. Do wniosku tego zastosowanie ma art. 332 k.p.k.²⁵

Pewne wątpliwości interpretacyjne dotyczą statusu Ministra Sprawiedliwości w postępowaniu dyscyplinarnym. W inicjowanym postępowaniu nie jest on oskarżycielem publicznym, a co więcej – nie posiada statusu strony.

²¹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9.11.1993 r., K 11/93.

²² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt: SDI 4/09.

²³ *Prawo o notariacie*, wprowadzenie i oprac. A. Oleszko, Zakład Poligraficzno-Papierniczy „Klucz-Druk”, Kluczbork–Lublin 2008, s. 188.

²⁴ Szerzej w wyrokach Trybunału Konstytucyjnego m.in.: z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97, OTK ZU nr 7/1998, poz. 117; z dnia 27 lutego 2001 r., K 22/00, OTK ZU 3/2001, poz. 48. W przywołanych wyrokach Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że organy korporacyjne uprawnione są do orzekania w sprawach dyscyplinarnych.

²⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2020 r. poz. 30 z późn. zm. W art. 332 k.p.k. wskazane zostały elementy aktu oskarżenia.

Niemniej jednak korzysta z uprawnienia do zaskarżenia zapadłych orzeczeń. W omawianym zakresie może on być postrzegany jako strona procesowa bądź podmiot uprawniony do dokonywania czynności w zakresie postępowania dyscyplinarnego. Status Ministra Sprawiedliwości występującego w postępowaniu dyscyplinarnym jest co do zasady niedookreślony. Należałoby jednak skłaniać się ku stwierdzeniu, że pozostaje on podmiotem uprawnionym, z uwagi na szczególny charakter prowadzonego postępowania. Jego kompetencje w zakresie postępowania związane są również z nadzorem, który jest przez niego sprawowany. Uprawnienia zastrzeżone dla Ministra Sprawiedliwości wywodzą się więc zarówno z jego uprawnień, jak również z faktu, że jest on podmiotem sprawującym bezpośredni nadzór nad prawidłowością funkcjonowania samorządu notarialnego.

Wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego powinien zawierać imię i nazwisko oraz dane obwinionego, a także szczegółowe określenie zarzucanego czynu, a więc: okoliczności, czas, miejsce i skutki jego popełnienia oraz uzasadnienie. Wszczęcie postępowania dyscyplinarnego powoduje rozpoczęcie postępowania wyjaśniającego, którego celem jest wstępne wyjaśnienie okoliczności sprawy. Na etapie tym dochodzi do odebrania wyjaśnień od obwinionego. Ich złożenie stanowi przedprocesową formę postępowania dyscyplinarnego²⁶.

Notariusz nie ma obowiązku składania wyjaśnień i może odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania. Co więcej, nie ma on obowiązku dostarczenia dowodów, które świadczyłyby o jego niewinności lub na jego niekorzyść. Organ, który prowadzi postępowanie, jest uprawniony do przeprowadzania również innych czynności dowodowych²⁷.

Składanie wyjaśnień na etapie postępowania wyjaśniającego przez notariusza związane jest z koniecznością określenia jego statusu. Należy przyjąć, że postępowanie tonie jest jeszcze postępowaniem dyscyplinarnym – notariusz w postępowaniu wyjaśniającym nie korzysta bowiem z uprawnień strony, zatem nie ma możliwości ustanowienia obrońcy, a tym samym realizacji prawa do obrony. Postępowanie to ma więc charakter nieformalny i powinno ograniczać się wyłącznie do wyjaśnienia określonych okoliczności sprawy. Omawiana kwestia budzi wiele wątpliwości. Odwołując się do art. 6 k.p.k. należy wskazać, że opisane zostało w nim prawo podejrzanego lub oskarżonego do obrony, będące jednym z fundamentalnych praw człowieka. Zakres prawa do obrony rozciąga się również na aspekty związane z czynnościami umożliwiającymi realną obronę osoby podejrzaną lub oskarżoną, przygotowaniem

²⁶ *Ibidem*, art. 332; Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, *op. cit.*

²⁷ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie..., *op. cit.*

się do obrony, a także zapoznaniem się z informacjami i czynnościami, które są dokonywane w toczącej się sprawie. W odniesieniu do postępowania dyscyplinarnego notariuszy zasadną wątpliwość może budzić założenie, że na etapie postępowania wyjaśniającego notariusz nie jest uprawniony do ustanowienia obrońcy. Założenie to, jak wskazano powyżej, wynika z nieprecyzyjnego określenia statusu notariusza na tym etapie postępowania. Niemniej jednak zgodnie z art. 87 § 1 k.p.k. osoba inna niż oskarżony uprawniona jest do ustanowienia pełnomocnika. W związku z tym pożądanym byłoby umożliwienie notariuszowi korzystania z usług fachowego pełnomocnika, który na tym etapie postępowania będzie dbał o jego interesy; poczytywane winno być to w zakresie realizacji prawa do obrony²⁸.

W sytuacji gdy złożenie wyjaśnień przez obwinionego jest niemożliwe, organ prowadzący postępowanie może zdecydować o odstąpieniu od konieczności ich składania. Niemożność złożenia wyjaśnień przez obwinionego następuje, gdy jest on chory lub zaistniała okoliczność, zdarzenie losowe, które uniemożliwia mu stawiennictwo na wezwanie organu. Rozpoczęcie postępowania dyscyplinarnego następuje z chwilą otrzymania przez sąd wniosku o jego wszczęcie. Na tej podstawie wyznacza on termin rozprawy, a także informuje o niej: rzecznika dyscyplinarnego, obwinionego i jego obrońcę oraz biegłych i świadków. Wskazać należy, że nieusprawiedliwione niestawiennictwo wskazanych powyżej osób nie hamuje postępowania. Postępowanie dyscyplinarne jest jawne, jednak z uwagi na szczególne okoliczności wymienione w art. 57 § 2 ustawy Prawo o notariacie, jawność ta może zostać wyłączona. Zapadłe orzeczenie sąd doręcza obwinionemu i obrońcy oraz rzecznikowi dyscyplinarnemu²⁹.

Katalog kar dyscyplinarnych

W art. 51 § 1 ustawy Prawo o notariacie wymienione zostały kary dyscyplinarne, które mogą zostać nałożone na notariusza za popełnienie przewinienia dyscyplinarnego. Kary te to: „upomnienie, nagana, kara pieniężna do wysokości pięciokrotnego przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, nie niższa od połowy tego wynagrodzenia, pozbawienie prawa do prowadzenia kancelarii”³⁰.

Omawiając aspekty związane z katalogiem kar należy odnieść się do kwestii ich kumulacji. W przywołanej ustawie brak jest przepisów, które w jakikolwiek sposób regulowałyby to zagadnienie. Kara upomnienia oraz nagany

²⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, *op. cit.*

²⁹ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, *op. cit.*

³⁰ *Ibidem.*

wykluczają się wzajemnie. Jednak w przypadku kary nagany oraz kary pieniężnej, na gruncie omawianych rozwiązań, brak jest – zdaniem autorki – przeszkód do ich kumulacji. Odnosząc się do innych, możliwych wariantów kumulacji kar, należy podnieść, że nie są one wykluczone, jednak nie wydają się być celowe, przede wszystkim z uwagi na ich odmienny stopień ciężkości³¹. W przypadku orzeczenia kary nagany oraz kary pieniężnej pociąga to za sobą niemożności zasiadania przez ukaranego w sądzie dyscyplinarnym oraz w organach samorządu notarialnego przez okres 3 lat.

Kary pieniężne wpływają na rzecz Skarbu Państwa. Rozwiązanie to budzi wiele kontrowersji. Zdaniem Andrzeja Redelbacha założenie to jest sprzeczne z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi, że „w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”³². Charakter oraz rola samorządów zawodowych przemawiałyby za przyjęciem, że stosowniejszym wydawałoby się przekazywanie kar pieniężnych na cele określonego samorządu zawodowego notariuszy, tak jak zostało to uczynione na gruncie ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze³³.

Przedawnienie przewinienia dyscyplinarnego uzależnione jest od chwili popełnienia określonego czynu. Co do zasady, po upływie 5 lat od momentu popełnienia czynu, nie można wszcząć postępowania dyscyplinarnego. W sytuacji gdy zostało ono wszczęte – podlega umorzeniu. Gdy dany czyn zawiera znamiona przestępstwa, jego przedawnienie uregulowane zostało w przepisach Kodeksu karnego. W uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 listopada 1993 r. wskazano, że „[...] przewidziane w prawie dyscyplinarnym okresy przedawnienia orzekania w sprawach o przewinienia dyscyplinarne pełnią nie tylko funkcje procesowe, ale związane są immanentnie z funkcją, charakterem i celami środków orzekanych w postępowaniu dyscyplinarnym. Wyjątek zachodzi w sprawach poważniejszych, gdy przewinienie dyscyplinarne realizuje równocześnie znamiona przestępstwa. Wówczas bieg przedawnienia uzależniony jest od terminów przewidzianych w kodeksie karnym”³⁴.

³¹ D. Celiński, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 37.

³² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

³³ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, Dz.U. z 2020 r. poz. 1651.

³⁴ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego..., *op. cit.*

Sądy dyscyplinarne

W sprawach dyscyplinarnych orzekają sądy, których członkami są notariusze. Postępowanie to jest dwuinstancyjne. W pierwszej instancji orzekają sądy dyscyplinarne izb notarialnych, w drugiej – Wyższy Sąd Dyscyplinarny. Członkowie sądów dyscyplinarnych wybierani są przez walne zgromadzenia notariuszy izb notarialnych na trzyletnią kadencję. Do kompetencji Krajowej Rady Notarialnej należy określenie ogólnej liczby członków sądów dyscyplinarnych, a także liczby członków tych sądów wybieranych przez poszczególne walne zgromadzenia notariuszy izb notarialnych. Przewodniczących sądów dyscyplinarnych oraz ich zastępców wybierają spośród siebie członkowie tych sądów. Sąd dyscyplinarny orzeka w składzie trzech, natomiast Wyższy Sąd Dyscyplinarny w składzie pięciu sędziów. Podkreślić należy, że w składzie orzekającym w drugiej instancji nie może uczestniczyć osoba, która brała udział w wydaniu zaskarżonego orzeczenia. Składy sądów dyscyplinarnych wyznaczane są przez przewodniczących tych sądów³⁵. Orzekanie w sądach dyscyplinarnych notariuszy może budzić pewne wątpliwości, głównie dlatego, że sędziowie należą do tego samego samorządu zawodowego co obwinieni, a okoliczność ta może oddziaływać na ich obiektywizm oraz bezstronność. Ustawodawca w przepisach ustawy Prawo o notariacie podkreśla wprost, że w sprawach nieuregulowanych w rozdziale VI stosować należy przepisy Kodeksu postępowania karnego. Tym samym do członków składu orzekającego zastosowanie mogą znaleźć przepisy dotyczące: wyłączenia sędziego z mocy prawa (*iudex inhabilis* – art. 40 k.p.k) oraz wyłączenia sędziego na wniosek (*iudex suspectus* – art. 41 k.p.k)³⁶. Z uwagi na powyższe w sytuacji, w której czynność dokonywana przez sędziego sądu dyscyplinarnego mogłaby budzić uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności, strona uprawniona jest do złożenia wniosku o wyłączenie sędziego. Uregulowanie to ma na celu zapewnienie zarówno prawidłowego toku postępowania, jak i prawa obwinionego do obiektywnego rozpoznania zawisłej przed sądem sprawy. Głównymi przymiotami sędziego są bowiem niezawisłość, bezstronność oraz obiektywizm. Sędzia w postępowaniu dyscyplinarnym nie zachowuje w ramach swojego urzędowania przymiotu niezawisłości. Gdyby tak było, a zasada ta w świetle demokratycznego państwa prawa miałaby pełne zastosowanie w postępowaniu dyscyplinarnym, składy orzekające sądów dyscyplinarnych musiałyby składać się z sędziów powoływanych na mocy przepisów rozdziału II ustawy

³⁵ Rozdział VI, Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, *op. cit.*

³⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, *op. cit.*

z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych³⁷. W omawianej kwestii dochodzi więc do sprzeniewierzenia zasady niezawisłości, dlatego uznać należy, że sądownictwo dyscyplinarne w swoich założeniach znacznie odbiega od sądownictwa powszechnego. Trudno zaakceptować fakt, że w ramach samorządu zawodowego powołuje się sędziów, którzy oceniają charakter czynu notariusza jako osoby obwinionej. Abstrahując od ewentualnych uchybień w zakresie braku obiektywizmu osób orzekających, na uwadze należy mieć, że wykreowany model sądownictwa dyscyplinarnego sprowadza się do orzekania w sprawach osób, które z racji przynależności do takiej samej korporacji zawodowej co obwiniony, pozbawione są bezstronności. Postępowanie dyscyplinarne ma na celu ustalenie zakresu przewinienia danej osoby należącej do określonej instytucji bądź wykonującej określony zawód. Ma ono więc charakter represyjny. Sądy dyscyplinarne, jak już wspomniano, składają się z osób, które w świetle ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych nie spełniają wymogów koniecznych do przypisania im statusu sędziego. Na gruncie powyższych rozważań należy zastanowić się nad zasadnością oraz stosownością nazewnictwa przyjętego w ustawie Prawo o notariacie. Nazwa „sąd dyscyplinarny” stosowana jest bowiem w stosunku do organu, który nie może uchodzić za sąd powszechny ani specjalny, gdyż nie spełnia on podstawowych jego kryteriów, uzasadniających formę oraz funkcję sądów w rozumieniu ogólnym. Przyjęta przez ustawodawcę nazwa wprowadza poniekąd w błąd co do formy, składu, a także głównych atrybutów sądownictwa, zapewnionych we wspomnianej ustawie Prawo o ustroju sądów powszechnych.

Organem postępowania dyscyplinarnego jest rzecznik dyscyplinarny. Jego sytuacja procesowa może być postrzegana podobnie do roli prokuratora w postępowaniu karnym. Na względzie należy mieć jednak odmiennosc obu tych postępowań. W świetle prezentowanych rozważań rola rzecznika sądu dyscyplinarnego sprowadza się do występowania w postępowaniu sądowym, tak więc jego pozycja procesowa nie jest do końca jasna. Rzecznik dyscyplinarny nie został uprawniony do zainicjowania postępowania dyscyplinarnego poprzez złożenie wniosku o jego wszczęcie. Co więcej, nie bierze on udziału we wstępnej fazie postępowania, które ma miejsce przed złożeniem stosownego wniosku. Niemniej jednak, rzecznik zachowuje określoną samodzielność procesową od momentu wszczęcia postępowania bezpośrednio przed sądem dyscyplinarnym. W tym zakresie jego działania mogą odnosić się do wniosku o umorzenie toczącego się postępowania bądź niepopierania oskarżenia.

³⁷ Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 października 2020 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy - Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. z 2020 poz. 2072.

Podzielając podgląd Oleszko, należy stwierdzić, że rzecznik dyscyplinarny nie jest rzecznikiem sądu dyscyplinarnego.³⁸

Uczestnikiem postępowania dyscyplinarnego jest obwiniony notariusz, który zgodnie z przepisami ustawy może ustanowić obrońcę. Na tym etapie postępowania przyjęte założenie jest w rzeczywistości realizacją prawa do obrony. W art. 42 ust. 2 Konstytucji³⁹ ustawodawca zapewnił jednostce na gruncie postępowania karnego, możliwość korzystania z usług fachowego pełnomocnika. Przepis ten powinien być również stosowany w postępowaniu dyscyplinarnym, ponieważ jego niezastosowanie pozostawałoby w sprzeczności z zasadą sprawiedliwości społecznej, a także szeroko pojętymi zasadami demokratycznego państwa prawa. Obwiniony ma prawo do ustanowienia obrońcy w osobie adwokata, radcy prawnego bądź notariusza. W procedurze ustanowienia obrońcy obwinionego zastosowanie mają odpowiednie przepisy Kodeksu postępowania karnego. Obwinionemu przysługuje prawo do posiadania nie więcej niż trzech obrońców jednocześnie. Analiza przepisów Kodeksu postępowania karnego odnośnie upoważnienia do obrony pozwala przyjąć, że upoważnienie to może być udzielone na piśmie bądź ustnie poprzez oświadczenie złożone do protokołu organu, który prowadzi dane postępowanie. Należy również wskazać, że na żądanie obwinionego jego przesłuchanie powinno odbyć się z udziałem ustanowionego obrońcy. Niestawiennictwo obrońcy nie tamuje przebiegu postępowania. Obwiniony ma możliwość skorzystania z obrońcy z urzędu w sytuacji, gdy wykaże on, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla utrzymania siebie bądź swojej rodziny. Kodeks postępowania karnego przewiduje również ustanowienie obligatoryjnie obrońcy obwinionego. W art. 79 § 1 i 2 k.p.k. ustawodawca wskazał, że obwiniony musi mieć obrońcę w sytuacji: gdy nie ukończył 18 lat, jest niewidomy, głuchy lub niemy, zachodzi uzasadniona wątpliwość co do zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem, a także co do tego czy w czasie popełnienia zarzuczonego czynu zdolność ta była wyłączona bądź ograniczona oraz, gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość co do stanu zdrowia psychicznego obwinionego, a także czy stan ten pozwala na udział w prowadzeniu obrony oraz w postępowaniu w sposób rozsądny oraz samodzielny; obwiniony musi mieć obrońcę także w sytuacji, gdy sąd uzna to za niezbędne przez wzgląd na inne okoliczności, które mogą utrudniać obronę⁴⁰. W sytuacji, gdy obwiniony nie posiada obrońcy z wyboru, a jego udział w postępowaniu jest obligatoryjny, przewodniczący sądu

³⁸ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, *op. cit.*

³⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej..., *op. cit.*

⁴⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, *op. cit.*

dyscyplinarnego wyznacza mu obrońcę z urzędu. Tym samym upoważnia go do działania w toczącym się postępowaniu. Obrońca może działać wyłącznie na korzyść obwinionego. Zgodnie z art. 86 § 2 k.p.k. udział obrońcy w postępowaniu dyscyplinarnym nie wyłącza możliwości działania oskarżonego (obwinionego) w toczącym się postępowaniu. Wszelkie odpisy, zarządzenia, orzeczenia oraz zawiadomienia doręcza się oskarżonemu (obwinionemu), jak również jego obrońcy⁴¹.

Wykonanie prawomocnego orzeczenia sądu dyscyplinarnego należy do właściwej rady izby notarialnej. W sytuacji, w której wobec obwinionego orzeczono karę dyscyplinarną w postaci pozbawienia prawa do prowadzenia kancelarii, wykonanie prawomocnego orzeczenia (skutecznego względem obwinionego notariusza w chwili jego uprawomocnienia się), należy do kompetencji Ministra Sprawiedliwości⁴².

Wnioski

Zagadnienia dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza są niezwykle obszerne. W niniejszym opracowaniu ograniczono się jedynie do poruszenia najważniejszych aspektów problematyki odpowiedzialności dyscyplinarnej notariuszy. Uregulowania zawarte w rozdziale VI ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, zawierają liczne wątpliwości co do wykładni określonych przepisów prawnych. Z tej też przyczyny niektóre z nich wymagają doprecyzowania oraz uzupełnienia.

Przechodząc do rozważań nad istotą odpowiedzialności dyscyplinarnej, należy podkreślić, że wywodzi się ona w szczególności ze statusu notariusza, a także charakteru dokonywanych przez niego czynności. W tym ujęciu istotne pozostają kwestie związane m.in. z postępowaniem dyscyplinarnym, sądownictwem dyscyplinarnym czy prawem do obrony. Zakres oraz charakter odpowiedzialności przewidzianej w ustawie Prawo o notariacie ma na celu eliminowanie sytuacji związanych z niewłaściwym wykonywaniem tego zawodu.

Jak wskazano problematyka odpowiedzialności dyscyplinarnej notariuszy jest obszerna i wymaga szerokiego omówienia. Nieprecyzyjność poruszanego zagadnienia może budzić określone wątpliwości co do przyjętego modelu odpowiedzialności dyscyplinarnej na gruncie ustawy Prawo o notariacie. Postępowanie dyscyplinarne ma na celu wyeliminowanie uchybień w ramach korporacji zawodowej notariuszy. Posiada ono charakter represyjny, z uwagi na co jest ono zbliżone do postępowania karnego. Wszczęcie postępowania

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² A. Oleszko, *op. cit.*, s. 581.

dyscyplinarnego rozpoczyna się na skutek wniosku, który może zostać złożony przez Ministra Sprawiedliwości, a także Radę Izby Notarialnej. Na etapie postępowania wyjaśniającego poprzedzającego skierowanie wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, status notariusza pozostaje nieokreślony. W związku z powyższym nie korzysta on z uprawnień strony, a tym samym nie posiada uprawnienia do ustanowienia obrońcy. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie okoliczności sprawy, dlatego już na tym etapie postępowania notariusz powinien mieć możliwość korzystania z usług fachowego pełnomocnika. Uprawnienie to nie wynika jednak z przepisów ustawy Prawo o notariacie. Analizując przepisy k.p.k. na względzie należy mieć jednak art. 87 § 1 k.p.k. Umożliwienie notariuszowi korzystania z pełnomocnika na etapie postępowania wyjaśniającego uzasadnione jest przede wszystkim prawidłową realizacją prawa do obrony. Pomimo że notariusz nie uchodzi na tym etapie postępowania za osobę obwinioną, zasadnym jest, aby jego interesów strzegła osoba posiadająca odpowiednie doświadczenie procesowe. Uzasadnieniem powyższego jest chociażby fakt, że wyjaśnienia złożone przez notariusza mogą zawarzyć o konieczności skierowania bądź odstąpienia od skierowania wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego. Posiadanie przez notariusza wykształcenia prawniczego nie stanowi przesłanki np. warunkującej możliwość jego samodzielnej reprezentacji. Z prawa do obrony skorzystać może bowiem każda osoba bez zważania na jej status, wykształcenie, pochodzenie etc. Uniemożliwienie skorzystania z usług fachowego podmiotu narusza prawo do obrony i wprowadza dysproporcję w zakresie uprawnień stron.

Przechodząc do dalszych rozważań nad przebiegiem postępowania dyscyplinarnego należy odnieść się do faktu, że w sądach dyscyplinarnych zasiadają osoby, które należą wraz z obwinionym do tego samego samorządu zawodowego, co może wpływać na ich obiektywizm oraz bezstronność. Mając na względzie uregulowania związane z wyłączeniem sędziego nie można zapominać, że skorzystanie z powyższej instytucji sprawi, że w składzie sądu również zasiądzie osoba przynależąca do tej samej korporacji co obwiniony. Pożądanym rozwiązaniem byłoby, aby w sprawach dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza orzekały osoby obiektywne, które w oparciu o swoje doświadczenie życiowe oraz wiedzę rozstrzygałyby daną sprawę bez zbędnych wątpliwości co do ich bezstronności. Model odpowiedzialności dyscyplinarnej zawarty w ustawie Prawo o notariacie, zawiera szereg uchybień, które w sposób oczywisty naruszają prawo obwinionego do rzetelnego, bezstronnego procesu. Osoby powołane do sądów dyscyplinarnych nie spełniają podstawowych przesłanek wymaganych dla urzędu sędziego wskazanych w ustawie Prawo o ustroju sądów powszechnych. Tym samym nazewnictwo dotyczące

samego sądu dyscyplinarnego nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego, ponieważ sąd dyscyplinarny, jak już wskazano, nie jest sądem powszechnym ani specjalnym, a przede wszystkim nie spełnia funkcji sądu w rozumieniu ogólnym. Omawiane zagadnienie powinno zostać poddane szerszej dyskusji. Niezasadnym jest bowiem uznawanie sądu dyscyplinarnego za sąd w ogólnym tego słowa znaczeniu, a także w znaczeniu wynikającym z obowiązujących przepisów prawa. Powyższe rozważania wskazują na konieczność reformy funkcjonującego modelu postępowania dyscyplinarnego. Przede wszystkim zaś należy zważyć na konieczność obsadzania sądów dyscyplinarnych osobami, które cechują się doświadczeniem życiowym oraz wymaganą wiedzą. Proponowane rozwiązania mogłyby przyczynić się do rozstrzygnięcia toczącej się sprawy przy jednoczesnym zagwarantowaniu notariuszowi prawa do obrony, a także orzekania w sądownictwie dyscyplinarnym osób obiektywnych oraz bezstronnych.

Bibliografia

- Bojarski T., *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, LexisNexis, Warszawa 2002.
- Celiński D., *Odpowiedzialność dyscyplinarna notariusza*, „Rejent” 2004, nr 6.
- Ereciński T., *Kilka uwag o pozycji ustrojowej notariusza, jego odpowiedzialności cywilnej, oraz sądownictwie dyscyplinarnym*, „Rejent” 2006, nr 5.
- Grudecki M., *Wybrane materialnoprawne aspekty odpowiedzialności dyscyplinarnej notariuszy*, „Rejent” 2018, nr 10.
- Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, LexisNexis, Warszawa 2016.
- Laskowski M., *Czy odpowiedzialność dyscyplinarna jest rodzajem odpowiedzialności karnej?*, „Themis Polska Nova” 2013, nr 1(4).
- Oleszko A., *Prawo o notariacie. Komentarz, t. 1: Ustrój notariatu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Prawo o notariacie*, wprowadzenie i oprac. A. Oleszko, Zakład Poligraficzno-Papierniczy „Klucz-Druk”, Kluczbork–Lublin 2008.
- Stawecki M., *Problematyka wymogów etycznych dotyczących osoby notariusza i sporządzanych przez niego czynności*, „Annales. Etyka w Życiu Gospodarczym” 2008, t. 11, nr 2.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 2010.
- Zubik M., Wiącek M., *O spornych zagadnieniach z zakresu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów Trybunału Konstytucyjnego – polemika*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz. U. z 1997 Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 16 października 2020 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. z 2020 poz. 2072.

Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, Dz.U. z 2020 r. poz. 1651.

Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, Dz.U. z 2020 r. poz. 1192.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2020 r. poz. 30 z późn. zm.

Orzecznictwo

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9.11.1993 r., K 11/93.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2019 r., II DSI 31/18.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. akt: II DSI 21/19.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2019 r., I ACa 194/19.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt: SDI 4/09.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18.03.2003 r., K 50/01.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, Dz.U. z 2004 nr 34 poz. 303.

Abstract

Selected aspects of a notary's disciplinary liability in the light of the Act of February 14, 1991 – Law on Notaries

This article addresses selected issues of the disciplinary liability of a notary in the light of the Act of February 14, 1991 – Law on Notaries. The article presents the main aspects related to disciplinary proceedings as well as disciplinary jurisdiction. The considerations presented in the article also concern the status of a notary public, his position among representatives of the legal profession. The entire article has been enriched with the literature on the subject and contemporary jurisprudence.

Key words: notary public, disciplinary liability, court, deed

Streszczenie

Wybrane aspekty odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza w świetle ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie

Niniejszy artykuł porusza wybrane kwestie problematyki odpowiedzialności dyscyplinarnej notariusza w świetle ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie. W artykule, przedstawiono główne aspekty związane z postępowaniem dyscyplinarnym, jak też sądownictwem dyscyplinarnym. Rozważania prezentowane w artykule dotyczą również statusu notariusza, jego pozycji wśród przedstawicieli zawodów prawniczych. Całość artykułu wzbogacona została o literaturę przedmiotu oraz współczesne orzecznictwo.

Słowa kluczowe: notariusz, odpowiedzialność dyscyplinarna, sąd, czyn

Ewelina Zander-Zięcina

mgr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0002-4539-0810

email: kancelariaziemina@gmail.com

Praca zdalna w kontekście proponowanych zmian w Kodeksie pracy

Wprowadzenie

Powstający projekt nowelizacji Kodeksu pracy daje możliwość wykonywania obowiązków pracowniczych w formie zdalnej, również po zakończeniu pandemii COVID-19. Praca zdalna została wprowadzona do obrotu prawnego niejako na mocy ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (tzw. ustawa/specustawa covidowa). Zgodnie z art. 3 zlecenie pracownikom pracy zdalnej przez pracodawców obowiązywało do 4 września 2020 r. włącznie. Ustawodawca wprowadzając taki zapis zdecydował, że regulacja traci moc po 180 dniach, licząc od dnia wejścia w życie ustawy¹. Nie przewidziano jednak sytuacji kontynuacji pracy zdalnej po upływie tego czasu albo na takich samych, albo znacznie rozszerzonych warunkach, czyli umocowania ich Kodeksem pracy. Z tego powodu konieczne stały się zmiany w przepisach prawa pracy. Specustawa covidowa nie wprowadziła objaśnienia pojęcia „pracy

¹ Zob. szerzej G. Karwatowicz, *Komentarz do ustawy o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r.*, Presscom, Wrocław [cop. 2020]; KW. Baran, M. Barański, W. Bigaj, M. Borski, I. Florczak, K. Jaworska, D. Książek, K. Księżyk, M. Lekston, A. Piszczek, A. Przybyłowicz, A. Rogacka-Lukasik, I. Sierocka, K. Stefański, W. Witoszko, J. Żołyński, *Komentarz do niektórych przepisów ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych*, [w:] *Tarcza antykryzysowa 1.0–3.0. Szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych*, red. nauk. K.W. Baran, LEX 2020.

zdalnej”, ani nie rozszerzyła definicji „telepracy”, która widnieje w Kodeksie pracy. Telepraca nie może być bowiem utożsamiana z definicją pracy zdalnej. Zarówno pracodawcy, jak i pracownicy firm, którzy do tej pory wykonywali swoje obowiązki w formie zdalnej, odetchnęli z ulgą w momencie wejścia przepisów specustawy, które wydłużyły możliwość wykonywania pracy poza lokalami pracodawcy maksymalnie do upływu trzech miesięcy od odwołania stanu zagrożenia epidemicznego lub epidemii. Przepisy te weszły w życie 5 września 2020 r.; przepisy wdrażające pracę zdalną na stałe nadal jednak nie istnieją.

Telepraca a praca zdalna

Pierwsza część artykułu dotyczyć będzie zdefiniowania pojęć zarówno telepracy, jako terminu, który ustawodawca szczegółowo unormował w obowiązującej ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, jak i pracy zdalnej, która w praktyce nie jest niczym nowym, jednak nadal niezdefiniowanym w legalnej formie², oraz pracy hybrydowej, tzw. zmiennej³.

Należy podkreślić, że świadczenie pracy poza zakładem pracy istniało w praktyce, zanim zostało ujęte w kodeksowym zapisie telepracy czy pracy zdalnej. Wynika to w głównej mierze ze specyfiki konkretnych zawodów, w których obowiązki i powierzone zadania nie mogą być wykonywane w inny sposób, jak poza lokalem czy siedzibą firmy. Do takiego zawodu będzie należał m.in. zawód radcy prawnego, którego wymiar czasu pracy został dokładnie ujęty w ustawie o radcach prawnych⁴. Art. 18 ust. 1 ustawy wskazuje, że „do czasu pracy radcy prawnego zalicza się także czas niezbędny do załatwiania spraw poza lokalem jednostki organizacyjnej, w szczególności w sądach i w innych organach oraz czas przygotowania się do tych czynności”. Zatem wykonywanie obowiązków radcy prawnego w takiej formie, możemy potraktować, jako świadczenie pracy w formie zdalnej⁵. Z kolei w ust. 2 przepisy wskazują na zatrudnienie radcy prawnego w pełnym wymiarze czasu pracy w lokalu jednostki organizacyjnej, co stanowi 2/5 pełnego wymiaru czasu pracy, przy założeniu, że wymiar ten nie może być krótszy.

² A. Bednarska, *Ogólne zasady wykonywania pracy zdalnej – omówienie praktyczne*, Gorzda Świ-
stuń Wątroba i partnerzy. Adwokaci i Radcowie prawni, 15.04.2020, <https://gsw.com.pl/publikacje/covid-19/ogolne-zasady-wykonywania-pracy-zdalnej-omowienie-praktyczne> [dostęp: 25.10.2020].

³ W.K. Brzostowski i in., *Regulacje COVID-19 w prawie pracy*, C.H. Beck, Warszawa 2020.

⁴ Zob. szerzej: Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, Dz.U. z 2020 poz. 75.

⁵ Komentarz/ Art. 18 RadPrU red. Scheffler 2018, wyd. 1/Okło, Legis 2020.

Pojęcie telepracy w formie szerszej definiuje art. 67⁵ § 1 Kodeksu pracy⁶. Aby jednak mówić o telepracy, musimy uwzględnić definicję telepracownika, która ujęta jest w § 2 komentowanego artykułu. Należy tutaj wskazać głównie aspekt dostarczania wyników pracy, które zgodnie z zapisem są przekazywane drogą elektroniczną, np. poprzez mail lub fax. Zatem o świadczeniu pracy w tej formie nie będzie świadczyć sam fakt wykonywania pracy poza zakładem pracy, lecz sposób przekazywania pracodawcy jej ukończenia. Tym samym nie każdy pracownik wykonujący obowiązki pracownicze w domu za pośrednictwem urządzeń masowego przekazu, będzie uznany przez ustawę za telepracownika⁷. Ustawodawca definiując pojęcie telepracy wskazał wprost na brak możliwości stosowania wykładni zakazu zawierania umów, których przedmiotem ma być świadczenie pracy przez pracownika w domu w innej formie niż telepraca. Z tego powodu można mówić o pracownikach domowych, którzy nie są telepracownikami. Możemy do nich zaliczyć osoby wykonujące obowiązki pracownicze w domu na mocy ustawy covidowej. Nie są one pracownikami, którzy od początku zostali skierowani do świadczenia pracy w takiej formie, wręcz przeciwnie – większość z nich wykonywała swoje obowiązki w lokalu pracodawcy w oparciu o umowę o pracę, a wprowadzone w Polsce środki ostrożności, mające zapobiec skutkom COVID-19⁸, zmusiły zarówno przedsiębiorców, jak i pracowników do masowego przejścia na wykonywanie pracy w domu. Nie możemy jednak traktować tej sytuacji jako przesłanki warunkującej telepracę, gdyż z brzmienia art. 67⁵ § 1 k.p. wywodzimy dość istotne cechy telepracy, do których zalicza się przede wszystkim regularność, co w przypadku lockdownu nie wystąpiło. Nie można mówić o regularności w kontekście świadczenia pracy wyłącznie w określone miesiące przy założeniu, że wcześniej pracownik świadczył pracę w lokalu w sposób uregulowany przepisami prawa pracy. Tak krótki okres możemy uznać za okazjonalny. Zatem ogólnikowo można powiedzieć, że telepraca to świadczenie pracy stałe, a praca zdalna może być wykonywana wyłącznie przez pewien czas. Nie jest to tryb pracy niedopuszczalny z mocy prawa, jednak nie został on w pełni zdefiniowany. Z uwagi na sytuację epidemiologiczną zdecydowano się najpierw na podjęcie decyzji o przejściu na taki tryb pracy, by później uznać go za zalecenie. Dodajmy tutaj kluczową kwestię, jaką jest umowa o świadczeniu telepracy, jakiej nie otrzymali pracownicy w obecnej sytuacji, a także podział wymiaru czasu pracy, czy też obowiązek pracodawcy do zapewnienia warunków technicznych, finansowych i BHP. Pokazuje to miarę

⁶ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 1974 Nr 24, poz. 141.

⁷ A. Sobczyk, *Telepraca w prawie polskim*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa [cop. 2009]; Komentarz/ Art. 67⁵ KP red. Sobczyk 2020, wyd. 5/Sobczyk, Legalis 2020.

⁸ Zob. szerzej Art. 18 RadPrU red. Scheffler 2018, wyd. 1/Okoń.

problemu, czyli niemożność stosowania telepracy w sytuacji sprzed kilku miesięcy, i kompletny brak uregulowania definicyjnego pracy zdalnej w obecnej sytuacji. Forma świadczenia telepracy przez pracownika jest – mimo istotnych różnic, a właściwie przesłanek, które muszą zostać spełnione – błędnie zamiennie stosowana z pojęciem pracy zdalnej. Dlaczego tak się dzieje? Błąd polega na wskazaniu wyłącznie jednego aspektu, który łączy te dwa przypadki, a mianowicie – wykonywanie obowiązków pracowniczych za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁹. Stąd też pojawia się błędne przeświadczenie pracodawców o możliwości zamiennego stosowania tych dwóch systemów.

Projekt nowelizacji Kodeksu Pracy

Zapowiedziana przez Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej nowelizacja w zakresie unormowania pracy zdalnej w Kodeksie pracy ma najprawdopodobniej zastąpić przepisy o telepracy¹⁰. Resort przekazał jej projekt do dyskusji zarówno z pracodawcami, jak i związkami zawodowymi poprzez Radę Dialogu Społecznego. Oficjalne stanowiska mają zostać opublikowane wkrótce. Jednak nowelizacja ma opierać się na założeniach obowiązujących, które definiują właśnie telepracę. Projekt ma być omawiany na najbliższym spotkaniu zespołu ds. prawa pracy Rady Dialogu Społecznego, który ma się odbyć w dniu 29 września 2020 r. Czy zrównanie tych dwóch pojęć, które powinny być odrębnymi definicjami, będzie prawidłowe, i co w praktyce będzie to oznaczało dla pracodawców i pracowników?

Kodeks pracy jest ustawą wielokrotnie nowelizowaną, w mniejszym bądź w większym zakresie. Mimo to pojęcie pracy zdalnej pojawiło się dopiero w specustawie covidowej i nie mogło w pierwszym okresie jej stosowania być łączone z kodeksową definicją telepracy. Gdy powstał pomysł unormowania pracy zdalnej, okazało się, że ma ona jedynie zastąpić telepracę, „wskakując” w jej przesłanki właściwie niejako tylko nazewniczo. Projekt nie przewiduje zniesienia w tym aspekcie wymogów dla pracodawcy, jakie narzuca telepraca, m.in. wspomnianych obowiązków technicznych czy BHP. Przypomnijmy, że obowiązków tych nie zniosła ustawa covidowa, lecz rozporządzenie, a plany na wdrożenie przepisów regulujących pracę zdalną były już w 2016 r., przed wybuchem pandemii.

⁹ Szerzej: art. 2 pkt 5, Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Dz.U. 2002 Nr 144, poz. 1204.

¹⁰ G.J. Leśniak, *Jest projektu uregulowania pracy zdalnej, ale nie jej czasu*, Prawo.pl, 23.09.2020, <https://www.prawo.pl/kadry/projekt-zmian-w-kodeksie-pracy-dotyczacy-pracy-zdalnej-jakie,503286.html> [dostęp: 25.10.2020].

Jakie zatem plany mają ustawodawcy? Projekt zakłada, że pracodawca będzie mógł zlecić pracownikowi pracę zdalną w konkretnych przypadkach, a sama praca zdalna ma zastąpić całkowicie zapisy o telepracy. Będzie mogła być ona wykonywana w sposób częściowy lub całkowity poza lokalem lub innym wskazanym w umowie stałym miejscem świadczenia pracy, po uzgodnieniu warunków między pracownikiem a pracodawcą przy zawieraniu umowy lub w trakcie trwania zatrudnienia. Wszystkie zasady wykonywania obowiązków w takiej formie będą ustalane w oparciu o porozumienie ze związkami zawodowymi i będą musiały znaleźć się w regulaminie pracodawcy lub poleceniu pisemnym, jeżeli wcześniej nie zostały uzgodnione indywidualnie z pracownikiem. To na pracodawcy będzie ciążył obowiązek przekazania pracownikowi w sposób jasny wszystkich obowiązków i form zrealizowania świadczenia pracy. Dotyczy to kwestii związanych z jego zatrudnieniem, jak np. ekwiwalentu za sprzęt (jeżeli pracownik będzie używał swojego prywatnego, a pracodawca nie zaopatrzy go w sprzęt firmowy), czy sposobu samej kontroli poprawnie świadczonej pracy i wykonywania powierzonych zadań. Należy wskazać, że świadczenie pracy zdalnej nie zamyka, według założeń projektu, powrotu do wykonywania obowiązków w oparciu o standardowe świadczenie pracy bezpośrednio u pracodawcy. Przepisy mają dopuszczać możliwość rezygnacji ze świadczenia pracy zdalnej po upływie trzech miesięcy, w wyniku wspólnego oświadczenia pracodawcy i pracownika, co realnie umożliwi powrót do uprzednio obowiązujących warunków umowy i pracy w lokalu. Ustawodawca nie wyjaśnia jednak, gdzie takie zapisy mają się znaleźć. Czy będą umieszczane w umowie o pracę, stanowiąc niejako formę „ochronną” w przypadku, gdy pojawi się konieczność skorzystania z takiego systemu, czy będzie to jednak forma dodatkowa, tzn. aneks do umowy lub zwykle pisemne oświadczenie dwóch stron.

Brak jest również szczegółowych wyjaśnień dotyczących BHP w pracy zdalnej. Oczywiście projekt normuje przedłożenie oświadczenia przez pracownika, że jego stanowisko spełnia odpowiednie normy bezpieczeństwa i higieny wykonywania pracy, ale również tutaj brakuje przesłanek, czym mają być odpowiednie normy bezpieczeństwa oraz kto będzie je kontrolować. Brak tych wyjaśnień oznacza, że to pracownik będzie ponosił wyłączną odpowiedzialność za treść takiego oświadczenia i w razie przedłożenia go niezgodnie ze swoją wiedzą techniczną lub też zagrożenia wypadkiem w trakcie wykonywania obowiązków pracowniczych, praktycznie całkowicie pozbawi się prawa do uznania zdarzenia za wypadek przy pracy.

Projekt zakłada unormowanie stosowania pracy zdalnej w dwóch przypadkach. Pierwszy dotyczy sytuacji wyjątkowej, takiej jak stan nadzwyczajny

lub stan epidemii – analogicznie jak zostało to ujęte w zapisach ustawy covidowej, drugi – gdy wykonywanie takiej pracy stanie się niezbędne do zapewnienia pracownikowi bezpiecznych warunków pracy. Pracodawca będzie mógł zlecić pracę zdalną w oparciu o dwa wymienione przypadki, a także na podstawie oświadczenia, że pracownik posiada odpowiednie warunki lokalowe oraz techniczne. Nowe przepisy będą nakładały na pracodawcę szereg obowiązków – w przypadku ich wejścia w życie w założonej formie, to właśnie pracodawca będzie musiał dostarczyć odpowiednie narzędzia i materiały niezbędne do wykonywania pracy zdalnej. Projekt daje również inicjatywę pracownikowi – może on wystąpić z wnioskiem o skierowanie do pracy zdalnej, który przedłoży albo w wersji papierowej, albo elektronicznej. Niestety projekt nie określa terminu, jaki powinien zostać dochowany przez pracownika, który chce wykonywać swoje obowiązki w takiej formie, ani czy obligatoryjne jest wystąpienie dwóch wymienionych przypadków i jak będą one weryfikowane.

Bez pomocy nie pozostawiono pracowników wychowujących dzieci, w tym dzieci do lat 3. Pracodawca ma uwzględnić wnioski o wykonywanie pracy zdalnej z wyjątkiem sytuacji, w której wykonywanie obowiązków nie byłoby możliwe z uwagi na charakter pracy i wewnętrzną organizację pracodawcy. Pozostawienie wolnej ręki pracodawcy w tym konkretnym przypadku sprawi, że w regulaminach firm będą mogły się znaleźć zapisy o wyłączeniu wykonywania pracy zdalnej dla pracowników wychowujących dzieci do lat 3. Nowelizacja nie przewiduje również, w jaki sposób odbywać się będzie np. przyznawanie zasiłków opiekuńczych dla dzieci zdrowych w tym wieku i czy zastosowanie będą miały regulacje ogólne¹¹.

Co ważne, brak zgody pracownika na wykonywanie obowiązków pracowniczych w formie zdalnej nie będzie stanowił przesłanki, która uzasadniałaby wypowiedzenie przez pracodawcę umowy o pracę. Jednak nie oznacza to, że pracownik wykonując obowiązki w ten sposób, zostanie pozbawiony całkowitej kontroli, a wykonywanie zadań nie będzie w żaden sposób weryfikowane. Projekt przewiduje kontrolę pracownika zdalnego w godzinach jego pracy oraz osobiste pojawienie się pracodawcy w domu pracownika, np. w celu inwentaryzacji, czy też w przypadku potrzeby naprawy sprzętu lub instalacji. Będzie to możliwe dopiero po wyrażeniu pisemnej zgody przez pracownika, a kontrola nie będzie mogła naruszać zarówno jego prywatności, jak i przebywających w domu domowników.

¹¹ Ustawa z dnia 25 czerwca 1999r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa, Dz.U z 2005 Nr 31, poz.267, z późn. zm.; zob. szerzej A. Rzecka-Gil, *Ustawa o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.

Nie pominięto również obowiązków wynikających z przepisów BHP. Jak czytamy w projekcie „za właściwą organizację stanowiska pracy zdalnej w miejscu zamieszkania pracownika lub w innym miejscu wskazanym przez niego, z uwzględnieniem wymagań ergonomii, odpowiada pracownik”¹². Zatem ciężar odpowiedzialności zostaje odpowiednio rozdysponowany między pracownika a pracodawcę, a szczególony odpowiedzialności pracodawcy odsyłać będą bezpośrednio do działu X Kodeksu pracy, jednak bez odpowiedzialności za sprawność środków ochrony zbiorowej¹³. Zatem w przypadku, gdy dojdzie do jakiegokolwiek incydentu, który w świetle przepisów może zostać uznany za wypadek przy pracy, po stronie pracownika będzie stało udowodnienie tego zdarzenia, które wiąże się z obowiązkiem przeprowadzenia oględzin w miejscu wypadku (w prywatnym domu pracownika) wraz z odpowiednim sporządzeniem protokołów powypadkowych. Odmowa pracownika do dokonania takich oględzin będzie wiązała się z jednoznacznym brakiem zakwalifikowania wypadku jako wypadku w miejscu pracy i tym samym uniemożliwi pracownikowi dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na gruncie przepisów prawa pracy.

Ocena projektu i wnioski

Zapowiedziane zmiany są na gruncie obecnej sytuacji ewidentnie potrzebne. Założenie wprowadzenia na stałe przepisów dotyczących pracy zdalnej nie powinno jednak warunkować „wyrzucenia” z ustawy zapisów o telepracy. Są to bowiem dwie różne formy świadczenia obowiązków pracowniczych i absolutnie nie należy ich ze sobą łączyć. Regulacja, a także przesłanki warunkujące wykonywanie pracy zdalnej dotyczą jedynie wyjątkowych sytuacji i nie powinny być stosowane w zwykłych okolicznościach, gdzie praca w rozumieniu przepisów kodeksu pracy może być wykonywana¹⁴. Nie można zapominać, że Kodeks pracy przewiduje wykonywanie telepracy, a nowe przepisy, które mają ją zastąpić, absolutnie nie wykazują żadnych zmian, które miałyby te dwie formy od siebie odróżnić. Wręcz przeciwnie – proponowane zmiany tak naprawdę opierają się wyłącznie na zmianie nazewnictwa oraz częściowym

¹² J. Koc, *Praca zdalna po nowemu. Mamy projekt zmian w Kodeksie pracy*, pulsHR.pl, 23.09.2020, <https://www.pulshr.pl/prawo-pracy/praca-zdalna-po-nowemu-mamy-projekt-zmian-w-kodeksie-pracy,76598.html> [dostęp: 25.10.2020].

¹³ Art. 207 i nast., Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r., *op. cit.*; J. Koc, *op. cit.*

¹⁴ Zob. zdanie analogiczne prof. Arkadiusza Sobczyka, radcy prawnego i partnera zarządzającego w kancelarii A. Sobczyk i Współpracownicy w: *Praca zdalna czy też hybrydowa*, 4.09.2020, KS Service, <https://ksservice.pl/blog/rynek-pracy/praca-zdalna-czy-tez-hybrydowa/> [dostęp: 25.10.2020].

uporządkowaniu obowiązków i w zasadzie nakładają na pracownika jeszcze większą odpowiedzialność niż obecnie.

Dobrym posunięciem nie jest również przeniesienie obecnych uregulowań z ustawy covidowej w niezmienionej formie do Kodeksu pracy. Wątpliwości pojawiają się nie tylko w zakresie stałości pracy zdalnej, ale także branż, które miałyby zostać objęte obowiązkiem takiej pracy w przypadku spełnienia dwóch przesłanek z nowelizacji. Poza branżą budowlaną, która w projekcie została całkowicie wykluczona ze stosowania tej formy świadczenia pracy, istnieje szereg innych sektorów, których nie wymieniono, a które nie będą w stanie świadczyć swoich usług zdalnie. Ponadto jeżeli uznamy, że praca zdalna ma dotyczyć każdego pracownika, który ustawowo może w ten sposób wykonywać swoje obowiązki, pojawia się pytanie, w jaki sposób mają zostać potraktowani ci, którzy wykonują pracę przemieszczając się, np. pracownicy mobilni, telemarketerzy, kierowcy. Nie świadczą oni pracy w siedzibie pracodawcy, nie są również w rozumieniu przepisów telepracownikami. Wprowadzenie stałej regulacji dotyczącej możliwości wykonywania pracy zdalnej również przez takich pracowników, będzie wiązało się ze sporą reorganizacją, co uderzy wyłącznie w pracodawców i przyniesie ogromne koszty, na które wiele firm w obecnej sytuacji nie będzie mogło sobie pozwolić. Analogicznie wątpliwości pojawiają się również odnośnie pracowników delegowanych np. do pracy za granicą – pod jakie ustawodawstwo będzie wówczas podlegał pracownik?

Odwzorowanie zapisów specustawy covidowej w Kodeksie pracy w praktyce będzie oznaczało szereg wątpliwości i liczne błędy interpretacyjne. Możliwość wdrożenia pracy zdalnej powinna być ograniczona czasowo i stosowana wyłącznie w określonych i nieprzewidzianych warunkach. Stałe wykonywanie pracy zdalnej, w oparciu o proponowane przepisy, praktycznie narusza zasadę wolności pracy, a także uniemożliwia pracownikowi kontakt zarówno z zakładem pracy, jak i współpracownikami. Wątpliwości budzi również aspekt stosowania przepisów BHP oraz regulacje dotyczące ewentualnych wypadków w miejscu pracy, czyli w domu. Długotrwałe przebywanie osób trzecich w miejscu określanym jako „mieszkanie” lub „dom”, znacznie narusza konstytucyjne prawo do własności i praktycznie powoduje jej ograniczenie w określonym czasie¹⁵. Analogicznie problem pojawia się w przypadku

¹⁵ Art. ust. 1, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 Nr 78, poz. 483; zob. szerzej P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, red. nauk. P. Tuleja, Wolters Kluwer, Warszawa 2019; G. Rudnicki, J. Rudnicka, S. Rudnicki,

oświadczenia pracownika o jego wiedzy na temat prywatnych warunków pracy, oceny sprzętu czy też innych potrzeb. W momencie przejścia na system pracy zdalnej może on nie posiadać wiedzy na temat danych technicznych swojego sprzętu, parametrów, jakości czy też wymogów producenta. W jaki zatem sposób ma dać gwarancje, że jego sprzęt jest sprawny i gotowy do wykonania zadań związanych z pracą, jeśli taką gwarancję może zapewnić jedynie osoba posiadająca odpowiednie kwalifikacje zawodowe¹⁶. Dopuszczalne jednak jest wprowadzenie zapisów o pracy zdalnej przy pozostawieniu istniejących zapisów telepracy, jako pracy okazjonalnej, np. na wniosek pracownika, która mogłaby być świadczona w określonym przez ustawodawcę czasie, np. w oparciu o system zmianowy. Należy przypomnieć, że taki pomysł był już procedowany w 2018 r. przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Pracy. Projekt zakładał wdrożenie pracy zdalnej jako okazjonalnej, świadczonej nie częściej niż jeden dzień w tygodniu w okresie rozliczeniowym¹⁷.

Podsumowanie

W ocenie autorki wdrożenie do Kodeksu pracy zapisów o pracy zdalnej, wykonywanej okazjonalnie to dobre rozwiązanie, które z jednej strony nie spowoduje nadmiernego obarczenia pracodawcy nowymi obowiązkami i nie spowoduje konieczności sporządzania dodatkowych aneksów do umów. Z drugiej strony pozostawi również zapis o telepracy w oparciu o istniejące już przepisy, dając pracodawcy i zatrudnionym wyraźne rozgraniczenie świadczenia obowiązków w oparciu o te dwa rodzaje pracy. Pozwoli to zminimalizować lub ograniczyć powielane obecnie błędne przekonania o wzajemności pracy zdalnej i telepracy, a także wprowadzi do obrotu prawnego definicje legalną pracy zdalnej, jako pracy ograniczonej czasowo i stosowanej w wyjątkowych okolicznościach.

Z praktycznego punktu widzenia wprowadzenie nowych przepisów ma zminimalizować kwestie organizacyjne, a nie je nawarstwiać. Zaproponowane przez Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej zmiany w praktyce mogą

Kodeks cywilny, t. II: *Własność i inne prawa rzeczowe, komentarz*, red. nauk. J. Gudowski, wyd. 2, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2006.

¹⁶ E. Guza, *Praca zdalna czy hybrydowa? Wykonywanie obowiązków poza firmą ma być uregulowane na stałe*, 2.09.2020, „Dziennik. Gazeta Prawna”, <https://serwisy.gazetaprawna.pl/praca-i-kariera/artykuly/1489827,praca-zdalna-hybrydowa-zmiany-w-kodeksie-pracy-specustawa-c-ovidowa.html> [dostęp: 25.10.2020].

¹⁷ Tekst projektu Kodeksu pracy i projektu Kodeksu zbiorowego prawa pracy opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Pracy, Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej, Biuletyn Informacji Publicznej, gov.pl, <https://www.gov.pl/web/rodzina/bip-teksty-projektu-kodeksu-pracy-i-projektu-kodeksu-zbiorowego-prawa-pracy-opracowane-przez-komisje-kodyfikacyjna-prawa-pracy> [dostęp: 25.10.2020].

się nie sprawdzić i spowodować szereg nieprawidłowości, za które odpowiedzialność będzie ponosić wyłącznie pracownik, począwszy od problemów organizacyjnych, a skończywszy na braku usystematyzowania chociażby kwestii ponoszenia kosztów za eksploatację środków służących do wykonywania pracy w formie zdalnej. Nie należy zapominać również, że taki system pracy będzie rodził poważne problemy w przypadku braku wykonywania obowiązków pracowniczych lub ich nienależytego wykonania, co może prowadzić do problemów natury prawnej przy wypowiedzeniu stosunku pracy oraz dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przed sądami.

Bibliografia

- Art. 18 RadPrU red. Scheffler 2018, wyd. 1/Okoń.
- Baran Krzysztof W., Barański M., Bigaj W., Borski M., Florczak I., Jaworska K., Książek D., Księżyk K., Lekston M., Piszczek A., Przybyłowicz A., Rogacka-Łukasik A., Sierocka I., Stefański K., Witoszko W., Żołyński J., *Komentarz do niektórych przepisów ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych*, [w:] *Tarcza antykryzysowa 1.0–3.0. Szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, red. nauk. K.W. Baran, LEX 2020.
- Bednarska A., *Ogólne zasady wykonywania pracy zdalnej – omówienie praktyczne*, Gorazda, Świstun, Wątroba i partnerzy. Adwokaci i Radcowie prawni, 15.04.2020, <https://gsw.com.pl/publikacje/covid-19/ogolne-zasady-wykonywania-pracy-zdalnej-omowienie-praktyczne> [dostęp: 25.10.2020].
- Brzostowski W.K. i in., *Regulacje COVID-19 w prawie pracy*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Czarny P., Florczak-Wątor M., Naleziński B., Radziejewicz P., Tuleja P., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. nauk. P. Tuleja, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Guza Ł., *Praca zdalna czy hybrydowa? Wykonywanie obowiązków poza firmą ma być uregulowane na stałe*, 2.09.2020, „Dziennik. Gazeta Prawna”, <https://serwisy.gazeta-prawna.pl/praca-i-kariera/artykuly/1489827,praca-zdalna-hybridowa-zmiany-w-kodeksie-pracy-specustawa-covidowa.html> [dostęp: 25.10.2020].
- Karwatowicz G., *Komentarz do ustawy o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r.*, Presscom, Wrocław [cop. 2020].
- Koc J., *Praca zdalna po nowemu. Mamy projekt zmian w Kodeksie pracy*, pulsHR.pl, 23.09.2020, <https://www.pulshr.pl/prawo-pracy/praca-zdalna-po-nowemu-mamy-projekt-zmian-w-kodeksie-pracy,76598.html> [dostęp: 25.10.2020].
- Komentarz/ Art. 18 RadPrU red. Scheffler 2018, wyd. 1/Oko, Legalis 2020.
- Komentarz/ Art. 675 KP red. Sobczyk 2020, wyd. 5/Sobczyk/Legalis 2020.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum

- konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997 Nr 78, poz. 483.
- Leśniak G.J., *Jest projektu uregulowania pracy zdalnej, ale nie jej czasu*, Prawo.pl, 23.09.2020, <https://www.prawo.pl/kadry/projekt-zmian-w-kodeksie-pracy-dotyczacy-pracy-zdalnej-jakie,503286.html> [dostęp: 25.10.2020].
- Praca zdalna czy też hybrydowa*, 4.09.2020, KS Service, <https://ksservice.pl/blog/rynek-pracy/praca-zdalna-czy-tez-hybrydowa/> [dostęp: 25.10.2020].
- Rudnicki G., Rudnicka J., Rudnicki S., *Kodeks cywilny*, t. II: *Własność i inne prawa rzeczowe, komentarz*, red. nauk. J. Gudowski, wyd. 2, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016.
- Rzetecka-Gil A., *Ustawa o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.
- Sobczyk A., *Telepraca w prawie polskim*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa [cop. 2009].
- Teksty projektu Kodeksu pracy i projektu Kodeksu zbiorowego prawa pracy opracowane przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Pracy, Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej, Biuletyn Informacji Publicznej, gov.pl, <https://www.gov.pl/web/rodzina/bip-teksty-projektu-kodeksu-pracy-i-projektu-kodeksu-zbiorowego-prawa-pracy-opracowane-przez-komisje-kodyfikacyjna-prawa-pracy> [dostęp: 25.10.2020].
- Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 1974 Nr 24, poz. 141.
- Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, Dz.U. z 2020 poz. 75.
- Ustawa z dnia 25 czerwca 1999r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa, Dz.U z 2005 Nr 31, poz. 267 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Dz.U. z 2002 Nr 144, poz. 1204.

Abstract

Remote work in the context of the proposed changes in the Labor Code

The aim of the article is to present problems related to the performance of from work duties in a hybrid and remote form, introduced on the basis of the current the Covid-19 pandemic, as well as discussing the concept amending the law.

Key words: covid-19, labor law, amendment, remote work, pandemic, concept content

Streszczenie

Praca zdalna w kontekście proponowanych zmian w Kodeksie pracy

Celem artykułu jest przedstawienie problemów dotyczących wykonywania obowiązków pracowniczych w formie hybrydowej oraz zdalnej, wprowadzonej na gruncie panującej obecnie pandemii Covid-19, a także omówienie koncepcji nowelizacji przepisów prawa pracy.

Słowa kluczowe: covid-19, prawo pracy, nowelizacja, praca zdalna, pandemia, koncepcja

GLOS Y

GLOSSES

Magdalena Balczyk

dr hab., prof. KA AFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0002-7923-4007

mbalczyk@afm.edu.pl

Glosa do wyroku FTK z 5 maja 2020 r. w sprawie obligacji EBC¹

Wprowadzenie

Akty prawa UE, mające na celu likwidację kryzysu finansowego w niektórych państwach członkowskich, są od prawie dziesięciu lat przedmiotem intensywnej kontroli konstytucyjnoprawnej Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN (dalej: FTK)². Należą do nich również decyzje Rady Europejskiego Banku Centralnego (dalej: EBC), dotyczące programu zakupu obligacji państwowych, które stały się przedmiotem 4 skarg konstytucyjnych wniesionych w 2015 r. W związku z tymi skargami w lipcu 2017 r. FTK skierował po raz drugi w historii członkostwa RFN we Wspólnotach Europejskich i Unii Europejskiej pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej: TS UE) w przedmiotowej sprawie³. W grudniu 2018 r. TS UE wydał wyrok⁴, w którym po raz kolejny nie uwzględnił interpretacji FTK odnoszącej się do aktów prawa UE⁵. TS UE orzekł, że „nie stwierdzono niczego, co podważałoby ważność decyzji Europejskiego Banku Centralnego (UE) 2015/774 z dnia 4 marca 2015 r. w sprawie programu zakupu aktywów sektora publicznego

¹ Tekst powstał w ramach badań dofinansowanych ze środków przeznaczonych na działalność statutową Wydziału Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, projekt badawczy nr WPAiSM/DS/9/2018-2KON

² M. Balczyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej*, WUWr, Wrocław 2017, s. 335 i n.

³ Pierwsze postanowienie FTK z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13 i 2 BvE 13/13, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs2016062.1.2bvr272813.

⁴ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 11 grudnia 2018 r., sygn. akt C-493/17, *Weiss i in.*, EU:C:2018:1000.

⁵ Pierwszy wyrok TS UE, wydany na skutek pytania prejudycjalnego FTK z dnia 16 czerwca 2015 r. w sprawie C-62/14, *P. Gauweiler i inni przeciwko Bundestagowi*, ECLI:EU:C:2015:400.

na rynkach wtórnych, zmienionej decyzją Europejskiego Banku Centralnego (UE) 2017/100 z dnia 11 stycznia 2017 r.”. Po raz drugi więc doszło do konfliktu między FTK a TS UE, tym razem nie został on jednak złagodzony przez niemiecki sąd konstytucyjny.

W dniu 5 maja 2020 r. FTK wydał istotny z punktu widzenia kierunku dalszego rozwoju integracji europejskiej wyrok⁶. W swoim orzeczeniu nie zastosował bowiem wykładni decyzji Rady EBC, dokonanej przez TS UE w wyroku z grudnia 2018 r., stwierdził natomiast naruszenie przez Radę EBC zasady proporcjonalności, a także naruszenie zasady kompetencji powierzonych przez obie instytucje, tj. przez Radę EBC i TS UE, a ich akty zakwalifikował jako akty wydane z przekroczeniem kompetencji – tzw. akty *ultra vires*. Jednocześnie FTK zobowiązał niemieckie organy władzy państwowej, w tym Bundesbank, by kontrolowały przestrzeganie przez instytucje unijne programu integracyjnego zawartego w traktatach unijnych i nie uczestniczyły w dalszej realizacji programu zakupu obligacji państwowych, jeśli będą one naruszały granice wyznaczone w traktacie. Organy władzy państwowej zostały zobowiązane do dokonywania analizy ewentualnych dalszych programów pod kątem ich zgodności z warunkami ustalonymi w orzecznictwie FTK. W tym kontekście wyrok FTK z 5 maja 2020 r. posiada także istotne znaczenie dla finansowania programów pomocy w związku z kryzysem spowodowanym pandemią COVID-19.

W omawianym orzeczeniu FTK zaktywizował większość wytworzonych od lat 70. XX w. zasad i instytucji konstytucyjnoprawnych, mających na celu ochronę nadrzędności Ustawy Zasadniczej RFN⁷ (dalej: UZ RFN) w procesie integracji europejskiej, a tym samym zachowanie pozycji samego FTK jako „sądu ostatniego słowa”⁸. Do wspomnianych ograniczeń konstytucyjnoprawnych członkostwa RFN w UE należą m.in.: zasada poszanowania tożsamości konstytucyjnej, doktryna państw członkowskich jako „panów traktatów” oraz definiowanie UE jako połączenia państwa, a od wyroku FTK w sprawie Traktatu z Maastricht zasada demokracji rozumiana jako ochrona suwerenności narodu niemieckiego i prawa do podejmowania przez naród decyzji kluczowych dla funkcjonowania państwa. Należy podkreślić, że w tym wyroku FTK po raz pierwszy w sposób wyraźny sformułował zasadę

⁶ Wyrok FTK z dnia 5 maja 2020 r., sygn. akt 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.

⁷ Ustawa Zasadnicza RFN z 23 maja 1949 r., niem. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, BGBl. 1949, s. 1, ostatnio zmieniona przez art. 1 ustawy z dnia 29 września 2020 r. listopada 2019 r., BGBl. I, s. 2048.

⁸ Por. obiektywny komentarz do wyroku: A. Nußberger, *Die Crux des letzten Wortes Basta? Gerichte haben eine dienende Funktion*, „Frankfurter Allgemeine Zeitung”, 20.05.2020, <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gerichte-die-crux-des-letzten-wortes-16777590.html> [dostęp: 2.12.2020].

pierwszeństwa konstytucji wobec prawa UE (niem. *Vorrang der Verfassung*), bazującą na art. 20 ust. 3 niemieckiej Ustawy Zasadniczej⁹.

Zasada tożsamości konstytucyjnej (niem. *Verfassungsidentität*) została wprowadzona jako ograniczenie dla członkostwa RFN we Wspólnotach Europejskich już na początku lat 70. XX w. w postanowieniu *Solange I*¹⁰. FTK stwierdził wówczas, że niedopuszczalna jest taka zmiana Traktatu o EWG, a także przepisów prawa pochodnego WE, która podważałaby tożsamość obowiązującej w RFN Konstytucji (niem. *Identität der geltenden Verfassung*) poprzez naruszenie jej fundamentalnych struktur (niem. *die sie konstituierenden Strukturen*). FTK oparł się na tzw. klauzuli wieczystej z art. 79 ust. 3 UZ RFN¹¹, który określa zasady konstytucyjne RFN niepodlegające zmianom.

Przepis ten w zamyśle twórców UZ RFN miał służyć jako zaporą wobec jakichkolwiek wewnątrz krajowych prób zmian w ustroju RFN o charakterze niedemokratycznym¹², ale w interpretacji FTK stał się konstytucyjnoprawnym instrumentem ograniczania członkostwa RFN w integracji europejskiej. W wyniku orzecznictwa FTK z lat 70. i 80. XX w. powyższa konstrukcja, tj. powiązanie procesu integracji z bezwzględną ochroną niezmiennych zasad konstytucyjnych, została w 1992 r. wpisana do klauzuli integracyjnej w UZ RFN. Art. 23 ust. 1 UZ¹³, stanowiący obecnie podstawę prawną dla członkostwa RFN w UE, wprost odwołuje się do art. 79 ust. 3 UZ RFN.

⁹ Wyrok FTK z 5 maja 2020 r., teza 105.

¹⁰ Postanowienie FTK z 29 maja 1974 r., 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, s. 271; M. Balczyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny...*, op. cit., s. 471.

¹¹ Art. 79 UZ RFN (3) Zmiana Ustawy Zasadniczej, poprzez którą zostanie naruszony podział Federacji na kraje związkowe oraz zasadniczy współdziałanie krajów związkowych we władzy ustawodawczej albo zostaną naruszone zasady zawarte w art. 1 i 20, jest niedopuszczalna; Art. 1 UZ RFN (1) Godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem całej władzy państwowej. [...]; Art. 20 UZ RFN (1) Republika Federalna Niemiec jest demokratycznym i socjalnym państwem federalnym. (2) Wszelka władza państwowa pochodzi od narodu. Naród sprawuje ją poprzez wybory i głosowania oraz przez specjalne organy władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. (3) Władza ustawodawcza związana jest porządkiem konstytucyjnym, a władza wykonawcza i sądownicza ustawami i prawem. (4) Wobec każdego, kto usiłuje obalić ten porządek, wszystkim Niemcom przysługuje prawo do oporu, jeżeli inny sposób przeciwdziałania nie jest możliwy [tłum. – M.B.].

¹² H. Dreier, *GG Art. 79 Abs. 3 [Änderung des Grundgesetzes]*, [w:] *idem, Grundgesetz-Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, nb. 4–8.

¹³ Art. 23 UZ (1) W celu urzeczywistnienia zjednoczonej Europy Republika Federalna Niemiec współuczestniczy w rozwoju Unii Europejskiej, która związana jest zasadami demokracji, państwa prawnego, państwa socjalnego i federalizmu oraz zasadą subsydiarności, a także gwarantuje ochronę praw podstawowych porównywalną do ochrony gwarantowanej przez Ustawę Zasadniczą. Federacja może w tym celu mocą ustawy, uchwalonej za zgodą Bundesratu, przenieść prawa władcze. Do utworzenia Unii Europejskiej, jak również do zmian jej podstaw traktatowych i porównywalnych regulacji, w wyniku których Ustawa Zasadnicza zostaje zmieniona lub uzupełniona lub takie zmiany lub uzupełnienia stają się możliwe, stosuje się artykuł 79 ust. 2 i 3.

Obok zasady poszanowania tożsamości konstytucyjnej należy wskazać tradycyjne, tj. zgodne z prawem międzynarodowym definiowanie przez FTK roli państw członkowskich i UE. Doktryna „panów traktatów” (niem. *Herren der Verträge*) oraz UE jako połączenia państw członkowskich (niem. *Staatenverbund*) opiera się na założeniu, że to państwa pozostają pierwotnym podmiotem integracji, decydującym o celach, kompetencjach i instytucjach UE, a UE jako organizacja międzynarodowa jest podmiotem wtórnym, zależnym od państw członkowskich, i nie dysponuje własną suwerenną władzą. W związku z uznaniem, że pierwotnym podmiotem integracji jest państwo, a organizacja międzynarodowa – również o charakterze ponadnarodowym – działa na podstawie umowy międzynarodowej podpisanej przez państwa członkowskie, FTK RFN podkreśla znaczenie unijnej zasady kompetencji powierzonych (art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 1 i 2 TUE oraz art. 3-6 TFUE¹⁴). W świetle art. 23 ust. 1 UZ każde powierzenie UE wyraźnie określonych kompetencji władczych przez RFN wymaga kwalifikowanej zgody Bundestagu i Bundesratu, wyrażonej w ustawie. W przypadku przekroczenia przez UE zakresu powierzonych kompetencji tzw. akt instytucji UE o charakterze *ultra vires* nie jest skuteczny w niemieckim porządku prawnym¹⁵.

Powyżej zaznaczone elementy doktryny orzeczniczej zostały powiązane z zasadą demokracji, stanowiącą element tożsamości konstytucyjnej RFN. Zgodnie z tą zasadą parlament krajowy musi zachować kontrolę nad procesem integracji (art. 20 ust. 2 UZ RFN w związku z art. 38 ust. 1 UZ RFN)¹⁶.

W sposób lapidarny doktrynę orzeczniczą FTK podsumował sędzia tego trybunału P. M. Huber, komentując wyrok z 5 maja 2020 r.:

UE nie jest państwem federalnym, które własną mocą może nadać autonomiczny porządek prawny obowiązujący bezwarunkowo w państwach członkowskich. Jest organizacją ponadnarodową, z co prawda rozbudowanym i zączębiającym się na wielu poziomach porządkiem prawnym. Jej podstawą są jednak traktaty międzynarodowe, które mogą zwierać państwa członkowskie tylko w ramach swoich przepisów konstytucyjnoprawnych. Przewiduje to wyraźnie Art. 23 Ustawy Zasadniczej RFN.

¹⁴ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016), Dz. Urz. UE z 7.6.2016 r., C nr 202.

¹⁵ F. Wollenschläger, *Art. 23 GG [Europäische Union]*, [w:] H. Dreier, *Grundgesetz-Kommentar...*, *op. cit.*, nb. 175–177.

¹⁶ M. Bainczyk, *Zasada demokracji jako źródło warunków uczestnictwa Republiki Federalnej Niemiec w UE – wyrok niemieckiego Bundesverfassungsgericht w sprawie Traktatu z Lizbony*, cz. 1, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 8, s. 33–38; *eadem*, *Zasada demokracji jako źródło warunków uczestnictwa Republiki Federalnej Niemiec w UE – wyrok niemieckiego Bundesverfassungsgericht w sprawie Traktatu z Lizbony*, cz. 2, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 9, s. 26–31.

[...] Europa jest połączeniem suwerennych narodów, które mogą nawet wystąpić, jeśli im ona już nie pasuje¹⁷.

Nad zachowaniem konstytucyjnoprawnych warunków uczestnictwa RFN w procesie integracji europejskiej czuwa FTK. Każde z kilkudziesięciu wydatych przez FTK do 5 maja 2020 r. orzeczeń, prócz orzeczenia w sprawie Solange I, było oparte na podobnym schemacie: „tak dla integracji europejskiej, ale przy zachowaniu warunków określonych przez FTK”¹⁸.

Omawiany wyrok FTK ma charakter o tyle przełomowy, że tym razem niemiecki trybunał konstytucyjny postawił *veto* zarówno decyzji EBC, jak i wyrokowi TS UE. Wydanie wyroku przez FTK mogło zostać do pewnego stopnia „sprowokowane” przez TS UE, który nie wykazał chęci współpracy z FTK i dwukrotnie uznał wszelkie wątpliwości FTK wobec aktów EBC za nieuzasadnione. Hipotezę tę potwierdza wypowiedź sędziego FTK Petera M. Hubera, komentującego przedmiotowy wyrok:

Problem polega na tym, iż TS UE w obu postępowaniach o wydanie orzeczenia prejudycjalnego odnoszącego się do ECB rzeczywiście nas nie wysłuchał. W moim wyobrażeniu o połączeniu sądów traktujemy się nawzajem poważnie i postrzegamy się jako gracze tego samego poziomu. [...] Wydaje się, że sędziowie w Luksemburgu nie zdają sobie właściwie sprawy, jak wiele negatywnych uczuć panuje w Europie, nie tylko pomiędzy sądami konstytucyjnymi. Kiedy jeden sąd konstytucyjny z ośmioma sędziami męczy się dwa lata, zanim rozpocznie postępowanie o wydanie orzeczenia prejudycjalnego, powinno ono mieć zupełnie inny ciężar niż pytanie skierowane przez jakiś sąd rejonowy¹⁹.

Treść wyroku i najważniejsze tez (urzędowe) uzasadnienia wyroku FTK

FTK uznał skargi konstytucyjne trzech skarżących na naruszenie ich prawa do wyboru Bundestagu z art. 38 ust. 1 w związku z zasadą demokracji z art. 20 ust. 1 UZ oraz klauzulą uznającą tę zasadę za niezmienną w obowiązującym porządku konstytucyjnym za uzasadnione. Naruszenie wyżej wymienionego prawa nastąpiło poprzez zaniechanie przez rząd federalny i Bundestag podjęcia kroków przeciwko przekroczeniu przez EBC kompetencji w zakresie polityki pieniężnej w ramach programu PSPP [ang. Secondary Markets Public Sector Asset Purchase Program] oraz przeciwko naruszeniu kompetencji

¹⁷ Wypowiedź sędziego FTK Petera M. Hubera z dnia 12 maja 2020 r. w „Süddeutsche Zeitung”, <https://www.sueddeutsche.de/politik/ezb-urteil-bundesverfassungsgericht-anleihenkaeufepeter-michael-huber-1.4905311?reduced=true> [dostęp: 2.12.2020].

¹⁸ M. Balczyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny...*, op. cit., s. 467 i n.

¹⁹ Wypowiedź sędziego FTK Petera M. Hubera z dnia 12 maja 2020 r. w „Süddeutsche Zeitung”, <https://www.sueddeutsche.de/politik/ezb-urteil-bundesverfassungsgericht-anleihenkaeufepeter-michael-huber-1.4905311?reduced=true> [dostęp: 2.12.2020].

państw członkowskich w zakresie zarządzania gospodarką. Kwalifikowane, ponieważ oczywiste i strukturalnie istotne przekroczenie kompetencji EBC (wymienionych w art. 119, 127 nn. TFUE oraz w art. 17 statutu EBC) polegało na tym, że nie dokonał on analizy ani też nie udowodnił, iż przyjęte środki odpowiadają zasadzie proporcjonalności. Twierdzeniu temu nie stoi na przeszkodzie wyrok TS UE z 11.04.2018 r., który w zakresie oceny środków EBC jest dla FTK wydany z naruszeniem zasady kompetencji przekazanych, a więc stanowi akt *ultra vires*.

Rząd federalny i Bundestag zostały zobowiązane w ramach odpowiedzialności integracyjnej do podjęcia odpowiednich kroków mających na celu zachowanie programu integracyjnego, ustalonego w traktatach. Ponadto organy te mają obowiązek kontroli dalszych środków przyjmowanych w celu realizacji PSPP po to, by przeciwdziałać powstaniu ryzyka dla zachowania programu integracyjnego i/albo całościowej odpowiedzialności Bundestagu za budżet. Bundestag nie może zasadniczo brać udziału w implementacji i wykonaniu decyzji 2015/774 oraz w podejmowaniu dalszych decyzji ją zmieniających po upływie okresu przejściowego co najwyżej trzech miesięcy, który jest przewidziany na podjęcie koniecznych ustaleń w ramach ESBC, chyba że Rada EBC w nowej decyzji przekonywająco dowiedzie, że zamierzone cele PSPP w ramach polityki pieniężnej są proporcjonalne do skutków gospodarczych i fiskalnych tego programu.

Przedmiotowy wyrok został opublikowany w języku niemieckim. FTK dokonuje również tłumaczenia najważniejszych orzeczeń, przede wszystkim tych dotyczących prawa UE, na język angielski²⁰. Ze względu na specyfikę niemieckiego języka prawniczego, w szczególności z zakresu prawa konstytucyjnego, warto dokonać przekładu najważniejszych elementów wyroku na język polski. W niemieckim prawie publicznym następuje bowiem bardzo mocne powiązanie rozbudowanego uzasadnienia filozoficzno-prawnego z językiem prawnym i prawniczym.

FTK posługuje się bogatą terminologią, która przenika zarówno do orzecznictwa sądów konstytucyjnych innych państw członkowskich, jak i orzecznictwa TS UE. Przykładem pojęć podlegających migracji są: wspomniana tożsamość konstytucyjna, prawa podstawowe (niem. *Grundrechte*) czy akty *ultra-vires*. Należy nadmienić, że pojęcie tożsamości konstytucyjnej na trwałe weszło do prawa UE²¹ oraz prawa konstytucyjnego państw europejskich.

²⁰ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 – 2 BvR 859/15 –, paras. 1–237, http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html [dostęp: 2.12.2020].

²¹ C. Franzisius, *EUV Art. 4 [Föderative Grundsätze]*, [w:] M. Pechstein, C. Nowak, U. Häde, *Frankfurter Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, nb. 24.

Polski Trybunał Konstytucyjny stosuje zarówno pojęcia aktów *ultra vires*²², jak i zasady poszanowania tożsamości konstytucyjnej²³.

Ponadto należy zwrócić uwagę na typowe dla orzecznictwa FTK w sprawach unijnych pojęcia i zasady, tworzące rozbudowany system ograniczeń konstytucyjnoprawnych dla integracji RFN w UE. Należy do nich np. pojęcie programu integracyjnego (niem. *Integrationsprogramm*), które oznacza ograniczony zakres kompetencji powierzonych UE przez RFN, na podstawie i w granicach wyznaczonych przez art. 23 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN. Kolejnym pojęciem ważnym dla doktryny orzeczniczej FTK jest odpowiedzialność integracyjna (niem. *Integrationsverantwortung*) konstytucyjnych organów władzy, która wiąże się zresztą z programem integracyjnym. Organy te mają bowiem obowiązek czuwania nad zachowaniem programu integracyjnego, co oznacza m.in. obowiązek nieuczestniczenia w podejmowaniu aktów unijnych, które wykraczałyby poza ów program integracyjny – tzw. akty *ultra vires*, a także niestosowania tego typu aktów unijnych w zakresie władztwa terytorialnego RFN.

Poniżej dokonano tłumaczenia na język polski urzędowych tez do wyroku. Są to tezy wskazane przez skład orzekający jako najważniejsze tezy uzasadnienia. Takie rozwiązanie jest niezwykle praktyczne dla czytelnika, bowiem uzasadnienia orzeczeń FTK to najczęściej mini traktaty filozoficzno-prawne. Uzasadnienie do omawianego wyroku nie należy do bardzo rozbudowanych w porównaniu np. z uzasadnieniem wyroku FTK w sprawie Traktatu z Lizbony²⁴, ale i tak obejmuje 100 stron, w związku z czym urzędowe tezy uzasadnienia są również odpowiednio obszerne.

*Tezy urzędowe do wyroku Drugiego Senatu z 5 maja 2020 r.*²⁵

1. Jeśli w ramach kontroli *ultra-vires* oraz zachowania tożsamości konstytucyjnej pojawi się pytanie o obowiązywanie lub wykładnię środków podjętych przez organy, jednostki organizacyjne lub pozostałe agendy Unii Europejskiej, Federalny Trybunał Konstytucyjny w ramach swojej kontroli uwzględni

²² K. Wójtowicz, *Kontrola konstytucyjności aktów Unii Europejskiej podjętych ultra vires – między pryncypiami a lojalną współpracą*, [w:] *W służbie dobru wspólmemu*, red. R. Balicki, M. Masternak-Kubiak, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012, s. 518; M. Balczyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny...*, *op. cit.*, s. 219.

²³ M. Granat, K. Granat, *The Constitution of Poland. A Contextual Analysis*, Hart, Oxford 2019, s. 239–240.

²⁴ Wyrok FTK z 30 czerwca 2009 r., sygn. akt 2 BvE 2/08, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208.

²⁵ Tłumaczenie – M.B.

treść oraz ocenę tych środków, nadaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

2. Powiązane z powierzeniem kompetencji z art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE zlecenie wykonywania władzy sądowniczej przez Trybunał Sprawiedliwości UE kończy się tam, gdzie wykładnia traktatów nie jest zrozumiała i dlatego pozostaje obiektywnie samowolna. Jeśli Trybunał Sprawiedliwości przekracza tę granicę, jego działanie nie mieści się już w ramach mandatu z art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE w związku z ustawą wyrażającą zgodę na ratyfikację traktatu, tak więc jego orzeczenie (w każdym razie w odniesieniu do Niemiec) nie będzie obowiązywało, zgodnie bowiem z art. 23 ust. 1 zd. 2 w związku z art. 20 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 79 ust. 3 UZ brakuje niezbędnego minimum legitymacji demokratycznej.

3. W przypadku naruszenia podstawowych interesów państw członkowskich, jak to ma z reguły miejsce przy wykładni kompetencji związkowej Unii Europejskiej oraz jej demokratycznie legitymowanego programu integracyjnego, kontrola sądowa nie może bezrefleksyjnie przejmować zakładanych zamiarów Europejskiego Banku Centralnego.

4. Połączenie szerokiego zakresu swobodnego uznania działającego organu z ograniczeniem kryteriów kontroli sądowej wykonywanej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie odpowiada w sposób oczywisty zasadzie kompetencji powierzonych i otwiera drogę dla postępującej erozji kompetencji państw członkowskich.

5. Poszanowanie podstaw kompetencyjnych Unii Europejskiej ma decydujące znaczenie dla zagwarantowania zasady demokracji. Finalność programu integracyjnego nie może prowadzić do tego, że zasada kompetencji powierzonych, jako zasada Unii Europejskiej o znaczeniu fundamentalnym, zostanie faktycznie pozbawiona jakiegokolwiek mocy.

6. a) Zasada proporcjonalności przy rozgraniczeniu kompetencji pomiędzy Unią Europejską a państwami członkowskimi i powiązane z nim całościowe rozważenie ocenne posiadają istotne znaczenie dla zasady demokracji i suwerenności Narodu. Jej zlekceważenie może doprowadzić do przesunięć w kompetencyjnych podstawach Unii Europejskiej oraz do obejścia zasady kompetencji powierzonych.

b) Proporcjonalność programu zakupu obligacji państwowych wymaga, obok jego niezbędności i przydatności do osiągnięcia zamierzonego celu, by został wskazany cel w ramach polityki pieniężnej oraz jego skutki gospodarczo-polityczne, a także by zostały one zanalizowane i wzajemnie wyważone. Bezwarunkowa realizacja celu z zakresu polityki pieniężnej, przy jednoczesnym pominięciu skutków gospodarczo-politycznych związanych

z programem, narusza w sposób oczywisty zasadę proporcjonalności z art. 5 ust. 2 zd. 2 i ust. 4 TUE.

c) To, że Europejski System Banków Centralnych nie może prowadzić polityki gospodarczej i społecznej, nie wyklucza, by w świetle art. 5 ust. 1 zd. 1 i 4 TUE uwzględniał skutki, jakie program zakupu obligacji państwowych wywołuje w odniesieniu do zadłużenia państwa, zaopatrzenia emerytalnego, oszczędności, cen nieruchomości i przetrwania przedsiębiorstw gospodarczo niewydolnych, oraz by skutki te – w ramach całościowego rozważenia ocennego – odniósł do zamierzonego i osiągalnego celu z zakresu polityki pieniężnej.

7. Czy program taki jak PSPP stanowi oczywiste obejście art. 123 ust. 1 TFUE, można zdecydować nie na podstawie spełnienia jednego kryterium, ale na podstawie całościowego rozważenia o charakterze ocennym. Przed wszystkim górna granica zakupu w wysokości 33% (zgodnie z kluczem kapitałowym Europejskiego Banku Centralnego) może zapobiec temu, by w ramach PSPP były podejmowane selektywne środki na korzyść pojedynczych państw członkowskich i by Eurosystem stał się wierzycielem większościowym jednego państwa członkowskiego.

8. (Następcza) zmiana rozłożenia ryzyka dla nabytych w ramach PSPP obligacji państwowych naruszyłaby granice całościowej odpowiedzialności budżetowej Bundestagu i byłaby niezgodna z art. 79 ust. 3 UZ. Stanowiłaby zabronione w Ustawie Zasadniczej przejście odpowiedzialności za decyzje podmiotów trzecich o trudnych do oszacowania skutkach.

9. Rząd federalny i Bundestag są na podstawie ich odpowiedzialności integracyjnej zobowiązani do oddziaływania na kontrolę proporcjonalności przez Europejski Bank Centralny. [Organy te – M.B.] są zobowiązane wyrazić swój pogląd prawny w stosunku do Europejskiego Banku Centralnego lub na inne sposoby zadbać o przywrócenie stanu zgodnego z traktatami.

10. Organy konstytucyjne, organy administracji i sądy nie mogą współdziałać ani w tworzeniu, ani we wdrażaniu, realizacji, operacjonalizacji aktów *ultra-vires*. Odnosi się to zasadniczo także do Bundesbanku.

Aktywizacja instrumentów ochrony nadrzędności UZ RFN w procesie integracji europejskiej w wyroku FTK z 20.05.2020 r.

W świetle powyższego wyrok FTK w sprawie obligacji EBC jest tylko częściowo wyrokiem przełomowym czy rewolucyjnym. W rzeczywistości niemiecki FTK aktywizował jedynie instrumentarium, które wypracowywał w swoim orzecznictwie dotyczącym integracji europejskiej od lat 70. XX w. W wyroku FTK z 20.05.2020 r. zostały zastosowane wszystkie wymienione wyżej zasady

i instrumenty ochrony UZ RFN, przy czym zasadnicze znacznie miała zasada demokracji, zasada kompetencji powierzonych, doktryna *ultra vires* oraz zasada odpowiedzialności integracyjnej organów władzy państwowych.

Wyrok FTK został oparty na zasadzie demokracji, która od początku lat 90. XX w. jest stosowana jako główny instrument ograniczania udziału RFN w integracji europejskiej. FTK stwierdził, że prawo obywateli do wyboru Bundestagu z art. 38 ust. 1 zd. 1 UZ RFN nie wyczerpuje się jedynie w stworzeniu jednorazowo formalnej legitymacji dla uczestnictwa w procesie integracji europejskiej, ale stanowi również podstawę roszczenia każdego obywatela o ciągłą realizację samostanowienia narodu w ramach integracji europejskiej. Zasada demokracji chroni przed oczywistymi i mającymi znaczenie strukturalne przesunięciami kompetencyjnymi, które dokonywane są przez instytucje, organy i jednostki organizacyjnej UE, jak również przed naruszeniem przez takie akty granicy uczestnictwa RFN w UE, którą stanowią nienaruszalne w świetle art. 79 ust. 3 UZ RFN zasady konstytucyjne.

W związku z powyższym UZ nie upoważnia organów do przenoszenia kompetencji władczych, które pozwalałyby UE samoistnie ustanawiać dalej swoje kompetencje – w doktrynie mówi się o zakazie przenoszenia kompetencji do stanowienia swoich kompetencji (tzw. *Kompetenz-Kompetenz*)²⁶. Ponadto Bundestag musi zachować kompetencje o zasadniczym znaczeniu politycznym, w szczególności całościową odpowiedzialność za budżet, która nie może zostać przeniesiona na inny podmiot.

Osoby posiadające prawo wyborcze mają również roszczenie oparte na art. 38 ust. 1 UZ w stosunku do rządu federalnego, Bundestagu i Bundesratu, by organy te w ramach swojej odpowiedzialności integracyjnej kontrolowały zachowanie przez instytucje unijne programu integracyjnego przewidzianego przez traktaty. W przypadku przekroczenia granic tego programu, w szczególności w przypadku oczywistych i strukturalnie istotnych przesunięć kompetencyjnych, organy te nie mogą brać udziału w uchwaleniu i realizacji tego typu środków unijnych, co FTK wywodzi również z po raz pierwszy w tak wyraźny sposób wyrażonej zasady pierwszeństwa konstytucji (art. 20 ust. 2 UZ RFN).

Ponadto niemieckie organy konstytucyjne są zobowiązane do aktywnego działania w celu przywrócenia stanu zgodnego z konstytucyjnymi zasadami uczestnictwa RFN w integracji europejskiej. Sprawowanie wspomnianej powyżej odpowiedzialności integracyjnej w sposób szczególny odnosi się do działania organów unijnych posiadających słabą legitymację demokratyczną. Należy do nich Rada EBC.

²⁶ K. Graßhof, GG Art. 23 Europäische Union w: K, Graßhof, Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerfG [kommentierend] wyd. 211, Heidelberg 2020, nr 42.

Zachowanie tychże warunków podlega kontroli, czy akty prawa UE zostały wydane z naruszeniem kompetencji – tzw. kontrola *ultra vires*. Kontrola ta jest sprawowana przez FTK, ale powinna być skoordynowana z kompetencjami przekazanymi TS UE (art. 19 ust. 1 TUE i art. 267 TFUE) do wykładni traktatów oraz czuwania nad spójnością prawa UE. Jednak w przypadku, gdyby państwa członkowskie zrezygnowały całkowicie z kontroli *ultra vires*, wówczas kompetencje decyzyjne dotyczące traktatowych podstaw UE pozostawiono by wyłącznie instytucjom unijnym, także wówczas, gdy ich interpretacja prawa oznaczałaby zmianę traktatów lub rozszerzenie kompetencji. To, że w rzadkich przypadkach granicznych ewentualnego przekroczenia kompetencji przez instytucje unijne perspektywa konstytucyjnoprawna i unijnoprawna nie są w pełni zharmonizowane, wynika z faktu, iż państwa członkowskie, także po wejściu w życie Traktatu z Lizbony, pozostają „państwami traktatów”, a próg utworzenia europejskiego państwa federalnego nie został przekroczony. Powstałe na tym gruncie napięcia należy w sposób kooperacyjny łagodzić zgodnie z ideą integracji europejskiej i neutralizować poprzez wzajemny respekt, co wyróżnia UE jako powiązanie państw, konstytucji, administracji i sądownictwa. W tym przypadku FTK stosuje specyficzną dla niemieckiej doktryny prawnej definicję UE jako połączenia/powiązania państw (niem. Staatenverbund), które przeciwstawiane jest zarówno federacji, jak i konfederacji²⁷.

Kontrola *ultra vires* musi być przeprowadzana w sposób powściągliwy i przychylny wobec prawa unijnego, gdyż wykładnia i stosowanie prawa unijnego należą pierwotnie do TS UE. Jednakże oczywiste pominięcie przyjętej w europejskiej przestrzeni prawnej metody wykładni lub ogólnych, wspólnych dla porządków prawnych państw członkowskich zasad nie jest objęte mandatem art. 19 TUE²⁸. W ten sposób FTK zachowuje pozycję sądu ostatecznego słowa.

Podsumowanie

Wyrok FTK z 5 maja 2020 r. stanowi istotne wydarzenie o charakterze prawno-politycznym w polityce unijnej w 2020 r. Rok ten został bowiem zdeterminowany stałym przekształcaniem UE w kierunku przeciwnym do doktryny FTK, zaprezentowanej w omawianym wyroku, a więc w kierunku organizacji międzynarodowej o charakterze quasi-państwowym, która samodzielnie decyduje o zakresie swoich kompetencji i tym samym odchodzi od

²⁷ Autorem tego pojęcia, stosowanego po dziś dzień przez FTK, jest P. Kirchhoff w: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 7, Heidelberg 1992, s. 183 nb. 50 i n.

²⁸ Wyrok FTK z 5 maja 2020 r., tezy 98–115.

zasady kompetencji powierzonych. Proces ten dokonywany jest przez unijne instytucje ponadnarodowe – Komisję, Parlament Europejski, Trybunał Sprawiedliwości UE – i określany m.in. jako „konstytucjonalizm wartości”, który stanowi powrót do idei przyświecających traktatowi ustanawiającemu Konstytucję dla Europy, odrzuconemu w referendum we Francji i Królestwie Niderlandów w 2005 r. Frank Schorkopf odnosi to pojęcie przede wszystkim do aktywizacji zasady państwa prawa jako podstawy działań instytucji unijnych²⁹. Zasada ta, zgodnie z brzmieniem TUE, jest wartością, która nie stanowi podstawy do podejmowania działań władczych przez instytucje UE³⁰. Lapidarnie zostało to ujęte w opinii Służb Prawnych Rady UE z 2014 r.³¹ Pozatraktatowe przekształcenie wartości w kompetencje UE stanowi jeden z elementów federalizacji UE.

Kolejną wartością, która stanowi podstawę do poszerzenia zakresu kompetencji UE, jest demokracja, czego przykładem są dokumenty Komisji i Parlamentu Europejskiego w sprawie reformy UE³², mocno eksponujące realizację demokracji w UE poprzez wzmocnienie Parlamentu Europejskiego, a nawet elementy bezpośredniej pseudo-demokracji, np. stworzenie agor obywatelskich w sprawie przyszłości Europy.

W świetle powyższych procesów federalizacyjnych wyrok FTK z 5 maja 2020 r. stanowi podwójny dysonans. Po pierwsze stoi w sprzeczności z wyżej wspomnianą polityką instytucji unijnych i bazuje na: 1. zasadzie nadrzędności konstytucji krajowej, która po raz pierwszy została wyrażona *expressis verbis* w orzecznictwie FTK: „Pierwszeństwo Konstytucji (art. 20 ust. 3

²⁹ F. Schorkopf, *Value Constitutionalism in the European Union*, „German Law Journal” 2020, Vol. 21, Issue 5, s. 956 i n.

³⁰ W. Obwexer, *AEUV Artikel 2 [Arten von Zuständigkeiten]*, [in:] *Europäisches Unionsrecht*, Hrsg. von H. von Groeben, J. Schwarze, A. Hatje, Nomos, Baden-Baden 2015, nb. 10; M. Nettesheim, „...opiera się na wartościach...”: *Narracja wspólnoty wartości a mechanizm sankcji z art. 7 TUE*, [w:] *Challenges for the application of rule of law in European States*, ed. M. Bainczyk, Instytut Zachodni, Poznań 2019, s. 139 i n.

³¹ Opinia Służby Prawnej Rady Unii Europejskiej dotycząca Komunikatu Komisji w sprawie nowych ram UE na rzecz umocnienia praworządności – zgodność z Traktatami z 27 maja 2014 r., 10296/14, pkt 16. W art. 2 TUE nie powierza się Unii żadnych kompetencji rzeczowych, jednak podobnie jak w postanowieniach karty wymienia się pewne wartości, których przestrzegać powinny instytucje Unii i jej państwa członkowskie, gdy działają w ramach uprawnień powierzonych Unii w Traktatach, bez naruszania ich granic. Zatem na pogwałcenie przez państwo członkowskie wartości Unii, w tym praworządności, można się powołać jedynie wtedy, gdy państwo to podejmuje działania w dziedzinie, w której Unia dysponuje kompetencją na podstawie konkretnych traktatowych postanowień ustanawiających kompetencje. Por. *Challenges for the application of rule of law...*, s. 219 i n.

³² Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 15 stycznia 2020 r. w sprawie stanowiska Parlamentu Europejskiego dotyczącego konferencji w sprawie przyszłości Europy (2019/2990(RSP)); Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Shaping the Conference on the future of Europe, COM(2020) 27 final.

UZ) zobowiązuje organy konstytucyjne, by w ramach swojego współdziałania w realizacji programu integracyjnego, jak również przy jego konkretyzacji i rozwijaniu, dbały o zachowanie jego granic³³. 2. klasycznym rozgraniczeniem pomiędzy państwami członkowskimi jako podmiotami pierwotnymi integracji, które decydują o celu, zakresie i kierunku integracji, a organizacją międzynarodową powołaną do realizacji „programu integracyjnego” państw członkowskich, 3. zasadzie demokracji, zgodnie z którą istotne decyzje z zakresu polityki unijnej muszą posiadać legitymację demokratyczną parlamentu krajowego, 4. kontroli zachowania tożsamości konstytucyjnej oraz *ultra vires* przez krajowy sąd konstytucyjny – każdy akt, który nie mieści się w owym programie i stanowi strukturalne przesunięcie kompetencyjne na korzyść UE, podlega kontroli krajowego sądu konstytucyjnego, który jest odpowiedzialni za zachowanie tożsamości konstytucyjnej.

Po drugie należy wskazać, że wyrok FTK stoi w sprzeczności z działaniami niemieckich polityków w instytucjach unijnych oraz niemieckiego rządu, który w ramach swojej prezydencji bardzo aktywnie wspierał „konstytucjonalizację wartości”. W tym kontekście pojawiają się kluczowe pytania: 1. czy cel niemieckiej polityki unijnej stanowi wypadkową wektorów działań FTK i niemieckich polityków unijnych i rządu federalnego?; 2. czy pozostałe państwa członkowskie są w pełni świadome tychże procesów oraz popierają federalizację UE? Naukowa analiza tych procesów oraz przedstawienie ich konsekwencji dla funkcjonowania UE stanowi niewątpliwie jedno z fundamentalnych zadań dla nauki prawa UE.

Bibliografia

- Bainczyk M., *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej*, WUWr, Wrocław 2017.
- Bainczyk M., *Zasada demokracji jako źródło warunków uczestnictwa Republiki Federalnej Niemiec w UE – wyrok niemieckiego Bundesverfassungsgericht w sprawie Traktatu z Lizbony*, cz. 1, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 8.
- Bainczyk M., *Zasada demokracji jako źródło warunków uczestnictwa Republiki Federalnej Niemiec w UE – wyrok niemieckiego Bundesverfassungsgericht w sprawie Traktatu z Lizbony*, cz. 2, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 9.
- Dreier H., *Grundgesetz-Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Granat M., K. Granat, *The Constitution of Poland. A Contextual Analysis*, Hart, Oxford 2019.
- Nettesheim M., „...opiera się na wartościach...”: *Narracja wspólnoty wartości a mechanizm sankcji z art. 7 TUE*, [w:] *Challenges for the application of rule of law in European States*, ed. M. Bainczyk, Instytut Zachodni, Poznań 2019.

³³ Wyrok FTK z 5 maja 2020 r., teza 105.

- Nußberger A., *Die Crux des letzten Wortes Basta? Gerichte haben eine dienende Funktion*, „Frankfurter Allgemeine Zeitung”, 20.05.2020, <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gerichte-die-crux-des-letzten-wortes-16777590.html> [dostęp: 2.12.2020].
- Obwexer W., *AEUV Artikel 2 [Arten von Zuständigkeiten]*, [in:] *Europäisches Unionsrecht*, Hrsg. von H. von Groeben, J. Schwarze, A. Hatje, Nomos, Baden-Baden 2015.
- Pechstein M., Nowak C., Häde U., *Frankfurter Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- Schorkopf F., *Value Constitutionalism in the European Union*, „German Law Journal” 2020, Vol. 21, Issue 5.
- Wójtowicz K., *Kontrola konstytucyjności aktów Unii Europejskiej podjętych ultra vires – między pryncypiami a lojalną współpracą*, [w:] *W służbie dobru wspólnemu*, red. R. Balicki, M. Masternak-Kubiak, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012.

Abstract

Gloss to the Federal Constitutional Court judgment of 5th May 2020 regarding the European Central Bank bonds

On 5 May 2020, the FCC issued a judgement which is of prime importance for the further development of the European integration. In its ruling, the court did not apply the ratio decidendi for the decision of the EBC Council, made by the CJEU in its judgement from December 2018. However, the FCC observed an infringement by the EBC Council of the proportionality principle and a violation of the entrusted competences principle by both institutions, i.e. by the EBC Council and the CJEU and their acts were found to be issued outside the scope of competence (so-called *ultra vires* acts). In the above ruling, the FCC activated most of the constitutional principles and institutions created as of the 1970s to protect the primacy of the Basic Law of the Federal Republic of Germany. The judgement is a clear veto of the federalisation of the EU.

Key words: European Union, Germany, *ultra vires*, primacy of the constitution, principle of transferred powers, ECB

Streszczenie

Glosa do wyroku FTK z 5 maja 2020 r. w sprawie obligacji EBC

W dniu 5.05.2020 r. FTK wydał istotny z punktu dalszego rozwoju integracji europejskiej wyrok. W swoim orzeczeniu nie zastosował bowiem wykładni decyzji Rady EBC, dokonanej przez TS UE w wyroku z grudnia 2018 r. FTK stwierdził natomiast naruszenie przez Radę EBC zasady proporcjonalności, a także naruszenie zasady kompetencji powierzonych przez obie instytucje tj. przez Radę EBC i TS UE, a ich akty zakwalifikował jako akty wydane z przekroczeniem kompetencji tzw. akty *ultra vires*.

W omawianym orzeczeniu FTK zaktywizował większość wytworzonych od lat 70. XX w. zasad i instytucji konstytucyjnoprawnych, mających na celu ochronę nadrzędności Ustawy Zasadniczej RFN. Wyrok stanowi wyraźne veto w stosunku do federalizacji UE.

Słowa kluczowe: UE, RFN, nadrzędność konstytucji, ultra vires, zasada kompetencji powierzonych, EBC

Monika Szymanowska

mgr, Uniwersytet w Białymstoku
ORCID: 0000-0002-7318-394X
monikaszymanowska@gmail.com

**Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r.,
wydanego w sprawie sygn. akt IV CSK 626/13**

Tezy

1. Przepisy p.z.p. dają prawo wykonawcy zamówienia do uzyskania od zamawiającego wyjaśnienia treści SIWZ, jeśli uważa, że nie rozumie ich w taki sposób, by móc świadomie wykonać zamówienie zgodnie z potrzebami zamawiającego. Podobne znaczenie ma w dziedzinie umów art. 354 k.c., który ogólnie nakazuje dłużnikowi wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a także ustalonym zwyczajom, jeśli dla danych stosunków występują, gdyż w razie wątpliwości, jak odczytać treść zobowiązania, dłużnik powinien o to zapytać wierzyciela.
2. Uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty przy wykonywaniu zobowiązania (art. 355 § 2 k.c.), na wykonawcy w stopniu większym niż na zamawiającym ciąży obowiązek zainteresowania się tym, jakie cechy dodatkowe powinien posiadać zamówiony u niego pojazd, skoro to wykonawca zawodowo trudni się taką produkcją.
3. Art. 38 p.z.p. stanowi w związku z art. 354 § 2 k.c. nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c.

Omawiany wyrok dotyczy sprawy rozstrzygniętej w 2012 r. przez Sąd Okręgowy, gdzie zasądzono od pozwanego – Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (dalej: „zamawiający”) na rzecz powoda (dalej: „wykonawca”) roszczenie majątkowe o zwrot nienależnie potrąconej kary umownej ze względu na zwłokę w wykonaniu umowy o dzieło. Przedmiotowa umowa, zawarta w warunkach zamówienia publicznego, polegała na dostarczeniu samochodu ciężarowego o zabudowie specjalistycznej – śmieciarka z żurawiem. W stanie tej sprawy, z uwagi na 24-dniową zwłokę w dostawie, zamawiający naliczył wykonawcy karę umowną, którą potrącił z należnego mu wynagrodzenia. Natomiast wykonawca bronił się, wskazując, że w sprawie wystąpiło opóźnienie, a dokładnie – opóźnienie zawinione przez zamawiającego, który na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie poinformował wykonawców, w tym powoda, jakie pojemniki posiada, co skutkowało brakiem możliwości wcześniejszego dostosowania pojazdu do ich rozładunku. Spór zatem dotyczył nie tyle faktów, ile ich oceny – niesporne bowiem było, że pojazd został przekazany 24 dni po terminie określonym w umowie, a także fakt, iż przyczyną tego była okoliczność, w której wykonawca musiał dostosować pojazd do pojemników używanych przez zamawiającego, a nie miał na etapie składania oferty wiedzy o ich rodzaju. Sąd Okręgowy przyjął, że w sprawie istotnie nie doszło do ziszczenia się przesłanek do nałożenia na wykonawcę kary umownej, ponieważ to działanie zamawiającego doprowadziło do powstania opóźnienia w dostawie pojazdu.

Po rozpoznaniu apelacji obu stron w 2013 r. Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu Okręgowego co do meritum, oddalając powództwo – oddalając jednocześnie apelację strony powodowej. U podstaw rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego legło przekonanie, że przed wadliwym wykonaniem zamówionego dzieła wykonawca zaniechał skorzystania z możliwości przewidzianych w ustawie p.z.p.¹, tj. zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mimo że nie posiadał wystarczającej wiedzy, co do rodzaju pojemników.

Od powyższego wyroku została wywiedziona skarga kasacyjna, w której powód zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie art. 354 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 38 p.z.p., który to przepis stanowi – według skarżącego – o uprawnieniu wykonawcy, a nie o jego obowiązku. Ponadto zarzucono brak wzięcia pod uwagę przez Sąd Apelacyjny art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 1 p.z.p. Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i oddalenie apelacji strony

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 poz. 113 nr 759 ze zm. – na dzień orzekania). Brzmienie omawianych norm tożsame jak w aktualnym stanie prawnym.

pozwanej w całości, a także o uwzględnienie powództwa w części zaskarżonej apelacją powoda oraz o zasądzenie kosztów postępowania. W odpowiedzi na skargę pozwany wniósł o jej oddalenie, a także o zasądzenie kosztów postępowania.

W wywiedzionym stanie Sąd Najwyższy przyjął sprawę do rozpoznania, identyfikując istotne zagadnienie prawne wymagające rozważenia na gruncie rozpoznawanej sprawy i ustalenia granic obowiązku zamawiającego, rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia, a także ewentualnego udziału wykonawcy w tym procesie i wpływu uprawnień oraz obowiązków poszczególnych stron na miernik staranności, wedle którego ich działania będą później oceniane przy ocenie ewentualnych roszczeń. Kluczowe w tym zakresie jest odwołanie się do art. 38 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym „Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie [...]”, a także art. 354 § 2 k.c., który reguluje zasady współdziałania dłużnika i wierzyciela, oraz – posiłkowo – art. 355 § 1 i 2 k.c. wyznaczających miernik należytej staranności dłużnika – w tym konieczność uwzględnienia zawodowego charakteru działalności dłużnika². W omawianym wyroku Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że przepisy p.z.p. dają prawo wykonawcy zamówienia do uzyskania od zamawiającego wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), jeśli uważa, że nie rozumie ich w taki sposób, by móc świadomie wykonać zamówienie zgodnie z potrzebami zamawiającego, zauważając przy tym, że podobne znaczenie ma w dziedzinie umów art. 354 k.c. Norma ta nakazuje dłużnikowi wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a także ustalonym zwyczajom, jeśli dla danych stosunków występują, gdyż w razie wątpliwości, jak odczytać treść zobowiązania, dłużnik powinien o to zapytać wierzyciela. Sąd Najwyższy dostrzegł, że w tym sensie art. 354 § 2 k.c. przewiduje współdziałanie wierzyciela z dłużnikiem, skoro bowiem ma się do czynienia z umową, to strony tej umowy powinny dążyć do takiego jej wykonania, który im wzajemnie odpowiada. Pomimo więc braku w kodeksie cywilnym tak szczegółowych przepisów, jak w prawie zamówień publicznych, to ogólny art. 354 k.c. wyraża intencję takiego dookreślenia przez strony treści umowy, jeśli nie jest dla nich dostatecznie jasna, żeby umowę tę można było wykonać.

² Więcej w zakresie miernika staranności i kryteriów jego oceny: T. Wiśniewski, *Komentarz do art. 355 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna*, red. J. Gudowski, LEX 2017 [dostęp: 10.09.2020]; B. Fuchs, *Komentarz do art. 355 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, red. M. Frasz, LEX 2017 [dostęp: 10.11.2020].

Z powyższą tezę należy się zgodzić wskazując, że w istocie praktyka bardzo często pomijała okoliczność, że przepisy ustawy p.z.p. stanowią (w zakresie, w jakim normują stosunki umowne) normy szczególne w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. W praktyce obrotu często zatem powstawał problem, gdzie zamawiający (podmioty nie będące przedsiębiorcami), organizując postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, byli oceniani według wzorca typowego dla przedsiębiorców. Tymczasem wykonawcy byli przez orzecznictwo premiowani³ przez przyjęcie zasady, że wszelkie wątpliwości wyjaśnia się na ich korzyść. W praktyce prowadziło to do takiej sytuacji, jaka ujawniła się w omawianej sprawie – gdzie wykonawca intencjonalnie nie realizował obowiązku lojalnego współdziałania z wierzycielem (zamawiającym), aby doprowadzić do poprawy swojej sytuacji i pozostawienia sobie możliwości powołania się na wątpliwości co do treści dokumentacji postępowania, w szczególności zaś postanowień SIWZ i wzorca umowy, aby na późniejszym etapie uzyskać względniejsze traktowanie.

Na powyższe celnie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, wskazując, że do wykładni przepisów dotyczących obowiązków zamawiającego należy odnieść art. 354 k.c. Warto także zasygnalizować, że przed omawianym orzeczeniem w powszechnym odbiorze orzecznictwa i doktryny problem interakcji art. 38 ust. 1 p.z.p. oraz art. 354 § 1 i 2 k.c., a także art. 355 § 1 i 2 k.c. nie istniał. Nie sposób odnaleźć jakichkolwiek orzeczeń, w których Sądy powszechne bądź Krajowa Izba Odwoławcza w sposób zdecydowany opowiadałyby się za sposobem dokonania wykładni ogólnego obowiązku stron stosunku cywilnoprawnego do współdziałania, z zastosowaniem miernika staranności wymaganego w profesjonalnym obrocie, w tym z uwzględnieniem specyfiki instrumentów p.z.p. mających na celu zapewnienie, że kontakt wykonawców z zamawiającym odbywać się będzie w formie pisemnej⁴, w sposób sformalizowany. Przechodząc zaś do omawianego orzeczenia, z argumentacji Sądu Najwyższego należy wyprowadzić wnioski, że w istocie możliwe jest ocenianie realizacji generalnych obowiązków stron stosunku cywilnoprawnego przez pryzmat korzystania (bądź odmowy korzystania) przez wykonawców z zagwarantowanych im ustawą p.z.p. instrumentów. Ta okoliczność miała decydujący wpływ na fakt przyjęcia, że o ile art. 38 ust. 1

³ Szerzej, wraz z omówieniem orzecznictwa do roku 2012, Dominika Perkowska, KIO rozstrzyga zgodnie z zasadą, że wszelkie niejasności i wątpliwości interpretuje się na korzyść wykonawcy, <https://www.portalzp.pl/opinie-i-interpretacje/kio-rozstrzyga-zgodnie-z-zasada-ze-wszelkie-niejasnosci-i-watpliwosci-interpretuje-sie-na-korzysc-wykonawcy-1300.html> [dostęp: 10.11.2020].

⁴ Art. 9 ust. 1 p.z.p., więcej na temat stanowiska co do zapewnienia jawności i przejrzystości postępowania zob. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Komentarz do art. 9 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2018 [dostęp: 10.11.2020].

p.z.p. stanowi o prawie wykonawcy do zadawania pytań do dokumentacji postępowania, o tyle – przez przyznanie zasad generalnych realizacji zobowiązań, skoro istnieje obowiązek współdziałania dłużnika z wierzycielem – skorzystanie z tego uprawnienia może wchodzić w zakres obowiązku wykonawcy. O ile Sąd Najwyższy nie wskazał tego bezpośrednio w uzasadnieniu omawianego orzeczenia, to w istocie dokonał wykładni art. 38 p.z.p. w zw. z art. 14 p.z.p. w zw. z art. 355 § 2 k.c. oraz art. 354 k.c., przyjmując, że uprawnienie, o jakim mowa w art. 38 ust. 1 p.z.p., stanowi jedynie techniczny wymiar sposobu realizacji obowiązków wskazanych w przywołanych przepisach kodeksu cywilnego.

W ten sposób Sąd Najwyższy odmówił premiowania wykonawcy za własne zaniechania – celnie wskazując w uzasadnieniu omawianego orzeczenia, że o ile zamawiający miał obowiązek takiego opisanie przedmiotu zamówienia, aby dla wykonawcy było zrozumiałym, na czym ma polegać dzieło, które ma wykonać w rezultacie wygrania przetargu, to jednakże nie można zapominać o roli, jaką pełnią strony umowy, a w konsekwencji to bardziej na wykonawcy niż na zamawiającym – uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty przy wykonywaniu zobowiązania – ciążył obowiązek zainteresowania się, jakie cechy dodatkowe powinien posiadać zamówiony u niego pojazd, skoro zawodowo trudni się taką produkcją. Przyjęcie przeciwnego poglądu prowadziło do załamania na gruncie zamówień publicznych utrwalonej od wielu lat linii orzeczniczej w przedmiocie interpretowania zasady wykonywania zobowiązań z należytą starannością⁵, a to poprzez premiowanie wykonawców, którzy nie współdziałają lojalnie z wierzycielem, a później na swoją obronę podnoszą, że zamawiający nie wyjaśnił w SIWZ kwestii, o które nikt nie pytał.

Uwzględnienie interakcji art. 38 p.z.p. w zw. z art. 14 p.z.p. w zw. z art. 355 § 2 k.c. oraz art. 354 k.c. prowadzi zatem do wniosku, że w istocie uprawnienie do zadawania pytań – jakkolwiek jest prawem wykonawcy, w przypadku, w którym wykonawca związany jest zasadą lojalnego współdziałania z wierzycielem celem wykonania zobowiązania, z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności wykonawcy, przeradza się w istocie w obowiązek takiego sprecyzowania treści przyszłego zobowiązania, które umożliwi jego wykonanie. Należy więc za błędny uznać pogląd, wedle którego kwestia ta powinna być rozpatrywana poprzez odmienne interpretowanie zasięgu zobowiązania w ofercie⁶, gdyż pomija on – poza specyfiką ogólnych zobowiązań stron stosunku umownego,

⁵ Szerzej o tej linii: A. Turczyn, *Pojęcie należytej staranności w orzecznictwie*, 4.02.2018, „Rzeczpospolita Online”, <https://www.rp.pl/W-sadzie-i-urzedzie/302049992-Pojecie-nalezYTEj-starannosci-w-orzecznictwie.html> [dostęp: 10.11.2020].

⁶ Tak M. Drozdowicz, *Glosa do wyroku SN z dnia 5 czerwca 2014 r.*, IV CSK 626/13, PZP 2014/4/119-133.

również fakt, że raz ustalony zakres świadczenia pozostaje na gruncie p.z.p. niezmienny po złożeniu oferty (art. 140 ust. 1 p.z.p.)⁷.

Tymczasem Sąd Najwyższy w niniejszej sprawie, nie redefiniując żadnej z naczelných norm p.z.p., a zwracając uwagę na interakcję tych zasad z ogólnymi zasadami realizacji zobowiązań, dokonał trafnej z punktu widzenia systemowego i teleologicznego wykładni, zasadnie przyjmując, że fakt, iż p.z.p. przyznaje wykonawcy pewne prawo, nie uchyla wynikających z k.c. obowiązków, w siatkę realizacji których to prawo się wpisuje. Z omawianego orzeczenia można zatem wyprowadzić szereg wniosków co do konieczności uwzględnienia we wzorcu postępowania wykonawcy, działającego jako dłużnik, nie tylko suchego faktu zawodowego charakteru wykonywanej przezeń działalności, ale również praktycznej realizacji czynności, które zwykle działający profesjonalista, lojalnie współpracujący z kontrahentem, podjąłby, aby prawidłowo zrealizować zobowiązanie.

Warto przy tym zwrócić uwagę na fakt, że omawiany wyrok pozytywnie wpłynął na praktykę orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów powszechnych, prowadząc do bardziej precyzyjnego ujęcia – z uwzględnieniem art. 354 oraz 355 k.c., zasady rozkładu ciężaru odpowiedzialności za poszczególne czynności w sformalizowanej procedurze udzielania zamówień publicznych. W wyroku z dnia 26.06.2014 r. w sprawie KIO 1028/14 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że choć zadawanie pytań doprecyzowujących treść SIWZ jest zgodnie z literalnym brzmieniem art. 38 ust. 1 p.z.p. uprawnieniem wykonawców, to jednak obowiązek współdziałania z zamawiającym, oczekiwany od profesjonalnych uczestników rynku, nakazuje wyjaśniać wymagania mogące rodzić trudności w dalszym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wykonywania umowy, przełamując jednocześnie dotychczas absolutnie stosowaną zasadę wyjaśniania wszelkich wątpliwości – niezależnie od ich źródła, możliwości usunięcia i zasad ogólnych realizacji zobowiązań, na korzyść wykonawców, wskazując, że „Sformalizowany i pisemny charakter postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza uznaniową interpretację treści SIWZ oraz dokonywania ocen ofert w oparciu o treści w SIWZ niewyrażone. W przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie zostałyby zachowane, a wymagają one, by oczekiwania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia w tym ofertom zawierającym rozwiązania równoważne były znane przed złożeniem oferty oraz w sposób jasny, tak by wykonawcy zainteresowani zamówieniem nie pozostawali w niepewności, czy mogą złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu”. Podobne stanowisko zajęł

⁷ O absolutnym charakterze tej zasady szerzej: J.E. Nowicki, *Komentarz aktualizowany do art. 140 Prawa zamówień publicznych*, LEX 2018 [dostęp: 10.09.2020].

Sąd Apelacyjny w Łodzi w sprawie I ACa 647/14, Sąd Apelacyjny w Krakowie w sprawie I ACa 287/15, a także szereg składów Krajowej Izby Odwoławczej, np. w sprawach KIO 34/15, KIO 1000/15, KIO 1822/16, KIO 1965/17, KIO 1966/17, oraz Sąd Najwyższy w sprawie IV CSK 674/15.

Na przestrzeni ostatnich kilku lat odbyło się szersze wyprowadzenie wniosków ze wskazówek zawartych w omawianym wyroku Sądu Najwyższego w przedmiocie interakcji zasad ogólnych p.z.p. z zasadami realizacji zobowiązań wynikającymi z k.c. Tak też przykładowo w wyroku z dnia 24 stycznia 2018 r. w sprawie KIO 64/18 wskazano, że wykonawca jako profesjonalista w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, nawet jeżeli postanowienie opisu przedmiotu zamówienia jest dla niego jednoznaczne, winien dołożyć należytej staranności i upewnić się, czy oferowane przez niego, niespełniające wymogów zamawiającego rozwiązanie zostanie zaakceptowane przez instytucję zamawiającą, korzystając z procedury przewidzianej w art. 38 ust. 1 p.z.p. Podobne stanowisko, na kanwie głosowanego orzeczenia, zajmowała Izba w wyrokach w sprawach KIO 2420/18 i KIO 2076/19, a w kontekście czynników cenotwórczych – KIO 1248/17.

Orzecznictwo zaczęło korzystać z miernika należytej staranności także przy ocenie innych czynności wykonawców, którzy oczekiwali pozytywnych skutków bierności w toku postępowania celem powołania się na jego dalszym etapie na wątpliwości, które powinny być zostać rozstrzygnięte na ich korzyść. Przykładowo, w zestawieniu z brakiem zaskarżenia treści warunku udziału w przetargu, jak również brakiem zainicjowania jego jakiegokolwiek zmiany poprzez instrument, o którym mowa w art. 38 ust. 1 p.z.p., łączy się obecnie analizę, czy wykonawca – oświadczając, że spełnia warunek – nie wprowadza jednocześnie zamawiającego w błąd. Brak bowiem wyjaśniania treści warunku w celu późniejszego powołania się na jego potencjalną niejasność może zostać połączone z zarzutem wprowadzenia zamawiającego w błąd w oświadczeniu, że wykonawca te warunki spełnia i może podlegać kwalifikacji przez przyzmat art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., jak też mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu – na podstawie tychże informacji zamawiający mógłby bowiem zaniechać wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. (art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.).

Mając na uwadze wywiedzione okoliczności, należy stwierdzić, że Sąd Najwyższy w omawianym orzeczeniu utrwalil dyrektywy interpretacyjne w przedmiocie tego, że nie sposób jest dokonywać oceny poszczególnych technicznych aspektów realizacyjnych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z pominięciem faktu, że w postępowaniu tym podmioty profesjonalne (przedsiębiorcy) składają oferty wykonania zobowiązań zgodnie z ustalonymi przez

wierzyciela (zamawiającego) zasadami, nie wytracając przez szczególny tryb ustawy p.z.p. swoich wynikających z k.c. zobowiązań – w szczególności do lojalnego współdziałania, realizacji zobowiązań zgodnie z zawodowym charakterem działalności oraz dbania o efektywne wykonanie przyszłej umowy.

W konsekwencji głosowany wyrok uznać za pozytywny, zgodny z zasadami wykładni przepisów prawa i ich systemowego osadzenia w siatce norm zarówno p.z.p. jak i k.c., a także za przejaw chęci utrwalenia w orzecznictwie odejścia od formułkowego traktowania zasad ogólnych na rzecz ich interpretacji zgodnie z ich celem oraz przeznaczeniem w systemie prawa.

Bibliografia

- Drozdowicz M., *Glosa do wyroku SN z dnia 5 czerwca 2014 r.*, IV CSK 626/13, PZP 2014/4/119-133.
- Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Komentarz do art. 9 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2018 [dostęp: 10.11.2020].
- Fuchs B., *Komentarz do art. 355 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 3: Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, red. M. Fras, LEX 2017 [dostęp: 10.11.2020].
- Nowicki J.E., *Komentarz aktualizowany do art. 140 Prawa zamówień publicznych*, LEX 2018 [dostęp: 10.09.2020].
- Turczyn A., *Pojęcie należytej staranności w orzecznictwie*, 4.02.2018, „Rzeczpospolita Online”, <https://www.rp.pl/W-sadzie-i-urzedzie/302049992-Pojecie-nalezYTEj-starannosci-w-orzecznictwie.html> [dostęp: 10.11.2020].
- Wiśniewski T., *Komentarz do art. 355 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 3: Zobowiązania. Część ogólna*, red. J. Gudowski, LEX 2017 [dostęp: 10.09.2020].

Abstract

Commentary to the decision of the Supreme Court of 5 June 2014 in the case of IV CSK 626/13

Commentary supporting the decision made by the Supreme Court, which seeks to strengthen the principle of loyal cooperation of professional businesses and entrepreneurs acting as economic operators with contracting authorities under the Polish Civil Code and the public procurement procedure.

The opinion of the Supreme Court underlines the need for an economic operator to use all instruments provided by law to ensure its actual ability to offer a proper execution of works, the supply of products or the provision of services on the market to avoid future liability. This decision marks a landmark departure from previous rulings of lower courts and the National Appeal Chamber, which held the position that any vague-

ness or deficiency in the procurement documentation must be interpreted in favour of the business. The commented decision prevents economic operators from exploiting imprecise or vague terms set in the documentation in public procurement procedure by offering goods or services not meeting the needs and demands of the contracting authority, holding the business to a higher standard of care. The Supreme Court held that the economic operator must exercise his rights in the public procurement procedure, including the right to ask questions and demand information, to ensure that it can supply the goods or provide services required. To this end, when determining future liability, the right to ask questions may be interpreted as an obligation of the economic operator, who cannot release himself from liability by claiming deficiencies, imprecise terms or vague conditions set by the contracting authority to his advantage, as to do so would break away from the standard of loyal cooperation between the parties set forth in the Civil Code, including the standard of care expected from a professional business entity. Author supports the direction of the decision of the Supreme Court, which reminds economic operators that the fact that they are not directly obligated by law to ask questions does not shield them from liability for exploiting vague terms and deficiencies that could be corrected or clarified by the contracting authority were those questions asked during the initial stages of the public procurement procedure.

Key words: rights and obligations of an economic operator, liability in public procurement, professional standard of care in public procurement, clarification of procurement documents, questions about conditions and terms

Streszczenie

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., wydanego w sprawie sygn. akt IV CSK 626/13

Glosa aprobująca stanowisko Sądu Najwyższego, wzmacniająca zasadę lojalnego współdziałania profesjonalnie działających na rynku przedsiębiorców z zamawiającymi, przez pryzmat zasad ogólnych kodeksu cywilnego oraz ustawy prawo zamówień publicznych. Podkreślono konieczność wykorzystania przez wykonawców wszystkich instrumentów przewidzianych przez prawo, celem uniknięcia odpowiedzialności wynikającej z braku starannego działania oczekiwanego od przedsiębiorcy.

Komentowane orzeczenie zrywa z premiowaniem nielojalnego działania przedsiębiorcy, który składając ofertę w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, unika wyjaśniania nieprecyzyjnych i niejasnych sformułowań w dokumentacji postępowania. Działanie takie częstokroć ma na celu powołanie się na te braki na późniejszym etapie realizacji zobowiązania, z założeniem, że zasada – dotychczas utrwalona w judykatach sądów niższych instancji oraz Krajowej Izby Odwoławczej – wyjaśniania niejasności na korzyść wykonawcy, uchroni go przed ewentualną odpowiedzialnością. Przez ten pryzmat, w ocenie Sądu Najwyższego, uprawnienie wykonawcy, kiedy celem doprecyzowania wymagań zamawiającego, można zadać mu pytania do niejasnej, czy niepre-

czyjnej dokumentacji przetargu, zamienia się w jego obowiązek. Wniosek ten oparto na wynikającej z kodeksu cywilnego zasadzie lojalnego współdziałania dłużnika z wierzycielem oraz uwzględniając miernik staranności wymagany od podmiotu zawodowo trudniącego się określoną działalnością. Autorka podziela tezy nowatorskiego wyroku Sądu Najwyższego, który przypomina, że prawo zadawania pytań nie uchyla obowiązków przedsiębiorcy wynikających z k.c., co obecnie na stałe pozytywnie wpisało się w orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów powszechnych.

Słowa kluczowe: prawa i obowiązki wykonawcy, odpowiedzialność w zamówieniach publicznych, należyta staranność w zamówieniach publicznych, wyjaśnienia dokumentacji postępowania, pytania odnośnie wymagań i zasad

RECENZJE

sprawozdania · varia

BOOK REVIEWS
reports · varia

Carlo Pilia

prof., Faculty of Law, University of Cagliari, Sardinia (Italy)

ORCID: 0000-0001371-6131

piliac@unica.it

tłum. Olga M. Piaskowska

dr, SWPS

ORCID: 0000-0002-9704-5453

opiaskowska@swps.edu.pl

A European mediator for social inclusion

The pandemic emergency, amidst structural problems and economic trends in Europe

The Covid-19 pandemic emergency has indelibly marked 2020 and, probably, its profound effects will be observed for a long time. The impact of the virus was devastating first of all for the very high number of victims and for having been forced to urgently approve extraordinary plans to combat the spread of the pandemic. The extraordinary interventions had to consider all sectors of the legal system, as the negative effects of the pandemic and the application of the extraordinary measures have affected the entire society.

Alongside the sanitary requirements, therefore, the Authorities had to approve huge packages of welfare measures for the low-income families and the granting of loans and loans to secure the production structure. The European Union and the Member States, notwithstanding the ordinary accounting rules, make use of extraordinary public debt with multi-year support plans.

The pandemic crisis has exposed the numerous criticalities of Europe, not only in the management of the health emergency but more generally in the productive, social, and even political systems. To overcome the serious health emergency, a process of structural reforms must be launched with the involvement of all, to strengthen the economic and social cohesion of the Union.

The protection of health and guarantees for economic and social cohesion

Health policies to combat the spread of the pandemic have been starting to show positive signals, because not only of social distancing and the application of safety measures but also of the overall reorganization of health services. Health efforts are now aimed at the imminent mass vaccination campaign for the entire population, in order to make it immune to the virus and, finally, to guarantee the primary objective of protecting public health and that of individuals.

At the frontline of the fight against the coronavirus, a truly competitive challenge against the pandemic has been launched at the international and European levels. Huge financial resources have been committed, but also the best academic and research centers in the world have ventured into the study and testing of drugs, equipment, and vaccines against Covid-19. An alliance supported and financed by the public authorities and the productive sectors which in a very short time is leading to achieve results unimaginable in the past.

However, defeating the virus may prove insufficient in the absence of adequate reforms, which will also target other critical economic, social, and political aspects of the Union. Overcoming the pandemic crisis is not possible only by protecting health. In fact, in recent months the structural weaknesses, marginalization, and discrimination that characterize the difficult process of aggregation in the European Union have worsened.

In the absence of appropriate responses, there will be a wave of conflict due to the economic and social ramifications that have severely hit the population, especially in the weakest and most vulnerable groups. Emergency social subsidies will run out, and therefore organic society reform processes in a more inclusive and inclusive sense are needed. Once again, we have to deal with the policy of reform and innovation, allocating enormous economic resources and using the best research and development skills in these countries.

The imperative aim is to ensure the economic and social cohesion of the European Union and of all Member States that are embarking on extraordinary investment plans for reform. To develop plans and find the most effective solutions, participatory processes are needed that engage political, economic, and social forces in times of comprehensive reform.

Innovation in research, experimentation, and dissemination of knowledge

To scientifically support participatory reform processes, it is also necessary to involve universities so that they make research, experimentation, and knowledge dissemination available. So much has already happened with medical

science, placed first in the fight against Covid-19. It is equally important to support other legal, economic, and social sciences that are to be used in the processes of national reforms and systems of the European Union.

The pandemic crisis marks a moment of abrupt rupture and radical change between the before and after. Restoration of the previous normality is not conceivable, which would be impossible to achieve, would prove inappropriate concerning the new needs, and, by now, would be unacceptable for most. Rather, by building on the virtuous practices experienced during the emergency phase, it is necessary to develop a capacity for overall reorganization and reform of the various sectors of society.

A (re)constituent season of society is beginning, both in public organization and in private activities, which requires planning and rethinking skills to re-establish economic and social cohesion on new and more solid foundations. The huge economic resources allocated by the European Union and the member states must support investments to manage the reform processes.

The metaphor of the war with the virus indicates in many ways the necessity to face the processes of rebuilding our society. As the pandemic has hit the dimension of interpersonal relations hard, the reforms undertaken require a return to the basic values of belonging to the economic, social, and political community.

The wide use of technologies seems to be the most qualifying feature of the agile reorganization of production processes and, more generally, of the relational activities that took place during the pandemic. In fact, technology has not only made it possible to overcome health restrictions on the movement of people but has given new impetus and efficiency to production activities. An innovative process was launched which, in a short time, involved all sectors of activity.

The massive use of remote means of communication, however, made it possible to keep the threads of belonging to the community and the use of the main services connected. In fact, alongside the present dimension, a virtual dimension has developed which is equally important for strengthening relationality and, therefore, the sense of belonging to the community. In some respects, through the virtual connection, everyone participated in the community network, basically without exclusion or discrimination.

The virtual community, however, must be a stimulus for building inclusive reform processes that take place on an economic, social, and political level. The challenge is to overcome the limitations that existed before the pandemic, by developing participatory processes and mediation mechanisms.

Social mediation as a strategic activity for inclusion and resilience policies

Mediation is an out-of-court mechanism for the amicable settlement of conflicts that are characterized by the presence of a professional, the mediator, who in an impartial, independent, and confidential manner helps the parties to reach an amicable agreement (European Directive 2008/52/EC). The mediator has no power to impose solutions, but merely facilitates communication between the parties and encourages the search for points of understanding on which to reach an agreement on the settlement of their dispute that is satisfactory for both.

The European Union promotes the use of mediation to support the processes of building the common market, as a space for free movement of people and as well as for common market in goods and services. Mediation constitutes a mechanism of justice, complementary to jurisdiction, which is simpler, more informal, faster, and cheaper in proceedings.

By definition, mediation implements the agreement of the parties which ends the dispute and strengthens their relations. Precisely because it intervenes in conflicts, mediation takes on a strategic value in reassuring parties and ensuring economic and social cohesion in the various sectors of the legal system.

In the spirit of European integration, the usefulness of mediation is greater in cross-border disputes, that is, between parties coming from different states, although it can also be used in internal disputes. The European Directive 2008/52 / EC introduces a discipline of partial minimum harmonization, which establishes an essential common European statute of mediation. On the one hand, certain minimum legality requirements are directly imposed (access, confidentiality, impact on prescription and forfeiture, an executive force of the agreement) and, on the other hand, quality is expected to be achieved through codes of conduct of mediators and, above all, through specific training courses.

The „construction of a European mediator”, therefore, is entrusted to the elaboration of specific training courses which, also through adherence to the European code of conduct, go beyond the internal dimension of the individual Member States, to open up to cross-border and Community ones. To this end, a fruitful synergy must be created between training centers and mediation bodies to build and experiment together training courses for European mediators.

The outbreak of the pandemic crisis, which affects all Member States, could be an important opportunity to experiment with building a common training model for the European Ombudsman. It is assumed that there will be a wave of conflict generated by the pandemic that risks compromising the precarious economic and social cohesion of the European Union.

In particular, it would be useful to train European mediators specialized in social conflicts who are the most dangerous in times of crisis because they are liable to degenerate into episodes of violence and urban unrest. Indeed, the consequences of the pandemic crisis could hit, exasperating them, precisely those most marginalized sections of the population, which would eventually rise. In these cases, social mediation would be an effective preventive measure for pacification and amicable management of conflict.

The European LIMEDIAT project

In this context of conflict and post-pandemic reforms, an innovative European research project entitled „Limediat” could be placed: A license for a European social mediator, which was recently presented at the 5th International Congress CUEMYC (Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto) dedicated to mediation, conflict management, and Covid-19 pandemic, held online by the University of Cagliari from 17 to 19 November 2020 (<https://www.congresocuemyc2020.it/>).

The three-year research funded by the French Erasmus Agency is promoted by a cross-border partnership headed by the National Conservatory of Arts and Crafts in Paris and made up of the municipality of Limoges (France) and the universities of Minho (Portugal), Murcia (Spain) and Cagliari (Italy) and has the aim of building on a scientific basis, both theoretical and practical, a common training course for the social mediator, which is valid for all of Europe. The skills and experiences of the centers involved in research, training, and management activities in the field of mediation make it possible to build a training path that can be initially validated in the four countries involved, but which in perspective constitutes a common basis for all of Europe.

The choice of the professional profile of the social mediator responds to a need felt throughout Europe to activate mechanisms for the pacification of social conflicts, especially those of an intercultural and interreligious nature, which threaten peaceful coexistence in many cities. Mediation could contribute to pacification and social inclusion, as it helps to overcome the conflicts and tears in the jagged fabric of society.

The training courses will be developed on an electronic platform, capable of collecting teaching materials and encouraging remote interaction between teachers and students from the various states of the Union. In this way, however, technology is used in training and work as has become normal during the pandemic. The construction of the training courses will make use of the contributions of experts and professionals who are engaged in the management of social conflicts and can offer the best experiences gained in the field. Students

are expected to do a period of practical experience, internship, at the social mediation centers of the various states.

The training of European social mediators responds to a long-standing need in Europe to support participatory integration processes, which are made even more necessary following the pandemic crisis. The hypothesis of the structuring of a degree course (license) in social mediation expresses the desire that this training profile is structured stably and, therefore, that graduates find employment recognized throughout Europe in the professional management of conflicts.

A research project that, in conclusion, represents a proactive contribution that is proposed to support the structural reforms of training courses and employment opportunities in Europe, to ensure peaceful, inclusive, and resilient development.

Aleksandra Partyk¹

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ORCID: 0000-0003-3196-6601
apartyk@afm.edu.pl

Kamil Szpyt²

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ORCID: 0000-0002-2307-8789
kszpyt@afm.edu.pl

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Sztuczna inteligencja a prawa człowieka” (International Conference „Artificial Intelligence & Human Rights”), Kraków, 29–30 listopada 2020

W dniach 29–30 października 2020 r. na Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego (KAAFAM) w Krakowie odbyła się Międzynarodowa Konferencja Naukowa „Sztuczna inteligencja a prawa człowieka” (International Conference „Artificial Intelligence & Human Rights”). To niezwykle wydarzenie zostało zorganizowane przez krakowską uczelnię przy współpracy z Miastem Kraków oraz hiszpańskim Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC). Przedsięwzięcie swoim patronatem objął Rzecznik Praw Obywatelskich dr hab. Adam Bodnar.

Pandemia COVID-19 wpłynęła na decyzję organizatorów o zorganizowaniu konferencji w formie zdalnej, co – na szczęście – nie odbiło się negatywnie na dużym zainteresowaniu oraz wysokiej frekwencji uczestników. W efekcie wzięli w niej udział przedstawiciele wielu renomowanych ośrodków akademickich zarówno z Polski, jak i z zagranicy. Z uwagi na fakt, że wydarzenie było prowadzone w trzech językach: angielskim, hiszpańskim i polskim, część

¹ Badania dofinansowano ze środków przeznaczonych na utrzymanie i rozwój potencjału badawczego w dyscyplinie: nauki prawne nr WPAiSM/PRAWO/SUB/9/2020.

² Badania dofinansowano ze środków przeznaczonych na utrzymanie i rozwój potencjału badawczego w dyscyplinie: nauki prawne nr WPAiSM/PRAWO/SUB/10/2020.

wystąpienie była tłumaczona, co zostało przyjęte z aprobatą i docenione przez odbiorców.

Inicjatorem przedsięwzięcia był prof. Mariusz Załucki, kierownik Katedry Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych KAAFM. Oprócz niego w skład komitetu organizacyjnego konferencji weszli m.in. dr Agnieszka Kubiak Cyrul oraz dr Aleksandra Partyk i dr Kamil Szpyt (obydwoje jako sekretarze konferencji).

W dniu 29 października 2020 r., po prezentacji materiałów promocyjnych Miasta Kraków, nastąpiło oficjalne otwarcie konferencji. Uczestników wydarzenia powitali prof. Załucki oraz prof. Laura Miraut Martín z ULPGC. Następnie dr hab. Dariusz Szostek, prof. UO, z Uniwersytetu Opolskiego przedstawił interesujący wykład wprowadzający, w którym zwrócił uwagę na szereg kluczowych zagadnień związanych z tematem konferencji. Po jego zakończeniu zaprezentowane zostało nagranie z wystąpieniem RPO Adama Bodnara.

Moderatorem pierwszej anglojęzycznej sesji był prof. Załucki. Rozpoczęła się ona od znakomitego wystąpienia prof. Miraut Martín pt. *Artificial intelligence and its viability in the field of law*. Następnie prof. Antonio Sorela Castillo z Universidad Autónoma de Chiapas (Meksyk) wygłosił prezentację dotyczącą wyzwań, jakie niesie za sobą sztuczna inteligencja (*The Challenges of Artificial Intelligence and Human Rights*). Kolejne wystąpienie pt. *Artificial intelligence and democracy* zaprezentowała prof. Vânia Siciliano Aieta z Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Dr hab. Beata Stępień-Załucka, prof. UR, z Uniwersytetu Rzeszowskiego w wystąpieniu *AI-voting?!?* analizowała zagadnienie wpływu sztucznej inteligencji na prawo wyborcze, a prof. Doug Surtees z kanadyjskiego University of Saskatchewan wygłosił prezentację zatytułowaną *Recent developments in tech/AI law*. Panel zwieńczyło wystąpienie dr Marii Stefanii Catalety z Université Côte d'Azur (Francja) w przedmiocie *Artificial intelligence vs human intelligence*.

Moderatorem drugiej sesji, prowadzonej również w języku angielskim, była prof. Miraut Martín. Pierwsze wystąpienie zaprezentował prof. Załucki, który analizował ważki temat dopuszczenia do orzekania systemów opartych o sztuczną inteligencję. Jego referat pt. *Computers in gowns and wigs. A new era of judiciary?* wywołał żywą dyskusję. Kolejna prelekcja *European Ethical Charter setting out ethical principles relating to the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems* przygotowana została przez dr. hab. Marka Świerczyńskiego, prof. UKSW, Konsultanta Rady Europy oraz wykładowcę Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, mgr. Remigijusa Jokubauskas Mykolas z litewskiego Mykolo Romerio Universitetas oraz mgr Bar-

tłomieja Oręziaka z UKSW. Następną prezentację przedstawili prof. João Proença Xavier z Universidade de Coimbra w Portugalii oraz prof. Silvia Vilar González z hiszpańskiego Universitat Jaume I. Autorzy zdecydowali się pochylić nad tematem *Artificial Intelligence in the field of Human Assisted Reproduction and its limits from a Human Rights point of view*. Z kolei asst. prof. Ramona Duminica oraz asst. prof. Andra Puran z Universitatea din Pitești (Rumunia) omówiły temat *Children's right to privacy and data protection in the online environment*. Następny referat pt. *The use of artificial intelligence by social media companies for content moderation: a look at the international human rights framework on the right to freedom of expression* przedstawił mgr Lucas Moreira Alcici z Universidade de Lisboa w Portugalii. Zagadnieniem *compliance* i sztucznej inteligencji zajmowali się natomiast brazylijscy uczeni prof. Fabrizio Bon Vecchio z Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinis) oraz mgr Débora Manke Vieira z Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (*The compliance and artificial intelligence programs*).

Trzecia sesja moderowana przez dr. hab. Jakuba Szczerbowskię, prof. UŁ, z Uniwersytetu Łódzkiego przeprowadzona została w języku hiszpańskim. Jako pierwszy wystąpił prof. Rubén Miranda Gonçalves z hiszpańskiego Universidad Internacional de La Rioja, analizując zagadnienie *La defensa de los derechos humanos ante los retos de la inteligencia artificial*. Autorami kolejnej prezentacji pt. *El nuevo marco de protección de los ciberdatos personales en Brasil como derechos humanos* byli natomiast prof. Edson Luiz Peters z Universidade Federal do Paraná w Brazylii oraz mgr Aline Milanski z brazylijskiego Universidade do Estado de Mato Grosso. Z kolei dr Letícia Mirelli Faleiro e Silva z hiszpańskiego Universidade de Santiago de Compostela przedstawiła zagadnienie pt. *El derecho humano a la educación y las nuevas tecnologías: un estudio sobre la educación digital*. W tej sesji wystąpiła również prof. Nivea Corcino Locatelli Braga z Universidade Estácio de Sá w Brazylii, która przedstawiła prezentację pt. *Derechos humanos e inteligencia artificial: una reflexión necesaria*. Następne wystąpienie zatytułowane *Compliance tributario: la responsabilidad atribuida a la inteligencia artificial* przygotowane zostało przez mgr Manke Vieire oraz prof. Bon Vecchio. Z kolei mgr Thiago Santos Rocha z hiszpańskiego Universidad de Oviedo zaprezentował referat pt. *Mínimo social: el último bastión de protección jurídica de las personas vulnerables a la economía digital*. Prof. Antonio Tirso Ester Sánchez z UPLGC analizował natomiast problematykę wpływu sztucznej inteligencji na prawa człowieka w prelekcji pt. *Reflexiones acerca de los principios de derechos humanos sobre inteligencia artificial*.

Drugi dzień konferencji rozpoczął się od ponownego zaprezentowania materiałów partnera konferencji, po którym nastąpił pierwszy panel, moderowany przez dr. hab. Tomasza Srogosza, prof. KAAFM. Wystąpił w nim prof. Jacek Mazurkiewicz z Uniwersytetu w Zielonej Górze, który w porywającym referacie *Inteligencja dołącza. Niech żyje sztuczna inteligencja! W służbie prawdy. Jak Assange i Manning!* stawiał pytania o przyszłość sztucznej inteligencji. Dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, prof. US, z Uniwersytetu Szczecińskiego podjęła się omówienia tematu *Artificial Intelligence and models of non-judicial civil litigation*. Następnie wystąpiła dr hab. Joanna Unterschütz, prof. WSAiB, z Wyższej Szkoły Administracji i Biznesu im. Eugeniusza Kwiatkowskiego w Gdyni, prezentując swoje przemyślenia odnośnie zagadnienia *Artificial Intelligence and the freedom of association*. Referat pt. *Emotions and AI* wygłosiła dr hab. Julia Stanek, prof. KAAFM, z Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. Następnie miało miejsce wystąpienie dr. hab. Marcina Marcinko z Uniwersytetu Jagiellońskiego dotyczące *Artificial Intelligence and the Protection of the Right to Life in Law Enforcement Operations*. W dalszej kolejności przemyślenia na temat *Challenges of Smart Contracts in Contract Law – Do Algorithmic Tools Undermine Human Autonomy?* zaprezentowała dr Kubiak-Cyrul, która swoim nowatorskim podejściem do problematyki wzbudziła spore zainteresowanie słuchaczy.

Moderatorem kolejnego panelu była prof. Stępień-Załucka, a pierwszym prelegentem dr hab. Mariusz Fras z Uniwersytetu Śląskiego, który zaprezentował referat *Applicable law on liability for damage caused in traffic accidents involving autonomous vehicles*. Następnie głos zabrała dr hab. Monika Szaraniec, prof. UEK, z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, która zdecydowała się na zaprezentowanie słuchaczom frapującego tematu *Artificial intelligence and the problem of exclusion of a certain category of clients in the example of the insurance market. Selected issues*. Dalsza część panelu została zdominowana przez przedstawicieli KAAFM: prof. Srogosza (*The Autonomous Weapons Systems: Some Remarks Under International Humanitarian Law*), dr Ięć Bałos (*The Real Problems with AI-related Inventions and Human Rights*), dr Katarzynę Jasińską (*Poland Judge's e-assistant in common courts*) oraz dr Partyk (*AI and administration of justice – some remarks on independents judges*).

Kolejna sesja była moderowana przez prof. Stanek. Referat o oryginalnym i wzbudzającym zainteresowanie tytule *The Cheshire Cat or a few words about AI legal personhood concept. Transparency, including clarity, as a legal requirement for Artificial Intelligence systems*, jako pierwsza wygłosiła dr Gabriela Bar z Uniwersytetu Opolskiego. Następnie wystąpiła dwójka przedstawicieli KAAFM: dr Szpyt (*Legal Restrictions on the Production*

of Sex-Robots and Sexual Human Rights) oraz dr Kinga Piwowska (Współczesny neoluddyzm w zdigitalizowanym zatrudnieniu. Prawa człowieka pracującego w świecie automatyzacji, robotyzacji i sztucznej inteligencji). W dalszej kolejności referat pt. *Robot as a new object of property rights-remarks based on the Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods* zaprezentował dr Arkadiusz Michalak z Centrum Praw Własności Intelektualnej im. H. Grocjusza. Po nim swoje przemyślenia na temat *The issue of using artificial intelligence in the workplace through the prism of Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* przedstawił dr Michał Barański z Uniwersytetu Śląskiego. Sesję zamknął referat dr Katarzyny Lazari-Radek z Uniwersytetu Łódzkiego, noszący tytuł: *Threats to human rights in the case of AI-driven personalization*.

Ostatni już panel studencko-doktorancki moderowany był przez dr Parzyk oraz dr. Szpyta. Jako pierwsza wystąpiła mgr Małgorzata Duda-Śmiałek z KAAFM, prezentując temat: *Transparency of artificial intelligence as an expression of the right to be informed*. Następnie swój referat pt. *Artificial intelligence and the development of deepfake technologies as modern threats to human rights* wygłosił mgr Norbert Tułak (KAAFM). Kolejny temat, *Discriminatory algorithms*, został przedstawiony przez mgr Kingę Sabinę Zielińską z Akademii Leona Koźmińskiego. Dwa ostatnie, niezwykle ciekawe wystąpienia należały do Agaty Ziobroń z Uniwersytetu Rzeszowskiego (*Artificial Intelligence in the context of crime and criminal justice system – a threat for the rights of the accused?*) oraz Patryka Kanii z Uniwersytetu Śląskiego (*Dziedziczenie dóbr cyfrowych. Rozważania na tle prawa niemieckiego i polskiego*).

Kamil Najjar

prezes zarządu Studenckiej Poradni Prawnej KA AFM

ORCID: 0000-0002-6231-8685

najjar.kamil@gmail.com

Działalność Studenckiej Poradni Prawnej w czasie pandemii COVID-19

2 marca 2020 r. do szpitala w Zielonej Górze trafił 66-letni mężczyzna, który wrócił do Polski z wyjazdu do Westfalii w Niemczech. Już po dwóch dniach został on pozytywnie zdiagnozowany na obecność nowego wówczas wirusa SARS-CoV-2, który budził postrach całego świata. Był to pierwszy w Polsce stwierdzony przypadek zakażenia. Od tamtego momentu liczba zachorowań zaczęła stale rosnąć. W związku z tym już 14 marca ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego na terenie całego kraju, który obowiązywał do 20 marca, kiedy to zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia zaczął obowiązywać stan epidemii. Na granicach Polski wprowadzono kordon sanitarny, znacząco ograniczający m.in. ruch graniczny.

W tym okresie zostały zawieszony również wszystkie zajęcia dla studentów i uczestników innych form kształcenia prowadzonych w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. W związku z tym, dnia 11 marca 2020 r. działalność Studenckiej Poradni Prawnej KA prowadzona w dotychczasowej formie musiała zostać wstrzymana.

Uniwersyteckie kliniki prawa w całym kraju co do zasady przed wybuchem pandemii działały w formie stacjonarnej. Zainteresowany klient musiał udać się do danej poradni, gdzie studenci odbywający dyżur mogli z nim porozmawiać, wytłumaczyć mu zasady udzielania bezpłatnych porad prawnych i przyjąć jego zapytanie. Tak wyglądało to również w naszej poradni. Zdecydowana większość spraw prowadzonych przez Studencką Poradnię Prawną KA pochodziła od klientów, z którymi studenci mieli kontakt twarzą w twarz w pokoju poradni czy też w areszcie śledczym, gdzie członkowie sekcji karnej cyklicznie odbywali dyżury, przyjmując zapytania od osadzonych. Tradycyjne

funkcjonowanie organizacji stało się w obliczu obostrzeń epidemiologicznych niemożliwe, co znacząco utrudniło naszą pracę. Jednak taka sytuacja wcale nie sprawiła, że ubyło osób potrzebujących pomocy prawnej. W związku z tym, że misją naszej poradni jest przede wszystkim niesienie pomocy prawnej ludziom ubogim, szczególnie zagrożonym pozostawaniem na marginesie życia społecznego, tym bardziej byliśmy zobowiązani do przedsięwzięcia działań mających na celu ich ochronę. Wszelkie starania z naszej strony zostały przez to skierowane na dotarcie do nich nawet w ciężkich czasach obostrzeń pandemicznych.

Studencka Poradnia Prawna KA od lat przyjmowała zapytania nie tylko podczas stacjonarnych dyżurów w pokoju poradni czy areszcie. Zainteresowani naszą pomocą mogli się z nami kontaktować również wysyłając na nasz adres list bądź też maila na prowadzoną przez nas skrzynkę elektroniczną. Dzięki tym rozwiązaniom mogliśmy służyć pomocą prawną nawet w przypadku braku dyżurów. Niestety zawsze wiązało się to z wydłużeniem czasu przyjęcia i sporządzenia opinii prawnej, którego w wielu sprawach nasi klienci mają naprawdę niewiele. Brak bezpośredniego kontaktu z klientem często uniemożliwiał uzyskanie od niego wszelkich niezbędnych wyjaśnień co do sytuacji, którą opisywał przesyłając zgłoszenie, sprawiając tym samym, że przygotowując opinie prawną musieliśmy wielokrotnie wysłać do niego prośby o dodatkowe opisy sytuacji, czy też o dostanie nam kopii potrzebnych dokumentów. Oprócz tego przy każdym zgłoszeniu w takiej formie musieliśmy przed sporządzeniem porady odesłać do klienta kartę informacyjną w celu złożenia przez niego wymaganych prawem oświadczeń, umożliwiających nam zajęcie się jego sprawą. Jak nie trudno się domyślić, nie tylko jeszcze bardziej wydłużało to czas oczekiwania klienta na pomoc prawną, ale także znacznie utrudniało naszą pracę. Jak już wspominałem, klienci często potrzebują porady natychmiast, a takie procedury praktycznie uniemożliwiały nam pilne ruszenie z pomocą. W związku z powyższym musieliśmy pilnie wymyślić rozwiązanie, które chociaż w pewnym stopniu ułatwi nam wypełnianie misji Studenckiej Poradni Prawnej w dobie zagrożenia epidemiologicznego.

Wysiłkiem wielu ludzi zaangażowanych w naszą działalność *pro bono* już w okresie wakacyjnym ruszyła strona internetowa Studenckiej Poradni Prawnej, na której znajduje się formularz zgłoszeniowy. Wypełnienie go jest niezwykle proste i intuicyjne, a przy jego przesłaniu uzyskujemy wszelkie wymagane oświadczenia, pozwalające natychmiast zająć się sprawą. Po kilku miesiącach działania jest to obecnie główne źródło nowych porad. Klienci radzą sobie z wypełnieniem formularza, więc ze spokojem możemy uznać to za mały sukces naszej organizacji.

Ponadto wraz z początkiem semestru zimowego ruszyliśmy z innowacyjną formułą dyżurów online na platformie Zoom, poprzez którą studenci przed rozwiązaniem sprawy mają okazję na żywo porozmawiać z klientem, uspokoić go, a także w czasie rzeczywistym dopytać o kwestie, o których klient pisząc do nas nawet by nie pomyślał. Nie jest tajemnicą, że często osoby nie zajmujące się prawem pomijają kluczowe elementy sprawy, skupiając się bardziej na emocjach. Odkrycie takich detali, ale także wyklarowanie oczekiwań klienta co do konkretnej sprawy, wymaga jego poznania. Student musi poprowadzić z nim rozmowę w taki sposób, aby ten obdarzył go odpowiednim zaufaniem, co pozwoli na uzyskanie najważniejszych informacji. Dzięki dyżurom online jest to możliwe w prawie takim samym stopniu jak przed pandemią. Rozpoczynając działalność w takiej formie pokazujemy nowoczesne podejście do działalności uniwersyteckich klinik prawa, podkreślając tym samym, że Studencka Poradnia Prawna KA chce aktywnie pomagać nawet w czasie zagrożenia epidemiologicznego, nie ograniczając się wyłącznie do dotychczasowych dróg dotarcia do potrzebujących.

Jednak wszystkie starania ułatwiające kontakt ze Studencką Poradnią Prawną KA nie miałyby żadnego sensu, jeśli zainteresowani naszą pomocą nie wiedzieliby o tym. W obliczu licznych obostrzeń w przemieszczaniu się musieliśmy przenieść się do Internetu i tam rozpowszechnić naszą działalność. Od początku kadencji obecnego zarządu poradni głównym celem była jak najszerza jej promocja. Aktywnie zaczęliśmy udzielać się w sieci. Na naszej stronie www i na fanpage'u poradni na portalu Facebook pojawiają się – w formie cotygodniowego bloga – krótkie artykuły pisane przez naszych członków, które prostym językiem wyjaśniają bieżące zagadnienia związane z prawem, mogące dotyczyć potencjalnych klientów. Doskonale wpisuje się to w misję poradni, ponieważ regularnie tłumaczymy szerszej publiczności często skomplikowane problemy, których objaśnień ludzie w pierwszej kolejności poszukują właśnie w Internecie. Dzięki temu osoby, których zainteresuje artykuł, dowiadują się o nas. Poza tym naszą działalność wzbogacamy również o prowadzenie otwartych szkoleń. Dobrym przykładem jest tutaj szkolenie dla nowych studentów obcokrajowców z naszej uczelni, gdzie tłumaczymy takie kwestie jak: statut prawny cudzoziemca w Polsce, prawa i obowiązki przysługujące studentowi będącemu cudzoziemcem, czynności, które musi podjąć obcokrajowiec w celu uzyskania pracy, czy też jak wygląda ubezpieczenie społeczne i zdrowotne studenta w Polsce. To dzięki takim działaniom od 30 czerwca 2020 r. zwiększyliśmy zasięgi fanpage'a Studenckiej Poradni Prawnej KA o ponad 80% na portalu Facebook, co bezpośrednio przekłada się na liczbę przychodzących zapytań od osób,

które potrzebują pomocy prawnej. Po gwałtownym spadku nowych zgłoszeń związanym z zawieszeniem stacjonarnej działalności, teraz pomagamy nawet większej liczbie klientów miesięcznie niż przed wybuchem pandemii, podczas gdy wiele innych uniwersyteckich klinik prawa w Polsce od marca nie wznowiło swojej działalności.

Ważnym wyróżnieniem jest fakt, że mimo obostrzeń udało się przeprowadzić w formie zdalnej II Edycję Ogólnopolskiego Konkursu „Symulacja Rozprawy Cywilnej” organizowaną przez Studencką Poradnię Prawną KA. Świadczy to o wielkim zaangażowaniu naszych członków w chęć poszerzania swoich umiejętności, bez względu na wszelkie przeszkody. Dzięki zaangażowaniu licznych zewnętrznych sponsorów i patronów, takich jak: Okręgowa Izba Radców Prawnych, Okręgowa Rada Adwokacka, Sąd Okręgowy w Krakowie, Wydawnictwo C.H. Beck, Szkoła Prawa Procesowego Ad Exemplum, Kancelaria Prawnicza Dentons czy Fundacja Uniwersyteckich Poradni Prawnych, wydarzenie okazało się dużym sukcesem. Decydując się na zaangażowanie w taką inicjatywę, w praktyce demonstrujemy nowoczesne podejście do nauki prawa oraz otwartość na nowe technologie.

Studencka Poradnia Prawna KA nawet w ciężkich czasach pandemii COVID-19, naznaczonych licznymi obostrzeniami i wspólnymi staraniami całego społeczeństwa w walce z wirusem, nie odpuszcza w realizacji obranej przez siebie misji. Studenci pracujący w naszej poradni stale pomagają ludziom ubogim i czują palącą potrzebę niesienia bezpłatnej pomocy prawnej, nawet pomimo wszelkich utrudnień, które nas teraz spotykają. Bezustannie staramy się dotrzeć do osób, które mogą być wykluczone i nie zamierzamy zaprzestać naszych działań. Wykorzystujemy nowoczesne technologie i zmieniamy podejście tak, aby być jak najbardziej przystępnymi. Cały czas dzięki temu w głowach przyszłych prawników formuje się etos pracy *pro publico bono* i wzrasta stopień wrażliwości na kwestie naruszania praw jednostki.

Kacper Siudut

student, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0001-7701-6236.

kacper.siudut@gmail.com

Sekcja cywilna Studenckiej Poradni Prawnej Krakowskiej Akademii

Sekcja cywilna Studenckiej Poradni Prawnej Krakowskiej Akademii (dalej: SPP KA) sporządza porady, opinie prawne oraz wzory pism i umów z zakresu prawa materialnego i procedury cywilnej. Ze względu na obszerność prawa cywilnego nie sposób wymienić wszystkich spraw, którymi zajmuje się sekcja, jednak w szczególności doradza ona w kwestiach związanych z prawem rodzinnym, prawem własności, prawem zobowiązań, prawem spadkowym, prawem autorskim oraz procedurą cywilną.

Opiekunami sekcji cywilnej są: dr hab. Julia Stanek, prof. KAAFM, dr Katarzyna Jasińska oraz dr Aleksandra Partyk. Oprócz działalności naukowej, wykonują one także zawód radcy prawnego, co sprawia, że jakość udzielanych przez studentów porad i sporządzanych pism procesowych jest na najwyższym poziomie.

Kierowaniem prac sekcji, sprawowaniem nadzoru nad jej działalnością oraz prowadzeniem dokumentacji zajmuje się koordynator sekcji prawa cywilnego.

Dla członków sekcji cywilnej przeprowadzane są przez dr Partyk warsztaty z pism procesowych w procedurze cywilnej. Umiejętność sporządzania pism procesowych to podstawa w pracy prawnika, dlatego studenci bardzo chętnie biorą udział w tych warsztatach. Dodatkowo regularnie raz w miesiącu, na stronie internetowej (spp.ka.edu.pl) oraz Facebooku poradni (Studencka Poradnia Prawna Krakowskiej Akademii), studenci z sekcji cywilnej publikują artykuły dotyczące tematów „na czasie” związanych z prawem cywilnym (np. *Koronawirus a kontakty rodzica z małoletnim dzieckiem*).

Według raportu Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości blisko 60% spraw toczących się przed sądami w Polsce to sprawy cywilne. Znajduje to potwier-

dzenie w działalności poradni, gdyż to właśnie do sekcji cywilnej wpływa najwięcej spraw. Z tego też powodu jest ona najliczniejszą pod względem osób sekcją, spośród wszystkich funkcjonujących przy SPP KA.

Opinie oraz porady prawne, które sporządzają członkowie sekcji cywilnej pod okiem doświadczonych opiekunów, bardzo często dotyczą dość skomplikowanych i zawiłych spraw, które zawierają obszerny materiał dowodowy. Sekcja cywila sporządza coraz więcej pism procesowych, które trzeba napisać w określonym czasie. Ma to niebagatelny wpływ na doświadczenie, jakie studenci zdobywają podczas pracy w poradni, ponieważ prawnicy muszą trzymać się określonych w ustawie terminów. W ostatnim czasie klient sekcji cywilnej poprosił o sporządzenie odpowiedzi na pozew o ustanowienie rozdzielności majątkowej małżeńskiej. Studenci w ciągu czterech dni zapoznali się z całym materiałem dowodowym i sporządzili pismo. Dowodzi to tego, że członkowie sekcji cywilnej są w stanie zapewnić profesjonalną pomoc prawną klientom w sprawach niecierpiących zwłoki.

Członkostwo w sekcji cywilnej w znacznym stopniu pomaga w rozwoju kariery zawodowej – absolwenci z powodzeniem zdają egzaminy wstępne na aplikacje prawnicze, takie jak aplikacje: radcowska, adwokacka i notarialna.

Podsumowując, sekcja cywilna świadczy pomoc prawną wielu osobom, sporządzając w sposób profesjonalny i rzetelny porady, opinie prawne i pisma procesowe. Przyczynia się również do rozwoju osobistego jej członków, kształtując przyszłą karierę zawodową studentów.

Robert Borkowski

dr hab., prof. KA AFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ORCID: 0000-0001-7086-9455

Robin T. Bowen, *Ethics and the Practice of Forensic Science*, 2nd ed., CRC Press Taylor & Francis, Boca Raton cop. 2018, 253 ss.

Na ogół dominuje pogląd, że zarówno przedstawiciele świata nauki, jak i pracownicy wymiaru sprawiedliwości wyróżniają się pozytywnie od reszty społeczeństwa, legitymując się wysokim poziomem wiedzy i etyki zawodowej. W rzeczywistości jednak – pisze we wstępie do swej książki Robin T. Bowen – jest to wyłącznie stereotyp, a osoby te wykazują się przestrzeganiem norm moralnych w tak samo zróżnicowany sposób, jak reszta populacji. Bowen podkreśla, że od pewnego czasu daje się zauważyć wzmożone zainteresowanie problematyką kryminalistyki, kryminologii i medycyny sądowej, czego wyrazem w ostatnich latach jest nie tylko rosnąca liczba publikacji fachowych, ale też popularność coraz większej liczby utworów filmowych i seriali telewizyjnych poświęconych tej tematyce. Autorka *Ethics and the Practice of Forensic Science* jest kryminologiem, wykładowcą Uniwersytetu Zachodniej Wirginii, a o jej ugruntowanej pozycji zawodowej świadczy m.in. członkostwo w Komitecie redakcyjnym „Encyclopedia of Forensic Sciences”.

Terminu „*forensic*” zawartego w tytule książki nie da się w bezpośredni sposób przełożyć na język polski. Przymiotnik ten cechuje bowiem wieloznaczność, co jest zresztą charakterystyczne dla języka angielskiego. Określa on zarówno zagadnienia sądowe (medycyna sądowa, psychiatria sądowa etc.), prawnicze (kompetencje barristera), kryminologiczne (psychologia kryminalna), jak i kryminalistyczne (analiza kryminalna, techniki kryminalistyczne etc.)¹. Autorka wyjaśniając podstawy anglosaskiej *forensic science* stwierdza, że

¹ Zob. A.M. Sendur, A. Warecka, *English for Safety, Security and Law Enforcement*, Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne–Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2012, s. 29; A.S. Hornby, *Oxford Advanced Dictionary of Current English*, 3rd ed., Oxford University Press, London 1974, s. 337; *Home Study Dictionary*, compiled by Ch. Annandale, rev. by R.F. Patterson, J. Dougall, Peter Haddock, Blackie 1990, s. 293.

jej istotą jest badanie i dostarczanie dowodów popełnienia przestępstw (s. 31). Sednem tak rozumianej dyscypliny jest według niej triada: badania kryminalistyczne miejsca zbrodni, badania laboratoryjne oraz znaczenie wiedzy ekspertów (s. 36–37). Książka Bowen dotyczy szeregu zagadnień etycznych, przed którymi stają przedstawiciele zawodów związanych z kryminalistyką i wymiarem sprawiedliwości. Autorka porusza w niej zagadnienie naruszania prawa w praktyce działania laboratoriów kryminalistycznych, które przejawia się m.in.: fałszowaniem wyników badań, czy popełnianiem oszustw, kradzieży i krzywoprzysięstwa zarówno przez szeregowych laborantów, jak i dyrektorów tego rodzaju placówek.

Książka podzielona jest na dziesięć zwięzłych rozdziałów. Tym samym lektura jest stosunkowo łatwa i przystępna dla każdego czytelnika. Pierwsze cztery rozdziały mają charakter wstępnych rozważań, których zadaniem jest wprowadzenie czytelnika w problematykę etyki i kryminalistyki. Dotyczą one istoty etyki jako nauki, w której rozpatrywane są dylematy związane z podejmowaniem decyzji skutkujących dobrymi lub złymi rezultatami – rozdział pierwszy *What is Ethics?* (s. 15). Autorka w rozdziale tym poświęca gros uwagi etyce utilitarystycznej i deontologii. W kolejnych rozdziałach Bowen pisze o zastosowaniu etyki w sferze prawa i kryminalistyki. Rozdział drugi *An Ethical Approach to Forensic Professionalism* dotyczy wykształcenia i kompetencji, które pozwalają minimalizować błędy w pracy, od której zależą niejednokrotnie ludzkie losy i cierpienia (s. 19–30); rozdziały trzeci – *Ethics in Forensic Science* i czwarty – *The Ethics of the Criminal Justice Culture* mają charakter ogólnego i bardzo przystępnego, by nie rzec popularnego wprowadzenia do problematyki etyki, kryminalistyki i funkcjonowania amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości.

Kolejne dwa rozdziały dotyczą praktyki funkcjonowania organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Rozdział piąty *Changing the „Game” of Policing: Ethics and Efficacy in Police Reform and Forensic Investigations* porusza zagadnienie etyki służby policyjnej, szczególnie sposobu prowadzenia śledztwa, a rozdział szósty nosi znamienny tytuł *Ethics in the Courtroom* i odnosi się do zagadnień psychologii sali sądowej oraz etyki postępowania w trakcie procesu. Natomiast w rozdziale siódmym *Research Ethics in Science* Bowen rozwija wątki poruszone już wcześniej, w trzecim rozdziale. Kolejność i sposób zaprezentowania w książce niektórych zagadnień z tego obszaru tematycznego może budzić drobne zastrzeżenia. Najpierw bowiem powinny zostać omówione wątki ogólne etyki badań naukowych, a później szczegółowe, odnoszące się do badań kryminalistycznych. Autorka w sposób klarowny podkreśla znaczenie trzech elementów etycznej postawy każdego badacza. Według niej

warunkiem podstawowym jest jego osobista uczciwość, następnie poprawność warsztatu prowadzonych przez niego badań, a wreszcie pokora, czyli nieodzowna świadomość niepewności pomiarów i możliwości popełniania błędów (s. 105).

Rozdział ósmy *Unethical Behavior: The Fork in the Road* poświęcony jest wskazaniu przyczyn patologii występujących w placówkach badań kryminalistycznych w Stanach Zjednoczonych. Autorka wykazuje się bardzo dobrą znajomością realiów pracy w amerykańskich laboratoriach. Pośród głównych przyczyn błędów popełnianych w badaniach Bowen wymienia przepracowanie i przeciążenie szeregowych pracowników, a także nacisk kładziony na szybkość i efektywność pracy. Jak wskazuje, odgórna presja na efektywność w dostarczaniu materiału dowodowego ukazana jest np. w serialach z serii „CSI”, choć w jakże złagodzonej formie w stosunku do realiów (s. 131). Powszechna jest bowiem obawa młodych pracowników przed zwolnieniem, co skutkuje zatajaniem ich wątpliwości co do uzyskanych wyników analiz, aby nie rozdrażniać przełożonego (s. 123). W istocie zatem kultura pracy, w której dominuje strach przed szefem, prowadzi do wynaturzeń i braku efektywności, czego przykładem było funkcjonowanie laboratorium kryminalistycznego policji w blisko milionowym mieście Austin w stanie Teksas, gdzie przez wiele lat dochodziło do skandalicznych przypadków nierzetelności, braku nadzoru, pomyłek w badaniach DNA etc. (s. 147–148). Podobne patologie miały miejsce także w laboratorium policyjnym w Houston (s. 153).

Dziewiąty rozdział nosi dość przewrotny tytuł *Good Examples of Bad Behavior* (s. 143), przez co autorka rozumie praktyki łamania prawa przez pracowników laboratoriów kryminalistycznych. Anglosaskie podejście, jakże odmienne od prac polskich etyków, może nieco szokować. Bowen analizuje nieetyczne zachowania skutkujące ludzkimi dramatami, aby uświadomić czytelnikowi znaczenie etyki zawodowej dla sprawnego i poprawnego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Omawia słynną sprawę O.J. Simpsona, przypominając, że ekipa śledcza zabezpieczyła ślady na miejscu zbrodni dopiero po dziesięciu godzinach od dokonania morderstwa. Bowen opisuje również przypadek Annie Dookhan, która uważana była za wzorową pracownicę laboratorium w Jamaica Plain w stanie Massachusetts. Tymczasem chemiczka była chaotyczna i często fałszowała badane próbki, byle tylko mieć wyniki na czas i przebywała w laboratorium wiele godzin, aby zyskiwać pochwały przełożonych (s. 145–146). Zaniepokojenie współpracowników wzbudziło posługiwanie się przez Dookhan niewłaściwymi narzędziami w niektórych analizach. Przystępny proceder laborantki wpłynął na 37,5 tys. spraw kryminalnych – system stanowego wymiaru sprawiedliwości zachwiał

się w posadach, gdy okazało się, jak wiele osób należy zwolnić z zakładów karnych (w tym groźnych przestępców) oraz wypłacić odszkodowania idące w miliony dolarów. Sama sprawczyni skazana została na karę 5 lat więzienia. Rekordzistą w fałszowaniu okazał się również analityk z policji stanowej New Jersey, który sfabrykował dowody przestępstw w 7827 sprawach, czy cierpiąca na chorobliwy przerost ambicji treserka psów policyjnych, która podrzuciła w plenerze swym czworonożnym podopiecznym wykradzione przedmioty, aby za wszelką cenę wykazywać, że zawsze podejmują one trop. Nierzetelność w ocenie dowodów kończyła się nierzadko prawdziwymi dramataми, jak w przypadku niewinnie skazanego, który spędził w więzieniu 33 lata tylko dlatego, że technik przeprowadzający analizę fotografii dopuścił się poważnych zaniedbań (s. 149).

Częstym procederem w amerykańskich laboratoriach jest kradzież substancji psychoaktywnych z magazynów dowodów rzeczowych, jak to miało miejsce w laboratoriach kryminalistycznych policji stanów Oregon (s. 148), Floryda czy Massachusetts. W tym ostatnim laborantka Sonja Farak zaopatrywała się w narkotyki, podkradając je przez osiem lat. Kolejną patologią w pracy amerykańskich laboratoriów kryminalistycznych jest nierzetelność, niedokładność i w istocie bałagan w przeprowadzaniu analiz DNA. W środowiskach eksperckich całego świata dominuje opinia, że poziom profesjonalizmu w kryminalistycznych analizach genetycznych jest w Stanach Zjednoczonych znacznie niższy niż w krajach europejskich. Rozdział dziesiąty poświęcony jest zagadnieniu sformalizowania zasad etyki zawodowej, co w przypadku zawodów związanych z kryminalistyką, organami ścigania i wymiarem sprawiedliwości, jest – zdaniem autorki – niezbędne.

W książce odniesiono się do kodeksów etyki i postępowania dwudziestu różnych organizacji zawodowych, słusznie zatem całości monografii dopełniają cztery aneksy zawierające treść wybranych kodeksów etyki oraz indeks występujących w książce pojęć. Aneks A zawiera Kodeks etyki Amerykańskich Pracowników Kryminalistyki, natomiast aneks B Kodeks etyki Funkcjonariuszy Amerykańskich Służb Mundurowych. Najobszerniejszy aneks C zawiera kodeksy etyki organizacji i instytucji wybranych państw świata, w tym Australijskiej Policji Federalnej (AFP), Kanadyjskiego Towarzystwa Kryminalistycznego (CSFS), Europejskiej Sieci Instytutów Kryminalistyki (ENFSI), Kanadyjskiej Królewskiej Konnej Policji (RCMP), Stowarzyszenia Kadry Kierowniczej Laboratoriów Kryminalistycznych Australii i Nowej Zelandii (SMANZLF) oraz Służby Policyjnej Południowej Afryki (SAPS). Z kolei aneks D odnosi się do kwestii etyki działań odwetowych.

Język i styl narracji oraz układ treści zapewniają interesującą lekturę, po którą sięgnąć mogą nie tylko specjaliści. Książka Robin T. Bowen nie może raczej spełniać w Polsce funkcji podręcznika z racji odmienności zarówno amerykańskiego, jak i europejskich systemów prawnych i policyjnych. Może i powinna być jednak przestrożą przed niedbalstwem, niedouczeniem i nieuczciwością. Po jej przeczytaniu czytelnik kolejny raz powinien uzmysłwić sobie, jak ogromny jest rozdźwięk między realiami życia i funkcjonowania wielu instytucji w Stanach Zjednoczonych a ich wszechobecną w obrazach filmowych i serialach telewizyjnych idealizacją.

Rafał Czachor

dr hab., prof. KA AFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ORCID: 0000-0002-5929-9719

Anthea Roberts, *Is International Law International?*, Oxford University Press, New York [cop. 2017], 406 ss.

W dyskursie naukowym historycznie dobrze ugruntowana i wciąż aktualizowana jest kwestia, czy prawo międzynarodowe jest prawem. Przyczyna dyskusji na ten temat tkwi w oczekiwaniu, że normy prawne będą zawierać element sankcji oraz w samej istocie prawa międzynarodowego publicznego, które nie ustanowiło powszechnego mechanizmu egzekwowania prawa i nie jest zabezpieczone poprzez mechanizm stosowania środków przymusu. Doktryna odrzuca wątpliwości w tej materii, wskazując, że przypadki łamania prawa międzynarodowego nie powinny przesłonić faktu, że jest ono zasadniczo przestrzegane, a sankcje przybierają formę od potępienia i niechęci aż do interwencji militarnej pod auspicjami Rady Bezpieczeństwa ONZ¹. Wobec powyższego zarysowuje się kolejne pytanie, również dotyczące fundamentów prawa międzynarodowego publicznego, a mianowicie, czy jest ono międzynarodowe. Pytanie to dotyczy tego, czy mamy do czynienia z jednolitym rozumieniem i stosowaniem prawa międzynarodowego publicznego w różnych częściach świata. Problem ten, jakże ciekawy i godny zgłębienia, niekiedy określany jako przedmiot zainteresowania „prawa międzynarodowego porównawczego”, do tej pory nie doczekał się szczególnie bogatej literatury. Z tego powodu interesująca wydaje się wydana przez Wydawnictwo Uniwersytetu Oksfordzkiego książka pod prowokującym tytułem *Is International Law International?* [Czy prawo międzynarodowe jest międzynarodowe?].

Recenzowana publikacja autorstwa Anthei Roberts, australijskiej badaczki prawa międzynarodowego, jest godna odnotowania ze względu na tytuł, te-

¹ Zob. np.: W. Czapliński, A. Wyrozumka, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 3 zm. i uaktualnione, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 1–2; A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4th ed., Routledge, London–New York 2010, s. 14–15.

mat i treść, ale także z powodu prowokowania pytań i skłaniania do refleksji nad kilkoma kwestiami. Pierwsza dotyczy tego, jak prawo międzynarodowe publiczne jest rozumiane i interpretowane w różnych częściach świata, w rozmaitych kulturach prawnych. Druga kwestia odnosi się do zagadnienia, jak nauczane jest prawo międzynarodowe publiczne jako dyscyplina naukowa i na czym polegają główne różnice w tym zakresie. Oba problemy są przedmiotem badania, którego rezultatem jest przedmiotowa publikacja. Trzecia kwestia, w formie bardziej ogólnej refleksji związanej z lekturą książki, dotyczy współczesnych trendów w nauce, wyzwań związanych z dominacją kultury zachodniej i europocentryzmem oraz płynących z tego ograniczeń w możliwości zrozumienia i poznania zjawisk społecznych, mających miejsce w innych częściach świata.

Swoje badanie Roberts lokuje w subdyscyplinie międzynarodowego prawa porównawczego, które definiuje jako „badanie międzynarodowych podobieństw i różnic w sposobie, w jaki prawo międzynarodowe jest rozumiane, interpretowane, stosowane przez podmioty w różnych i z różnych państw” (s. 2).

Książka ma na celu „zmierzyć się z tezą, że specjaliści z zakresu prawa międzynarodowego operują na tym samym polu”, choć autorka zaznacza, że jej studium nie ma aspiracji wyczerpania zagadnienia (s. 2). Faktycznie, poza jej uwagą pozostają istotne państwa czy wręcz całe kultury prawne Azji, Afryki i Ameryki Południowej, o Europie nie wspominając. Zakres swoich badań zawężyła ona do stałych członków Rady Bezpieczeństwa ONZ (Stanów Zjednoczonych, Rosji, Wielkiej Brytanii, Francji, Chin), a dokładniej do pięciu wiodących ośrodków akademickich w każdym z tych państw (w przypadku Wielkiej Brytanii zakwalifikowano: London School of Economics, University College London, University of Cambridge, University of Oxford i King’s College London, a Stanów Zjednoczonych – Harvard University, Stanford University, Yale University, University of Chicago i Columbia University). Decyzja ta wydaje się uzasadniona, ponieważ – nawet przy obowiązywaniu zasady suwerennej równości państw – zarówno polityczny, jak i naukowy wpływ niektórych z nich jest dużo większy niż pozostałych. Oczywiście powoduje to, że poza polem widzenia australijskiej prawniczki pozostają takie kultury prawne i doktryny prawa międzynarodowego, jak indyjska, japońska, niemiecka czy latynoamerykańska. Zresztą Roberts jest świadoma, że fakt ten może wpływać na ogląd sytuacji w perspektywie globalnej (s. 7). Przedmiotem zainteresowania badaczki i materiałem, na bazie którego sformułowano wnioski z badań, stały się biografie naukowe pracowników wydziałów prawa uczelni specjalizujących się w prawie międzynarodowym publicznym

(Roberts interesowało to, gdzie się kształcili, jakie inne studia podejmowali) oraz ich publikacje (co i gdzie publikują), a także umiędzynarodowienie studiów (zagraniczne przepływy studentów) i treść podręczników z prawa międzynarodowego (w jaki sposób prezentowane są zagadnienia, czy konfrontowane są ustalenia badaczy narodowych z ustaleniami międzynarodowymi).

Autorka przyjmuje słuszne założenie, że „idea prawa międzynarodowego zakłada, że jest ono tworzone w oparciu o równość narodów, zasobów i idei pochodzących z różnych tradycji narodowych i regionalnych. W rzeczywistości jednak niektóre podmioty znacznie dominują w przestrzeni międzynarodowej i wpływają na rozumienie «międzynarodowości»” (s. 8). W związku z powyższym przyjmuje ona, że istnieją „eksporterzy” prawa międzynarodowego publicznego, zdolni określić jego treść i narzucić swoją wolę, „importerzy”, czyli bierni odbiorcy prawa, oraz „państwa pomiędzy” (*in between states*), mające wpływ tylko na regionalne postrzeganie prawa międzynarodowego (s. 9). Autorka zaznacza, że problem ten – nie bez rozżalenia – zauważa m.in. włoski prawnik Giorgio Sacerdoti, pisząc, że łamy „*American Journal of International Law*” są właściwie zamknięte dla badaczy nieamerykańskich i nie bazujących na amerykańskiej literaturze naukowej (s. 101). Takie zarysowanie tezy badawczej przez Roberts zachęca do zapoznania się z całością monografii.

Recenzowana publikacja składa się z sześciu rozdziałów. Pierwszy, zatytułowany *The Divisible College of International Lawyers*, ma charakter wprowadzenia do problematyki i charakterystyki podjętego zagadnienia. Drugi, *Project Design*, to rozdział, w którym autorka wyjaśnia przyjęte przez siebie założenia i zastosowane metody badawcze. Kluczowe dla książki są kolejne dwa rozdziały: *Comparing International Law Academics* oraz *Comparing International Law Textbooks and Casebooks*. Roberts bada w nich przede wszystkim stopień umiędzynarodowienia katedr prawa międzynarodowego publicznego w wybranych przez siebie wiodących uczelniach oraz treść podręczników na nich publikowanych, także pod kątem przyjęcia optyki wykraczającej poza narodową. Z rozdziału trzeciego wynika, że najbardziej umiędzynarodowiona jest kadra na wiodących uniwersytetach brytyjskich (w rozumieniu uzyskania pierwszego dyplomu poza Wielką Brytanią), a najgorzej pod tym względem wypadają Francja, Rosja i Chiny. W związku z powyższym ma miejsce ograniczony przepływ wiedzy i znikoma unifikacja podejść nawet do fundamentalnych dla prawa międzynarodowego kwestii (ocena taka dokonana została m.in. w oparciu o kasus rosyjskiej aneksji Krymu). Choć funkcjonują narodowe szkoły prawa, które różnią się od siebie, autorka wyróżnia dwie: zachodnią i niezachodnią (Rosja, Chiny).

Z rozdziału czwartego płynnie wniosek, że podręczniki amerykańskie i brytyjskie dużo uwagi poświęcają kazuistycie, podczas gdy rosyjskie i chińskie w większym stopniu dotyczą zagadnień teoretycznych i doktrynalnych. Najbardziej zamknięte na zewnętrzne źródła wiedzy i stan faktyczny są podręczniki amerykańskie, w których szeroko omawia się wyroki Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, a dużo mniej miejsca poświęca się orzecznictwu sądów międzynarodowych. Autorka udowadnia także, że istnieją zagadnienia, które w poszczególnych krajach są dokładniej omawiane niż w innych – i tak w Rosji jest to międzynarodowe prawo kosmiczne, a w przypadku nauki chińskiej jej specjalizację stanowi międzynarodowe prawo morza. Roberts stwierdza, że studenci prawa w poszczególnych krajach zdobędą wiedzę różniącą się w tak fundamentalnych kwestiach, jak dopuszczalność i niedopuszczalność niektórych czynów podejmowanych przez państwa na arenie międzynarodowej (s. 199).

Rozdziały piąty *Patterns of Difference and Dominance* oraz szósty *Disruptions Leading to a Competitive World Order* unaocniają dominację perspektywy zachodniej i języka angielskiego jako *lingua franca* środowiska akademickiego. Z perspektywy świata nieanglosaskiego jest to dość oczywiste, natomiast dla badaczy ze Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii czy Australii może być odkrywcz.

Ogółem książkę należy ocenić jako ważną, głównie ze względu na podjęcie istotnego zagadnienia pluralizmu w badaniach nad prawem międzynarodowym publicznym. Aktualność danego tematu związana jest z triumfem Stanów Zjednoczonych w zimnej wojnie. Spowodował on, że zanikły impulsy do kontynuacji badań porównawczych w zakresie prawa międzynarodowego publicznego. Obecnie ta potrzeba wynika z wykształcenia się multipolarnego ładu międzynarodowego z rosnącą rolą Chin i destabilizującą rolą Rosji². Pod względem warsztatowym oraz płynących z recenzji publikacji wniosków, można mieć pewne zarzuty. Główne z nich to przede wszystkim dalece posunięty redukcjonizm, który wynika ze złożoności materii i rozległości przyjętej optyki badawczej³.

W odniesieniu do sformułowanych na początku niniejszej recenzji kwestii wskazać należy, że praca Roberts udowadnia tytułową tezę o istnieniu „wielu praw międzynarodowych”, czyli o różnym stosowaniu prawa przez rzą-

² Przy okazji warto odnotować pojawienie się cennego studium monograficznego poświęconego rosyjskiej interpretacji prawa międzynarodowego publicznego L. Mälksoo, *Russian Approaches to International Law*, Oxford University Press, Oxford 2015.

³ Więcej uwag krytycznych sformułowano w recenzji D.K. Labin, T. Potier, *Keeping International Law International. A Reflection on Anthea Roberts' „Is International Law International?”*, „Moscow Journal of International Law” 2019, No. 4, s. 6–17.

dy państw, jak i jego odmiennym interpretowaniu w wiodących ośrodkach akademickich świata. Tym samym książka australijskiej badaczki rozwija tezę Daniela Bethlehem, który stwierdza, że w procesie tworzenia prawa międzynarodowego poszczególne państwa bardziej kierują się jego krajowym rozumieniem niż samym prawem międzynarodowym jako takim⁴. Autorka udowodniła, że jest to głęboko uwarunkowane narodową perspektywą rozumienia prawa międzynarodowego i taką samą specyfiką jego nauczania jako przedmiotu akademickiego.

Na koniec należy wrócić do trzeciej z kwestii zarysowanych na wstępie recenzji. Chodzi o coraz śmielsze próby otwarcia nauki anglosaskiej na inne systemy, kultury społeczne i prawne. Książki takie jak ta autorstwa Roberts, z pewnością rozszerzają pole zainteresowań specjalistów z zakresu prawa międzynarodowego publicznego oraz prowokują inspirujące dyskusje naukowe⁵. Pojawia się refleksja, że inne, kiedyś nierzadko podporządkowane kolonialnej władzy metropolii narody i państwa, są nie tylko ciekawym polem badawczym, lecz także oferują własne perspektywy badawcze, a niekiedy wręcz całe paradygmaty. Z recenzowanej pracy, ale także innych niedawno wydanych książek widać, jak duży problem posiada nauka zachodnia w starciu z rzeczywistością odmiennych kultur prawnych. Z jednej strony istniejący aparat badawczy, mocno aksjologicznie uzasadniony wartościami demokracji i społeczeństwa obywatelskiego, okazuje się niewystarczający do wyczerpującego opisu rzeczywistości. Z drugiej strony coraz wyraźniejsze są postulaty konieczności wyjścia nauki zachodniej z zasięgów neokolonializmu oraz potrzeby otwarcia się na inne niż własna optyki badawcze. W związku z tym obserwujemy obecnie niekiedy wręcz nieporadne próby sprostania temu problemowi przez naukę zachodnią⁶, a niektórzy autorzy otwarcie przyznają się do pewnej bezradności. Oby takie prace jak *Is International Law International?* stały się kolejnym krokiem ku lepszemu poznaniu złożoności zagadnień prawnych, nie tylko prawnomiędzynarodowych.

⁴ D. Bethlehem, *The Secret Life of International Law*, "Cambridge Journal of International and Comparative Law" 2012, Vol. 1, No. 1, s. 23–36.

⁵ Innym przykładem wartościowej i aktualnej książki, która prowokuje nowe interpretacje prawa międzynarodowego publicznego jest C. Focarelli, *International Law as Social Construct. The Struggle for Global Justice*, Oxford University Press, Oxford 2012.

⁶ Por. uwagi dotyczące książki z zakresu prawa konstytucyjnego porównawczego zawarte w recenzji: R. Czachor, [rec.] *Comparative Constitution Making*, eds. D. Landau, H. Lerner, "Przeгляд Права i Администрации" 2020, nr 121, s. 259–264.

Marcin Kwiecień

dr. hab., Uniwersytet Jagielloński

ORCID: 0000-0002-3146-6917

Karl Heinz Roth, Hartmut Rübner, *Wyparte, odroczone, odrzucone. Niemiecki dług reparacyjny wobec Polski i Europy*, tłum. E. Marszałek, A. Peszke, Instytut Zachodni, Poznań 2020, 421 ss.

Zagadnienie niemieckich reparacji wobec Polski powracało po wielokroć w ostatnich latach w debatach publicznych. Polemiki toczone na łamach polskiej prasy odbijały się echem także w mediach niemieckich, wywołując ich żywą reakcję. Niestety, rząd polski mimo zapowiedzi nie zdecydował się na skierowanie sprawy na drogę oficjalnych rokowań. Nic nie wskazuje również na to, byśmy w najbliższym czasie mieli możliwość zapoznania się z raportem komisji kierowanej przez posła Arkadiusza Mularczyka, którego to dokumentu, wielokroć zapowiadana publikacja niezmiennie bywa odraczana. Problematyka prawna niemieckich reparacji podejmowana była także przez środowisko polskich prawników zajmujących się prawem międzynarodowym – swoje stanowisko zaprezentowali autorzy należący do grupy negocjatorów polsko-niemieckich układów z lat 1990–1991¹. Zajmowało się nią także środowisko, zasłużone dla badania stosunków polsko-niemieckich, Instytutu Zachodniego w Poznaniu². Jego wydawnictwu zawdzięczamy poja-

¹ J. Barcz, J. Kranz, *Reparacje od Niemiec po drugiej wojnie światowej w świetle prawa międzynarodowego. Aspekty prawa i praktyki*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2019.

² S. Żerko, *Reparacje i odszkodowania w stosunkach między Polską a RFN (zarys historyczny)*, Instytut Zachodni, Poznań 2017; M. Balczyk, *Asymetria odszkodowań dla obywateli Polski za szkody poniesione w II wojnie światowej w stosunku do odszkodowań wpłaconych obywatelom innych państw*, „Przegląd Zachodni” 2019, nr 1, s. 83–104; *Raporty Służb Naukowych Bundestagu w sprawie reparacji wojennych dla Polski i odszkodowań dla polskich obywateli*, oprac. i komentarz eadem, tłumaczenie dokumentów Służb Naukowych Bundestagu z języka niem. eadem; tłum. komentarzy M. Balczyk na język niem. D. Gass, Instytut Zachodni, Poznań 2018, <https://www.iz.poznan.pl/publikacje/iz-policy-papers/iz-pp-nr-26-raporty-sluzb-naukowych-bundestagu-w-sprawie-reparacji-wojennych-dla-polski-i-odszkodowan-dla-polskich-obywateli?publikacje/>

wienie się polskiego przekładu książki Karla Heinza Rotha i Hartmuta Rübnera *Wyparte, odroczone, odrzucone. Niemiecki dług reparacyjny wobec Polski i Europy*. Autorzy – historyk i lekarz oraz politolog, poświęcili już zagadnieniu niemieckiego długu reparacyjnego po II wojnie światowej kilka opracowań, koncentrując się początkowo na kwestiach związanych z reparacjami wobec Grecji, aby stopniowo rozszerzać zakres badań, w kręgu których znalazły się z czasem sprawy związane z Polską³. Dzięki ich pracom czytelnik polski może zapoznać się z poglądami środowiska niepodzielającego oficjalnego stanowiska strony niemieckiej, dla której sprawę reparacji zamyka oświadczenie rządu polskiego z 1953 r. o zrzeczeniu się roszczeń wobec Niemiec.

Książkę rozpoczyna krótki rozdział poświęcony zdefiniowaniu pojęcia reparacji i ich roli w prawie międzynarodowym, a także kontrowersyjnej regulacji kwestii reparacji w traktacie wersalskim. Genezy części rozwiązań przyjętych po II wojnie światowej przez zwycięskie mocarstwa alianckie autorzy dopatrują się właśnie w doświadczeniach wynikłych z nieskuteczności polityki dotyczącej reparacji wobec Niemiec po Wielkiej Wojnie. W dalszej części omówiono niemiecką politykę okupacyjną wobec Polski. Oparty na szerokiej literaturze przedmiotu rozdział drugi skrótowo lecz kompetentnie przedstawia dzieje eksploatacji ziem polskich i eksterminacji ludności przez niemieckie struktury okupacyjne. Trudno oczywiście na czterdziestu kilku stronach wyczerpująco omówić wszystkie skomplikowane zagadnienia związane z tym ponad pięcioletnim okresem, ale powinniśmy pamiętać, że pierwsze wydanie książki adresowane było do czytelnika niemieckiego, który o polityce Niemiec wobec Polski i historii okupacji ma, najdelikatniej rzecz ujmując, niewielkie pojęcie. Kolejny rozdział porównujący okupacyjne losy ziem polskich z innymi państwami zajętymi przez Trzecią Rzeszę, służy podobnym celem, tj. ukazaniu rozmiarów eksterminacji obywateli polskich oraz zniszczeń gospodarki i kultury dokonanych przez hitlerowskie Niemcy.

Planowaniu przez aliantów rozliczenia Niemiec po wojnie, w tym sprawom reparacji wojennych, poświęcono krótki rozdział czwarty, w którym ukazano zasadnicze różnice w podejściu do problemu między aliantami zachodnimi a Związkiem Sowieckim zarówno co do zakresu, jak i tempa

iz-policy-papers/iz-pp-nr-26-raporty-sluzb-naukowych-bundestagu-w-sprawie-reparacji-wojennych-dla-polski-i-odszkodowan-dla-polskich-obywateli [dostęp: 10.11.2020].

³ K.H. Roth, *Griechenland am Abgrund die deutsche Reparationsschuld: eine Flugschrift*, VSA: Verlag, Hamburg [cop. 2015]; K.H. Roth, H. Rübner, *Reparationsschuld. Hypotheken der deutschen Besatzungsberrschaft in Griechenland und Europa*, Metropol, Berlin 2017; *idem*, *Verdrängt – Verträgt – Zurückgewiesen. Die deutsche Reparationsschuld am Beispiel Polens und Griechenlands*, Metropol, Berlin 2019.

realizacji reparacji. Różnice te zapowiadały, związane z nasilaniem się zimnej wojny, decyzje sowieckie o pobraniu świadczeń reparacyjnych w wysokości 10 mld dolarów z ich własnej, wschodniej strefy okupacyjnej. Ukazanie roli Polski jako części wschodniej strefy reparacji – strona polska miała otrzymywać świadczenia reparacyjne za pośrednictwem sowieckim i rewanżować się dostawami do ZSRR węgla kamiennego i koksu po preferencyjnych cenach – jest przedmiotem kolejnej części pracy. Autorzy pokazują w niej asymetryczność świadczeń zainteresowanych stron – często Sowieci żądali zapłaty za przekazywane mienie (tak było w sprawie 2 tys. parowozów skonfiskowanych na terytorium polskim) lub zapewniali dobra zastępcze (6 mln egzemplarzy pism klasyków marksizmu-leninizmu w języku polskim). Jednak nawet te, niezbyt przystające do treści ustaleń międzynarodowych świadczenia ustały po sierpniu 1953 r., kiedy to rząd sowiecki po „uzgodnieniu” z rządem polskim zrezygnował z przysługujących mu roszczeń do dostaw reparacyjnych.

Kwestie związane z realizacją roszczeń reparacyjnych w strefie zachodniej, konferencją paryską i działalnością Międzysojusznicej Agencji Reparacyjnej autorzy omówili w krótkim rozdziale szóstym, aby w następnej części skoncentrować się na bardzo ciekawych dla czytelnika polskiego sprawach polityki elit zachodnioniemieckich w sprawach reparacyjnych do końca lat 80. Poruszono tu zarówno kwestie związane z układem luksemburski i umową londyńską, jak i sprawę roszczeń podnoszonych przez władze PRL oraz indywidualnych świadczeń odszkodowawczych w NRD.

Sporo miejsca poświęcono omówieniu zagadnień polityki współczesnej, okolicznościom pominięcia spraw reparacji podczas rokowań związanych z traktatem „dwa plus cztery”, działalności „dobrowolnych funduszy pomocy” i Fundacji „Pamięć, Odpowiedzialność i Przyszłość”, a także obecnym debatom o reparacjach w Grecji i Polsce. Bardzo interesujące są ustalenia dotyczące relacji wysokości niemieckich świadczeń reparacyjnych i reparacji dotychczas wypłaconych; zawarte w formie tabel wyliczenia obejmują gigantyczną kwotę ponad 800 mld euro. Równie ciekawie brzmią propozycje umownego rozwiązania kwestii reparacji w drodze konferencji uzupełniającej zawarty traktat „dwa plus cztery”, w której powinny wziąć udział przede wszystkim państwa Europy Środkowo-Wschodniej, których interesy były dotychczas pomijane. Uzupełnienie książki stanowi zbiór dokumentów, tym cenniejszy, że w większości zawiera on teksty, które nie zostały umieszczone w zbiorze opublikowanym przez PISM pod redakcją Sławomira Dębskiego i Witolda M. Góralskiego⁴.

⁴ *Problem reparacji, odszkodowań i świadczeń w stosunkach polsko-niemieckich 1944–2004*, t. II: *Dokumenty*, red. S. Dębski, W.M. Góralski, PISM, Warszawa 2004.

Praca Rotha i Rübnera stanowi ciekawą próbę zmierzenia się z problemem reparacji niemieckich po II wojnie światowej w ujęciu interdyscyplinarnym, łączącym elementy historii, prawa międzynarodowego i nauki o polityce. Na uwagę zasługuje znakomity przekład, bardzo przecież trudnego tekstu, oraz staranna szata edytorska.

Lista recenzentów

W roku 2020 artykuły zgłaszane do „Studiów Prawniczych. Rozpraw i Materiałów” opiniowali pod kątem ich naukowej przydatności do rozpowszechniania:

dr Jakub Biernat
dr hab. Paweł A. Blajer
prof. dr hab. Łukasz Błaszczak
dr Witold Borysiak
prof. dr hab. Zbigniew Cwiąkański
dr hab. Wojciech Dadak, prof. UP
dr Magda Dziembowska
dr hab. Radosław Giętkowski, prof. UG
dr hab. Anna Golonka, prof. UR
prof. dr hab. Jacek Gołaczyński
prof. Rubén Miranda Gonçalves
prof. dr hab. Jacek Górecki
dr Paweł Janda
dr Sebastian Koczur
dr hab. Konrad Kohutek, prof. KA
dr hab. Anna Kościółek, prof. UR
dr Wojciech Kowalski
dr hab. Marcin Krajewski
dr Agnieszka Kubiak-Cyrul
dr hab. Anna Machnikowska, prof. UG
dr Maja Maciejewska-Szałas
dr hab. Wojciech Maciejko, prof. WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej
prof. dr hab. Marszałkowska-Krześ
dr Justyna Michalska
prof. Laura Miraut Martín
Lucas Moreira Alcici
dr hab. Monika Namysłowska, prof. UŁ

prof. dr hab. Ewa Nowińska
dr hab. Konrad Osajda, prof. UW
dr Aleksandra Partyk
dr Olga M. Piaskowska
dr hab. Magdalena Rzewuska
dr hab. Maciej Rzewuski, prof. UWM
dr hab. Małgorzata Sieradzka, prof. UŁa
prof. dr hab. Arkadiusz Sobczyk
dr hab. Beata Stępień Załucka, prof. UR
dr hab. Piotr Stec, prof. UO
dr hab. Jakub Szczerbowski, prof. UŁ
prof. dr hab. Maciej Szostak
dr hab. Przemysław Szustakiewicz, prof. UŁa
prof. dr hab. Andrzej Świątkowski
dr hab. Grzegorz Wolak
prof. dr hab. Mariusz Załucki
prof. dr hab. Jan Zimmermann

O czasopiśmie

Periodyk „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” wydawany jest przez Oficynę Wydawniczą AFM na zlecenie Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. ISSN 1689-8052

Prezentuje zagadnienia z zakresu szeroko rozumianych nauk prawnych, w tym administracji publicznej, finansów publicznych czy integracji europejskiej. Służy jako platforma dyskusji nad prawem publicznym i prywatnym, zwłaszcza w kontekście komparatystycznym. Jest adresowany przede wszystkim do prawników i administratywistów, ale może być przydatny również studentom prawa i nauk społecznych.

Instrukcja dla autorów

1. Do publikacji przyjmowane będą prace prawnicze dotychczas niepublikowane, w tym artykuły naukowe, studia, glosy, recenzje i sprawozdania.
2. Teksty spełniające zasady obowiązujące w Studiach Prawniczych należy przekazać do Redakcji drogą elektroniczną. E-mail: sp@afm.edu.pl
3. Tekst artykułu w języku polskim, angielskim, niemieckim, lub hiszpańskim powinien być złożony pismem Times New Roman, 12 punktów, z interlinią 1,5 – w formacie edytowalnym.
4. Obowiązują przypisy dolne, z uwzględnieniem terminologii stosowanej w języku, w którym artykuł został napisany, w tym także terminologii łacińskiej.
5. Autor powinien wskazać afiliację z podaniem nazwy instytucji, w której obecnie pracuje, a także nazwę państwa. Powyższy wymóg nie ma zastosowania do autorów, którzy nie są powiązani z żadną instytucją.
6. Autorzy zobowiązani są podać numer Open Researcher and Contributor ID (ORCID). Numer ORCID, można bezpłatnie założyć na stronie <https://orcid.org/>, a pozwala on na identyfikowanie autorów i współautorów tekstów.
7. Jeśli autor wyraża zgodę na ujawnienie swojego adresu e-mail, zostanie on zamieszczony w przypisie na stronie tytułowej tekstu.

8. Do tekstu sporządzonego w języku polskim, angielskim, niemieckim lub hiszpańskim, autor powinien dołączyć:
 - a. bibliografię
 - b. abstrakt (maksymalnie 200 słów),
 - c. słowa kluczowe (3–5 słów).Autor tekstu w języku polskim powinien dołączyć tłumaczenie abstraktu i słów kluczowych na język angielski.
9. Autor powinien wraz z tekstem przekazać podpisane oświadczenie (w formie skanu bądź przesłać pocztą na adres Wydawnictwa), iż składany tekst nie jest złożony do druku w innej redakcji ani nie został wcześniej opublikowany oraz że zgadza się na nieodpłatne przeniesienie autorskich praw majątkowych na Krakowską Akademię im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. Plik oświadczenia do pobrania na stronie czasopisma (<https://sp.ka.edu.pl/informacje-dla-autorow/>).
10. Tekst, który nie spełnia ww. wymogów, nie podlega dalszej procedurze wydawniczej (redakcja nie kieruje do recenzji artykułów przygotowanych niezgodnie z instrukcją).

Przebieg procesu wydawniczego

1. Autor przesyła tekst na adres: sp@afm.edu.pl
2. Sekretarz Redakcji ocenia tekst pod kątem spełnienia wymagań formalnych czasopisma.
3. Jeśli przesłany tekst nie spełnia wymagań formalnych, Sekretarz Redakcji informuje autora o konieczności dokonania zmian bądź uzupełnień.
4. Tekst, który uwzględnia wymagania redakcji, podlega merytorycznemu badaniu przez Redaktora Naczelnego / Zastępcę Redaktora Naczelnego lub Sekretarza Redakcji.
5. Redaktor Naczelny / Zastępca Redaktora Naczelnego lub Sekretarz Redakcji wyznaczają co najmniej dwóch niezależnych recenzentów artykułu.
6. Sekretarz Redakcji kieruje tekst do recenzentów, nie ujawniając im danych autora.
7. Recenzent przedstawia recenzję, korzystając z formularza recenzji. Wskazuje, czy tekst podlega przyjęciu bez poprawek, czy tekst podlega przyjęciu po uwzględnieniu poprawek, czy też tekst należy odrzucić. Recenzja wymaga uzasadnienia.
8. Po uzyskaniu recenzji, podejmowana jest decyzja co do opublikowania tekstu. Redaktor Naczelny / Zastępca Redaktora Naczelnego mogą postanowić, iż tekst zostanie opublikowany dopiero po złożeniu i przyjęciu ponownych recenzji.

9. Uzyskanie dwóch negatywnych recenzji oznacza, iż tekst zostanie odrzucony.
10. Redaktor Naczelny / Zastępca Redaktora Naczelnego może podjąć decyzję o nieprzyjęciu tekstu do druku, jeśli co najmniej jeden z recenzentów oceni tekst jako niekwalifikujący się do druku.
11. Autor uzyskuje informację co do wyników recenzji. Nie ujawnia mu się danych recenzentów. Autor przygotowuje odpowiedź na recenzję.
12. Redaktor Naczelny / Zastępca Redaktora Naczelnego oraz Sekretarz Redakcji ustalają listę artykułów, które zostaną opublikowane w danym numerze czasopisma.
13. Po ustaleniu listy artykułów Sekretarz Redakcji kieruje teksty do Wydawnictwa. Teksty po redakcji językowej kierowane są do autorów, którzy zobowiązani są odnieść się do uwag redaktorów. Brak odpowiedzi na uwagi w ustalonym terminie oznacza, iż autorzy uznają zasadność wszelkich zmian językowych.
14. Teksty zostają opublikowane na stronie internetowej czasopisma „Studia Prawnicze – Rozprawy i Materiały” (<https://sp.ka.edu.pl>).

Szczegółowe zasady dotyczące recenzji

1. Do oceny każdej publikacji powołuje się co najmniej dwóch niezależnych recenzentów spoza jednostki, przy której afiliowany jest autor.
2. W przypadku tekstów powstałych w języku obcym co najmniej jeden z recenzentów jest afiliowany w instytucji zagranicznej innej niż narodowość autora pracy.
3. Rekomendowanym rozwiązaniem jest model, w którym autor(zy) i recenzenci nie znają swoich tożsamości (tzw. double-blind review process).
4. W innych rozwiązaniach recenzent musi podpisać deklarację o nieistnieniu konfliktu interesów; za konflikt interesów uznaje się zachodzące między recenzentem a autorem:
 - a) bezpośrednie relacje osobiste (pokrewieństwo, związki prawne, konflikt),
 - b) relacje podległości zawodowej,
 - c) bezpośrednią współpracę naukową w ciągu ostatnich dwóch lat poprzedzających przygotowanie recenzji.
5. Recenzja musi mieć formę pisemną i kończyć się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.
6. Zasady kwalifikowania lub odrzucenia publikacji i ewentualny formularz recenzencki są podane do publicznej wiadomości na stronie internetowej czasopisma lub w każdym numerze czasopisma.

7. Nazwiska recenzentów poszczególnych publikacji/numerów nie są ujawniane; raz w roku czasopismo podaje do publicznej wiadomości listę recenzentów współpracujących.

About the Magazine

Studies in Law: Research Papers (Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały) is a periodical magazine published by AFM Publishing House (Oficyna Wydawnicza AFM) to a commission from the Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego). ISSN 1689-8052

It presents issues from a broad range of legal sciences, including public administration, public finance, and European integration, providing a platform for discussing public and private law, especially in comparative approach. It is addressed primarily to lawyers and administration experts, but is also valuable for students of law and social sciences.

Instructions for authors

1. Research works in the field of law that have not been published previously, including articles, studies, glosses, reviews and reports, will be accepted for publication.
2. Texts that meet the conditions pertinent to Studies in Law – Research Papers are to be sent to the Editorial Office electronically. E-mail: sp@afm.edu.pl
3. Texts in Polish, English, German or Spanish should be submitted in an editable format according to the following specifications: font – Times New Roman, size – 12 point, spacing – 1.5.
4. Footnotes apply, the terminology in the language in which paper is written, including Latin terminology.
5. The author should indicate his/her affiliation and specify the name of the institution in which s/he currently works, as well as the name of the country. This requirement does not apply to authors who are not affiliated with any institution.
6. Authors are requested to submit the Open Researcher and Contributor ID (ORCID) number. The ORCID number can be created free of charge at

<https://orcid.org/>. It allows the identification of authors and co-authors of texts.

7. If the author consents to the disclosure of his/her e-mail address, it will be included in a footnote on the title page of the text.
8. The author should send the text written in Polish, English, German or Spanish accompanied with:
 - a. bibliography
 - b. abstract (max 200 words)
 - c. keywords (3–5 words)
9. Together with the text, the author should send a signed statement [in the form of a scan or by post to the publisher's address] that the text is not submitted for publication in another editorial office and has not been previously published and that the author agrees to the free transfer of economic copyrights to Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University. The declaration file can be downloaded from the journal's website (below).
10. Text that does not meet the above-mentioned requirements is not subject to further publishing procedure [the editors do not refer articles prepared contrary to the instructions for review].

Publishing process

1. The author sends the text to the following address: sp@afm.edu.pl
2. The Editorial Office Secretary evaluates whether the text meets the formal requirements of the journal.
3. If the submitted text does not meet the formal requirements, the Editorial Office Secretary informs the author about the necessity to make changes or additions.
4. The text that meets the requirements is subject to content – related examination by the Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief or the Editorial Office Secretary.
5. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief or the Editorial Office Secretary appoint at least two independent reviewers to each article.
6. The Editorial Office Secretary sends the text to the reviewers, without revealing the author's details.
7. The reviewer submits the review on the review form. S/he indicates whether the text is approved without amendment, whether the text is adopted as amended, or whether the text should be rejected. The review requires a justification.
8. After obtaining the review, a decision is made as to whether to publish the text. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief may decide that the

text will be published only after new reviews have been submitted and accepted.

9. Obtaining two negative reviews means that the text will be rejected.
10. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief may decide not to accept the text for publication if at least one of the reviewers evaluates the text as ineligible for publication.
11. The author obtains information on the results of the review. The data of the reviewers is not disclosed to him/her. The author prepares a reply to the review.
12. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief and the Editorial Office Secretary determine the list of articles to be published in a given issue of the journal.
13. After establishing the list of articles, the Editorial Office Secretary sends the texts to the Publishing House. The texts, after linguistic corrections, are sent to the authors who are obliged to refer to the proofreading comments. Failure to respond to comments before the deadline means that the authors acknowledge the validity of any linguistic changes.
14. The texts are published on the website of the journal "Studia Prawnicze – Rozprawy i Materiały / Studies in Law- Research Papers" (<https://sp.ka.edu.pl>).

Detailed rules for reviews

1. Each publication is assessed by at least two independent reviewers from outside the institution with which the author is affiliated.
2. In the case of text written in a foreign language, at least one of the reviewers is affiliated with an institution in a country other than the nationality of the author of the work.
3. The recommended approach is a model in which the authors and reviewers do not know their identities (i.e. double-blind review process).
4. In other cases, the reviewer must sign a declaration of no conflict of interest; the conflict of interest between the reviewer and the author is considered when one of the following situations is true:
 - a) direct personal relationships (kinship, legal relationships, conflict),
 - b) relationships of professional subordination,
 - c) direct academic cooperation during the last two years preceding the preparation of the review.
5. The review must be in writing and must conclude with an unambiguous statement as to whether the article can be published or rejected.

6. The rules of qualifying or rejecting a publication and a possible review form are made public on the journal's website or in each issue of the journal.
7. The names of the reviewers of individual publications/issues are not disclosed; once a year, the journal publishes a list of cooperating reviewers.

Über die Zeitschrift

Die Zeitschrift "Juristische Studien. Dissertationen und Materialien" wird vom AFM-Verlag im Auftrag von Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University veröffentlicht. ISSN 1689-8052

Die Zeitschrift präsentiert Themen vom Bereich der Rechtswissenschaften, einschließlich der öffentlichen Verwaltung, der öffentlichen Finanzen und der europäischen Integration und sie dient als Plattform für die Diskussion über das öffentliche und private Recht, insbesondere in dem vergleichenden Kontext. Sie wird an die Juristen und Verwaltungsrechtsexperten gerichtet, aber sie kann auch für Jura- und Sozialwissenschaftler nützlich sein.

Hinweise und Anweisungen für Autoren

1. Zur Veröffentlichung werden juristische Werke, einschließlich wissenschaftlicher Artikel, Studien, Glossare, Rezensionen und Berichte angenommen.
2. Texte, die den Regeln des Rechtsstudiums entsprechen, sind per E-Mail an die Redaktion anzureichen. E-mail: sp@afm.edu.pl
3. Der Text des Artikels in polnischer, englischer, deutscher oder spanischer Sprache mit 1,5 Abständen – in einem bearbeitbaren Format.
4. Es gelten Fußnoten unter Berücksichtigung der Terminologie, die in der Sprache verwendet wird, in der der Artikel verfasst wurde, einschließlich der lateinischen Terminologie.
5. Der Autor sollte die Zugehörigkeit zum Namen der Institution, in der er derzeit arbeitet, sowie zum Namen des Landes angeben. Die oben genannte Anforderung gilt nicht für Autoren, die keiner Institution angeschlossen sind.
6. Die Autoren müssen die ORCID-Nummer (Open Researcher and Contributor ID) angeben. Die ORCID-Nummer kann kostenlos unter <https://orcid.org/> erstellt werden, wodurch Autoren und Mitautoren von Texten identifiziert werden können.

7. Wenn der Autor der Offenlegung seiner E-Mail-Adresse zustimmt, wird diese in eine Fußnote auf der Titelseite des Textes aufgenommen.
8. Der Autor sollte einem Text in polnischer, englischer, deutscher oder spanischer Sprache folgendes beifügen:
 - a. Bibliographie
 - b. Zusammenfassung (max. 200 Wörter)
 - c. Schlüsselwörter (3–5 Wörter)
- Zusammen mit dem Text sollte der Autor eine unterschriebene Erklärung [in Form eines Scans oder per Post an die Adresse des Verlags] abgeben, dass der eingereichte Text nicht zur Veröffentlichung in einer anderen Redaktion eingereicht wurde oder noch nicht veröffentlicht wurde und dass er der kostenlosen Übertragung von Eigentumsrechten an der Krakauer Akademie von Andrzej Frycz Modrzewski zustimmt. Die Erklärungsdatei kann von der Website des Journals (unten) heruntergeladen werden.
- Text, der die oben genannten Anforderungen nicht erfüllt, ist keinem weiteren Veröffentlichungsverfahren vorbehaltlich [Artikel, die entgegen den Anweisungen zur Überprüfung erstellt wurden, werden zur Rezension nicht vergeben]

Der Ablauf vom Veröffentlichungsprozess

1. Der Autor sendet den Text an die Adresse sp@afm.edu.pl
2. Der Sekretär der Redaktion bewertet den Text, ob er die formalen Anforderungen der Zeitschrift erfüllt.
3. Wenn der eingereichte Text nicht den formalen Anforderungen entspricht, informiert der Sekretär des Herausgebers den Autor über die Notwendigkeit, Änderungen oder Ergänzungen vorzunehmen.
4. Der Text, der den Anforderungen der Redaktion entspricht, unterliegt einer inhaltlichen Prüfung durch den Chefredakteur / stellvertretenden Chefredakteur oder den Redaktionssekretär.
5. Der Chefredakteur / stellvertretende Chefredakteur oder der Sekretär des Redaktionsausschusses ernennt mindestens zwei unabhängige Gutachter des Artikels.
6. Der Sekretär der Redaktion richtet den Text an die Rezensenten, ohne die Personaldaten des Autors anzugeben.
7. Der Rezensent reicht die Rezension über das Rezensionsformular ein. Der Rezensent gibt an, ob der Text ohne Änderung genehmigt wird, ob der Text in der geänderten Fassung übernommen wird oder ob der Text abgelehnt werden sollte. Die Rezension bedarf einer Begründung.

8. Nach Erhalt der Überprüfung wird entschieden, ob der Text veröffentlicht werden soll. Chefredakteur / stellvertretender Chefredakteur kann beschließen, dass der Text erst nachdem die erneuten Überprüfungen eingereicht und akzeptiert wurden, veröffentlicht wird.
9. Zwei negative Rezensionen bedeuten, dass, der Text abgelehnt wird.
10. Der Chefredakteur / stellvertretende Chefredakteur kann beschließen, den Text nicht zur Veröffentlichung anzunehmen, wenn mindestens einer der Rezensent den Text als nicht zur Veröffentlichung geeignet bewertet.
11. Der Autor erhält Informationen über die Ergebnisse der Rezension. Die Daten der Rezensenten werden ihm nicht mitgeteilt. Der Autor bereitet eine Antwort auf die Bewertung vor.
12. Der Chefredakteur / stellvertretende Chefredakteur und der Sekretär des Redaktionsausschusses legen die Liste der Artikel fest, die in einer bestimmten Ausgabe der Zeitschrift veröffentlicht werden sollen.
13. Nach Erstellung der Artikelliste sendet der Redaktionssekretär die Texte an den Verlag. Die Texte nach sprachlichen Korrekturen werden an die Autoren gesendet, die verpflichtet sind, zu den Korrekturlesekommentare Stellung zu nehmen. Wenn Kommentare nicht innerhalb der festgelegten Frist beantwortet werden, erkennen die Autoren die Gültigkeit sprachlicher Änderungen an.
14. Die Texte werden auf der Website der Zeitschrift "Studia Prawnicze – Rozprawy i Materiały / Studies in Law – Research Papers" (<https://sp.ka.edu.pl>) veröffentlicht.

Detaillierte Regeln für Rezension

1. Jede Veröffentlichung wird von mindestens zwei unabhängigen Rezensenten von außerhalb der Forschungseinheit bewertet, mit der der Autor verbunden ist.
2. Bei fremdsprachigen Texten ist mindestens einer der Gutachter einer anderen ausländischen Institution als der Nationalität des Autors des Werkes angeschlossen.
3. Die empfohlene Lösung ist ein Modell, bei dem der Autor und der Rezensent ihre Identität nicht kennen (der sogenannte doppelblinde Überprüfungsprozess).
4. Bei anderen Lösungen muss der Rezensent eine Erklärung über das Nichtvorhandensein eines Interessenkonflikts unterzeichnen. Der Interessenkonflikt zwischen dem Rezensenten und dem Autor wird berücksichtigt:
 - a. direkte persönliche Beziehungen (Verwandtschaft, Rechtsbeziehungen, Konflikte),

- b. Beziehungen der beruflichen Unterordnung,
- c. direkte wissenschaftliche Zusammenarbeit in den letzten zwei Jahren vor der Vorbereitung der Überprüfung.
 - Die Rezension muss schriftlich erfolgen und mit einer eindeutigen Schlussfolgerung darüber enden, ob der Artikel zur Veröffentlichung freigegeben werden soll oder nicht.
 - Die Regeln für die Qualifizierung oder Ablehnung der Veröffentlichung und das mögliche Rezensionsformular werden auf der Website der Zeitschrift oder in jeder Ausgabe der Zeitschrift veröffentlicht.
 - Die Namen der Rezensenten einzelner Veröffentlichungen / Ausgaben werden nicht bekannt gegeben. Einmal im Jahr veröffentlicht die Zeitschrift eine Liste der kooperierenden Rezensenten.